



REVISTA JURIDICA DE CASTILLA-LA MANCHA

Nº 46 - Julio 2009

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

- LA SANIDAD PÚBLICA Y SUS DISTINTAS FORMAS DE GESTIÓN. ¿PERSISTE EL RIESGO DE UN INTENTO DE PRIVATIZACIÓN? José Escobar Jiménez 9
- EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE EN LA LEY DE COSTAS DE 1988 Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA EN EL LITORAL ESPAÑOL. Augusto González Alonso..... 65
- ADMINISTRACIÓN Y SUS TEORÍAS. UNA PERSPECTIVA NECESARIA PARA UN SISTEMA BUROCRÁTICO. Juan B. Lorenzo de Membiola..... 103
- ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CÓMPUTO DEL PLAZO PARA ACTUAR POR INFRACCIÓN URBANÍSTICA Isaac Martín Delgado 123
- ALGUNOS ASPECTOS REGISTRALES Y CIVILES DE LAS LICENCIAS URBANÍSTICAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN CASTELLANO MANCHEGA. Ángel Ruiz Checa 139

DICTÁMENES

- DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE EXPEDIENTE DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL 207
- DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE ANTEPROYECTO DE LEY DE CÁMARAS OFICIALES DE COMERCIO E INDUSTRIA DE CASTILLA-LA MANCHA..... 223

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. 249

JURISPRUDENCIA CIVIL ANOTADA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE CASTILLA-LA MANCHA. Pilar Domínguez Martínez, M^a Nieves Pacheco Jiménez, Tobias Buenten, Karolina Lyczkowska, Manuel Jesús Marín López y Pascual Martínez Espín 311

RESEÑA NORMATIVA DE CASTILLA-LA MANCHA

RESEÑA NORMATIVA DE CASTILLA-LA MANCHA. María Martín Sánchez 367

NOTAS DE ACTUALIDAD

X EDICIÓN CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO. Toledo, 11 a 28 de enero de 2010 387

ESTUDIOS

LA SANIDAD PÚBLICA Y SUS DISTINTAS FORMAS DE GESTIÓN. ¿PERSISTE EL RIESGO DE UN INTENTO DE PRIVATIZACIÓN?

José Escobar Jiménez

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Escuela de Relaciones Laborales de la UCLM.

RESUMEN

El derecho a la protección de la salud previsto en el artículo 43 de nuestra CE no puede ser comprendido en su plenitud sin hilvanarlo con el precepto nodal del artículo 41 de nuestra Carta Magna. Hasta el momento en que procedí a la lectura del texto “ La Seguridad Social y la Protección de la Salud” del profesor Aparicio Tovar no conseguí comprender realmente el significado de nuestro actual Sistema Nacional de la Salud como recuperación y superación de la enfermedad en sus distintas vertientes desde sus orígenes. Mi insistencia y apuesta por una sanidad pública, solidaria, universal e igualitaria para todos los ciudadanos se enmarcaban siempre dentro de los poderes públicos y en todos sus ámbitos. Mi idea ha sido evitar la privatización de este derecho fundamental, así como poder compartir la gestión y administración de la misma y sin perder nunca la titularidad de su carácter público, con entidades privadas a través de fundaciones, convenios y consorcios, fundamentalmente, para el buen desarrollo de su funcionamiento. En este caso me ha sido de gran ayuda la profesora Domínguez Martín de su texto sobre “Formas de Gestión de la Sanidad Pública en España” que me ha servido para intentar unir lo laboral con lo administrativo, lo público con lo privado y dicho sea con las debidas cautelas y reservas. Yo he dado mi opinión, lo más equilibrada posible. Es sencillamente un estudio, una opinión que se suma a otras más.

I) GENERALIDADES:

El derecho a la salud y su consecuente protección se reconoce en el artículo 43 de la Constitución Española (en adelante CE) que vela porque los poderes públicos mantengan un sistema público de protección a la salud para todos los ciudadanos y tengan cubierta esta prestación de asistencia sanitaria, que conlleva la necesidad de prestar los servicios médicos y farmacéuticos necesarios para reestablecer la salud de las personas protegidas, tanto en su vertiente recuperadora, como preventiva y rehabilitadora¹.

Todo un periplo de normativas no excluyentes, sino antes al contrario complementarias y de orden legislativo para la ejecución del funcionamiento contemplado en el Sistema Nacional de la Salud nos sirven de apoyo logístico para el buen desarrollo y funcionamiento de un sistema protector, que hoy por hoy, se puede decir, que es de carácter **universal, solidario e igualitario**. De ello hablaremos más tarde, lo que importa aquí destacar que además y por excelencia es el artículo 43 de la CE la principal fuente normativa del sistema sanitario de nuestro país, éste por sí solo no puede entenderse sino es en conjunción con el precepto constitucional que recoge y es el nudo gordiano de todo el sistema de la Seguridad Social: El artículo 41 CE que encomienda a <<los poderes públicos el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad>> y, por ende al derecho a la protección de la salud, en cuyo artículo 43 << Se reconoce el derecho a la protección a la salud >> con el que este derecho **adquiere rango y carta de naturaleza propia de los derechos fundamentales y libertades públicas.**(1)

Completa este precepto constitucional la competencia de los poderes públicos para la organización y tutela de la salud pública, finalizando con nueva remisión a los **poderes públicos** para fomentar la educación sanitaria, entre otros derechos, como la educación física, el deporte y el ocio, derecho a la prestación de asistencia sanitaria que conlleva la necesidad de prestar los servicios médicos y farmacéuticos necesarios para restablecer la salud de las personas protegidas, en su doble vertiente: recuperadora y preventiva y, así mismo el artículo 49 de la CE que hace responsable-igualmente- a los poderes públicos de la realización de una política de previsión, tratamiento y rehabilitación de los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales para todos los ciudadanos (la alusión a los artículos 43 y 49 CE no son citas textuales).

Así, << la inclusión de los artículos 41 y 43 de la CE sugeriría que sus contenidos forman parte de lo que se entiende por derechos fundamentales. En ambos artículos se encuentra implícita una actividad prestacional del Estado; es decir, la Seguridad Social y la protección a la Salud sólo pueden ser consideradas como derechos fundamentales en la medida en la que éstos sean considerados frente a las necesidades radicales de carácter económico, cultural y colectivo. Es decir, adoptando una concepción amplísima de lo que se entiende por derecho fundamental de tal modo que se de entrada en ellos a los llamados derechos económicos y sociales, caracterizados por no pedir, no una abstención por parte del Estado, sino una actuación positiva del mismo en orden a satisfacer necesidades que tengan especial trascendencia para la vida>>.2

La búsqueda debe dirigirse pues, en atención, a la institucionalización de los valores representados en los artículos 41 y 43 de la CE, que no es sino una idea, una obra o empresa que se realiza en un medio social y que requiere para la realización de esta idea el establecimiento de un poder³ que le procura órganos de gestión directos o indirectos, evidentemente para su puesta en marcha y ejecución.

La simbiosis de ambos preceptos constitucionales, el 41 y el 43 de la CE, el primero de ellos dedicado fundamentalmente a las prestaciones de la Seguridad pública y el segundo para la atención a la protección de la salud resulta de gran trascendencia, no solo a efectos de valorar el mandato constitucional, de acuerdo con la eficacia programática según el contenido constitucional del artículo 53 CE, sino también en orden al marco trazado por los artículos 148 y 149 de la Carta Magna y para precisar dentro de los poderes públicos a que se refiere el artículo 41 CE, dirimiendo y distinguiendo entre las competencias atribuidas bien al Estado o bien a las Comunidades Autónomas transferidas y, en la actualidad, ampliadas en base a los respectivos Estatutos de Autonomía aprobados y, algunos en fase de revisión ante el Tribunal Constitucional (TC) y el régimen económico y funcional que ello supone con el correspondiente traspaso de competencias y “pugna” entre algunas competencias regladas en ciertos Estatutos y los preceptos 148 y 149 de la citada Carta Magna.

De esta manera entre toda la acción protectora reclamada y destinada a la cobertura de muy diversas situaciones de necesidad y para todos los ciudadanos, bien sea a través de la prestación contributiva como la no contributiva o asistencial y, sin restar, un ápice e importancia de las mismas, es la **asistencia sanitaria** la que se ha venido uni-

versalizando más progresiva y expansivamente, tanto en lo que respecta a su ámbito y contenido material como respecto de los sujetos beneficiarios a los que pueden acceder a la misma, tanto que podemos afirmar, sin paliativos que cualquiera que sea la opción adoptada, todos los ciudadanos se encuentran protegidos por una u otra vía.

Ello ha sido fruto del desarrollo normativo legal o reglamentario posterior a los preceptos constitucionales y que han ido desarrollando y abarcando a todo un colectivo al que anteriormente su acceso era más restringido. Así contamos con la Ley 14/1.986, de 25 de Abril General de Sanidad (en adelante LGS), La Ley 25/1990, de 20 de diciembre del Medicamento, Real Decreto 63/1.995, de 20 de Enero, de Ordenación de prestaciones sanitarias del sistema Nacional de la Salud, Ley 41/2002, de 14 de diciembre, reguladora de la autoría del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, Ley 16/2003, de 28 de Mayo, de cohesión y calidad del Servicio Nacional de Salud, Real Decreto 8/1996, de 15 de Enero, sobre libre elección de médico en los servicios de atención especializada del INSALUD (hoy INGESA), Real Decreto 29/2000, de 14 de Enero, sobre nuevas formas de gestión del INSALUD, hoy INGESA, Real decreto 1.277/2003, de 10 de Octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, Real Decreto 434/2004, de 12 de Marzo, por el que se regula la Comisión Interministerial para el estudio de trascendencia presupuestaria, Real Decreto 1.555/2004, de 25 de Junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, entre otros muchos.⁴

Pensemos, además, que la idea de **universalidad** se encuentra íntimamente vinculada a la idea de **solidaridad e igualdad** tanto dentro del campo de aplicación de la Seguridad Social y más concretamente con la el derecho a la protección de la salud, ya que ambas se expresan con la adopción de técnicas específicas y que la restauración de la protección de la salud es una obligación primordial del Estado, prescindiendo del ánimo de lucro, la ruptura del principio de sinalgmaticidad entre cuota y prestación, (y más entre prima y riesgo excluida desde la aparición de los seguros Sociales)⁵ mediante una nueva forma de comprender la nueva forma de entender la financiación del sistema no sólo por cuotas, sino a través de los impuestos y que la atención de las situaciones de necesidad, en este caso, al derecho de asistencia y protección frente a la enfermedad, debe constituir un elemento básico para la distribución de las rentas, equilibrio social y nivelación social a través del sistema de reparto.

Una vez hecha esta breve introducción que resulta incompleta hasta que en nuestro último apartado de conclusiones se cierre este complejo entramado plasmado en el glosario del tema en cuestión – **las distintas formas administrativas de gestionar, administrar y concertar la administración pública de la protección de la sanidad pública**- bien directamente o con otras entidades de derecho público o privado,⁶ iremos navegando en premisas tan necesarias como las variopintas formas de llevar a los sujetos beneficiarios ese derecho fundamental como es la protección de la sanidad pública por excelencia, pero que no descarta tampoco la actuación privada directa o concertada e incluso por elección de sectores como los funcionarios públicos comprendidos en el sistema de Clases Pasivas que pueden optar a su elección, como es sabido, entre el sistema Público de la Seguridad Social o por el contrario por compañías de carácter jurídico privado que tienen plenos poderes para colectivos **de la Administración Pública** comprendidos en la Mutualidad de Funcionarios Públicos Civiles (MUFACE), militares (ISFAS) y judiciales (MUJEGU).

II) LA PRESTACION DE LA ASISTENCIA SANITARIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL.-

La protección de la salud en el ámbito de la Seguridad Social se realiza a través de la prestación de Asistencia Sanitaria y cuyo contenido son todas las atenciones y cuidados que son dispensados con el personal sanitario adecuado, tanto con finalidad preventiva como recuperadora, para cubrir todas aquéllas contingencias-enfermedades y accidentes comunes o profesionales que repercuten sobre la salud física o psíquica de la persona.

En la actualidad y en cumplimiento de lo establecido en los artículos 41 y 43 de la CE, existen, como antes se ha dicho, dos modalidades de prestación de asistencia sanitaria. La primera y por excelencia, la modalidad contributiva que como el mismo vocablo indica va dirigida a las personas incluidas en cualquier régimen de la Seguridad Social y que, en consecuencia, realizan una actividad laboral o profesional contribuyendo a su financiación. En una segunda y más reciente modalidad asistencial o no contributiva introducida en virtud del R. D

1.088/1.989, de 8 de Septiembre y posteriormente, la Ley de 20 de diciembre de 1990 que pasó a incorporarse a la Ley General de la Seguridad Social vigente (LGSS), junto con otras prestaciones no contributivas como la invalidez, la jubilación y la protección familiar financiadas vía impositiva y a través de los PGE. A esta segunda modalidad acceden aquellas personas que no disponen de recursos económicos suficientes entre otros requisitos, como la residencia durante un periodo determinado de tiempo por citar el requisito más importante.

No olvidemos que en cumplimiento de los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 41 y, fundamentalmente el 43 contamos con una sanidad que se encuentra financiada en gran medida en base a las aportaciones estatales, salvo que se derive de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, que le correspondería a las cotizaciones sociales, dando así obligado cumplimiento a lo establecido en la Ley 24/1.997, de Consolidación y Racionalización (artículo 1º y que se incorporó al actual precepto 86.2b de la LGSS).

La asistencia sanitaria parece así haberse **desmembrado** o haberse independizado del ordenamiento jurídico global del núcleo central del sistema de la Seguridad Social en base a su separación económica de los recursos para su financiación, separación administrativa, con la creación de un Ministerio “ad hoc” (Sanidad y Consumo) con competencias específicas relativas a las prestaciones sanitarias, desapareciendo, al contrario que sus precursoras (Texto articulado de 21 de Abril de 1.966 y Texto Refundido de 30 de Mayo de 1.974), el capítulo IV del Título II destinado a dicha contingencia en el Real Decreto Legislativo 1/1.994, de 20 de Junio. <<En el esquema constitucional,...las prestaciones sanitarias, que atienden a la necesidad de salud, se separan de las prestaciones de Seguridad Social que atienden a otras situaciones de necesidad>>⁷

Pero lo que sí queda claro, a pesar de ciertos intentos de privatización más o menos encubiertos⁸ es el encargo que realiza el artículo 41 de nuestra Constitución, junto con su homólogo artículo 43 CE al poner en nuestro sistema de Seguridad Social en manos de los **poderees públicos** cerrando definitivamente cualquier postura que pretenda que la titularidad, dirección, gestión y administración se organice y asuma por parte de las empresas privadas,⁹ concepto que es reforzado cuando en el mismo precepto constitucional se añade que “mantendrán un régimen público”¹⁰, cuestiones éstas que evidencian la falta de fundamento jurídico de cualquier corriente privatizadora que intente retornar a un sistema neoliberal respecto de las necesidades sociales como sería

“la temida y supuesta privatización de la Seguridad Social (que) quedaría así en cierto modo conjurada por el Texto Constitucional en cuanto que, en síntesis, toda acción <<de Seguridad Social>> es tarea del Estado.¹¹

No faltan más voces que se alzaron, en su momento, en contra de cualquier intento de privatización no ya de Seguridad Social en sentido estricto, sino de la asistencia sanitaria, en particular, que por las razones que anteriormente relatamos es mucho más susceptible de segregarse o independizarse, al menos, en parte, del conjunto del Sistema. “La organización técnica de la solidaridad de que en gran parte la Seguridad Social al fin y al cabo consiste no es posible sin la directa implicación del Estado en el uso de sus poderes de supremacía” (APARICIO TOVAR) y que no acaba aquí, ya que las corrientes privatizadoras de la Seguridad Social se inscriben en el marco más amplio de la llamada <<privatización del Estado de Bienestar>>. Privatización predicada con ardor por las escuelas neoliberales que proponen la descolectivización y la vuelta al mercado para lograr una satisfacción más adecuada de las necesidades sociales.¹²

“Ex abundantia” la Ley General de Sanidad también como premisas básicas para la organización de los servicios públicos de salud en la formulación de la política de asistencia sanitaria y en el control de su ejecución, según reza el artículo cinco de la LGS. También a ese respecto el artículo 44 de la citada Ley y el artículo 45, que aluden al carácter público el de atribución por Ley de competencias y de que el Sistema Nacional de Salud integra todas las funciones y prestaciones sanitarias del que son responsables los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud (las alusiones a tales preceptos no son citas textuales).

Y para terminar de afianzar esta idea pública tanto de la Seguridad Social como de la protección de la salud, y más fervientemente de la sanidad el concepto plasmado y más afianzado de que “El artículo 41 de la CE impone a los poderes públicos el mantenimiento de un régimen público del sistema y que corresponde a los poderes públicos establecerlo o mantenerlo”; si bien se señala en base STC 37/1.994 que el carácter público del sistema de Seguridad Social <<debe apreciarse en relación con la estructura y el régimen del sistema en su conjunto>>. Por lo que el citado carácter público, constitucionalmente impuesto, no queda comprometido por la existencia de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas,¹³ siempre que las mismas tengan una importancia relativa en el conjunto de la acción protectora de un siste-

ma que debe ser predominantemente público”.¹⁴En cualquier caso el criterio público de la sanidad no queda empañado por la colaboración o participación de sujetos privados en la prestación del servicio público de la protección de la salud.¹⁵

Como consecuencia de lo expuesto, da la impresión de que coexisten tres formas de participación: La **titularidad**, gestión, administración y ejecución **directa** de las prestaciones de asistencia sanitaria, una participación **indirecta** en la que son susceptibles de colaborar con diversas formas en lo público y, una última que sería la intervención privada en sí misma (con su estructura, organización hospitalaria y atención a los ciudadanos donde el carácter público se diluye en gran medida, si bien, se encuentra siempre sometido a la vigilancia y tutela de la Administración correspondiente). Esta última, totalmente legítima y desempeñando su propio papel, quedaría, sin embargo, a extramuros de nuestro estudio.

Es justo aquí donde a pesar de lo expuesto y que mantenemos debemos matizar entre “lo público y lo privado” en el área del Derecho Administrativo y, aún haciendo hincapié en el carácter **público** de la Sanidad Estatal que desarrollan actualmente las distintas Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales, en virtud de las transferencias producidas a cada una de ellas no queda del todo claro, más bien creemos que se encuentra bastante confuso y con diversas contradicciones y opiniones divergentes en la doctrina, todas respetables todas discutibles y polémicas. Como afirma Domínguez Martín, “Hoy por hoy, lo sustantivo de la Administración Pública no es su forma jurídica, sino su propio contenido, las funciones públicas que son asumidas como tales por la Administración, siendo indiferente la forma jurídica que se utiliza para lograr su realización”.

<< De esta manera (...) cabe afirmar que, con base en el concepto material de la Administración Pública, el ejercicio de competencias públicas por entidades sometidas al Derecho privado es también Administración Pública>>.¹⁶ La cuestión no es baladí porque el juego de palabras o términos no debe distanciarnos del espíritu y la esencia de cómo se debe de gestionar la sanidad pública. No es la clásica y casi encarnizada lucha entre lo público y lo privado de épocas anteriores o, incluso de este mismo momento; lo que entendemos es cómo se debe gestionar, administrar, organizar y funcionar la protección de la salud (además de los clásicos principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad que recoge el artículo 7 de la LGS y, que son característicos de todo sistema de actuación administrativa).

En definitiva, la cuestión es mucho más profunda. Partir de un modelo de Seguridad Pública incuestionable,¹⁷ de una asistencia sanitaria también pública, pero que **en su desarrollo y ejecución** frente a la clásica Administración estatal, de las Comunidades Autónomas, de la aportación de las Corporaciones Locales, en la actualidad se han abierto otros modos de gestión (fundaciones, consorcios, sociedades mercantiles, empresas públicas, convenios, ect) que gozando de su rango de **titularidad pública** permiten la participación privada como sucede en otros sectores de la economía administrativa (electricidad, telecomunicaciones, gas, escuelas, ect) que siendo formas de intervención privadas o como dice la profesora Domínguez Martín, utilizan << formas de gestión procedentes del Derecho privado (que) no puede ser calificada, en sentido estricto, de “privatización” de los servicios públicos sanitarios >>.¹⁸

Es por ello que debemos muy cautelosos en este tema y en la estrecha línea que separa el derecho del privado, que como nuevamente afirma Domínguez Martín, bajo el principio de sometimiento de la Administración Pública a los principios constitucionales y de acuerdo con el artículo 103.1 de la CE << implica garantizar, en última instancia, que toda la actividad que sea predicable como actuación de la Administración Pública en sentido material se somete a unos principio básicos >>. Matiza, la citada autora que ello << se produce con independencia de que esta actuación sea llevada a cabo bajo forma jurídico-pública o jurídico privada, ya se someta al Derecho Público o al Derecho privado >>¹⁹ Pero, con ello, ¿no se está-no invitando-sino dejando paso abiertamente a fórmulas que nos conducirán a un intento progresivo de sistema mixto, entre la Sanidad Pública y formas privadas?

Sin embargo, ¿esta concepción de lo público sigue siendo tan estricta?²⁰ El propio sistema de reforma de pensiones recientemente aprobado que tiene sus partidarios y sus detractores, el temor al empeoramiento del sistema de financiación y a pesar de la sustanciosa cantidad que almacena nuestro Fondo de Reserva ¿no han puesto fechas para el mantenimiento del sistema? ¿Están fracasando las meritorias medidas para incentivar el crecimiento demográfico y compaginar el trabajo con la vida familiar? ¿Para el año 2.020 o el 2.030? ¿No se está pensando por algunos sectores en conjugar un sistema público junto con otro sistema complementario de carácter más o menos privado? ¿No hacen ese papel los Planes y Fondos de Pensiones en el último inciso del precepto 41 al hacer alusión a que las prestaciones complementarias serán **libres**? ¿Nos asegura la Seguridad Social y, en su momento,

un merecido descanso con una capacidad económica que nos permita vivir con dignidad? Y más concretamente, **¿no existe realmente un trasfondo o al menos una relativización encaminada a la asistencia sanitaria, por ser la más proclive a esas ideas privatizadoras?**²¹

Estas preguntas tienen diferentes respuestas a las que haremos simplemente una alusión para no salirnos de nuestro objetivo en este trabajo. ¿Qué función desempeñan, por ejemplo, las Mutuas de accidentes de Trabajo y Seguridad Social (MATEPS) cuya naturaleza jurídica de carácter **privado** y una férrea tutela e intervención estatal, sin embargo, por mandato legal gozan de grandes facultades en el ámbito de la Seguridad Social incluida la materia médico-sanitaria y las atribuciones y competencias conferidas?²²

A este respecto <<nadie se ha escandalizado>> ante la frecuente práctica de firmas de conciertos con instituciones sanitarias privadas con el fin de asegurar a los usuarios el suministro de unos servicios, pertenecientes al campo de protección de la Seguridad Social, a través de una producción privada²³, en base a la Ley 15/1.997, de 25 de Abril, amparando a empresas públicas, consorcios y fundaciones, mediante acuerdos o convenios con entidades públicas o privadas, reguladas posteriormente por Ley 50/1.998, de 30 de diciembre. Pero es más, <<la Administración Pública en sentido material, no podrá liberarse de la observancia de los límites inherentes al poder público, del cumplimiento de los principios básicos que caracterizan constitucionalmente a la Administración>>.²⁴ Además, <<Cuando la Administración Pública ejerce sus competencias a través de entidades de naturaleza privada, como puede ser una sociedad mercantil, hay que entender que detrás de esa actuación se encuentra la propia Administración Pública creadora de ese sujeto privado (...) La relación entre la Administración Pública y la entidad instrumental que aquélla utiliza queda reforzada por la denominada “doctrina del levantamiento del velo...”²⁵Realmente, estimamos y se verá más adelante que de la naturaleza jurídica **pública** el sector doctrinal mayoritario no tiene dudas. Pero que, realmente, hay un “ataque” no de manera frontal y directa, sino mejor indirecto y paulatino hacia fórmulas de privatización tampoco no nos deja tranquilos. La idea de separar la financiación y la prestación gana adeptos en la mayoría de los países, si bien se están introduciendo incentivos que fomentan la integración de ambas funciones.

III) MATIZACIONES HISTÓRICAS DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD.

Es digno de traer a colación para comprender la tendencia a **desgajar** del ámbito exclusivo de la Seguridad Social la protección de la asistencia sanitaria.²⁶ Datos históricos los hay. La LGSS de 30 de Mayo de 1.974, produciéndose una inicial independencia de la asistencia sanitaria respecto de la Seguridad Social. También la disposición adicional 22ª de la propia LGSS la ha excluido como fuente de recursos propios de la Seguridad Social. El remate y nunca mejor dicho fue el artículo 86.2 de la LGSS, proveniente de la Ley de Consolidación y Racionalización de 1997 (LCR), en la que se pronunció porque la asistencia sanitaria sea financiada exclusivamente con la Ley de Presupuestos Generales del Estado (LPGE), excepción hecha de si la prestación deriva de accidente de trabajo y/o enfermedad profesional (AT y EP), desapareciendo su vinculación financiera con la Seguridad Social según Ley 13/2000, de 28 de diciembre). En la actualidad, las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de la Seguridad Social son responsabilidad financiera de las respectivas Comunidades Autónomas de conformidad con los acuerdos de transferencias y el vigente sistema de financiación autonómica, según lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Ley 16/2.003.

Es indispensable preguntarnos cual es el contenido de la Ley General de Sanidad (LGS) entorno a dispensación de esta prestación y al colectivo de la ciudadanía que abarca. Su **reconocimiento a la universalidad subjetiva** en la protección a la salud y que partiendo, en sus orígenes de unos primeros pasos indispensables y básicos en la construcción de la Seguridad Social extraídos de los antiguos Seguros Sociales se manifiestan en una primera instancia a través de dos principios técnico-jurídicos definidores de la Seguridad Social: El principio de **universalidad del campo subjetivo de cobertura** y el **principio de protección** contra todos los riesgos sociales que crean estados de necesidad. Esta universalidad de ámbito subjetivo de cobertura obliga a considerar la situación actual de nuestra Seguridad Social como una mera etapa en la evolución hacia su consecución.²⁷ Del núcleo inicialmente protegido por los Seguros Sociales, compuesto por los trabajadores de la industria que no superasen cierto límite de renta, la expansión tanto ha ido en sentido ascendente, haciendo desaparecer los topes de renta, como descendente, **cubriendo a todo tipo de personas**, aun no ligadas por contrato de trabajo.

Este movimiento expansivo de la **protección a la salud** es donde se ha hecho más evidente. En la base de lo que es la Seguridad Social y más concretamente del campo de la sanidad pública está el que haya madurado históricamente la idea de que determinados riesgos que producen estados de necesidad son sociales y participan en función de la época histórica en un ideal de cobertura que siempre se encuentra en un continuo y progresivo dinamismo, tanto en lo referente a la cobertura de la salud, cada vez más generalizada-cualitativa como cuantitativamente- como en las nuevas enfermedades que aparecen. Sin embargo, podemos afirmar que el balance hoy por hoy de la protección a la salud pública y el sistema sanitario se encuentra muy evolucionado en nuestro país con una estructura sanitaria por todo el territorio nacional, incluso comparándolos con países de nuestro entorno comunitario, al que generalmente, igualamos o superamos en muchos casos, constituyendo una de la red sanitaria más importante, si bien transferida a las respectivas Comunidades Autónomas,²⁸ con amplísimas competencias sustantivas, presupuestarias y jurisdiccionales con lo cual se produce un difícil y complejo desmembramiento añadido al ya complejo entramado de Entes Públicos con responsabilidades sobre el sector y su coordinación con el Estado.

El seguro de enfermedad fue calificado en su momento y, siempre, como el más importante dentro de esta primitiva forma de cobertura. Realmente es así, la carencia de salud es el mayor de los males y, evidentemente, el primero que había que atajar. Pero no es menos cierto que el Retiro Obrero, allá por Marzo de 1.919, también gozaba de la misma celeridad para paliar la Vejez, que si de por sí ya es triste en sí misma, con carencia de recursos económicos y la imposibilidad de realizar un trabajo o una actividad desembocaba en la pobreza, la penuria y la beneficencia. Y así podríamos citar del resto de las contingencias (invalidez, paro y la precariedad que producía el fallecimiento) al que les unía a todas un lazo común: su restricción y limitación enfocada a una determinada capa de protección-los más débiles económicamente hablando- exclusivamente pensada para los trabajadores por cuenta ajena y del sector industrial, dejando un enorme margen de población al desamparo y la miseria, quedando sólo la beneficencia tanto pública como privada como último recurso frente a esta situación de precariedad.²⁹

Es lógico que la esfera de protección era tan limitada que tampoco cubría, ni mucho menos, más que las prestaciones sanitarias

posibles en aquéllos momentos de la Historia y cuando la Seguridad Social propiamente dicha no era sino un embrión, un germen que comenzaba a formarse para luego expandirse si contemplamos la realidad de hoy día tanto en los sujetos beneficiarios a los que se destina, como en la capacidad de atender las situaciones de necesidad (los artículos 11, 12 y 13 de la Ley de 14 de diciembre de 1.942 en la que el Seguro Obligatorio de Enfermedad, limitaban la asistencia médica a un máximo de veintiséis semanas por año y trece para sus familiares de asistencia farmacéutica y doce semanas de hospitalización).

Es por ello que si fue Bismarck³⁰ el creador, precursor e impulsor de los Seguros Sociales, es W. H. Beveridge el que contribuyó decisivamente y en plena Guerra Mundial en la asunción de aquéllos para transformarlos en una Seguridad universal, solidaria e igualitaria que le llevó a ser definido como el auténtico padre de la Seguridad Social en base a sus dos Informes sobre “Pleno Empleo en una Sociedad libre “ y “Seguros Sociales y Servicios Afines” en 1.942 y 1.944, donde nace una Seguridad Social propiamente dicha, atendiendo a toda clases de situaciones de necesidad y la solidaridad como eje central, como principio esencial que en **la protección a la salud** se hace esencialmente primordial a la que todo hombre (o mujer) tiene derecho como disfrute de la asistencia, tratamiento y necesaria recuperación de la salud como obligación primordial del Estado.³¹

Si realizamos hoy una breve comparación entre el campo subjetivo de acción que abarca la asistencia sanitaria anteriormente como es sabido, al actual comprobaremos el gigantesco dinamismo y avance de la Seguridad Social en sí misma y el derecho sanitario <<no cabe duda que significaron el acceso a una importante capa de la población a los adelantos científicos espectaculares que empezaron a producirse en el arte de curar(....)estamos operando en una materia preñada de historicidad(...)la construcción del propio saber médico, de la ciencia médica, y por ello las nociones de enfermedad, está íntimamente ligada a los avatares económicos, políticos y culturales>>.³²

En la sanidad pública vigente, abarca desde los trabajadores por cuenta ajena afiliados, en alta o situación asimilada al alta, los pensionistas y perceptores de prestaciones periódicas del Régimen General de la seguridad Social (RGSS), autónomos y autónomos dependientes especialmente, familiares en sentido amplio (cónyuge o pareja de hecho, descendientes de ambos cónyuges o de cualquier

de ellos, con independencia de la naturaleza de filiación, adopción o acogimiento de hecho), ascendientes del titular o de su cónyuge, hermanos del titular o del cónyuge, beneficiarios de asistencia sanitaria por maternidad, riesgo durante el embarazo, trabajadores extranjeros-incluso de tránsito- y así podríamos seguir hasta perder el rumbo de nuestro objetivo principal, pero si sirva de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Cataluña de 28 de Febrero de 2.001 que reconoció, en su día, la <<inclusión de de los hijos de un trabajador de nacionalidad marroquí que residen fuera del territorio español como beneficiarios de la prestación de asistencia sanitaria>>. A “sensu contrario” más restrictivas las Sentencias del Tribunal Constitucional (SSTCO de 26 de Noviembre de 1.983, 19 de Noviembre de 1.985 y 21 de Abril de 1.986) no considerando beneficiario de la prestación sanitaria al hijo que permanece en el domicilio del padre y a sus expensas habiendo contraído matrimonio.

Si realizamos hoy una síntesis de la amplitud de la acción protectora en su ámbito objetivo nos encontraremos con una **atención primaria, básica o inicial** de atención global que comprenderá desde la asistencia sanitaria en las consultas y centros de salud, la asistencia sanitaria domiciliaria, las actividades en materia de educación sanitaria, preventiva, la promoción de la salud, la información y vigilancia y la rehabilitación; la atención a la mujer (atención precoz, seguimiento, parto y postparto), la atención a la infancia y a la adolescencia, al adulto y al anciano, la atención primaria de urgencia, la atención a la salud buco-dental, la atención a la salud mental, entre otras muchas que sería excesiva citar en este trabajo. Y si continuamos con la Ley 16/2.003, de 28 de Mayo nos adentraríamos en la **atención especializada** que integraría actividades de asistencia sanitaria ambulatoria especializada en consultas y el hospital de día, asistencia especializada en régimen de hospitalización médica y quirúrgica (incluida cirugía estética por causa de accidente o malformación congénita, cambio de sexo en los supuestos previstos del Anexo III del R D 63/1.995), servicios de urgencia durante las 24 horas del día, hospitalización en los casos de necesidad psiquiátrica; amén de la atención socio-sanitaria para los enfermos crónicos y las prestaciones farmacéuticas.

IV) EL SISTEMA NACIONAL DE LA SALUD Y LA ORDENACIÓN DE LOS SERVICIOS DE GESTION.-

“El Sistema Nacional de la Salud estableció una nueva forma de acceder los beneficiarios a la prestación de la asistencia sanitaria por medio de la **tarjeta sanitaria individual**, como documento administrativo que acredita los datos necesarios de identificación personal que acredita los datos necesarios de su titular, regulados en el artículo 57.1 de la Ley 16/2003 y el Real Decreto 183/2004, de 30 de Enero por el se establece la utilización de la tarjeta individual con soporte informático y que se emite por las administraciones sanitarias autonómicas y el INGESA destinadas a permitir la atención en los centros y servicios sanitarios que componen el Sistema Nacional de Salud”.³³ El **reconocimiento del derecho** corresponde a la Entidad Gestora (INSS y las MATEP, en los supuestos de AT y EP, así como la **gestión de la prestación** se atribuye al INGESA o al Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma correspondiente, en virtud de las transferencias conferidas.³⁴

La LGS estableció una nueva forma de ordenación de los servicios de salud en base a la nueva estructuración del Estado Español, quedando en consecuencia toda la normativa que regulase la estructura y funcionamiento de instituciones y organismos sanitarios degradada a nivel reglamentario. El Sistema Nacional de Salud viene considerándose como el conjunto de los servicios de salud de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas, integrando todas las funciones y prestaciones sanitarias que constituyen la responsabilidad de los poderes públicos para el cumplimiento del derecho a la protección de la salud, según se regula en los artículos 44.2, 45 y 46 de la LGS, con el objetivo de establecer acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones Públicas sanitarias y como consecuencia de la asunción por la totalidad de las Comunidades Autónomas las transferencias del extinto INSALUD (hoy INGESA), según lo previsto en la disposición transitoria 30 de la LGS.

Consecuencia del traspaso de competencias a las Comunidades Autónomas y la adaptación del antiguo INSALUD, los Servicios de Salud de la Administración del Estado y en base al Real Decreto 840/2.002 y posterior Real Decreto 1.555/2.004, de 25 de Junio pasa a constituirse en una entidad menor INGESA, que continua conservando la misma personalidad jurídica y naturaleza de Entidad Gestora, así como las funciones de gestión de los derechos y deberes del extinto Instituto, ocupándose de las prestaciones sanitarias en el ámbito terri-

torial de las ciudades de Ceuta y Melilla³⁵ y de la realización de sus actividades en el marco de lo dispuesto en la disposición transitoria 30 y artículo 15.1 del R.D 1.087/2.003, de 29 de Agosto.

La organización de los servicios de asistencia primaria se llevará a cabo a través de la Gerencia de Atención Primaria y la de los Servicios de asistencia sanitaria especializada mediante la Gerencia de Atención Especializada (Artículos 5 y 7 del RD 347/1.993, de 5 de Marzo).

El Sistema Nacional de la Salud integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que, de acuerdo con lo previsto en La Ley General de Sanidad, son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud, según dispone el artículo 45 de la citada Ley. Las características fundamentales del mismo es su capacidad de cobertura estructural y funcional, extendiendo todas sus competencias y servicios a toda la población. La organización adecuada para prestar una atención integral a la salud, comprendiendo la promoción de a salud y prevención de la enfermedad como de la curación y rehabilitación. El SNS coordinará e integrará todos los recursos sanitarios públicos en un dispositivo único y su financiación procederá de los recursos de las Administraciones Públicas, cotizaciones y tasas por la prestación de determinados servicios.

La legislación de cada Comunidad Autónoma establecerá las fuentes de financiación del sistema sanitario y del correspondiente servicio de salud, bien conjuntamente o por separado, siendo sus fuentes principales de ingresos las recibidas con cargo a los presupuestos de las CCAA, la parte correspondiente que reciba la Comunidad Autónoma de los Presupuestos de Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social con cargo a los Presupuestos Generales del Estado afectos a los servicios y prestaciones sanitarios. Además dispondrá de los rendimientos obtenidos de los tributos cedidos por el Estado a las CCAA; las aportaciones de las Corporaciones Locales con cargo a sus presupuestos. La participación en la financiación de los servicios de las Corporaciones Locales se llevara a efecto por las propias Corporaciones Locales, por un lado y, por otro, con cargo al Fondo Nacional de Cooperación con las Corporaciones Locales. Así mismo, el Gobierno regulará con cargo a las transferencias estatales el sistema de financiación de la cobertura para las personas sin recursos económicos que no se encuentren incluidas en el sistema de Seguridad Social.³⁶

El SNS se encuentra adscrito funcionalmente en las respectivas Comunidades Autónomas (CCAA) a través de **los centros y establecimientos propios y los de titularidad municipal**. Para el desarrollo de sus funciones las Comunidades regularán los órganos de gestión y de control de sus servicios de salud, según lo dispone el artículo 52 de la LGS. Para ello se creará un **Consejo de Salud** en cada una de las CCAA con la finalidad de regular la participación democrática de todos los interesados y de los representantes sindicales y empresariales, según dispone el artículo 53 de la LGS, en el que también deberán integrarse las **Corporaciones Locales**. Las CCAA por medio del **Consejo de Salud** deberán elaborar un **Plan de Salud** en el que se establecerán todas las acciones sanitarias necesarias para cumplir los objetivos de los **Servicios de Salud** dentro de los planes de las diferentes **Áreas de Salud** en conjunción y coordinación de los criterios aprobados por la Administración del Estado.

Las CCAA deberán también delimitar y constituir en su demarcación territorial las respectivas **Áreas de Salud** que serán las estructuras fundamentales del sistema sanitario³⁷, responsables tanto de la gestión unitaria de los respectivos centros de salud, así como de las prestaciones y programas sanitarios dentro de su ámbito de competencia (artículo 56.2 de la LGS).

¿Cómo se configuran las **Áreas de Salud**? : Siguiendo el precepto 56 de la LGS,

- a) Según criterios o factores geográficos.
- b) De acuerdo con factores socioeconómicos, demográficos y laborales.
- c) En función de criterios epidemiológicos, culturales, climatológicos y medios de comunicación.
- d) En relación con el número de instalaciones sanitarias. La regla general su campo protector extenderá a una población entre 200.000 y 250.000 habitantes, si bien se exceptúan por razones obvias las CCAA de las islas Baleares y Canarias, así como las ciudades de Ceuta y Melilla, disponiendo, al menos, de un Hospital General (artículo 65.1 de la LGS).
- e) Las áreas de salud se dividirán en **zonas básicas de salud** para su mayor operatividad y eficacia en lo que respecta a al funcionamiento de los servicios a nivel primario, teniendo en cuenta diversos

factores como pueden ser el marco territorial de la atención primaria, las distancias entre las poblaciones y el tiempo a invertir, así como el estado de las instalaciones y recursos sanitarios.

Las **Áreas de Salud** son las estructuras fundamentales del sistema sanitario,³⁸ responsabilizadas de la gestión unitaria de los centros y establecimientos del servicio de salud y programas sanitarios a desarrollar en el ámbito de la atención primaria de salud, en el nivel de atención especializada, a realizar en los hospitales y centros de especialidades dependientes. Las áreas de salud serán dirigidas por un órgano propio, donde deberán participar las Corporaciones Locales en ellas situadas con una representación no inferior al 40% dentro de las directrices y programas generales sanitarios establecidos por la Comunidad Autónoma. Para el ejercicio de sus funciones las áreas de salud contarán con los siguientes órganos: 1) Órgano de participación a través del Consejo de salud de área. 2) Órgano de dirección, atribuido al Consejo de dirección de área y 3) Órgano de gestión, encomendado al Gerente de área (artículo 57 de la LGS, la cita no es textual).

Los **Consejos de Salud** de área son órganos de participación comunitaria para la consulta y el seguimiento de la gestión, constituida por la representación proporcional de las organizaciones empresariales y sindicales. Igualmente se encontrarán representados los ciudadanos a través de las Corporaciones Locales dentro del ámbito de su demarcación, que supondrá el 50% de sus miembros. Las funciones del Consejo de Salud serán las reguladas en el artículo 58.3 de la LGS, funciones todas ellas a verificar las actuaciones del área a las normas y directrices de la política sanitaria y económica, orientar las directrices sanitarias del área, proponer medidas en el área de salud, promover la participación comunitaria en el seno del área de salud, entre otras.

Al **Consejo de Dirección** del área de salud corresponde formular las directrices en política de salud y controlar la gestión del área y estará por la representación de la Comunidad Autónoma, que supondrá el 60% de los miembros de aquél y los representantes de las Corporaciones Locales. Sus funciones serán, entre otras, la propuesta de nombramiento y cese del gerente del área de salud, la aprobación del proyecto del Plan de Salud del área, el establecimiento de los criterios generales de coordinación en el área de salud y la aprobación del anteproyecto y ajustes anuales del Plan de Salud del área y la aprobación de las prioridades específicas del área de salud.

El **Gerente del área de salud** es el órgano de gestión de la misma. Podrá, asistir con voz y sin voto a las reuniones del Consejo de Dirección y será el encargado de la ejecución de las directrices establecidas por el Consejo de dirección, de las propias del Plan de Salud del área y de las normas correspondientes a la Administración Autonómica y del Estado. El Gerente de Salud será nombrado y cesado por la dirección del servicio de salud de la Comunidad Autónoma, a propuesta del Consejo de dirección del área.³⁹ Esta estructura mínima del Área de salud se apoya en unas divisiones territoriales denominadas Zonas Básicas de Salud (ZBS). La configuración de las ZBS como marco territorial de atención primaria fue establecida ya por Real Decreto 137/1.984, de 11 de Enero, de estructuras básicas de salud, todavía vigente en lo que no se oponga a la Ley General de Sanidad.” Contra el Real Decreto 137/1.984 planteó conflicto positivo de competencias la Junta de Galicia que se resolvió mediante la STC 182/1.988, de 13 de Octubre.⁴⁰

Tras la dispersión de la Sanidad Pública al pasar a formar parte y ser competencia de las distintas CCAA, se proyectó, como no podía ser menos, un Organismo que ejerciese las labores necesarias de coordinación, cooperación, comunicación e información entre los distintos **Servicios de Salud** y, a su vez con la Administración estatal. Este cometido se cumplió con la creación de un **Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de la Salud**, órgano aglutinador con capacidad para promover la cohesión del Sistema Nacional de la Salud a través de la **garantía efectiva y equitativa de los derechos de los ciudadanos en todo el territorio español**, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 69.1 de la Ley 16/2003 y 10.2. a) del RD 1.450/2.000, de 28 de Julio. Este Consejo Interterritorial está integrado por representantes de las respectivas CCAA y por igual número de la Administración Estatal, presidido por el Ministro de Sanidad y Consumo. La Ley 16/ 2.003, en su artículo 71 establece una diferenciación entre las funciones de este Consejo, tan reiteradamente citado y el Sistema Nacional de la Salud, en razón de asesoramiento, planificación, evaluación y coordinación del Sistema Nacional de la Salud y cooperación entre el Estado y las diversas CCAA.

En nuestra opinión la variopinta regulación del sistema económico-financiero en base a las transferencias CCAA y con la regulación de los nuevos Estatutos de Autonomía estimamos que ese principio de equidad e igualdad que promueve este órgano no va a estar exento de problemas debido al diferente grado de desarrollo y la diferenciación entre Comunidades ricas y pobres y el contenido y regulación de los

propios Estatutos de Autonomía que puede dar al traste con tan ambicioso proyecto. En la práctica quedará más sobre el papel que sobre la realidad. El transcurso del tiempo y la evolución de los diferentes Estatutos nos dará la razón o no.

Por último y de acuerdo con la Ley 16/2.003 no queremos dejar pasar la ocasión para que dentro de este capítulo detallar otros órganos de los distintos órganos gestores del SNS, siquiera para hacer una breve referencia al Instituto de Salud Carlos III, al Instituto de Información sanitaria, a la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de la Salud y al Observatorio del tan citado Sistema (SNS).

El **Instituto Salud Carlos III** se creó en base al artículo 111. de la LGS, artículos 11.3 y 16.1 del RD 1.087/2.003, de 29 de Agosto y artículo 1.1 del RD 375/2001 de 6 de Abril, en la redacción del RD 590/2.005, de 20 de Mayo y es considerado como << un organismo autónomo de la Administración del Estado adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo a través de la Secretaria General de Sanidad cuya función es la de desarrollar y ofrecer servicios científicos-técnicos de la más alta calidad dirigidos al Sistema Nacional de la Salud y al conjunto de la sociedad, sirviendo de colaboración, en el ámbito de sus funciones, con otras Administraciones Públicas >>. ⁴¹ Como organismo autónomo tiene personalidad jurídica propia y pública, patrimonio y tesorería propios, autonomía en su gestión y plena capacidad jurídica y de obrar.

Las funciones del referido organismo para el desarrollo efectivo de su cometido se encuentran reguladas en el artículo 4 del RD 375/2.001, amén de los artículos 112 y 113 de la LGS y, así mismo el artículo 48 de la Ley 16/2.003, siendo de su competencia especialmente la ejecución de las actividades de carácter investigador, científico, técnico y docente, además de las funciones primordiales de laboratorio nacional en atención a la legislación, tanto española como comunitaria. El Instituto de Salud Carlos III, cuya finalidad es el apoyo científico del Ministerio de Sanidad y de los distintos Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas y la colaboración, en el ámbito de sus funciones, con otras Administraciones Públicas, conforme establece el artículo 1 del Real Decreto 375/2001, de 6 de Abril, que aprueba su estatuto. El Instituto de Salud Carlos III también está regulado en los arts. 48 y ss. De la Ley 16/2.003, de 2 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. ⁴²

El **Instituto de Información Sanitaria**, se encargará recabar, elaborar y distribuir información que responda a las necesidades del SNS y recoger datos procedentes de otras fuentes, nacionales e internacionales, con el fin de complementar la información del sistema; la **Agencia de Calidad del SNS** tiene la misión de elaborar y adoptar los elementos de la infraestructura con el asesoramiento de sociedades científicas y expertos en el sector, a partir de de la experiencia nacional e internacional; el **Observatorio del SNS** con el objeto de proporcionar un análisis permanente, se dedica al estudio y comparación de los distintos Servicios de Salud de las respectivas CCAA en el ámbito de de la organización, provisión de los servicios, gestión sanitaria y resultados.

Con estos organismos y la participación social en el SNS, por medio de su Comité consultivo, Foro abierto y Foro virtual de la salud, culminaría esta primera parte del trabajo para acceder de pleno en las nuevas formas de gestión de la sanidad.

V) LAS NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN DE LA SANIDAD.-

Durante la última década, el Sistema Nacional de la Salud Pública, evidentemente, ha ido afrontando las distintas situaciones de necesidad derivadas de la contingencia de la protección frente a la enfermedad y para el restablecimiento del derecho a la salud, primordial y básico, conforme se ha ido evolucionando en las mejoras de la asistencia sanitaria tanto en su calidad como en su abanico de protección social y campo de cobertura. Esta ha sido la forma en el epígrafe anterior se ha dado una visión, siquiera genérica, pero suficiente de las distintas modalidades o mejor, de cómo se lleva a cabo la gestión de la sanidad pública. El artículo 44.1 de la LGS define al Sistema Nacional de la Salud como “el conjunto de los servicios de salud de la Administración del Estado y de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas en los términos establecidos en la presente Ley”.

Sin embargo, la existencia necesaria y obligatoria de proveer el Estado y, actualmente, las distintas Autonomías Públicas (CCAA) a través de los órganos ya citados no ha descartado la existencia de una asistencia sanitaria privada, que si bien opera al margen de la pública y con amparo constitucional, no por ello deja de ser un instrumento eficaz y costoso, alternativo o subsidiario o complementario para aquéllos ciu-

dadanos que bien con cargo a su peculio personal desean y pueden permitirse el lujo de acudir a Hospitales y servicios médicos privados para su curación en caso de enfermedad bien directamente o por medio de Compañías Privadas porque la Constitución no lo impide y es un derecho solamente limitado por los recursos económicos del ciudadano que acude a los mismos.⁴³

Al margen de esta cuestión que es otra historia, permítasenos la expresión, y regresando a nuestro sistema público de carácter oficial, últimamente han aparecido nuevas formas y fórmulas de gestión de la Sanidad Pública, intentando implantar **instrumentos de gestión indirecta** basándose en el supuesto incremento del gasto sanitario público, presuntamente mal gestionado y la necesidad de encontrar una solución financiera con un enfoque puramente profesional y empresarial con criterios de eficacia y racionalidad⁴⁴ y que desde su aparición ya en el RD 10/1.996, de 17 de Junio y posterior legislación con la publicación de la Ley 15/1.997, de 25 de Abril y la Ley 50/1.998 (artículo 111) y desarrollo reglamentario por RD 29/2000, de 14 de Enero, otorgaron carta de naturaleza a una realidad que ya había comenzado a aflorar en la regulación de los servicios sanitarios de algunas Comunidades Autónomas (Cataluña, principalmente) en la ansiada búsqueda de la eficiencia y la racionalidad gerencial, contribuyendo con estas nuevas modalidades de prestación sanitaria encubiertas destinadas al intento de privatización del sistema. Esto, evidentemente, alertó a los defensores del sistema público y de ahí partió la iniciativa del estudio de estas formas de gestión, al que le dedicaremos el tiempo que bien merece.

Con la legislación que anteriormente hemos citado, estableció la posibilidad de gestión y administración de centros, servicios y establecimientos de protección a la salud o de atención sanitaria o socio-sanitaria con la finalidad de que pueda llevarse a cabo bien directamente con los Servicios Públicos de Salud (dentro del SNS) o **indirectamente a través de entidades de naturaleza y titularidad pública admitidas en derecho**. Estas otras formas jurídicas de gestión y administración adoptarían la forma **entes** interpuestos que gozando de personalidad jurídica o naturaleza propia ejercen su actividad de gestión sanitaria por medio de **empresas públicas, consorcios, sociedades estatales, fundaciones públicas sanitarias** y otras entidades de naturaleza jurídica admitidas en el ordenamiento jurídico, realizando la prestación y gestión de los servicios sanitarios y socio-sanitarios con medios privados, mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas, según reza el artículo 90 de la LGS.

Sin embargo, han surgido dudas sobre el carácter público o privado de estas nuevas formas de gestión en la redacción de La Ley 23/2.001, de 27 de diciembre, de PGE para 2.002, ya que en la Exposición de Motivos denomina al referirse a las nuevas formas de gestión como <<las entidades creadas al amparo de la Ley 15/1.997, como consecuencia de la *ambigüedad de la naturaleza jurídica de estos entes*>>. Es, quizás, por ello, que con la finalidad de evitar una impresión privatizadora tras la implantación de estas nuevas formas de gestión, el artículo 7 del RD 29/2000 estableciese la obligación de mantener en el ámbito del INSALUD (INGESA) **la concepción integral propia de toda la red de asistencia sanitaria**, con el objetivo de garantizar y preservar la continuidad del sistema asistencial entre los distintos niveles, garantizando que la atención sanitaria se preste en todos los centros sanitarios **con independencia de que tengan personalidad jurídica con el alcance previsto legalmente** y, en segundo lugar, **el respeto y la protección de todos los derechos reconocidos legalmente a favor de los ciudadanos** (Ver los artículos 8 y 9.1 del RD 29/2.000, de 14 de Enero).

VI) LA GESTION DIRECTA POR MEDIO DE ÓRGANOS PÚBLICOS.-

Una vez expuestos los criterios de la Sanidad Pública, de sus antecedentes, de sus formas de gestión y funcionamiento, de la financiación de la Sanidad, de la intervención y modalidades de lo privado dentro de este sector Administrativo Público,⁴⁵ entre otras cuestiones, es hora ya de profundizar pormenorizadamente en las distintas formas de llevar a cabo todo el Plan de Salud y los servicios de asistencia sanitaria y ejecutar el Servicio Nacional de Salud a través de los distintos poderes públicos (Administración Estatal-solamente para las líneas y directrices de la legislación básica-, las Comunidades Autónomas, Las Corporaciones Locales y concertación-en términos generales- de entidades jurídico-privadas). Para ello daremos una visión generalizada sobre **la gestión directa a través de organismos públicos**, como son los organismos autónomos y entidades empresariales en la Ley 15/1.997, de 14 de Abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), las Agencias Estatales y también las Fundaciones Públicas-sanitarias.

En otro orden de cosas, **la gestión directa a través de personificaciones jurídico-privadas** incluyendo a las sociedades públicas y las fundaciones privadas en mano pública y, por último **las formas de gestión indirecta y los consorcios y los consorcios en el ámbito sanitario** como son el convenio, el concierto, la empresa mayoritariamente pública, la concesión y los consorcios.

Existe una posibilidad de realizar la gestión directa sin órgano especial o personificado. Se lleva a cabo a través de una estructura organizativa de carácter ordinario del Ministerio, Departamento o Consejería. Se caracterizan por ser órganos con competencia sobre todo el territorio y por la desconcentración por medio de órganos periféricos. La característica de esta organización es que se encuentra sujeta de manera plena al Derecho Administrativo., “si bien esta forma de gestión única es inaplicable a la Administración sanitaria...Para decirlo con mayor precisión: la gestión directa indiferenciada o sin órgano especial sólo es aplicable a una parte de las funciones administrativas(...)funciones de dirección, control e, incluso, inspección y sanción, pero no es compatible con las funciones puramente prestacionales”.⁴⁶

Con la finalidad de ejecutar las competencias sanitarias y prestar los servicios sanitarios se hace necesario que existan órganos especializados, tales como los centros de salud, los establecimientos y servicios sanitarios a través de órganos especializados no personificados o personalizados como las Áreas de Salud. El régimen jurídico de estos órganos desconcentrados es íntegramente de Derecho Público, sin personalidad jurídica propia, cuyos actos y acuerdos se rigen por la Ley 30/1.992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) y la legislación administrativo y los contratos que se suscriban se regirán por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), con personal adscrito al status funcional o al laboral.

Cabe también, **la gestión directa a través de organismos públicos** partiendo de una amplia gama de personas jurídicas y administrativas que son “organismos dotados de personalidad jurídica propia y formalmente independiente de la entidad matriz, pero fuertemente vinculados a la misma (denominada (Administración institucional o Administración instrumental).⁴⁷ Gozan de una importancia cuantitativa y cualitativa, en el que se encuentran integrados sectores de la envergadura como los puertos, transportes, la Seguridad Social, el tráfico, etc.). La utilización de estas formas de gestión son especialmente relevantes, en lo que a este tema concierne, en las distintas **Entidades Gestoras de la Seguridad Social** (INSS, INGESA, IMSERSO, SERPEE);⁴⁸.

Sobre la TGSS, anteriormente existían dos posturas o corrientes doctrinales, una encajándola dentro de la figura jurídica de la Entidad Gestora y otra como un Servicio Común y que sería el centro y eje básico económico y financiero que atendería al resto de las Entidades propiamente Gestoras. En la actualidad dicho organismo dotado de personalidad jurídica propia se configura como un Servicio Común en el que por aplicación de los principios de solidaridad financiera y caja única se unifican todos los recursos financieros (dinero, valores, o créditos) del sistema de Seguridad Social, tanto para operaciones presupuestarias como extrapresupuestarias (artículos 63. 1 de la LGSS, R.D. 2318/1.978, de 15 de Septiembre y R.D 1314/1.984, de 20 de Junio, ⁴⁹además de ejercer otras funciones, como los actos de encuadramiento, titularidad patrimonial y funciones de reaseguro, entre otras.

El propio INSALUD (hoy INGESA) ya lo califica con el rango de Entidad Gestora, frente a la Administración Institucional de la Sanidad Nacional y, posteriormente, cuando se produce la integración de esta Administración Institucional en el INSALUD, vía Real Decreto 187/ de 23 de Enero, su condición de organismo autónomo fue plenamente aceptada. ⁵⁰ Las Entidades Gestoras de la Seguridad Social tienen las características de acuerdo con los preceptos 59.1 65 de la LGSS de estar dotadas de naturaleza de Derecho Público, capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines, exención tributaria absoluta, exención del pago de derechos y honorarios notariales y registrales y franquicia postal y telegráfica.

No obstante, “el concepto de organismo público tiene un perfil y alcance digno de aprehender, ya que se trata de una denominación que, por sí misma, no dice nada acerca del contenido jurídico de las entidades personificadas; ni tan siquiera, se puede decir que sea una denominación descriptiva”.⁵¹ Y ciertamente es así, ya que a menudo se emplea este término con este concepto que perdemos el contenido real de su expresión. Se ha transformado en una expresión tan genérica que nos conduce a una indeterminación, a un “órgano tan genérico” que, en realidad, puede caber todo tipo de entidad pública, o como dice, Domínguez Martín, “engloba a todas las entidades de Derecho público dependientes o vinculadas a la Administración General del Estado (...) lo importante (...) consiste en saber que esta denominación de organismos públicos, que sustituye a la de <<establecimiento público>> que era tradicional en nuestro Derecho, está integrada por tres categorías” según lo dispone el artículo 43. 1 de la LOFAGE: los organismos autónomos (arts. 45 a

52 LOFAGE),⁵² las entidades públicas empresariales (arts. 53 y ss. LOFAGE) y las agencias estatales (art. 43 LOFAGE y Ley 28/2006, de 18 de Julio, de Agencias Estatales para la Mejora de los Servicios Públicos).

La creación de los organismos públicos se ha de realizar por Ley y sus Estatutos como instrumento central de gestión y organización deben ser aprobados por Real Decreto (Ver artículo 62 de la LOFAGE). Así mismo, su régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad y de control financiero es el establecido por la Ley General Presupuestaria tanto para los organismos autónomos (art. 50 LOFAGE) como para las entidades públicas empresariales (art. 58 LOFAGE). La diferencia entre la financiación de los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales, es que los primeros dispondrán de los ingresos propios autorizados y de los procedentes de la LPGE; mientras que la financiación de las entidades públicas empresariales provienen de los bienes propios fundamentalmente y de los frutos y rentas de su propio patrimonio. Sólo excepcionalmente podrán percibir ingresos procedentes de los Presupuestos Generales del Estado, rigiéndose en cuanto al régimen patrimonial por la Ley 33/2.003, de 3 de Noviembre del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP).

Por el contrario, las Agencias Estatales dentro de la denominación de organismos autónomos se diferencian notablemente de los mismos, reguladas por Ley 28/2.006 de 18 de Julio (LAE) y dotadas de personalidad jurídica pública, patrimonio propio y autonomía en su gestión, “supone una auténtica revolución e innovación de la organización de la Administración General del Estado, ya que supone la nueva fórmula organizativa general (de tradición anglosajona)... que afirma que todos los organismos públicos existentes en la actualidad se van a reconducir progresivamente a esta figura (...) sin perjuicio de la subsistencia de los restantes tipos de organismos autónomos”.⁵³ Como dice la profesora Domínguez Martín, “se busca un modelo de gestión autónoma, ágil, flexible, eficaz y responsable, para dar cabida a aquellos organismos para los que la categoría de organismo autónomo es insuficiente, sin tener que acudir a soluciones particulares en cada caso (Exposición de Motivos, I, párrafo 7º, LAE), y evitar (...) la inseguridad jurídica y el casuismo actual.⁵⁴ “Y ello es bien cierto, porque de todas las figuras que vamos contemplando, organismos autónomos en sus diversas modalidades, entidades públicas empresariales, agencias estatales, con regulaciones distintas, pero a veces coincidentes, con su personalidad jurídico-público, pero que también puede incidir a través o por medios privados, las fundaciones público sanitarias, convenios, consorcios y

demás formas de gestionarse y actuar la sanidad pública, con diferencias estructurales, con competencias propias, con regulaciones específicas y de distinto rango, contrataciones, personal adscrito (funcionarial, estatutario o laboral) pero que, en ocasiones, se entremezclan o regulan en parte otras entidades, diferencias patrimoniales y medios de financiación, unas más adscritas a lo público, otras no tanto, en definitiva da la impresión **dentro del más absoluto respecto a las distintas y variadas formas de gestionar la sanidad pública y sus singularidades**, “(...) que el balance final que se obtiene tras este análisis es tremendamente confuso”.⁵⁵

VII) LAS FUNDACIONES PÚBLICAS SANITARIAS.

Somos conscientes de que el estudio de esta clase de entidades dirigidas a gestionar, organizar y llevar a buen fin el servicio de las prestaciones sanitarias, sigue perteneciendo a la denominada participación y gestión directa de los órganos públicos y, por tanto, debería haberse incluido en el epígrafe anterior. Las razones de un tratamiento aparte, que no diferenciado, se atribuye en aras de una mejor racionalización estructural y organizativa del trabajo, por un lado, y a la especial dedicación que deseamos hacer de las fundaciones en base a las vicisitudes por las que ha atravesado y las polémicas que se han suscitado desde su creación en 1.994.

Partimos pues, de la base que supuso la creación de las Fundaciones para la gestión y Administración de los centros sanitarios de 1.994, fundaciones muy diferentes a las actuales en su contenido y regulación, en las que caracterizaba a las fundaciones con un marcado carácter **privado** y que despertó tantas críticas porque permitía la posibilidad de que, a través de ellas, se pudiera reconducir la asistencia sanitaria hacia organizaciones o entidades regulados por el Derecho Privado. Esa posibilidad despertó, y no sin razón, a la doctrina que observó cómo se habría un resquicio, a todas luces inconstitucional, de <<privatización del sistema sanitario>>. Ello chocaba de pleno con el artículo 43 y, por ende, con el artículo 41 de la CE que reservaba esta materia exclusivamente a los poderes públicos (Administración Estatal, CCAA y otras entidades dotadas de personalidad jurídico pública) y a la gran fuente de financiación por medio impositivo y vía de los Presupuestos Generales del Estado.⁵⁶

Es el Real Decreto 10/1.996 de 17 de Junio el que vino a aflorar carta de naturaleza a una realidad que ya había comenzado a vislumbrar en la regulación de los servicios sanitarios de las distintas Comunidades Autónomas y que buscaba alcanzar la eficacia y la racionalidad que provocaba un cambio radical en el modo tradicional de gestión directa de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social. Estos nuevos instrumentos de gestión indirecta guiados por la presunta eficacia y racionalidad en los costes sanitarios- de marcado sentido empresarial- no dejaron de significar, en su momento, el temor a las formas encubiertas de privatización de la gestión sanitaria, poniendo en peligro la unidad del sistema sanitario que podrían paulatinamente desembocar en una fragmentación del sistema y comprometer seriamente el principio de igualdad en el disfrute de los derechos entre todos los ciudadanos, vulnerando los preceptos constitucionales contenidos en el artículo 14 de la CE y en el artículo 149.1 de la CE.

Fue, seguramente, la Ley 15/1.997 y que habilitó nuevas formas de gestión en la sanidad la que indujo a la posibilidad de crearse formas nuevas de gestión de titularidad pública y donde encontraron cobijo las fundaciones públicas en sanitarias y su proclividad hacia entidades de carácter privado y fue, así mismo la Ley 50/1.998 y actualmente la Ley de Fundaciones 50/2.002 y que califican de organismos públicos” y el artículo 111 de la LOFAGE, las que cortan definitivamente cualquier tentativa “ius privatista”, pasando a ser declaradas de carácter público las fundaciones públicas sanitarias. Como afirma Domínguez Martín “(...) **ya no son entidades privadas** (la negrilla no es original), como las fundaciones constituidas al amparo de la Ley de Fundaciones (entendemos se refiere a la de 1.994), sino organismos públicos, insertos en la LOFAGE, aunque con importantes peculiaridades en cuanto al régimen jurídico aplicable en algunos aspectos....”⁵⁷

<<Se reafirma así, *rotundamente*, (la cursiva no es original) la posibilidad de constituir fundaciones para la gestión y administración de los centros y establecimientos sanitarios. Pero estas fundaciones son muy diferentes a las creadas al amparo primero de la Ley de Fundaciones de 1.994 ⁵⁸ y, actualmente, de la Ley de Fundaciones 50/2.002, porque ahora se califican expresamente de “Organismos Públicos” y están sometidas, supletoriamente, al régimen establecido en la LOFAGE para las entidades públicas empresariales (art.111.11)>>. ⁵⁹

Existe una doble distinción a considerar las fundaciones que se crean en el ámbito del extinto INSALUD, las fundaciones constituidas por las Comunidades Autónomas como es el caso de Galicia y que pare-

ce ser un modelo especial en el ámbito sanitario y, así mismo, un modelo a exportar al resto del territorio nacional y las fundaciones de carácter privado, a las que también haremos una breve referencia.

Las fundaciones públicas sanitarias-centro de nuestra primordial atención- son **personificaciones jurídico- públicas**, distantes de las fundaciones de naturaleza privada y su regulación se centra en el reiterado artículo 111 de la Ley 50/1.998, de 30 de diciembre y la Ley 50/2.002, que sustituyeron a las confusas legislaciones de 1.994, principalmente, y a la ley 15/1.997, de 25 de Abril sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud de atención socio-sanitaria y que fueron-la primera sobretodo- fuente de gran confusión, ya que ambas, aun afirmando su naturaleza o titularidad pública de las fundaciones sanitarias (de todas las admitidas en derecho, dice la ley), permite que su actuación se pueda encajar dentro del Derecho Privado. Fue la Ley 50/1.998 la que calificando a las fundaciones públicas sanitarias como organismos autónomos se encuentran adscritas al Instituto Nacional de la Salud.

Las fundaciones público-sanitarias por su similitud con los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales, especialmente con esta última figura, a primera vista parece identificarse con la misma, pero conviene decir que las fundaciones público-sanitarias tienen identidad propia y gozan de un régimen diferente al de aquéllas. <<Su patrimonio podrá ser propio, o cedido por la Administración General del Estado o adscrito por la Tesorería General de la Seguridad Social, correspondiendo su administración a la fundación pública sanitaria. En cuanto a los bienes inmuebles del patrimonio de la Seguridad Social que se adscriban (...) se les atribuyen los mismos derechos y obligaciones que a las entidades gestoras de la Seguridad Social (artículo 11.8 de la Ley 50/1.998).

<<La posibilidad de un patrimonio propio es un hecho admitido legalmente en la LOFAGE para las entidades públicas empresariales y en consecuencia también para las fundaciones públicas sanitarias. La existencia de este patrimonio único (...) se le atribuye capacidad de Derecho privado (...) sin embargo la posibilidad de que exista un patrimonio propio de las fundaciones públicas sanitarias puede suponer una quiebra en el principio de patrimonio único de la Seguridad Social, recogido en el artículo 80 LGSS. Sin embargo no se puede olvidar que se trata, en todo caso, de entes instrumentales (...) Los bienes adscritos (...) no integran el patrimonio de las fundaciones públicas sanitarias, sino que continúan formando parte de aquellos que les adscriben un

bien, ya sea el Estado o la Seguridad Social (...) les son atribuidos los mismos derechos y obligaciones que a las entidades gestoras de la Seguridad Social >>. ⁶⁰

Hemos querido incluir a la hora de hablar de las Fundaciones Públicas, las **Fundaciones privadas en mano pública**, para así para comparar con las anteriores. El artículo 34.1 de la CE y dentro de sección segunda del Capítulo II dedicado a los derechos y deberes de los ciudadanos <<Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley. En su apartado 2, haciendo expresa remisión afirma que <<Regirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22 CE >> y que alude a “las asociaciones constituidas al amparo de este artículo que persiguen fines o utilicen medios tipificados como delitos son ilegales “y, así mismo, que las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada”. Si a estos preceptos constitucionales añadimos la mención del artículo 53.1 CE del Capítulo IV dedicado a las <<garantías de las libertades y derechos fundamentales>> se requiere que “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley (...) podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a)”.

Esto es lo que a este respecto marca nuestra Constitución, suficiente en nuestra materia para dar cabida al derecho de fundación en general y a las fundaciones privadas sanitarias en particular. Ahora bien, como se pregunta Domínguez Martín “al no enunciar expresamente los fines, que ha de perseguir una fundación cabe preguntarse: ¿qué fines pueden ser los de interés general? Y citando a García de Enterría “ ⁶¹ No se precisan los fines dejando así la posibilidad de acogerse a esta modalidad con independencia del contenido, del objeto y cometido que se vayan a ejercer a través de esta clase de fundaciones. Parece ser que el único límite son La Ley 50/2.002, de 26 de diciembre y, por supuesto los preceptos constitucionales citados. Matizando el artículo 34 de la CE no es una expresión positiva, ni de contenido, ni menos aún clarificadora; su actitud es más bien la de marcar o establecer un límite y nada más, dejando plena libertad para la utilización de que las personas jurídico-públicas puedan constituir fundaciones de índole privado, quizás porque el encuadramiento constitucional en la sección 2^a., dedicada a los derechos y deberes fundamentales de las personas físicas, de los ciudadanos, y que pueden ser muy variopintos, como el derecho y obligación a contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art.31), o el derecho a contraer matrimonio (art.32), el derecho a la propiedad pri-

vada (con sus matizaciones) (art.33) o el derecho y obligación de trabajar (art.35) todos ello de la CE y lógicamente el derecho a la creación de fundaciones (art.34).

Tenemos que acudir a la Ley de Fundaciones vigente para que en su artículo 2º.1 F nos vaya clarificando esta figura tan singular, cuando define a las fundaciones como organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general. Partidarios hay de que las personas jurídico-públicas puedan constituir y crear fundaciones. También existen sectores doctrinales que o no las ven con buenos ojos o se muestran claramente contrarios a las mismas. <<Quienes niegan tal posibilidad aducen que la figura de la fundación constituida por entidades públicas es inconciliable con el concepto genérico de fundación; al menos no se entiende que el organismo que las crea continúe siendo titular de las mismas, cuando el fundador, sea persona física o jurídica, en ningún caso aparece como titular de la fundación, ya que ésta es un sujeto independiente, con vida propia>>.62

El problema se complica aún más cuando profundizamos en el significado de lo que representa lo que podríamos denominar la **titularidad política** y la **titularidad administrativa** y, en torno, las mismas entrar en el debate de las contrataciones, del patrimonio de las fundaciones (quien posee la mayoría de las acciones mercantiles), del personal (laboral, estatutario o funcional); en definitiva del enfoque que se les quiera dar a las mismas porque si en el mundo del Derecho no hay posturas tajantes, en este campo que navega y más en el caso de las fundaciones privadas entre el Derecho Público y el Derecho Privado, entre el Derecho Administrativo y el Derecho Social, de la Seguridad Social y de la asistencia sanitaria, la autonomía de la voluntad o el sometimiento y a la heteronimia de la normativa, a la ley, al Derecho; entre una vinculación estrecha entre los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 41 y 43 o, por el contrario, se constituyen como dos preceptos básicos para el sistema sanitario público pero no se encuentran tan fuertemente enraizados y, en suma el derecho a la prestación sanitaria con su carácter **público y sus poderes públicos encargados de gestionarla en el sentido más amplio posible**, se encuentran enlazados, pero no tienen la misma fuerza constitucional o el mismo grado de intensidad, pudiéndose admitir en el artículo 43 CE, mayor **descentralización o desconcentración** a la hora de elegir instrumentos más variados de llevar a buen fin la sanidad, pública siempre en sus orígenes y en su configuración y normativa reguladora, pero más permisible en los **medios instrumentales** para lograrla, llegando a rozar como en el

caso de las fundaciones privadas, el límite de lo público y de lo privado en un juego de normativas legales (ley de 1.994, ley de 1997, ley del 2000, entre otras).

Para “maquillar” un poco todo este entresijo de discusiones doctrinales y jurisprudenciales que a la postre nos deja siempre en la misma incertidumbre. Desde luego el sector doctrinal que así se pronuncia está en contra de nuestro pensamiento, ya que intentar desvincular el artículo 41 y el 43 CE, aunque sea ligeramente, va con nuestro pensamiento (y el de un gran sector doctrinal ius-laboralista) que sólo admite una estrecha vinculación entre ambos preceptos constitucionales y la total supremacía de lo público sobre lo privado, máxime en la Sanidad que es pública o no es. Otra cosa bien distinta es que se sirva de instrumentos para desarrollarla, en aras a un proceso de ejecución. Pero la sanidad en sí misma concebida o es pública o no es.

Pero hay, en nuestra opinión vías abiertas a intentos de privatización de algunas CCAA. Hay sectores doctrinales procedentes del mundo administrativo que, en vez de sacarnos de dudas nos subsume en mayor confusión y máxime en esta cuestión que no es en absoluto pacífica.⁶³

Hay (...) una presunción favorable a la posibilidad de que la entidades públicas (...) constituyan fundaciones para los fines de interés general previstos en la Ley, que son muy abiertos y entre los que se mencionan expresamente los sanitarios (...) De ello se deduce que los preceptos de la Ley de Fundaciones que autorizan la creación de fundaciones por los poderes públicos no serían inconstitucionales...⁶⁴

Finalizando y ciñéndonos a la utilización de las fundaciones como entidades instrumentales en el ámbito sanitario, los entes públicos aparecen como técnicas o modalidades de las que se sirve la Administración, siendo <<un ejemplo más de cómo el Derecho Público se alimenta de las herramientas proporcionadas por el Derecho Civil>>.⁶⁵ Sin embargo y después de lo ya expuesto sobre esta figura y el debate entre <<lo público-privado>> es, sin duda, en el aspecto sanitario donde surgen con mayor énfasis esta pugna y se hace más patente.

Es, precisamente, en la sanidad donde los intentos de privatización se han hecho más relevantes y donde debe quedar claro, ante todo y sobretodo, su carácter público, amparado no sólo en la legislación, sino y principalmente, por su amparo constitucional. No es menos cier-

to que en ciertos sectores administrativistas, han surgido no solo dudas, sino puntos de vista contradictorios. Estimamos que Domínguez Martín ha puesto de nuevo la distinción- a veces difícil de comprender- entre lo que sería ese temor a la privatización de la sanidad pública por vía de las fundaciones privadas. A ese respecto la citada autora (en conjunción con García-Andrade Gómez) a la que expresamente cita, formula una triple distinción sobre el concepto de *privacidad*. **Privatización** de la titularidad del servicio, **privatización** del ejercicio y **privatización** del régimen jurídico.

Puesto que las fundaciones son fundadas en el ámbito sanitario y dependientes directamente de la Administración Pública sanitaria, no cabe, en modo alguno, ninguna posibilidad o intento de privatizar ni la titularidad –que es pública- ni de su ejercicio o gestión. Cabe, eso sí, de la posibilidad de privatización del **régimen jurídico** que se le aplica, a saber el Derecho privado., pero como apunta Domínguez Martín, << en sentido estricto no puede calificarse como de “privatización” (...) En todo caso, la “huída al Derecho privado” o la privatización del régimen de gestión (...) no puede ser total, ya que las fundaciones en mano pública son organizaciones integrantes del sector público sanitario del art.66 LGS, que preservan la condición de servicio público.⁶⁶

En cualquier caso, la cuestión continúa siendo polémica tanto a nivel normativo y ni siquiera la LOFAGE en esta polémica tampoco clarifica la situación, regulando solamente los organismos públicos y menos en lo que concierne a los entes privados, como las sociedades mercantiles de derecho privado, sin hacer mención alguna a las fundaciones privadas en manos públicas. Hay, también, un cambio en la concepción del Derecho Administrativo Público, que “se flexibiliza” con el recurso a las formas jurídicas privadas de personificación para acogerse a los beneficios del Derecho privado, en lo que ya venimos citando como la “huída del Derecho Administrativo” y, ni tan siquiera la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo concurren en el planteamiento, más bien discrepan y vacilan (STS de 12 de Abril de 1995 (rec. núm. 1000/1.992) y la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de Mayo de 1.998 (Rec. contencioso administrativo núm. 211/1.996).

VII.- LAS FORMAS DE GESTIÓN INDIRECTA DE LOS SERVICIOS SANITARIOS: COLABORACIÓN DE LOS SUJETOS PRIVADOS.

Después de analizar todas las formas de gestionar directamente los servicios públicos sanitarios sin referirnos a otra forma de gestionar la sanidad pública y, a través de sujetos privados. Si bien, brevemente, haremos referencia a los convenios, a los conciertos y a los consorcios.

Las formas de gestión **indirecta** se caracterizan porque la figura de la empresa privada adquiere un protagonismo mediante el cual se va a erigir en el gestor de la asistencia sanitaria, aunque la titularidad siga siendo pública y pertenezca a la Administración. La vinculación jurídica va a adoptar la figura de un **contrato**⁶⁷ en el que se va otorgar el desarrollo de las actividades y el funcionamiento de las mismas a un empresario privado. Es un contrato de gestión de servicios públicos, acercándose aún más al campo del Derecho privado. Ello, trasladado al ámbito sanitario puede originar más problemas, dado la asunción al Derecho Público del sistema sanitario y que si en la gestión directa ya suscitó una considerable polémica en particular con las fundaciones públicas, aquí se presenta por un lado, la Administración Pública por un lado y un órgano privado, sujeto a la modalidad de ejercer su cometido con marcado sentido empresarial y cuya vinculación-insistimos- se produce en una relación jurídica contractual.

Dicho esto, es preciso aclarar que este contrato no va a ser ni de carácter civil o mercantil propiamente dicho. Es más, no va a existir la **contraprestación** que caracteriza el principio de sinalagmaticidad, ya que a pesar de que se responsabilice a empresarios privados, el Derecho Administrativo actuará siempre como **tutor e interventor**⁶⁸ que marcará las directrices, el sometimiento, los controles e inspecciones que la legislación estatal y autonómica reflejen en este convenio, consorcio o la concesión.⁶⁹ La diferencia radica-frente a cualquier modalidad contractual civil o mercantil- que en estos supuestos, las pautas, las directrices, el programa, el plan de actuación y la normativa reguladora, en definitiva, parte de la Administración y, por el contrario, los servicios y medios instrumentales profesionales de carácter sanitario y de acuerdo con la libertad de empresa⁷⁰ que le concede el artículo 38 de la CE (además de los preceptos 35 y 36 CE) y los artículos 88 y 89 de la LGS, concurrirán, acordarán o concurrirán a plasmar lo que las partes acuerden, guiados siempre por el interés general del derecho a la protección de la salud que proclama el artículo 43 de nuestra Carta Magna.

El objetivo prioritario de estas formas de gestión indirecta es la colaboración en la gestión pública de la sanidad para mejorar la eficiencia de los servicios sanitarios, o donde exista un hueco o vacío donde la Administración no pueda llegar o lo quiera realizar mediante estos pactos o acuerdos que faciliten la función de asistencia sanitaria, aunque, en ocasiones se ejecute de manera un tanto confusa o imprecisa, difícil de encuadrar o catalogar entre una naturaleza contractual o el resultado de un acto administrativo.

a) El convenio puede ser entendido como un contrato bilateral en algunos casos, en otros unilaterales, cuando es el resultado de una resolución administrativa y, en otras ocasiones como simples vinculaciones contractuales, entre la Administración Pública y los sujetos privados. Así la LGS establece convenios para la vinculación de centros privados a la red hospitalaria pública, siguiendo al precepto 90 de la LGS, si bien se refiere más a la figura del concierto que a la del convenio que aquí se analiza.

b) Convenios para la implantación paulatina de la LGS en las Comunidades Autónomas que no cuenten con competencias en la materia.

c) Convenios entre el Gobierno y las distintas Comunidades Autónomas (Disposición adicional 2ª de la LGS).

d) Convenios para la transferencia a las Comunidades Autónomas de los establecimientos de los establecimientos y centros sanitarios de titularidad Local (Disposición Transitoria 1ª de la LGS).

Siguiendo a la profesora Domínguez Martín, <<La vinculación está sujeta a una condición previa que es la homologación técnica del centro sanitario de acuerdo con un protocolo definido>>⁷¹

El **concierto** es otra modalidad de gestión indirecta por el que se permite las prestaciones sanitarias mediante órganos privados, si bien sujetos siempre a las directrices, requisitos, condiciones mínimas en base a módulos de costes efectivos previamente establecidos y revisables por la Administración, estableciendo los derechos y obligaciones recíprocas de las partes, quedando asegurado que la atención sanitaria concertada será igual para todos los usuarios afectados por esta modalidad contractual.

Ya el artículo 90.1, párrafo 1º LGS afirma que “Las administraciones públicas sanitarias, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellas”. Domínguez Martín se refiere a esta figura que denomina <<Administración concertada>> como <<un conjunto de relaciones en las que intervienen las entidades públicas no a través de una decisión unilateral que impongan a su destinatario, sino a través de una relación de *cierta bilateralidad* (la cursiva es nuestra), negociando con los agentes económicos y sociales privados (...) y, por tanto, buscando un equilibrio entre los intereses respectivos>>. ⁷²

La Administración sigue manteniendo una prioridad o si se quiere un plano más elevado dentro de la relación contractual que dimana de los conciertos que se establezcan entre la administración estatal y, principalmente autonómica. Al igual que en los contratos administrativos se elabora primero un pliego de condiciones a cargo de la Administración y, posteriormente, el contrato propiamente dicho; en los conciertos sanitarios la Administración establece y fija los requisitos y condiciones mínimas (art. 90.4 LGS), pasando, posteriormente a la fase propiamente contractual, en la que por medio del concierto se establecen los derechos y obligaciones de las partes contratantes. Para finalizar tres ideas claves: 1ª) Garantizar la igualdad en la prestación de la asistencia sanitaria, “la misma para todos”. En segundo lugar, no se pueden establecer servicios complementarios respecto de los centros sanitarios públicos y, en tercer lugar, tiene poderes de intervención, de tutela, de policía sin que, “a diferencia del convenio, se publifique la actividad del hospital (art. 94.2 LGS).

LA CONCESIÓN.- Es la modalidad típica del contrato de gestión de servicios públicos. La concesión también es calificada como “un supuesto de encomienda a personas o empresas privadas de funciones calificadas como públicas, normalmente de contenido económico, para su prestación por éstas bajo el control y dirección del órgano administrativo titular de la misma”. En la concesión como en otras figuras similares se traslada la organización, gestión y ejecución a un empresario particular o privado, sociedad mercantil normalmente, que bajo la tutela y labores de policía debe procurar la buena marcha del servicio.⁷³

En lo concerniente al ámbito sanitario, la concesión queda incluida dentro de los términos de la Ley 15/1.997, de 25 de Abril y en la Ley General de Sanidad. Como afirma la profesora Domínguez Martín, la concesión sea una figura escasamente utilizada en el ámbito de la red sanitaria vía indirecta y solo por las Comunidades Autónomas

y, principalmente para la gestión hospitalaria y que puede incluir, también la construcción del centro hospitalario (no es cita textual). Su importancia radica en que <<De entrada, porque la concesión combina lo mejor del “mundo público” y del “mundo privado”. De lo público, la reserva de la titularidad del servicio, lo que permite a la Administración un control exhaustivo, pero sin tener que participar en la gestión. De lo privado, la gestión “empresarial” de la actividad, pero sin tener la titularidad, que continúa en manos públicas lo que garantiza el disfrute del derecho constitucional a la protección de la salud y la condición de servicio. (...) se garantiza la equidad a través de la titularidad pública y el logro de la eficiencia y la eficacia a través de la gestión privada”.

Por último, nos queda una figura relevante en la gestión privada de la titularidad de los organismos y Administraciones Públicas: **El consorcio**.

“Si pretendemos una definición del consorcio es la que se le atribuye a una entidad pública, un sujeto jurídico- público, de naturaleza instrumental, cooperativa, asociativa y voluntaria, que pueden constituir dos o más Administraciones Públicas con entidades privadas sin ánimo de lucro”. (Domínguez Martín). Como rasgo fundamental de esta figura es que se trata de una asociación entre dos o más entidades públicas, en la que también pueden participar sujetos privados sin ánimo de lucro. En este sentido, hay que partir de la superación de una definición tradicional que ponía el acento del consorcio en estar constituido, de modo exclusivo, entre entidades públicas y ello porque hoy también es posible que se de participación, en su caso, a alguna entidad privada sin ánimo de lucro con intereses concurrentes con dichos entes públicos”.⁷⁴

Los consorcios se pueden constituir con los más variados fines, tales como el Consorcio Madrid, Comité Organizador Olímpico de Barcelona, el Consorcio del Gran Teatro Liceo o el consorcio Casa de América, entre muchos otros y dentro del ámbito sanitario, caben citar la Cruz Roja, la ONCE, las Cámaras, Patronatos y Colegios Profesionales por citar algunos ejemplos.

Esta figura jurídico-público no se somete, de forma absoluta, al Derecho público. En definitiva, el consorcio **no** es una forma de gestión ni directa, ni indirecta, sino-insistimos- un organismo público personificado, una corporación inter-administrativa, integrada por entidades públicas en el que se admite la participación de entidades privadas

siempre que carezcan de ánimo de lucro. Su principal rasgo es el de su carácter asociativo y “ello permite gestionar servicios de importante contenido social a través del acuerdo entre instituciones públicas e, incluso privadas sin ánimo de lucro”.⁷⁵ Este su rasgo más sobresaliente junto con su independencia y la amplia libertad que poseen en el disfrute de sus cometidos con el sometimiento a sus propios Estatutos.

Los consorcios en el ámbito sanitario se pueden constituir al amparo de la Ley 15/1.997, de habilitación de nuevas formas de gestión y acogerse al Real Decreto 29/2.000 y que los concibe como órganos de personalidad jurídica propia y suficiente para el cumplimiento de sus fines, siendo su objeto la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección a la salud o de atención sanitaria que celebre el extinto INSALUD (hoy INGESA) con las Comunidades Autónomas, con las entidades que integran la Administración Local⁷⁶ y con las entidades que integran la Administración y con entidades privadas sin ánimo de lucro, que se constituyan a consecuencia de los convenios, cuyo objeto persigan fines de interés público mediante la gestión de centros, servicios y establecimientos sanitarios.

VIII.-CONCLUSIONES FINALES.-

Atendiendo a todo lo expuesto, hemos podido contemplar la publicidad y alcance del derecho a la protección de la salud y, por ende a las formas de llevar a cabo el precepto constitucional del artículo 43 respecto de la sanidad, su estrecha vinculación con el artículo 41 que atiende a todas las prestaciones y para todos los ciudadanos dado su carácter universal, si bien con los matices de rigor, y tras unas breves alusiones doctrinales e históricas para encajar el contenido de la prestación de la asistencia sanitaria, la misión de las Comunidades Autónomas en virtud de las transferencias acontecidas, se ha planteado las variadas modalidades de acercar a los ciudadanos su derecho a la protección de la salud tanto en la asistencia primaria, especializada y de hospitalización, de prevención y recuperación o rehabilitación. El papel y protagonismo eficaz de las Áreas de Salud dentro del Sistema Nacional de la Salud y demás organismos y centros de servicios que la llevan a cabo y las nuevas fórmulas que han surgido, guiados siempre

por un criterio descentralizador y en aras a la eficacia del bienestar para la protección de la situación de necesidad que requiere mayor atención: recuperar la salud perdida.

También hemos analizado la forma del funcionamiento que surgen en virtud de las nuevas formas de gestión que han ido apareciendo tras la Ley 15/1.997, y posteriores normas, la más principal, la Ley 50/1.998, entre otras ya expuestas, que han ido matizando o mejor, aclarando la confusa situación y protagonismo de las fundaciones públicas sanitarias, conciertos, consorcios, convenios y demás órganos de carácter jurídico público directo y otros entes cuya actuación se plantea de manera indirecta y las dos alternativas que entre sí pugnan por conservar el carácter público del sistema sanitario que viene a ser consecuencia del sistema público del precepto 41 CE y, el posible inicio de un proceso lento, progresivo, pero peligroso, que se esfuerza por dar entrada al carácter mercantil y privatista que a través de esas nuevas modalidades de gestión de la sanidad, introduciéndose en búsqueda del negocio, dividendos y beneficios, basándose en la ya-no clásica-sino vieja teoría que algunos alegan sobre la mala gestión de lo público y la presumible bondad de lo privado. La conclusión es clara: La sanidad es y debe seguir siendo siempre de índole público para poder atender a todos los ciudadanos que precisan de la misma y con cargo a la vía impositiva por medio de los Presupuestos generales del Estado. Eso es tan indiscutible como que la Seguridad Social es pública o no es Seguridad Social. Esta rotunda afirmación es perfectamente extrapolable al sistema nacional de la salud, ejercido por las respectivas Comunidades Autónomas.

Por tanto, y por mandato constitucional la sanidad es competencia pública-del Estado (INGESA), de las Comunidades Autónomas fundamentalmente y/o de las Corporaciones Locales, en su caso.

Esto conlleva necesariamente a la concepción sobre la **titularidad pública de la asistencia sanitaria**, a su gestión, buen funcionamiento y ejecución. Otra cuestión es que el ciudadano que libremente quiera porque su capacidad económica lo admita, busque la asistencia sanitaria que la hay-evidentemente- como resultado del principio, también constitucional de la libertad de empresa. Nada que cuestionar. Pero precaución a las formas de gestionar la sanidad pública que, evidentemente, busca y existen ya, esas fundaciones públicas, esos consorcios, esos conciertos, esos convenios, por citar los modos más relevantes que **colaboran** con el Sistema Nacional de Salud-en su conjunto-, pero manteniéndonos firmes en la publicidad del sistema y que, cuando entran a colaborar la ley es la que marca la línea divisoria, la que tute-

la, la que controla e inspecciona esas nuevas modalidades. El peligro está, a nuestro juicio en esa denominada “huída del Derecho Administrativo” y que aceptaría parcelas de competencias que pasarían al campo del Derecho Privado, mejor o peor maquillado.

En consecuencia, debemos prestar oídos sordos a cualquier iniciativa que bien directa o indirectamente promueva la intervención privada o la injerencia de los particulares en los asuntos, gestión o administración del sistema de la salud, porque sin duda perturbarían con mayor o menor intensidad el desarrollo de una función que corresponde a los distintos poderes públicos. Sin embargo, también es cierto que esa rigidez ha dejado paso a una mayor flexibilización en lo que concierne a consorcios y convenios, principalmente en materia de gestión donde sí cabría la intervención privada, meramente limitada a ámbitos muy restringidos en materia de desarrollo y de gestión y administración. Que se acepte la colaboración de entidades, personas jurídico-públicas de manera directa o indirecta es una cuestión de necesaria eficacia en los tiempos actuales, donde no se debe encorsetar con excesiva obsesión el protagonismo total, exclusivo y excluyente de nuestro sistema de seguridad social y del derecho de la protección a la salud.

Caben, pues, a mi juicio, nuevas fórmulas de colaboración, ampliando el sistema sanitario público con entidades intermedias, siempre, eso sí, que se tenga claro la línea divisoria entre la titularidad y la gestión pública y la privada, línea que, en ocasiones, es difícil de trazar.

NOTAS:

1 “La inclusión de los artículos 41 y 43 CE, dentro del Título I sugeriría... que sus contenidos forman parte de lo que se entiende por derechos fundamentales, pero es cosa que precisa de alguna aclaración. Es un lugar común el decir que en ambos artículos está implícita una actividad prestacional del Estado.....”. Aparicio Tovar, J. **La Seguridad Social y la protección de la salud**, pág. 40, Ed. Civitas., Madrid 1.989.

2 Aparicio Tovar, J. **La Seguridad Social....**, op, cit, pág.41. “In extenso” y sobre esta cuestión que polemiza el profesor Aparicio, véase págs.,40-48 del citado texto.

3 Preámbulo de la Ley 14/1.986, de 25 de Abril. “De todos los empeños que se han esforzado en cumplir los poderes públicos desde la emergencia de la Administración contemporánea, tal vez no haya ninguno tan reiteradamente ensayado ni con tanta contumacia frustrado como la reforma de la sanidad. Es, en efecto, un dato histórico fácilmente verificable que las respuestas públicas al reto que en cada momento han supuesto la atención a los problemas de salud de la colectividad han ido siempre a la zaga de la evolución de las necesidades sin nunca alcanzarlas...”. En general, en nuestra opinión en la mayoría de los distintos sectores de nuestro ordenamiento, siempre hay un período de espera entre la aparición de una situación de espera-a veces, demasiado largo, y la normativa reguladora que ha creado dicha situación.

4 Las citas a las que hemos hecho referencia, tienen antecedentes históricos más primitivos-valga la expresión- como el Proyecto de Código Sanitario de 1.822, la Ley de 28 de Noviembre de 1.855 que consagra la Dirección General de Sanidad, Ley que se prolonga hasta el Real Decreto de 12 de Enero de 1.904 que aprueba la Instrucción General de Sanidad. Y la Ley de 1.944 que no es sino una perpetuación del sistema anterior. Puede decirse que “el esquema organizativo de 1.855 es el que trasciende al siglo que lo vio nacer y se asienta en nuestro sistema con una firmeza sorprendente”

5 Sobre la ruptura del sinalagma cuota prestación, Véase, entre otros, Aparicio Tovar, J. **La Seguridad Social.....**, op, cit, págs. 106, 107 y 120 “...la relación de Seguridad Social es una relación legal que destierra el vínculo contractual. El mismo autor dedica una prolija concepción sobre la **universalidad de la cobertura y la universalidad del ámbito subjetivo de cobertura y del ideal de cobertura de cada época**, en las págs. 84-88 del citado texto, en relación con la protección de la salud. También, Sánchez –Uran Azaña, Y. **Seguridad Social y Constitución.**, Ed, Civitas, 1.995, pág.66, al señalar la “naturaleza no contractual del régimen público de Seguridad Social..., sino por el contrario, legal y obligatorio”.

6 Las relaciones entre las políticas económicas globalizadoras y la salud no son buenas. El discurso globalizador intenta responsabilizar a la Seguridad Social de la crisis económica (habría que matizar sobre esta supuesta crisis) y, poco a poco, va introduciendo reformas parciales que abren el camino a la mercantilización de los servicios públicos: Planes privados de pensiones, gestión privada de servicios públicos. En el campo de la asistencia sanitaria es donde la ofensiva neoliberal ha llegado más lejos, con los intentos de privatización (en su

día) del National Health Service por parte del Gobierno de M. Thatcher, la introducción de tasa en Italia o el **Informe Abril** en España. Es a partir de esta época donde comienza a abrirse paso un movimiento casi subterráneo pero con proyectos claros y nítidos hacia un intento de privatización o, al menos, un binomio entre el mantenimiento de una sanidad pública restringida que coexistiría con una entidades u organizaciones y fundaciones con clara tendencia hacia la privatización y potenciación del mercantilismo de los servicios públicos, especialmente en materia sanitaria.

7 Alonso Olea, M y Tortuero Plaza, J.L. **Instituciones de Seguridad Social**, pág. 307, décimo séptima edición, Ed. Civitas, Madrid, 2.000. “ Por otro lado, la terminología amplia del artículo 43 –“salud”, “salud pública”-es evidente que quiere refundir las prestaciones sanitarias que desgaja de la Seguridad Social (relativamente modernas, en cuanto instauradas por la Ley de 14 de Febrero de 1.942 y el Reglamento de 11 de Noviembre de 1.943) con las muy antiguas de la Sanidad Pública a cargo del Estado. Diputaciones Provinciales y Ayuntamientos, refundiéndolas en un conjunto unitario....Machacona insistencia sobre la totalidad que no deja lugar a dudas sobre la asunción por el Sistema de las hasta entonces prestaciones de la Seguridad Social; con lo que a nivel menos excelso la LGS confirmó con la asignación a la financiación del sistema de las cotizaciones sociales.....y aquéllas transferencias del Estado....”. Sobre este tema, véase “in extenso”, Alonso Olea, M. **Las prestaciones del sistema nacional de salud.**, Ed, Civitas, Madrid, 1.999.

8 Las iniciativas de Financiación Privadas denominadas PFI, en el sistema inglés forman parte de un sistema en el que la Administración se inhibe en proyectos de gran importancia para el sector público, tales como **hospitales** (la negrilla es nuestra) y las escuelas, invitando a las empresas privadas a concursar no sólo para la construcción de los edificios, sino también para su mantenimiento y provisión de servicios auxiliares durante el período que dure el contrato, que normalmente se extiende 30 años o en algunos casos más tiempo. Fuentes: Política sanitaria, Revista Salud 2000., núm. 111, Marzo 2007.

9 Sobre este particular, Véase “in extenso” la obra de Domínguez Martín, M. **Formas de Gestión de la Sanidad Pública en España.**, Ed. La Ley, Noviembre, 2.006 y de la que tendremos oportunidad de profundizar y matizar sobre esta cuestión doctrinal y su polémica.

10 Zorrilla Ruiz, M. **Lectura sistemática de los artículos 41 y 50 de la Constitución Española**, en Revista de Seguridad Social, núm, 25, Enero-Marzo, 1.985. “El principio de **mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social** (artículo 41 CE) comprende a todos los ciudadanos y grupos sociales...el compromiso contraído y avalado por los poderes públicos no se reduce a una promesa platónica....”. También, entre otros, Vida Soria, en **Comentarios a las Leyes Políticas dirigidas por Oscar AlzagaVillaamil**, CE, 1.978, Tomo IV, Edersa, Madrid, 1.994.

11 Vida Soria J. **Comentarios a las Leyes Políticas...**, op, cit, pág.101. También, Aparicio Tovar, J. **La Seguridad Social...**, op, cit, pags. 108 y 109. “ La organización técnica de solidaridad en que en gran parte la Seguridad Social al fin y al cabo consiste no es posible sin la directa implicación del Estado en el uso de sus poderes de supremacía”.

12 González Rabanal, C. **La reforma financiera de la Seguridad Social.**, Ed. Montecorvo, S.A, Madrid, 1.998, pág. 129.

13 No obstante, en algunos sectores la cuestión no es tan optimista. Así para el Banco Mundial, los gobiernos deben disponer de un marco regulador y administrativo en el que unos proveedores eficientes y responsables (a menudo del sector privado) tengan un incentivo para ofrecer a las familias los servicios que éstas desean y por los que están dispuestos a pagar, incluido el suministro de agua, servicios sanitarios...En 1.987, el Banco Mundial, en su documento <<Financiación de los Servicios Sanitarios de los países en desarrollo: un programa de reformas>> recomienda :1) Trasladar a los usuarios los gastos en la utilización de las prestaciones; 2) ofrecer esquemas de aseguramiento para los principales casos de riesgo; 3) utilizar de forma eficaz los recursos privados y 4) descentralizar los servicios sanitarios públicos. (Fuentes obtenidas por la revista Salud 2.000, núm.111, Marzo 2.007.

14 De la Villa Gil (DIR) en AA.VV.**Derecho de la Seguridad Social**, pág. 59., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1.997.

15 Domínguez Martín, M. **Formas de gestión de la sanidad...**, op,cit, pág. 455. “Y ello se produce con independencia de que esta actuación sea llevada a cabo bajo forma jurídica-público o jurídico-privada, ya se someta al Derecho público o al Derecho privado.

16 Domínguez Martín, M. **Formas de gestión de la sanidad...**, op, cit, pág. 449.

17 La cuestión no está ni definitivamente cerrada. Para Domínguez Martín, M. **Formas de gestión de la sanidad...**, op, cit, págs. 464 y 465, afirma que <<una primera aproximación a la vista de los preceptos anteriores (art.41 y art. 43, además de los arts. 148.1.21 y 149, párrafos 16 y 17), **podría conducir a afirmar que la Constitución Española exige un “régimen público” de seguridad social incompatible con su gestión privada** (la negrilla no es original); en definitiva , que existe una reserva de la Administración Pública o de Derecho administrativo en esta materia. (...) es necesario señalar que hay que excluir la aplicación del artículo 41 aquí, ya que utiliza un concepto de “seguridad social” expresamente referido a las “prestaciones sociales” y no a las sanitarias de las que se ocupa el art.43”. La autora cita sobre esta cuestión a un abundante sector doctrinal, como Muñoz Machado, Fernández Pastrana, Borrajo Dacruz, Ariño Ortiz y Sala Arquer, Alonso Olea, Jiménez de Parga, Garrido Falla y Sánchez –Caro, además de una prolija doctrina jurisprudencial. Permítasenos que resaltemos, por supuesto la cita de la Dra. Domínguez Martín, la del profesor Alonso Olea que ella misma reseña “que se ha de tener en cuenta que el art. 43 procede de un desgajamiento del primero. (...) a pesar de los contundentes términos utilizados por el artículo 41, tampoco puede afirmarse la incompatibilidad de la gestión privada en el ámbito de la seguridad social. La simple lectura del precepto pone de relieve que el régimen público se postula para la Seguridad Social, pero no para un determinado modelo de asistencia”.

18 Domínguez Martín. M. **Formas de gestión de la sanidad...**, op, cit, págs. 448 y 449.

19 Domínguez Martín, M. **Formas de gestión de la sanidad.....**, op, cit, pág. 455.

20 Con la creación en el año 1.992 de las empresas público-privadas en el Reino Unido (PFI) de las empresas público-privadas en el Reino Unido, se introducen los fundamentos de la participación conjunta entre lo público y lo privado (Public Private Partnership o PPP) y, con las iniciativas de Financiación Privada o PFI, el gobierno introduce ya de lleno al sector privado en la gestión. El sector privado es el propietario y el gobierno actúa como recaudador de impuestos y como arrendatario. Este modelo está siendo muy criticado en el Reino Unido, pero se está exportando a Canadá, Australia, Nueva Zelanda (la

sede y modelo de la Seguridad Pública y sanitaria), Grecia, Italia, Portugal y España donde tendrá (tendría) gran repercusión. “El efecto sería transferir la propiedad y control de éstos servicios de las instituciones y empresas públicas a las compañías privadas...y una vez privatizada gran parte de la estructura del Servicio Nacional de la Salud, la siguiente fase consistiría en la privatización de la fuerza del trabajo clínico: los médicos y las enfermeras. Véase Pollock. A “Gestión sanitaria y descentralización regional en el Reino Unido”, Salud, 2.000,2.007. Sobre la contención del gasto farmacéutico, Véase, Huertas, R. **Neoliberalismo y políticas de salud**. Barcelona, El Viejo Topo, 1.998.

21 El sistema público de Salud en Cataluña admite diversidad de fórmulas de gestión de la provisión de servicios.

22 En su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social, a pesar de que por definición se trata de “asociaciones privadas debidamente autorizadas por el Ministerio de Trabajo Y Asuntos Sociales que se constituyan sin ánimo de lucro por los empresarios que asuman al efecto de una responsabilidad mancomunada y con el principal objeto de **colaborar en la gestión de la Seguridad Social** (la negrilla es nuestra). Su realización es por medio de **convenios** –documentos o proposición de asociación, gozan de plena capacidad jurídica y poseen fuertes competencias en las prestaciones de Seguridad Social derivadas de accidente de Trabajo (AT) y enfermedad profesional (EP), Incapacidad temporal (IT) y materia sanitaria. La importancia de las MATEPS ha ido “in crescendo” de tal manera que, en la actualidad es un **órgano colaborador** de suma importancia para el Sistema de la Seguridad Social.

23 Domínguez Martín, M. **Formas de gestión de la sanidad...**, op, cit, pág. 462. (...) una vez admitida la utilización por la Administración de formas de Derecho privado en su actividad de prestación y de producción y oferta de bienes y servicios por la propia Administración (...), existe, en este ámbito, un núcleo irreductible del Derecho Público.

24 Domínguez Martín, M. **Formas de gestión de la sanidad...**, op, cit. Pág. 455.

25 Domínguez Martín, M. **Formas de gestión de la sanidad...**, op, cit, págs. 473-476.

26 Alonso Olea. M y Tortuero Plaza, J.L. **Instituciones...**, op, cit, pág, 308. “En conclusión, lo que prima en cuanto a las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social es su calidad de sanitarias, haciéndolo legal y constitucionalmente con tal fuerza que imponen su estudio separado, so pena de que aparezcan como un **cuerpo extraño** (la negrilla es nuestra) dentro del estudio de la Seguridad Social. Los citados autores llevan a término su postura que prescinden u omiten a partir de la 14ª edición su estudio como coherencia “para que siga conservando la unidad que persigue su título, **Instituciones de Seguridad Social**, si bien el Ilustre profesor Alonso Olea, desafortunadamente ya fallecido, publicó en la misma editorial en 1.999, **Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud**, con la evidente intención de no, por lo expuesto, olvidarse de tan interesante y necesaria materia.

27 Preámbulo a La Ley General de Sanidad de...<< Este sistema de cobertura de los riesgos sanitarios...se ha desarrollado enormemente como consecuencia del proceso paulatino de expansión económica que ha surgido en nuestro país desde 1.950, pero especialmente en los sesenta y principios de los setenta. El Seguro Obligatorio de Enfermedad, desde su creación y su posterior reestructuración mediante el Decreto 2065/1.974, de 30 de Mayo...ha sido un sistema que ha ido progresivamente incluyendo **mayor número de personas y colectivos dentro de su esquema de seguro sanitario** (la negrilla es nuestra).

28 Sobre la configuración de un Sistema Sanitario Público y de un Servicio de Salud en las distintas Comunidades Autónomas, Vid. Domínguez Martín. M. **Formas de gestión de la sanidad...**, op, cit, págs. 319 a 406, donde la citada autora realiza un examen interesante y riguroso, Comunidad por Comunidad, sobre la ordenación y organización de sus distintos sistemas de salud, en el que no entramos deliberadamente, por su carácter exhaustivo y escaparse del estricto contenido de nuestro trabajo

29 Sobre la beneficencia, la enfermedad, el pauperismo, las Leyes de Pobres de 1.834 en Inglaterra, clasificación de los pobres y distinciones, hospicios, hospitales, las célebres Workhouses, provenientes en el siglo XVIII y la época del liberalismo del siglo XIX, existe un interesante y prolijo estudio realizado por Aparicio Tovar, J. **La Seguridad Social...**, op, cit, págs.174-1889, ideas algunas de ellas basadas en Vives, Soto, Robles y especialmente Rumeu de Armas.

30 En realidad, Bismarck propugnó la creación de unos Seguros Sociales más por necesidad que por una decidida y entusiasta mejora de los ciudadanos, especialmente de los trabajadores. Al margen de que procurase el bienestar de su pueblo, los seguros sociales nacieron por razones políticas ante el creciente avance de los socialdemócratas., a los que acusó de todos los males (crisis económica en 1.873, los atentados del obrero Hudel y del doctor Nobiling contra el Kaiser). La presión social era cada vez más fuerte, los partidos de la derecha y de la burguesía perdían votos y con el intento de frenar el avance socialista, **lanza desde el gobierno una política social basada en la creación de unos seguros sociales** (la negrilla es nuestra). El primero de ellos fue precisamente el seguro de enfermedad el 15 de Junio de 1.883 y, luego fueron apareciendo seguros sobre accidentes de trabajo-el 6 de Julio de 1.884, de invalidez y vejez el 22 de Junio de 1.889 y el de supervivencia en 1.911, fallecido ya Bismarck. El Seguro Obligatorio de Enfermedad fue creado en España por Ley 14 de diciembre de 1.942 y tenía como misión compensar al asegurado su falta de ingresos ocasionada por la incapacidad para el trabajo (lo que hoy sería una Incapacidad Temporal con mucha imaginación) y el tratamiento médico y farmacéutico necesario para curar la enfermedad. Las prestaciones sanitarias consistían en asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria. Sobre este particular y por citar uno, dentro del amplio sector doctrinal Rodríguez Iniesta, G. **Seguridad Social**, págs. 32, 33 y 62. Ed .PPU, Murcia, 1.988.

31 En la magnífica obra y adelantada en su tiempo, Beveridge contempló para acabar con la indigencia una política social de cara al futuro realmente brillante y que contemplaba todos los aspectos donde podían surgir estados de necesidad y las propuestas que él formulaba para remediarlos. Después de 65 años y con el actual sistema de Seguridad Social no deja de sorprendernos la altura y la anchura de miras que este Lord inglés dibujó y que donde más se realizó fue en Nueva Zelanda, entre otros muchos países. Sin apartarnos de nuestro cometido y a lo que este trabajo respecta alrededor de sus supuestos, la creación de un Servicio de Salud y de rehabilitación universal para la prevención y la cura de la enfermedad era, entre otros muchos, una necesidad prioritaria y que se extendía a las amas de casa que percibían una subvención especial o Seguro de Salud. Sobre los Servicios Integrales de Salud, véase W.H.Beveridge. **Seguro Social y Servicios Afines, (Social Insurance and Allied Services)** , págs. 266 a 274, entre otras, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1.989.

32 Vid. Aparicio Tovar. J. **La Seguridad Social...**, op,cit, págs. 91 y 93.

33 Vid. Blasco Lahoz, J.Fco, López Gandía , J y Momparler Carrasco, M^a.A. **Curso de Seguridad Social**. Ed, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pág.502.

34 Sobre El sistema Nacional de Salud y su composición, así como las nuevas formas de gestión de la Sanidad y formas de gestión se ha acudido al manual de Blasco Lahoz, J.F, López Gandía, J y Momparler Carrasco en **Curso...**, op, cit, págs. 503 y ss., en su versión abreviada págs. 242-245, en el que los citados autores hacen una breve y resumida referencia, movidos, quizás, porque los textos van orientados más a la enseñanza de la Seguridad Social, sin adentrarse- excesivamente- en lo que entienden más propio de la disciplina del Derecho Administrativo.

35 Domínguez Martín, M. **Formas de gestión de la sanidad...**, op, cit, págs. 274, 275, 276 y 277. La autora dedica un epígrafe propio a la organización de los servicios sanitarios gestionados por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria de Ceuta y Melilla por sus especiales características.

36 Véase los artículos 78, 79 y 80 de la ley General de Sanidad. En lo que respecta a la doctrina y sobre la financiación o ingresos del Sistema Sanitario Público y del Servicio de Salud de las Comunidades Autónomas. Domínguez Martín, M. **Formas de gestión de la sanidad....**, op, cit, págs 427 y ss.

37 Domínguez Martín, M. **Formas de Gestión de la sanidad...**, op, cit, pág. 260.

38 Artículo. 56.2 LGS.

39 Arts. 58, 59 y 60 de la LGS (el contenido de los mismos no son textuales)

40 Véase, Domínguez Martín, M. **Formas de gestión de la sanidad...**, op, cit, pág. 262.

41 Véase Blasco Lahoz, J.Fco, López Gandía, J y Momparler Carrasco, M^a A. **Curso...**, op, cit, págs. 507 y 508.

42 Véase, Domínguez Martín ., M. **Formas de gestión sanitaria...**, op, cit, pág. 71 (cita 59), al hablar de la Gestión Directa a través de organismos públicos, personas jurídicas administrativas ...organismos dotados de personalidad jurídica propia, “Administración Institucional” o “Administración Instrumental” como el INSALUD y posteriormente el INGESA, como Entidad Gestora. Volveremos sobre esta cuestión.

43 Domínguez Martín, M. **Formas de Gestión de la Sanidad ...**, op, cit, pág. 258. La existencia de centros sanitarios privados, con independencia de que se vinculen o no a la red pública, es una manifestación, en el ámbito sanitario, de la libertad de empresa que la Constitución garantiza...Los centros privados tienen, pues, una doble condición: por un lado, reflejan el ejercicio de actividad libre y, por otra, en cuanto contribuyen a la efectividad de unas prestaciones que son responsabilidad de los poderes públicos, son gestores indirectos de un servicio público, en el sentido amplio que tiene en nuestro ordenamiento jurídico.

44 La denominada “Comisión de expertos para el estudio del Sistema Nacional de Salud y las tendencias de su entorno en el momento actual y cara al futuro”, más conocida como “Informe Abril” atacó duramente a “los instrumentos de gestión y financiación (que) son los que peor se han adaptado a las nuevas necesidades de los servicios sanitarios modernos. La situación práctica de monopolio estatal en la financiación..., la política inestable y restrictiva seguida con el sector privado...el INSALUD (hoy INGESA) actúa de acuerdo con principios ajustados al Derecho público, absolutamente incapaces de impulsar...el dinamismo y agilidad necesarios para la gestión de la asistencia sanitaria. (...) El Informe Abril se decanta por profundizar en la reforma de las estructuras de gestión, como medio de atajar las ineficacias del sistema de prestación de los servicios públicos sanitarios”. Realmente ese Informe que hemos calificado de duro y que no corresponde, en absoluto a la verdad, es un ataque virulento contra el sistema sanitario público y, aún, escudándonos en el tiempo en que se dijo y el término con que se inicia “**Globalmente**) nos lleva pensar que, evidentemente y a lo largo del funcionamiento de la asistencia sanitaria, en contadas ocasiones no habrá sido lo excesivamente eficaz que todos deseamos, ni quizás, en ocasiones, bien gestionada, incluso, poco dada a controlar el gasto público sanitario, pero estimamos que la situación ha mejorado y que su situación está acorde incluso igual o por encima de algunos países de OCDE. La Sanidad nunca deberá perder su carácter público para atender todas las situaciones de necesidad y amparar a todos los ciudadanos y se

encuentra en condiciones de atender las prestaciones sanitarias con un alto grado digna de tener en consideración. Termina, hablando dicho Informe de un “mercado interno” y de “un mercado mixto” para producir un cierto estímulo competitivo, **atacando nueva y claramente a la sanidad pública**. En definitiva, una oferta y una demanda con clara tendencia hacia la gestión privada, como afirma la profesora Domínguez Martín << Parece... que la conclusión del Informe es una apuesta clara por las formas de organización del Derecho privado, por considerarlas las más idóneas para alcanzar los objetivos y desafíos a los que se ha enfrentar la Administración sanitaria>>. Equivocación total y contrarios radicalmente a este llamado Informe Abril por nuestra parte. Vid, Domínguez Martín, M. **Formas de gestión de la sanidad....**, op, cit, págs 56-59. Otros autores que polemizan sobre este tema y sin carácter exclusivo, Ariño Ortiz, Sala Arquer, Borrajo Iniesta, Rebollo Puig.. Para ver un estudio comparativo sobre este tema Véase, **La reforma de los sistemas de asistencia sanitaria**. (Estudio de los diecisiete países de la OCDE). Ministerio de Sanidad y Consumo, BOE, Madrid, 1.998.

45 Domínguez Martín, M. **Formas de gestión de la sanidad....**, op, cit, págs. 56 y 57. La citada autora a la hora de hablar sobre la cuestión que se plantea con las nuevas formas de gestión , lo enfoca – a nuestro juicio-en el sentido del <<mundo del Derecho administrativo (que) conoce como “la huída del Derecho Administrativo” o utilización del Derecho Privado por entes que cumplen funciones administrativas. Esto ha suscitado vivas polémicas en el campo de la Sanidad....>>

46 Domínguez Martín, M. **Formas de gestión ...**, op, cit, págs. 68 y 69.

47 Véase, Domínguez Martín. **Formas de gestión ...**, op, cit, pág, 70.

48 Salvo el INSS como Entidad Gestora dotada de personalidad jurídica tiene como competencia la gestión y administración de las prestaciones económicas de las Seguridad Social, con multitud de competencias, que deliberadamente no enumeramos. Las demás Entidades Gestoras han sido objeto de un proceso paulatino de descentralización y desconcentración en virtud de las transferencias a las respectivas CCAA, con funciones y personal adscrito. Por ello, aprovechamos para afirmar que si las competencias del INSS y sobretodo la TGSS fuesen traspasadas del ámbito territorial nacional a algunas nacionalidades que lo reclaman, se rompería el principio de solidaridad financiera y caja única y resultaría un **serio y profundo revés** al sistema de la Seguridad Social con consecuencias y agravios comparativos impensables.

49 La TGSS es el órgano principal dentro de la Gestión de la Seguridad Social que se encarga de la custodia de los fondos, valores y créditos generales y de los servicios de ordenación, recaudación de derechos y pagos de las obligaciones del sistema de la Seguridad Social, entre otros cometidos (artículo 63.1 de la LGSS).

50 <<(…), la distinción entre organismos autónomos y entidades gestoras de la Seguridad Social tenía su razón de ser en el ámbito presupuestario: el art.2 LGP considera, a los efectos de esta Ley, que forman parte del sector público estatal (art.2.1.d) “*las entidades gestoras, servicios comunes y las Mutuas de accidentes de Trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social*”.(*La cursiva es nuestra*). Igualmente, el art.149.1 establece que “*la función interventora se ejercerá por la Intervención General de la Administración del Estado (...) las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social* >> Sobre esta cuestión Rodríguez López, , Jiménez de Cisneros, Palomar Olmeda, Villar Rojas; MIR Puigpelat y Santamaría Pastor. La cita corresponde a la profesora Domínguez Martín, M. **Formas de gestión de la sanidad...**, op, cit, págs., 71 y 72.

51 Domínguez Martín, M. **Formas de gestión de la sanidad...**, op, cit, pág. 73. También y en esa línea, Martín –Retortillo Baquer, Gallego Anabitarte, Jiménez de Cisneros, Vicente Domingo y Ariño Ortiz, sobre la concepción tradicional de estos organismos, su evolución y estado actual.

52 Las tres categorías que regula la LOFAGE son: los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales y, finalmente las agencias estatales más diferenciada y matizada de sus predecesoras. Las dos primeras tienen características comunes como es “**la atribución de personalidad jurídica diferenciada, con patrimonio y tesorería propios y autonomía de gestión**”, según dispone el artículo 42.1 de la LOFAGE. Así mismo, “**la finalidad para la que constituyen es la realización de actividades de fomento, prestación o contenido económico reservado a la Administración General del Estado**” (artículo 2.3 de la LOFAGE)., aunque también “**se les pueda encomendar la ejecución o gestión de un concreto servicio público a través de los correspondientes Estatutos**” (artículo 42.2 de la LOFAGE).

53 Vid. Domínguez Martín, M. **Formas de gestión de la sanidad...**, op, cit, págs.88 y ss

54 Nuevamente y, nos congratulamos por ello, de acudir a citar a Domínguez Martín, M. **Formas de gestión de la Sanidad...**, op, cit, pág. 88. La razón viene motivada única y exclusivamente, porque en las dos terceras partes del trabajo podíamos acudir, también, a otras citas de otros autores. No cabe duda que existen, pero nosotros y en nuestro contexto, nos hemos basado en el texto más completo y exhaustivo que hemos encontrado, con la gran suerte, y no nos duele en prendas afirmar que no sólo es el mejor, sino y además, el único en el que hemos podido basarnos para parte de este trabajo. Tómese, si se quiere, como un elogio, lo es, pero lo que sí es cierto que tampoco es vana e interesada adulación.

55 Domínguez Martín, M. **Formas de gestión de la sanidad....**, op, cit, pág. 87.

56 Esta afirmación rotunda del carácter público de la Sanidad Pública, realizada bien directamente y a través de sus órganos específicos y que son objeto de este estudio, no menoscaba en absoluto la posibilidad de acudir voluntariamente a consultas, centros, hospitales y servicios sanitarios de índole privada corriendo el paciente con los gastos ocasionados dentro de la libertad de empresa que garantiza nuestra Constitución y de la que ya hemos hecho alusión, en su momento. Tampoco quiebra esta característica de publicidad la intervención de organismos jurídico-públicos, autónomos, entidades gestoras, empresa públicas, consorcios y convenios (cada uno matizada en su medida), de manera directa o indirecta, unas prevaleciendo más el Derecho Público, otras acercándose hacia lo privado, pero siempre dentro de las pautas marcadas por el citado artículo 43 de la CE, la Ley General de Sanidad, la LOFAGE, la LRJPAC y toda la normativa que hemos ido citando.

57 Vid. Domínguez Martín, M. **Formas de gestión de la sanidad...**, op, cit, pág.91.

58 Fundaciones que se constituyeron al amparo de la Ley 30/1.994, de 24 de Noviembre, como “organizaciones sanitarias **sin ánimo de lucro** constituidas por el INGESA mediante autorización acordada por el Consejo de Ministros a propuesta del Ministerio de Sanidad y Consumo, según dispone el artículo 40.1 del ...RD 29/2000, que destinen y afecten un patrimonio a la realización de fines sanitarios de interés general y que tengan por objeto la gestión y administración de los centros de los centros, servicios y establecimientos sanitarios....” Vid. Blasco Lahoz, J.Fco, López Gandía J y Momparler Carrasco, M^a A en **Curso...**, op, cit, pág.. 510 y el artículo 38 del RD 29/2.002.

59 Vid, Domínguez Martín. M. **Formas de gestión de la sanidad...**, op, cit, pág. 91.

60 Véase Domínguez Martín , M. **Formas de gestión de la sanidad....**, op, cit, págs. 101 y 102.

61 Sobre este interesante y polémica cuestión, Domínguez Martín, M. **Formas de gestión de la sanidad...**, op, cit, pág.129, (cita 146).

62 Sobre este controvertido tema Piñar Mañas y Real Pérez que “se muestran contrarios a atribuir el derecho constitucional de fundación a los poderes públicos por considerar que no es un derecho que integre el status jurídico-constitucional de las personas jurídico-públicas”. Por el contrario Garcia-Andrade Gómez(...)recoge la postura doctrinal contraria, aunque parece decantarse por la admisibilidad de la figura. También Sosa Wagner y Parejo Alfonso (...) , aunque éste con una interpretación estricta y restrictiva. Citas realizadas por Domínguez Martín, M. **Formas de gestión de la sanidad...**, op, cit, pág. 131.

63 Domínguez Martín M., que mantiene otra postura más abierta, a nuestro juicio, pero encaminada más hacia una tendencia que no desdeña otras formas de gestión y que pueden abrir una espita hacia la privatización, aunque sea restringida.

64 Domínguez Martín. M. **Formas de gestión de la sanidad.....** ,op, cit, págs. 132 y ss. “A la amplitud de los fines previstos para constituir fundaciones(...) hay que añadir que la jurisprudencia del Tribunal Supremo admite configurar en términos muy amplios los fines fundacionales, por lo que prácticamente cualquier actividad pública puede ser encomendada a una fundación. En este sentido, la STS de 7 de Mayo de 1987 (rec. de casación) y la STSJ de Cantabria de 19 de Septiembre de 2.002.

65 Domínguez Martín, M. **Formas de gestión de la sanidad...**, op, cit, pág. 154.

66 Domínguez Martín, M. **Formas de gestión de la sanidad...**, op, cit, págs. 154 y 155.

67 “Los llamados contratos-programas entre las autoridades sanitarias mediante convenios suscritos entre las autoridades sanitarias y los órganos de prestación de servicio no son un modelo de gestión indirecta de servicios sanitarios . (...) no se trata de una forma de gestión, sino de **acuerdos** (la negrilla es nuestra) entre dos órganos admi-

nistrativos, uno responsable de la financiación y otro encargado de la de la prestación. Vid. Domínguez Martín .M. **Formas de gestión de la sanidad...**, op, cit, pág. 190.

68 Por ejemplo, Artículo 94 de la LGS: “1. Los hospitales privados vinculados en la oferta pública estarán sometidos a las mismas inspecciones y controles sanitarios, administrativos y económicos que los hospitales públicos. 2. La Administración pública correspondiente ejercerá funciones de inspección sobre aspectos sanitarios, administrativos y económicos relativos a cada enfermo atendido por cuenta de la Administración pública en los centros privados concertados”.

69 Domínguez Martín, M. **Formas de gestión de la sanidad...**, op, cit, págs. 194 y 195. “Lo más característico del convenio es que (...) el centro sanitario se somete al mismo régimen sanitario, administrativo y económico de los hospitales públicos (...) produce una **publicación** (la negrilla es nuestra) del régimen de organización y funcionamiento del hospital vinculado (art. 30.2 LGS), salvo en lo que se refiere a la titularidad del centro, que continúa siendo privada, y a la relación laboral con el personal (art. 66.3 LGS”.

70 Artículo 89 LGS: “Se reconoce la libertad de empresa en el sector sanitario, conforme al artículo 38 de la Constitución.

71 La autora cita a Menéndez Rexach, <<por considerar que esta regulación legal es bastante confusa y se ha enturbiado todavía más en la legislación autonómica, que utiliza los términos “convenio” y “concierto” sin ninguna precisión , a la que se añade ahora el sorprendente de “protocolo”. Parece que, primero, hay que suscribir un protocolo y después un convenio singular...>>. Domínguez Martín. M. **Formas de gestión de la sanidad...**, op, cit, pág. 194.

72 Domínguez Martín, M. **Formas de gestión...**, op, cit, pág. 198. Realmente la figura del consorcio es, entre los demás medios indirectos y con la participación de organismos privados (especialmente hospitales concertados) la más atractiva, la más habitual y la más prolija en el campo sanitario o como bien dice la autora “mayor predicamento”, amén del educativo.

73 Véase, “in extenso” a Domínguez Martín, M. **Formas de gestión de la sanidad....**, op, cit, págs. 205 y ss. Sirva como comentario que el sector de la construcción y los servicios públicos es de los más importantes sectores donde se utiliza la figura de la concesión, aunque no sea éste objeto de este estudio, sino el sanitario.

74 Domínguez Martín, M. **Formas de gestión de la sanidad...**, op, cit, pág. 216

75 Domínguez Martín. M. **Formas de gestión de la sanidad...**, op, cit, págs. 222, 223 y 224.

76 “ Las Corporaciones locales pueden constituir consorcios con entidades públicas de diferente orden para instalar o gestionar servicios con entidades públicas de diferente orden para instalar o gestionar servicios de interés local. Tienen carácter voluntario, estados de personalidad jurídica y pueden utilizar cualquiera de las formas de gestión de servicios”. Véase, Domínguez Martín. **Formas de gestión de la sanidad...**, op, cit, pág. 222.

EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE EN LA LEY DE COSTAS DE 1988 Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA EN EL LITORAL ESPAÑOL

Augusto González Alonso

Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado

RESUMEN

Han transcurrido poco más de veinte años desde la aprobación de la Ley de Costas de 28 de julio de 1988. Parece un buen momento para hacer balance de la misma, subrayando su carácter innovador, la ambiciosa definición que ofrece del dominio público marítimo-terrestre, el papel activo que otorga a las Administraciones Públicas, las potestades de delimitación del dominio público que aquéllas asumen, así como las facultades de protección, de delimitación del régimen de utilización y aprovechamiento del mismo, y de policía y sancionadora que arbitra la norma.

La Ley de Costas no sólo miraba al futuro, previendo un escenario de agresiones y de abusos medioambientales y urbanísticos que todavía hoy lamentamos, sino que articuló un sistema de corrección de los excesos pretéritos, en franca intención de recuperar la zona marítimo terrestre para el uso y disfrute de todos.

Por la importancia de la materia de costas en el Derecho Administrativo especial, por el carácter vanguardista de la norma, por su loable propósito de defensa del interés general, por su peculiar solución y encaje con sólidos derechos como el de la propiedad privada y la protección pública registral, por el impacto que sus previsiones han tenido en nuestro litoral y en la vida de los ciudadanos, y por los pronunciamientos notablemente uniformes en la interpretación de la norma por parte de nuestros Tribunales de Justicia, las siguientes páginas constituyen un pequeño tributo al espíritu de la norma y un análisis jurídico de su contenido material.

SUMARIO:

1. Introducción y posicionamiento ante el reto medioambiental. – 2. La Ley de Costas de 28 de julio de 1988: una ley avanzada para su tiempo. – 3. Determinación del dominio público marítimo-terrestre. - 3.1. Situación actual de los deslindes del dominio público marítimo-terrestre. – 4. Protección del dominio público marítimo-terrestre. – 4.1. Derecho de propiedad *versus* dominio público marítimo-terrestre. - 5. Utilización del dominio público marítimo-terrestre. – 6. Potestad de policía sobre el dominio público marítimo-terrestre. – 7. Régimen jurídico aplicable a los terrenos de dominio público marítimo-terrestre sobre los que existían derechos reales antes de la entrada en vigor de la Ley de Costas de 1988.

1. INTRODUCCIÓN Y POSICIONAMIENTO ANTE EL RETO MEDIOAMBIENTAL

Decía el ilustre filósofo español don José Ortega y Gasset (1883-1955) que sólo cabe progresar cuando se piensa en grande, y que sólo es posible avanzar cuando se mira lejos. Dicen los medioambientalistas y otros expertos en desarrollo sostenible que la clave para implicar a todos los ciudadanos en la protección del planeta es pensar globalmente y actuar localmente, expresión empleada en las trincheras antiglobalización de Seattle el 30 de noviembre de 1999 durante las importantes protestas contra la Ronda del Milenio de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Siguiendo la estela de Ortega y Gasset como padre del perspectivismo y de la razón vital, puede afirmarse que el ser humano está conformado por sí mismo y por el entorno que le rodea (su circunstancia, como diría el maestro), si bien este entorno se eleva a una categoría vital en toda la filosofía orteguiana. Pues bien, en la actualidad es posible mantener que el desarrollo del hombre depende de muchos factores y condiciones externas al mismo, como son las condiciones físicas que le otorga el medio (el agua, el aire y la tierra como elementos en los que vive), las circunstancias económicas, sociales y culturales en las que nace, crece y se desarrolla, las circunstancias emocionales (una norma constitucional española como fue la Constitución de Cádiz de 1812

impuso - *ex* artículo 13 - al Gobierno como obligación lograr la felicidad de la Nación), a lo que habría que añadir, teniendo en cuenta el alcance del presente estudio, la seguridad jurídica como elemento determinante y reforzador de la conducta del hombre como ciudadano en sociedad.

No resulta necesario explicar aquí, ni lo pretende este trabajo, que la sociedad española, como la mayoría de las sociedades modernas, viven una época sin precedentes de libertades y posibilidades como no han existido nunca. Cualquier hombre puede hacer, esencialmente, lo que le parezca bien, con el único límite de no perjudicar a terceros ni a la sociedad en su conjunto. Nunca las posibilidades económicas, tecnológicas, científicas, culturales y sociales han vivido una explosión y una potencialidad semejantes. Las democracias y el liberalismo han potenciado el papel del hombre en el mundo, permitiéndole no sólo decidir su vida, sino incidir o afectar la vida de los demás.

España ha sido posicionada en el índice de desarrollo humano que elabora el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en el decimotercer lugar¹, por delante de países tan envidiados como Dinamarca, Austria, Reino Unido, Luxemburgo o Italia. Se trata de un indicador social estadístico compuesto de tres parámetros: una vida larga y saludable (medida según la esperanza de vida al nacer), la educación (medida por la tasa de alfabetización de adultos y la tasa bruta combinada de matriculación en educación primaria, secundaria y superior, así como los años de duración de la educación obligatoria) y el nivel de vida digno (medido por el PIB *per cápita* en valores de paridad del poder adquisitivo, en dólares). En realidad, se trata de un índice que mide, según los sociólogos, la cantidad de opciones que tiene un ser humano en su propio medio, para ser o hacer lo que él desea ser o hacer. Por tanto, a mayor cantidad de opciones, mayor desarrollo humano, y a menor cantidad de opciones, menor desarrollo humano.

Otras macromagnitudes sitúan a la sociedad española en una posición privilegiada: en la clasificación de países del mundo ordenados según su producto interior bruto (PIB) a valores de paridad de poder adquisitivo (PPA) nos situamos en el puesto número 11, por delante de potencias como Canadá, Australia, Países Bajos, Suecia o Bélgica, mientras que si nos fijamos en la clasificación de países ordenados según el PIB a precios nominales, nuestro país avanza todavía más hasta la octava posición, sólo por detrás de Italia. A pesar de todo, si tenemos en cuenta la macromagnitud quizá más importante para la población media española, la renta *per cápita*, la posición de España dista de ser la

de una primera potencia mundial para estar más cerca de una potencia media: según el Fondo Monetario Internacional (FMI), la renta española en 2007 ascendió a 32.066 dólares anuales, y en 2008 se espera cerrar esa magnitud en los 35.557 dólares, lo que nos sitúa en el puesto número 25, por detrás y a la cola de casi todos los países de la UE-15 (que, como objetivo de excelencia, sigue siendo empleado como comparación) y de otros muchos Estados mundiales.

Estas cifras y datos nos sitúan, como he dicho, en un escenario aterciopelado y lleno de posibilidades como nunca antes había acontecido en nuestra sociedad, pero todo ello ha tenido un coste, no nos ha resultado gratis. En esa ecuación han sufrido merma muchos ámbitos importantes para la sociedad civil: la convivencia social, las diferencias de clases (a pesar del avance de la clase media, no se ha conseguido reducir la brecha entre los más ricos y los más pobres de nuestra civilización²), la salud mental, el civismo, la expoliación de los recursos y, casi por encima de todo lo anterior, el medio ambiente. Una de las asignaturas pendientes es, por tanto, el desarrollo sostenible, entendido desde un punto de vista técnico, es decir, el empleado por las Naciones Unidas³, y en virtud del cual su ámbito conceptual comprende los aspectos ambientales, económicos y sociales.

Efectivamente, el medio físico en el que el hombre vive y se desarrolla ha venido sufriendo importantes agresiones desde que el progreso humano ha ido ganando posiciones a costa de aquél, utilizando sus recursos sin medir las consecuencias que ello conlleva para sí y para las generaciones futuras, herederas de los éxitos y de los fracasos de las generaciones anteriores.

La atmósfera, los océanos, los mares y los ríos, el suelo y el subsuelo son los elementos que más han padecido el expolio humano, especialmente desde el siglo XIX, huérfanos de una sensibilidad suficiente en las políticas públicas y privadas que les permitiesen ser defendidas por el mismo hombre que precisaba de sus recursos y materias primas para escalar peldaños en la evolución económica y social.

De todos ellos, y no necesariamente por su mayor impacto, el presente artículo pretende centrarse en la agresión a la costa, considerada como espacio marítimo-terrestre, así como en los instrumentos que el legislador español ha contemplado para protegerla eficaz e íntegramente en sus dimensiones física y jurídica.

La costa española tiene una longitud de aproximadamente 7.880 kilómetros, de los cuales, en una clasificación por provincias, Baleares está bañada por 1.428 kilómetros de costa, seguida de A Coruña, Las Palmas de Gran Canaria y Santa Cruz de Tenerife, hasta llegar a los escasos 81 kilómetros de la provincia de Granada. Si a ello se le suma que, de los más de 46 millones de habitantes que pueblan España⁴, las mayores áreas metropolitanas se concentran en las zonas costeras (Barcelona, Valencia, Málaga, Bilbao, Alicante-Elche, Vigo, Las Palmas de Gran Canaria, Murcia, Bahía de Cádiz y Granada), acogiendo a más de 24 millones de personas (casi un 60 % de la población) y que a esas cifras deben sumarse los casi 50 millones de turistas que visitan nuestro país cada año, se podrá tener una idea aproximada de la presión demográfica y los efectos colaterales que ello conlleva para nuestro litoral. Además, la franja marina más rica, productiva y diversa es la más cercana a la costa, lo que ha hecho que la explotación de esos recursos se haya realizado con especial intensidad.

Las consecuencias de todo ello han sido los procesos masivos de urbanización costera, la proliferación de instalaciones portuarias (lo que incluye espigones, muelles, diques de abrigo, puertos deportivos y puertos comerciales, entre otras infraestructuras), la masificación del turismo y la falta de aporte natural de áridos en el litoral, lo que a la postre ha ocasionado una regresión de las costas que algunos expertos cifran en el 90 %, un impacto grave sobre los hábitats costeros y los sistemas ecológicos relacionados, contaminación residencial e industrial (además de los desastres ecológicos y petroleros que últimamente han ganado frecuencia), invasión y especulación urbanísticas y un alejamiento – junto a otros factores, como es natural – de los compromisos adquiridos a la luz del Protocolo de Kyoto sobre el cambio climático.

Téngase en cuenta que la gestión del litoral debe responder, en todo caso, al interés general, y las actividades económicas debieran considerar el desarrollo sostenible como una variable más a tener en cuenta. La construcción, por ejemplo, ha sido un agente agresor de las costas españolas de primera magnitud, sobre todo en los años de mayor eclusión económica: desde el año 2003 el número de visados fue creciendo de manera acusada hasta alcanzar los 800.000 proyectos de nuevas viviendas en 2005, y los 865.000 visados en 2006, para ir descendiendo progresivamente (como consecuencia de la desaceleración del mercado inmobiliario) hasta las 650.000 unidades en 2007 (casi un 25 % menos que en el año anterior), mientras que en el año 2008, como consecuencia de la ralentización de la actividad inmobiliaria, el número de visados de obra nueva en torno a las 400.000 unidades. Las cifras han descendido, pero siguen siendo muy elevadas, especialmente al concentrarse en la

costa, para ser absorbidas por un suelo que requiere urbanísticamente de una mayor protección, en el que las competencias y, por tanto, la responsabilidad, de las comunidades autónomas es cada vez mayor.

Habrà que atender, además, a otros muchos factores potencialmente amenazantes como son el turismo de masas, el cambio climático que amenaza con los efectos de la subida del nivel del mar y el retroceso de la línea de costa (en este sentido, las áreas más vulnerables ya han sido localizadas: el Golfo de Vizcaya, el Delta del Ebro, las Marismas de Doñana, el Delta del Llobregat, el Golfo de Cádiz y La Manga del Mar Menor), el impacto negativo y cuestionado de las plantas desaladoras (sobre todo con el vertido de la salmuera), la construcción de amarres en el litoral y la contaminación descontrolada.

El legislador, consciente del problema y de la urgente necesidad de adoptar medidas, ha aprobado o impulsado nuevas normas que ahondan en la protección y la sostenibilidad medioambiental. Así, las medidas preventivas y correctoras de la nueva *Ley de Suelo de 8 de mayo de 2007*, las modificaciones introducidas en la *Ley de Aguas de 20 de julio de 2001*, requiriendo preceptivamente informes sobre la disponibilidad de recursos hídricos antes de aprobar los proyectos de urbanización, o la *Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la Justicia en materia de medio ambiente*, abren una puerta a un desarrollo más equilibrado y sostenible.

El Gobierno también ha adoptado ciertas medidas de interés notable, como han sido la creación de la figura del Fiscal de Sala Coordinador de Medio Ambiente y Urbanismo mediante el Real Decreto 1552/2005, de 23 de diciembre, posteriormente recogido en el vigente Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal con la denominación de *Fiscal contra los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico, del medio ambiente e incendios forestales*. Asimismo, la última modificación legal del mencionado Estatuto Orgánico establece la existencia preceptiva de Secciones de Medio Ambiente en las fiscalías provinciales y en las fiscalías de comunidades autónomas (en éste último caso cuando por sus competencias, el volumen de trabajo o la mejor organización y prestación del servicio lo aconsejen) especializadas en delitos relativos a la ordenación del territorio, la protección del patrimonio histórico, los recursos naturales y el medio ambiente, la protección de la flora, la fauna y animales domésticos, y los incendios forestales. Al frente de cada una de esas secciones especializadas se sitúa a un fiscal decano, pudiendo afirmarse en estos momentos que en todas las comunidades autónomas y en todas las provincias españolas existe un fiscal especialista en materia de protección del medio ambiente y el urbanismo.

2. LA LEY DE COSTAS DE 28 DE JULIO DE 1988: UNA LEY AVANZADA PARA SU TIEMPO

Otras épocas, otras sensibilidades y otras prioridades enervaron el interés del legislador en estudiar y aprobar normas generales o sectoriales de protección de nuestro litoral más allá de los mecanismos jurídicos económicos y sociales de reacción ante las grandes catástrofes medioambientales. Los objetivos que se perseguían en relación con esta materia eran modestos y poco ambiciosos, subordinados a satisfacer necesidades más perentorias que mejorasen el nivel y la calidad de vida generales.

La Ley de 26 de abril de 1969, dictada en época franquista, al margen de tener como objetivo confeso (*vid* su exposición de motivos) sistematizar, refundir y armonizar la normativa sobre la zona marítimo-terrestre, pilotaba sobre la idea del respeto de los derechos legalmente adquiridos por los particulares, impidiendo que el deslinde que en todo caso debía realizar el entonces Ministerio de Obras Públicas se sobrepujara a los derechos amparados por la Ley Hipotecaria. Esto no impedía, por supuesto, que la Administración Pública ejercitase las acciones judiciales pertinentes para atacar la propiedad o los títulos privados que se ostentasen sobre el dominio público.

La Ley de Costas de 28 de julio de 1988 (en adelante, LC) nació como una ley pionera en muchos aspectos, superando la perspectiva meramente patrimonial de la decimonónica Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880, el limitado propósito codificador y determinador de competencias de la Ley de Costas de 26 de abril de 1969, ya comentado, y el objetivo tipificador de infracciones y sanciones de la Ley de Protección de las Costas Españolas de 10 de marzo de 1980. Todavía hoy es una norma que sirve de referencia a otros países de nuestro entorno jurídico y político por la legitimidad de su *vis* pública en relación con el litoral y porque se inspira en principios de protección de medio ambiente que en su momento no estaban ampliamente extendidos entre la doctrina científica.

Gracias a la novedosa (y sin precedentes) definición constitucional de dominio público estatal (*ex* artículo 132.2 CE), y a las competencias que en exclusiva atribuyó al Estado esa misma norma constitucional en materia de legislación básica sobre la protección del medio ambiente (*ex* artículo 149.1 23^a CE), conjugado con el derecho de todos los españoles a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (previsto en el artículo 45 CE), la nueva LC logró

diferenciar el uso público del dominio público, que corresponde a todos los ciudadanos sin excepción alguna, del uso especial del mismo mediante el otorgamiento de autorizaciones y concesiones, ponderados los derechos reconocidos por la legislación anterior o por la propia Ley de Costas de 1988, pero siempre bajo el áurea pública y conservacionista que inspira la nueva ley.

Efectivamente, se avanza de forma notable en la garantía del uso y disfrute público del dominio público marítimo-terrestre, limitando severamente la titularidad dominical privada de estos bienes, así como su utilización particular, superando el barniz incuestionable que la inscripción de esos derechos en el Registro de la Propiedad otorgaba a los ciudadanos.

Con una visión global y multidisciplinar de lo que significan nuestras costas, la nueva ley conjugó las necesidades de desarrollo de una sociedad como la española, que ha vivido desde la conquista de la democracia en 1978 épocas ininterrumpidas de un crecimiento notable, y que para ello precisa de nuevos y más espacios territoriales, de más suelo, con la obligación de emparejar ese desarrollo con la sostenibilidad de las aguas, las costas, el aire y otros bienes de dominio público en general. Era preciso aprender lecciones del pasado, en que se cometieron graves errores relacionados con un urbanismo feroz y huérfano de planificación, una contaminación rampante de nuestros mares y ríos, una presión demográfica y estacional de gran impacto en las costas españolas y una sobreexplotación de las mismas sin la medida y la ponderación que precisa todo bien público.

Se amplía extraordinariamente la denominación de dominio público marítimo-terrestre, saltando de una definición limitada a las zonas marítimo-terrestres bañadas por el mar en su flujo y reflujo y al mar litoral, tal y como eran definidos por la Ley de Puertos de 1880 a un concepto que añade las playas, las aguas interiores y el mar territorial con su lecho y subsuelo, los recursos naturales de la zona económica exclusiva y la plataforma continental, las accesiones a la ribera del mar, los terrenos ganados a éste o invadidos por él, los acantilados, los islotes en aguas interiores y mar territorial, los terrenos incorporados por los concesionarios y los colindantes con la ribera del mar, entre otros.

La nueva definición de dominio público marítimo-terrestre es, sin duda, ambiciosa, y supera con creces la recogida en la tradición jurídica española, ampliación del concepto que fue aceptado plenamente

por el Tribunal Constitucional en la importantísima sentencia 149/1991, de 4 de julio⁵, al considerar que el dictado del artículo 3 LC se hacía en consonancia con la facultad que la Constitución concedió al legislador para determinar los bienes que integran el dominio público. Esto no significa que esa facultad sea ilimitada, puesto que el Alto Tribunal entiende que sólo se pueden situar fuera del comercio cualquier bien o género de bienes que sirvan a finalidades lícitas que no podrían ser atendidas eficazmente con otras medidas.

Se elimina de la ley todo rastro presente en la legislación anterior que situaba a las Administraciones Públicas en una posición de sujeto pasivo y automático en el otorgamiento de autorizaciones y concesiones a los particulares, que ahora sólo se conceden siempre que la ecuación uso particular-conservación del dominio público arroje un resultado favorable al Estado en su conjunto, antes, durante y después de ese régimen especial de aprovechamiento. Todo ello combinado con estrictas limitaciones a la miríada de derechos que un titular privado podría desplegar fuera del dominio público estrictamente considerado, ya que se prevén importantes servidumbres de tránsito, de salvamento marítimo, de protección y de influencia.

Un régimen sancionador más preciso y ajustado a la realidad de los tiempos en que debe aplicarse supera con creces la tipificación de la Ley de Protección de las Costas Españolas de 1980, mientras que se introduce en este ámbito la escasamente empleada figura de la acción pública en el Derecho Administrativo español. La protección y defensa de nuestras costas ya no es una obligación exclusiva de nuestra inubicua Administración, sino que es una responsabilidad de todos y para todos.

Por lo que respecta al mar territorial, su definición se encuentra recogida en la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, de modo que aquél es el mar que se extiende hasta una distancia de 12 millas náuticas contadas a partir de las líneas de base desde las que se mide su anchura. Dentro del concepto de aguas interiores hay que entender comprendidas las bahías, ensenadas, puertos, canales marítimos, radas y estuarios, entre otros. Se diferencian de las aguas continentales en que estas últimas son las de los ríos, lagos, lagunas y las aguas subterráneas dentro del territorio del Estado. La zona económica exclusiva (ZEE) es un espacio marítimo regulado no hace mucho tiempo en el Convenio de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar⁶ (conocida como la “Constitución de los océanos” por su importancia) y en el artículo 7 de la Ley 27/1992 ya men-

cionada: se trata de una zona situada fuera del mar territorial hasta un límite máximo de las 200 millas náuticas contadas a partir de las líneas de base desde las que se mide la anchura de aquélla, y en la que el Estado ribereño ostenta derechos soberanos para los fines de explotación, exploración, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, del lecho y subsuelo del mar y de las aguas suprayacentes. Esto supone que hay que considerar incluidos dentro del dominio público a los seres vivos animales y vegetales, pero nunca a los bienes muebles o inmuebles que formen parte de la arqueología marítima (estos últimos no pueden ser considerados demaniales *sensu strictu* pero sí forman parte del Patrimonio Histórico Español, de conformidad con el artículo 40⁷ de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español).

En cuanto a la plataforma continental, el Convenio de Naciones Unidas mencionado dispone que comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial, y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta la borde exterior del margen continental o bien hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde la línea de base a partir de la cual se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen no llegue a esa distancia.

El artículo 1 de la Ley de Costas proclama que es objeto de la misma la determinación, protección, utilización y policía del dominio público marítimo-terrestre, y especialmente de la ribera del mar. La mejor manera de aproximarse a esta norma consiste en analizar lo que supone cada una de estas actuaciones y la situación en la que se encuentra nuestra costa en ese aspecto concreto. De hecho, si se analiza dicha norma en su división por títulos y capítulos, se observará que, en líneas generales y de una forma coherente, el legislador ha dedicado el título I a la determinación del dominio público marítimo-terrestre; el título II a la protección de dicho dominio, que regula las limitaciones de la propiedad sobre los terrenos contiguos a la ribera del mar por razones de protección del dominio público marítimo-terrestre; los títulos III y IV a la utilización y al régimen económico-financiero de dicho dominio público; y el título V al ejercicio de la potestad de policía cuando tipifica y regula con precisión el régimen de infracciones y sanciones. Veámoslo más en detalle.

3. DETERMINACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE

La costa, desde el punto de vista geográfico, se define como la orilla del mar y tierra que está cerca de ella. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, la costa es uno más del conjunto de bienes que constituyen el dominio público marítimo-terrestre, ya que éste no sólo incluye la costa vulgarmente entendida (zona marítimo-terrestre más las playas), sino también el mar territorial y las aguas interiores, los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental, así como los demás bienes a que se refieren los artículos 4 y 5 de la LC.

Como tales bienes, el dominio público marítimo-terrestre forma parte de un concepto mucho más amplio que está constituido por el patrimonio de las administraciones públicas, definido en el artículo 3 de la *Ley 33/2003, de 3 noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas* (en adelante, LPAP). Por razón del régimen jurídico al que están sujetos, los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Administración pueden clasificarse en bienes de dominio público o demaniales y bienes de dominio privado o patrimoniales. Los primeros son bienes de titularidad pública que están afectados al uso general o al servicio público mediante un acto expreso de afectación por el órgano competente (normalmente del Ministro de Economía y Hacienda, en lo que se conoce como demanio artificial) o mediante una afectación legal que les otorgue expresamente el carácter demanial. Esto es lo que sucede con los bienes de dominio público marítimo-terrestre, calificados como tales no sólo por la Ley de Costas, sino por la propia Constitución Española, cuyo artículo 132.2 dispone que son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.

Hay que subrayar que esa integración en el dominio público estatal que realiza nuestra norma fundamental otorga a esos bienes el privilegio de ser los únicos a los que la Constitución Española atribuye directamente esta condición, quizá concienciada de la necesidad de codificar una sensibilidad creciente e imperiosa de proteger nuestras costas frente a la depredación urbanística, demográfica, medioambiental y paisajística.

Elevar la categorización de dichos bienes al nivel del dominio público también les otorga el privilegio de ser investidos de ciertos principios de gestión y administración, de unos mecanismos de protección y defensa jurídico-administrativos exorbitantes y de unos mecanismos de colaboración y de cooperación extraordinarios previstos en la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

En consonancia con el artículo 6 de la LPAP, al Estado le corresponde la titularidad de esos bienes, pero no la facultad de libre disposición sobre los mismos. Ello es consecuencia de los principios de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad que prevé dicha ley, lo que les excluye del comercio de los hombres y no les hace susceptibles de garantizar ningún tipo de responsabilidad. Además, dichos bienes sólo pueden corresponderle al Estado, si bien pueden adscribirse mediante una concesión por un periodo de duración máxima de 30 años a las comunidades autónomas para construir nuevos puertos y vías de transporte titularidad de aquéllas, o de ampliación o modificación de los existentes. A las autonomías se les atribuye la competencia de utilización y gestión. La doctrina ha reforzado reiteradamente esos principios constitucionales y legales aplicables a la gestión y administración de los bienes y derechos demaniales, entendiendo que lo dispuesto en la Constitución es directamente ejecutable, y que no cabe titularidad privada alguna en el dominio público marítimo-terrestre.

Es importante dejar claro que el dominio público marítimo-terrestre existe en todo caso, esté realizado o no el deslinde por la Administración, ya que aquél está definido por sus características naturales. Esto significa que su existencia no depende de que ese dominio público sea declarado como tal porque su propia naturaleza lo caracteriza de ese modo. Cuando la Administración decide determinar ese demanio público y practicar el deslinde, lo que persigue es constatar una realidad y declararlo públicamente, otorgando seguridad jurídica a los particulares, que podrán conocer con certeza si sus bienes inmuebles se incluyen o no en el dominio público o las servidumbres a las que quedan sometidos.

Por tanto, determinar el dominio público marítimo-terrestre es la operación que realiza la Administración General del Estado consistente en investigar la situación de dichos bienes y proceder a su des-

linde ateniéndose a las características de los mismos de acuerdo con un procedimiento largo y contradictorio en el que son oídos la Comunidad Autónoma y el Ayuntamiento correspondientes, los propietarios colindantes y todas las personas que acrediten la condición de interesados (*ex* artículos 12 y siguientes LC). El deslinde es, por tanto, una herramienta jurídica que se otorga a las Administraciones Públicas (como privilegio de autotutela indisponible que ostentan para cumplir su misión de velar por el interés general) para concretar los límites de los bienes inmuebles en los supuestos en los que existan dudas sobre su alcance, cuando los límites sean imprecisos o cuando existan sobre ellos indicios de usurpación⁸, sin ser preciso que acudan a la jurisdicción civil ordinaria para determinar aquél. Esos privilegios también los ostentarán posteriormente los bienes demaniales deslindados, por cuanto la Administración conservará la facultad de desahucio administrativo o el ejercicio temporalmente ilimitado de la potestad de recuperación de oficio. Actualmente, la competencia para aprobar el deslinde corresponde al titular del Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino, competencia que se encuentra delegada en el titular de la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar.

Se trata de una acción que también prevé nuestro Código Civil en los artículos 384 y siguientes, en virtud de los cuales todo propietario tiene derecho a deslindar su propiedad, y otros derechos reales, con citación de los dueños de los predios colindantes. En el caso del patrimonio de las Administraciones Públicas, el artículo 41 LPAP, heredero de previsiones idénticas de la antigua Ley de Patrimonio del Estado, otorga a las Administraciones las facultades de investigación de la situación de los bienes y derechos que presumiblemente pertenezcan a su patrimonio, de deslinde en vía administrativa de los inmuebles de su titularidad, de recuperación de oficio de la posesión indebidamente pérdida, y de desahucio en vía administrativa a los poseedores de los inmuebles demaniales.

Según consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo⁹, la resolución que aprueba el deslinde, en cuanto resolución de la Administración Pública, ha de ser impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa, si bien las cuestiones relativas al carácter público o privado del dominio o la ubicación de un terreno en tal zona han de ventilarse ante la jurisdicción civil ordinaria¹⁰. Dicho

Tribunal también entiende¹¹ que las órdenes ministeriales de aprobación del deslinde son actos administrativos y no disposiciones generales, por lo que se agotan con el cumplimiento que se haga de las mismas, una vez ejecutadas las determinaciones del deslinde aprobado.

Así, el TS considera que la competencia de los órganos jurisdiccionales civiles viene limitada a las cuestiones referentes a la titularidad dominical, pública o privada, de los terrenos comprendidos en el deslinde administrativo, en tanto que la concesión para la ocupación de bienes de dominio público marítimo-terrestre estatal es competencia de la Administración General del Estado, razón por la que las cuestiones judiciales que se susciten con esa conversión del dominio privado reconocido en concesión administrativa habrán de dilucidarse ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Una vez firme la resolución de deslinde, si es preciso, procede el amojonamiento (*ex* artículo 52 d) LPAP), enteniendo por tal la operación consistente en señalar físicamente sobre el terreno, a través de hitos o mojones, los límites del inmueble declarados por el deslinde. La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1998 define el amojonamiento como la traslación al plano físico del resultado del deslinde, siempre con fidelidad a lo establecido en la resolución que pone fin al procedimiento, resultando imposible alterar la situación de los mojones sin la realización de un nuevo procedimiento.

Por fin, realizado el deslinde, hay que resaltar que la resolución del mismo no implica como regla general una declaración constitutiva de propiedad de la Administración Pública sobre los bienes, sea cual sea su naturaleza, pero con más motivo en el caso de los bienes de dominio público, ya que el deslinde tiene un efecto limitado a precisar los límites concretos y la extensión exacta de los bienes inmuebles de la Administración. Es decir, que no adquieren la naturaleza de bienes públicos o demaniales como consecuencia de la acción de deslinde, puesto que ya la tenían desde el momento que estaban declarados como tales bienes y se integraron en el patrimonio público o desde que se dictó el acto de afectación al uso o al servicio público, convirtiéndolos en demaniales.

3.1. Situación actual de los deslindes del dominio público marítimo-terrestre

De conformidad con el llamamiento que la Ley de Costas, en su exposición de motivos y en su articulado, realiza a la Administración Pública para reforzar la protección del dominio público marítimo-terrestre del doble fenómeno de destrucción y privatización del litoral, así como para defender su equilibrio y su progreso físico, la protección y conservación de sus valores y sus virtualidades naturales y culturales, el Ministerio de Medio Ambiente, Medio Rural y Marino, tras nuevos estudios sobre el impacto que las últimas agresiones están provocando en el litoral español, conjugado con una visión más amplia forzada por el cambio climático, procedió a deslindar aquellas zonas donde no se hubiese hecho con anterioridad o cuyo deslinde fuese incompleto, con el objetivo de determinar el dominio público marítimo-terrestre, garantizar su uso público, regular la utilización racional de los bienes y conseguir un adecuado nivel de calidad de las aguas y de la ribera del mar. Esta actuación parece avalada por el Tribunal Supremo¹², que en alguna sentencia ha manifestado que el procedimiento de deslinde puede ser incoado de oficio o a instancia de los interesados no sólo cuando cualquier causa, física o jurídica, haya podido alterar la configuración del dominio público marítimo-terrestre, sino también cuando aparezcan datos o circunstancias de los que se pueda deducir que el deslinde realizado no refleja con exactitud las características físicas de los bienes. Esa actividad, según esta importante posición del Tribunal Supremo, se produce sin necesidad de la previa declaración de lesividad y sin necesidad de acudir al procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos, puesto que el deslinde es un procedimiento especial que permite por sí mismo revisar la delimitación de esta categoría de bienes.

Así, si hasta el año 2004 apenas se avanzó en el deslinde de la costa española, hay que reconocer que, desde el último trimestre del año 2006, dicho departamento ministerial puso en marcha un programa específico para impulsar con fuerza la tramitación de los expedientes de deslinde del dominio público marítimo-terrestre, con el objetivo de completar esa tarea en toda la costa española antes del fin de la VIII Legislatura (2004-2008), habiendo tenido continuidad en el presente año 2009. Con este plan, el Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino ha venido deslindado una media de 600 kilómetros de costa al año, lo que ha supuesto una media de 90 expedientes de deslinde anuales, y ha practicado 1.300 unidades de demolición en toda la costa española en la última legislatura como consecuencia de expedientes sancionadores o de recuperación posesoria (hay que subrayar que

por encima del 90 % de esas demoliciones han sido pacíficas).

Un buen número de deslindes que ha practicado la Administración Pública se han debido a la determinación formal de las servidumbres de protección, aunque no haya sido necesario modificar el límite del dominio público marítimo-terrestre, y ello debido a que la antigua Ley de Costas de 1969 contemplaba una servidumbre entonces denominada “de salvamento” con una extensión de 20 metros, limitación a la propiedad privada que la nueva ley - como se sabe - ha aumentado a los 100 metros, ampliables otros 100 si hay acuerdo entre las tres Administraciones implicadas. En consecuencia, las edificaciones o viviendas que se situasen en esa zona de protección quedan bajo un régimen jurídico urbanístico especial equivalente a lo que se conoce como “fuera de ordenación”¹³, lo que supone que los afectados pueden mantener sus derechos de propiedad y realizar las obras que sean imprescindibles para el mantenimiento y reparación, siempre que no supongan un incremento de volumen y siempre que estén autorizados por las comunidades autónomas. Son éstas las únicas competentes para otorgar autorizaciones, imponer sanciones o realizar demoliciones en las zonas de servidumbre de protección.

Con los datos más recientes de los que se ha podido disponer, a 30 de junio de 2009, partiendo de una longitud de la costa española cifrada por el Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino en 10.099 kilómetros, se encontraban a esa fecha deslindado el 87,2% del litoral (unos 8.806 kilómetros, por lo que restan 1.293 kilómetros por deslindar). Las provincias que presentan un índice de deslinde mayor son Lugo, Guipúzcoa, Granada, Tarragona, Tenerife, Valencia, Girona, Murcia, Almería, Asturias y Baleares (todas ellas superan el 90% de superficie deslindada). Las provincias con menor porcentaje de su costa deslindada con Alicante, Málaga, Melilla, Las Palmas y Huelva, por poner algunos ejemplos.

4. PROTECCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE

Los mecanismos de protección de estos bienes de dominio público que prevé la Ley de Costas se despliegan en varios principios y actuaciones posibles.

En primer lugar, parafraseando las prescripciones constitucionales, en la indisponibilidad de aquéllos, lo que incluye su inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, principios todos ellos ya conocidos y que vedan de forma inexorable la posibilidad de enajenarlos, gravarlos o prescribirlos por usucapión. También significa que la norma proscribire la detentación de derechos de titularidad dominicales sobre el dominio público marítimo-terrestre, aún cuando estén registrados en el Registro de la Propiedad. Es más, si se pretenden inmatricular en dicho registro público fincas situadas en la zona de servidumbre de protección, se exige acompañar una certificación de la Administración General del Estado acreditativa de que no se invade dicho demanio, a lo que se añade la llamada al registrador para extremar el celo en este sentido antes de proceder a cualquier inscripción registral. Sobre este punto se volverá más adelante.

Proteger este dominio público también significa defender su integridad y los fines de uso de sus bienes, preservar sus características y prevenir daños. El Tribunal Constitucional ha interpretado, en la sentencia 149/1991, que el legislador estatal no sólo está facultado sino obligado a proteger el demanio marítimo-terrestre, a fin de asegurar tanto el mantenimiento de su integridad física y jurídica como su uso público y sus valores paisajísticos. Y todo ello dentro del marco de competencias que corresponden al Estado y a las comunidades autónomas: al Estado porque debe asegurar a todos los ciudadanos una igualdad básica en el ejercicio del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado al desarrollo de la persona (*ex* artículo 45 CE), y porque ostenta competencias exclusivas para dictar la legislación básica sobre protección del medio ambiente, que puede ser complementada con normas adicionales cuando así lo prevén los respectivos Estatutos de Autonomía.

En este sentido, el Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino tiene elaboradas unas directrices dirigidas a planificadores de actuaciones en el litoral, a proyectistas y a directores de obras, entre otros, aplicables a las actuaciones en playas y al tratamiento del borde costero. Se trata de una guía que persigue informar sobre el contenido, el enfoque y los objetivos de los proyectos de obras de interés general previstos en el artículo 111 LC y que son competencia del Estado. También se han impulsado la suscripción de convenios de colaboración y protocolos entre la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar y los Ayuntamientos con frente litoral, con el fin de eliminar instalaciones y edificaciones no ajustadas a la Ley de Costas en las zonas de tránsito y protección, así como la posible sustitución de las

mismas por otras destinadas a usos compatibles con ellas, asumiendo la Administración General del Estado el coste total de la financiación necesaria para llevar a cabo dichas actuaciones así como para realizar la ejecución de las obras precisas, mientras la entidad local aporta también una pequeña parte de financiación y, sobre todo, asume el compromiso de realizar la instrumentación efectiva de las actuaciones urbanísticas necesarias para la obtención del suelo en las zonas de tránsito y protección, así como las que sean precisas para la reubicación de las edificaciones existentes en esas zonas.

Uno de los instrumentos que emplea esta ley para defender la integridad del dominio público es establecer ciertas servidumbres legales, como son la de protección, la de tránsito y la de acceso al mar. En ellas se imponen notables limitaciones para la realización de obras, cerramientos, edificaciones, construcción de vías de transporte, de tendidos eléctricos, vertidos o publicidad, en cualquiera de sus formas. También prevé la LC una zona de influencia del dominio público marítimo-terrestre con serias limitaciones urbanísticas. Las servidumbres, en general, son limitaciones legales que se imponen sobre un derecho de propiedad por razones de interés general. Hay que resaltar que la zona de servidumbre de protección no es dominio público, sino una franja de terreno de propiedad privada colindante con aquél (en concreto, con la ribera del mar), pero en la que ese derecho real está sujeto a importantes limitaciones. Entre los usos posibles en la zona de servidumbre de protección pueden señalarse las áreas de acampada, los equipamientos y servicios destinados a los usuarios de la costa, las instalaciones deportivas descubiertas y otros usos o actividades que por su naturaleza no puedan tener otra ubicación diferente.

Las servidumbres han de fijarse obligatoriamente en la resolución del expediente administrativo de deslinde del tramo de costa en cuestión, y viene impuesta por la LC en función de la clasificación urbanística de los terrenos, por lo que corresponde a las autoridades urbanísticas (las comunidades autónomas) acreditar dicha clasificación de los terrenos a la entrada en vigor de la ley.

La ley también protege el dominio público marítimo-terrestre mediante la previsión de una serie de disposiciones que exigen la coordinación con la normativa urbanística, constituida tanto por la *Ley 8/2007, de 8 de mayo, de Suelo*, como por las disposiciones normativas aprobadas y vigentes en las comunidades autónomas, en el ejercicio de sus competencias. En este punto resulta preciso recordar la gran incidencia que tuvo el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en su

sentencia 149/1991, ya que debe entenderse que: primero, todas las comunidades autónomas costeras competentes para la ordenación del territorio lo son también – aunque no lo mencione su Estatuto de Autonomía – para la del litoral; segundo, que cuando la Constitución hace referencia a una “política” de manera genérica, como es el caso de la política sobre ordenación del territorio (*ex* artículo 148.1, 3ª CE), tal competencia no puede entenderse en términos tales que la sola incardinación del fin perseguido por la norma en esa política permita desconocer la competencia que corresponde a otras instancias, que la ordenación del territorio es una política de enorme amplitud; tercero, que la idea de “ordenación” del territorio nació de la necesidad de coordinar o armonizar, desde el punto de vista de su proyección territorial, los planes de actuación de las distintas Administraciones Públicas, de modo que cuando esa función ordenadora se atribuye a una de las Administraciones no puede entenderse en términos tan absolutos que elimine o destruya las competencias que la Constitución reserva al Estado; cuarto, que habrá que atender, en cada caso, a cuál es la competencia ejercida por el Estado y sobre qué parte del territorio de la comunidad autónoma opera; quinto, que la titularidad del dominio público no es en sí misma un criterio de delimitación competencial y, en consecuencia, la naturaleza demanial no aísla a la porción del territorio así caracterizado de su entorno ni la sustrae de las competencias que sobre ese espacio corresponden a otros entes público; sexto, que la Constitución establece, con absoluta precisión, que es competencia propia del Estado la determinación de aquellas categorías de bienes que integran el dominio público natural y atribuye al Estado la titularidad del mismo.

Además, habría que recordar, como filosofía que impregna toda la Ley de Costas, que el Tribunal Supremo¹⁴ ha entendido que *“La circunstancia de que un suelo haya sido incorporado a un proceso urbanizador no desnaturaliza su condición geomorfológica, estando contemplada en las Disposiciones Transitorias de la propia Ley de Costas la compatibilidad del dominio público marítimo-terrestre con la clasificación como urbano del suelo por haber sido urbanizado en ejecución del planteamiento, de manera que la urbanización de un terreno no constituye un hecho excluyente de la definición legal contenida en los artículos 3.1 b de la Ley de Costas y 3.1 b de su Reglamento, por lo que si, como este caso, se ha demostrado que constituye un importante depósito de arenas litorales, debe incluirse en el dominio público marítimo-terrestre”*.

Así, en relación con la normativa urbanística, la LC dispone que:

- la servidumbre de acceso al mar ha de ser respetada por los

planes y normas de ordenación territorial y urbanística del litoral, de modo que haya suficientes accesos al mar y aparcamientos,

- la ordenación territorial y urbanística sobre terrenos incluidos en la zona de influencia debe respetar las normas de protección del dominio público marítimo-terrestre y reservar suelo para aparcamientos de vehículos, así como adaptar las construcciones evitando formar pantallas arquitectónicas o acumulación de volúmenes,

- los proyectos de ocupación o utilización del dominio público marítimo-terrestre se deben formular de acuerdo al planeamiento urbanístico, previendo la adaptación de las obras al entorno y la influencia de las mismas sobre la costa,

- las concesiones y autorizaciones en el dominio público marítimo-terrestre se otorgarán respetando el planeamiento urbanístico o los instrumentos de planificación del territorio que afectan al litoral. Si no están previstas las obras objeto de concesión o las actividades o instalaciones objeto de autorización, o no existen esos instrumentos de planificación, es preciso solicitar informe preceptivo a las comunidades autónomas y a los Ayuntamientos respectivos,

- para que la Administración General del Estado ejecute obras de interés general es preceptivo el informe de las comunidades autónomas y de los Ayuntamientos afectados para que notifiquen su conformidad o no de la obra con los instrumentos de planificación del territorio y con el planeamiento urbanístico en vigor. Si esa obra no está prevista en dichos planeamientos, deberán redactarse en un plazo máximo de seis meses para acomodarlos,

- se exige el informe preceptivo y vinculante de la Administración General del Estado en ciertos casos como los planes o normas de ordenación territorial o urbanística que deban cumplir la Ley de Costas,

- cuando se tramite un planeamiento territorial y urbanístico que ordene el litoral, el órgano competente debe recabar previamente el informe preceptivo de la Administración General del Estado sobre el proyecto. Y cuando concluye la tramitación del plan, también deberá recabarse un nuevo informe de dicha

Administración territorial. Estos trámites interrumpen el cómputo de los plazos para aprobar los planes de ordenación,

- si el suelo estaba clasificado a la entrada en vigor de la Ley de Costas como urbanizable no programado o como suelo no urbanizable, se aplica dicha ley en lo relativo a las zonas de servidumbre de protección y de influencia (*ex* D.T. 3^a.1 LC¹⁵),

- si, a la entrada en vigor de la Ley de Costas, el suelo estaba clasificado como urbanizable programado o apto para la urbanización, se mantendrá el aprovechamiento urbanístico, distinguiéndose que cuente con un plan parcial aprobado definitivamente o no. Si no cuenta con él, el plan debe respetar la LC, siempre que no se de lugar a indemnización de acuerdo con la legislación urbanística; si está aprobado, se ejecutará si se aprobó antes del 1 de enero de 1988, aunque la anchura de la servidumbre de protección será de 20 metros; si se aprobó entre el 1 de enero de 1988 y el 29 de julio de 1988 deberá revisarse para adaptarlo a la Ley de Costas, siempre que no se de lugar a indemnización de acuerdo con la legislación urbanística (*ex* D.T. 3^a.2 LC).

Sobre este punto se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁶ al considerar que, si al aprobarse definitivamente un plan parcial resulta que son indemnizables determinados aprovechamientos urbanísticos atribuidos al suelo, la superficie gravada con la servidumbre de protección se reducirá para evitar tales indemnizaciones, procurando que la anchura de dicha servidumbre sea la máxima posible dentro del respeto al aprovechamiento urbanístico atribuido por dicho planeamiento, sin que en ningún caso pueda ser inferior a los 20 metros establecidos por las disposiciones transitorias de la LC para el suelo urbano. Siguiendo la estela marcada por el Alto Tribunal, algunos órganos jurisdiccionales¹⁷, cuando han tenido que enfrentarse a recursos muy relevantes o de alto impacto social en materia de licencias otorgadas por los Ayuntamientos para la construcción de inmuebles en el dominio público marítimo-terrestre, consideran que debe prevalecer el interés general ínsito en el respeto a los dispuesto en la Ley de Costas sobre la servidumbre legal de protección, y que un plan parcial aprobado posteriormente al 1 de enero de 1988 debe revisarse para adaptarlo a la LC siempre que no se de lugar a indemnización de acuerdo con la legislación urbanística. Para que proceda esta indemnización por el cambio de planeamiento es preciso que existan derechos consolidados, y no bastan

simples expectativas. Si no hay un planeamiento consolidado son plenamente aplicables las disposiciones transitorias de la LC.

- si el suelo estaba clasificado como urbano, se sujeta a la Ley de Costas, pero la servidumbre de protección será de 20 metros en lugar de 100. Se respetan los usos y construcciones existentes siempre que las obras e instalaciones se hicieran legalmente y con licencias en esa zona (si se hicieron en zona de dominio público marítimo-terrestre, hay que demolerlas obligatoriamente), por lo que fuera de esos 20 metros se respetarán las edificaciones, las vías de transporte, los tendidos aéreos, ... siempre que para realizar obras de reparación y mejora no se incremente el volumen de las construcciones (*ex* D.T. 3^a.3 LC).

Si esas construcciones son demolidas por cualquier causa, las nuevas se ajustarán íntegramente a la Ley de Costas. La disposición transitoria 3^a.3, modificada por la *Ley 53/2002, de 30 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, contempla numerosas reglas para autorizar nuevos usos y construcciones en el suelo urbano clasificado como tal a la entrada en vigor de la LC,

- toda ordenación territorial y urbanística del litoral existente a la entrada en vigor de la Ley de Costas deberá adecuarse a las normas generales y específicas que se aprueben por la Administración General del Estado para proteger la costa, previo informe de las comunidades autónomas y los Ayuntamientos afectados,

- todas las limitaciones en el uso del suelo que prevé la Ley de Costas se entienden sin menoscabo de las competencias de las comunidades autónomas y de los Ayuntamientos en materia de ordenación del territorio y del litoral y urbanismo.

Por último, es destacable como medida de protección que la Ley de Costas contiene limitaciones para promover la aportación de áridos así como para evitar su extracción sin el informe preceptivo y favorable de la Administración General del Estado.

4.1. Derecho de propiedad *versus* dominio público marítimo-terrestre

Uno de los aspectos más controvertidos y delicados de la Ley de

Costas es el relativo a la armonización del derecho de propiedad que reconoce el artículo 33 de la Constitución Española con la determinación, protección y defensa de este dominio público, siguiendo una hoja de ruta que comienza necesariamente por una acción de deslinde cuyo procedimiento administrativo debe concluir y notificarse en un plazo máximo de 24 meses. Además de la Constitución, el artículo 348 del Código Civil define la propiedad como el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.

El Tribunal Constitucional, en la mencionada sentencia número 149/1991, de 4 de julio, estimó constitucional la eliminación de las titularidades privadas sobre terrenos incluidos en el dominio público sobre la rivera del mar, negando el argumento de los recurrentes que consideraban que se trataba de una decisión arbitraria o carente de justificación, ya que no se indemnizaba la privación de la propiedad, tal y como exigen los artículos 33.3 CE y 349 CC: *“Si la expropiación se opera precisamente por la transformación de la propiedad por concesión, el valor económico de ésta no puede ser entendido sino como compensación determinada ope legis, por la privación del título dominical. (...). La conversión del título que faculta para la ocupación y aprovechamiento del dominio público es, simultáneamente, un acto de privación de derechos y una compensación por tal privación”*.

Además, el Alto Tribunal deja claro que la función social de la propiedad, con arreglo a la cual las leyes han de delimitar el contenido propio de ésta, opera no sólo en abstracto para establecer el contenido de la institución constitucionalmente garantizada, sino también en concreto, en relación con las distintas clases de bienes sobre los que el dominio recae. En consecuencia, el Tribunal Constitucional avala las regulaciones distintas de la propiedad en razón de la naturaleza propia de los bienes y en atención a las características generales de éstos. Ahora bien, a renglón seguido exige al legislador que ofrezca soluciones para los problemas que plantea la eventual existencia de titularidades dominicales sobre zonas que por mandato constitucional quedan integradas en el dominio público estatal.

En realidad, la conversión del derecho de propiedad en una concesión no puede entenderse como una indemnización derivada de una expropiación, ya que resulta complicado establecer una equivalencia y proporcionalidad entre aquélla y el bien expropiado. En cualquier caso, el TC entiende que si la expropiación se opera por la transformación de la propiedad en concesión, el valor económico de ésta sólo puede entenderse como una compensación determinada *ope legis*, por la privación del título dominical. Se trataría no de una libre opción, sino de una

decisión expropiatoria en la que es la ley misma la que fija el *quantum* de la indemnización. Sin embargo, más bien parece que, partiendo de que no pueden existir derechos particulares sobre los terrenos de dominio público marítimo-terrestre, no puede entrar en juego el instituto de la expropiación, directamente ligado a la limitación de la propiedad privada. Si no hay nada que expropiar, la Ley de Costas no indemniza nada, sino que se limita a respetar los derechos legalmente adquiridos, con anterioridad a su entrada en vigor, reconociendo un derecho concesional sobre aquéllos por un tiempo limitado.

Sobre la Ley de Costas también se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en la importante sentencia de 8 de junio de 2001, en la que atribuye un poderoso valor al deslinde aprobado por el Estado que, conforme al artículo 13 LC, declara la posesión y la titularidad dominical a favor de aquél, sobreponiéndose y prevaleciendo sobre las inscripciones que dichos derechos tengan en el Registro de la Propiedad. Asimismo, el TS reconoce que un órgano jurisdiccional no está facultado, en ningún caso, para declarar el dominio de un particular sobre la zona marítimo-terrestre, puesto que ésta, de por sí, excluye la posibilidad del reconocimiento de derechos particulares. Frente al deslinde practicado por el Estado, el particular que se cree con mejor derecho, tiene la posibilidad de ejercitar una acción civil ante la jurisdicción ordinaria en un plazo de prescripción de cinco años desde la aprobación del deslinde (*ex* artículo 14 LC). Es muy importante recalcar que el Tribunal Supremo considera que entender que la declaración de la titularidad privada de un bien, con el régimen de protección y publicidad hiperprotectoras que le otorgan los registros públicos, choca frontalmente con el criterio legal previsto en la Constitución Española y en la Ley de Costas, y haría perder todo sentido a la disposición transitoria primera de dicha ley, en los términos que se explican en otro apartado de este artículo.

Es cierto, tradicionalmente la acción de deslinde siempre estuvo limitada por las situaciones jurídicas recogidas y amparadas por el Registro de la Propiedad, pero este principio de fe pública registral ha cedido en el caso del dominio público marítimo-terrestre. Así, la resolución del procedimiento de deslinde declara la posesión y la titularidad dominical a favor del Estado, en los términos ya expresados, haciendo nacer de forma automática la obligación para la Administración Pública de inscribir en los correspondientes registros los bienes y derechos demaniales, obligación prevista en el artículo 36.1 LPAP que, sin embargo, se convierte en potestativa en virtud del apartado 2 del artículo 13 LC en esta materia de dominio público marítimo-terrestre (“... para que la Administración proceda a la inmatriculación de los bienes de domi-

nio público cuando lo estime conveniente.”). Ante esta contradicción, ¿qué prevalece?: partiendo del principio general del derecho de que *lex specialis derogat lex generali*, prevalecerá la potestad de la Administración Pública para inscribir el dominio público marítimo-terrestre en el Registro de la Propiedad, lo que no debe entenderse como contradictorio con la previsión establecida en la LPAP puesto que estos bienes, por constituir demanio natural y *res extra commercium*, no precisarían de su inscripción en los registros públicos por estar garantizada constitucionalmente su protección y su carácter.

A mayor abundamiento, el artículo 13.2 LC dispone que la resolución de aprobación del deslinde será título suficiente para rectificar las situaciones jurídicas registrales contradictorias con el deslinde, siendo título suficiente para que la Administración Pública proceda a la inmatriculación de los bienes de dominio público cuando lo estime conveniente. Efectivamente, el Reglamento Hipotecario, aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947, permite la inscripción de los bienes de dominio público pertenecientes a las Administraciones, conforme a su legislación especial (*ex* artículo 5 Reglamento Hipotecario).

La eficacia que tiene el deslinde en materia de costas, al considerarlo como título declarativo de la titularidad dominical de la Administración (modelo posteriormente mimetizado en otros ámbitos como en la *Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias* y en el *Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas* para el deslinde de los cauces públicos), es excepcional y supera ese principio de legitimación clásico de nuestro Derecho hipotecario en virtud del cual se establece una presunción a favor del titular del dominio y de la posesión de los bienes inscritos en el registro (*ex* artículo 1 de la Ley Hipotecaria). En el caso de las costas, parece que el legislador barajaba la posibilidad de que los particulares, haciendo gala de ese histórico principio legitimador, inscribiesen sus títulos de propiedad privada y se diese la paradoja de ser el Estado el que tuviese que acudir a los Tribunales de Justicia para anular el asiento y recuperar un bien de dominio público, cuando éstos no tenían acceso al registro.

Efectivamente, el vigente artículo 38 de la Ley Hipotecaria¹⁸ establece una presunción *iuris tantum* de la propiedad y de la posesión por el titular de los derechos inscritos en la forma determinada por el respectivo asiento. Por ello, con carácter general, y dejando aparte las materias y ámbitos de dominio público comentados, cualquier declaración de deslinde de la Administración debe respetar las situaciones jurí-

dicas protegidas por las inscripciones registrales por cuanto la eficacia del deslinde está limitado en general a la declaración de situaciones posesorias; en caso de discrepancia, la Administración podrá acudir a la jurisdicción civil para ejercer una acción declarativa o una acción reivindicatoria. El artículo 53 de la LPAP dispone que:

“1. Si la finca deslindada se hallare inscrita en el Registro de la Propiedad, se inscribirá igualmente el deslinde administrativo referente a la misma, una vez que sea firme.

2. En todo caso, la resolución aprobatoria del deslinde será título suficiente para que la Administración proceda a la inmatriculación de los bienes siempre que contenga los demás extremos exigidos por el artículo 206 de la Ley Hipotecaria.”

lo que supone que la Administración puede inmatricular los bienes deslindados si se cumplen los demás requisitos de la Ley Hipotecaria, es decir, si constan la resolución aprobatoria del deslinde y la certificación administrativa en la que se haga constar el título o modo de adquisición. Fuera de estos casos, el acceso al registro está limitado por el alcance meramente declarativo de la posesión de los bienes.

Dicho precepto, como se ha dicho, no es aplicable en el caso del deslinde administrativo de los bienes de dominio público marítimo-terrestre, en el que se enerva la presunción *iuris tantum* de validez de las inscripciones en el Registro de la Propiedad. Tampoco es el caso de la operación de deslinde que se pueda verificar sobre otros bienes, cuyo demanio sea artificial (por decisión pública) y no por naturaleza, en cuyo caso la resolución de deslinde no es título suficiente para rectificar los derechos anteriormente inscritos a favor de terceros a que se refiere la Ley Hipotecaria, respetando por tanto la prevalencia de estas inscripciones registrales, que podrán desmontarse a través del procedimiento jurisdiccional civil.

En cualquier caso, es preciso recordar que, frente a la operación de deslinde, los particulares pueden ejercer su oposición, mediante la interposición de la acción procesal civil que corresponda en un plazo máximo de cinco años desde que se dictó la resolución de aprobación del deslinde (*ex* artículo 14 LC). Así lo ha avalado también el Tribunal Constitucional en la sentencia 149/1991, garantizando a los titulares registrales de derechos en zonas hasta entonces no deslindadas, cuando se efectúe el deslinde, para que puedan ejercitar las acciones judiciales que correspondan para obtener la declaración de su propiedad. Se volverá sobre este punto, analizando desde otra perspectiva, en el posterior apartado 7.

5. UTILIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE

El título III de la Ley de Costas establece como usos comunes del dominio público marítimo-terrestre la utilización de éste de forma libre, pública y gratuita para todos los ciudadanos, si bien también regula otros usos posibles que, en todo caso, requerirán autorización o concesión previa tramitación del procedimiento correspondiente mediante la presentación de un proyecto de ocupación o utilización de los bienes. La ocupación del dominio público no implicará la cesión de éste ni de facultades demaniales de la Administración General del Estado. De hecho, ésta conserva las facultades de tutela y de policía sobre el dominio público afectado.

Asimismo, la Administración General del Estado (mediante Acuerdo del Consejo de Ministros) puede reservarse la utilización del mismo para el cumplimiento de fines de su competencia, empleando cualquiera de las modalidades previstas en la LC.

En todo caso, si concurren necesidades o situaciones urgentes (como catástrofes o calamidades públicas) la Administración puede recuperar ese dominio público marítimo-terrestre ocupado de forma inmediata y sin indemnización previa, si bien estará obligada a la indemnización posterior de acuerdo con la Ley de Expropiación Forzosa.

Por tanto, la ocupación o utilización del dominio público marítimo-terrestre requiere autorización o concesión administrativa previa, según se empleen un tipo de instalaciones u otras, como se verá.

Estarán sujetas a previa autorización administrativa las actividades que, aun sin requerir obras o instalaciones de ningún tipo, concurren circunstancias especiales de intensidad, peligrosidad o rentabilidad, y asimismo, cuando se ocupe el dominio público con instalaciones desmontables o con bienes muebles. Estas autorizaciones (otorgadas por un plazo máximo de un año), pueden ser de tres tipos:

- las de explotación de servicios de temporada en las playas, con instalaciones desmontables; estas autorizaciones se conceden a los Ayuntamientos por la Administración periférica de costas del Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino, entidades locales que pueden explotar esos servicios previo pago de un canon, por sí o por medio de terceros.

- las de vertidos líquidos y sólidos en el dominio público marítimo-terrestre, si bien hay que tener muy presente que la disposición derogatoria única de la *Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación*, derogó las autorizaciones de vertidos al dominio público marítimo-terrestre, desde tierra al mar,

reguladas en la Ley de Costas, y

- las de extracciones de áridos y dragados.

Todas estas autorizaciones son otorgadas por los servicios periféricos de costas del Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino.

Respecto a las concesiones, la LC dispone que sólo se permitirá la ocupación del dominio público marítimo-terrestre para aquellas actividades o instalaciones que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación. Hay que precisar que el Tribunal Constitucional entiende (STC 149/1991) que el legislador estatal puede establecer lícitamente el sistema concesional para intervenir y regular la utilización de mayor intensidad de porciones demaniales costeras, alcanzando dicha competencia a la definición de su régimen jurídico. Bien, pues esas actividades o instalaciones son: las que desempeñen una función o presten un servicio que, por sus características, requiera la ocupación del dominio público, y las de servicio público o al público que, por la configuración física del tramo de costa en que resulte necesario su emplazamiento, no puedan ubicarse en los terrenos colindantes con dicho dominio. La Administración General del Estado aprueba previamente pliegos de condiciones generales para el otorgamiento de concesiones y autorizaciones, pudiendo convocar concursos públicos para ello. Respecto a la duración de las concesiones, la LC estima que será la que establezca el acto administrativo de otorgamiento, sin que pueda exceder de 30 años. Esas concesiones pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad, y como el resto de concesiones administrativas, pueden ser rescatadas por la Administración cuando concurren razones de interés general que así lo justifican, si bien este no es el objetivo ni el espíritu de la Ley de Costas. En los 20 años que hace no mucho cumplió esta norma apenas se han rescatado derechos concesionales en unos pocos casos, y dentro de ellos la mayoría se ha realizado por mutuo acuerdo con los interesados, previo abono de una indemnización.

Hay que recordar, asimismo, que toda autorización o concesión por la ocupación o el aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre devenga un canon a favor de la Administración General del Estado, que deberá abonar el titular de la autorización o de la concesión. En este aspecto es plenamente aplicable la *Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria*, cuyo artículo 2 define las tasas como aquellos tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, lo que excluye cualquier otro uso, ya que si fuese un uso común del que disfrutaran todos los ciudadanos, no podría exigirse una tasa. El uso privativo del dominio público limita o excluye la utilización por otros interesados. En la esfera local es habitual que el aprovechamiento especial del dominio público supone la concurrencia de circunstancias como la mayor o menor intensidad del mismo, su peligrosidad, la preferencia en situaciones de

escasez o la obtención de una rentabilidad singular.

Por otra parte, la LC permite ocupar el dominio público marítimo-terrestre con actividades o instalaciones que no puedan tener otra ubicación, pero nunca se podrá ocupar por edificaciones residenciales, por ejemplo. En las playas, la ocupación no puede exceder de la mitad de la superficie de aquélla en pleamar. Es novedoso y original el mecanismo de control previsto en la ley sobre la utilización y ocupación del dominio público, ya que convierte a las empresas suministradoras de agua, gas, telefonía y energía eléctrica en sujetos controladores de obligaciones legales por parte de quienes ocupan ese espacio demanial. En caso contrario, la LC prevé la imposición de sanciones para dichas empresas.

Otros usos posibles de este dominio público previstos en la Ley de Costas son:

- En la zona de servidumbre de protección pueden permitirse obras, instalaciones y actividades que no puedan tener otra ubicación o que presten servicios necesarios o convenientes para el uso del dominio público marítimo-terrestre, como las instalaciones deportivas descubiertas. Otras actividades que podía autorizar el Consejo de Ministros, previstas en la ley, fueron declaradas inconstitucionales por la STC 149/1991.

- La zona de servidumbre de tránsito puede ocuparse excepcionalmente por obras a realizar en el dominio público marítimo-terrestre.

- Las Administraciones Públicas también pueden utilizar el dominio público marítimo-terrestre: así, y como se ha mencionado, la Administración General del Estado (mediante Acuerdo del Consejo de Ministros) puede reservarse la utilización del mismo para el cumplimiento de fines de su competencia, empleando cualquiera de las modalidades de gestión directa o indirecta previstas reglamentariamente (son modalidades de ésta última el consorcio, la concesión, la gestión interesada, el concierto o la sociedad de economía mixta). También pueden adscribirse, previo informe preceptivo y favorable de la Administración General del Estado, bienes del dominio público marítimo-terrestre a las comunidades autónomas para la construcción de nuevos puertos y vías de transporte de titularidad de aquéllas, o de ampliación o modificación de los existentes.

6. POTESTAD DE POLICÍA SOBRE EL DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE

La potestad de policía que la Ley de Costas autoriza a desplegar a la Administración es, al mismo tiempo, una manifestación del régimen de

protección del dominio público marítimo-terrestre que otorga la ley. Proteger el dominio público también significa sancionar cuando se ejecutan obras no autorizadas en dicha zona demanial, cuando se utiliza indebidamente o para usos no permitidos en la ley, y cuando se realizan acciones u omisiones que produzcan daños irreparables o de difícil reparación en él. Esta protección se despliega mediante dos posibles potestades: la de recuperación posesoria cuando se ha producido una usurpación indebida del dominio público marítimo-terrestre, y la sancionadora, para que el detentador sea sancionado y los perjuicios que haya podido ocasionar al interés general sean indemnizados.

La Ley de Costas regula un régimen sancionador severo en esta materia. La norma tipifica numerosas infracciones, si bien prescinde de la calificación de infracciones muy graves, quedándose en las leves y graves. La cuantía de las sanciones son elevadas, llegando a los 300.000 €, tope que podría superarse cuando la multa se cifra en un tanto por ciento del valor de las obras o instalaciones ejecutadas sin autorización en el dominio público o en un tanto por cierto del valor de los materiales extraídos.

Efectivamente, las cuantías pueden ser elevadísimas, lo que lo demuestra el hecho de que la ley prevé que el órgano competente para sancionar cuando la multa supere 1.200.000 € sea el Consejo de Ministros.

Además de las multas correspondientes, la LC exige al infractor la restitución de las cosas y su reposición a su estado anterior a la infracción (lo que incluye la demolición de lo indebidamente edificado, a su costa, y si no es así, lo hará la Administración subsidiariamente para luego recuperar ese coste económico por la vía de apremio), además de una indemnización por los daños y perjuicios causados (los órganos jurisdiccionales¹⁹ entienden que las obligaciones de restitución e indemnización se configuran como independientes y autónomas). También se puede declarar la caducidad de la autorización o concesión cuando la infracción derive del incumplimiento del título administrativo.

Todo este proceder sancionador ha sido avalado y lo continúa siendo por numerosos pronunciamientos de nuestros Tribunales de Justicia²⁰, en los que se confirman las sanciones impuestas cuando un edificio de viviendas, por ejemplo, invade la zona de servidumbre de protección subsiguiente a la zona marítimo-terrestre, aún cuando las construcciones cumplan con las condiciones de las licencias urbanísticas otorgadas por los Ayuntamientos respectivos y con los programas generales de ordenación urbana, por cuanto ese cumplimiento es independiente de las obligaciones específicas y previas que impone la Ley de Costas.

Por otra parte, la LC prevé un procedimiento sancionador sumamente detallado, con la posibilidad de adoptar medidas provisionales como la paralización de la ejecución de obras ilegales, la suspensión del uso

o actividad indebidos en el caso de instalaciones en explotación, y el pre-cinto de las obras o instalaciones. Para ello la Administración Pública podrá solicitar, cuando proceda, la colaboración de la fuerza pública.

Aunque ya es conocido que es algo excepcional en nuestro Derecho Administrativo, en la Ley de Costas se prevé la acción pública para exigir en sede administrativa o jurisdiccional el cumplimiento de las previsiones del ordenamiento jurídico en esta materia.

La ley también exige el informe preceptivo y vinculante de la Administración General del Estado en ciertos casos, como los planes o normas de ordenación territorial o urbanística, los planes y autorización de vertidos, los proyectos de construcción de nuevos puertos y vías de transporte por las comunidades autónomas y las declaraciones de zonas de interés para cultivos marinos.

Por último, hay que resaltar que, conforme a la doctrina constitucional asentada en la meritada sentencia 149/2001, de 4 de julio, numerosos pronunciamientos de nuestros Tribunales de Justicia²¹ también han subrayado que la tutela y policía del dominio público marítimo-terrestre y de sus servidumbres que se atribuye a la Administración General del Estado no excluye, en modo alguno, la competencia propia de las comunidades autónomas para llevar a cabo la tutela y la policía de las actividades que se realicen en la zona de protección.

7. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS TERRE-NOS DE DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE SOBRE LOS QUE EXISTÍAN DERECHOS REALES ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE COSTAS DE 1988

Numerosas e importantes disposiciones transitorias han pretendido aclarar en la Ley de Costas el régimen jurídico que se aplicaría a los derechos reales que ostentaban sus titulares, con justo título o sin él, cuando entró en vigor esa norma el 29 de julio de 1988. En este punto hay que traer a la memoria el importante pronunciamiento que realizó el Tribunal Supremo²² sobre el sistema transitorio de la Ley de Costas, en los siguientes términos:

“...la finalidad de la Ley de Costas 22/1988, de 28 de julio, no fue sólo la de conformar hacia el futuro una regulación eficaz para la protección de dominio público marítimo-terrestre, sino la de imponer un remedio activo frente a las situaciones consumadas del pasado, en defensa de unos bienes constitucionalmente protegidos (artículo 132 C.E.). Todo el sistema transitorio de la Ley 22/88 demuestra lo dicho: la Ley impone su regulación también hacia el pasado, pues se sobrepone incluso a anteriores declaraciones de propiedad particular por sentencias firmes (Disposición Transitoria 1ª-1) y tam-

bién a títulos anteriores amparados por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (Disposición Transitoria 1ª-2). La conclusión de todo ello es clara: lo que importa en la regulación legal no es el terreno tal como ha sido transformado por obras o instalaciones, sino tal como es por naturaleza; las características naturales son las que determinan su calificación jurídica y son las que han de ser tenidas en cuenta al trazar el deslinde...”

Así, la disposición transitoria primera de la LC dispone que:

- Los propietarios de espacios en dominio público marítimo-terrestre cuya propiedad fuese declarada por sentencia judicial firme anterior al 29 de julio de 1988 pasarán a ser titulares de un derecho de ocupación y aprovechamiento de ese dominio, para lo que debían solicitar la concesión correspondiente en el plazo de un año desde la fecha anterior. La concesión se otorga por un plazo de 30 años, prorrogables por otros 30, sin la obligación de abonar un canon por el mismo.

La concesión se inscribe en el Registro de Usos del dominio público marítimo-terrestre de la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar, órgano directivo perteneciente al Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino. Lo que prevé la ley, por tanto, es un régimen de compensaciones a favor de los particulares afectados por un deslinde que en su día no infringieron ninguna normativa, evitando así abrigar la duda de un alcance confiscatorio que quebraría los principios constitucionales. Esas compensaciones previstas en las disposiciones transitorias de la ley fueron declaradas conformes a la Constitución por el Tribunal Constitucional en la meritada sentencia 149/1991.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo²³ ha diferenciado con claridad estas concesiones de las que prevén los artículos 64 y ss. LC y los correspondientes del Reglamento de la Ley, que son variables en su plazo de duración (si bien con unos topes máximos), debiendo someterse su otorgamiento a un trámite procedimental en el que destaca un periodo de información pública y una oferta y aceptación de condiciones, estando obligado el concesionario al abono de un canon, además de someterse a un régimen específico de extinción.

- Si se practicaron deslindes antes del 29 de julio de 1988, pero la Administración no pudo ocupar los terrenos del dominio público marítimo-terrestre porque estaban amparados por títulos previstos en la antigua Ley de Costas de 1969 (porque se realizaron construcciones con autorizaciones y licencias, inscritos y amparados por la antigua Ley Hipotecaria), quedan sujetos a la nueva Ley de Costas de 1988, aunque los titulares podían solicitar en un año

desde la entrada en vigor de dicha norma, la legalización de los usos existentes mediante la concesión.

- Si no hubo deslinde hasta el 29 de julio de 1988 o lo hubo parcialmente, se practicará el mismo. Por tanto, se obliga a la Administración General del Estado a deslindar todos aquellos terrenos que no se hubiesen deslindado ya. La antigua Ley de Costas de 26 de abril de 1969 ya lo previó también en su exposición de motivos y en su articulado: para *“evitar en lo sucesivo la repetición de enojosas controversias, consiste en acelerar y completar el deslinde y enajenamiento de la zona marítimo-terrestre en plazo no excesivo, pero sí suficiente para su fin”*. El antiguo artículo sexto.Uno exigía que el entonces Ministerio de Obras Públicas practicara los oportunos deslindes para la determinación y configuración de los bienes como de dominio público. Ese deslinde supone que se declaran automáticamente la posesión y titularidad dominical a favor del Estado, el amojonamiento y la no prevalencia de las inscripciones del Registro de la Propiedad. Se sujeta, obviamente, a la nueva Ley de Costas.

- Si se practicó el deslinde antes del 29 de julio de 1988, se respeta el mismo, salvo que haya que hacer uno nuevo porque haya cambiado la morfología o la geografía del territorio. En este caso, los nuevos terrenos se sujetan al régimen de concesión.

La disposición transitoria segunda dispone, sistemáticamente, lo siguiente:

- Si se desafectaron terrenos del dominio público marítimo-terrestre y no fueron enajenados o recuperados por los antiguos propietarios, todo ello antes del 29 de julio de 1988, quedarán afectados al dominio público marítimo-terrestre.

- Los terrenos ganados al mar, así como los desecados, si disfrutaban de una concesión, mantendrán ese régimen, si bien las playas y la zona marítimo-terrestre seguirán siendo de dominio público.

- Los islotes de propiedad particular antes de la Ley de Costas mantendrán ese régimen, pero sus playas y la zona marítimo-terrestre serán de dominio público.

- En todo caso, todos estos terrenos de propiedad particular y los incluidos en la zona de servidumbre de protección se declaren por la Ley de Costas de utilidad pública a efectos de expropiación (según la disposición adicional tercera).

En la disposición transitoria tercera, al margen de todo cuanto se dispone sobre la materia urbanística, ya expuesta en otro apartado de este

artículo, se garantizan los servicios de paso al mar existentes antes de la entrada en vigor de la Ley de Costas, debiendo abrirse al público aquellos accesos al mar que no lo estuvieren.

Por lo que respecta a la disposición transitoria cuarta, es interesante exponer gráficamente en qué situación quedan o qué régimen se aplica a las obras e instalaciones construidas antes de la entrada en vigor de la Ley de Costas, el 29 de julio de 1988:

- Si construyeron con todas las autorizaciones y licencias:

1. Si son contrarias a la Ley de Costas:

a) si ocupan terrenos del dominio público marítimo-terrestre: procede la demolición cuando se extinga la concesión.

b) si ocupan la servidumbre de tránsito, no se permiten obras de consolidación, de incremento de volumen ni de modernización, pero sí pequeñas reparaciones.

c) si ocupan la servidumbre de protección pueden realizarse obras de reparación y mejora si no se produce un incremento de volumen.

2. Si no son contrarias a la Ley de Costas: se respeta su régimen jurídico.

- Si construyeron sin las autorizaciones ni licencias exigidas: procede la demolición salvo que la Administración General del Estado desee proceder a alguna legalización por razones de interés público, en cuyo caso, se otorgará a los titulares una concesión.

La disposición transitoria quinta otorga un plazo de dos años a las comunidades autónomas para que adopten las resoluciones que correspondan para que se adecúen a la Ley de Costas las autorizaciones o concesiones de vertido.

Asimismo, se otorga un plazo de dos años a la Administración General del Estado para que revise el cumplimiento de las condiciones de las reservas, adscripciones y concesiones vigentes a la promulgación de la Ley de Costas. Si las concesiones de que disfrutaba un titular antes de la entrada en vigor de dicha norma no se ajustan a ésta, se podrán revocar, con la indemnización que corresponde.

La disposición transitoria sexta dispone que las concesiones que a la entrada en vigor de la Ley de Costas se opusiese a ésta, no se prorrogarían en ningún caso. Además, cuando se hubiese otorgado una concesión antes de la entrada en vigor de la Ley y se extingan, si no es contraria a

dicha norma, la Administración Pública competente resolverá sobre el mantenimiento o no de las instalaciones y su retirada del dominio público y de la zona de servidumbre, a expensas del interesado.

No puede finalizarse este artículo sin apuntar una importante modificación legal en tramitación en el último cuatrimestre del año 2009 que, de aprobarse, parece que originará un cambio trascendental en la forma de entender las concesiones. Resulta que, fruto de la loable aplicación de la Ley de Costas en la anterior legislatura (2004- 2008), las operaciones de deslinde del dominio público marítimo-terrestre han dado lugar a no pocas quejas de ciudadanos (agrupados incluso en una “Plataforma nacional de afectados por la Ley de Costas”) que temen la pérdida de la propiedad de sus viviendas, en su día construidas o adquiridas con todas las autorizaciones y licencias preceptivas pero que quedan dentro del dominio público natural (no se hará mención, por tanto, ni parece posible amparo alguno, para todos aquellos que los adquirieron o construyeron sin cobertura jurídica).

Como se ha explicado, esas propiedades pasan a convertirse en concesiones por un plazo máximo de 60 años, durante el cual no pueden ser transmitidas ni enajenadas salvo algunas excepciones y con un procedimiento altamente complejo. La “alarma social” (si se permite emplear esta expresión) procede del hecho de que gran parte de esas propiedades constituyen la vivienda habitual (no segunda residencia) de un buen número de familias, incluidas muchas ya jubiladas de nacionalidad británica y alemana cuyos propietarios en primera línea de costa alegan no haber sido informados en su momento de las peculiaridades en que quedaba su propiedad con la meritada Ley de Costas. Esta situación se ha acusado en el último verano de 2009 con la noticia (no llevada a la práctica) de que muchos locales de restauración situados en nuestras playas (los vulgarmente conocidos como “chiringuitos”) podrían verse afectados por las operaciones de deslinde administrativo exigidos por la citada norma legal.

Pues bien, el Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino, movido o no por el alcance y los efectos de los deslindes emprendidos o anunciados, impulsó, junto con el Ministerio de Justicia y el de Fomento, una modificación de la Ley de Costas a través de la disposición final cuarta del nuevo proyecto de Ley General de Navegación Marítima, tramitada en Comisión de Justicia con competencia legislativa plena y publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 19 de diciembre de 2008. Pendiente de aprobación, la redacción hecha pública adiciona dos nuevos apartados 5 y 6 a la disposición transitoria primera de la Ley de Costas, de modo que las concesiones otorgadas al amparo de dicha norma podrán ser transmitidas, previa autorización de la Administración Pública competente en materia de costas, por actos intervivos, subrogándose el nuevo titular en los derechos y obligaciones derivados de la concesión, si

bien el Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino podrá ejercer los derechos de tanteo y retracto en el plazo de 3 meses. Asimismo, se establece que el procedimiento de otorgamiento de las concesiones para el reconocimiento de los usos y aprovechamientos existentes a la entrada en vigor de la Ley de Costas requerirá tan sólo la acreditación por su titular de dichos usos y aprovechamientos, así como la audiencia previa a su otorgamiento por el citado departamento ministerial. Sin duda, esta modificación legal permitirá que los propietarios de viviendas situadas en zona de dominio público marítimo-terrestre (muchos de ellos, personas jubiladas por edad) puedan venderlas, cuando con la redacción vigente no se les permite hacerlo. Ahora bien, la medida también parece que hará más difícil a la Administración Pública recuperar el dominio público cuando pretenda rescatar la concesión de una propiedad sobre aquél, por cuanto hasta ahora el acuerdo se facilitaba por las pocas expectativas que podía albergar el concesionario para vender la vivienda, expectativas que se verán revalorizadas en todos los sentidos (incluido el económico) al permitirse legalmente la transmisión. En plazo de ampliación de enmiendas, el proyecto de ley que se comenta está muy avanzado y podría ver la luz en el primer periodo de sesiones del curso parlamentario 2009-2010.

No resultaría completo este análisis sin citar una segunda modificación legal en ciernes, como consecuencia del nuevo proyecto de Ley 121/2009/000030, de 12 de junio, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 19 de junio de 2009, y que en conjunto prevé la modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. El artículo 29 de este proyecto modifica los artículos 53.1, 74.3 y 75.1 de la Ley de Costas, de modo que, en el caso de la autorización de explotación de servicios de temporada en las playas con instalaciones desmontables, si los Ayuntamientos optan por explotarlos a través de terceros, deberán garantizar que en los procedimientos de otorgamiento se respeten los principios de publicidad, objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva. El artículo 74.3 se ve ampliado con la adición de un nuevo párrafo que, en relación con la tramitación y otorgamiento de solicitudes de autorizaciones y concesiones, siempre que se refieran a actividades de servicios, deberán respetarse los principios de publicidad, objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva. Por último, estos mismos principios habrán de respetarse en los procedimientos de concursos convocados por la Administración Pública para el otorgamiento de concesiones y autorizaciones en el dominio público marítimoterrestre. Esta modificación legal, tramitada en la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso de los Diputados, se encuentra, a la fecha de cierre de esta edición, en plazo de presentación de enmiendas. Parece, no obstante, un proyecto llamado a ver la luz en breve y sin mayores complicaciones en lo que respecta, al menos, a la modificación de la Ley de Costas.

NOTAS:

1 Informe 2007. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

2 En cifras absolutas hay 8,5 millones de pobres en España, con ingresos por debajo de 574 € al mes, lo que representa un 19,7 % de la población. El porcentaje se mantiene casi idéntico que hace 10 años, a pesar del avance de la economía española y la generación de riqueza. 1,5 millones de españoles adicionales sobreviven en la pobreza severa, con unos ingresos inferiores a los 280 € mensuales. Fuente: Informe FOESSA sobre exclusión y desarrollo social en España 2008. Fomento de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada (FOESSA).

3 Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Comisión Brundtland), creada en la Asamblea de las Naciones Unidas en 1983. Este principio fue asumido en la Declaración de Río de Janeiro de 1992.

4 Datos a 1 de enero de 2008

5 El Tribunal Constitucional realizó en su sentencia número 149/1991, de 4 de julio, un análisis pormenorizado de la Ley de Costas, la cuál había sido recurrida por varias comunidades autónomas así como por más de 50 diputados de la Cámara Baja.

6 Hecho en Montego Bay (Jamaica) el 10 de diciembre de 1982.

7 Artículo 40.1 Ley 16/1985, de 25 de junio: *“Conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de esta Ley, forman parte del Patrimonio Histórico Español los bienes muebles o inmuebles de carácter histórico, susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo, en el mar territorial o en la plataforma continental. Forma parte, asimismo de este patrimonio los elementos geológicos y paleontológicos relacionados con la historia del hombre y sus orígenes y antecedentes.”*

8 Debe tratarse de “indicios de usurpación”, no de una usurpación auténtica y evidente, en cuyo caso la potestad que entra en juego no es la de deslinde, sino la de recuperación de oficio (*Vid.* Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2002 y de 25 de febrero de 2003, entre otras).

9 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 9 de julio de 2001.

10 En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 8 de junio de 2001.

11 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 26 de junio de 2008.

12 Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2006.

13 Este concepto y su interpretación ha sido sostenido reiteradamente por numerosas sentencias de nuestros Tribunales de Justicia, como las sentencias de la Sala C-A del TSJ de Galicia de 8 de noviembre de 2007 y de 24 de julio de 2008, según las cuales en esa situación únicamente pueden realizarse pequeñas reparaciones exigidas por la higiene, ornato y conservación del inmueble, estando prohibidas las obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de su valor de expropiación.

14 Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2005.

15 Sobre la interpretación de la disposición transitoria tercera de la Ley de Costas, téngase en cuenta la exégesis realizada por el Tribunal Supremo en su sentencia de la Sala 3ª, Sección 5ª, de 12 de mayo de 2004.

16 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 5ª, de 12 de mayo de 2004.

17 Se comenta aquí la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Almería, de 5 de septiembre de 2008 (en el conocido caso de la construcción del hotel "Azata del Sol" en la playa denominada de "El Algarrobico", en Carboneras, Almería, zona incluida dentro del Plan de Ordenación de Recursos Naturales (PORN) del Parque Natural Cabo de Gata-Níjar).

18 Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Hipotecaria.

19 Sentencia de la Sala C-A del TSJ de Cantabria de 9 de mayo de 2008.

20 Véase, por ejemplo, la sentencia de la Sala C-A del TSJ de Cataluña de 6 de marzo de 2008.

21 Véase, por ejemplo, la sentencia de la Sala C-A del TSJ de Galicia de 10 de julio de 2008.

22 Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2005.

23 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 28 de mayo de 2008.

ADMINISTRACIÓN Y SUS TEORÍAS. UNA PERSPECTIVA NECESARIA PARA UN SISTEMA BUROCRÁTICO

Juan B. Lorenzo de Membiela

Doctor por la UValencia

SUMARIO:

I. Teoría General de la Organización. II. Periodos de pensamiento en la TGA. III. Escuelas de la TGA.-Clasificación de Rodríguez y Guillén -Clasificación de Claver, Gascó y Llopis -Clasificación de Chiavenato. IV. Pensamiento sobre la organización y sus orientaciones. 1. Orientación clásica. 2. Orientación neoclásica de la administración. 3. Orientación estructuralista de la administración. 4. Orientación sistémica de la administración. 5. Orientación situacional de la administración. 6. Orientaciones actuales. VIII. Situación actual.

RESUMEN:

La exposición de las diferentes teorías sobre las organizaciones exponen sus elementos más importantes en un momento determinado, con unas condiciones económicas y sociales concretas. Desde la burocracia, hasta las teorías sociológicas, económicas, físicas, biológicas o aquellas basadas en el caos han intentado optimizar al máximo la eficiencia de las administraciones.

Hoy la tesis principal es aquella basada en la persona, en el compromiso del empleado con la empresa. Ejemplo de ello se encuentra en Reinhard Mohn y su « factor humano». Pero ejemplo de ello también es la volatilidad de la persona en un escenario de crisis financiera y económica. ¿Cómo puede compaginarse la importancia del elemento humano en la empresa y a la vez prescindir del mismo y su potencial? Sólo desde la ética de la caridad y de la verdad auténtica, no la verdad interesada, cabrá superar el incierto futuro que se ha abierto ante nosotros.

I. TEORÍA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN.

Todas las escuelas y teorías que comprende han pretendido racionalizar el hecho de la organización o empresa en un momento dado, concreto y determinado. Porque la importancia de las organizaciones es básica atendiendo a la tesis propuesta por Perrow, para quien las organizaciones han absorbido a la sociedad empleando tres mecanismos: la dependencia salarial de las personas, la externalización del coste social y el desarrollo y la difusión de la llamada *burocracia industrial*¹. La Teoría general de las organizaciones es una ciencia dinámica pues el entorno organizacional genera nuevos retos que modalizan la actividad de la empresa. Antes de exponer la finalidad de esta tesis he creído necesario mostrar un problema semántico que condiciona la extensión de esta disciplina y su racionalización. Esta cuestión es planteada por Claver con remisión a Lussato² cuando afirma que las palabras *administración* y *organización* pertenecen a una categoría de términos equívocos. Por ello se precisa profundizar en sus significados.

Para varias escuelas norteamericanas la parcela de conocimiento estudiada es identificada con la *teoría de la organización*, tributario del trabajo de Urwick: *Organization as a technical problem*, en la obra redactada junto a Lyndall F. Gulick: *Papers on the science of Administration*, de 1937³. Los autores italianos, superando antiguas disputas sobre el término *Ciencia de la Administración*, prefirieron llamarla *Técnica de la organización*. Ambas denominaciones son admitidas siempre que se incluyan los aspectos psicológicos y sociológicos de la organización⁴. Hoy se emplea indistintamente los términos Teoría General de la Administración (TGA) y Teoría General de las Organizaciones (TGO) aglutinando bajo estas denominaciones a todas las escuelas que han surgido en torno al fenómeno de la empresa.

Es, por demás, una cuestión terminológica que no cabe atribuirle mayor importancia que la semántica, dada la amplitud de aéreas científicas precisas para su correcta explicación. Junto a la continua aportación de datos que racionalizan las escuelas existentes. A este respecto las diversas tesis de la TGO racionalizan los distintos problemas que han surgido en las organizaciones o empresas en un momento dado y en un estadio concreto de la escuela imperante o predilecta del autor. Por todo ello es lógico pensar que la TGO esté en continua expansión ofreciendo soluciones a problemas coetáneos que padezcan las organizaciones.

La administración es un área del conocimiento humano repleta de complejidades y desafíos. Supone un análisis de las actividades de una empresa, con o sin fines de lucro, concurriendo actividades de planeamiento, organización (estructura), dirección y control de las actividades diferenciadas por la división del trabajo⁵. La Teoría General de la Administración (TGA) es el campo del conocimiento humano que se ocupa del estudio de la Administración en general, indiferenciando el tipo de organización. Como precisa Chiavenato, la TGA estudia la administración de las organizaciones o empresas.

La empresa es un sistema concreto, no abstracto, integrada por subsistemas compuestos por personas que persiguen objetivos específicos, creando y manteniendo relaciones, formales e informales, dentro y fuera de su estructura, que busca sinergias que logren eficiencia en los objetivos que persiguen. Además, eventos internos y externos (inputs y outputs) condicionan y modalizan el factor humano consustancial a cualquier organización⁶. No existe, en este punto, una distinción excluyente en la teoría general de las organizaciones entre la Administración Pública y la organización privada u organización pública y organización privada para evitar problemas semióticos. Y sí concurre una característica esencial: la organización como mecanismo de coordinación de relaciones personales internas y externas sometida a divisiones administrativas de trabajo y a la jerarquía administrativa de autoridad⁷.

El concepto de organización o empresa ha tenido distintas concepciones y serios cambios en los últimos años y especialmente en la crisis financiera de 2009. Ello es debido a su tratamiento multidisciplinar cuya conmixción forja el fundamento moderno de la teoría de las organizaciones: la economía con Smith y Babbage, la ingeniería con Taylor y Gilbreth, la teoría administrativa con Fayol, la psicología con Münsterberg, la ciencia política con Michels, la sociología con Marx, Durkheim y Weber y la teoría de la decisión con Barnard y Herbert A. Simón.

Cabe exponer con la intención de definir los términos organización y administración las siguientes precisiones:

1. Organización.

Para Lussato, aglutina tres acepciones:

a) Conjunto de elementos ordenados para conseguir un fin común, que constituye la definición de organización *sensu stricto*.

b) Procesos, técnicas y efectos de la articulación de actividades, que conforma la acción de organizar.

c) Conjunto de grandes principios que produce la dogmática en un momento dado.

Centrándonos en las dos primeras cabe exponer:

a) La organización es definida como grupo de hombres constituido conscientemente con el propósito de alcanzar un determinado objetivo. De ello se desprende que toda organización está compuesta por personas, con voluntad de unirse con ánimo de colaboración para conseguir un fin. Aunque se discute si esto es verdaderamente cierto o no. Cabe admitirlo en un análisis superficial, pero más profundo cabrían excepciones, en cuanto autores exponen la existencia de una voluntad de la organización ajena a sus miembros⁸.

b) La acción de organizar implica la investigación científica de la estructura básica de la empresa entendida ésta de cómo los elementos componentes, sus atributos y sus relaciones, internas y externas, de conformidad con su naturaleza concreta en conexión con su medio exterior o contorno

Lussato emplea la palabra *organización* en un sentido amplio reservando el de *estructura organizativa* para referir a la acción de organizar. Se logra con ello una perspectiva de conjunto que atribuye a la organización una visión dinámica⁹.

En definitiva, la organización tiene por objeto establecer un orden interno que le permita a la empresa funcionar como unidad, proporcionando a cada uno de los miembros del grupo una parte de la información, de los supuestos, objetivos, actitudes que entran en sus decisiones y también una serie de expectativas fijas y comprensibles de lo que los demás miembros del grupo están haciendo de cómo reaccionarán ante lo que él diga o haga¹⁰.

Cabe describir ambos términos conforme a las siguientes las características:

2. Administración

La palabra administración tiene una raíz latina: Para De Miguel, tiene dos significados diferentes: uno proveniente de « minister », « minus », menor, servidor. El otro de « administratio » (dirección, gobier-

no, manejo)¹¹. En sentido similar Chiavenato, para quien administración proviene del latín, palabra compuesta por el « ad », que significa: hacia, dirección, tendencia y « minister », que significa subordinación u obediencia. Otros autores estiman que « administración » proviene de *ad manus trahere* que alude a la idea de manejo o gestión, pero gestión subordinada. Este concepto para Giannini es el defendido por Cicerón detectando una semejanza con el *to manage* inglés¹². Pero diferente del verbo *walten* alemán, que significa reinar, imperar, aludiendo a la idea de poder.

La administración está conectada a funciones directivas, que comprende, según Gulik: planear, organizar, seleccionar el personal, dirigir, coordinar, informar y hacer los presupuestos¹³.

Competen a la administración los procedimientos y reglas de actuación con las que se materializan las acciones de dirección o gobernanación de una organización, sean de índole estratégico (primer nivel de actuación) o táctica (segundo nivel de actuación), con lo que la esencia del proceso administrativo es la toma de decisiones para Herbert A. Simon¹⁴.

Como aduce Renau Piqueras, un proceso conducente a la fijación y consecución de objetivos¹⁵. Debe contemplarse como un ciclo que iniciado provoca la ejecución de funciones de modo simultáneo.

El proceso administrativo se integra por una serie de fases correlativas a otras funciones que se desarrollan dentro de la organización (función ejecutiva y función staff¹⁶ o función de estado mayor en la concepción de Fayol¹⁷). Y sin perjuicio de que tanto aquéllas como éstas varían según el autor, época y concepto de la empresa que se tenga. Para Fayol las funciones básicas de la administración son las siguientes¹⁸:

- a) Planeación: vislumbrar el futuro y trazar el programa de acción.
- b) Organización: construir las estructuras material y social de la empresa.
- c) Dirección u ordenación¹⁹: guiar y orientar al personal.
- d) Coordinación: Enlazar, unir y armonizar todos los actos y esfuerzos colectivos.

e) Control: verificar que todo suceda de acuerdo con las reglas establecidas y órdenes dadas.

Stoner, Freeman²⁰ y Hampton²¹ , concretan cuatro fases:

- a) Planificación.
- b) Organización.
- c) Dirección.
- d) Control.

Clasificación aceptada por el profesor De Miguel²².

Koontz y Weihrich²³, añaden otra más: *la integración de personal*.

Kast y Rosenzweig²⁴, identifican como fases de la administración:

- a) Fijación de objetivos, que equivale a la planificación.
- b) Planeación.
- c) Integración de recursos
- d) Organización
- e) Implementación, equivalente a la función de dirección.
- f) Control

Para Chandler²⁵, la administración consiste en las siguientes funciones:

- a) Coordinación
- b) Evaluación.
- c) Planificación tanto respecto a la salud de la empresa a largo plazo como a la eficiencia de las operaciones inmediatas.

Para Mayo, la administración se centra esencialmente en la coordinación del elemento humano de la empresa²⁶.

Para Drucker, las funciones de la administración comprenden²⁷:

- a) Establecer objetivos.
- b) Organizar.
- c) Motivar.
- d) Medir.
- e) Comunicar de forma multidireccional.

Para Ansoff, la administración persigue la adquisición, organización y desarrollo de los recursos²⁸.

Otros autores, como Thompson y Strickland III, **teóricos de la estrategia empresarial**, apuntan a acciones de corte estratégico, sobre las cuales cabe deducir lo que supone la administración y que implica las siguientes acciones²⁹:

- a) Definir el negocio y desarrollar una misión.
- b) Traducir la misión a objetivos específicos a corto y largo plazo.
- c) Crear una estrategia para alcanzar los objetivos.
- d) Implantar y ejecutar la estrategia
- e) Evaluar la actuación, revisar la situación e iniciar ajustes correctores.
- f) Coordinar coherentemente.

Para Krieger, la administración supone las acciones de³⁰:

- a) Planificación.
- b) Organización.
- c) Mando.
- d) Coordinación.
- e) Control.

3. Conclusiones

En suma, la organización es una parte de la administración que dota a la empresa de una estructura o conjunto de relaciones que posibilita el desarrollo de las tareas administrativas y operativas necesarias para alcanzar las metas y objetivos fijados.

Un elemento determinante de la organización es la administración. Pero también la organización entendida como acción de diseñar la estructura organizativa integra una de las fases de la administración³¹.

Sin embargo, Fayol, parte del hecho de que la administración es un todo que abarca a su vez a la organización. Aporta elementos que la organización por sí sola no da, como la planeación, la dirección y control.

En esta tesis cabe distinguir entre organización, como entidad social, en donde interactúan personas para alcanzar objetivos específicos. Junto a organización como función administrativa y parte del proceso administrativo: acto de organizar, estructurar y destinar los recursos, definir los órganos encargados de la administración y fijar sus atribuciones e interrelaciones.

Para Chiavenato, la administración interpreta los objetivos propuestos por la organización y los transforma en acción organizacional a través de la planeación, la organización, la dirección y el control de todos los esfuerzos realizados en todas las áreas y a todos los niveles de la organización para alcanzar los objetivos de modo eficiente³².

Hoy la TGA se encuentra en un periodo de profundo revisionismo, sin perjuicio de adelantar que la actual crisis económica tendrá consecuencias importantes en la fiscalización de las organizaciones financieras.

II. PERIODOS DE PENSAMIENTO EN LA TGA.

Cabe diferenciar tres periodos diferentes en la TGA:

1. Periodo cartesiano y newtoniano de la administración.

Concurrencia de las teorías de Taylor y Fayol. Administración científica, Teoría clásica y neoclásica. Temporalmente abarca desde el s. XIX hasta 1960.

2. Periodo sistémico de la administración.

Generado por la incidencia de la Teoría de Sistemas. Que sustituyó el reduccionismo, el pensamiento analítico y el mecanicismo por el expansionismo, pensamiento sintético y teleológico.

3. Actualidad.

Concorre por la incidencia de la teoría del caos y la complejidad en la teoría administrativa.

III. ESCUELAS DE LA TGA.

Se han diferenciado varias escuelas sobre la TGO, una clasificación, de varias concurrentes.

- Clasificación de Rodríguez y Guillén³³:

1. La escuela de la organización científica.
2. La escuela de la de relaciones humanas.
3. La escuela del institucionalismo.
4. La escuela de la teoría contingente.
5. La escuela del análisis estructural.
6. La escuela de la teoría conductual de la empresa.

7. La escuela del modelo de anarquías organizadas.

8. La escuela de la teoría de la dependencia de recursos de Perrow³⁴; Scott³⁵; Burawoy³⁶ y Etzioni³⁷.

-Clasificación de Claver, Gascó y Llopis³⁸:

1. La **teoría de los *costes de transacción* de Williamson³⁹**, que pondera las variables económicas a la hora de estudiar los procesos de integración vertical y de adopción de nuevas estructuras organizativas.

2. La **teoría *ecológica* de Hannan⁴⁰ y Freeman y Singh⁴¹**, que estudia poblaciones de organizaciones a lo largo de varias décadas para observar los efectos de la legitimidad y la competencia sobre las tasas de natalidad y mortalidad de organizaciones.

3. La **teoría *neoinstitucional* de Powell y DiMaggio⁴²**, de carácter sociológico, estudia campos o sectores de organizaciones desde el punto de vista de su institucionalización y estructuración. También Giddens⁴³, con el fin de evaluar los procesos miméticos, coercitivos y normativos que se verifican en el interior del campo de organizaciones.

4. La **escuela de las *redes organizativas* de Laumann⁴⁴ y Knoke⁴⁵**, que analiza las relaciones estructurales y conductuales entre los actores organizativos dentro de un campo de organizaciones.

5. La **escuela *comparada de las organizaciones***, que resalta la importancia de las diferencias nacionales y regionales en el desarrollo de las distintas formas organizativas y de su difusión internacional con Whitley⁴⁶, Colé⁴⁷ y Westney⁴⁸, o bien las alternativas existentes al modelo de grandes empresas burocratizadas con Piore⁴⁹ y Sabel⁵⁰.

-Clasificación de Chiavenato:

1. Escuela de la **Administración científica** de Taylor, creador del *scientific manager*, estudia la realización de tareas por los operarios, la estandarización del trabajo a través de la organización. Es decir, la programación de los contenidos del trabajo operativo.

Se inicia en el s. XX en Estados Unidos, uno con Frederick Taylor y su « Administración científica » y en Alemania, con Max Weber, sobre las estructuras mecanizadas o burocráticas en donde las actividades se formalizaban por reglas, descripción de tareas y capacitación.

2. Escuela de ***Principios de la administración***, clásica de Fayol, enfatizando la estructura de la empresa.

Es seguida por Luther Gulik y Lyndall Urwick. Tuvo por objeto el estudio de la autoridad formal y el papel de la supervisión directa en la organización. Son términos característicos de esta escuela: « unidad de mando », para quien cada subordinado debe tener un solo superior, « Cadena escalar », indica la estratificación jerárquica de mandos subordinados; « extensión del control », la cantidad de subordinados dependientes de un solo superior.

3. Teoría Estructuralista, que se construye sobre la sociología organizacional y busca ampliar y consolidar los horizontes de la Administración como ciencia

4. Teorías de las Relaciones Humanas como reacción humanista a las anteriores doctrinas. Interpretaciones originadas por Roethlisberger y Dickson, que intentaron prescindir de la estructura formal a causa de los perjuicios para la salud psíquica de los trabajadores: *el confiar en la estructura formal, concretamente en el mecanismo de control directo y estandarización, era erróneo y en todo caso perjudicial para la salud de los empleados*⁵¹.

Fue desarrollada más tarde por la **teoría Conductual** y por la **teoría del Desarrollo Organizacional**. La Tesis Conductual o del Comportamiento está basada en la psicología organizacional y actualiza la Teoría de las Relaciones Humanas.

Para Mintzberg, las estructuras formales e informales están entrelazadas y frecuentemente son indefinibles.

5. Teoría de Sistemas, enfatizando el ambiente y complementada por la **Teoría de la Contingencia** que originó. De corte contemporáneo considera que la Administración es relativa y situacional, dependiendo de las circunstancias ambientales y tecnológicas.

En definitiva se concretan en seis, los enfoques posibles sobre las organizaciones⁵²:

- a. Tareas.
- b. Estructura.
- c. Personas.
- d. Ambiente.
- e. Tecnología.
- f. Competitividad.

IV. PENSAMIENTO SOBRE LA ORGANIZACIÓN Y SUS ORIENTACIONES.

Sobre estos seis elementos y en atención al énfasis de uno u otro elemento se analizarán orientaciones y escuelas del pensamiento sobre la organización:

1. Orientación clásica.

Comprende las siguientes escuelas:

- 1.a). Escuela de la Administración científica.
- 1.b). Teoría clásica de la Administración.

2. Orientación neoclásica de la administración.

Comprende la siguiente escuela:

- Teoría neoclásica de la administración.

3. Orientación estructuralista de la administración.

Cabe distinguir:

- 3.a). Modelo burocrático.
- 3.b). Teoría estructuralista de la administración, diferenciando:
 - 3.b.1. Teoría de la crisis.
 - 3.b.2. Teoría de la transición y del cambio.

4. Orientación sistémica de la administración.

Se enumeran:

- 4.a) Teoría tecnológica, que contrasta:

- 4.a.1. La cibernética.
- 4.a.2. Principios de sistemas.
- 4.a.3. Teoría de la información, con las siguientes manifestaciones:
 - 4.a.3.a. -Redundancia
 - 4.a.3.b -Entropía y sinergia.
 - 4.a.3.c -Informática
- 4.b) Teoría matemática de la administración, diferenciando:
 - 4.b.1 .Teoría de juegos.
 - 4.b.2. Teoría de colas.
 - 4.b.3. Teoría de grafos.
 - 4.b.4. Programación lineal.
 - 4.b.5. Programación dinámica
 - 4.b.6. Probabilidad y análisis estadístico.
- 4.c) Teoría de sistemas, comprendiendo:
 - 4.c.1. Modelo de Shein.
 - 4.c.2. Modelo de Katz y Kahn.
 - 4.c.3. Modelos psicotécnicos de Tvistock.

5. Orientación situacional de la administración, contrastando:

- 5.a) Teoría situacional, distinguiendo:
 - 5.a.1. Modelo contingencia de la motivación:
 - 5.a.1.a. Modelo de Vroom.
 - 5.a.1.b. Modelo de Lawler.

5.b). Teoría contingencial del liderazgo.

5.c). Estrategia organizacional, diferenciando

5.c.1. Escuela ambiental

5.c.2 . Escuela del diseño

5.c.3. Escuela del posicionamiento: modelo del Boston Consulting Group (BCG)

5.c.4. Escuela del posicionamiento: modelo de Porter de análisis competitivo.

6. Orientaciones actuales.

Son destacables las siguientes teorías:

6.a). Teoría del caos.

6.b). Teoría de la incertidumbre

6.c) .Teoría de la complejidad:

6.c.1. Teoría de las Estructuras disipativas, de Prigogine o Teoría Sinérgica de Haken o Teoría de la autorganización de Von Foesters o Teoría autopoiética, de Varela y Maturana, que se condensa en estos postulados:

1. Los procesos autoorganizativos tienen lugar propiamente en sistemas constituidos por una gran cantidad de elementos.

2. Tales sistemas se encuentran en estado de inestabilidad termodinámica.

3. Los sistemas toman de su entorno la energía que utilizan en el proceso de autoorganización.

4. El orden o la estructura que se forma no se produce por causas externas, sino por la interacción entre los elementos del sistema. Este orden emergente representa una macrocualidad nueva del sistema.

5. Tales procesos autoorganizativos son, intrínsecamente, de naturaleza no lineal.

Como iniciativas y hechos a estudiar que inciden en la Teoría General de la Administración, distinguimos:

- Teoría de Deming o de la Calidad Total (EFQM) .
- Incidencia de la biología evolutiva
- Miedo organizacional, incertidumbre y caos.
- Ética efectiva y dignidad del hombre en entornos organizacionales
- Responsabilidad Social Corporativa (RSC).
- Nueva gestión pública (NGP), Gobernanza y corrupción.
- Dignidad del hombre en la organización, como fin teleológico de las corporaciones.

VIII. SITUACIÓN ACTUAL.-

Los estudios actuales no ponderan la confluencia de estos cinco aspectos que modulan y condicionan las tesis de las distintas escuelas. Se crea, con ello, una paradoja porque frente a los principios científicos se opone un pragmatismo que frustra las estrategias pensadas en tiempos de bonanza económica y social. Si la gestión óptima consiste en adelantarse a los acontecimientos, previsión, hoy nos encontramos ante una laguna de pensamiento económico súbito que impide la adecuación de las empresas y organizaciones a escenarios de alta incertidumbre. El factor humano sobre el cual se construyen las modernas teorías de la administración está comprometido. Nos encontramos a la espera de que frente a las teorías dirigidas a obtener el máximo compromiso del empleado con la administración, hoy se puedan hallar alternativas que no defrauden esa lealtad buscando soluciones apropiadas porque eso es lo exigido por la dignidad del hombre.

Hay una respuesta, necesitada de acomodación a escenarios concretos, cuya esencia es recogida en la Carta-encíclica « Caritas in veritate » de 29 de junio de 2009 ⁵³:

« [...] A lo largo de la historia, se ha creído con frecuencia que la creación de instituciones bastaba para garantizar a la humanidad el ejercicio del derecho al desarrollo. Desafortunadamente, se ha depositado una confianza excesiva en dichas instituciones, casi como si ellas pudieran conseguir el objetivo deseado de manera automática. En realidad, las instituciones por sí solas no bastan, porque el desarrollo humano integral es ante todo vocación y, por tanto, comporta que se asuman libre y solidariamente responsabilidades por parte de todos. Este desarrollo exige, además, una visión trascendente de la persona, necesita a Dios: sin Él, o se niega el desarrollo, o se le deja únicamente en manos del hombre, que cede a la presunción de la auto-salvación y termina por promover un desarrollo deshumanizado [...] ».

La Gobernanza, la Responsabilidad Social Corporativa, el Pacto Mundial, proyectos muchos, sugestivos, alentadores de una ética humanitaria intentan plasmar en la praxis unos valores solidarios. Valores que creíamos operativos y no lo eran. Vacuos, desestructurados, pantallas tras las cuales no hay sino ambiciones deshumanizadas que han generado un escenario financiero y económico caótico.

NOTAS:

1 Perrow, Charles, *Una sociedad de Organizaciones*, Revista Española de Investigaciones Sociológicas, 1992, 59, p. 1 y ss.

2 Lussato, B., *Introducción crítica a los sistemas de organización*, Tecnibán, Madrid, 1976.

3 Gulick, Luther Halsey y Urwick, Lyndall Fownes, *Papers on the science of Administración*, L.H. Gulick y I.F. Urwick, New York, 1937.

4 García de Enterría, E., *Aspectos de la Administración consultiva*, Revista de Administración Pública, 1957, 24, p. 168.

5 Chiavenato, I., *Introducción a la teoría general de la administración*, 7ª edic., McGraw Hill, México, 2006, p. 2.

6 De Domingo Fernández, E., *Introducción a la gestión (management)*, UPV, Valencia, 2008, p. 22 y Claver Cortés, E., Llois Taverner, J., Lloret Llenares, M y Molina Manchón, H., *Manual de Administración de empresas*, 4ª Edic., Civitas, Madrid, 1998, p. 55 y Trist, E. and Sofer, C., *Exploration in Group Relations*, Leicester, Leicester University Press, 1959.

7 Mintzberg, H., *La estructuración de las organizaciones*, 7ª reimpre-
sión, Ariel Economía, Barcelona, 2002, p. 43.

8 Beltrán, M., *La legitimidad de las organizaciones*, Revista Española de Investigaciones Sociológicas, 1988, 43, p. 127.

9 Claver Cortés, E., Llois Taverner, J., Lloret Llenares, M y Molina Manchón, H., *Manual de Administración de empresas*, 4ª Edic., Civitas, Madrid, 1998, p. 34.

10 Simon, H.A., *El comportamiento administrativo. Estudio de los procesos decisorios en la organización administrativa*, Aguilar, Madrid, 1980.

11 De Domingo Fernández, E., *Introducción a la gestión (management)*, cit., p. 34.

12 Giannini, *Lezioni di Diritto amministrativo*, v. I, 1950, p. 4.

13 La realización de servicios técnicos se encuentra subordinada en la administración, vid. Garrido Falla, F., *La Administración como objeto de ciencias jurídicas y no jurídicas*, Revista de Administración Pública, 1957, 23, p. 10.

14 Simon, H.A., *El comportamiento administrativo. Estudio de los procesos decisorios en la organización administrativa*, Aguilar, Madrid, 1980.

15 Renau Piqueras, J.J., *Administración de empresas. Una visión actual*, Pirámide, Madrid, 1985.

16 Baguer Alcalá, A., *Dirección de personas. Un timón en la tormenta*, 2ª edic., Díez de Santos, Madrid, 2008, pp. 31-2.

17 Fayol, en su ponencia: *La doctrina administrativa aplicada al Estado*, con ocasión del II Congreso de Ciencias Administrativas celebrado en Bruselas en 1923, pp. 179 y 189, expresa: «El Estado Mayor está constituido por un grupo de hombres dotado de la fuerza, de la competencia y del tiempo que pueden faltar al Director general; es una ayuda, un refuerzo, una especie de extensión de la personalidad del jefe.»

18 Chiavenato, I., *Introducción a la teoría general de la administración*, 7ª edic., cit., p. 70.

19 Fernández Aguado, J., *Fundamentos de la organización de empresas*, Narcea, Madrid, 2006, p. 44.

20 Stoner, James. A. F., Freeman, R. Edward y Gilbert, Daniel R., *Administración*, 6ª edición, Prentice Hall, México, 1996.

21 Hampton, D. R., *Administración*, 2.ª edición, McGraw-Hill, México, 1989.

22 De Domingo Fernández, E., *Introducción a la gestión (management)*, cit., pp. 37 y 55-61.

23 Koontz, H. y Weihrich, H., *Administración*, 10ª, edición, McGraw-Hill, México, 1994.

24 Kast, F. E., y Rosenzweig, J. E., *Administración en las organizaciones. Enfoque de sistemas y de contingencias*, 2ª edición, McGraw-Hill, México, 1987.

25 Chandler, A.D., *Strategy and Structure: Chapters in the History of the America Industrial Enterprise*, 1962.

26 Mayo, G.E., *The human Problems of an Industrial Civilization*, 1933.

27 Drucker, P., *The practice of management*, 1954.

28 Ansoff, H.I., *Corporative Strategy*, 1965.

29 Thompson, A.A. y Strickland III, A.J., *Strategic Management. Concepts and Cases*, 1992.

30 Krieger, M., *La sociología de las organizaciones y las teorías organizacionales*, Prentice Hall, Buenos Aires, 2001, p. 11.

31 Claver Cortés, E., Llois Taverner, J., Lloret Llenares, M y Molina Manchón, H., *Manual de Administración de empresas*, cit., p. 36.

32 Chiavenato, I., *Introducción a la teoría general de la administración*, 7ª edic., cit., p. 10.

33 Rodríguez, J. A. y Guillén Mauro, A., *Organizaciones y profesiones en la sociedad contemporánea*, Revista de Estudios e Investigaciones Sociológicas, 1992, 59.

34 Perrow, Charles, *Sociología de las Organizaciones*, 3. ed., McGraw-Hill Interamericana, Madrid, 1990.

35 Scott, W. Richard, *Organizations: Rational, Natural, and Open Systems*, 2.a ed., Englewood Cliffs, Prentice-Hall, New Jersey, 1987.

36 Burawoy, M., *The Anthropology of Industrial Work*», *Annual Review of Anthropology*, 1979, 8, pp. 231-266.

37 Etzioni, Amitai (1964): *Moderns Organizations*, Englewood Cliffs, Prentice- Hall, New Jersey.

38 Claver Cortés, E., Gascó Gascó, J.L. y Llopis Taverner, J., *Los recursos humanos en la empresa: un enfoque directivo*, Civitas, 1996, pp. 24 y ss.

39 Williamson, O., (1985): *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, Free Press., New York, 1985.

40 Hannan, Michael T., y Freeman, John, *Organizational Ecology*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1989.

41 Singh, Jitendra, *Organizational Evolution: New Directions*, Newbury Park, California, 1990.

42 Powell, Walter W. y Dimaggio, Paul J., *The New Institutionalism in Organizational Analysis*, Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

43 Giddens, A., *Central Problems in Social Theory*, Macmillan. Londres, 1979; Giddens, A., *Profiles and Critiques in Social Theory*, University of California Press, Berkeley, California, 1982 y Giddens, A., *The Constitution of Society*, University of California Press, Berkeley, California, 1984.

44 Laumann, Edward O. y Knoke, David (1989): *The Organizational State: Social Choice in National Policy Domains*, The University of Wisconsin Press, Madison, Wisconsin, 1989 y Laumann, Edward O., y Pappi, F. *Networks of Collective Action*, Nueva York: Academic Press, 1976

45 Knoke, David, *Political Networks: The Structural Perspective*, Nueva York: Cambridge University Press, 1990.

46 Whitley, *Societies, Firms and Markets: The Social Restructuring of Market Economies*, trabajo presentado en la «Conference on Organizational Theory at the Crossroads: European Contributions to the Science of Organizations», INSEAD, Fontainebleau, Francia, 29-30 de noviembre de 1991.

47 Colé, R., «The macropolitics of organizational change: A comparative analysis of the spread of small-group activities», *Administrative Science Quarterly*, 1985, 30 14 pp. 560-585; Colé, Robert E. (1989): *Strategies for Learning: Small-Group Activities in American, Japanese, and Swedish Industry*, University of California Press, Berkeley, California, 1989.

48 Westney, D. Eleanor, *Imitation and Innovation: The Transfer of Western Organizational Patterns to Meiji Japan*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1987.

49 Piore, M., y Sabel, C. F., *The Second Industrial Divide: Possibilities for Prosperity*, Basic, New York, 1984.

50 Rodríguez, J. A. y Guillén Mauro, A., *Organizaciones y profesiones en la sociedad contemporánea*, Revista de Estudios e Investigaciones Sociológicas, 1992, 59.

51 Mintzberg, H., *Diseño de organizaciones eficientes*, cit., p. 14.

52 Chiavenato, I., *Introducción a la teoría general de la administración*, 7ª edic., cit., p.

53 Carta encíclica « Caritas in veritate » del Sumo Pontífice Benedicto XVI a los obispos, a los presbíteros y diáconos, a las personas consagradas a todos los fieles laicos y a todos los hombres de buena voluntad sobre el desarrollo humano integral en la caridad y en la verdad

http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/encyclicals/index_sp.htm

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN PARA ACTUAR POR INFRACCIÓN URBANÍSTICA

Isaac Martín Delgado

Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo
Doctor Europeo en Derecho
Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN

El presente estudio tiene por objeto analizar cómo se computa el plazo de prescripción para actuar por infracción urbanística en el caso de realización de obras sin la correspondiente licencia, cuestión controvertida como consecuencia de la parquedad de la normativa aplicable. En él se pone de manifiesto que las regulaciones de las diferentes Comunidades Autónomas coinciden al señalar que el plazo comienza a computarse desde el momento en que tuvo lugar la terminación de las obras y, ante la imposibilidad de precisarlo, desde que la Administración tiene constancia (o pudo tenerla), por cualquier medio, de la realización de obras ilegales. Ello hace imprescindible un análisis de la jurisprudencia sobre la materia, que permite llegar a la conclusión de que lo relevante es la aparición de signos externos, no sólo físicos, sino también jurídicos. En cualquier caso, corresponderá a quien pretende beneficiarse de la prescripción la carga de la prueba.

1.- INTRODUCCIÓN

La observancia de la legalidad urbanística es una de las grandes tareas a las que deben enfrentarse las Administraciones autonómicas –regulación– y locales –sanción– con el fin de garantizar un desarrollo sostenible de las ciudades que habitamos.

El presente estudio tiene por objeto una de las cuestiones más controvertidas en relación con el ejercicio de las competencias municipales de reestablecimiento de la legalidad urbanística y de ejercicio de la potestad sancionadora como reacción ante las infracciones cometidas contra el planeamiento urbanístico. En concreto, se analiza en el mismo cómo ha interpretado la jurisprudencia contencioso-administrativa las previsiones normativas relativas al cómputo del plazo de prescripción para actuar por infracción urbanística en el caso de realización de obras sin la correspondiente licencia.

Dado que la cuestión planteada se ciñe exclusivamente al cómputo del plazo, sin indicar el tipo de actividad infractora, la concreta normativa aplicable, ni el tipo de potestad administrativa que pretende ejercerse como reacción frente a la infracción, todas las consideraciones que se efectúan en el mismo tienen carácter general y no distinguen ni el concreto artículo aplicado por la Sentencia respectiva, ni el tipo de infracción cometida, ni si la reacción de la Administración busca la legalización de las obras o la sanción de la infracción.

Se parte, por tanto, del supuesto normativo más extendido en las distintas normas autonómicas sobre disciplina urbanística (coincidente con el previsto en la normativa supletoria del Estado, concretada en la Ley del Suelo de 1976 y el Reglamento de Disciplina Urbanística de 1978, que es el modelo seguido por las Comunidades Autónomas a la hora de regular la cuestión¹), que dispone –con diversos matices– que **el plazo de prescripción se computará desde la fecha en que la infracción se hubiere cometido o, si ésta fuere desconocida, desde el día en que hubiera podido incoarse el procedimiento, entendiéndose que el procedimiento debe incoarse cuando aparezcan signos externos que evidencian la infracción.** En el supuesto de infracciones continuadas, la fecha de cómputo será la de la finalización de la actividad o la del último acto con el que la infracción se consuma.

Por señalar una regulación concreta, el art. 187 de la Ley de Ordenación del Territorio y Urbanística de Castilla-la Mancha, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de Diciembre, dispone que:

“2. El plazo de prescripción empezará a contar, en el caso de infracciones referidas a operaciones clandestinas, desde el momento en que se den las condiciones para que puedan ser conocidas por la Administración competente. En el resto de los supuestos el cómputo del plazo comenzará con la terminación o cese de la operación o actividad urbanística considerada como infracción.”

En el caso de infracciones continuadas el plazo de prescripción comenzará a partir del cese efectivo de la misma. Se considerará infracción continuada todas las infracciones reiteradas, que no hayan sido sancionadas, que respondan al mismo tipo y que se produzcan dentro del plazo de prescripción que en cada caso corresponda.

3. La prescripción de la infracción se interrumpirá con la notificación de la incoación del correspondiente expediente sancionador”.

En consecuencia, la regla general es que el *dies a quo* del plazo de prescripción de las potestades administrativas urbanísticas (sancionadoras o de restauración de la legalidad) comienza desde el momento en que se comete la infracción, esto es, la fecha de terminación de las obras. En los casos en que no pueda determinarse tal fecha, el inicio del cómputo del plazo tiene lugar en el momento en que hubiere podido incoarse el procedimiento en cuestión que, en virtud de previsión normativa expresa, se hace coincidir con la aparición de signos externos de actividad, lo cual conduce irremediabilmente a concretar la solución en función de las específicas circunstancias fácticas del asunto.

Ello marca el contenido y la metodología del presente estudio que, junto a la doctrina jurisprudencial que debe aplicarse al asunto planteado, incluye casos concretos a modo de ejemplo.

2.- EL *DIES A QUO* DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN PARA ACTUAR POR INFRACCIÓN URBANÍSTICA

A) ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS

Como ha sido anticipado, el cómputo del plazo de prescripción para actuar por infracción urbanística es el momento de realización de los hechos constitutivos de aquélla, es decir, la **fecha de terminación de las obras ejecutadas sin licencia**. La jurisprudencia viene entendiendo que las obras deben entenderse terminadas "cuando estén ultimadas y dispuestas a servir al fin previsto, sin necesidad de ninguna

actuación material" (por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1981). En los supuestos de obras que aún no han sido terminadas no ha lugar a prescripción del ejercicio de la potestad sancionadora. En consecuencia, aún detectada la realización de obras sin la preceptiva licencia administrativa (y, por tanto, aún siendo posible incoar el procedimiento sancionador), no se inicia el cómputo del plazo de prescripción sino una vez concluidas las mismas. Efectivamente, "si la construcción (...) no se terminó no comenzó el plazo de prescripción" (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de julio de 2005), pues "la ejecución se está cometiendo" (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias de 30 de diciembre de 2004).

Ahora bien, si, detectada la realización de obras ilegales, se ordena la suspensión de las mismas, el plazo de prescripción del ejercicio de la potestad sancionadora comienza a correr desde la fecha de tal suspensión. Así lo entiende la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 (seguida también por la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Valladolid de 16 de junio de 2001), según la cual "el argumento que ofrece la demandante (inicio del plazo de prescripción en el momento en que hubiese podido iniciarse el procedimiento sancionador o desde la existencia de signos externos de las obras) es válido si después de estos momentos no se ha continuado con la actividad ilegal constitutiva de la infracción, pues en el caso de la realización de la obra sin licencia, (...) sigue persistiendo la infracción objeto del procedimiento sancionador hasta que cesan definitivamente los trabajos o se verifica su legalización mediante la concesión de la oportuna licencia"². De este modo, la paralización definitiva de obras no terminadas se equipara a las obras terminadas.

B) UN SUPUESTO ESPECIAL: EL CAMBIO DE USO

Cuando las obras realizadas sin la preceptiva licencia implican la modificación del uso del suelo, el inicio del cómputo del plazo de infracción no tendrá lugar mientras continúe el uso. Dicho en otras palabras, la alteración del uso del suelo convierte la actuación ilegal en infracción continuada, de tal modo que, aún cuando las obras ya hayan sido finalizadas, no comenzará a correr el plazo de prescripción mientras se siga dando a la construcción el uso alterado. Así lo entiende, entre otras muchas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 1989, según la cual "si la Administración no puede impedir el uso del suelo ilegal en tanto que éste dure, será razonable que el plazo de prescripción no empiece a

correr mientras se mantenga el uso”. O, en palabras de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de 13 de septiembre de 2006, se convierte en “una infracción continuada en la que el «dies a quo» del plazo de prescripción se renovará sucesivamente mientras se siga usando el espacio contra el planeamiento”. Por esta razón, “que haya prescrito con anterioridad la infracción integrada por las obras que dieron lugar a la edificación en la que se desarrolla el uso no es obstáculo para que subsista la posibilidad de sancionar dicho uso: mientras que las obras integran una actuación pasajera, el uso normalmente está destinado a desarrollarse activamente a lo largo del tiempo” (Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1988 y de 15 de septiembre de 1989). Además, en este tipo de supuestos, “carece de trascendencia a este respecto el hecho de que el Ayuntamiento tuviese cabal conocimiento del uso” (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 de febrero de 2005).

C) LA IMPOSIBILIDAD DE CONSTATAR LA FECHA DE FINALIZACIÓN DE LAS OBRAS Y EL CRITERIO DE LA APARICIÓN DE SIGNOS EXTERNOS

El problema más relevante en torno a la cuestión planteada se produce en aquéllos supuestos en los que no resulta posible constatar fehacientemente el momento en que se produjo la terminación de las obras (o, lo que es lo mismo, la fecha en que las obras están dispuestas a servir al fin o uso previstos). La normativa al respecto, como ya ha sido señalado, indica que en tales casos el plazo comenzará a computarse desde que la infracción pueda ser apreciada por la Administración. Es precisamente ésta la razón por la cual la mayor parte de las disposiciones estatales y autonómicas aplicables al caso han optado por emplear como fórmula definidora la de aparición de signos externos que permitan conocer los hechos constitutivos de la infracción.

La regla, por tanto, como precisa la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1990, **es que en el caso de no conocerse la fecha de la infracción, aquélla habrá de referirse al momento en que la autoridad municipal tuvo conocimiento de la comisión de la misma³.**

Dos precisiones deben ser realizadas a este respecto. En primer lugar, “no es preciso que dichos signos externos sean conocidos efectivamente por la administración, sino que se muestren al exterior”. Por tanto, es la mera manifestación de signos de actividad urbanística la que

determina el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la infracción; así, la correcta interpretación de las disposiciones reguladoras de la prescripción es la que entiende que el plazo se inicia no desde el momento en que la Administración tiene conocimiento de la infracción, sino **“desde el momento en que la administración tuvo la posibilidad de conocer la infracción”**. En segundo lugar, **“si las obras son visibles desde la vía pública, aún cuando no conste el momento en que la administración conoció la efectiva terminación de las obras por haber sido denunciadas las mismas o por no haberse realizado inspección urbanística alguna, el plazo comenzaría desde la total terminación de la obra, pues existirían dichos signos externos de la infracción”**. Ambas precisiones pueden encontrarse en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de marzo de 2006.

En consecuencia los problemas se plantean realmente en las obras interiores. La discusión se centra, de este modo, en dos aspectos concretos: qué es "signo externo" y cómo se demuestra su aparición y, en su caso, la fecha de terminación de las obras.

a) Definición de signo externo y algunos supuestos a modo de ejemplo

Por signo externo debe entenderse **cualquier manifestación de la realización de obras supuestamente ilegales “conocible o con posibilidad de ser conocido por todos, y por tanto también por la administración”** (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de marzo de 2006). Desde esta concepción amplia, quedan integrados en la expresión **tanto los signos físicos como los signos jurídicos** pues, como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1986, “lo importante a los efectos que interesan, la existencia de la prescripción, es el conocimiento municipal de la existencia de la infracción urbanística”.

En cuanto a los **signos de carácter físico**, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia de 19 de septiembre de 2001, en un supuesto de construcción ilegal de una chimenea que no podía apreciarse desde ningún ángulo desde el exterior del edificio y cuya fecha de construcción no pudieron determinar los servicios técnicos municipales, considera que los hechos constitutivos de infracción pudieron conocerse por los humos que vertía al exterior la chimenea y, por tanto, como consecuencia de esos humos, “se está ante una mera construcción en la que el cómputo inicial del plazo sería el de la aparición de signos externos que permitan conocer los hechos consti-

tutivos de la infracción” (en el caso concreto el Ayuntamiento había alegado en su favor que el primer signo externo era la denuncia efectuada por una vecina; sin embargo, fue descartado por el Tribunal por ser la salida de humos signo que se exteriorizó con anterioridad a aquél).

La **notoriedad de los signos físicos** es uno de los elementos a los que suele acudir la jurisprudencia para entender iniciado el cómputo del plazo de prescripción. La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1992 es muy expresiva en este sentido: “la aparición de signos externos de la infracción, consistente ésta en lo fundamental en dar mayor profundidad y anchura a la construcción, edificando así 793,38 metros cuadrados de más (...) y por la notoriedad de los signos, pudo perfectamente ser conocida por el Ayuntamiento (...), máxime al manifestarse en una calle céntrica de la ciudad, careciendo por ello de relevancia el que por éste se afirme no haberlos conocido hasta (...) la visita de inspección realizada a fin del otorgamiento de la licencia de primera ocupación”. También lo es la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1986: “se empieza a contar el plazo desde el momento en que aparecieron signos externos y ostensibles que permitieron conocer las infracciones que se produjeron al construirse los indicados y bien notorios edificios”.

El principal **signo externo de carácter jurídico** será normalmente el acta de inspección levantado por los servicios municipales, de oficio o como consecuencia de denuncia (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia de 22 de mayo de 2002). En esta línea, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 11 de marzo de 2002 precisa que “al no constar la fecha de finalización de las obras y reconociéndose que éstas duraron varios años (...) hay que tomar en cuenta (...) la de emisión, por parte de los Servicios de Inspección de Disciplina Urbanística del Ayuntamiento, del informe en base al cual se procedió a la incoación del expediente sancionador, ya que en esa fecha (...) es cuando queda constancia de la finalización de unas obras, que por haberse ejecutado en varias fases de modo parcial, tienen la consideración de «continuadas»”. Y también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 5 de diciembre de 2001: afirma que “no cabe duda que los informes emitidos por los diversos servicios municipales y una vez girada visita de inspección constituyen un signo externo que permite conocer los hechos y la posibilidad de incoar expediente sancionador y a partir de ese momento comenzar a correr el plazo de prescripción”. El acta de inspección en que se hace constar

las obras que se realizan irregularmente también se entiende signo suficiente por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de julio de 2006. En este caso concreto, sin embargo, dado que las obras no se encontraban terminadas, se entiende que el plazo comienza a correr desde la fecha de paralización de las mismas, en coherencia con la línea jurisprudencial para obras no terminadas anteriormente expuesta.

La denuncia en sí misma es también signo exterior: “no debe caber duda alguna que la información proporcionada (en la denuncia) al Ayuntamiento en esa fecha, es más que suficiente para que hubiese iniciado el procedimiento sancionador, porque de ello se desprende la existencia de las infracciones y que el edificio debería estar terminado” (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1991).

El informe del arquitecto municipal sobre las obras también se considera signo externo en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Foral de Navarra de 10 de febrero de 2000 y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1986.

La inscripción de la obra nueva en el Registro de la Propiedad es igualmente signo externo de naturaleza jurídica, según la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de marzo de 2006, precisamente por la publicidad que conlleva tal inscripción.

También lo es la solicitud al Ayuntamiento de la revisión de tarifas por suministro de aguas en el caso de construcción de un pozo y de una red de distribución de aguas sin la preceptiva licencia, como precisa la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1996, en confirmación de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 27 de mayo de 1991: “ese escrito presentado por la actora (...) ante el Ayuntamiento solicitando la revisión de tarifas por suministro de aguas a las viviendas de referencia, presuponen la realización de esas obras de red de distribución de las aguas, y constituyen un signo externo que permite conocer los hechos y la posibilidad de incoar expediente sancionador y a partir de ese momento comenzará a correr el plazo de prescripción”.

Del mismo modo, un documento del Colegio Oficial de Arquitectos provincial sobre la legalización de la obra ilegal inicia el cómputo del plazo de prescripción, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1988.

El certificado final de obras, en cambio, queda descartado como elemento probatorio del momento de la comisión de la infracción, tal como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1989, pues su eficacia está limitada a las obras amparadas por licencia. Sí será elemento relevante, en cambio, para los supuestos de inobservancia de las cláusulas de la licencia (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de septiembre de 2005). Tampoco pueden ser tomadas en consideración a efectos de prueba las facturas presentadas por el constructor autor de las obras, al tratarse de un documento privado que no surte efectos frente a terceros respecto de su fecha (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 11 de octubre de 2002).

Es claro que, en la mayor parte de los supuestos, los signos externos de carácter físico se manifestarán con anterioridad a la aparición de signos de carácter jurídico. Por esta razón serán normalmente los signos físicos los que determinen el inicio del cómputo del plazo de prescripción y, sólo en ausencia de los mismos, entrarán en juego los jurídicos. En consecuencia, podría afirmarse que **la prioridad en la aparición de los signos determina la fecha de inicio del cómputo del plazo de prescripción**. Es por ello que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 13 de junio de 2000 afirma que “hay que decir que no resulta atendible la tesis de la Administración demandada, que postula como «dies a quo» aquel en que hubiera podido incoarse el procedimiento –que a su vez sería el momento en que recibió la denuncia de los vecinos–, y ello porque (...) ha de estarse a la aparición de signos externos que permitan conocer los hechos constitutivos de la infracción, signos que vistas las características de la construcción de autos –habitación en la azotea de la planta cuarta de un edificio– no cabe diferir al momento pretendido por el Ayuntamiento demandado”.

La consecuencia interpretativa que inmediatamente se deduce de esta línea jurisprudencial es que, **en ausencia de signos físicos externos, el inicio del cómputo del plazo de prescripción se produce cuando la Administración tiene conocimiento, por cualquier otro medio, de los hechos constitutivos de la infracción**. Existiendo signos jurídicos externos, la inexistencia de signos físicos externos no es relevante. Así lo indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1997, según la cual “el carácter oculto y clandestino de la entreplanta, que se alega como causa impositiva de iniciar el expediente sancionador en su momento, resulta contradicha en el escrito mismo de denuncia (...), además de la carta que se acaba de reseñar (carta de la comunidad de vecinos denunciante que relata la situación existente)”.

Más clara aún es la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1989, cuyo tercer fundamento jurídico se reproduce íntegramente a continuación por ser absolutamente ilustrativo del objeto de este estudio jurisprudencial: “Por lo que se refiere a la prescripción alegada por la apelante debe partirse del supuesto que **las obras realizadas lo fueron en el interior del inmueble sin que conste que con anterioridad a la inspección (...), pudiera incoarse el expediente sancionador al tener aquéllas el carácter de ocultas; ni puede aducirse la existencia de signos externos de los que se deduzca el conocimiento de la Administración de que se realizaban sin poseer licencia municipal, ya que en el mismo inmueble se estaban ejecutando o se habían ya realizado las ordenadas por la Administración** consistentes en el derribo de una pared medianera, consolidación de otra, y trabajos de apeo como consecuencia de la demolición de la finca (X), por lo que las no autorizadas podían pasar desapercibidas a los servicios de inspección; (...) **careciéndose además de prueba de la fecha de finalización de las obras indicadas (...); no siendo indicativo de tener conocimiento de ellas la Administración por las escrituras de venta de alguno de los pisos objeto de las obras realizadas sin licencia, al no constar si en la fecha en que se otorgaron habían finalizado**, por lo cual débese rechazar ese motivo de impugnación ya desestimado también por el Tribunal de Instancia”.

En esta misma línea se encuentra la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1980, según la cual “en el presente caso, hay que partir del hecho de que la parcelación sancionada, por haber sido realizada prescindiendo en absoluto de toda intervención oficial, se ha desenvuelto de forma clandestina, sin más exteriorización que la puramente material, o de división de lotes, con unas formalizaciones escritas que no pasaron de la categoría del documento privado (...) como oficialmente de ello no se tuvo conocimiento hasta el momento de iniciarse tales expedientes, es obvio que la prescripción no ha podido operar en estos casos”. La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1988 resume la argumentación afirmando que “**no puede declararse prescrita la infracción (...) al no constar que con anterioridad a la fecha en que fue iniciado el expediente la Administración pudo haber tenido conocimiento de dichas obras computándose el inicio del plazo de prescripción a partir de ese conocimiento**”.

En conclusión, puede afirmarse que todo se reconduce a una cuestión de prueba: se ha de probar la fecha de finalización de las obras

y, en su defecto, la fecha en que se produjo la manifestación de signos externos de actividad, sean éstos de carácter jurídico o de carácter físico. **Sin prueba no hay lugar a prescripción**, tal y como mantiene la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1989: “supuesta la exteriorización de algunos de los hechos, no de todos, constitutivos de la infracción, también se ignora cuándo tuvo lugar su manifestación en forma tal que pudiera ser conocida por parte de quien estuviera obligado a reaccionar en consecuencia”.

b) La carga de la prueba

La jurisprudencia es unánime a la hora de determinar a quién corresponde la carga de la prueba. Las palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1989 lo dejan claro: “por su condición de circunstancia excluyente de la acción sancionadora, la prescripción no solamente ha de ser invocada por aquél a quien beneficie, sino que éste ha de alegar y probar los hechos que la determinen, entre ellos el importantísimo de su «dies a quo»”.

De esta forma, **“la carga de la prueba en el supuesto litigioso la soporta no la Administración sino el administrado que voluntariamente se ha colocado en una situación de clandestinidad en la realización de unas obras y que por tanto ha creado la dificultad para el conocimiento del «dies a quo» y el principio de la buena fe, plenamente operante en el campo procesal impide que el que crea una situación de ilegalidad pueda obtener ventaja de las dificultades probatorias originadas por esa ilegalidad”** (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1991, reiterada en múltiples sentencias posteriores⁴). La explicación se encuentra en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 29 de enero de 2002: “la prescripción, por no estar basada en razones de justicia material sino de mera eficacia y pragmatismo en aras de una seguridad jurídica siempre necesaria, no puede gozar de una interpretación favorable y no confiere a quien la alega valor probatorio alguno, sin eximirse de la carga, que no obligación, de probar los hechos en que se funda”.

Ese especial deber de diligencia en cuanto a la prueba de la parte que busca beneficiarse de la prescripción de la infracción lleva incluso a alguna sentencia a reprochar la falta de la misma: “la fecha de las obras debería ser de muy fácil prueba para ella. Han podido desaparecer las empresas que la realizaron, pero deberían quedar rastros documentales en poder de aquélla y, en último término, no debería resultar difícil una prueba testifical” (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1987).

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el hecho de que la prueba corresponda a quien se beneficia de la prescripción, no impide que **corresponda a la Administración actora desvirtuar la prueba del autor de la infracción**. Así se deduce de lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1994: “quizás no exista una evidencia absoluta de que el muro en cuestión se levantó en 1982, pero el señor H.E. hizo uso de los medios de prueba normales en estos casos, como las declaraciones de su constructor y del encargado de las instalaciones. Pero de lo que no cabe duda alguna es de que no se trataba, ni mucho menos, de una obra reciente cuando se publicaron los bandos y se dictaron las resoluciones litigiosas, y la sentencia de instancia reprocha al Ayuntamiento, con razón, el no haber intentado siquiera desvirtuar las pruebas del recurrente, pues se limitó a aportar la normativa aplicable. Y es que tratándose «de un muro exterior y perfectamente visible en la vía pública, y una vía de tránsito frecuentísimo», como se reconoce expresamente en el escrito de alegaciones del Ayuntamiento en esta apelación, tenía que existir constancia municipal de su construcción, y no resultan fáciles de aceptar las afirmaciones de que se desconocía la realidad de la obra, «realizada sin licencia y recubierta de cañizo que impide su visión», o por estar ubicada entre calles, que se hacen en (...) la contestación a la demanda”. En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1989, según la cual, practicada la prueba por parte del interesado y ante la inactividad de la Administración en tal sentido, procede entender producida la prescripción “al no poderse ignorar, en este caso, la existencia de signos externos desde el momento de realizarse la obra al haber consistido en sustituir, en huecos de la fachada, carpintería de madera por aluminio”.

La prueba puede practicarse mediante cualquier medio válidamente admitido en Derecho. Las más frecuentes son la prueba documental, la pericial y la testifical. Por señalar algunos ejemplos, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia de 14 de marzo de 2001 valora como medios de prueba documentales el certificado expedido por el Alcalde, las certificaciones catastrales, la liquidación del Impuesto de Bienes Inmuebles, la petición de suministro de energía eléctrica o la factura de construcción.

A falta de pruebas concluyentes, los distintos órganos judiciales suelen acudir a la fecha de la actuación inspectora de la Administración sancionadora. Es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1984, según la cual “el plazo de prescrip-

ción se iniciaba, a falta de no constar adecuadamente cuando las obras terminaron y en el peor de los casos, el día (...) en que por funcionarios municipales se apreció la realidad de la infracción”.

La falta de prueba surte efectos frente a quien pretende beneficiarse de la prescripción. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia de 22 de mayo de 2002 señala que la no acreditación de la fecha de terminación de la obra lleva aparejada la no prescripción de la infracción.

3.- LA INTERRUPCIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA

Es necesario, antes de concluir este análisis, realizar alguna consideración sobre la interrupción del plazo de prescripción de la acción para el ejercicio de la potestad sancionadora. Nos limitamos en este momento a esta acción por la razón de que el plazo para el ejercicio la acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística es plazo de caducidad y, en consecuencia, no susceptible de interrupción.

Debe señalarse como regla general de interpretación, que aunque “la prescripción como limitación al ejercicio de los derechos, en beneficio de la seguridad jurídica, excluye una interpretación rigorista por tratarse de una institución que, por no hallarse fundada en la justicia intrínseca, debe merecer un tratamiento restrictivo (...) no puede ser entendido y aplicado de forma tan absoluta que no permita ponderadas y racionales interrupciones”. Así lo indica la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Islas Baleares de 24 de abril de 2001, que invoca en su apoyo la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1991.

Es claro el art. 132 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común al precisar que **la incoación del procedimiento sancionador interrumpe el plazo prescriptivo**⁵.

No interrumpe, sin embargo, el cómputo del plazo de prescripción de la potestad sancionadora el requerimiento del Ayuntamiento al

autor de la infracción para que proceda a la legalización de las obras, en ejercicio de su acción de restablecimiento de la legalidad urbanística (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 5 de diciembre de 2001).

En este sentido, no debe olvidarse que **los procedimientos caducados no interrumpen el plazo de prescripción**, tal y como indica el art. 92.3 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común; en consecuencia, una vez **declarada la caducidad del procedimiento incoado** (con independencia de las circunstancias que hayan causado tal caducidad), **se reanuda el cómputo del plazo interrumpido**. Así lo indican, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 4 de septiembre de 2001, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 6 de octubre de 2001 o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 17 de enero de 2003. En palabras de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 6 de octubre de 2001, “el procedimiento se entendió caducado no cuando lo declaró la Administración, sino al transcurrir el plazo de seis meses más treinta días (...) fecha límite para dictar la resolución que ponía fin al procedimiento; consecuentemente, el procedimiento sancionador debió iniciarse al día siguiente”.

En todo caso, la interrupción de la prescripción de la infracción sólo puede producirse “**con conocimiento del interesado**”, de tal modo que si, aún iniciado en plazo el expediente administrativo sancionador, su incoación no ha sido debidamente notificada al interesado, no se produce la prescripción. Así lo afirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de 24 de mayo de 1995.

Producida la prescripción, procede solicitar (y la Administración debe emitir) **certificado de prescripción** por parte de la Corporación municipal, “que sólo tiene un alcance limitado, la constatación de haber operado la referida prescripción. Sin que ello pueda significar la convalidación de la situación ilegal o atribuya unos derechos que no posee la recurrente” (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias de 20 de septiembre de 2000).

4.- CONCLUSIÓN

En definitiva, a modo de resumen, puede concluirse que el cálculo del plazo de prescripción para actuar por infracción urbanística se produce desde el momento en que tuvo lugar la terminación de las obras y, ante la imposibilidad de precisar tal momento, desde que la Administración tiene constancia (o pudo tenerla), por cualquier medio, de la realización de obras ilegales, siendo relevantes a tales efectos los signos externos no sólo físicos, sino también los jurídicos.

En cualquier caso, corresponderá a quien pretende beneficiarse de la prescripción probar la fecha de terminación de las obras y, en su caso, la de concurrencia de tales signos. En ausencia de signos y/o en defecto de prueba, la fecha de inicio del plazo para considerar producida la prescripción será aquélla en que se produjeron las actuaciones administrativas de carácter sancionador.

NOTAS:

1 La divergencia de regulaciones afecta al plazo de prescripción, que varía en función de la Comunidad Autónoma, pero no a la prescripción de las acciones.

2 En este mismo sentido de entender que en el caso de obras no terminadas el plazo de prescripción comienza a computarse desde que se paralizaron las mismas, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 29 de septiembre de 2000.

3 Un ejemplo concreto de que el criterio de la aparición de signos externos sólo opera ante la imposibilidad de determinar la fecha de finalización de las obras es el planteado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias de 15 de mayo de 1998, en la que, aunque la Administración tuvo formalmente conocimiento de la construcción de una obra ilegal como consecuencia de una denuncia, se mantuvo que el hecho de que el interesado consiguiera demostrar por medio de prueba testifical y pericial que la terminación de la obra se produjo con anterioridad a tal denuncia determina la prescripción.

4 Un resumen de las mismas puede verse en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de 17 de enero de 2006 o en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12 de mayo de 2005.

5 Ejemplos de aplicación de este principio en materia de infracciones urbanísticas son las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 1 de febrero, 12 de mayo y 22 de septiembre de 2005.

ALGUNOS ASPECTOS REGISTRALES Y CIVILES DE LAS LICENCIAS URBANÍSTICAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN CASTELLANO MANCHEGA

Ángel Ruiz Checa

Licenciado en Derecho

Secretario-Interventor de Administración Local

SUMARIO.

I.- INTRODUCCIÓN. II.- COORDINACIÓN URBANISMO Y REGISTRO: Antecedentes. III.- EL REAL DECRETO 1093/1997. 1.- Orientación General. 2.- Naturaleza de la Norma. IV.- DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA. 1.- Referencias Normativas. 1.1 Evolución histórica. 2.- Naturaleza Jurídica de la Declaración de Obra nueva. 3.- La inscripción de nuevas edificaciones. 4.- La Necesidad de Licencia. 4.1 Concepto de licencia. 4.2 Contenido. 4.3 Excepciones a la necesidad de licencia. 4.4 Anulación de Licencia. 5.- La Licencia y el Silencio Administrativo. 6.- Inscripción de Obra nueva Sin Licencia. 6.1 Evolución. 6.1.1 Régimen anterior a Ley 8/1990. 6.1.2 Ley 8/1990 y TRLS92. 6.1.3 Ley 6/1998. 6.1.4 Ley 8/2007 y RDL 2/2008. 6.2 Requisitos del artículo 52 del RD 1093. 7.- Declaración de Obra Nueva y LOE. 7.1 Ámbito material de aplicación. 7.2 El artículo 20 LOE y el Registro. 7.3 Licencia Urbanística y Seguro. 7.4 Autopromoción Individual y garantías LOE. 7.4.1 Requisitos Subjetivos. 7.4.2 Requisitos Objetivos. 7.4.3 Transmisión Intervivos de la vivienda de autopromoción. 8.- Propiedad Horizontal y Declaración de Obra Nueva. 8.1 Interpretaciones del apartado a) del art.53. 8.2 Necesidad de Licencia. 8.3 Cambio de Uso. 8.4 El fenómeno de los “Lofts”. V.- CONCLUSIONES. VI.- BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN:

Derecho urbanístico y Derecho hipotecario son dos ramas del Derecho que no pueden vivir de espaldas la una a la otra, sin embargo hasta tiempos recientes no ha existido una adecuada coordinación entre el Urbanismo y el Registro de la Propiedad. Siendo la licencia urbanística el acto administrativo de intervención que permite a los particulares el ejercicio de una actividad fácilmente se colige que no deben acceder a los libros del Registro de la Propiedad obras que no sean conformes con el Ordenamiento Jurídico. Además la Ley de Ordenación de la Edificación ha añadido un requisito suplementario y ajeno al control urbanístico: la necesidad del seguro decenal. Concluye el trabajo con un estudio de las relaciones entre Propiedad Horizontal y Declaración de Obra Nueva, analizando el reciente fenómeno de los lofts y de los cambios de uso.

I.- INTRODUCCIÓN

La relación entre el Derecho urbanístico y el Derecho hipotecario es necesaria, ya que ambas ramas del Derecho se refieren a una realidad que les es común, el suelo para el Derecho urbanístico y la finca, en cuanto objeto de derechos inscribibles para el Derecho registral.

Siguiendo a PARADA VAZQUEZ ¹ podemos definir el Derecho urbanístico como el conjunto de normas reguladoras de los procesos de ordenación del Territorio y su transformación física a través de la urbanización y la edificación, siendo su objeto la regulación de potestades públicas muy claras, como la de ordenar el conjunto del territorio, los procesos de urbanización, vigilancia y disciplina sobre la edificación. Por su parte nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, entendió el urbanismo como el conjunto de potestades atribuidas a diferentes entes públicos, tales como las referidas al planeamiento, la gestión o ejecución de instrumentos planificadores y la intervención administrativa en las facultades dominicales sobre el uso del suelo y la edificación.

Lo anterior nos hará comprender la importancia que las normas urbanísticas tienen sobre el contenido del dominio, ya que desde nuestro derecho histórico hasta la legislación vigente la acción de urbanizar ha sido siempre una función reservada a los poderes públicos, recogidos en numerosos textos históricos como la Ley XXIII del Fuero de Plasencia, cuyo origen data del siglo XII.

Si el Derecho hipotecario es una rama específica del Derecho civil, dotada de autonomía, cuyo objeto es el conjunto de normas que regulan la publicidad de las situaciones jurídicas de trascendencia real, a través del Registro de la Propiedad², con autonomía y basada en los principios hipotecarios de seguridad jurídica, fácilmente se colige que la titularidad civil que el Registro publica necesita coordinarse con el Derecho urbanístico, erigiéndose el Registro de la Propiedad en centro de conexión *-relaciones interdisciplinares-*, utilizando las palabras de GARCÍA GARCÍA³. Siendo el Registro de la Propiedad el órgano que contiene la verdad jurídica oficial de los derechos sobre bienes inmuebles, es fácil comprender el enorme riesgo e inseguridad que supondría desvincular el proceso urbanístico de la publicidad registral.

En el proceso urbanístico hay bastantes sujetos intervinientes especialmente interesados en la seguridad que proporciona el Registro de la Propiedad:⁴

a) la propia Administración actuante, a la que corresponde “la dirección y el control del proceso urbanístico.

b) los titulares registrales o propietarios de inmuebles ubicados en la unidad de ejecución que van a resultar afectados por la actuación urbanizadora

c) los terceros adquirentes de fincas o derechos reales de unidades de aprovechamiento urbanístico durante la tramitación del proceso.

Además, para algunos autores⁵ el Registro de la Propiedad se ha convertido en *gatekeeper* o guardián de la legalidad. Ciertamente al Registro paulatinamente se le ha ido atribuyendo la función de controlar la legalidad pública implicada en todo tipo de operaciones susceptibles de inscripción.

Es doctrina dominante en España, que la propiedad urbanística está configurada como un estatuto jurídico específico, esto significa que la propiedad urbanística está definida por la Ley y el Reglamento⁶. Dicha concepción estatutaria aparece plasmada en el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo. Siendo el Registro de la Propiedad el instrumento más apto para contemplar y publicitar la vinculación a concretos destinos, las limitaciones al dominio y la consignación de las cargas que están pendientes de levantar en el proceso urbanizador.

Desde el reconocimiento del derecho de propiedad en los términos del artículo 348 del Código Civil hasta el haz de facultades concretas que de las que dispone el propietario de un solar, interfieren diversos aspectos y median una serie de posibles intervenciones tanto del legislador como de la Administración que condicionan, modulan y delimitan el citado derecho. Desde la consagración del derecho de propiedad como sagrado e inviolable en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamada en Francia el 26 de agosto de 1789, hasta la concepción social que late en el artículo 33 de la Constitución, este derecho ha sufrido una importante evolución. Esta función social que proclama nuestra constitución delimitará el contenido de acuerdo con las leyes, pivotando sobre el Registro de la Propiedad instituciones como la venta o sustitución forzosa y los tanteos o retratos, de los que puede ser beneficiaria la Administración.⁷

De especial trascendencia nos parece el papel que puede jugar el Registro de la Propiedad en materia de protección de consumidores, habida cuenta de la aplicabilidad “erga omnes” de la publicidad del registro en tres ámbitos: publicidad del planeamiento, regulación de los efectos civiles del incumplimiento de la obligación del transmitente de suministrar información urbanística al comprador, y por último en el aspecto preventivo de asegurar las titularidades.

Sobre las relaciones entre el urbanismo y el Registro de la Propiedad es muy elocuente la Exposición de Motivos del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio: “La acción urbanística y el Derecho de Propiedad se desenvuelven en esferas distintas, pues la primera no es materia propiamente registral y las mutaciones jurídico reales, cuando se reflejan en el Registro de la Propiedad, se plasman con arreglo a sus normas propias e independientemente de las urbanísticas. No obstante, si la acción urbanística en si misma provoca una alteración en las titularidades inmobiliarias surge un punto de contacto de necesaria coordinación.”

A pesar de lo dicho hasta aquí, hasta no hace tanto no ha existido una adecuada relación entre el Derecho urbanístico y la normativa hipotecaria.⁸ Sin embargo la protección que dispensa el Registro de la Propiedad no puede desconocer que es la actividad urbanística la que define el concreto contenido del derecho de propiedad, delimita su extensión y las posibilidades de aprovechamiento. De ahí que resulte un absurdo la protección registral de los derechos dominicales con absoluto desconocimiento de la realidad urbanística.

II.- COORDINACIÓN URBANISMO Y REGISTRO: ANTECEDENTES

La necesaria e irreversible relación entre Urbanismo y Registro, imponen la coordinación entre ambas disciplinas.

Como ha escrito ARNAIZ EGUREN⁹, salvo algunos precedentes de escasa importancia, la relación directa entre los actos urbanísticos y el Registro de la Propiedad se inicia en el año 1956, fecha de publicación de la primera Ley de Régimen del Suelo, cuyo artículo 209 se limitó a señalar: “los actos administrativos que se produzcan en el ejercicio de las funciones reguladas en la presente ley podrán ser anotados e inscritos en el Registro de la Propiedad, conforme a lo establecido en la legislación hipotecaria, según proceda, por acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo, de oficio, o a propuesta de la Corporación encargada de la urbanización”.

Como indica FUERTES¹⁰, la falta de mayores previsiones llevó a la ineficacia de esta disposición. La falta de aplicación de este precepto condujo a que no se analizaran ni los posibles actos que podían acceder al Registro, ni se estudiase la importancia de su acceso, estimándose que la actuación tenía un carácter potestativo. Exponente de la inaplicación son las escasas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la materia.¹¹

Junto a esta declaración general, existían algunos preceptos que esbozaban las relaciones entre urbanismo y Registro de la Propiedad. Así la autorización para levantar edificios provisionales, cuyo derribo no daba lugar a indemnización; la constancia registral del compromiso de específicas obligaciones para autorizar construcciones destinadas a fines industriales; la posible creación por los Ayuntamientos de una cédula urbanística que conllevara todos los extremos y circunstancias de cada finca; la exigencia de acreditar de modo previo la licencia municipal al Registrador para inscribir una parcelación urbanística. Sin embargo en la reforma de la normativa registral efectuada por Decreto de 17 de marzo de 1959 solo acceden a los folios la constitución de derecho de superficie y las expropiaciones forzosas.

Posteriormente, la Ley de Reforma de 2 de mayo de 1975 contenía una Disposición Final Decimotercera, en virtud de la cual había que adaptar la legislación hipotecaria a las normas urbanísticas. Esta previsión tenía un criterio muy ambicioso¹². Sin embargo el afán del

legislador se enfrió pronto y así el Texto Refundido de 9 de abril de 1976 se limitó a reconocer la vigencia de la Disposición citada por la vía de no incluirla en sus disposiciones derogatorias.

El Texto Refundido de la Ley de Suelo de 9 de mayo de 1976 y el Reglamento de Gestión Urbanístico de 25 de agosto de 1978, contienen avances en la coordinación Urbanismo-Registro: a) atención a la titularidad registral como única legitimada para el cobro de la indemnización en el régimen de expropiación forzosa; b) inscripción separada de las fincas de resultado en los expedientes de reparcelación y compensación, incluidas las fincas de cesión obligatoria; c) posibilidad de tráfico registral diferenciado del suelo de la finca y de su aprovechamiento urbanístico, procedente de las transferencias de aprovechamiento urbanístico (TAU) ; d) publicidad del sistema de compensación y de la afectación de los inmuebles a las obligaciones inherentes al mismo.

En los años 80 algunas Comunidades Autónomas ante la inactividad estatal legislan para posibilitar la publicidad de registral de actuaciones urbanísticas.¹³

Habrá que esperar hasta la Ley 8/1980, de 25 de julio, de Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo para apreciar una sistemática regulación de todas las actuaciones urbanísticas con acceso al Registro de la Propiedad. El desarrollo de las normas sobre la Ley del Suelo relativas al Registro de la Propiedad, se produce por el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las Normas Complementarias al Reglamento para la Ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística

Regulación que ha sobrevivido a la devastadora Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, del Tribunal Constitucional, a la Ley 6/1998, de 13 de abril sobre Régimen del Suelo y Valoraciones y a la Ley 8/2007, de 28 de mayo de Suelo.

Será el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, en su Disposición Derogatoria Única, la que pone fin los artículos subsistentes del Real Decreto Legislativo 1/1992 entre ellos los artículos 307 a 310.. El apartado IX de la Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 2/2008 justifica la derogación para evitar la fragmentación y recuperar en un solo cuerpo legal la unidad de legislación estatal en la materia.

La regulación de la materia la encontramos en el Título VI (Régimen Jurídico), Capítulo IV (Registro de la Propiedad), artículos 51 a 54 que salvo leves retoques reproducen los artículos 307 a 310 de la Ley del 92, quedando subsistente la regulación reglamentaria del Real Decreto 1093/1997.

III.- EL REAL DECRETO 1093/1997

El Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Aprueba las Normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de naturaleza urbanística.

1.- Orientación General

Del Preámbulo del Real Decreto deben destacarse las siguientes notas que muestran la filosofía inspiradora del mismo:

Coordinación Urbanismo- Registro de la Propiedad. El objetivo es coordinar la legislación urbanística y el Registro de la Propiedad.

Desarrollo reglamentario de la Ley del Suelo. En la Ley 8/1990, de 25 de julio, y en el Texto Refundido de 26 de junio de 1992 se recogían una serie de normas básicas que a partir del Real Decreto 1093/1997 tienen el correspondiente desarrollo reglamentario

Normas de naturaleza exclusivamente registral. El contenido del Real Decreto 1093/1997 es el de normas hipotecarias jurídico privadas, de contenido exclusivamente registral, llamadas a tener una pervivencia independiente de las vicisitudes de las normas sobre urbanismo.

Normas Uniformes para todo el Estado. Las soluciones que se ofrecen, en cuanto registrales, han de ser uniformes para todo el Estado, por afectar a los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos (Artículo 149.1.8º CE)

Clarificación de una materia compleja. El objetivo del Real Decreto es de clarificar una materia compleja, lo cual agiliza los procesos urbanísticos para facilitar la disposición de los terrenos edificables y evitar la especulación.

Aceptación de la publicidad noticia en materia urbanística ¹⁴. La publicidad es la exteriorización o divulgación de una situación jurídica para producir cognoscibilidad general o posibilidad de conocer. Como dice LACRUZ BERDEJO¹⁵, no tanto que las situaciones jurídicas lleguen a conocimiento de todos, como que todos tengan un medio oficial de conocerlas.

2.- Naturaleza de la Norma

El Real Decreto tiene naturaleza reglamentaria, algunos autores¹⁶ llegan a calificarlo como reglamento independiente o “*praeter legem*”, aunque sometidos a los principios de jerarquía normativa e inderogabilidad singular de los reglamentos

En palabras del Dictamen del Consejo de Estado de 22 de mayo de 1997, referido al Proyecto del Real Decreto 1093/1997, “se contempla desde un ángulo urbanístico, un momento de la gestión y ejecución de planes; desde un puntos de vista registral, los títulos que tienen acceso al registro, y las especialidades de unas inscripciones, anotaciones, notas y cancelaciones por razón de su materia “

Si convenimos en que la legislación hipotecaria es una norma formal y adjetiva que regula la validez de los actos y títulos a los meros y exclusivos efectos de la inscripción en un registro público, los límites que las Normas Complementarias serán que no puede invadir el ámbito material del derecho sustantivo. Por el principio de reserva de ley, aunque su contenido sea formal no podrá disciplinar aspectos jurisdiccionales.

IV- DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA

1.- Referencias Normativas

El aparato normativo que regula la obra nueva, su declaración y su inscripción en el Registro de la Propiedad se caracteriza por su carácter fragmentario, por su falta de unidad interna, y por la diversidad de

situaciones que intenta resolver, así como por falta de coordinación entre las Administraciones.

La regulación más actual la encontramos en el artículo 20 del Real Decreto 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo.

Con una terminología nueva “Obras Nuevas” se ocupa de la materia el Reglamento de 4 de julio de 1997 en los artículos 45 a 55., que con pomposa literatura manifiesta su Preámbulo que la finalidad es evitar *“nazcan a la vida jurídica unidades inmobiliarias susceptibles de tráfico jurídico que no existen ni podrán existir en el mundo real”*

1.1.- Evolución histórica¹⁷

1.1.1 .- Desde 1861 a 1944-46

Podemos señalar como características:

a) Que las obras nuevas no eran un supuesto frecuente en la realidad de los registros.

b) Desde el punto de vista civil, existió unanimidad doctrinal en el reconocimiento del principio de accesión. La Obra nueva era considerada como una simple manifestación del principio contenido en el artículo 353.

c) Escasa regulación normativa desde el punto de vista hipotecario

Doctrinalmente se consideraba la Obra nueva como una declaración contenida en el título inscribible que sólo afectaba a la modificación de los datos descriptivos de la finca.

1.1.2 Desde 1944 a 1990

A partir de la reforma hipotecaria de 1944 y de la publicación del Reglamento de 1947 se inicia una nueva etapa en que se regula por primera vez la declaración de obra nueva y se solventan algunas de las cuestiones que se habían iniciado en la época precedente. Es la época de la reconstrucción tras la guerra civil y el desarrollismo, en este periodo se publica la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 y culmina dicho periodo con la publicación de la Ley 8/1990, de 25 de julio.

Entre los problemas que fueron objeto de estudio por la doctrina y la jurisprudencia de la Dirección General estaban los siguientes:

1.- Fue objeto de viva polémica si el artículo 308 del Reglamento Hipotecario entrañaba una extralimitación del contenido del artículo 208 de la Ley Hipotecaria, la doctrina más autorizada concluyó que, al margen de la posible extralimitación reglamentaria, la escritura pública cuya única finalidad es la inscripción de la obra nueva, constituye el título idóneo.

2.- El procedimiento regulado en el artículo 308 dio al traste con el resto de los temas títulos previstos en la Ley Hipotecaria.

3.- La doctrina más precursora como MORELL y DÍAZ MORENO, insistían en la necesidad de acompañar licencia de obras y certificado técnico con carácter obligatorio y no opcional.

1.1.3.- Desde 1990 a 1998

La ley de 25 de julio de 1990 supone una alteración sustancial, ya que liga la patrimonialización del aprovechamiento urbanístico al cumplimiento de una serie de deberes urbanísticos, modificando el régimen establecido de la obra nueva y su inscripción. Una de esas facultades que va integrando el contenido del derecho urbanístico es el llamado derecho a la edificación.

Desde el punto vista notarial esto supone la exigencia como presupuesto necesario para la autorización e inscripción de las escrituras de declaración de obra nueva acreditar la previa licencia y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto aprobado o, si la obra no se encontraba terminada, certificación acreditativa del ajuste de su descripción al proyecto para el que se obtuvo licencia.

Esta nueva concepción de la propiedad urbana motivó una división de la doctrina científica¹⁸ en aras a analizar la incidencia de la legislación urbanística sobre el contenido civil del dominio.

Un importante sector¹⁹ interpretó que la institución de la accesión regulada en el Código Civil había desaparecido en relación a la propiedad urbana, ya que la licencia urbanística se erigía en el título atributivo de lo construido. La consecuencia lógica era entender que las obras sin licencia no pertenecen a su dueño, sobre esta cuestión volveremos más adelante.

Para otro sector²⁰ la Ley 8/1980 no ha derogado el régimen ordinario de la propiedad.

A juicio de quien estas líneas escribe se produce una confusión entre propiedad urbanística y propiedad civil, ya que el primer sector de la doctrina no tiene en cuenta la función social de la propiedad, ni que el contenido del derecho de propiedad es un derecho de configuración legal.

La polémica queda zanjada en las NCRU que con tono conciliador establece en su artículo 45 *“los edificios o mejoras que por accesión se incorporan a la finca....serán inscribibles en el Registro de la Propiedad.....”*

1.1.4 Desde 1998 al momento actual

El artículo 22 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones vino a reiterar el contenido del artículo 37.2 de la TRLS 92, con levísimas correcciones de estilo. Pero si que es destacable que la eficacia del precepto de la nueva ya no queda limitado al Suelo Urbano o Urbanizable, como fue puesto de manifiesto por LÓPEZ FERNANDEZ²¹ Este artículo 22 despliega sus efectos en todo el territorio nacional, sin peculiaridades en las Comunidades, teniendo una aplicación plena, y sin que los legisladores autonómicos puedan pretender desarrollarlo. Su aplicación se extendía a todos los municipios, con independencia de su población, aspecto que fue corroborado por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de septiembre de 1991.

La entrada en vigor de la Ley 8/2007, ha generado ciertas dudas²² acerca de si el nuevo régimen legal afecta o no, total o parcialmente, a la vigencia del Real Decreto 1093/1997. Estas dudas propiciaron la presentación por parte de la Asociación de Promotores y Constructores de España de una Consulta a la Dirección General de los Registros y del Notariado, consulta que fue resuelta por medio de la Resolución- Circular de 26 de julio de 2007, la cual parte de la idea general de la entrada en vigor de la Ley 8/2007, no afecta a la vigencia de los artículos 45 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, que no han sido derogados ni expresa ni tácitamente al no resultar sus preceptos contradictorios ni incompatibles con la nueva Ley.

El artículo 19 de la Ley 8/2007, sin presentar excesivas novedades, mejora y completa la regulación prevista en la anterior Ley 6/1998. Entre las novedades, destacaremos:

(i).- Respecto de las declaraciones de obra nueva en construcción el artículo 19 de la Ley 8/2007 ha dejado de exigir la obligación del propietario de hacer constar la terminación de la obra mediante acta notarial que incorpore la certificación de finalización de la obra. No obstante, pensamos que, dicho requisito sigue vigente por imperativo del artículo 47, 1 del Real Decreto 1093/1997.

(ii).- Respecto de las declaraciones de obra nueva terminadas, el artículo 19 de la Ley 8/2007 mejora la redacción del artículo 22 de la Ley 6/1998, en cuanto a la exigencia de que la certificación técnica contemple la descripción del proyecto autorizado y exige como documentación adicional que se acredite documentalmente el cumplimiento de los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de la obra nueva a sus usuarios.

La introducción de esta última exigencia, debe de calificarse de novedosa. Sin embargo, la misma ha sumido a la doctrina en un gran debate, pues mientras algunos autores²³ han manifestado su satisfacción, dado que pretende otorgar una mayor protección y preservar los derechos de los terceros adquirentes destinatarios finales de la obra nueva que se declara; otros, como F. P MÉNDEZ GONZÁLEZ²⁴, se muestran más críticos con el precepto.

Como final de este recorrido histórico nos encontramos con el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo.

2.- Naturaleza Jurídica de la Declaración de Obra Nueva.

- La declaración de obra nueva puede ser estudiada desde tres puntos de vista ²⁵:

- Como modo o título civil de adquirir, de naturaleza originaria y enmarcada en la institución de la accesión inmobiliaria, en su modalidad de accesión industrial y continua.

- Como declaración auténtica del titular registral de la finca con virtualidad inmatriculadora.

- Como manifestación de la legalidad de la obra declarada

La declaración de obra nueva no es un negocio jurídico que tenga por objeto la adquisición o la transmisión de la propiedad de las nuevas edificaciones.²⁶ La propiedad de las construcciones como la de cualquier otro inmueble se adquiere civilmente y al margen del Registro de la Propiedad, de acuerdo con los artículos 358. 609 y 1462 del Código Civil.

La declaración de obra nueva es un simple consentimiento formal para la práctica de la inscripción de la nueva construcción; como acto con trascendencia registral está sujeto a los principios de legitimación y tracto sucesivo, que debe ser otorgado por el titular registral actual, aunque la obra hubiera sido realizada por un tercero (RDGRN 14 de marzo de 2001), pues lo relevante no es que la edificación la haya realizado el titular registral, sino que sea él quien haga la declaración.

La declaración de obra nueva es un concepto típicamente hipotecario, que tradicionalmente ha estado regulado en los artículos 208 de la Ley Hipotecaria y 308 de su Reglamento. Pero ni el artículo 208 LH, ni el 308 RH dan ningún concepto, sino que simplemente se alude a “nuevas plantaciones” y a “construcción de edificios o mejoras de una finca urbana”. La legislación urbanística a partir de 1990, se ha ocupado de la materia, conectándola con la necesidad de la licencia y con el certificado de técnico competente.

Es un acto de administración que “refleja un hecho constatado en la realidad (edificio construido) y que puede ser inscrito siempre que no se altere la titularidad jurídica actual del inmueble” en palabras de la RDGRN de fecha 21 de mayo de 1991²⁷. La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1992 considera que carece de valor negocial y su valor es puramente registral. Opinión crítica es la señalada por GARCÍA GARCÍA²⁸ para quien la declaración de obra nueva se integra por aspectos descriptivos y físicos al mismo tiempo que por aspectos jurídicos, sin que pueda examinarse la institución de forma parcial, considerándola este autor como un acto real que produce efectos “ex lege”.

La declaración de obra nueva es una manifestación de voluntad productora de efectos jurídicos que deberá contenerse en escritura pública, aunque puede practicarse también en virtud de expediente de dominio²⁹. En relación a las edificaciones que construyan las Administraciones Públicas bastará la mera certificación administrativa, siempre y cuando contenga la descripción de la obra.

3).- La inscripción de nuevas edificaciones:

Tradicionalmente la legislación hipotecaria ha entendido por obra nueva toda edificación, construcción de cualquier clase, siempre que sea inédita en la descripción registral de la finca o distinta de las ya existentes. También son obras nuevas las modificaciones en la estructura de las edificaciones existentes., interpretación que encuentra encaje en las previsiones del Real Decreto 1093/1997, en su artículo 45 (edificios o mejoras de los mismos). A juicio de M FUERTES³⁰, la mayoría de las alteraciones en la descripción registral deben calificarse como “obra nueva”, lo que permite su control de legalidad. Y se pregunta esta autora, y si la legislación urbanística exige una preceptiva licencia para realizar estas obras y el propietario pretende su inscripción en el Registro de la Propiedad ¿por qué se va a excluir el control registral en las reformas o modificaciones?.

Las nuevas obras pueden acceder al Registro una vez concluidas y terminadas, así como cuando están en construcción. La legislación hipotecaria desconocía el concepto de obra terminada, no obstante la regulación urbanística se ocupó de la materia en el artículo 32 del RDU:

“1. A los efectos del presente Reglamento se considera que unas obras amparadas por licencia están totalmente terminadas :

a) Cuando sean de nueva planta, a partir de de la fecha de expedición del certificado final de obras suscrito por el facultativo o facultativos competentes, y a falta de este documento, desde la fecha de notificación de la licencia de ocupación de la cédula de habitabilidad

b) En los demás casos, a partir de la fecha de expedición del certificado final de obras en las condiciones del apartado anterior o, a falta de éste, desde que el titular de la licencia comunique al Ayuntamiento la finalización de la obra

2. En defecto de los citados documentos, se tomará a todos los efectos como fecha de terminación, la que resulte de cualquier comprobación de está situación por parte de la Administración municipal”.

Nótese que el artículo 32 habla “a los efectos del presente Reglamento”, pero una interpretación sistemática del Ordenamiento Jurídico nos permite aplicar el precepto a la Obra Nueva.

En cuanto a la declaración de obra nueva en construcción está encuentra su justificación en la necesidad de no frustrar el crédito inmobiliario, ya que la práctica financiera ha generalizado, como requisito para la posible concesión de préstamos hipotecarios, la necesaria constancia registral de la declaración de obra nueva.

La doctrina se ha preguntado si cabe la inscripción de obras en proyecto La legislación hipotecaria alude a las obras cuya construcción esté concluida o comenzada como requisito para que pueda ser constituida la finca en régimen de propiedad horizontal, no admitiendo la construcción meramente proyectada. El artículo 20 del Real Decreto 2/2008 en su apartado 1º se dedica a la autorización de obra nueva en construcción, exigiendo “aportación del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra, así como certificación expedida por técnico competente y acreditativa del ajuste de la descripción de la obra al proyecto que haya sido objeto de dicho acto administrativo”.

A pesar de que autores como CÁMARA ALVÁREZ ³¹habían entendido que existía la posibilidad de que la construcción esté comenzada no sólo cuando físicamente se haya producido la excavación del terreno, sino también cuando estén definidos por un proyecto y unos planes, creemos que la normativa es taxativa al hablar de obra nueva en construcción, y no de obra proyectada. ¿Cuándo podemos entender iniciada la obra?. La regulación del Contrato de Obra contenida en los artículos 1588 y siguientes del Código Civil se ha revelado obsoleta y anticuada, sin que en la misma encontremos respuesta Tampoco la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación establece nada al respecto. Buceando en el Código Técnico de Edificación, aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, encontramos en el Anejo II, la documentación obligatoria del seguimiento de la obra, esta documentación contendrá al menos el Libro de Ordenes y Asistencias³² donde los directores consignarán las incidencias, órdenes asistencias que se produzcan en el desarrollo de la obra., y creemos que la primera constancia será la comprobación del replanteo, cuyo resultado se hará constar. Y afirmamos esto, por que analógicamente y en el ámbito de la contratación de las Administraciones Públicas el actual artículo 212 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (antiguo art. 142 del TRLCAP) establece que la ejecución del contrato de obras comenzará con el acta de comprobación del replanteo.

A pesar de lo expuesto, la practica diaria avalada por la doctrina de la DGRN (Resoluciones de 5 de noviembre de 1982, 18 de abril de 1998 y de 24 de abril de 1991) hacen coincidir el inicio con la simple declaración del otorgante. En esta situación es patente que no existe una titularidad dominical sobre un piso o local o sobre el edificio en su conjunto. La inscripción de obras proyectadas o simplemente iniciadas o no concluidas en estos momentos de crisis hipotecaria puede conducir a tremendas discrepancias entre la realidad física y los libros del registro, sin que los Registradores puedan hacer nada para depurar esta situación. Como excepción a la laxa práctica debemos citar la RDGRN de 13 de mayo de 1987 (LA LEY 2974/1987) en la que la Dirección General confirma la calificación del Registrador, manifestando “que no basta que en la escritura se describan los pisos o locales de los distintos edificios y que el único otorgante haga manifestación de consentir las declaraciones de obra nueva, pues esta manifestación no precisa si las edificaciones están concluidas o comenzadas o si existe sólo el proyecto”

4.- La necesidad de licencia

El artículo 46 del Real Decreto 1093/1997, establece que para autorizar e inscribir los títulos comprendidos en el artículo anterior será necesario que se acredite la obtención de la licencia que corresponda, salvo que legalmente no fuere exigible.

Si configuramos el Registro como garante de la legalidad urbanística, únicamente deberán acceder a sus libros las obras que sean conformes con el Ordenamiento Jurídico, y para ello será de exigencia inexcusable la acreditación de la previa licencia. La falta de licencia, de conformidad con la doctrina de la Dirección General de los Registros ³³, implicará la denegación de la inscripción.

4.1.- Concepto de Licencia

Podemos convenir con GÓMEZ MELERO ³⁴ que el concepto de licencia urbanística, al igual que otras técnicas jurídicas no ha preocupado al derecho positivo, a pesar de que existen infinidad de normas que regulan el procedimiento para su concesión y los efectos de las mismas.

En cuanto al derecho positivo, el Real Decreto 1778/1994, de 5 de agosto de “adecuación a LRJPAC de los procedimientos de otorga-

miento, modificación y extinción de autorizaciones” define en su artículo 12 el concepto de licencia en general, cuando dispone que “se entiende por autorizaciones todos aquellos actos administrativos, cualquiera que sea su denominación específica, por los que, en uso de una potestad de intervención legalmente atribuida a la Administración, se permite a los particulares el ejercicio de una actividad, previa comprobación de su adecuación al ordenamiento jurídico y valoración de interés público afectado”

El Código Técnico de Edificación ha definido la licencia municipal de obras como el acto administrativo por el cual el Ayuntamiento competente autoriza la ejecución de la obra proyectada, una vez comprobada su conformidad con la legalidad aplicable.

Frente a las escasas definiciones legislativas, se pueden constatar la multitud de definiciones acuñadas por la jurisprudencia³⁵. De ellas podemos destacar por su claridad la siguiente “la licencia urbanística es un acto típico de autorización reglada, por el que se habilita al administrado para que ejercite un poder que ya le pertenece, pero tras controlar que el ejercicio del mismo es, en el caso concreto de que se trata, pertinente y adecuado en relación con los intereses públicos que la Administración autorizante debe tutelar conforme a la ley. Se explica así que el ejercicio de un poder quede subordinado a la obtención de una autorización previa; sirve ésta para alzar un límite a la actuación del administrado” (STS de 21 de julio de 1997, LA LEY JURIS: 9712/1997)

Leyendo la Sentencia 61/1997, de 20 de marzo nos encontramos que define la licencia como “el acto autorizatorio de la licencia no es sino un modo de control o intervención administrativa “

En la Ley 8/2007 y en el Real Decreto Legislativo 2/2008 la terminología utilizada es la de “títulos administrativos habilitantes de obras y actividades...”

En la doctrina, PARADA VÁZQUEZ ³⁶ define la licencia urbanística como “ un acto de autorización que remueve los obstáculos que se oponen al libre ejercicio de un derecho del que es titular el propietario, previa comprobación de que dicho ejercicio se ajusta al ordenamiento y a las prescripciones del Plan” A diferencia de las autorizaciones operativas, la licencia de obras es una autorización puntual que se agota una vez realizada la actividad autorizada.

Los conceptos doctrinales y jurisprudenciales, han sido superados por algunas legislaciones autonómicas, ya que mediante la licencia urbanística no sólo se va a comprobar la normativa urbanística, sino el cumplimiento de toda la normativa sectorial: medioambiental, infraestructuras, dominio publico, etc. Este es el espíritu que late por ejemplo en el artículo 169 del TRLOTAU, y cuyo cumplimiento efectivo garantizaría que no figuraran en el Registro edificios u obras ilegales.

4.2.- Contenido

¿Cuál es el contenido que debe tener la licencia para que como título complementario permita la declaración de obra nueva?. El Reglamento de 1997, no ha previsto un contenido de las licencias, por lo que bastará que se exprese la existencia de la misma en relación con la finca, lo que puede plantear problemas entre la licencia y el contenido que prevé el artículo 45 del Real Decreto 1093/1997.

En la legislación estatal no encontramos referencia al contenido de la licencia, tan sólo el venerable Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales en su artículos 8 a 16 regula el procedimiento de concesión de licencias, efectos, plazos, transmisión de las mismas, efectos frente a terceros, revocación de las mismas, pero sin que encontremos nada referido a su contenido.

En la legislación autonómica de la Comunidad Castilla La Mancha el artículo 170 del TRLOTAU, dedicado al contenido de las licencias, está hueco en cuanto a consideraciones y prescripciones sobre la materia

En otras legislaciones, como la gallega o la balear, si encontramos el contenido que debe tener la licencia urbanística³⁷

El contenido de la licencia nos parece capital, ya que precisará el cómo, cuándo y dónde se va ejecutar el proyecto, marcando las condiciones específicas que, en su caso, deban cumplirse.

4.3.- Excepciones a la necesidad de licencia

El artículo 45 del Real Decreto 1093/1997, exceptuaba de la licencia en los supuestos legalmente previstos. Y en el estudio y análisis de estos supuestos vamos a detenernos. Es conocido que hay numerosos supuestos en los que la normativa sectorial y urbanística exceptuona el deber de obtener previa licencia para determinados usos de suelo y de la edificación cuando su destino es el establecimiento, conserva-

ción o ampliación de un servicio público. La mayoría de los supuestos están previstos en la legislación sectorial de carreteras, costas, puertos, obras hidráulicas, en los mismos la aprobación del proyecto lleva implícita la licencia., ejemplos legislativos son el artículo 12 de Ley 25/1988, de 29 de julio de Carreteras, el artículo 19 de la Ley 9/1990, de 28 de diciembre de Carreteras y Caminos de Castilla La Mancha. Estas obras tienen escasa o nula incidencia en la declaración de obra nueva.

Pero junto a las anteriores, encontramos otros supuestos en los que objetivamente el acto está sujeto a licencia, pero que cuando se dan determinadas circunstancias quedan fuera del ámbito de control que es propio de las licencias. El principio general prescribe que todo acto de edificación, uso del suelo y del subsuelo requiere la preceptiva licencia municipal (artículo 7 del RDU y artículos 165 y 173 del TRLOTAU). Este principio se invierte cuando determinados actos son promovidos por el Estado, la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha o las Diputaciones Provinciales, de especial incidencia en el territorio que no requerirán para su ejecución la expedición de licencia urbanística, sino de un procedimiento administrativo específico previsto hoy en la Disposición Adicional Décima del Real Decreto Legislativo 2/2008³⁸, artículo 9 RDU, 9 y 173 del TRLOTAU. Esta excepcionalidad ha sido justificada por el Tribunal Constitucional³⁹ en la concurrencia competencial sobre determinados ámbitos físicos entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, señalando que no existen espacios físicos inmunes a la actividad urbanística, esto es territorios que por su titularidad o finalidad estén exentos de la ordenación territorial, al tiempo que pondera la necesidad de que se busquen soluciones de cooperación dentro del respeto a las respectivas competencias, aunque es evidente que la decisión final corresponderá al titular de la competencia prevalente.

Los preceptos citados suponen una restricción al principio de autonomía local y un privilegio administrativo⁴⁰, que eximirá a la Administración implicada de la necesidad de obtener licencia y por parte sin que sea necesaria su acreditación para realizar la declaración de obra nueva.

En aplicación de la normativa castellano manchega, podemos citar la STSJ de Castilla La Mancha, de 10 de octubre de 2003, (LA LEY JURIS: 1576997/2003), cuyo objeto litigioso es la construcción de un colegio público en el municipio de Yuncos (Toledo). El Tribunal Superior de Justicia llega a eximir del pago del Impuesto de Construcciones, Instalaciones y Obras, al aplicarse el artículo 173 del

TRLOTAU, lo que bajo mi humilde opinión no puede compartirse⁴¹

Otro de los supuestos en que no será necesario exigir licencia de obras se producirá en los supuesto en que la obra esté ya construida y haya sido objeto del correspondiente procedimiento de legalización; la resolución legalizadora será documento bastante para su inscripción.

4.4.- Anulación de Licencia

A pesar de existir licencia, puede ocurrir que esta no sea conforme con la ordenación urbanística. Este supuesto está previsto en el artículo 179. 3 del TRLOTAU, referido a las actuaciones ilegales⁴², esto nos lleva a reflexionar sobre las incidencias que puede tener la anulación de la licencia en la declaración de obra nueva y en los terceros adquirentes, y si éstos quedan subrogados. Como sabemos el artículo 75 del Real Decreto 1093/1997, dispone que cuando la licencia de edificación, a cuyo amparo haya sido realizada una obra nueva, sea posteriormente declarada ilegal por contravenir la ordenación urbanística aplicable, se hará constar por nota marginal.

La cuestión ha sido tratada por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de junio de 2006⁴³ (LA LEY 70254/2006), planteándose el grado de intervención que ha de tener el titular registral al objeto de que se haga constar en el Registro de la Propiedad la declaración de nulidad de una licencia de edificación. El supuesto sobre el que versa la resolución es la ejecución de una sentencia firme dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 3 de Santander, en la que se declaró la nulidad de una licencia concedida por el Ayuntamiento de Piélagos. Denegada la inscripción del mandamiento judicial por defecto insubsanable al no haber sido demandados ni citados los titulares de dominio y cargas en el procedimiento, tras efectuarse calificación sustitutoria que mantuvo la calificación negativa se interpuso recurso ante la Dirección General. Si bien la Dirección General confirmó la calificación registral desestimando el recurso, si debemos detenernos en los razonamientos.

La Resolución, al margen de la crítica que hagamos tiene como dice LASO MARTÍNEZ una gran importancia desde el punto de visto social, por la existencia de centenares de viviendas construidas ilícitamente y de las que sus titulares son, por lo general, ciudadanos extranjeros, desconocedores del ilícito cometido.

En cuanto a la técnica de la Resolución, la misma confunde conceptos, utilizando y reproducción las mismas palabras que el recurrente.

te. Por otro lado incurre en un error al confundir subrogación real con subrogación legal. La subrogación real se produce cuando una finca sustituye a otra permaneciendo el régimen jurídico de la primera.; mientras que la subrogación legal se da cuando los terceros adquirentes sustituyen a los primitivos titulares de los bienes en el cumplimiento de los deberes imputables a aquéllos, aunque fuere por razón de los bienes transmitidos.

La citada Resolución⁴⁴ se ampara en la subrogación real⁴⁵. Es de advertir que esta era la fundamentación del recurrente, pero que además es errónea como para sentar doctrina por parte de la DGRN. En efecto, la subrogación real, tan importante en los procedimientos de equidistribución de beneficios y cargas, es totalmente ajena al instituto de la subrogación legal. por el que se produce la sustitución de los terceros adquirentes en el cumplimiento de los deberes y cargas, por lo que es necesario poner de manifiesto la importancia del principio de publicidad registral cuando falta la constancia registral de las limitaciones que afectan directamente al dominio.

A mi juicio la Dirección General ha perdido la oportunidad de sentar una doctrina fundada y concluyente amparándose en la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa que tiene proscrita la indefensión de los justiciables, con amparo en el artículo 24 de la Constitución y con fundamento en la prohibición de resoluciones “inaudita parte.” Lo dicho no quiere decir que la ilegalidad de una licencia no tenga repercusiones, pero el tercero para que pueda estar sometido a las consecuencias de la anulación de la licencia ha debido de tener la posibilidad de ejercer su derecho de defensa, pero si ni ha conocido la existencia del procedimiento ha fallado la tan pregonada coordinación entre el Registro de la Propiedad y el urbanismo.

En cuanto a la situación en que dichas edificaciones quedarían de no ser legalizables, sería el derribo o la situación de fuera ordenación.

5.- La Licencia y el Silencio Administrativo

El principio de confianza legítima y la obligación de resolver que tienen las Administraciones Públicas, muchas veces se ven truncados por la inactividad administrativa⁴⁶. Por ello la técnica del silencio administrativo viene a contrarrestar el silencio (ilegal) de la Administración⁴⁷, salvando los inconvenientes de la ausencia de una resolución administrativa expresa que la Administración está obligada a

dictar. Como dicen las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de febrero de 1991 y 14 de junio de 2001⁴⁸, es un remedio, no necesariamente idóneo, frente al incumplimiento de un deber de actuar que constituye una típica manifestación de inactividad administrativa.

Vamos a realizar una aproximación al silencio y a su coordinación con la institución registral.

El Registrador en su trabajo diario de calificación se va a encontrar con la necesidad de cohonestar el artículo 43.2 de la LRJPAC (que dispone que "los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario establezca lo contrario) con lo dispuesto en la legislación urbanística sobre los efectos del silencio (artículo 161.3⁴⁹ y 162.1⁵⁰ del TRLOTAU).

Como han puesto de manifiesto VAQUERO RAMIRO Y GONZALEZ BOTIJA⁵¹ las soluciones propuestas por la doctrina para conciliar el artículo 43.2 de la LRJPAC y el 242.6 del TRLS92 han sido las siguientes:

1º. Entender que el artículo 242.6 del TRLS92 es una de las leyes de las que habla el artículo 43.2 de la LRJPAC, de tal modo que, excepcionalmente, hay que considerar que en el ámbito urbanístico el silencio es negativo si lo solicitado es contrario a la legislación urbanística. Por lo que transcurrido el plazo para resolver sin notificación, si lo solicitado es contra legem no existiría silencio positivo, pudiendo la Administración resolver en sentido negativo y fuera de plazo.

2º. Entender que el artículo 242.6 del TRSL92 hay que interpretarlo en el sentido de que sólo se ha de estimar negativo el silencio cuando el vicio que contenga sea muy grave y manifiesto; fuera de estos supuestos el silencio habrá de ser considerado como positivo.

3º Entender que el silencio es positivo, y si lo obtenido es contrario a la ordenación urbanística habría que acudir a los procedimientos de revisión de oficio o declaración de lesividad. Esta es la línea más innovadora y actual de la jurisprudencia, sustentada por los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid y Valencia ⁵²

Cualquier solución que adoptemos es insatisfactoria. El problema, como ya pusieran de manifiesto GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ⁵³, era precisar el contenido concreto de la

aprobación o autorización obtenidas por este medio en los supuestos en que la pretensión ejercitada por el particular o ente público que instó el procedimiento no fuese conforme a Derecho.

Las normas de todas las Comunidades Autónomas recogen el principio del hoy derogado artículo 242.6 del TRLS92.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha⁵⁴ ha interpretado la legislación autonómica y el artículo 242.6 del TRLS92, de la misma forma que la jurisprudencia tradicional, sólo opera el silencio cuando lo solicitado es conforme con la legalidad.

Para obtener una licencia por silencio positivo es necesario⁵⁵ que se cumplan tres requisitos de manera simultánea:

a) Formal: Presentación de la solicitud acompañada de todos los documentos que preceptivamente sean necesarios, tanto a nivel urbanístico como sectorial

b) Temporal: Transcurso de los plazos previstos en las normas sin dictarse resolución expresa y su correspondiente notificación.

c) Sustantivo: Adecuación de lo proyectado a la legalidad. Requisito que tiene su apoyatura en el artículo 242. 6 del TRLS92 y en los artículos de las leyes autonómicas.

Debemos de cuestionarnos cuál es el papel del Registrador ante las licencias obtenidas por silencio positivo, en la calificación, su examen ¿debe ser sobre los aspectos formales?, ¿puede entrar en el estudio del fondo, sobre la legalidad de la licencia obtenida?

Los interesados que pretenden, inscribir sus licencias obtenidas por silencio administrativo positivo⁵⁶ suelen alegar, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y artículo 78 del Real Decreto 1093/1997, el Registrador en su función de calificación solo debería de comprobar los requisitos extrínsecos de los documentos; no debería de indagar ante la Administración competente si se ha dictado o no una resolución denegatoria fuera o dentro de plazo, las razones o motivos del porqué no se ha dictado resolución expresa. La razón es que el mecanismo del silencio es un instrumento de seguridad jurídica del administrado, por lo que de existir una resolución denegatoria fuera de plazo, el Registrador no debería de tenerla en cuenta.

A) Doctrina de la DGRN contraria a la consideración de información extrarregistral

Este planteamiento claramente favorable para el ciudadano va a dar lugar a una serie de Resoluciones dictadas por la Dirección General de los Registros ⁵⁷, todas ellas tienen en común licencias de segregación y parcelación realizadas en Canarias y por la misma empresa. El interesado alegaba que el silencio administrativo debía de entenderse positivo, ya que la segregación proyectada no contradecía la ordenación territorial y urbanística, estimaba que, sin perjuicio de cualquier medio de prueba admitido en derecho, el medio más idóneo sería el Certificado de la Administración que deberá emitirse en el plazo de quince días desde que se haya solicitado, por tanto la resolución extemporánea denegatoria no era admisible. Sin embargo el Registrador se niega a inscribir al no haber quedado probado la producción del silencio positivo, al alegar que la resolución extemporánea denegatoria es porque la solicitud de licencia era ilegal.

Estos supuestos son los que dan lugar a la siguiente doctrina de la DGRN:

1.- Aplicación del silencio positivo a las solicitudes de licencia de parcelación, transcurridos tres meses desde la petición, sin que haya recaído resolución expresa.

2.- El carácter categórico del artículo 43,5 de la LRJPAC, al hacer plenamente eficaz los actos de la administración producidos por silencio administrativo.

3.- Que la constancia en el duplicado del sello de entrada de la solicitud, acredita fehacientemente la fecha a partir de la que empieza el cómputo del plazo para resolver.

4.- Que la notificación de la resolución desestimatoria del Ayuntamiento tiene inequívoco carácter de documento público, y, por tanto, acredita erga omnes el contenido y fecha del acto administrativo notificado.

5.- Que la existencia de una resolución administrativa al estar dictada fuera de plazo confirma de manera indubitada la estimación por silencio positivo, que impedirá la posible resolución tardía denegatoria.

6.- Que el certificado del acto administrativo presunto no es el medio exclusivo, ni único de los que pueden utilizarse para la acreditación del silencio.

7.- Que si hubiera habido suspensión del plazo para resolver, esta suspensión debería de haberse reflejado en la resolución expresa denegatoria.

El planteamiento anterior vuelve a reaparecer en las Resoluciones de 17 de junio de 2004 (LA LEY 13239/2004) y Resolución de 23 de febrero 2006 (LA LEY 19669/2006)⁵⁸.

Interesante nos parece la Resolución de 5 de octubre de 2006 (LA LEY 150216/2006) en la que se distingue perfectamente el tema del conocimiento extrarregistral con el tema de la prueba del silencio.

Esta doctrina tiene justificación en las previsiones que sobre calificación contiene la legislación hipotecaria⁵⁹, para algunos autores ⁶⁰ el Registrador sólo puede emplear los documentos presentados y la información que se desprende de los asientos registrales, lo que excluye la posibilidad de hacer uso de otros medios diferentes.

B) Doctrina de la DGRN que toma en cuenta la información extrarregistral

Frente a la postura de entender que el Registrador sólo debe de limitarse a un examen meramente formal de los requisitos del silencio, existe otra alternativa, consistente en sostener que para que pueda inscribirse, es necesario acreditar no sólo los extremos formales sino probar que el acto obtenido mediante silencio no es constitutivo de contravención grave y manifiesta de la ordenación urbanística, doctrina que se recoge en la RDGRN de 22 de marzo de 2005 (LA LEY 11457/2005)⁶¹.

La justificación doctrinal de esta postura ha encontrado apoyo en autores como M. FUERTES⁶²; el Registrador deberá comprobar la legalidad del acto administrativo, sin que pueda valorar los aspectos discrecionales, su análisis ha de dirigirse de modo exclusivo al cumplimiento de la legalidad.

Como hemos visto el silencio administrativo es una realidad y debemos de preguntarnos si la posibilidad que contempla el artículo 54 del Real Decreto 1093/1997 (cuando el Registrador inscriba por silencio una licencia, éste se lo haga saber a la Administración para que adopte las medidas oportunas) es garantía suficiente. Este procedimiento, a nuestro juicio, es insuficiente en los supuestos de inactividad municipal, por que no va a advertir a los terceros de los posibles riesgos e inseguridad jurídica que puede

producir el estado de pendencia de una licencia de la que se puede dudar de su ajuste al planeamiento. Pensemos que las anotaciones preventivas son *numerus clausus* y que además la prevista en el artículo 56 del Real Decreto 1093/1997 requiere resolución administrativa.

6.- Inscripción de declaración de obra nueva sin licencia

Es interesante la evolución del tratamiento que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha realizado a las edificaciones construidas sin haber obtenido la preceptiva licencia municipal. Como dice LANZAS MARTÍN⁶³ dicha evolución discurre de manera paralela a los cambios legislativos que se han ido sucediendo desde 1990

6.1 Evolución

6.1.1 Régimen anterior a la Ley 8/1990

Con anterioridad a la Ley 8/1990 la legislación urbanística no exigía ningún requisito especial para las declaraciones de obra nueva. Es clásica la RDRGN de 16 de noviembre de 1981⁶⁴

6.1.2 La Ley 8/1990 y el Texto Refundido de 1992

Estas normas establecen en sus artículos 25.1º y 37.2º, respectivamente que el derecho a la edificación se adquiere por la conclusión de las obras al amparo de licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística; era el sistema de adquisición gradual de facultades. Estos artículos exigieron como presupuesto necesario para la autorización e inscripción de las declaraciones de obra nueva acreditar la previa obtención de la preceptiva licencia y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto aprobado, o si la obra no se encontraba terminada, certificación acreditativa del ajuste de su descripción al proyecto para el que se obtuvo licencia

La Disposición Transitoria Sexta de la Ley 8/1990, estableció respecto de las edificaciones concluidas antes de la entrada en vigor de esta ley, que quedarían incorporadas al patrimonio del titular, siempre que estuvieran realizadas de conformidad con la ordenación urbanística aplicable o, en otro caso no procediera respecto de ellas dictar medidas

de restablecimiento de la legalidad urbanística. Esta norma fue reiterada por la Disposición Transitoria Quinta del TRLS92.

En virtud de estas disposiciones se defendió la posibilidad de que notarios y registradores pudieran no aplicar en estos casos los controles establecidos en el artículo 37 del TRLS92. Por ello las edificaciones antiguas levantadas en suelo urbano o urbanizable, existentes con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma podrían inscribirse; eso si, siempre que la Administración urbanística no pudiera reaccionar contra las mismas con las reconocidas facultades de protección de la legalidad, al haber transcurrido el plazo de cuatro años desde la terminación de la obra ilegal, salvo que se tratase de edificaciones levantadas en zonas verdes o espacios libres. Esta postura fue defendida por diversos autores como LASO MARTÍNEZ Y CHICO ORTIZ⁶⁵. Idea que fue recogida por la RDGRN de fecha 4 de febrero de 1992 (RJ 1524)

Este criterio se recoge en posteriores resoluciones de la DGRN, como la de 14 diciembre de 1992 (RJ 10611), la de 17 de junio de 1993 (RJ 5349), o la de 3 de noviembre de 1995 (RJ 1995), que fue comentada por LOPEZ FERNÁNDEZ⁶⁶:

La edificación había sido materializada en suelo no urbanizable, con lo que la Disposición Transitoria Quinta no limitaba su eficacia a las construcciones en suelo urbano o urbanizable.

Aunque reproduce la doctrina recogida en las dos anteriores resoluciones, la crítica realizada por el profesor LÓPEZ FERNÁNDEZ se refería siguientes aspectos:

1.- Tanto en la legislación estatal como en la autonómica la acción para adoptar medidas de disciplina urbanística que impliquen la demolición sin indemnización alguna en las edificaciones situadas en espacios libres, zonas verdes, así como en suelo no urbanizable de especial protección no está sometido a límite alguno. Además la legislación autonómica puede establecer plazos de prescripción mayores o menores.

2.- Aun tratándose de edificaciones (respecto de las cuales la acción tendente a su demolición prescriba) parece lógico entender que su acceso sólo será posible acreditando la prescripción, y no puede confundirse transcurso del tiempo con prescripción, por cuanto su cómputo puede interrumpirse.

6.1.3 Ley 6/1998

La Ley 6/1998, insistió en el papel que debían jugar notarios y registradores para verificar la legalidad urbanística, sin que la misma derogara la Transitoria Quinta del TRLS92, lo que permitió la inscripción de aquellas construcciones en suelo urbano o urbanizable levantadas antes de la entrada en vigor de la Ley de 1990.. Afirmando M. FUERTES ⁶⁷ que con posterioridad a esta fecha, las escrituras públicas y solicitudes de inscripción registral sobre cualquier obra o edificación que se realicen deberán cumplir las previsiones legales: exigir la licencia y acreditar la conformidad de la obra a la misma, según los artículos 45 y siguientes del Real Decreto 1093/1997.

No han faltado autores que han intentado paliar las consecuencias de esta interpretación, así se ha afirmado que el propio Reglamento admite que se inscriban edificaciones sin licencia porque los requisitos del artículo 46 quedan excepcionados en otros supuestos “salvo que legalmente no fuera posible”. También se ha apuntado que el control realizado por notarios y registradores trae causa en el sistema instaurado en la reforma de 1990, sistema de escalera, y que desaparecido este sistema no debe aplicarse con rigor dicha normativa..

Siguiendo a M. FUERTES, diremos que la primera conclusión a extraer es que la regulación sobre la inscripción de otras construcciones sólo debería de aplicarse, por un lado, a las edificaciones que se levantaron con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 1990, y sobre las que no pudiera la Administración adoptar ninguna medida de reacción.

Es preciso anotar que el Reglamento de 1997 no es fiel a este principio, y que este exceso no fue advertido por el Consejo de Estado en su Dictamen.

6.1.4 Ley 8/2007 y Real Decreto Legislativo 2/2008

La Ley 8/2007 no derogó la Transitoria Quinta del TRLS 92, por lo que se dan por reproducidas las anteriores consideraciones.

La Disposición Derogatoria Única del RDL 2/2008 deroga todo lo que quedaba vigente del TRLS92. Por lo que debemos preguntarnos en que situación queda el artículo 52 del Decreto 1093/1997.

Habiendo desaparecido la Disposición Transitoria Quinta del TRLS92, cabe preguntarse hoy por la cobertura legal del artículo 52 del

Real Decreto 1093/1997, y si el mismo puede pervivir como reglamento *praeter legem*. La cuestión ha de plantearse en el ámbito de las relaciones Ley- Reglamento.

La Sentencia de 11 abril de 1981⁶⁸ declaró que el Reglamento independiente de la ley sólo es admisible tras la Constitución en el ámbito interno, con fines puramente autoorganizativos o en el marco de relaciones de sujeción especial, no cuando regula abstractamente derechos y obligaciones de los ciudadanos en situación de sujeción general.

Para MORELL OCAÑA⁶⁹, la concepción del reglamento independiente o *praeter legem* reposa sobre dos rasgos definitorios: 1º) el carácter de la potestad con que se dicta, 2º) el contenido y los destinatarios de la norma.

Compartimos la opinión de MUÑOZ MACHADO⁷⁰ de que los reglamentos pueden ocuparse del desarrollo o complementación de las leyes, sin contar con una habilitación previa, para este autor serían los artículos 103, 137 y 140 (y no el 97) de la Constitución los que justifican la potestad reglamentaria independiente.

Podemos concluir en que parte del Real Decreto 1093/2007, tiene naturaleza *praeter legem* como ya apuntó LÓPEZ FERNANDEZ, y que de haber resultado contrario al principio de reserva legal el legislador ha tenido ocasión de expulsarlo del ordenamiento jurídico.

6.2 Requisitos del artículo 52 del Real Decreto 1093/1997

Tres son los requisitos que debe cumplir la inscripción de otras construcciones terminadas:

1).- Descripción de la obra, requisito genérico, al que se añade la acreditación de la terminación en fecha determinada. En algunas ocasiones podrá conocerse, pero cuando la obra tiene cierta antigüedad, este dato deberá concretarse por pruebas o informes que faciliten una certera aproximación., pero afinar en la fecha concreta y determinada puede tener su dificultad.

La descripción y la fecha pueden probarse por Certificación del Catastro o del Ayuntamiento, por certificación técnica o por acta notarial. La RDGRN de fecha 4 de mayo de 2006 (LA LEY 57601/2006), establece la doctrina de que basta con aportar certificado catastral coincidente con la descripción que figura en el título, pareciéndonos mucho más acertada la Resolución de 21 de setiembre de 2007 (LA LEY

146067/2007), por cuanto exige que de la descripción del título y de la contenida en la certificación técnica acreditativa de su antigüedad resulten todos los datos descriptivos mínimos exigidos por el artículo 45 del Real Decreto 1093/1997.

A mi juicio este apartado plantea diversos problemas, algunos ya han sido apuntados como la de la fecha determinada. Otro es el de probar por medio del catastro la descripción, ya que la misma nunca va ser coincidente con el título, porque el catastro no describe las fincas de acuerdo con la normativa hipotecaria. Un problema que se plantea en los pequeños municipios es la presión tienen para que certifiquen descripciones de obras y fechas de terminación, incluso con referencias a fincas registrales. Ejemplo de estos problemas cotidianos es la Resolución 28 de abril de 2003 (LA LEY 77112/2003) que se desestima el intento de inscribir una obra nueva con un informe técnico del Ayuntamiento de Murcia y un plano que no corresponde con la finca que se describe.

2) Que dicha fecha sea anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante. Este párrafo no es coincidente con la Transitoria Quinta del TRLS92 (transcurso del plazo para que la Administración no pudiera actuar con medidas concretas para proteger y restaurar la legalidad)

El Reglamento y la Transitoria Quinta se están refiriendo a cuestiones diferentes. Esto se ve claramente analizando la legislación autonómica castellano manchega. El artículo 182 del TRLOTAU se refiere a las operaciones de restauración de la ordenación territorial y urbanística, estableciendo un plazo de cuatro años, a partir del cual no se podrá ordenar la demolición; dicho plazo no rige para parcelaciones en suelo rústico protegido, ni para los actos de construcción, edificación o usos del suelo ejecutados sin licencia o calificación territorial o contraviniendo las determinaciones de ellas sobre terrenos calificados como sistemas generales o clasificados como suelo rústico de protección ambiental, los ejecutados en dominio público o en las zonas de servidumbre del mismo, o que afecten a bienes catalogados o declarados de interés cultural.

Lo anterior tiene consecuencias transcendentales si aplicamos la filosofía de la Disposición Transitoria Quinta el transcurso de cuatro años impide la reacción municipal.

Pero si aplicamos el párrafo 2º del artículo 52 el particular se puede encontrar con la sorpresa de que el Ayuntamiento conoce de la existencia de la infracción en el supuesto de actuaciones clandestinas (sin licencia o en contravención de la misma) en este momento, por lo que no podrá certificársele el transcurso del mismo, sin que sirva la corruptela de exigir un simple certificado de que no consta la incoación expediente de restauración de la legalidad urbanística, trámite que si sería oportuno al amparo del Texto de 1992.

Lo que es importante dejar sentado que hoy el plazo de prescripción lo encontraremos en las legislaciones autonómicas⁷¹. Apuntar que este artículo 187.2 del TRLOTAU adolece de una gran imprecisión, ¿cuál es el momento en que se dan las condiciones para que pueda ser conocida la infracción?, sabiendo que la inspección urbanística es una función inexcusable en todos los municipios de Castilla La Mancha, ¿podrá decir un Ayuntamiento que no conoció la infracción cuando el interesado a su ciencia y paciencia construyó frente a la casa consistorial sin licencia?, ¿se habrá iniciado el plazo prescripción si en una vivienda clandestina, sin otorgarse licencia de primera ocupación se permite el empadronamiento de una familia?, ¿iniciará el plazo de prescripción el alta en los padrones de suministro de agua y recogida de basuras?

3).- El último requisito exigido por el artículo 52, es que no conste en el Registro la práctica de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca que haya sido objeto de edificación. La vigencia de esta anotación marginal es de 5 años, plazo con creces razonable para incoar, tramitar y notificar expediente sancionador.

7.- Declaración de Obra Nueva y Ley de Ordenación de la Edificación

Con la regulación introducida por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, el legislador ha querido subordinar la autorización e inscripción de escrituras de declaración de obra nueva a un requisito suplementario, ajeno al control urbanístico. En efecto, el apartado 1 del artículo 20 de la Ley 38/1999⁷² de Ordenación de la Edificación, establece que no se autorizarán ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras de declaración de obra nueva de edificaciones a las que sea de aplicación esta Ley, sin que se acredite y testimonie la constitución de garantías a que se refiere el artículo 19.

Debemos tener en cuenta que la Disposición Adicional 2ª de la LOE recoge la regla general de que la obligación recogida en el artículo 20 sólo es aplicable para edificios, cuyo destino principal sea vivienda y referente al seguro de daños o caución para garantizar, durante diez años, el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que comprometan la resistencia mecánica y estabilidad del edificio.

De momento, de los tres tipos de seguros que contempla el artículo 19, el seguro decenal es el único que será exigible, a diferencia del seguro por defectos de habitabilidad y defectos de acabado, cuya obligatoriedad se deberá establecer por Real Decreto, teniendo en cuenta las circunstancias del sector de la edificación y del sector de seguros.

Comentando el texto del artículo 20.1 de la LOE GARCÍA CONESA⁷³ apunta que el mismo tiene por destinatarios a dos operadores jurídicos distintos y complementarios: a) el Notario autorizante en la relación de parte o partes- y en su función de garante de la veracidad de las transacciones inmobiliarias; y b) el Registrador de la Propiedad en la relación de los terceros y en su función de garante de la legalidad de las transacciones inmobiliarias.

Según CARRASCO PERERA⁷⁴ el legislador de la LOE ha sobreevaluado los efectos civiles de las declaraciones de obra nueva. Pues no es lo mismo subordinar la transmisión de la propiedad de la vivienda a que conste la existencia de seguro, que subordinar a este hecho la declaración de obra nueva. El adelantar la exigencia temporal del seguro al momento de declaración de obra nueva, y no al tiempo transmisión de la vivienda, anticipa los costes del seguro y los agrava, al mantener abierto un contrato que no garantizará riesgo alguno.

7.1 Ámbito material de aplicación

Las exigencias de la LOE sólo se aplican a las edificaciones a las que sea de aplicación la LOE (artículo 2 y Disposición Transitoria 1ª LOE). El concepto de edificación se contiene en el artículo 2.2 de la ley. Por tanto no será de aplicación la norma a las declaraciones de obra nueva de las obras de escasa entidad a que se refiere el artículo 2.2 a) (escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan de forma eventual o permanente, carácter residencial, ni público y se desarrollen en una sola planta), ni a las obras de modificación que no alcancen la envergadura de una intervención total o siendo de intervención parcial no produzcan una variación esencial de la composición general exterior,

volumetría , sistema estructural y no tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.

La expresión “construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica” es un concepto muy indeterminado que puede crear una gran inseguridad y no pocas dudas⁷⁵No podemos compartir la opinión de autores⁷⁶ que manifiestan que lo fundamental en cuanto a la sencillez es que no se trate de construcciones destinadas a la venta a terceros, ya que esto excepcionaría la redacción de proyecto técnico.

7.2 El artículo 20 de la LOE y el Registro de la Propiedad

El incumplimiento de los requisitos del artículo 20.1 de la LOE conlleva como forma de sanción el cierre registral.

Civilistas e hipotecaristas han criticado el artículo 20.1 de la LOE, porque no es lógico la declaración de obra nueva, perfectamente válida civil y urbanísticamente, si cumple los requisitos de control de la legalidad urbanística, se le niegue el acceso al Registro de la Propiedad por incumplir un requisito administrativo. Opinión que no podemos compartir, ya que lo sola lectura de la Exposición de Motivos de la LOE refleja la voluntad del legislador “compromiso de fijar garantías suficientes a los usuarios”, por lo que entendemos que no es un mero requisito administrativo., sin que además pueda estar sujeto a la autonomía de la voluntad, no siendo un derecho renunciabile por los adquirentes de vivienda, salvo en los casos de transmisión de vivienda de autopromoción.

7.3 Licencia Urbanística y Seguro

Debemos cuestionarnos cuáles son las analogías y las semejanzas entre la licencia y el seguro. El artículo 20 hace referencia declaraciones de obra nueva, como ya sabemos al Registro de la Propiedad tienen acceso las declaraciones de obra nueva en construcción (artículo 46.2 y 47 del RD 1093/1997, por lo que sería necesario acreditar la constitución del seguro. Esto no quiere decir que la cobertura del seguro haya entrado en vigor. Otra interpretación podría ser que mediante la nota marginal prevista en el artículo 47 del 1093/1997 el seguro se acreditará con el acta de finalización de la obra.

La DGRN ha introducido matices al alcance del artículo 20 de la LOE. La RDGRN de 20 de marzo de 2000 mantuvo que la existencia del seguro obligatorio sólo era exigible en la declaración de obra nueva terminada o cuando hubiera que inscribir el acta de finalización

de la obra, pero no en las declaraciones de obra nueva comenzada. Interpretación que fue confirmada por la Instrucción de 3 de diciembre de 2003. Algún autor⁷⁷ ha proclamado la ilegalidad de esta Resolución. Ninguna compañía aseguradora estará dispuesta a dejar de controlar, por medio de la correspondiente oficina técnica el desarrollo de la obra desde la fase de proyecto. En segundo lugar, los compradores de vivienda de nueva construcción adquieren con anterioridad al acta de terminación de obra, y en este momento, que es el relevante para ellos, no estarán en condiciones de saber si el promotor ha asegurado o no el inmueble, debiendo esperar a la finalización de la obra. En tercer lugar, el promotor no tiene ningún incentivo para asegurar, una vez que ha conseguido inscribir la obra nueva comenzada. Con esta inscripción habrá conseguido la división horizontal y la distribución del crédito hipotecario. La reciente Resolución de 9 de abril de 2008 (LA LEY 20730/2008) continúa en la línea expuesta.

La Instrucción de 11 de septiembre de 2000 (BOE de 21 de septiembre) establece la forma en que ha de acreditarse ante el Notario y el Registrador la constitución de las garantías del artículo 19 LOE.

7.4 Autopromoción individual y garantías de la LOE

Una de las principales novedades que nos trajo la LOE es el concepto de legal de promotor que, hasta ese momento se encontraba en normas sectoriales. El artículo 9 de la LOE considera promotor a cualquier persona, física o jurídica, pública o privada que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título.

En la definición legal aparece una coletilla “para sí”⁷⁸ lo que induce a pensar que el autopromotor también estaba obligado a concertar la suscripción de las garantías del artículo 19. Por lo que algún autor⁷⁹ ha considerado un absurdo legal y una fuente de coste inexplicable, que a un sujeto que promueve su propia vivienda se le obligue a asegurarse a si mismo. Si algún seguro obligatorio hubiera tenido sentido aquí, es el de la responsabilidad civil del contratista. Ciertamente es que, si la contingencia ruinoso se produce, es mejor tener para el autopromotor tener un seguro que no tenerlo.

El artículo 105 de la Ley 53/2002, de 30 de noviembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, introduce una modificación a la disposición adicional segunda de la LOE, excluyendo

de la exigencia de garantía contra daños, materiales ocasionados por vicios y defectos en la construcción, a los supuestos de autopromoción individual de una vivienda unifamiliar de uso propio. Sin embargo, para el supuesto de producirse la transmisión intervivos dentro del plazo de 10 años, el autopromotor, salvo pacto en contrario, quedará obligado a la contratación de la garantía, por el tiempo que reste para completar los diez años.

A pesar de la claridad de la reforma, nos encontramos con Resoluciones de la Dirección General, como las de 8 de febrero de 2003, 11 de febrero y 9 de julio de 2003⁸⁰, la Resolución Circular de 3 de diciembre de 2003⁸¹, y empiezan a surgir los problemas interpretativos.

7.4.1 Requisitos Subjetivos. Autopromotor Individual: ¿Persona física o Jurídica?

La Disposición Adicional Segunda de la Ley 38/1999 excepciona de la garantía contra daños materiales para los edificios cuyo destino principal sea el de vivienda el caso del autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar cuyo destino principal sea el de vivienda. Y surge la duda de cómo interpretar el término individual, si en sentido puramente numérico o por el contrario, el concepto se refiere a la consideración de la persona física individual, en contraposición a la persona colectiva. La DGRN ha considerado que el concepto “autopromotor individual” no debe llevarse a interpretaciones excesivamente rigurosas, de manera que cuando la Ley se refiere a él, deben hallarse comprendidas en dicha noción tanto las personas físicas como las personas jurídicas., sin que no falten opiniones discrepantes⁸².

El concepto anterior excluiría a aquellos promotores que tuvieran la intención de enajenar o transmitir la vivienda, así como aquellas figuras de promoción colectiva, como cooperativas, que sin ánimo de lucro buscan satisfacer las necesidades de vivienda de sus asociados.

7.4.2 Requisitos Objetivos

La Resolución- Circular de la DGRN de 3 de diciembre de 2003, exige acreditar que se trata no sólo de vivienda, sino que es unifamiliar y para uso propio, a efectos de excluir la necesidad de seguro decenal, al menos mientras no se transmita.

7.4.2.1 Que se trate de una vivienda unifamiliar

En un apretado y rápido repaso del articulado de la LOE nos

daremos cuenta que en el texto legal el término “vivienda” sólo se utiliza en la Disposición Adicional 2ª.

A estos efectos, la RDGRN de 8 de febrero de 2003 aborda la cuestión de si es exigible la constitución de garantías en el caso de un edificio cuyo destino sea el de residencia geriátrica. El Centro Directivo analizando el vocablo “vivienda” concluye que dicho término, a los efectos de la LOE, debe entenderse en el sentido de derecho a la intimidad y requiere una vida familiar asentada en una sede permanente, que falta en el tipo de habitabilidad que una persona ingresada desarrolla en una residencia geriátrica. El segundo argumento de la citada Resolución, es que el morador tenga un título dominical, destacando finalmente la diferencia existente entre la persona que invierte sus ingresos en adquirir una vivienda y la inversión industrial que supone la construcción con ánimo de lucro de una residencia de ancianos, por lo que la DGRN concluye que una residencia geriátrica no está sujeta al seguro de responsabilidad decenal.

El concepto de “vivienda unifamiliar” nos hace reflexionar sobre lo siguiente. Es posible construir una vivienda unifamiliar, realizar la declaración de obra nueva exenta del seguro decenal, y , con posterioridad, efectuar una división en propiedad horizontal. No siendo aplicable el artículo 20 a la división horizontal o sus modificaciones (artículo 53 del RD 1093/1997) pueden surgir nuevas fincas registrales que sin transmitir las puedan ser fuente de ingresos, y que han obviado la exigencia de seguro decenal.

7.4.2.2 Que se manifieste que la vivienda se destina a uso propio

¿Qué podemos entender como uso propio? Desde el momento que se admite la autopromoción y la exención del seguro decenal para personas jurídicas debemos concluir que caben, para la misma, usos distintos a los de morada del autopromotor. Puesto que las personas jurídicas podrán tener como finalidad y uso propio las actividades mercantiles, profesionales, u otras. La RDGRN de 9 de julio de 2003, únicamente se refiere a que las sociedades pueden destinar las viviendas a uso propio, pero sin que establezca los requisitos y supuestos que han de cumplirse. A nuestro juicio esto puede ser una fuente de continuos incumplimientos del artículo 20 de la LOE, aunque alguna doctrina⁸³ mantenga que si no hay compradores, ni terceros , a nadie perjudica la inexistencia del seguro.

7.4.3 Transmisión intervivos de la vivienda de autopromoción

Desde la norma no existe ningún inconveniente en constituir el seguro por el plazo que reste, en caso de transmisión intervivos, el problema se centrará en encontrar compañía aseguradora, que sin haber supervisado la ejecución de la obra esté dispuesta a cubrir el riesgo.

MURIEDAS MAZORRA ⁸⁴ manifiesta que el autopromotor que construye, no para vender, sino para cubrir sus propias necesidades personales o familiares y, que más tarde, sin haberlo previsto inicialmente, vende la edificación que hizo construir, en este caso, el autopromotor enajenante sólo debería responder como un vendedor y no como un promotor, por lo que no deberían de extenderse su responsabilidad a los defectos de la construcción, que serán plenamente imputables a quienes edificaron. La responsabilidad del vendedor se regularía por las normas de la compraventa y no por las del contrato de obra. Para nosotros esta opinión es muy voluntarista y poco cercana a la realidad, porque en la mayoría de los casos junto a la autopromoción habrá autoconstrucción, por lo que no encontraremos agentes intervinientes en el proceso constructivo. Esta tesis, no tiene soporte legal, ya que la ley obliga al autopromotor individual a asegurar, en el caso de que transmita antes de que transcurra el plazo de diez años, a no ser que el adquirente le dispense de esta obligación.

8.- Propiedad Horizontal y Declaración de Obra Nueva ⁸⁵

La consistencia de lo que adquiere el propietario de un piso o local, las posibilidades de utilización, el grado de libertad, la mayor o menor exigencia en cuidados y gastos respecto al bien adquirido, depende en buena medida de todo lo que legalmente y estatuariamente deriva de su condición de comunero del edificio⁸⁶, de ahí la importancia que puede tener la perfecta definición tabular de los elementos susceptibles de aprovechamiento individual y sus posibles modificaciones.

De las normas del Real Decreto 1093/1997, el artículo 53 es quizá el que más comentarios doctrinales ha suscitado. Según ARNAIZ EGUREN ⁸⁷, en primer lugar por la propia denominación de su título referido a “requisitos de los títulos de constitución de propiedad horizontal”, que por su literalidad se aleja de la finalidad de las Normas Complementarias, destinadas a regular los requisitos de la inscripción de los actos de naturaleza urbanística, entre los que no encaja la constitución de la comunidad de propietarios. En segundo lugar, por el contenido del precepto que puede resultar confuso, tanto en su primer apartado como en el segundo, ya que este último regula

una materia, que nos atreveríamos a llamar, extravagante y ajena a la materia.

8.1.- Interpretación del apartado a) del artículo 53

El contenido del apartado a) del artículo 53 ha sido objeto de diversos comentarios, pudiendo resumirse las posturas doctrinales de la siguiente forma:

8.1.1.- Criterio que entiende que la división o segregación de pisos y locales de negocio no debe someterse a otro límite que el que resulte de la autonomía de la voluntad.

Esta postura ha sido defendida por GARCÍA GARCÍA⁸⁸, para quien segregaciones y divisiones son manifestaciones de autodecisiones libres, que han sido consideradas como un principio general del Derecho, recogido, entre otros preceptos, en el artículo 1255 del Código Civil.; sin que el Código Civil, ni la Ley Hipotecaria impongan limitaciones a las segregaciones y divisiones de pisos o locales. Encontrando también amparo en el artículo 8 de la Ley de Propiedad Horizontal que reconoce a los propietarios de pisos, locales y sus anejos la facultad de la división material, agregación y segregación.

8.1.2 Postura que entiende que la licencia es exigible en todo caso.

Esta posición doctrinal viene a establecer que toda división o segregación de las entidades registrales está sujeta a licencia, lo que impone la necesidad de que el Registrador aplique la regla del artículo 53 en todos los supuestos de modificación de entidades hipotecarias destinadas a uso residencial, ya que el número de viviendas es siempre esencial.

8.1.3.- Postura ecléctica defendida por ARNAIZ EGUREN

El Registrador deberá actuar como colaborador del principio de legalidad lo que conduce a entender que los artículos 45 y 53 a) suponen una alteración de los principios civiles que rigen el sistema de propiedad horizontal, pero dicha colaboración ha de limitarse a los casos en los que la Administración se ha preocupado en sus propios actos de autorización de introducir el dato que ha de condicionar la inscripción.

El apartado a) del artículo 53 del Real Decreto 1093/1997 hay que ponerlo en relación con lo dispuesto en el artículo 45, inciso últi-

mo del mismo cuerpo legal, para la declaración de obra nueva deberá constar el número de plantas, la superficie de la parcela ocupada, el total de metros cuadrados edificados, y, si en el proyecto aprobado se especifica, el número de viviendas apartamentos, estudios, despachos, oficinas o cualquier otro elemento que sea susceptible de aprovechamiento independiente.

El artículo 53 a) del Real Decreto 1093/1997 impide tomar razón en el Registro de la Propiedad de las modificaciones del régimen de Propiedad Horizontal, si de la modificación resulta un mayor número de viviendas, o en su caso, de locales comerciales o garajes, a menos que se acredite, mediante una licencia concedida de acuerdo con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente, que se permite mayor número. Según BALLUGERA GÓMEZ⁸⁹ esto es coherente con nuestro derecho positivo, pues la aparición de un mayor número de elementos implica una modificación en la declaración de obra nueva.

El artículo 53 del Real Decreto 1093/1997 aligera las exigencias que para la inscripción de las modificaciones de la declaración de obra nueva. El precepto parte de la separación entre la declaración de obra nueva y la división horizontal, para sentar el principio de que no es posible introducir alteraciones en el número de viviendas, o en su caso, locales o garajes sin sujetarse, aunque sea en parte, a los requisitos para la inscripción de la declaración de obra nueva (licencia) pero no se exige certificación del técnico.

Sin embargo como apuntan CARRASCO, CORDERO Y GONZÁLEZ⁹⁰ ha de tenerse en cuenta que la propia DGRN ha puntualizado la naturaleza y rango del Real Decreto 1093/1997, manifestando que carece de virtualidad suficiente para establecer una limitación al derecho de propiedad, de forma que el requisito de la licencia que permita mayor número sólo podrá exigirse por el Registrador si la normativa autonómica aplicable lo impone para el acto material de edificación en cuestión, sin que pueda entenderse que la referencia en la licencia de edificación de “una vivienda” tenga el efecto de prohibir que en una casa aislada se constituya un régimen de propiedad horizontal.

8.2.- Necesidad de Licencia

El artículo 53 establece la necesidad de licencia⁹¹; sin embargo debemos preguntarnos qué clase de licencia de obras es la necesaria, si se trata de licencia de obras mayores o menores.

El concepto de “obra menor” ha sido perfilado por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo⁹² que ha venido a establecer que las obras menores están caracterizadas por su sencillez técnica y escasa entidad constructiva y económica, consistiendo normalmente en pequeñas obras de simple reparación, decoración, ornamentación o cerramiento (sentencia del tribunal Supremo de 21 de febrero de 1.984), no mereciendo tal calificación las que afectan a la estructura o elementos sustentantes de un inmueble (sentencia de 5 de junio de 1.987).

Respecto a la necesidad de proyecto técnico en las licencias de obra mayor, la sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1987 (LA LEY 1017/1987) establece que toda licencia de obra es, precisamente, la autorización de un concreto proyecto técnico, ya que éste es el que establece lo que ha de ser la obra futura y permite determinar si se cumple o no los requisitos exigidos en la misma, de cuyo régimen sólo se excluyen aquellas obras de importancia tan escasa que la seguridad y salubridad pública no se afecta por la omisión del proyecto.

Por lo que podemos establecer como primera conclusión que el elemento decisivo para determinar la exigencia de licencia de obras mayores o menores es la mayor o menor importancia y complejidad, tanto técnica como económica de la obra a realizar. No señalando el legislador ni un concepto ni un límite cuantitativo, será el interprete el que marque la línea, por lo que determinar si la transformación de un elemento independiente en nuevas viviendas puede revestir complejidad suficiente como para requerir licencia de obra mayor, dependerá del caso.

8.3.- Cambios de Uso

La transformación de un local en vivienda o de una vivienda en local es un acto jurídico de modificación del destino de un bien inmueble de naturaleza urbana, que va acompañada la mayoría de las veces de obras que suponen una alteración física de la misma.

Lo anterior produce un cambio en la descripción del inmueble, lo cual justifica de por sí la inscribibilidad en el Registro de la Propiedad del acto de conversión⁹³, pero es que además el cambio de uso somete al inmueble en lo sucesivo a un particular régimen jurídico, lo que hace conveniente la publicidad registral de aquel acto de mutación.

El artículo 169.1.a) del TRLOTAU⁹⁴ establece que están sujetos a la licencia de usos y actividades: la primera utilización y ocupación de los edificios e instalaciones en general, y la modificación del uso de las construcciones, edificaciones e instalaciones.

La pregunta que podemos hacernos es la siguiente ¿existe norma autonómica o estatal que obligue al Registrador a exigir la justificación de la licencia urbanística para la inscripción de los actos de cambio de uso?. Ninguna norma impone al Registrador que exija, con carácter general la justificación de la concesión de la licencia.

¿Será inscribible en el Registro de la Propiedad la conversión de local en vivienda cuando no se acredite la concesión de licencia de cambio de uso y, en su caso, la licencia de obras?. No existe una solución unívoca.

En los tiempos actuales son muchas las voces que, ante el problema de la carestía de la vivienda, los altos tipos de interés, la dificultad de acceder al mercado de trabajo, y el hecho de que muchas familias tengan que destinar entre el 50 y el 60% de su renta al pago de la hipoteca, se alcen preconizando la transformación de locales en viviendas⁹⁵, con apoyo en algunas Resoluciones de la Dirección General de los Registros⁹⁶, en el principio del artículo 3.1 del Código Civil, según el cual “las normas se interpretarán... en relación con...la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas...” y en el artículo 8 del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril⁹⁷

Por lo que se refiere al cambio de uso de local en vivienda (siempre que resulten como consecuencia de la modificación, mayor número de viviendas en el edificio), conviene tener presente que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha interpretado⁹⁸ que el artículo 53 del Real Decreto 1093/1997 sólo puede tener operatividad en el territorio de las Comunidades Autónomas cuyas leyes hayan establecido expresamente la necesidad de licencia municipal para los actos a que se refiere. Teniendo en cuenta que en el territorio de Castilla La Mancha, como hemos visto, se sujeta a licencia el cambio de uso, la conversión de local en vivienda sólo podrá ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad si se acompaña la licencia municipal de cambio de uso.

El cambio de uso de vivienda a local es un acto sujeto a licencia municipal, pero la calificación registral no abarca el control de su eventual irregularidad urbanística, a menos, que resulte del contenido del Registro, que el número de locales comerciales, trasteros o garajes constituyera condición esencial de licencia.

El Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, no contempla el modo de inscribir la transformación de local a vivienda cuando la licencia de cambio de uso se haya obtenido por silencio administrativo, por lo que habrá que aplicar analógicamente las normas que el RD 1093/1997 dedica a la inscripción de declaraciones de obra nueva cuando la licencia se haya obtenido por silencio, teniendo en cuenta la doctrina de la DGRN que las ha interpretado. La Resolución de la DGRN de 24 de abril de 2006 (LA LEY 53473/2006) establece que: el certificado del acto administrativo presunto no es el medio exclusivo sino uno más de los que puede utilizarse para la acreditación del silencio, continuando en esta línea la RDGRN de 3 de enero de 2008 (LA LEY 1575/2008)⁹⁹

Un tema no suficientemente estudiado y sobre el que existe gran permisividad por las autoridades municipales es el previsto en el párrafo segundo de la letra a) del artículo 53, relativo a las plazas de garaje y locales, lo que contribuye a la transformación de garajes en locales comerciales, lo que produce incumplimientos en materia de estándares urbanísticos¹⁰⁰ y déficit de plazas de garajes en zonas urbanas.

8.4.- El fenómeno de los “lofts”

El concepto de “loft” proviene de los países anglosajones, siendo un concepto jurídico indeterminado, que no tiene respaldo en las definiciones tradicionales del derecho urbanístico.

La idea es construir un edificio, sobre suelo calificado como de uso industrial o terciario con todas las instalaciones generales, para posteriormente comercializar partes diáfanos que serían apartamentos o “lofts”, que los adquirentes se encargarían de adaptar. Desde el punto de vista del promotor, éste ejecuta la construcción de un edificio plenamente acorde con los usos permitidos por el Plan General, siendo responsabilidad del adquirente la solicitud de licencias para adecuar el inmueble a un uso residencial.

Dos problemas se plantean al adquirente:

a).- el destino del inmueble: los propietarios deben destinar de acuerdo con el artículo 9 del Real Decreto Legislativo 2/2008 los terrenos, construcciones y edificaciones a usos que no sean incompatibles con la ordenación territorial y urbanística. Por lo que urbanísticamente, sólo podrán construirse “lofts” cuando los usos previstos por el planeamiento sean terciarios y residenciales.

b) los suministros de servicios, para la contratación de los servicios o suministros las empresas suministradoras exigirán licencia de primera ocupación.

Algunos Ayuntamientos¹⁰¹ han regulado mediante Ordenanza el fenómeno. A mi juicio es necesario que el Planeamiento prevea estos usos mixtos, dimensionando las infraestructuras, los estándares urbanísticos y las dotaciones públicas necesarias de acuerdo con la población que se prevé habite en la zona de ordenación.

No olvidemos que el fenómeno es una pérdida de garantías para el adquirente, ya que al no ser conceptualizado como un edificio residencial no será obligatorio el seguro decenal.

V CONCLUSIONES

Primera.- La Coordinación entre el Urbanismo y el Registro ha mejorado a lo largo del tiempo, no obstante no es una relación tan perfecta como pudiera pensarse. El hecho de que en nuestro derecho hipotecario la inscripción registral sea voluntaria dificulta sobre manera el acceso al Registro de la Propiedad de los actos urbanísticos.

Segunda.- Existencia de lagunas legales en el procedimiento contencioso administrativo y en la legislación hipotecaria que dan lugar a que pueda dictarse sentencias anulando licencias ilegales y sin que hayan intervenido en el proceso los titulares de dominio y cargas. Desde aquí se preconiza que sea preceptiva y obligatoria la anotación del artículo 56 del Real Decreto 1093/1997, y que se modifique o se interprete el artículo 49 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción

Contencioso Administrativa en el sentido de considerar interesados en el procedimiento contencioso administrativo a los titulares de dominio y cargas, así como de los arrendatarios.

Tercera.- La generosa interpretación del artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, permite que sigan accediendo al Registro edificaciones sin licencia., lo que genera inseguridad y complejidad.

Cuarta.- Insatisfactoria regulación del silencio administrativo y de sus efectos, ya que a pesar de la cautela del artículo 54 del Real Decreto 1093/1997 el procedimiento es insuficiente ya que el Registro no va a advertir de la posible pendencia de una licencia obtenida por silencio y no ajustada al planeamiento

Quinta.- Loable intención, pero confusión por el legislador de la LOE entre legalidad urbanística y garantías civiles, al exigir el seguro decenal con motivo de la declaración de obra nueva y no en el momento de la transmisión de la vivienda.

Sexta.- El derecho a la vivienda que consagra nuestra Constitución en el artículo 47 no nos debe hacer perder de vista que la propiedad tiene una configuración legal, que la transformación de locales en viviendas (los famosos lofts) no deben encubrir fraudes, ni pueden suponer la vulneración de estándares urbanísticos, ni deben dar lugar a situaciones de infravivienda.

VI BIBLIOGRAFIA

ARNAIZ EGUREN, R, “Aspectos civiles y registrales en la declaración de obra nueva. El alcance y significado del artículo 25 de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones de 25 de julio de 1990”, *RCDI* n° 607, 1991.

ARNAIZ EGUREN, R, *La Inscripción registral de actos urbanísticos*, Marcial Pons. 1991.

ARNAIZ EGUREN, R. *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, Marcial Pons, Madrid, 1995, RDU n° 225.

AVEZUELA y R.M VIDAL MONFERERR, “*Comentarios a la Ley del Suelo*” Tirant Lo Blanc, 2007.

AVILA NAVARRO, “La Ley de Ordenación al Registro”, *LA LEY*, nº 5013 de 2000, citado por CARRASCO PERERA.

BALLUGERA GÓMEZ, J.M , “Segregación y División de viviendas”, *Boletín del Colegio de Registradores* nº 39.

BENAVIDES DEL REY, “Algunas consideraciones sobre el Registro de la Propiedad, y su papel en la política de urbanismo”, *RCDI*, número 538, mayo-junio 1980, consultado en vlex.com , el día 8 de septiembre.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B “ Connotaciones Hipotecarias de la Ley del Suelo” *RCDI* nº 604.

CARBONIER, *Droit Civil III, Les Biens*, 15ª ed. París 1992, página 181 y 182.

CARRASCO PERERA, A. ; CORDERO LOBATO E.; y GONZÁLEZ CARRASO, C., “Derecho de la Construcción y la Vivienda”, Editorial Dilex S.L , 2006.

CARRASCO PERERA, A. *Relaciones Civiles con Contenido Urbanístico*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

CARRASCO PERERA, A., “Comentarios a la RDGRN de 8 de febrero de 2003” *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, número 62, mayo-septiembre 2003.

CARRASCO PERERA, A; CORDERO LOBATO, E; GONZÁLEZ CARRASCO C., “*Derecho de la Construcción y la vivienda*” Editorial Dilex S.L, Madrid, 2008.

CARRASCO PERERA,A: CORDERO LOBATO, E.; GONZÁLEZ CARRASO C., “Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación”, Thomson- Aranzadi, Pamplona , 2005, 3ª Edición.

CORRAL DUEÑAS, F, “Regulación de las parcelaciones en suelo rústico”, *RCDI* nº 649, pag. 1849; y “Agrarismo en la Publicidad Registral” *RCDI* nº 675, versión consultada en www.vlex.com el día 23 de agosto de 2008.

CORRAL DUEÑAS, F., “Comentarios a la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias “ RCDI nº 630, 1995.

COSSIALS UBACH, A.M., “La Transmisión de finca inferior a la Unidad Mínima de Cultivo”, *RCDI* nº 707.

CHICO ORTIZ, J.M “La Propiedad Urbanística y el Registro de la Propiedad” *RCDI* nº 602.

CHICO Y ORTIZ, J.M., “Lo jurídico y lo urbanístico”, *Revista de Derecho Urbanístico*, número 44, julio-agosto-septiembre, 1975.

DE PABLO CONTRERAS, P., “Limitaciones jurídico privadas de la propiedad”, *Curso de Derecho Civil Derechos Reales. (III)*, Ed. Colex. Madrid 2004.

DELGADO DE MIGUEL. J.F, “*Instituciones de Derecho Privado*” Tomo II, Reales Volumen 1º, Editorial Civitas, Madrid, 2004.

DÍAZ DE LEMUS, M., *Derecho Civil de Bienes, Derechos reales e inmobiliario registral*. Tomo II, Dykinson, Madrid, 2003.

DÍAZ FRAILE, J.M. “El tratamiento registral de la obra nueva en la ley 8/2007, de 28 de mayo de Suelo”, *Diario La Ley*, nº6824, 20 de noviembre de 2007.

DIEZ PICAZO, L, “*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*” Volumen II, Tecnos , Madrid, 1983.

ECHEVARRÍA SUMMERS F. en “*Comentarios al Código Civil*” BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R, (Coordinador). Aranzadi , 2ª Edición, Pamplona, 2006.

FERNÁNDEZ, T.R. *Manual de Derecho Urbanístico* El Consultor, Madrid, 2005, 18ª Edición.

FUENTES SANCHIZ, N, “Entorno al Urbanismo. Política del Suelo y Registro de la Propiedad “ *RCDI* número 422- 423.

FUERTES LOPEZ, M. “Inscripción registral de garantías y derechos urbanísticos”, en *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, Thomson-Aranzadi, 2008.

FUERTES LÓPEZ ,M., “La inscripción de antiguas construcciones, ¿medio para inscribir edificaciones ilegales? *RCDI*, Nº 663, ver-

sión consultada en la pagina www.lex.com, el día 10 de agosto de 2008.

GALLEGO ANABITARTE, A. “Sobre la Propiedad: Observaciones histórico-dogmáticas y actuales”.

GARCÍA CONESA, A. “Análisis del artículo 20 y concordantes de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación”, Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña, número 87, 2000.

GARCIA DE ENTERRIA E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. “*Curso de Derecho Administrativo*” Tomo II, Editorial Civitas, 8ª Edición, Madrid 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho Urbanístico*, vol II, Civitas, Madrid, 1981.

GÓMEZ MELERO, G. *Las Licencias Urbanísticas en Castilla La Mancha*, La Ley, Madrid, 2008.

GARCIA GARCIA, J.M , “*Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*” Tomo V, Editorial Civitas, 1999.

GARCIA GARCIA, J.M, “Segregación y división de pisos en relación con el artículo 53 a) del Reglamento de Urbanismo de 4 de julio de 1997”, Boletín del Colegio de Registradores nº 15 (2ª época).

GARCÍA GARCIA, J.M. “El Registro de la Propiedad y el Urbanismo en la Ley del Parlamento de Cataluña de 18 de noviembre de 1981”, *Revista Jurídica de Cataluña*, número 3/1982.

GARCÍA LOPEZ, P. “Construcciones efectuadas en régimen de autopromoción individual y exoneración de la obligación de constituir las garantías previstas en la Ley de Ordenación de la Edificación”, *Diario La Ley* nº 6262, 27 mayo, 2005, versión consultada en la página web <http://print.wke.es> el día 31 de julio de 2008.

GARCÍA MAS,F.J., “Comentarios a la Ley 19/1995, de 4 de julio de modernización de explotaciones agrarias”, *Actualidad Civil* , número 30, 22-28 de julio de 1996.

GÓMEZ GALLIGO, F.J, *Lecciones de Derecho Hipotecario*, 2º Edición, Marcial Pons.

GÓMEZ MELERO, G . “*La Intervención Administrativa sobre la edificación y el Uso del Suelo*” Tesis Doctoral, Consejo Económico y Social de Castilla La Mancha, 2008.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Nuevo régimen de las licencias de urbanismo*. Publicaciones Abella. El Consultor, Madrid ,1991.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. “*Comentario a la Ley del Suelo*” Thomson Civitas, Madrid, 2007.

GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, P “*Parcelaciones*” Conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado el 15 de junio de 1998, en VVAA, Academia Sevillana del Notariado, Tomo XII, Ed. Edersa, Madrid , 2000, consultado en <http://vlex.com/vid/234835> (24/08/2008).

HERNANDEZ-GIL MANCHA, J.L “La división de fincas rústicas después del Real Decreto 1093/1997: el caso de Castilla y León”, en *La Notaría*, número 6/2000, junio de 2000, versión consultada en vlex.com, el día 25 de agosto.

IGLESIAS GONZÁLEZ, F. “*Licencias Urbanísticas*” Edit Lefebvre, 2006.

JIMÉNEZ CLAR, A., “ Modificaciones introducidas en la Ley de Ordenación de la Edificación por el artículo 105 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social”, *La Notaría*, nº 2, 2003.

LACRUZ BERDEJO, JL y SANCHO REBULLIDA, F, *Derecho Inmobiliario Registral* . Bosch. Barcelona, 2ª edición, 1984.

LANZAS MARTÍN, E.P. “Inscripción de Declaración de obra nueva sin licencia (Comentarios a la Jurisprudencia de la DGRN en materia de urbanismo”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Numero 679, Consultada en la Web vlex.com en fecha 22 de junio de 2008.

LANZAS MARTIN, E.P., “Inscripción de declaración de obra nueva sin licencia, (Comentarios a la Jurisprudencia de la DGRN en materia de urbanismo”, *RCDI* nº 679, consultada en la página web vlex.com, versión de 22 de junio de 2008.

LASO MARTÍNEZ, J.L. “Ilícitud administrativa y validez civil” en *“Estudio homenaje a Tirso Carretero”*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1995, páginas 1169 y ss: CABELLO DE LOS MOZOS, “Disciplina Urbanística y publicidad registrasl” *RCDI*, nº 604 bis, mayo-junio, 1991.

LASO MARTÍNEZ, J.L., “Inscripción de obra nueva en la Ley de reforma del régimen urbanístico y de valoraciones del suelo de 25 de julio de 1990”, *RCDI*, °Nº 601.

LÓPEZ FERNÁNDEZ , L.M. “La incidencia de la Ley 6/98 en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* , núm. 161.

LÓPEZ FERNANDEZ, L.M “ Algunos aspectos de las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre inscripción de actos de naturaleza urbanística” *Anuario de Derecho Civil* .

LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M., *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, número 41.

MANZANO SOLANO, A *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Centro de Estudios Registrales, 2008.

MENDEZ GONZÁLEZ, F “Registro de la Propiedad y Ley del Suelo” Ciudad y Territorio, nº 152-153.

MENDEZ GONZALEZ, F. “Registro de la Propiedad y Ley del Suelo” *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 698.

MENENDEZ SEBASTIAN, E, “La función social de la propiedad y su repercusión en los supuestos indemnizatorios de la Ley 8/2007 de Suelo y los espacios naturales protegidos *Justicia Administrativa* , Num. 38, 2008.

MILLÁN SALAS, F., “ De la unidad mínima de cultivo a la unidad mínima de explotación”, en CARRASCO PERERA, Y CARRETERO GARCÍA, *“El derecho agrario entre la Agenda 2000 y la Ronda del Milenio”* Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca 2001.

MORELL OCAÑA, L., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Aranzadi, Pamplona ,1998, Cuarta Edición.

MUÑOZ MACHADO, S., “Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General” II, Editorial Iustel Madrid 2006, 1ª Edición.

MURIEDAS MAZORRA, “Autopromoción y Seguros Obligatorios”, *Lunes cuatro treinta*, nº 301, 2001.

PARADA VAZQUEZ, R. *Derecho Urbanístico General*, Marcial Pons, 2008.

PAREJO ALFONSO, L., “La Ordenación urbanística y el registro de la propiedad, un problema de coordinación”, RAP, número 88.

PEÑARRUBIA IZA, J, *La Intervención Administrativa en las divisiones y parcelaciones de fincas*, Editorial Montecorvo, 1999.

QUINTANA LÓPEZ, T., Coordinador, “El Silencio Administrativo. Urbanismo y Medio Ambiente” Tirant Lo Blanc, Valencia 2006.

QUINTANA REDONDO, “Parcelaciones Urbanísticas”, *Revista de Derecho Urbanístico*, número 8. mayo-junio 1968, págs 27 y 28.

RICO MORALES, N. , citado por F. García Mas y J Martín Vidal “Breves Comentarios a la Ley 38/1989, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación” RCDI nº 664, versión consultada en www.vlex.com el día 20 de agosto de 2008.

SÁNCHEZ GOYANES, E., “Especial Texto Refundido de La Ley del Suelo”, La Ley 2008, página 34.

SÁNCHEZ JORDÁN, M.J. “Los actos de parcelación contrarios a la normativa”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LX, 2007, fascículo III, pág. 1191.

SIFRÉ PUIG, R, F, “Sinopsis de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación en relación con la constitución de las garantías de su artículo 19 y el Registro de la Propiedad” RCDI , número 669, versión consultada en www.lex.com el día 20 de agosto de 2008.

VAQUERO RAMIRO, S. Y GONZÁLEZ BOTIJA, F., “El juego del Silencio administrativo en la concesión de licencias urbanísticas y en la legislación de montes: problemática a la hora de inscripción en el

Registro de la Propiedad” Revista de Derecho Administrativo nº 137, páginas 760 .

VELAMAZAN PERDOMO, G., “El cambio de destino de local a vivienda, de inmueble sujeto a régimen de propiedad horizontal: imperiosa necesidad de facilitarlo”, *Boletín Colegio Registradores* nº 146.

NOTAS:

1 PARADA VAZQUEZ. R, *Derecho Urbanístico General*, Marcial Pons, 2008, pág. 19.

2 GÓMEZ GALLIGO, FJ , *Lecciones de Derecho Hipotecario*, 2º Edición, Marcial Pons, pág 16.

3 GARCÍA GARCIA, J.M. “El Registro de la Propiedad y el Urbanismo en la Ley del Parlamento de Cataluña de 18 de noviembre de 1981”, *Revista Jurídica de Cataluña*, número 3/1982, página 7 y ss.

4 MANZANO SOLANO,A *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Centro de Estudios Registrales, 2008, págs 488 a 490.

5 F. MÉNDEZ GONZÁLEZ, “Registro de la Propiedad y Ley del Suelo” *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 698.

6 A.GALLEGO ANABITARTE, “Sobre la Propiedad: Observaciones histórico-dogmáticas y actuales”, RDU nº 225, pág 13.

7 MENÉNDEZ SEBASTIÁN,E. “La función social de la propiedad y su repercusión en los supuestos indemnizatorios de la Ley 8/2007 de Suelo y los espacios naturales protegidos *Justicia Administrativa*, Num. 38, 2008.

8 M. FUERTES LOPEZ, “ Inscripción registral de garantías y derechos urbanísticos”, en *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, Thomson-Aranzadi, 2008, págs 1001 y 1002.

9 R. ARNAIZ EGUREN, *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág 12.

10 M. FUERTES, *Urbanismo y Publicidad Registral*, Marcial Pons, 2º Edición , Madrid 2001, página 21.

11 Resolución de 11 de julio de 1963 (LA LEY 15/1963) y de 28 de septiembre de 1972.

12 R.ARNAIZ EGUREN, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 9.

13 Cataluña: Ley 9/1981, de 18 de noviembre; Madrid, Ley 4/1984, de 10 de febrero; Murcia, Ley 12/1986, de 20 de diciembre; Canarias, Ley 7/1990, de 14 de mayo; Navarra, Ley 7/1989, de 8 de junio.

14 LÓPEZ FERNANDEZ, L.M., “ Algunos aspectos de las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre inscripción de actos de naturaleza urbanística” *Anuario de Derecho Civil* , 200, página 1304.

15 LACRUZ BERDEJO, JL y SANCHO REBULLIDA, F, *Derecho Inmobiliario Registral* . Bosch. Barcelona, 2ª edición, 1984, pág 11.

16 LOPEZ FERNÁNDEZ L.M., “La incidencia de la Ley 6/98 en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* , núm. 161.

17 ARNAIZ EGUREN, R., “Aspectos civiles y registrales en la declaración de obra nueva. El alcance y significado del artículo 25 de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones de 25 de julio de 1990”, *RCDI* nº 607, 1991, págs 2169 y ss.

18 LANZAS MARTÍN, E.P. “Inscripción de Declaración de obra nueva sin licencia (Comentarios a la Jurisprudencia de la DGRN en materia de urbanismo”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Numero 679, Consultada en la Web vlex.com en fecha 22 de junio de 2008.

19 CHICO ORTIZ, “La Propiedad Urbanística y el Registro de la Propiedad” *RCDI* nº 602.

20 CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., “ Connotaciones Hipotecarias de la Ley del Suelo” *RCDI* nº 604.

21 LOPEZ FERNÁNDEZ, L.M., “La incidencia de la Ley 6/1998 en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio” *RDU* N° 161, consultado en la web vlex.com en fecha 2 de agosto de 2008.

22 DÍAZ FRAILE, J.M., “El tratamiento registral de la obra nueva en la ley 8/2007, de 28 de mayo de Suelo”, *Diario La Ley* nº6824, 20 de noviembre de 2007.

23 AVEZUELA J. y VIDAL MONFERERR, R.M “*Comentarios a la Ley del Suelo*” Tirant Lo Blanc, 2007, pág 232.

24 MENDEZ GONZÁLEZ,F., “Registro de la Propiedad y Ley del Suelo” *Ciudad y Territorio*, nº 152-153, página 473.

25 ARNAIZ EGUREN, R, “Aspectos civiles y registrales en la declaración de obra nueva. El alcance y significado del artículo 25 de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones de 25 de julio de 1990”, *RCDI* nº 607, 1991, págs 2158 y 2159.

26 CARRASCO PERERA ,A., CORDERO LOBATO, E. Y GONZÁLEZ CARRASO, C., “Derecho de la Construcción y la Vivienda”, Editorial Dilex S.L, 2006, página 103.

27 Esta Resolución tenía por objeto la inscripción de una obra nueva, destinada a Centro de Salud, declarada por un Ayuntamiento sobre finca inscrita a su favor en concepto de bien propio.

28 GARCIA GARCIA, J.M , “*Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*” Tomo V, Editorial Civitas, 1999, página 447.

29 RDGRN de 18 de junio de 1991 y 24 de abril de 1998.

30 FUERTES LÓPEZ M., *Urbanismo y Publicidad Registral*, obra citada, página 199.

31 Citado por ARNAIZ EGUREN, R., “La inscripción registral de los actos urbanísticos “ obra citada, página 357.

32 Regulados en el Decreto 462/1971, de 11 de marzo, y en la Orden de 9 de junio de 1971.

33 RDGRN de 5 y 17 de enero, 16 de junio de 1995 (LA LEY 12278 y 12285/1995) y LA LEY 787-RN 1995.

34 G. GOMEZ MELERO, G., *“La Intervención Administrativa sobre la edificación y el Uso del Suelo”* Tesis Doctoral, Consejo Económico y Social de Castilla La Mancha, 2008, pág 135.

35 SSTs, entre otras, de 2 de junio de 1992 (LA LEY JURIS 5127/1992), de 22 de enero de 1996 (LA LEY JURIS 3311/1996).

36 R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Urbanístico General*, obra citada, páginas 176 y 177.

37 EL artículo del D 28/1999, de 21 de enero, de Disciplina Urbanística de Galicia, dispone que : “El acto por el que se otorgue la licencia debe consignar expresamente, además de cualesquiera otras especificaciones requeridas por las disposiciones vigentes o que el órgano considere oportuno incluir, los siguientes extremos:

- a) Clasificación y calificación urbanística del suelo objeto de la actuación.
- b) Finalidad de la actuación y uso a que se destinan.
- c) Altura, volúmenes y ocupación de parcelas permitidos.
- d) Cuantía en que se presupuestan las obras.
- e) Situación y emplazamiento de las obras.
- f) Nombre o razón social del promotor.
- g) Técnico autor del proyecto y director de las obras.
- h) plazos para el inicio y terminación de las obras.

El artículo 79 de la Ley 10/1990, de 23 de octubre de Disciplina Urbanística de Baleares, establece que “el acto por el que se concede la licencia deberá consignar expresamente, además de cualesquiera otras especificaciones requeridas por las disposiciones vigentes o que el órgano otorgante considere oportuno incluir los siguientes extremos:

- a) la naturaleza urbanística del suelo objeto de la actuación.
- b) finalidad de la actuación y uso a que se destinará.
- c) altura, volúmenes y ocupación de la parcela permitidos.
- d) cantidad en la que se presupuestan las obras.

e) en suelo no urbanizable, fecha del acuerdo de la Comisión Insular de Urbanismo o indicación de las normas de las cuales no resulte preceptivo este trámite.

38 “1 Cuando la administración General del Estado y sus Organismos Autónomos promuevan actos sujetos a intervención municipal previa y razones de urgencia o excepcional interés público lo exijan, el Ministro competente por razón de la materia podrá acordar la remisión al Ayuntamiento correspondiente del proyecto de que se trate, para que en el plazo de un mes notifique la conformidad o disconformidad del mismo con la ordenación urbanística en vigor.

En caso de disconformidad, el expediente se remitirá por el Departamento interesado al Ministro de Vivienda, quien lo elevará al Consejo de Ministros, previo informe del órgano competente de la Comunidad Autónoma, que se deberá emitir en el plazo de un mes. El Consejo de Ministros decidirá si procede ejecutar el proyecto, y en este caso ordenará la iniciación del procedimiento de alteración de la ordenación urbanística que proceda., conforme a la tramitación establecida en la legislación reguladora.

2. El Ayuntamiento podrá en todo caso acordar la suspensión de las obras a que se refiere el apartado 1 de este artículo cuando se pretendiesen llevar a cabo en ausencia o en contradicción con la ordenación urbanística y antes de la decisión de ejecutar la obra adoptada por el Consejo de Ministros, comunicando dicha suspensión al órgano redactor del proyecto y al Ministro de Vivienda, a los efectos prevenidos en el mismo.

3.- Se exceptúan de esta facultad las obras que afecten directamente a la defensa nacional, para cuya suspensión deberá mediar acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Vivienda, previa solicitud del Ayuntamiento competente e informe del Ministerio de Defensa.

39 SSTC 77/84, de 3 de julio, LA LEY 8951-JF0000 y 149/91, de 4 de julio, LA LEY 58074-JF000.

40 GARCIA DE ENTERRIA, E., Y PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Civitas Madrid, 1981, página 731.

41 En efecto el artículo 100 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley

Reguladora de Haciendas locales, tras definir el ICIO como un impuesto indirecto cuyo hecho imponible está constituido por la realización del dentro del término municipal de cualquier construcción, instalación u obra para la que se exija obtención de la correspondiente licencia de obras o urbanística, se haya obtenido o no dicha licencia, siempre que su expedición corresponda al Ayuntamiento de la imposición. Ya que si el acto está sujeto a licencia urbanística, es indiferente que ésta se otorgue o no, lo importante es su sujeción.

42 179.1 del TRLOTAU Las actuaciones que no se adecuen a la ordenación territorial y urbanística tendrán la consideración de ilegales. El nº 3 establece que la existencia de acto administrativo legitimador de operaciones no será obstáculo para la adopción de las medidas previstas en la presente sección.

43 Esta RDGRN ha sido comentada por J.L LASO MARTÍNEZ, "Anulación de Licencia de Edificación y sus efectos frente a terceros", *RCDI* nº 699, págs 376 a 383.

44 RDRGN de 2 de junio de 2006 en su Fundamento de Derecho segundo establece "En la propiedad urbana, de acuerdo con el principio de subrogación real las limitaciones del dominio afectan con transcendencia real a todo adquirente posterior, y si bien es cierto que parece atentar contra el principio de publicidad y seguridad del tráfico, no lo es menos que aquél se encuentra resguardado por la Ley de tal modo que las limitaciones derivadas del Urbanismo en manera alguna pueden ser catalogadas como las antiguas cargas ocultas, pues este principio de la subrogación real se da respecto de toda transmisión de bienes afectados por alguna función administrativa y estas limitaciones han sido configuradas por la más moderna corriente civilista como obligaciones propter rem, que afectan al propietario de la finca, por el mero hecho de serlo, sin que el actor pueda pretender ampararse en la literalidad del artículo 34 de la LH.

45 SÁNCHEZ GOYANES, E. también mantiene que el actual artículo 19 del Real Decreto Legislativo 2/2008 es un supuesto de subrogación real. "Especial Texto Refundido de La Ley del Suelo", La Ley 2008, página 34.

46 En el ámbito autonómico castellano-manchego, la Defensora del Pueblo de Castilla La Mancha en su Informe del año 2006, pone de manifiesto que el 63,01% de las quejas relativas a procedimiento administrativo versan sobre silencio administrativo.

47 QUINTANA LÓPEZ, T., Coordinador, “El Silencio Administrativo. Urbanismo y Medio Ambiente” Tirant Lo Blanc, Valencia 2006, página 23.

48 SSTJCE Comisión contra Italia de 28 de febrero de 1991, y Comisión contra Bélgica de 14 de junio de 2001, en relación con la inidoneidad del silencio administrativo en los procedimientos autorizatorios en materia ambiental.

49 54 Artículo 161.3 del TRLOTAU: el transcurso del plazo máximo para resolver desde la presentación de la solicitud, sin notificación de resolución alguna, determinará el otorgamiento de la licencia interesada por silencio administrativo.

50 Artículo 162.1 del TRLOTAU: “ en ningún caso podrán adquirirse facultades o derechos en contra de la ordenación territorial y urbanística.

51 VAQUERO RAMIRO, S. y GONZÁLEZ BOTIJA, F., “El juego del Silencio administrativo en la concesión de licencias urbanísticas y en la legislación de montes: problemática a la hora de inscripción en el Registro de la Propiedad” Revista de Derecho Administrativo nº 137, páginas 760 y 761.

52 STSJ MADRID (Sala de lo Contencioso Administrativo Sección 2ª) de 13 de diciembre de 2005, de 17 de marzo de 2005, 11 de noviembre de 2004.

53 GARCIA DE ENTERRIA, E y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Curso de Derecho Administrativo” Tomo II, Editorial Civitas, 8ª Edición, Madrid 2002, página 599.

54 SSTSJ de Castilla La Mancha de 9 de mayo de 2005 (LA LEY 102401/2005) , de 12 de febrero de 2003 (LA LEY 30721/2003).

55 GÓMEZ MELERO, G., “ La intervención administrativa sobre la edificación y uso del suelo en Castilla La Mancha”. Obra citada, página 451.

56 Resoluciones de 17 de junio, 23 de junio de 2004 y de marzo de 2005.

57 Resoluciones de 27, 28 y 31 de mayo 2002 y 7, 9 y 10 de septiembre de 2002.

58 En esta Resolución de 23 de febrero de 2006, La DGRN ha sentado la doctrina de que “el Registrador, dados sus limitados medios de calificación, carecerá, según la documentación aportada, de elementos de juicios suficientes para apreciar si el derecho que se pretende adquirido por silencio es o no contrario al planeamiento, por lo que tendrá que actuar dando por adquirido el mismo y practicar el correspondiente asiento, quedando abierta a la Administración la vía judicial para impugnar la validez del acto cuyo acceso registral considere improcedente.

59 Según el artículo 99 del Reglamento Hipotecario la calificación registral de los documentos administrativos se extenderá, en todo caso, a la competencia del órgano, a la congruencia de la resolución con la clase de expediente o de procedimiento seguido, a las formalidades extrínsecas del documento presentado, a los trámites e incidencias esenciales del procedimiento, a la relación de éste con el titular registral y a los obstáculos que surjan del Registro.

60 DÍAZ DE LEMUS, M., *Derecho Civil de Bienes, Derechos reales e inmobiliario registral*. Tomo II, Dykinson, Madrid, 2003, página 315.

61 La Resolución de 22 de marzo de 2005, deniega la inscripción de una escritura de obra nueva en construcción en Tossa del Mar, al considerar que no pueden ser adquiridas por silencio administrativo facultades contrarias a la ley o al planeamiento urbanístico. Aunque comparte la doctrina de los medios limitados del Registrador da un paso adelante en su Fundamento Tercero justificando la denegación de la inscripción por ser palmariamente contrario al planeamiento.

62 FUERTES, M., *Urbanismo y Publicidad Registral*, obra citada, páginas 267-268.

63 LANZAS MARTIN, “Inscripción de declaración de obra nueva sin licencia, (Comentarios a la Jurisprudencia de la DGRN en materia de urbanismo”, *RCDI* nº 679, consultada en la página web vlex.com, versión de 22 de junio de 2008.

64 La RDGRN 16 de noviembre de 1991 no considera necesario para inscribir la declaración de obra nueva, por no venir dicho requisito exigido por la legislación hipotecaria, no correspondiendo a notario ni al registrador velar por el cumplimiento de la legalidad urbanística.

65 J.L LASO MARTÍNEZ, “Inscripción de obra nueva en la Ley de reforma del régimen urbanístico y de valoraciones del suelo de 25 de julio de 1990”, *RCDI*, nº 601 página 534; J.M. CHICO ORTIZ, “La propiedad urbanística y el Registro de la Propiedad” *RCDI*, nº 603, página 151.

66 L.M LÓPEZ FERNÁNDEZ, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 41, págs 511-523.

67 M. FUERTES, “La inscripción de antiguas construcciones, ¿medio para inscribir edificaciones ilegales? *RCDI*, nº 663, página 4 de la versión consultada en la página www.lex.com, el día 10 de agosto de 2008.

68 Citada por E. GARCÍA DE ENTERRIA Y TR FERNANDEZ RODRIGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, obra citada, página 214.

69 L.MORELL OCAÑA, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Aranzadi, Pamplona ,1998, Cuarta Edición, página 108.

70 S. MUÑOZ MACHADO “Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General” II, Editorial Iustel Madrid 2006, 1ª Edición, páginas 940 y 941.

71 Artículo 187 TRLOTAU. La prescripción de las infracciones.

1. Las infracciones prescribirán en los siguientes plazos:

Las muy graves a los cinco años.

Las graves en el plazo de tres años.

Las leves en un año.

2. El plazo de prescripción empezará a contar, en el caso de operaciones clandestinas desde el momento en que se den las condiciones para que puedan ser conocidas por la Administración. En el resto de los supuestos el cómputo comenzará con la terminación o cese de la operación o actividad urbanística considerada como infracción.

72 La Exposición de Motivos de la citada Ley 38/1999, de 5 de noviembre trata de justificar la norma en base a que “la tradicional regulación del suelo contrasta con la falta de una configuración legal de la construcción de los edificios, básicamente establecida a través del Código Civil y de una variedad de normas cuyo conjunto adolece de

serias lagunas en la ordenación del complejo proceso de edificación, tanto respecto a la identificación, obligaciones y responsabilidades de los agentes que intervienen en el mismo, como en lo que se refiere a las garantías para proteger al usuario.

73 GARCÍA CONESA, A. “Análisis del artículo 20 y concordantes de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación”, Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña, número 87, 2000, pág. 320.

74 CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASO, C. “Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación”, Thomson- Aranzadi, Pamplona , 2005, 3ª Edición, página 438.

75 SIFRÉ PUIG,R.F., “Sinopsis de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación en relación con la constitución de las garantías de su artículo 19 y el Registro de la Propiedad” *RCDI* , número 669, versión consultada en www.lex.com el día 20 de agosto de 2008.

76 RICO MORALES ,N. citado por F. García Mas y J Martín Vidal “Breves Comentarios a la Ley 38/1989, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación” *RCDI* nº 664, versión consultada en www.vlex.com el día 20 de agosto de 2008.

77 AVILA NAVARRO, “La Ley de Ordenación al Registro”, *LA LEY* , nº 5013 de 2000, citado por CARRASCO PERERA, en obra citada..

78 CORDERO LOBATO, E., “Comentario al artículo 9LOE” en Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación, Obra citada ,página 204, precisa esta autora que la redacción del artículo 9 de la LOE, en la versión del Proyecto, no coincide con la actual de la Ley, redacción vigente que se introdujo en el Informe de la Ponencia (BOCG, Congreso, Serie A, número 163-11, de 15 de junio de 1999) que aceptó una enmienda del Grupo parlamentario vasco (EAJ-PNV). Pero la motivación de la enmienda pone de manifiesto que su finalidad no era la de introducir en el precepto la autopromoción, sino la de evitar que transmitir la titularidad del edificio fuera una obligación.

79 CARRASCO PERERA, A, “Comentarios a la RDGRN de 8 de febrero de 2003” *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, número 62, mayo-septiembre 2003, págs 707-708.

80 El supuesto planteado es que una sociedad en calidad de autopromotor individual construye una vivienda unifamiliar, se hace la declaración de obra nueva sin aportarse el seguro decenal. La Sr. Registradora entiende que una persona jurídica nunca pueda destinar la vivienda unifamiliar a uso propio. La DGRN estima el recurso al entender que también las personas jurídicas pueden ser autopromotores individuales.

81 La Resolución Circular de 3 de diciembre de 2002, de la DGRN sobre la interpretación que debe darse a las modificaciones introducidas en la disposición adicional 2ª de la Ley 38/1999, por el artículo 105 de la Ley 53/2002.

82 JIMÉNEZ CLAR, A. , “ Modificaciones introducidas en la Ley de Ordenación de la Edificación por el artículo 105 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social”, *La Notaría*, nº 2, 2003, pág. 56.

83 GARCÍA LOPEZ, P., “Construcciones efectuadas en régimen de autopromoción individual y exoneración de la obligación de constituir las garantías previstas en la Ley de Ordenación de la Edificación”, *Diario La Ley* nº 6262, 27 mayo, 2005, página 8 de la versión consultada en la página web <http://print.wke.es> el día 31 de julio de 2008.

84 MURIEDAS MAZORRA, “Autopromoción y Seguros Obligatorios”, *Lunes cuatro treinta*, nº 301, 2001, páginas 12 y siguientes.

85 Artículo 53 del Real Decreto 1093/1997 Requisitos de los títulos de constitución de propiedad horizontal.

En las escrituras de división horizontal o de modificación de las mismas, se aplicarán las siguientes reglas:

A) No podrán constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite mediante nueva licencia concedida de acuerdo con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente que se permite mayor número. No será de aplicación lo dispuesto en este número a las superficies destinadas a locales comerciales o a garajes, salvo que del texto de la licencia resulte que el número de locales comerciales o de plazas de garaje constituye condición esencial de su concesión.

b) Cuando el objeto de la transmisión sea una participación indivisa de finca destinada a garaje, que suponga el uso y disfrute exclusivo de una zona determinada, deberá incluirse en el título de la descripción pormenorizada de la misma, con fijación de su número de orden, linderos, dimensiones perimetrales y superficie útil, así como la descripción correspondiente a los elementos comunes.

86 CARBONIER, *Droit Civil III, Les Biens*, 15^a ed. París 1992, página 181 y 182, citado por DE CASTRO VITORES G. “Interés particular y poder comunitario en la propiedad horizontal: el criterio de la máxima utilidad del inmueble” *RCDI*, n^o 706, páginas 579 y 580.

87 ARNAIZ EGUREN R. “La inscripción registral de actos urbanísticos”, obra citada página 389.

88 GARCIA GARCIA , J.M. “Segregación y división de pisos en relación con el artículo 53 a) del Reglamento de Urbanismo de 4 de julio de 1997”, *Boletín del Colegio de Registradores* n^o 15 (2^a época).

89 BALLUGERA GÓMEZ, J.M , “Segregación y División de viviendas”, *Boletín del Colegio de Registradores* n^o 39, página 1506.

90 CARRASCO PERERA, A; CORDERO LOBATO, E; GONZÁLEZ CARRASCO C., “*Derecho de la Construcción y la vivienda* “ Editorial Dilex S.L, Madrid, 2008, página 797.

91 La RDGRN de 25 de enero de 2002 admitió la sustitución de la licencia de obras por la licencia de ocupación, se trataba de la conversión de determinada plaza de aparcamiento en trastero, así como la desaparición de otros dos trasteros para convertirlos en zona de pasos, con la modificación correspondiente de la descripción y de las cuotas de participación

92 STS Sala Tercera, de 4 de abril de 1995 (LA LEY 7639/1995). Igualmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1994, se refiere al mismo concepto en los siguientes términos: Por obras menores entiende la doctrina y la jurisprudencia aquéllas que no afecten a la estructura o elementos sustentantes de un inmueble, tales como obras de cerramiento y vallado de fincas, cubrimiento de terrazas, anuncios luminosos , y que además, son de sencilla técnica, de escasa entidad constructiva y económica, de simple reparación, decoración o cerramiento, que no precisan de proyecto firmado por profesionales titulados ni de presupuesto elevado, según lo que resulta de un concep-

to de pura construcción doctrinal y jurisprudencial.

93 RENTERIA AROZENA, A., “La Conversión en el País Vasco de local en vivienda: su inscripción en el Registro de la Propiedad”, *Boletín Oficial del Colegio de Registradores*, número 136, página 1613.

94 El artículo 207 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco, sujeta la conversión del local en vivienda a la obtención de una licencia de cambio de uso y, eventualmente, de una licencia de obras.

95 VELAMAZAN PERDOMO, G., “El cambio de destino de local a vivienda, de inmueble sujeto a régimen de propiedad horizontal: imperiosa necesidad de facilitarlos”, *Boletín Colegio Registradores* nº 146, página 1307.

96 Resoluciones de 12 de diciembre de 1986(LA LEY 6363/1986): “No es imprescindible una permisión estatutaria expresa para que un uso quede sustraído a la prohibición del artículo 7 de la LPH. Antes al contrario, en los casos no previstos, será regla general la posibilidad de cualquier uso”.

Resolución de 20 de febrero de 1989(LA LEY 541/1989):”la amplitud del goce de cada departamento independiente puede ser restringida por el título constitutivo, pero la exigencia de interpretación estricta impone que tales límites han de ser formulados con claridad y precisión.

Resolución de 23 de marzo de 1998, señala que la mera descripción en el título constitutivo de la propiedad horizontal de un elemento privativo como local comercial no puede inferirse una atribución de destino cuya alteración suponga modificación de dicho título.

Resolución de 18 de julio de 1996 (LA LEY 9703/1996), en la que el supuesto de hecho es la inscripción en el Registro de la Propiedad de un escritura de división de en régimen de propiedad horizontal de un edificio chalet de tres plantas, resultando dos elementos privativos (planta baja y planta primera que tienen salida independiente a la vía pública. Resolución Comentada por LOPEZ FERNANDEZ, L.M en Apuntes de Jurisprudencial Registral, publicados en RDU nº 194, 2002, páginas 95 a 104.

Resolución de 25 de mayo de 2001(LA LEY 4481/2001) que trata sobre la modificación de un título de propiedad horizontal para transformar la portería en apartamento independiente.

97 El conocido como “Decreto Boyer” cuyo artículo 8 establecía que “los propietarios de fincas urbanas y los arrendatarios de éstas, con el consentimiento de aquéllos, podrán realizar libremente la transformación de viviendas en locales de negocio, salvo en disposición contraria, en su caso, en los Estatutos reguladores de las comunidades de propietarios, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7, párrafo tercero de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, relativo a actividades estatutariamente no permitidas, dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres, y de la obtención de las correspondientes licencias administrativas”.

98 Resoluciones de la DGRN de 15 y 16 de enero de 2002 (LA LEY 4059/2002).

99 La RDGRN de 3 de enero de 2008 en su Fundamento Tercero establece que no puede olvidarse que la regulación del silencio administrativo positivo determina , en garantía de los particulares , una vez transcurrido el plazo previsto, sin decisión del órgano administrativo , la producción de un acto administrativo susceptible de producir sus efectos ante cualquier persona, física o jurídica, pública o privada (artículo 43 , apdos 3 y 5 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), sin que obste a su posible calificación como acto nulo o anulable (artículos 62.1.f) y 63 apartados 1 y 2 de la misma Ley). En este último caso, la ineficacia del acto requerirá de la correspondiente declaración al efecto mediante el procedimiento de revisión legalmente establecido (artículo 102 de la citada Ley 30/1992).

100 Artículo 31.1 d) del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre (TRLOTAU), De acuerdo con lo que se determine reglamentariamente, en zonas de uso global residencial, deberá preverse una plaza de aparcamiento, como mínimo, por cada 100 metros cuadrados de techo residencial. En zonas de uso global no residencial, la proporción nunca será menor de una plaza por cada 200 metros de techo potencialmente del uso no residencial concreto previsto.

101 El Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes redactó ordenanza para regular el fenómeno (EL MUNDO , 21 de septiembre de 2004).

DICTÁMENES

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE EXPEDIENTE DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL TRAMITADO A INSTANCIA DE D. Z, A CONSECUENCIA DEL FALLECIMIENTO DE SU TÍA, D.^a X, DESPUÉS DE SER SOMETIDA A UNA INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA DE TIPO CARDIACO EN EL HOSPITAL H DE MADRID, AL SER DERIVADA POR EL SERVICIO DE SALUD DE CASTILLA-LA MANCHA (SESCAM)

Resulta de los ANTECEDENTES

Primero. Reclamación.- Con fecha 1 de septiembre de 2005 (en el Registro de entrada 5 de septiembre), D. Z presentó un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida al SESCAM en el que formulaba *“reclamación patrimonial en materia de responsabilidad médica frente al Servicio de Salud de Castilla-La Mancha y frente al Servicio Madrileño de Salud”* (sic). Con las mismas fechas presentó y le fue registrado idéntico escrito dirigido al Servicio Madrileño de Salud.

Se solicitaba una indemnización total de 120.000 euros como consecuencia del fallecimiento de D.^a X, tía del reclamante, con la que convivía desde hacía más de 30 años y quien le instituyó como único heredero.

La familiar del interesado falleció a los 55 años en el Hospital H, en Madrid, en fecha 9 de septiembre de 2004, donde fue hospitalizada para ser intervenida quirúrgicamente por el servicio encargado de la cirugía cardíaca.

Las causas de la muerte, según certificado de defunción aportado, fueron: causa inmediata, asistolia ventricular, y como causa fundamental, *“mediastinitis y sepsis por estafilococo a. (aureus) en postoperatorio de cirugía cardíaca”*.

El reclamante, expone lo siguiente:

“[...] X, con antecedentes de comisurotoma mitral cerrada hace treinta años. FA crónica. Episodio de EAP. Valvuloplastia mitral percutánea e implantación de marcapasos VVI por TSV y BAV variable con ablación de nodo AV,

fue revisada de sus dolencias en fecha 29 de abril de 2004 por el Servicio de Cirugía Cardíaca del Complejo W (Servicio de Salud de Castilla-La Mancha) [...] Sobre la base de dicho informe médico que recomienda cirugía de sustitución mitral y toda vez que por **motivos desconocidos** no iba a ser intervenida en dicho centro médico, la administración sanitaria de Castilla-La Mancha expide a la paciente hoy fallecida una **orden de asistencia** al centro médico (que no es de la red del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha), H. A buen seguro **ha de existir algún tipo de concierto entre los servicios** de Salud de Castilla-La Mancha y de Madrid a los referidos efectos de derivación de pacientes. Sobre la base de un diagnóstico provisional de “reestenosis mitral post comisurotomía” y con una intervención prevista de “reemplazo valvular”, de 7 de mayo de 2004 **X cumple el protocolo de inclusión** en lista de espera para intervención quirúrgica en el Hospital H, Madrid con una observación relativa al “consumo de sintrón”, graduándose la solicitud como “código 3”. [...] ingresa para ser intervenida quirúrgicamente (cirugía de sustitución mitral) en el Hospital H en Madrid en fecha 24 de agosto de 2004 una vez es avisada al efecto. [...] Tras la intervención quirúrgica la paciente fallece mientras convalecía de la intervención quirúrgica (en postoperatorio) en fecha 9 de septiembre de 2004”.

El reclamante sigue exponiendo “[...] “Murió a consecuencia de asistolia ventricular” [...] “Mediastinitis y sepsis por estafilococo a.(aureus) en postoperatorio de cirugía cardíaca””. “[...] Encontrándonos ante un supuesto previsible y por tanto evitable, X no tenía el deber de soportar el que se hubiese roto la cadena de asepsia que dio lugar a la infección que le ha causado la muerte (daño ilegítimo), de lo dicho se deduce un deficiente funcionamiento de la administración sanitaria en el marco y como consecuencia de la operación quirúrgica a la que fue sometido (nexo causal). Por tanto procede el que las administraciones ante la que comparezco reconozcan y estimen la concurrencia de responsabilidad objetiva o por el resultado de la administración sanitaria por la deficiente asistencia a X que le causa la muerte”. [...] El Hospital W **en donde le es indicada a la fallecida la intervención quirúrgica** consistente en sustitución mitral pertenece a la red sanitaria pública del Servicio de la Salud de Castilla-La Mancha y es **quién tramita la derivación** de X al Hospital H, en Madrid, **por no poder ser atendida la misma adecuadamente** en Castilla-La Mancha.” Y añade “... Los servicios de salud de Castilla-La Mancha y Madrid, han de tener una especie de concierto en virtud del cual el primero deriva al segundo a ciertos pacientes (caso de X) por no poder, por motivos que el compareciente desconoce, ser atendidos adecuadamente por los servicios médicos de Castilla-La Mancha”. “[...] **Es competente para resolver** la presente reclamación el Servicio de la Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) y Servicio Madrileño de la Salud en virtud de lo establecido en el artículo 106.2 de la Constitución y preceptos que lo desarrollan”.

Finalmente la imputación que se hace a cada servicio implicado se formula así: “[...] *El Servicio de Salud de Castilla-La Mancha, quien gestiona la red Sanitaria de Castilla-La Mancha en la que fue atendida X y quien tramita y remite por vía de concierto entre servicios la citada paciente al Hospital H dependiente del Servicio Madrileño de Salud y, el Servicio Madrileño de la Salud, titular responsable de la Clínica H en donde se prestó materialmente una atención quirúrgica que no fue la adecuada a tenor de lo expresado en las fundamentos básicos del presente escrito, son los responsables directos del daño que se ha producido en la persona de la paciente fallecida y del compareciente*”.

Al escrito de reclamación se acompañaron determinados documentos en apoyo de su pretensión, entre los que se encontraban el testamento firmado por la finada en el que aparecía el reclamante como único heredero, certificado de convivencia con la perjudicada, certificado médico de defunción y reclamación interpuesta por los mismos hechos ante el Servicio Madrileño de Salud.

Finalmente, en el escrito de reclamación se solicitaba la práctica de determinada prueba documental referida a los hechos en los que se funda la solicitud, señalando los archivos del Registro Civil Único de Madrid, del Complejo Hospitalario W, de la Oficina de Prestaciones del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha en Toledo, del Hospital H de Madrid, del Ayuntamiento de la Puebla de Almoradiel y de un Notario.

Segundo. Derivación y admisión de asistencia sanitaria.- Con fecha 17 de junio de 2004 se tramitó por la Dirección Médica del Complejo Hospitalario Q *“Propuesta de canalización de pacientes a servicios sanitarios distintos a los de referencia”*. En este documento consta respecto a D.^a X, lo siguiente: *“Diagnóstico: reestenosis miotral post-comisurotomía. Tratamiento requerido o tipo de técnica diagnóstica requerida: reemplazo valvular. Justificación clínica de la propuesta: En L.E.Q.”*.

Una vez incluida la paciente en lista de espera en la clínica madrileña indicada, (documento de protocolo de inclusión de fecha 7 de mayo de 2004, firmado también por la paciente), el Director gerente en su Orden de Asistencia de fecha 16 de julio de 2004 y mediante la misma comunica a la enferma que *“de acuerdo con las normas en vigor, relacionadas con prestaciones especiales de carácter obligatorio, esta Dirección ha tenido a bien acceder a la revisión clínica del titular... D.^a X, con petición de ingreso en el Servicio de C. Ext. Cirugía Cardiovascular el día 7 de mayo de 2004”*.

Tercero. Remisión de la reclamación al Servicio Madrileño de Salud (SERMAS).- Con fecha 7 de septiembre de 2005 el Jefe de Área de Inspección y Evaluación del SESCAM comunicó al reclamante que su escrito había sido trasladado a la Consejería de Sanidad y Consumo de la Comunidad de Madrid por considerarla el órgano competente para su resolución.

El 8 de septiembre de 2005 el Secretario General del SESCAM remitió a la Consejería de Sanidad y Consumo de la Comunidad Autónoma de Madrid dicha reclamación por considerar que la resolución era de su competencia.

La Directora General del SERMAS dirigió, con fecha 28 de septiembre de 2005, comunicación a la Secretaría General del SESCAM, en donde la misma se registró de entrada el 11 de noviembre de 2005. En dicho escrito se hacía constar que *“tras haber analizado y estudiado la misma [reclamación] adjunto les devolvemos el expediente al entender que no procede su remisión directa por no encuadrarse en el supuesto contemplado en el apartado 1 del artículo 20 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, considerando además que no es de nuestra competencia habida cuenta que la asistencia sanitaria prestada en el Hospital madrileño fue derivada por el SESCAM”*.

Cuarto. Acuerdo de inicio y admisión a trámite.- Adoptado acuerdo de inicio de procedimiento con fecha 12 de diciembre de 2005 por el Coordinador de la Oficina Provincial de Prestaciones del SESCAM en Toledo, el mencionado Coordinador cursó comunicación a la parte reclamante informándole de la fecha de entrada de su reclamación, de la tramitación correspondiente a la misma, conforme a las reglas previstas en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, de la identidad de la instructora del procedimiento, del plazo señalado legalmente para su resolución -seis meses- y de los efectos desestimatorios derivados, en su caso, del silencio administrativo a efectos impugnatorios.

Quinto. Informes médicos e Historia clínica de la paciente.- A la vista de la reclamación formulada y previa petición de la instructora, ha sido incorporada al expediente la historia clínica de la paciente obrante en el centro hospitalario imputado.

A dicha documentación se añade informe de 6 de marzo de 2006 del Jefe del Servicio de Cirugía Cardíaca del Complejo Hospitalario W, en el que se contienen determinadas valoraciones sobre los hechos que fundan la reclamación. Asimismo, consta el informe emitido el 20 de febrero de 2006 por el Jefe de Servicio de Cardiología del citado Complejo.

Sexto. Informe de la Inspección Médica.- Con fecha 3 de septiembre de 2007 se emitió informe por la Médica Inspectora de los Servicios Sanitarios asignada al procedimiento, en el que se indicaba que dicho informe *“hace referencia exclusivamente a la asistencia sanitaria prestada [...] en el CH y, en concreto, a su propuesta de derivación a la Clínica H de Madrid”* para que se procediera a la sustitución de la válvula mitral.

Se consideró que: *“el Servicio de Cardiología del CH efectuaba el seguimiento de la paciente a nivel ambulatorio y que tanto en abril del 2002 como en abril del 2004 consideró que precisaba una sustitución de la válvula mitral, procediéndose en ambos casos a su derivación al Servicio de Cirugía Cardíaca del Hospital H. En la segunda ocasión, la prescripción de la necesidad de la intervención fue corroborada por el Servicio de Cirugía Cardíaca del CH. La paciente fue intervenida en agosto del 2004 en la clínica H de Madrid con el resultado de fallecimiento”*.

En virtud de lo antedicho y a modo de propuesta, expresa dicho documento que la asistencia sanitaria que se prestó a la paciente en el Complejo Hospitalario W *“fue correcta en todo momento, tanto durante el seguimiento efectuado a lo largo de los años como en la indicación de proceder a la sustitución valvular, no apreciándose relación de causalidad entre la misma y el daño reclamado, por lo que la propuesta que se dirige [...] es la desestimar la reclamación [...]”*.

Séptimo. Trámite de audiencia.- El 29 de octubre de 2007 el interesado recibió notificación del correspondiente trámite de audiencia por un plazo de 15 días.

No consta que se efectuara alegación alguna.

Octavo. Propuesta de resolución.- Con fecha 10 de octubre de 2008 fue formulada propuesta de resolución por parte del Secretario General del SESCAM, proponiendo *“desestimar la reclamación interpuesta por Don Z en virtud de la cual solicita se le indemnice por el fallecimiento de D.^a X tras intervención quirúrgica que se le realizó a la misma en el Hospital H de Madrid”*.

Noveno. Informe del Gabinete Jurídico.- Por último, previa petición cursada al efecto, con fecha 22 de octubre de 2008 se emitió informe por parte del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades en relación con el expediente y propuesta de resolución analizados, en el que el Letrado informante fundamenta que *“tratándose como se trata de una patente falta del legitimación pasiva, puesto que incluso es reconocido de contrario que la actuación médica origen de la reclamación tuvo lugar en un*

Hospital del Servicio de Salud de la Comunidad de Madrid, no se debió entrar a instruir el procedimiento sino que se debió, en su día, acordar su inadmisión a trámite, y ello en beneficio del propio interesado, que se le hubiera evitado tener que esperar durante más de dos años, para finalmente tener que derivar su reclamación a la Administración autora de la actuación objeto de la reclamación”.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en el que tuvo entrada el día 3 de diciembre de 2008.

CONSIDERACIONES

I

Carácter del dictamen.- El procedimiento que motiva la solicitud de dictamen trae causa de una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración en virtud de la cual se interesa del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) el pago de una indemnización reparadora de los perjuicios atribuidos a la atención sanitaria recibida por la tía del reclamante, perjuicio consistente en el fallecimiento de la paciente.

Las actuaciones del procedimiento tramitado se han conducido con sujeción a las reglas formales acogidas en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, aprobatorio del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, en cuyo artículo 12.1 se establece: *“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 artículo 54.9.a) de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, prevé, por su parte, que este último órgano 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.

Así, como quiera que los daños aducidos han sido valorados por el reclamante en 120.000 euros, excediendo esa cantidad de la suma a la que se anuda la obligatoriedad de la consulta, ha de conferirse al presente dictamen carácter preceptivo.

II

Examen del procedimiento tramitado.- 1. En la tramitación dada al procedimiento no se observa defecto formal que pueda viciar de nulidad la resolución que le ponga fin. Sin embargo por un lado resulta recriminable la enorme injustificable dilación: transcurre año y medio entre el último informe médico aportado al expediente y el informe de la Médica inspectora instructora del expediente; y transcurre un año entre el trámite de audiencia y la propuesta de resolución, que como es habitualmente señalado por este Consejo confirmada indebidamente por el Secretario General del SESCAM y no por instructora del procedimiento.

Por otro, se observa que la instrucción ha adolecido básicamente de la ausencia del criterio jurídico necesario para conducir adecuadamente una reclamación que plantea problemas complejos a su tramitación.

El acuerdo de inicio se tomó el 12 de diciembre de 2005, es decir transcurridos más de tres meses desde la reclamación; pero la información que se le transmite del mismo al reclamante es la de ritual, sin atender a ninguno de esos problemas que ya aparecen, implícitos o explícitos, en el mismo texto de la reclamación formulada; entre estos, señaladamente, los siguientes: que es la misma reclamación la que se dirige independientemente a cada una de las Administraciones Públicas (el SESCAM y el SERMAS), que se plantea simultáneamente a ambas, que se hace presumiendo que debe existir un concierto entre ambas administraciones, y que se señala a las dos como competentes para resolver esta doblada reclamación, solo diferenciada por su encabezamiento: una dirigida al SESCAM y otra al SERMAS, como ya ha quedado dicho. Además ni siquiera se le informa de los datos que constan en el antecedente segundo: que ninguna de las dos Administraciones reclamadas se consideran competentes.

Estima este Consejo que la correcta instrucción de este procedimiento, a tenor de las circunstancias generadas por la propia reclamación, exigía de la instructora una relevante consideración jurídica previa sobre una cuestión de fondo: dilucidar si el caso concreto de concurrencia de las dos Administraciones reclamadas se insertaba o bien en los supuestos del artículo 140.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, (es decir, aquellos encuadrables en una “*gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación*” en los que la responsabilidad es siempre solidaria, con independencia de que, a efectos internos, el instrumento regulador de

la actuación conjunta pueda determinar la distribución de la responsabilidad entre las distintas Administraciones Públicas) o bien en los “*otros supuestos*” del artículo 140.2, en los que la responsabilidad es solidaria solo cuando no sea posible la determinación del modo y del grado en que cada Administración ha concurrido a la producción del daño.

El tenor literal de la reclamación no despeja por completo la cuestión de si se hace al amparo del 140.1 o del 140.2, aunque bien podría entenderse que está planteando -sin explicitarlo- una responsabilidad solidaria, asociada a la presumida “*alguna clase de concierto*” entre el SESCAM y el SERMAS, y al estimar que son competentes para resolver la misma reclamación cada una de las dos Administraciones imputadas.

En cualquier caso, sea como fuere, corresponde a la Administración instructora y no al reclamante la decisión de tramitar el procedimiento en el modo debido (y por lo tanto de dar cuenta motivada al reclamante) con independencia del mayor o menor grado de acierto que haya tenido éste en el planteamiento procedimental de su reclamación. Obvio es decir cuan presente está en la jurisprudencia que examina los casos de concurrencia el problema específico que se plantea a los administrados para dilucidar a quién deben imputar el daño padecido y cuyo esclarecimiento no debe hacerse recaer sobre los mismos.

La importancia decisiva que tiene dilucidar la opción planteada radica en que junto a la diferencia de régimen jurídico de los casos del 140.1 y del 140.2 existe una diferencia procedimental. Para el primer caso se aplicaría las reglas del artículo 18 del Reglamento aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, lo que conlleva que esta reclamación debería resolverse íntegramente en un solo procedimiento iniciado, instruido y decidido por aquélla de entre las dos Administraciones reclamadas que previamente hubiera sido fijada “*en los Estatutos o reglas de la organización colegiada*”; eventualmente, pues, en esa “*cierta clase de concierto*” que presume existente el reclamante. En cambio, en el segundo caso, solo estaríamos ante un procedimiento único, por efecto de la solidaridad aplicable, cuando no pudiera efectuarse la “*determinación*” del grado de implicación de cada una de ellas.

A tenor de los datos que obran en el expediente, y que han sido recogidos en el antecedente de hecho tercero, las dos Administraciones se juzgaron inicialmente a sí mismas como incompetentes. Sin embargo el SESCAM ha dado trámite, aunque con la tardanza criticable, a la reclamación planteada, hasta formular una propuesta de resolución,

sobre la que se emite el presente dictamen; en el expediente no aparece referencia alguna a desconociendo si el SERMAS ha tramitado y resuelto como es su obligación, el procedimiento debido a la solicitud de la reclamante que consta en sus archivos.

2. Es parecer de este Consejo que el supuesto que se plantea con la presente reclamación no es encuadrable en el artículo 140.1. En el expediente no hay indicio alguno de que exista una fórmula colegiada de actuación, los oficios que se cruzan el SESCAM y el SERMAS no invocan razón alguna en que apoyar la atribución respectiva que se hacen uno al otro de su plena y respectiva competencia en el asunto y la declaración de incompetencia propia.

Ciertamente el reclamante era merecedor de que se le aclarara de modo explícito por una y otra que no existe el concierto que presume como indicador de una posible “*actuación conjunta*” y de que (en el íntegro servicio público dispensado a la paciente por cuya muerte se reclama) se está ante actuaciones sucesivas, pero claramente diferenciadas (y no “*conjuntas*”) de las dos Administraciones cuyo enlace deriva de la obligada colaboración y coordinación que han de prestarse dos Administraciones insertas en el servicio nacional de salud, en virtud de los principios establecidos en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

Ante actuaciones enlazadas de este modo es preciso subrayar que no estamos ante casos de titularidad compartida, como por ejemplo la que existe en la potestad de planeamiento (entre Ayuntamientos y Comunidades Autónomas) respecto a la cual el Tribunal Supremo destacó la doble legitimación pasiva, como vía a la solidaridad encuadrándolo como un supuesto del artículo 140, que en su redacción primigenia solo contemplaba los supuestos de concurrencia en los casos de fórmulas colegiadas de actuación; así lo hacía el Tribunal Supremo a pesar de que, como decía la Sentencia (que se referencia infra), en su interpretación literal no resultaba aplicable, pero sí de acuerdo a la “*normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones, y dado que la finalidad del mismo radicaba en proteger al máximo al interesado*”; de modo que en casos como aquellos de doble legitimación asociada a lo que el Tribunal Supremo denominaba “*titularidad compartida*” los consideraba “*supuestos no contemplados en la letra pero sí en su espíritu o por lo menos una aplicación analógica del precepto en el ámbito del planeamiento*” (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1993. RJ/1993/10115).

Pero es más, la redacción actual del artículo 140, con la distinción que establece en sus apartados 1 y 2 obliga, más que a una interpretación extensiva de los supuestos encuadrables en el apartado 1, a determinar precisamente la aplicación de uno u otro apartado al caso concreto.

Establecido todo lo anterior cabe concluir que el SESCAM ha procedido correctamente al tramitar un procedimiento de responsabilidad, cuya resolución ha de ajustarse al contenido que más adelante se dirá.

Las deficiencias advertibles en su instrucción están vinculadas a esa falta de determinación previa procedimental sobre cual era el específico régimen jurídico y procedimiento aplicable al caso; entre ellas, la incertidumbre y desorientación a la que se ha dejado sometido al reclamante, la falta de clarificación sobre la existencia o no y el alcance del concierto, la falta de fundamentación en el oficio de remisión al SERMAS sobre su competencia y el alcance de la misma, la no aportación al expediente de información sobre la tramitación de la reclamación formulada directamente ante el Servicio Madrileño de Salud, la falta de pronunciamiento sobre la prueba propuesta, en la que debía considerarse incluida la relativa a la existencia del “concierto” y al fundamento normativo o conveniado de la actuación de las dos Administraciones en la atención a un mismo paciente, y otras cuya enumeración devendría innecesariamente prolija. Puede señalarse como factor explicativo de alguna de ellas la carencia normativa que puede reseñarse respecto a las específicas reglas de procedimiento a seguir en los supuestos de concurrencia del artículo 140.2. pues la existente en el artículo 18 del Reglamento, aprobado cuando el 140 de la Ley contemplaba solo los supuestos del actual 140.1, sólo le resulta aplicable (y no sin dificultades) a los del 140.2 cuando no siendo posible efectuar la determinación a la que se refiere la responsabilidad se torna solidaria.

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 previ-*

sión 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 anti-jurídicas”*.

Así mismo, la responsabilidad patrimonial de la Administración se asienta en el criterio objetivo o concepto técnico de lesión, entendiéndola 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 adminis-

trados 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.- No hay cuestión sobre la legitimación activa, acreditada la condición de perjudicado del reclamante que lo hace también como único heredero de la fallecida.

El examen de la reclamación y del expediente aportado permite concluir que nos hayamos en un supuesto del artículo 140.2 en el que no procede una responsabilidad solidaria pues resulta perfectamente determinable la responsabilidad que cabe imputar a cada Administración reclamada a partir de la actividad desarrollada por cada una de ellas. Conste el tenor literal al del precepto contenido en el último párrafo: *“La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación”* la determinación puede efectuarse así: De acuerdo al criterio de competencia cada Administración tomó las decisiones que le correspondían (una derivar, otra intervenir quirúrgicamente), a ambas correspondía proteger el interés público (la salud del paciente castellano-mancheño de acuerdo a la igualdad de derechos de todos los españoles) a cuya consecución se orientaron esas decisiones, y finalmente la

intensidad de la intervención a la que se asocia el resultado de muerte sólo radica en el centro hospitalario en el que la paciente contrajo la infección que causó o contribuyó al menos a su muerte.

La doble legitimación activa planteada por el reclamante en su escrito no puede traducirse en una sola resolución dictada en un solo procedimiento tramitado por cualquiera de las dos Administraciones, pero tampoco en dos procedimientos que culminaran con dos resoluciones sobre el contenido íntegro de la reclamación planteada. Dichas resoluciones han de venir delimitadas por la determinación contemplada y exigida por el artículo 140.2.

Nos encontramos ante un supuesto en el que la legitimación pasiva del SESCAM se circunscribe únicamente a su decisión de derivar a la paciente al Hospital H de Madrid, ejercitando su competencia y la titularidad del servicio público sanitario que hasta entonces le venía siendo dispensada a dicha paciente, como usuaria del SESCAM, en su condición de ciudadana de Castilla-La Mancha. Se califique como se califique tal acto- que implica tanto una decisión médica como un posterior trámite administrativo- es perfectamente separable de la atención médica dispensada en el Hospital de H de Madrid y que implica también, en este caso previamente, un trámite administrativo de admisión por parte del Hospital, sobre el que ejerce su competencia la Comunidad Autónoma de Madrid y que presta un servicio público cuya titularidad radica en el SERMAS.

En consecuencia carece el SESCAM de legitimación pasiva respecto a la actuación médica dispensada por el Hospital de Madrid y de la correspondiente competencia para resolver sobre la eventual responsabilidad que la administración autonómica madrileña haya contraído; como bien se dice en la propuesta de resolución: “... *cabe establecer que las actuaciones llevadas a cabo por el SERMAS, no son imputables al SESCAM [...] carece de legitimación pasiva para resolver sobre la actuación prestada en otro Servicio de Salud Autonómico y por tanto, no corresponde a esta Administración entrar a valorar los hechos acontecidos en un Hospital que pertenece a otra Administración, analizándose únicamente, la corrección de la derivación de la paciente al Servicio Madrileño de Salud, para que fuera intervenida quirúrgicamente*”.

Respecto al daño por el que se reclama hay que tenerlo por acreditado pues está vinculado directa y exclusivamente al fallecimiento de la paciente en el Hospital de Madrid, por las causas que se indican en el antecedente y cuyo certificado de defunción obra en el expediente.

Procede ahora examinar la relación causal que haya podido tener con el fallecimiento la intervención del SESCAM. En esta línea el Consejo comparte el razonamiento que se hace en la propuesta de resolución a tenor del cual la actuación de derivación de la paciente no solo fue correcta, tomada en beneficio de la salud de la propia paciente, y con su pleno e indubitado consentimiento, conviene matizar al reclamante en el sentido de que la “orden de asistencia” (para ser internado e intervenido en el Hospital de Madrid), no es del SESCAM, sino del Director Gerente del Hospital del SERMAS y que el SESCAM solo ha hecho la “propuesta de canalización” como ha quedado reflejado en el antecedente segundo. Además no puede establecerse entre esa derivación y el resultado de muerte, ninguna relación de causalidad eficiente tal y como esta ha sido construida por la jurisprudencia y como queda reflejada en la consideración III de este dictamen. De hecho el propio reclamante en su escrito tampoco le atribuye esa relación causal pues afirma que la paciente “no tenía el deber de soportar el que se hubiese roto la cadena de asepsia que dio lugar a la infección que le ha causado la muerte” reconociendo así incluso que la única intervención significativa en la producción del daño es del Hospital del SERMAS, y si solicita indemnización al SESCAM es en virtud de una responsabilidad solidaria, que no existe en el caso, y que el reclamante asocia a un supuesto concierto que implique actuación conjunta, y que tampoco existe.

En conclusión no existe relación de causalidad entre el actuar del SESCAM y el daño por el que se reclama.

Por todos los razonamientos hechos con anterioridad no procede que este dictamen ni la resolución que se dicte se pronuncien sobre la actividad del SERMAS y la responsabilidad que haya podido contraer.

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha es de dictamen:

Que procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada por D. Z por el fallecimiento de D.^a X por no existir relación de causalidad entre la actuación del SESCAM y la lesión por la que se reclama, y declarar la falta de legitimación pasiva del SESCAM respecto a la actuación dispensada a la fallecida por el SERMAS.

Este es nuestro dictamen, que pronunciamos, emitimos y firmamos en el lugar y fecha indicados en el encabezamiento.

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE ANTEPROYECTO DE LEY DE CÁMARAS OFICIALES DE COMERCIO E INDUSTRIA DE CASTILLA- LA MANCHA

Resulta de los ANTECEDENTES

Primero. Autorización de inicio y Memoria.- Comienza la tramitación del anteproyecto de Ley con una *“Memoria sobre objetivos, medios necesarios, conveniencia e incidencia de la aprobación del anteproyecto de Ley de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria de Castilla-La Mancha”*, suscrita el 7 de noviembre de 2007 por la Secretaria General Técnica de la Consejería de Industria y Sociedad de la Información. Como objetivos de la norma se expresan en la citada Memoria los siguientes: Regular el régimen jurídico, presupuestario y orgánico necesario para el funcionamiento de las Cámaras de la Región; delimitar los procedimientos y las competencias administrativas de la Junta en relación a la creación y funcionamiento de las Cámaras de Comercio e Industria; garantizar un eficaz ejercicio de la tutela administrativa de las Cámaras ejercida por la Junta de Comunidades a través de la Consejería de Industria y Sociedad de la Información y establecer la regulación del Consejo de Cámaras Regional.

Indica la citada Memoria que la iniciativa legislativa no ocasionará coste alguno a la Junta de Comunidades.

Asimismo se une a dicha Memoria un cuadro comprensivo del marco normativo y competencial afectado por el anteproyecto.

En atención a la Memoria cuyo contenido se acaba de describir, el Consejero de Industria y Tecnología autorizó, mediante resolución de 8 de noviembre de 2007, el inicio de la tramitación del expediente de elaboración del anteproyecto de Ley.

Segundo. Primer texto.- En el expediente remitido figura un primer borrador de anteproyecto de Ley fechado el 12 de noviembre de 2007, que consta de una Exposición de Motivos, 52 artículos agrupados en ocho Capítulos, una disposición adicional, una derogatoria y dos finales.

Tercero. Información pública.- Mediante Resolución de 20 de noviembre de 2007, de la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora, se dispuso la apertura de un periodo de información pública sobre el anteproyecto de Ley, por un plazo de 20 días naturales a contar desde la fecha de publicación de la misma, que tuvo lugar en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha nº 254, de 5 de diciembre de 2007.

Asimismo, en la misma fecha se dio traslado del texto del anteproyecto a las cinco Cámaras Oficiales de Comercio e Industria de la región, al Consejo de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria de Castilla-La Mancha, al Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, a la Confederación Regional de Empresarios de Castilla-La Mancha y a las Consejerías de Economía y Hacienda y Administraciones Públicas.

Durante el plazo de información pública se recibieron alegaciones por parte del Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, del Consejo de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria de Castilla-La Mancha y de la Confederación Regional de Empresarios de Castilla-La Mancha.

Las alegaciones recibidas fueron objeto de un informe de la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora, de fecha 25 de marzo de 2008, donde se motivan las razones de su aceptación o rechazo.

Cuarto. Segundo borrador.- Cumplimentado el trámite de información pública se elaboró un segundo borrador de anteproyecto, fechado el 25 de marzo de 2008, que consta de 51 artículos estructurados en ocho capítulos, una disposición adicional, una transitoria, una derogatoria y dos finales.

Quinto. Informe del Servicio de Asuntos Jurídicos.- Con fecha 25 de marzo de 2008, el Jefe de Servicio de Asuntos Jurídicos de la Consejería promotora del anteproyecto emitió informe en el que manifiesta que el texto sometido a informe es acorde con la distribución de competencias y entiende suficientemente cumplidos los trámites procedimentales previos a su toma en consideración por el Consejo de Gobierno.

Sexto. Informe del Gabinete Jurídico.- Figura a continuación el informe emitido por el Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades, fechado el 12 de mayo de 2008, sin que observe inconveniente jurídico que impida su consideración por el Consejo de Gobierno, si bien efectúa una serie de observaciones de técnica normativa.

Séptimo. Informes sobre impacto de género y memoria económica.- Con fecha 23 de marzo de 2009 la Secretaria General de la Vicepresidencia y Consejería de Economía y Hacienda emite sendos informes sobre impacto de género y económico respectivamente.

Estima el primero de ellos que *“por razón de su naturaleza y contenido el texto proyectado no es susceptible de producir un desigual impacto en mujeres y hombres, ni aun de forma inmediata (sic), no favoreciendo situaciones de discriminación por razón de sexo”*.

El segundo de los informes indica que el texto no contempla medida alguna que pueda suponer coste para la Administración Regional.

Octavo. Informe de la Secretaria General de la Vicepresidencia y Consejería de Economía y Hacienda.- Previamente a la elevación del borrador al Consejo de Gobierno, la Secretaria General de la Vicepresidencia y Consejería de Economía y Hacienda emitió un informe favorable al mismo, al estimar que su contenido se ajusta a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y que se ha elaborado en ejercicio de las competencias conferidas por el artículo 4, apartado q), del Decreto 137/2008, de 9 de septiembre, de estructura orgánica y distribución de competencias de la Vicepresidencia y Consejería de Economía y Hacienda.

Noveno. Toma en consideración del anteproyecto de Ley por el Consejo de Gobierno.- Consta a continuación, en el expediente, una certificación del Consejero de Presidencia y Secretario del Consejo de Gobierno en la que se hace constar que éste, en su sesión de 1 de marzo de 2009, adoptó el acuerdo de tomar en consideración el anteproyecto de Ley de Cámaras de Comercio e Industria de Castilla-La Mancha y solicitar, con carácter de urgencia, los dictámenes de los Consejos Económico y Social y Consultivo de Castilla-La Mancha.

Décimo. Dictamen del Consejo Económico y Social.- El Consejo Económico y Social emitió dictamen sobre el anteproyecto de Ley con fecha de 24 de abril de 2009. En el mismo, después de analizar el contexto normativo y el contenido del anteproyecto, efectúa una valoración general del mismo así como diversas observaciones al articulado, y concluye dictaminándolo favorablemente.

Figura, a continuación, el voto particular del Consejero D. Félix Peinado Castillo, en representación de los consejeros del grupo 2º (Organizaciones Empresariales), donde expresa las dos razones de la abstención de los mismos.

En primer lugar consideran que las funciones que el artículo 6 atribuye a las Cámaras son muy superiores “*a las establecidas a nivel nacional y extralimitando en muchas de ellas las facultades de esas corporaciones*”.

En segundo lugar propone que se determine en la propia Ley qué se entiende por “*organizaciones empresariales más representativas*”.

A la vista de las observaciones contenidas en el anterior dictamen, la Secretaria General de la Vicepresidencia y Consejería de Economía y Hacienda emite un informe fechado el día 28 de abril de 2009, en el que se expresan las razones para la aceptación o rechazo de las consideraciones efectuadas por el Consejo Económico y Social.

Undécimo. Contenido del anteproyecto.- El texto del anteproyecto de Ley que se somete a dictamen consta de Exposición de Motivos, 51 artículos estructurados en ocho Capítulos, además de una disposición adicional, dos derogatorias y tres finales.

En la Exposición de Motivos se destaca el papel que, tradicionalmente, han desarrollado las Cámaras como instrumento de apoyo a la actividad productiva y de colaboración en la acción de fomento de la actividad económica que la Administración regional tiene encomendada.

Seguidamente incorpora la referencia al precepto del Estatuto de Autonomía que recoge la competencia que se ejercita y señala como objetivos de la nueva norma los de dar estabilidad a la actuación de las Cámaras de Comercio e Industria, permitir un cauce adecuado de relación y tutela con la Administración autonómica y regular el Consejo de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria, como instrumento de coordinación y actuación conjunta para una mayor eficacia en el logro de los objetivos de las Cámaras Oficiales y el desempeño de sus funciones.

El Capítulo I, “*Disposiciones generales*”, comprende los tres primeros artículos, regulando el objeto de la norma, la naturaleza jurídica de las Cámaras Oficiales de Comercio e Industria y su finalidad.

El Capítulo II se titula “*Ámbito territorial*”, regulando el de las Cámaras en el artículo 4 y la posibilidad de que éstas creen delegaciones territoriales en el artículo 5.

El Capítulo III regula las “*Funciones*” de las Cámaras e incluye los artículos 3 a 9.

El Capítulo IV, “*Organización*”, abarca los artículos 10 a 22 y se estructura en seis secciones que se titulan: “*De los órganos de gobierno*”, “*Del Pleno*”, “*Del Comité ejecutivo*”, “*De la Presidencia*”, “*Del Personal*” y “*Del Reglamento de Régimen Interior*”.

El Capítulo V regula el “*Régimen electoral*” (artículos 23 a 33).

El Capítulo VI se titula “*Régimen económico y presupuestario*” y se organiza en dos secciones, tituladas “*Régimen económico*” (artículos 34 a 37) y “*Régimen presupuestario*” (artículos 38 a 40).

El Capítulo VII establece el “*Régimen jurídico de las Cámaras*” (artículos 41 a 44).

Por último, el Capítulo VIII regula el “*Consejo de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria de Castilla-La Mancha*” (artículos 45 a 51).

La parte final de la norma se compone de una disposición adicional que prevé la posibilidad de que las Leyes de Presupuestos de la Comunidad Autónoma eleven las alícuotas del recurso cameral permanente por encima del tipo general, así como la afectación de estos recursos a la realización de funciones de carácter público administrativo de las Cámaras y a la financiación del Consejo de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria de Castilla-La Mancha.

La disposición derogatoria primera mantiene la vigencia del Decreto 4/1997, de 28 de enero, de Creación del Consejo de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria de Castilla-La Mancha, en lo que no se oponga a la nueva Ley.

La disposición derogatoria segunda abole, con carácter general, cuantas normas de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la misma.

Por último, las disposiciones finales autorizan al Consejo de Gobierno para aprobar las normas de desarrollo y aplicación de la Ley; establecen el mandato a las Cámaras Oficiales de Comercio e Industria para que adapten sus Reglamentos de Régimen Interior a la nueva Ley en el plazo de 3 meses y fija la entrada en vigor de la norma el día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente a este Consejo Consultivo, en el que tuvo entrada con fecha 4 de mayo de 2009.

A la vista de dichos antecedentes, procede formular las siguientes

CONSIDERACIONES

I

Carácter del dictamen.- El artículo 54.3 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, dispone que éste último órgano deberá ser consultado en los anteproyectos de Ley.

La petición de dictamen ha sido efectuada por el Consejo de Gobierno con el carácter de urgente, si bien no se han justificado las razones que así lo aconsejan. No obstante, se procede a emitir el presente dictamen sobre el anteproyecto de Ley de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria de Castilla-La Mancha con carácter preceptivo en el plazo establecido en el artículo 51.2 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre.

II

Procedimiento de elaboración del anteproyecto.- El análisis de las actuaciones desarrolladas durante el proceso de elaboración del texto remitido para dictamen ha de efectuarse con base en las previsiones del artículo 35 de la citada Ley 11/2003, de 25 de septiembre, que regula el ejercicio de la iniciativa legislativa por el Consejo de Gobierno imponiendo a aquél para la elaboración y tramitación de los anteproyectos de Ley el cumplimiento de los siguientes trámites:

a) Que asuma la iniciativa legislativa a la vista del texto del anteproyecto que se haya sometido a su consideración acompañado de *“todas las actuaciones y antecedentes”*.

b) Que decida *“sobre ulteriores trámites y consultas”*.

c) Que, cumplidos éstos, acuerde su remisión al Consejo Consultivo solicitando su *“preceptivo informe”*.

d) Que una vez recabado el referido dictamen, se remita posteriormente como proyecto de Ley a las Cortes de Castilla-La Mancha, *“acompañado del informe del Consejo Consultivo y de los antecedentes necesarios”*.

Cabe destacar de lo antedicho que la Ley ha optado por el criterio de no definir cuáles hayan de ser las *“actuaciones”* y *“antecedentes”* previos a la toma en consideración, ni fijar los *“ulteriores trámites y consultas”* que deban suceder a ésta, de lo que ha de extraerse que serán, en cada caso, los que se hagan precisos y mejor se correspondan con el contenido de la concreta iniciativa que se promueva.

En cuanto a los trámites y actuaciones realizados en el presente caso, según se ha consignado en los antecedentes, consta en el expediente recibido que el texto legal proyectado fue sometido a información pública, entregándose copia del borrador a las entidades que así lo solicitaron. Asimismo se dio traslado del mismo a diversas entidades, siendo examinado por el Consejo Superior de Cámaras de Comercio Industria y Navegación de España, por el Consejo de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria de Castilla-La Mancha y por la Confederación Regional de empresarios de Castilla-La Mancha, entidades que formularon alegaciones.

Las Consejerías instructoras han incorporado al expediente informes motivados sobre las razones de la aceptación o rechazo de las alegaciones presentadas, forma de proceder que este Consejo valora de manera muy positiva.

De otro lado, se dio traslado del borrador a las Consejerías de Administraciones Públicas y Economía y Hacienda de la Administración regional, que no han formulado alegaciones.

También se ha recabado el informe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades.

El texto remitido para dictamen ha sido tomado en consideración por el Consejo de Gobierno en su reunión de 31 de marzo de 2009, asumiendo la iniciativa legislativa emprendida por el Consejero de Industria y Sociedad de la Información (y, tras la remodelación de la estructura de la Administración Regional operada por el Decreto 125/2008, de 31 de agosto, por la Vicepresidenta y Consejera de Economía y Hacienda), determinándose en dicho acuerdo que se recabasen los dictámenes del Consejo Económico y Social de Castilla-La Mancha y de este Consejo Consultivo, ambos con carácter de urgencia.

En cumplimiento del precitado acuerdo, el Consejo Económico y Social, con fecha de 24 de abril de 2009, ha emitido su informe, de carácter favorable al anteproyecto si bien con algunas observaciones al texto, que fue aprobado por la mayoría y con la abstención de los Consejeros del grupo 2º (Organizaciones Empresariales) por las razones que se han recogido en los antecedentes de este dictamen.

Por todo ello, debe entenderse que han sido observadas suficientemente las previsiones que la Ley establece para la elaboración de las disposiciones de carácter general articuladas como anteproyectos de Ley.

III

Marco normativo y competencial.- Pasando al examen del marco competencial y normativo en que se inserta el anteproyecto de Ley sometido a dictamen, cabe significar, primeramente, que el mismo tiene por objeto el establecimiento de la normativa por la que han de regirse las Cámaras Oficiales de Comercio e Industria radicadas en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

Las Cámaras de Comercio e Industria y, en su caso, Navegación, tienen una antigua raigambre en nuestro Derecho, arrancando de un Real Decreto de 9 de abril de 1886 que las consideró, inicialmente, como asociaciones voluntarias de comerciantes, industriales y nautas, para, posteriormente, ir adquiriendo ya un carácter cada vez más público, primero a través de los Decretos de 21 de junio y 13 de diciembre de 1901 y más tarde por la Ley de Bases para la reorganización de las Cámaras de 29 de junio de 1911, que estableció la afiliación obligatoria de estos profesionales, y por el Real Decreto-Ley de 26 de julio de 1929, hasta llegar a la actualmente vigente Ley 3/1993, de 22 de marzo, de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación.

Por su parte, la Constitución Española de 1978 consagró su existencia en el artículo 52, al disponer que “*La Ley regulará las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos*”, pero no predeterminó su naturaleza jurídica.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 76/1983, de 5 de agosto se pronunció acerca de la naturaleza jurídica de las Corporaciones de Derecho público, declarando que son propiamente organizaciones de base y fines privados, pero con una dimensión públi-

ca en cuanto satisfacen fines de interés público atribuidos legalmente. Esta consideración ha conducido a la doctrina a considerar a las Cámaras como entidades dotadas de una naturaleza mixta o bifronte. Son corporaciones de base privada, que persiguen intereses particulares, pero que, al propio tiempo, pueden realizar funciones públicas encomendadas por el legislador o la Administración, lo que implica que sólo en el ejercicio de las funciones públicas encomendadas o delegadas se somete al Derecho Administrativo, actuando en lo demás con sometimiento al Derecho privado, lo que es congruente con lo dispuesto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en cuyo artículo 2.c) únicamente somete a esta jurisdicción los actos y disposiciones de las Corporaciones de Derecho público adoptados en el ejercicio de sus funciones públicas. Ello supone que las Cámaras no pueden ser consideradas Administraciones Públicas, aunque en el ejercicio de alguna de las funciones que desempeñan participan de este carácter, siendo esta la razón por la que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su disposición transitoria primera, dispone que ajustarán su actuación a lo que se determine en su legislación específica, la cual está constituida básicamente por la citada Ley 3/1993, de 22 de marzo y las normas que dicten las Comunidades Autónomas.

La Ley 3/1993, de 22 de marzo, dictada en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 52 de la Constitución, tipifica en su artículo primero a estos entes como Corporaciones de Derecho público con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, configurándolas como órganos consultivos y de colaboración con las Administraciones Públicas, sin menoscabo de los intereses privados que persiguen, añadiendo que, además del ejercicio de las competencias públicas que les atribuye la Ley y las que las puedan encomendar o delegar las Administraciones Públicas, *“tienen como finalidad la representación, promoción y defensa de los intereses generales del comercio, industria y la navegación, y la prestación de servicios a las empresas que ejerzan las indicadas actividades”*, sin perjuicio de la libertad sindical y de asociación empresarial. Finalmente, en este artículo se dice que las Cámaras *“se ajustarán a lo dispuesto en esta Ley y a las normas de desarrollo que se dicten por la Administración Central o por las Comunidades Autónomas con competencia en la materia”*.

Esta Ley, según establece su disposición final primera, tiene *“la consideración de básica, a los efectos del artículo 149.1.18ª de la Constitución Española, excepto lo dispuesto en el artículo 1, apartado 3 “in fine” (relativo a*

la contratación y el régimen patrimonial), en los apartados 2 y 3 del artículo 2 (sobre funciones público-administrativas), en el apartado 3 del artículo 5 (referente a la regulación de las demarcaciones territoriales de las Cámaras por la Administración tutelante) y en el último inciso del artículo 7, apartado 3 (contenido del Reglamento de Régimen Interior de las Cámaras), que serán de aplicación en defecto de normativa específica dictada por las Comunidades Autónomas competentes. [] A los efectos del artículo 149.1.6ª de la Constitución Española, los apartados 1 y 2 del artículo 24 tendrán la consideración de legislación procesal”.

En cuanto al desarrollo legislativo que las Comunidades Autónomas pueden efectuar del régimen jurídico de las Cámaras de Comercio e Industria y Navegación, ha de tenerse también en cuenta la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional número 206/2001, de 22 de octubre, en cuyo fundamento jurídico 4 dice lo siguiente: *“la extensión e intensidad que pueden tener las bases estatales al regular las corporaciones camerales es mucho menor que cuando se refieren a Administraciones públicas en sentido estricto. No obstante, es claro que el Estado puede, con base en el art. 149.1.18 CE, calificar a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación como Corporaciones de Derecho público en razón de su idoneidad para la consecución de fines de interés público. Y calificadas estas Cámaras como corporaciones públicas, al Estado corresponde también -«ex» art. 149.1.18 CE- regular su régimen jurídico básico, en tanto organizaciones que desempeñan funciones administrativas (SSTC 76/1983, de 5 de agosto, F. 26; 20/1988, de 18 de febrero, F. 4; 132/1989, de 18 de julio, F. 23). Como regulación básica puede entenderse asimismo la fijación de las funciones y los fines característicos de las Cámaras de Comercio; tal es el caso de la función cameral de fomento de las exportaciones, característica y distintiva de las Cámaras de Comercio en la Ley 3/1993. Ningún obstáculo hay, por fin, para que la legislación básica del Estado incorpore -en sus trazos generales- algún instrumento administrativo idóneo para el cumplimiento de los fines y funciones característicos de las Cámaras de Comercio”*. Finalmente, después de efectuar un análisis de la competencia del Estado para declarar como básicos determinados preceptos impugnados por las Comunidades Autónomas de Cataluña y Valencia, en su fallo declara no aplicables a estas Comunidades el artículo 16.2, el apartado 2 de la disposición final segunda, así como aplicables en los términos expuestos en los correspondientes fundamentos jurídicos los artículos 3.3, 3.4, 16.3 18.2 h), 22.1, última frase, y 22.2 párrafo 2.

Asimismo, el marco competencial también se encuentra afectado por lo dispuesto en los artículos 16 bis apartados 3 y 4 (censo electoral), 16 ter letra a) del apartado 3 (elegibles como vocales), 19 bis 1 y

2 (voto electrónico), del Reglamento General de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, de 2 de mayo de 1974, modificado por el Real Decreto 1133/2007, de 31 de agosto, al haberse declarado en la disposición final primera de esta última norma el carácter básico de dichos preceptos.

Por lo que se refiere al marco competencial de la Comunidad Autónoma para regular esta materia, el mismo se encuentra previsto en el artículo 32 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, aprobado por la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, según el cual: *“En el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, es competencia de la Junta de Comunidades el desarrollo legislativo y la ejecución de las siguientes materias: [...] 5. Corporaciones de derecho público representativas de intereses económicos y profesionales”*.

Esta Comunidad Autónoma hasta la iniciativa del anteproyecto que se dictamina sólo había utilizado la competencia que tiene en la materia para aprobar el Decreto 4/1997, de 28 de enero, de Creación del Consejo de Cámaras de Comercio e Industria de Castilla-La Mancha, que -según la disposición derogatoria segunda del anteproyecto- *“continuará vigente en todo lo que no se oponga a la presente Ley”*.

IV

Consideraciones esenciales.- Efectuadas las anteriores consideraciones, procede examinar la adecuación del anteproyecto de Ley a las específicas previsiones contenidas en el marco normativo anteriormente analizado y demás disposiciones de aplicación, comenzando por aquellos reparos que, por su mayor trascendencia, deben considerarse esenciales.

Artículo 6.3. Servicios mínimos.- En este apartado se establece que el Consejo de Gobierno puede, previo informe favorable del Consejo de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria de Castilla-La Mancha, declarar servicios mínimos obligatorios para cada Cámara en relación a las funciones previstas en el apartado anterior. Según el apartado segundo del artículo 10 del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, *“Cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad, la Autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios”*. La posibilidad establecida en el apartado 3 del artículo 6 de que el Consejo de Gobierno pueda declarar servicios

mínimos en las Cámaras en relación con cualquier función de las relacionadas en las letras a), b), c), d) y e) del apartado 2 del mismo artículo, está efectuada de una forma tan amplia que excede de la facultada conferida en el citado artículo 10 del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, y de la jurisprudencia constitucional que la interpreta. Esta facultad afecta a un derecho fundamental como es el de huelga y debe ser interpretada en sentido restrictivo. Por ello, la atribución que al Consejo de Gobierno se efectúa para señalar servicios mínimos en caso de huelga se debe completar, bien con remisión a la regulación estatal (normativa sobre el derecho de huelga y jurisprudencia constitucional que la interpreta), bien precisando expresamente lo allí exigido, esto es, que los mismos podrán fijarse, no cuando afecte a cualquiera de las funciones relacionadas en el apartado 2 del precepto que se analiza, sino cuando se trate de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurran circunstancias de especial gravedad que así lo justifiquen.

Artículo 11. 1 b). Elección de los vocales del Pleno.- En este apartado, que está dedicado a regular el procedimiento de elección los vocales a los que se refiere el artículo 7.1.2º de la Ley 3/1993, de 22 de marzo, después de transcribir el precepto estatal básico y decir que la consideración de “*organizaciones empresariales a la vez territoriales e intersectoriales más representativas*” se definirá reglamentariamente, añade que, “*En todo caso, las organizaciones empresariales más representativas referidas en el párrafo anterior serán designadas por el órgano tutelar*”. La interpretación gramatical de esta expresión podría interpretarse en el sentido de que la Administración se reserva el derecho a elegir a estas organizaciones con independencia de su representación real predeterminada en derecho, lo que obviamente es contradictorio con la naturaleza de organizaciones “*más representativas*” a que se hace referencia, no sólo en el anteproyecto de Ley, sino también en el punto 2º del artículo 7.1.a) de la Ley 3/1993, de 22 de marzo.

Si lo que se pretende decir en el anteproyecto es que el órgano tutelar acredite a las organizaciones empresariales que, de acuerdo con el procedimiento que reglamentariamente se establezca, obtengan la condición de “*más representativas*”, se debería eliminar la expresión “*En todo caso*”, así como sustituir el término “*designadas*” por otro que no permita interpretarlo como una facultad discrecional de la Administración tutelar, como puede ser “*acreditar*” o “*nominar*”, con el fin de evitar que la expresión utilizada, por su equivocidad, produzca inseguridad jurídica. En definitiva, parece aconsejable alejar cualquier verbo que pueda hacer dudar sobre quién determina el contenido del acto.

Artículo 19.4. La Secretaría General.- En el apartado 4 del artículo 19 del anteproyecto de Ley se dice lo siguiente: *“Sin perjuicio de lo establecido en la normativa laboral, quien ocupe la Secretaría General sólo podrá ser destituido de sus funciones por la comisión de alguna de las faltas que, con carácter objetivo y tasado, estén previstas en el Reglamento de Régimen Interior de cada Cámara. Su apreciación compete al Pleno mediante acuerdo motivado de la mitad más uno de sus miembros, previa instrucción de un procedimiento en el que se dará audiencia a la persona interesada”*.

La finalidad de este precepto parece ser la de revestir el cese de los Secretarios de los Cámaras de una serie de garantías procedimentales, al residenciar la competencia para decidirlo en su Pleno, máximo órgano de las mismas, previa audiencia del interesado y mediante acuerdo motivado. Solución plausible atendida las adecuadas dosis de inamovilidad que deben adornar este puesto. Mas la equivocidad de la expresión *“Sin perjuicio de lo establecido en la normativa laboral...”* y la utilización que el artículo analizado hace del adverbio *“sólo”*, para referirse a la causa de destitución del Secretario General que contempla debe ser cuestionada, pues debe señalarse que las causas de extinción de los contratos de alta dirección por voluntad del empresario se encuentran previstas en los artículos 11 y 12 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección. El contenido de este Real Decreto debe ser respetado por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, dado que la misma carece de competencia para dictar normas legislativas o reglamentarias en materia laboral, según se establece en el artículo 33 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha. En consecuencia, en la medida que con la utilización del adverbio *“sólo”* se esté restringiendo a las Cámaras de Comercio e Industria la posibilidad de utilizar la causa de extinción por desistimiento del empresario y los demás supuestos de extinción del contrato de trabajo establecidos en el Estatuto de los Trabajadores al que se remite el artículo 12 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, esta disposición sería inconstitucional por regular una materia sobre la que no tiene competencia la Comunidad Autónoma.

En cuanto a la causa de extinción del contrato por la comisión de alguna falta, que es a la única a la que se refiere este precepto, debe matizarse que las infracciones que, con carácter objetivo y tasado, se prevean en el Reglamento de Régimen Interior de cada Cámara, han de suponer un incumplimiento grave y culpable, por así exigirlo el artículo 11.2 del citado Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, que, como se ha dicho, vincula a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha por tratarse de una norma de carácter laboral.

Por último, no se alcanza a comprender por qué no se prevén las mismas garantías procedimentales para los otros supuestos de cese que prevén los artículos 11.1 y 12 del citado Real Decreto 1382/1985.

Artículo 25.1. Elegibles.- Este precepto establece los requisitos que deben cumplir los candidatos a formar parte de los órganos de gobierno de las Cámaras Oficiales del Comercio e Industria, fijando los siguientes: “a) *Llevar, como mínimo dos años de ejercicio en la actividad empresarial en el territorio español, o en el ámbito de la Unión Europea cuando se trate de empresas procedentes de otros países miembros. Esta circunstancia se acreditará mediante el alta en el censo del Impuesto de Actividades Económicas correspondiente o, en su caso, acreditación equivalente para el ejercicio de la actividad en el supuesto de otros países de la Unión Europea.* [] b) *Estar al corriente en el pago del recurso cameral permanente o, en su caso, tener acreditada la presentación de un recurso contra la resolución correspondiente o tener concedida una moratoria o aplazamiento de pago.* [] c) *No encontrarse inhabilitado por incapacidad, inelegibilidad o incompatibilidad por la normativa vigente, ni hallarse incurso en un proceso concursal calificado de culpable, ni hallarse cumpliendo pena privativa de libertad”.*

Por su parte, el artículo 8 de la Ley 3/1993, de 22 de marzo, de Cámaras Oficiales de Comercio Industria y Navegación, precepto de carácter básico, dispone, en su apartado 3, que “*los candidatos a formar parte de los órganos de gobierno de las Cámaras deberán, además de tener nacionalidad española o de un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea, llevar como mínimo dos años de ejercicio en la actividad empresarial en los territorios citados y no hallarse en descubierto en el pago del recurso cameral permanente.* [] *Las personas de otra nacionalidad podrán ser candidatas de acuerdo con el principio de reciprocidad, siempre que cumplan los demás requisitos exigidos en el párrafo anterior”.*

Del contraste de ambos preceptos se desprende que la norma proyectada no respeta la norma básica al haber suprimido el requisito de poseer nacionalidad española o de algún otro Estado miembro de la Unión Europea, así como la condición relativa al principio de reciprocidad para que los demás extranjeros puedan disfrutar del derecho de sufragio pasivo.

De otro lado, el precepto se estructura en dos apartados. El primero enumera los requisitos para “*formar parte de los órganos de gobierno de las Cámaras*” y el segundo establece unos requisitos adicionales que deben cumplir los candidatos para ser elegibles como miembros del Pleno. No se comprende tal distinción, ya que, de acuerdo con el artí-

culo 10 del anteproyecto, los órganos de gobierno de las Cámaras son: el Pleno, el Comité Ejecutivo y la Presidencia, y los componentes de los dos últimos órganos citados son elegidos por el propio Pleno de entre sus miembros. En consecuencia, sus titulares necesariamente habrán de cumplir los requisitos fijados para los miembros del Pleno órgano al que previamente pertenecen.

No obstante, si el fundamento de la distinción se debe a que los requisitos adicionales deben ser cumplidos únicamente por los vocales del Pleno elegidos mediante sufragio directo (y no por los vocales del Pleno previstos en el artículo 11.1.b) (personas de reconocido prestigio en la vida económica que sean titulares o representantes de empresas, propuestas por las organizaciones empresariales más representativas) y c) (vocales cooperadores elegidos, a propuesta del Comité Ejecutivo, entre personas de reconocido prestigio o representantes de universidades o entidades económicas o sociales) debería indicarse con mayor claridad.

Asimismo también debería aclararse que, salvo el requisito de no ser empleado de la Cámara ni participar en obras o concursos que aquella haya convocado, los otros dos requisitos recogidos en el apartado 2 del artículo 25 no serán aplicables a los “*vocales cooperadores*” previstos en artículo 11.1.c) como integrantes del Pleno, pues, según este precepto, están en condiciones de ser elegidas “*personas de reconocido prestigio o representantes de universidades o entidades económicas o sociales*”, que, en consecuencia, podrían no reunir el requisito de formar parte del censo de la Cámara, ni estar incluidos en los grupos y categorías del censo electoral.

Artículo 42. Contratación y régimen patrimonial.- El precepto en cuestión señala que “*La contratación y el régimen patrimonial de las Cámaras se regirán por el Derecho privado, salvo disposición legal en contrario, con sometimiento a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, salvo que la naturaleza de la operación sea incompatible con ellos*”.

En relación con el régimen jurídico a que debe someterse la contratación de las Cámaras debe tenerse en cuenta la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LSCP). Una de las principales finalidades de esta Ley fue la de adecuar el ámbito subjetivo de la misma a la normativa comunitaria, tarea que se hizo imprescindible tras ser condenado nuestro país en varias ocasiones por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por la incorrecta transposición de sus contenidos (Sentencias de 15 de mayo de 2003, 16 de octubre de

2003 y 13 de enero de 2005). De hecho la nueva Ley de contratos ya no es de *“las administraciones públicas”*, sino *“del sector público”*; lo que evidencia la intención del legislador de ampliar el ámbito de aplicación subjetiva de las normas sobre contratación pública.

El artículo 3 de la LSCP establece tres ámbitos subjetivos de aplicación. El nivel más intenso, con la aplicación íntegra de la Ley, está reservado a las Administraciones públicas; un segundo nivel, de menor intensidad, se aplica a los entes, organismos y entidades que se consideren *“poderes adjudicadores”* pero sin el carácter de Administraciones públicas. Por último, el tercer nivel resulta de aplicación a los entes, organismos y entidades que conforman el sector público, de acuerdo con el listado del artículo 3.1 de la LCSP, pero que no tienen la consideración de *“poder adjudicador”*.

De conformidad con la letra b) del artículo 3.3 de la LCSP se consideran *“poderes adjudicadores”*, además de *“Las Administraciones Públicas”* citadas en la letra a), *“todos los demás 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 diversos 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”*.

Estima este Consejo que el anterior concepto de *“poder adjudicador”* (acuñado por el derecho comunitario), es aplicable a las Cámaras Oficiales de Comercio e Industria, a la luz de la Ley 3/1993, de 22 de marzo, y del anteproyecto de Ley que se dictamina. Porque, en primer lugar, se trata de entidades dotadas de personalidad jurídica propia creadas para satisfacer necesidades de interés general, ya que tienen encomendadas funciones de carácter público, fundamento éste que tradicionalmente viene justificando la adscripción obligatoria a estas Corporaciones públicas. En segundo lugar, porque se trata de entidades que no tienen carácter industrial o mercantil, dadas las funciones de carácter público que les atribuye su normativa reguladora y por la ausencia de ánimo de lucro. Y, por último, también concurren en ellas dos de los tres requisitos que, con carácter alternativo, establece el precepto analizado (financiación mayoritaria, control de su gestión o nombramiento de más de la mitad de los miembros de sus órganos de gobierno, por parte de un *“poder adjudicador”*). Primero porque el principal ingreso de las Cámaras es el recurso cameral permanente, ingreso que tiene naturaleza de exacción parafiscal según ha declarado el

Tribunal Constitucional (Sentencia 206/2001, de 22 de octubre, FJ 15), constituido por exacciones correspondientes a un porcentaje de la cuota tributaria de los impuestos que gravan el ejercicio del comercio y su beneficio (Impuestos de actividades económicas, de sociedades y de la renta de las personas físicas). Tal carácter público de la mayoría de sus ingresos está reconocido en la propia exposición de motivos de la Ley 3/1993, de 22 de marzo, razón por la que dispone el sometimiento de las Cámaras a la fiscalización del Tribunal de Cuentas o, en su caso, a los órganos competentes de las respectivas Comunidades Autónomas (artículo 23.2 de la citada Ley básica). Asimismo, las Cámaras de Comercio están sometidas a la tutela de la Administración regional tanto en su vertiente financiera y administrativa como de funcionamiento. Por ello, en el primero de estos ámbitos, corresponde al órgano administrativo tutelar de las Cámaras, según el anteproyecto de Ley, la aprobación de sus presupuestos ordinarios (artículo 39.4), y extraordinarios (artículo 38.2), la fiscalización de las liquidaciones de los mismos (artículo 40.3), la autorización para la disposición de bienes inmuebles y las operaciones crediticias (artículo 37), la aprobación de su reglamento de régimen interior (artículo 21) y la resolución de recursos (artículo 43.2). Por otra parte, la Administración puede ejercer la potestad de suspender la actividad de la Corporación e, incluso, disolver los órganos de gobierno de la misma cuando se produzcan trasgresiones graves o reiteradas del ordenamiento jurídico aplicable o en el caso de imposibilidad de normal funcionamiento (artículo 44 del proyecto).

Consecuencia de todo lo anterior es que el artículo 42 del anteproyecto de Ley sometido a dictamen no se ajusta a las exigencias de la vigente LCSP; pues, si bien los contratos que realicen las Cámaras Oficiales de Comercio e Industria serán en todo caso de naturaleza privada, estando sometidos al derecho privado en cuanto a su modificación, efectos y extinción, lo estarán a la LCSP en lo que se refiere a sus fases de preparación y adjudicación los que estén sujetos a regulación armonizada (contratos de obras de un valor estimado superior a 5.150.000 euros y de servicios y suministros de un valor estimado superior a 206.000 euros), por lo que deberán adjudicarse conforme a lo dispuesto en el Capítulo I del Título I del Libro III de la LCSP, con las adaptaciones establecidas en el artículo 174.1 de la misma. Respecto de los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada, la adjudicación estará sometida, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, a cuyo fin estas entidades aprobarán unas instrucciones, de obligado cumplimiento en el ámbi-

to interno de las mismas, en las que se regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los citados principios y que el contrato es adjudicado a la oferta económicamente más ventajosa, conforme determina el artículo 175 de la LCSP.

A la anterior conclusión llegó también el Parlamento de Navarra que modificó el artículo 6.2 de su Ley 17/1998, de 19 de noviembre, por la que se regula la Cámara Oficial de Comercio e Industria de esa Comunidad foral, mediante la Ley 6/2006 de 9 de junio, de contratos públicos de Navarra, de manera que en materia de contratación se someterá a la legislación sobre contratos públicos.

En el mismo sentido, el informe 10/2008, de 27 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación de Cataluña concluyó que *“Las cámaras oficiales de comercio, industria y navegación de Cataluña y el Consejo General de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de Cataluña tienen la consideración de poderes adjudicadores a efectos de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Públicos [...]”*.

La adecuación de la contratación de las Cámaras al régimen que se acaba de indicar sucintamente luce ya también en las páginas webs de muchas de ellas (véanse, por ejemplo, las Instrucciones internas de contratación de las Cámaras de Andalucía y Aragón que allí se publican).

V

Observaciones de carácter no esencial.- Cabe efectuar algunas observaciones respecto de cuestiones conceptuales, de técnica normativa o de simples extremos de redacción que, de ser atendidas, mejorarían la calidad técnica de la nueva Ley:

Artículo 5.2. Delegaciones territoriales.- En este apartado se dice que las delegaciones que las Cámaras puedan crear dentro de su demarcación territorial actuarán *“como órganos desconcentrados”*. Constituyendo la creación de estas delegaciones una facultad que se atribuye a las Cámaras, no parece lógico que se les imponga el modo en el que deben ejercer sus competencias las que puedan crearse, estimando que se debe dejar libertad a cada Cámara para que, junto con la creación de este órgano territorial, determine como ha de llevar a cabo su gestión.

Artículo 6.2.e). Funciones.- En el punto 3º del artículo 6.2.e) se atribuye a las Cámaras la función de informar los proyectos de disposiciones generales emanados de la Administración regional que afecten a los intereses que representan. Existiendo un órgano en el que están representadas todas las Cámaras, como es el Consejo de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria de Castilla-La Mancha, parece más adecuado que la opinión de las Cámaras ante un proyecto normativo que va a afectar a todas ellas, sea emitida por aquél, a quien el anteproyecto de Ley, en su artículo 45, le asigna la naturaleza de *“órgano de asesoramiento y colaboración con la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha y de representación, relación y coordinación de todas las Cámaras Oficiales de Comercio existentes en la región y de éstas con la Administración tutelar”*.

Artículo 11.4. El Pleno.- En la regulación que se efectúa de la constitución del Pleno no se contempla la asistencia obligatoria del Presidente y del Secretario General, o de quienes les sustituyan, para que pueda quedar constituido, por lo que debería establecerse alguna fórmula que garantice que el Pleno siempre tenga un Presidente que lo dirija y un Secretario que de fe de los acuerdos que allí se adopten.

Artículo 14.1 y 3. El Comité Ejecutivo.- En el apartado 1 de este artículo existe una contradicción interna ya que, en el primer inciso del apartado 1, se dice que el Comité Ejecutivo *“será presidido por el titular de la Presidencia”*, con lo que parece configurarse tal Presidencia del Comité como un cargo nato del titular de la de la Cámara y, después, se dispone que *“Los cargos electos del Comité Ejecutivo serán la persona titular de la Presidencia...”*.

Según el apartado 3 del artículo, en la constitución del Comité Ejecutivo, no se exige la asistencia necesaria del Presidente y del Secretario, siendo por ello de aplicación aquí lo manifestado anteriormente respecto a la constitución del Pleno.

Artículo 17. La persona titular de la Presidencia.- Según la redacción del apartado 3.c) de este artículo, la moción de censura al Presidente debe ser propuesta, al menos, por un quinta parte del número de miembros del Pleno, sin especificar, en este caso, que esta facultad está reservada a los vocales con derecho a voto, lo que, interpretado en sus propios términos, daría lugar a la incongruencia de que la moción de censura podría ser propuesta por miembros que después no pudiesen votar a su favor.

A su vez, en el apartado 4 se prevé que en el Reglamento de Régimen Interior se regule la sustitución del titular de la Presidencia en los supuestos de cese contemplados en el apartado anterior, pero nada se dice respecto al sistema de sustitución en caso de enfermedad o imposibilidad de asistencia por otra causa, por lo que se estima que debería contemplarse esta circunstancia en el texto legal o efectuar su remisión al Reglamento de Régimen Interior.

Artículo 21. Aprobación y modificación del Reglamento de Régimen Interior.- En el apartado 2 se faculta al órgano administrativo tutelar para promover la modificación del Reglamento, y en el apartado 3 se vuelve a decir que el órgano administrativo tutelar podrá promover la modificación del Reglamento, bien de oficio o a instancia del 10 por 100 de los electores. A la vista de esta redundancia, se considera conveniente la supresión del apartado 2, trayendo al 3, que sería el nuevo 2, la necesidad del informe de la Cámara afectada. Asimismo se recomienda establecer un plazo para su emisión, así como los efectos que pudiera tener la no formulación del referido informe en el plazo establecido.

Artículo 23. Disposiciones generales.- El segundo apartado de este precepto regula de manera genérica las condiciones para ser titular de los derechos de sufragio activo y pasivo, mientras que los dos artículos siguientes establecen de manera más pormenorizada los requisitos para el ejercicio de estos derechos. A fin de armonizar el contenido de los tres preceptos se sugiere incorporar al apartado 2 del artículo 23 la expresión “*que reúnan los requisitos fijados en los artículos 24 y 25*”.

Artículo 26.1. El censo electoral.- Dispone que “*El censo electoral de las Cámaras comprenderá la totalidad de sus electores, clasificados por grupos y por categorías, en la forma que se determine reglamentariamente*”. El articulado de la Ley remite, a menudo, su desarrollo al reglamento ejecutivo de la misma (por ejemplo, artículo 39.4) y también a lo que establezcan los reglamentos de régimen interior de cada una de las Cámaras (por ejemplo, artículo 26.2). Por ello, en opinión de este Consejo, la expresión “*en la forma que se determine reglamentariamente*” contenida en este precepto puede dar lugar a confusión respecto al tipo de reglamento al que se está refiriendo, por lo que se recomienda que se especifique que se refiere al de desarrollo de la Ley.

Esta circunstancia también se produce en otros preceptos de la nueva norma a los que se hace extensiva la observación anterior (por ejemplo, artículos 27.1, 29.1 y 2, 31.1 y 2, etc.)

Artículo 27. Publicidad del Censo.- El apartado 2 dispone que *“Las reclamaciones sobre la inclusión o exclusión de los empresarios en los grupos y categorías correspondientes podrán presentarse desde el momento en que se inicie la exposición del censo al público hasta que termine el plazo establecido en la convocatoria de elecciones, que no podrá exceder del plazo máximo fijado por el reglamento de desarrollo de la presente Ley, contados a partir del momento en que finalice la exhibición del censo”*.

Como ya apuntó el Consejo Económico y Social en su dictamen, el citado apartado es de difícil comprensión por lo que debería modificarse su redacción para mayor claridad, en especial, la expresión final *“contados a partir del momento en que finalice la exhibición del censo”*.

Se propone la siguiente redacción alternativa u otra semejante: *“Las reclamaciones sobre la inclusión o exclusión de los empresarios en los grupos y categorías correspondientes, podrán presentarse desde que se inicie la exposición del censo al público, durante el plazo que establezca la convocatoria de elecciones. Dicho plazo no podrá exceder del plazo máximo que fije el reglamento de desarrollo de la presente Ley”*.

Artículo 29.2. Juntas Electorales.- En la letra a) de este precepto, que atribuye a las Juntas Electorales la función de *“Aprobar los modelos de actas de constitución de las mesas electorales, de escrutinio, de escrutinio general y de proclamación de electos”*, sería conveniente concretar que el primer escrutinio que cita es de mesa para distinguirlo del general.

El apartado 2 de este mismo artículo enumera, entre las funciones de las Juntas Electorales, en su letra g), la de *“Supervisar la actuación de los órganos de gobierno de la Cámara en funciones, pudiendo adoptar cuantos acuerdos estime oportunos para garantizar la objetividad y transparencia del proceso electoral desde la convocatoria de las elecciones hasta la finalización del proceso electoral”*.

La redacción de dicho precepto parece excesiva por su indeterminación, pues, en su tenor literal, parece extender las funciones de las Juntas Electorales más allá de las orientadas a *“garantizar la objetividad y transparencia de las elecciones”* (artículo 9.2 de la Ley 3/1993, de 22 de marzo), encomendándoles la tarea de la supervisión de la actuación de los órganos de gobierno en funciones, la cual se limita a *“la gestión, administración y representación ordinarias de la Corporación”* según dispone el artículo 33 del anteproyecto, y que no tiene relación alguna con el proceso electoral. Por tanto, si, como parece lógico, lo único que se pretende es supervisar la actuación de los órganos de gobierno en funciones a

fin de garantizar su actuación objetiva y transparente en relación con el proceso electoral así debería expresarlo con claridad.

Artículo 31.2. Desarrollo de las elecciones y voto por correo.- Dicho precepto prevé la posibilidad de emisión de voto por correo, remitiendo al reglamento que desarrolle la Ley los requisitos que habrán de observarse para su práctica. Puesto que el apartado primero de este precepto ya establece la remisión reglamentaria de los demás cuestiones relacionadas con el desarrollo de las elecciones (mesas electorales, fiscalización del proceso, voto electrónico etc.) se propone su unificación en un único apartado.

Artículo 32. Toma de posesión y elecciones de segundo grado.- Dicho precepto regula, en dos apartados, la toma de posesión de los miembros del Pleno tras las elecciones y la elección, tras la constitución del Pleno, de la persona titular de la Presidencia y los miembros del Comité Ejecutivo.

No obstante, el artículo es incompleto toda vez que no hace referencia a la elección de los vocales del Pleno a que se refiere el artículo 11.1.b) que son elegidos por los miembros del Pleno entre personas de reconocido prestigio en la vida económica dentro de la demarcación de la Cámara, que sean titulares o representantes de empresas, propuestas por las organizaciones empresariales.

Dado que tanto el Presidente como los miembros del Comité Ejecutivo son elegidos por el Pleno de entre sus miembros con derecho a voto (artículo 17.2), el trámite a que se hace referencia en el párrafo anterior necesariamente deberá tener lugar con carácter previo a la elección de aquéllos.

Artículo 43.3. Tutela.- Se propone la supresión de este apartado pues, si bien tiene por objeto la determinación de los órganos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha que ejercen la tutela de las Cámaras Oficiales de Comercio e Industria, finalmente no se concretan tales órganos, pues únicamente hace referencia de manera genérica a la “*Consejería competente en materia de tutela de las Cámaras Oficiales de Comercio e Industria*”. En los casos en que la Ley atribuye una determinada competencia al Consejo de Gobierno o a la persona titular de la Consejería con competencia en materia de tutela de las Cámaras, lo hace al regular la potestad concreta, por lo que este apartado no aporta nada al contenido de la nueva norma.

No obstante, si se opta por mantener dicho apartado, se sugiere la redacción siguiente u otra semejante: “3. *Con independencia de las facultades atribuidas al Consejo de Gobierno, la función de tutela de las Cámaras de Comercio e Industria será ejercida por aquella Consejería que determinen los Decretos de estructura y distribución de competencias. En todo caso corresponderá a la persona titular de dicha Consejería el ejercicio de las potestades administrativas de resolución de recursos, suspensión y disolución de los órganos de gobierno y la convocatoria de elecciones*”.

Artículo 46.d). Funciones del Consejo de Cámaras.- Este precepto establece las funciones del Consejo de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria de Castilla-La Mancha, figurando en su letra d) la de “*Emitir los informes preceptivos establecidos por la legislación vigente*”. Se considera que dicho apartado debe ser más preciso, determinando en lo posible cuales sean los supuestos establecidos en la legislación vigente que exigen la emisión de su informe con carácter preceptivo.

Disposición derogatoria primera.- Las disposiciones derogatorias deben ser precisas y, por ello, habrán de exponer tanto las normas o partes de ellas que se derogan como las que se mantienen en vigor; no siendo correcto utilizar fórmulas genéricas, como la prevista en la disposición derogatoria primera, que nada dice, toda vez que, en aplicación del sistema general de derogación normativa, la aprobación de una norma de superior rango deroga las de rango inferior en aquello que se opongan a la misma.

No obstante lo anterior, de mantener su contenido, se recomienda que se establezca una sola disposición derogatoria con dos párrafos, incluyendo, en el primero, la derogación genérica y, en el segundo, la subsistencia del Decreto 4/1997, de 28 de enero, de creación del Consejo de Cámaras de Comercio e Industria de Castilla-La Mancha, “*en todo lo que no se oponga a lo dispuesto en la presente Ley*”.

Titulación de las disposiciones adicionales, derogatorias y finales.- Habiéndose optado, con buena técnica normativa para facilitar la comprensión y manejo de la norma, por titular cada uno de los artículos del anteproyecto de Ley, también deberían titularse las indicadas disposiciones de la misma.

Otras cuestiones.- Se recomienda efectuar una nueva lectura sosegada del texto del anteproyecto remitido, al objeto de corregir errores materiales o de expresión; entre los que, a modo de ejemplo, se señalan los siguientes:

En el párrafo cuarto del preámbulo se debe suprimir la referencia a que la Ley contiene una transitoria, dado que el texto final propuesto no contiene ninguna.

La expresión “*En cuanto al régimen de funciones*” que se utiliza en el párrafo séptimo del preámbulo, se estima que no es acertada, puesto que el anteproyecto lo que hace es enumerar las funciones de las Cámaras y no establecer su régimen de actuación.

En la línea quinta del artículo 11.1.c) falta la preposición “*sus*” u otra similar antes del sustantivo “*funciones*”.

En el inicio del artículo 16.2 sobra la “*o*” entre “*vacantes*” y “*resultantes*”.

En el título del Capítulo VII “*cámaras*” debería ir con mayúscula al igual que sucede en el resto del anteproyecto.

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha es de dictamen:

Que teniendo en cuenta las observaciones contenidas en el presente dictamen, puede V.E. elevar al Consejo de Gobierno, para su aprobación como proyecto de Ley, el anteproyecto de Ley de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria de Castilla-La Mancha, señalando como esenciales las observaciones contenidas en la consideración IV.”

Toledo, 21 de mayo de 2009

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

Esther Sánchez López

J. 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 y liquidación. IV. Inspección. V. Recaudación. VI. Infracciones y delitos. VII. Revisión. VIII. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. IX. Impuesto sobre Sociedades. X. Impuesto sobre la Renta de los no Residentes. XI. Impuesto sobre 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

1. PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY EN MATERIA TRIBUTARIA Y TARIFAS PORTUARIAS

Sentencia del Tribunal Constitucional 101/2009, de 27 de abril

Esta sentencia entra a formar parte del ramillete de pronunciamientos del Tribunal Constitucional relativos a las exigencias derivadas del principio de reserva de ley en materia tributaria en el ámbito de las tarifas portuarias, reiterando la doctrina constitucional al respecto.

La sentencia responde a una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede de Las Palmas de Gran Canaria) respecto a los artículos 9 y 10.1 a) y a la disposición transitoria de la Ley 18/1985, de 1 de julio, que modifica la Ley 1/1966, de 28 de enero, sobre régimen financiero de los puertos españoles. Entiende el órgano judicial que tales preceptos infringen el artículo 31.3 de la Constitución, pues efectúan una remisión en blanco a reglamentos del Gobierno y a decisiones ministeriales para la fijación de la cuantía de las tarifas G-1, G-2 y G-3, vulnerando el principio de reserva de ley recogido en aquella disposición constitucional.

Circunscribiendo nuestro análisis a las cuestiones de fondo, el Tribunal Constitucional examina, en primer lugar, la naturaleza jurídica de las tarifas exigidas. Debe tenerse en cuenta, a nuestros efectos, que dichas tarifas se exigen por la prestación de determinados servicios portuarios generales y específicos. En concreto, la tarifa G-1 deriva de la entrada y estancia de barcos, comprendida la utilización de las instalaciones de señales marítimas y balizamiento, canales de acceso, esclusas y puentes móviles, obras de abrigo y zonas de fondeo; la tarifa G-2 procede del atraque de barcos, incluida la utilización de las obras de atraque y elementos fijos de amarre y defensa; y la tarifa G-3, mercancías y pasajeros, comprende la utilización de las aguas del puerto y dársenas, accesos terrestres, vías de circulación, zonas de manipulación y estaciones marítimas y servicios generales de policía.

El TC entiende, en línea con su doctrina anterior (SSTC 102/2005, de 20 de abril, FJ. 5; y 121/2005, de 10 de mayo, FJ. 7), que tales tarifas portuarias constituyen “verdaderas prestaciones patrimoniales de carácter público sujetas al art. 31.3 CE”, puesto que, con independencia del *nomen iuris* que reciben en la normativa que las regula, lo cierto es que los servicios portuarios cuya utilización da lugar a las tarifas G-1, G-2 y G-3 “implican, bien la prestación de servicios o realización de actividades en los que existe un monopolio de derecho a favor del Estado y respecto de los cuales «los particulares se ven obligados a optar entre no recibirlos o constituir necesariamente la obligación de pago de la prestación» [STC 185/1995, de 5 de diciembre, FJ. 3 c)], bien la utilización privativa o el aprovechamiento especial de los bienes del dominio público portuario, que al ser de titularidad del Estado generan «una situación que puede considerarse de monopolio, ya que si un particular quiere acceder a la utilización o al aprovechamiento citados para realizar cualquier actividad debe acudir forzosamente a los mismos» [STC 185/1995, de 5 de diciembre, FJ. 4 a)]. Por tanto, concluye el TC, dichas tarifas constituyen prestaciones patrimoniales de carácter público de naturaleza tributaria y, como tales, están sometidas al principio de reserva de ley en materia tributaria (FJ. 3).

Aclarada la naturaleza jurídica de estas tarifas portuarias, el TC recuerda que “la circunstancia de que las tarifas enjuiciadas constituyan prestaciones de carácter público de naturaleza tributaria respecto de las que la ley permite que normas reglamentarias fijen su cuantía no vulnera por sí mismo el principio de reserva de ley y, por tanto, no implica por sí misma inconstitucionalidad alguna, pues la Norma Suprema únicamente resultará vulnerada en la medida –y sólo en la medida– en que la regulación que de las citadas tarifas contiene la Ley 18/1985 no respete las exigencias derivadas de la reserva de ley establecida en los arts. 31.3 y 133.1 CE” (FJ. 4).

A partir de la premisa anterior, el TC inicia el examen de la infracción constitucional denunciada y señala que, en principio, no existe obstáculo constitucional a que las disposiciones legales cuestionadas se remitan a normas dictadas por el Gobierno, o incluso a Órdenes Ministeriales, para la fijación de la cuantía de las tarifas por servicios generales y específicos, siempre y cuando tales disposiciones legales establezcan los criterios idóneos para circunscribir la decisión de los órganos que vayan a cuantificar dichas tarifas, eliminando así una actuación de éstos últimos no sometida a límites. Pues bien, el TC entiende que “las normas cuestionadas no establecen ningún límite máximo –implícito o explícito– a la cuantía de las tarifas por servicios

generales y específicos, pues no pasan de señalar que tal cuantía se fijará, actualizará y revisará con sujeción a la «política económico financiera y de tarifas portuarias determinadas por el Gobierno» y a la «normativa general y objetivos anuales» que se establezcan por un Ministerio, de manera que se deja a la entera libertad de los citados órganos la fijación de lo que, como venimos diciendo, constituye sin ninguna duda uno de los elementos esenciales del recurso financiero enjuiciado: el quantum de la prestación” (FJ. 4). Resultando absolutamente necesaria la determinación en la ley de un límite máximo de la prestación de carácter público, o de los criterios para fijarlo, a fin de respetar el principio de reserva de ley, el TC declara inconstitucionales y nulos los arts. 9, 10.1 a) y la disposición transitoria de la Ley 18/1985, de 1 de julio.

2. PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y RETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS

Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, de 18 de mayo

Esta sentencia estima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco respecto del apartado primero de la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por posible vulneración del art. 9.3 CE y del art. 117.3 CE, en relación con los arts. 106.1, 118 y 24.1 CE.

Es conveniente, antes de analizar la argumentación del TC, prestar atención al contexto normativo que inspiró la adopción de la disposición legal cuestionada. El marco normativo del régimen tarifario establecido en la Ley 1/1966, modificada por la Ley 18/1985, y en la Ley 27/1992, tanto en su redacción originaria como en la modificada por la Ley 62/1997, sufrió un importante revés como consecuencia de la doctrina establecida por la STC 185/1995, de 14 de diciembre. A partir de esta sentencia, el Tribunal Supremo comenzó a dictar diversas sentencias, seguidas por otras numerosas resoluciones de éste y otros órganos jurisdiccionales, en las que, aplicando la doctrina constitucional anteriormente referida, consideró que las tarifas portuarias eran prestaciones patrimoniales de carácter público y, por tanto, sometidas a la reserva de ley del art. 31.3 CE, por lo que las liquidaciones practicadas al amparo de una cuantificación de esta tasa efectuada por Orden Ministerial eran nulas. Tras numerosas anulaciones judiciales de liquidaciones de tarifas por servicios portuarios, la

Ley 55/1999, de 29 de diciembre, incluyó la disposición adicional trigésimo cuarta, titulada “nueva liquidación de tarifas portuarias anuladas”, cuyo apartado primero, tenía el siguiente tenor: “En los supuestos en que, por sentencias judiciales firmes, se declare la nulidad de liquidaciones de tarifas por servicios portuarios efectivamente prestados a los usuarios por las antiguas Juntas de Puertos, Puertos Autónomos y Comisión Administrativa de Grupos de Puertos con arreglo a la Ley 1/1966, de 28 de enero, sobre régimen financiero de los puertos españoles, modificada por la Ley 18/1985, de 1 de julio, como consecuencia de la declaración de nulidad de las disposiciones que establecieron sus cuantías, las Autoridades Portuarias practicarán nuevas liquidaciones previa audiencia de los interesados y sin perjuicio de la ejecución de las sentencias en sus propios términos”, desarrollando en el resto de párrafos, de forma detallada, todos los elementos de estas tarifas.

El órgano judicial que plantea la cuestión de inconstitucionalidad considera que, al dotar de vigencia una regulación que ya existía al tiempo de producirse el hecho imponible y que había sido declarada nula por resolución judicial, se vulneraba el principio de seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Además, se quebraba el principio de reserva jurisdiccional y de cosa juzgada, al dejar sin efecto las consecuencias materiales de la actividad jurisdiccional, neutralizando el control de la legalidad de la actuación administrativa y cuestionando la eficacia del derecho a la tutela judicial efectiva de quienes promovieron en su día los procedimientos sentenciados en firme.

El TC recuerda, en relación con la posible afectación del principio de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) en supuestos de eficacia retroactiva de normas legales que imponen a los ciudadanos del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos o de efectuar prestaciones patrimoniales de carácter público (art. 31.3 CE), que aunque no existe una prohibición constitucional de legislación tributaria retroactiva, ello no implica que las normas tributarias retroactivas sean constitucionalmente legítimas en todo caso, ya que pueden entrar en juego otros principios constitucionales, como los de seguridad jurídica o interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que pueden entrar en conflicto con dicha retroactividad. En concreto, el TC señala que el principio de seguridad jurídica “protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que, de no darse esta circunstancia, la retroactivi-

dad posible de las normas tributarias podría incidir negativamente en el citado principio [...], lo que, en cualquier caso, no puede entenderse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal” (FJ. 3).

El TC advierte, en este contexto, que “el grado de retroactividad de la norma cuestionada, así como las circunstancias específicas que concurren en cada caso, se convierten en un elemento clave” en el análisis de constitucionalidad de la disposición cuestionada. En esta línea, resulta relevante “la distinción entre las disposiciones legales que con posterioridad pretenden anular efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia Ley y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas. Así, en el primer supuesto –retroactividad auténtica–, la prohibición de la retroactividad operaría plenamente y sólo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio, mientras que en el segundo –retroactividad impropia–, la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico-tributario, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso” (FJ. 3).

Sobre la base de lo expuesto, el TC considera que la norma cuestionada ha vulnerado el art. 9.3 CE, pues introduce un supuesto de retroactividad auténtica que afecta a la regulación de unas tarifas que tienen la naturaleza de prestaciones patrimoniales de carácter público, sin que concurren exigencias cualificadas de interés común que puedan resultar prevalentes. A juicio del TC, “tomando como presupuesto y excusa la anulación judicial de las liquidaciones practicadas por haberse declarado nulas las disposiciones que establecieron sus cuantías, habilita la práctica de nuevas liquidaciones, estableciendo la cuantificación de las tarifas a aplicar en relación con supuestos de hecho que no sólo habían sido realizados en su integridad y estaban plenamente agotados al amparo de una legislación anterior, sino que incluso habían sido ya objeto de liquidación conforme a esa legislación y sometida dicha liquidación a control de legalidad por los órganos judiciales competentes, lo que implica una actuación legislativa que no era razonablemente previsible para los agentes destinatarios de la norma, dañando la confianza con la que desarrolló su actividad económica” (FJ. 4).

El TC rechaza la concurrencia de circunstancias especiales de interés general que puedan prevalecer sobre las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad. En especial, niega la existencia de una obligación de pago del servicio portuario por quien lo recibió y lucró con él, impidiendo un enriquecimiento injustificado. “Al tener las tarifas el carácter de prestaciones patrimoniales de carácter público, sólo cabría hablar propiamente de una obligación de pago y, por tanto, de la existencia de un eventual enriquecimiento injusto que quepa remediar, en el caso de que hubiera existido una regulación normativa en el momento de verificarse el servicio que así lo dispusiera, lo que, precisamente, no sucede en este caso, en que la declaración de nulidad radical de esta normativa, por contravenir el principio de reserva de ley del art. 31.3 CE, era la que había propiciado la nulidad de las diversas autoliquidaciones practicadas a su amparo” (FJ. 4).

II. CATEGORÍAS Y ELEMENTOS TRIBUTARIOS

1. PETICIÓN DE INFORMACIÓN A UN TERCER ESTADO. CAUSA DE INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN. INTERPRETACIÓN DEL REQUISITO DE LA AMPLIACIÓN DE LAS ACTUACIONES INSPECTORAS, A PARTIR DE LO PREVISTO NORMATIVAMENTE

Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de marzo de 2009

Siendo de diversa índole los motivos objeto de enjuiciamiento por parte de la Audiencia Nacional, nos vamos a centrar en la petición de información que, con motivo de la realización de actuaciones inspectoras frente a la parte actora, es cursada a las autoridades tributarias de Irlanda por parte de la ONI y que, a juicio de la entidad recurrente, habría constituido un supuesto de interrupción injustificada del plazo de prescripción, según lo dispuesto en el artículo 29 de la ya derogada Ley 1/1998, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, cuyo contenido suscribe, en lo esencial, lo previsto en el artículo 150 de la vigente LGT en relación con este tema. Y ello, en base al hecho de haber estado las actuaciones paralizadas durante ocho meses.

En efecto, y siendo cierto que las actuaciones de comprobación e investigación, según lo prescrito en los preceptos señalados, tienen un plazo *general* de duración de 12 meses pudiendo ampliarse por otros 12 meses más, concretamente en el supuesto de que las “actuaciones revistan especial complejidad” (artículo 31.ter RGIT), tal como, en principio, sucedería en el caso enjuiciado, la normativa aplicable al caso (LDGC), al igual que el vigente artículo 150.2 de la LGT, establece que “la interrupción injustificada durante seis meses de las actuaciones inspectoras, producida por causas no imputables al obligado tributario (...) determinará que no se considere interrumpida la prescripción como consecuencia de tales actuaciones”. Plazo que se sobrepasa en el supuesto controvertido, tal como constata la Audiencia Nacional, en el FJ. 4º del presente pronunciamiento, llegando a ser de ocho meses. Razón por la cual dicho Órgano concluye que ha existido “interrupción injustificada” de las actuaciones inspectoras teniendo ello como consecuencia, como sabemos, que no se considere interrumpido el plazo de prescripción.

Sentado lo anterior, y aun cuando el propio Tribunal manifiesta que no es preciso entrar en ello, nos parece de interés el extenso análisis que la Audiencia Nacional realiza en relación con el *significado y alcance* del acuerdo de ampliación de las actuaciones inspectoras en los supuestos normativamente previstos. Son dos, en efecto, las ideas clave sobre las que gira la doctrina del Tribunal en relación con este tema. Se parte, en primer lugar, de que dicho acuerdo constituye una “potestad reglada”, esto es, “no hay un derecho incondicionado de la Administración a prorrogar el plazo de duración de las actuaciones inspectoras, sino que, antes al contrario, la regla general viene constituida por el establecimiento del plazo de doce meses y solo en casos excepcionales, cuando concurren particulares circunstancias que impidan o dificulten que la culminación de las actuaciones se pueda realizar en el plazo previsto, una vez debidamente acreditadas y razonadas, podrá prolongarse el procedimiento mediante acuerdo motivado” (FJ. 5º). Afirmación, pues, que es la que conduce a la segunda de las conclusiones del Órgano juzgador en el sentido de que “no basta con la acreditación de que concurre alguna de las circunstancias que hacen posible acordar una prórroga, sino que es preciso poner tales circunstancias en relación con las concretas actuaciones inspectoras de que se trate”. En suma, “las circunstancias descritas en la Ley y su Reglamento de aplicación pueden ser o no, según los casos, un dato relevante en función de su influencia en las actuaciones mismas. De ahí que la motivación del acuerdo de ampliación deba ponderar la necesidad de sobrepasar el plazo legal a la vista de las circunstancias propias del procedimiento en

el seno del cual se necesita su adopción, lo que impone al órgano decisor un deber de poner en conexión la complejidad de las actuaciones, que no cabe presumir automáticamente de la concurrencia de alguno de los factores legales, con la constatada insuficiencia del plazo de doce meses para terminarlas” (FJ. 5º).

2. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A DETERMINAR LA DEUDA TRIBUTARIA. EL ARTÍCULO 150.5 DE LA LGT CAMBIA EL CRITERIO –MANTENIDO EN LA DEROGADA LGT- EN RELACIÓN CON LAS LIQUIDACIONES PRACTICADAS EN EJECUCIÓN DE SENTENCIAS O DE RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES ECONÓMICO-ADMINISTRATIVOS, EN REFERENCIA, EN CONCRETO, A LA CONSIDERACIÓN DE LAS MISMAS COMO ACTUACIONES INSPECTORAS

Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de noviembre de 2008

El interés del presente pronunciamiento se centra en el diverso modo de entender por parte de la LGT de 2003 -y, específicamente, por su artículo 150.5-, en relación con lo establecido por la anterior Norma Codificadora –artículo 64-, el *alcance* y *configuración* de las liquidaciones practicadas en ejecución de sentencias o de resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos.

En efecto, bajo la vigencia de la LGT de 1963, aplicable al supuesto enjuiciado en el presente pronunciamiento, y según doctrina del Tribunal Supremo en Sentencias de 6 de junio de 2003 y 30 de junio de 2004, citadas por la Audiencia Nacional, –en contra de la cual se manifiesta algún TSJ, como el de Valencia, en Sentencias de 24 de julio de 1997 y 16 de abril de 2003, entre otras-, las liquidaciones practicadas en ejecución de sentencia o resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos no se consideraban actuaciones inspectoras, no siendo posible, en consecuencia, la aplicación de lo dispuesto en relación con la paralización injustificada de las actuaciones inspectoras, que preveía el artículo 31.1 y 4 del RGIT. Por el contrario, el mencionado artículo 150.5 de la LGT de 2003 dispone que “cuando una resolución judicial o económico-administrativa ordene la retracción de las actuaciones inspectoras, estas deberán finalizar en el periodo que reste desde el momento en que se retrotraigan las actuaciones hasta la conclusión del plazo a que se refiere el apartado 1 de este artículo o en seis meses, si aquel periodo fuera inferior (...)”.

Precepto este último cuya aplicación al supuesto controvertido pretendía la parte actora pero que, como se ha señalado, se ha negado por parte del Órgano juzgador, en base a que el procedimiento de liquidación se inició con anterioridad a la entrada en vigor de la LGT de 2003. Razonamiento que compartimos y que no se opone al vertido por un sector de la doctrina que entiende, en relación con este tema, que “una cosa es la *interrupción injustificada* por más de seis meses, y otra distinta «el incumplimiento del plazo previsto para la finalización de las actuaciones»; situación esta última que, *ratione temporis* no ha sido contemplada por el Tribunal Supremo en las referidas sentencias” (MARTIN QUE-RALT, LOZANO SERRANO, CASADO OLLERO, TEJERIZO LOPEZ).

III. GESTIÓN Y LIQUIDACIÓN

1. PRESCRIPCIÓN. MOTIVOS DE INTERRUPCIÓN. SUPUESTOS DE ACCIÓN ADMINISTRATIVA SUSCEPTIBLE DE INTERRUPIR EL CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Abril de 2009

La sentencia se pronuncia ante la interposición de un recurso de casación que trae causa en una liquidación por el Impuesto de Sociedades, teniendo como principales alegaciones la vulneración de los arts. 64, 65, 66 y 67 de la antigua LGT, estimándose que la sentencia de instancia no ha apreciado la debida prescripción del derecho a determinar la deuda por el transcurso de más de 4 años.

Pues bien, el Tribunal Supremo entra a examinar si las concretas actuaciones inspectoras llevadas a cabo en el caso concreto tienen o no valor interruptivo de la prescripción. En el primer lugar, tras la observación de las mismas el Tribunal señala que no pueden considerarse actos interruptivos de la prescripción ya que dichas diligencias adolecen de inconsistencia objetiva, esto es, ninguna de ellas documenta actuaciones “conducentes al reconocimiento, regularización, inspección, aseguramiento, comprobación, liquidación y recaudación del Impuesto”, es decir, aquellos que “contribuyan efectivamente a la liquidación, recaudación o imposición de sanción en el marco de Impuesto controvertido”.

El interés de la Sentencia es no sólo por la aclaración de valor interruptivo o no de las actuaciones en el asunto en litigio, sino también por la reiteración de la doctrina ya sentada acerca de las actuaciones que se consideran puramente dilatorias. Así no puede concederse la virtualidad de interrumpir la prescripción a aquellas actuaciones inspectoras levantadas al objeto mero de constatación pero que no contienen acto alguno encaminado a la comprobación administrativa tributaria, pues son actuaciones carentes de la verdadera y propia significación de actuación inspectora. Así, no poseen dicho efecto aquellas actuaciones que resultan puramente dilatorias, como las que se limitan a dar constancia de un hecho evidente, a anunciar la práctica de actuaciones futuras, a recoger la documentación presentada sin efectuar valoración alguna o reiterar la solicitud de una documentación que ya obra en el expediente (FJ. 3º).

Ello lleva a que tampoco se conceda valor interruptivo a actuaciones de importancia en la resolución del caso como el llamado “proyecto de regularización de las actuaciones tributarias”, en el que solicita la conformidad o disconformidad del interesado, pues, en la fecha en que se realiza, el acto administrativo al que había que conceder dicho valor es al acta de inspección, que debía ser notificada al obligado tributario, y en la que se solicitaba conformidad o disconformidad con la propuesta de regularización tributaria en ella contenida.

2. REGLAMENTO DE GESTIÓN E INSPECCIÓN TRIBUTARIA. LIMITES DEL CONTROL JUDICIAL

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Marzo de 2009

Se impugna en este proceso, mediante recurso directo, el 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. En concreto, se impugna la Disposición Adicional Primera y los artículos 36, 69.6, 77.4, 111.2, 172.5 y 184.1 y la ausencia de una Disposición transitoria para que pueda entenderse extendida la aplicación de todo el articulado del Real Decreto a procedimientos iniciados antes de su aplicación.

Este último motivo del recurso que suscita nuestra atención, pues el criterio judicial aportado a estos efectos tiene trascendencia no sólo en relación con cuestiones de aplicación puramente de la norma reglamentaria de gestión de los tributos, sino además con el proceder del legislador.

Así, recuerda el Tribunal Supremo que la inactividad reglamentaria ha encontrado en nuestra jurisprudencia además de la barrera de la legitimación, un doble obstáculo: el carácter revisor de la jurisdicción y la consideración de la potestad reglamentaria como facultad político-normativo de ejercicio discrecional, y ello sin perjuicio de afirmar el control judicial de la inactividad u omisión reglamentaria. Ahora bien, lo que deja claro el Tribunal el límite del alcance del control judicial, pues “constatado el deber legal de dictar una regulación por la Administración y el incumplimiento de aquél resulta ciertamente más difícil admitir la posibilidad de una sustitución judicial de la inactividad administrativa reglamentaria hasta el punto de que el Tribunal dé un determinado contenido al reglamento omitido”. Y esto debe ser así porque “el poder de sustitución no puede llegar allí donde la ley reserva a la Administración un poder discrecional de decisión que responde a su específica posición político-constitucional”. En definitiva, el poder de sustitución encuentra el límite del contenido reglado por la ley (FJ. 10º).

3. MEDIOS DE COMPROBACIÓN. DERECHO A UTILIZAR LOS MEDIOS DE PRUEBA

Sentencia del Tribunal Constitucional 174/2008, de 22 de diciembre

En el asunto en concreto, el TC ampara al recurrente no habiéndose recibido el pleito a prueba, tras plantear la trascendencia de si una vivienda constituía residencia habitual o no para la desgravación de cantidades invertidas en su adquisición en el IRPF. En este asunto, la denegación del órgano judicial vulnera, a juicio del TC, el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para su defensa en tanto que “el elemento fáctico para cuya acreditación se interesó la apertura del período probatorio era *absolutamente determinante* en términos de defensa para la resolución del proceso”.

Así, la exigencia de constancia de los extremos comprobados y las razones que han sustentado las actuaciones de comprobación desarrolladas constituyen pilares de las líneas de defensa del contribuyente ante la Administración tributaria. De igual modo, debe destacarse de este pronunciamiento que el Tribunal Constitucional ha manifestado la suma pulcritud que debe guardarse en la admisión de los medios de prueba que resulten de interés para cuestiones fácticas de trascendencia en el asunto. Tal y como viene defendiendo el TC el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE) es un derecho de configuración legal que se entiende vulnerado cuan-

do no se admita o no se practique una prueba relevante para la decisión final sin motivación alguna. En efecto, la STC 174/2008, de 22 de diciembre, viene a reiterar esta cuestión y recuerda que «la existencia de una motivación adecuada y suficiente en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto constituye una garantía esencial del justiciable, ya que la exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que han llevado a los órganos judiciales a adoptar una decisión dada permite apreciar su racionalidad, además de facilitar el control de la actividad jurisdiccional y, consecuentemente, de mejorar las posibilidades de defensa por parte de los ciudadanos de sus derechos» (FJ. 3º).

V. RECAUDACION

1. COMPENSACIÓN DE CRÉDITO TRIBUTARIO DECLARADO MEDIANTE SENTENCIA JUDICIAL FIRME: TÍTULO AUTÉNTICAMENTE REPRESENTATIVO DE UN CRÉDITO A FAVOR DE LA PARTE FAVORECIDA. OBLIGACIÓN DE COMPENSACIÓN A PESAR DE LA INEXISTENCIA DE CRÉDITO EN EL PRESUPUESTO DE GASTOS

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2008

Se dirime en el presente litigio, la denegación de una solicitud de compensación de deudas en base al incumplimiento de los requisitos que, a juicio de la Administración, se infieren de lo dispuesto tanto en la LGT como en el RGR de 1990 y que exigen, para que se pueda dar la misma, además de que se trate de créditos reconocidos por acto administrativo firme, su anotación contable, esto es, el reconocimiento administrativo del crédito que supone la existencia del crédito correspondiente en la Ley de Presupuestos de cada año con cargo al cual puede ser pagado el crédito que se pretende compensar (no bastando, en consecuencia, cuando el Estado es una de las partes, que se trate de un crédito vencido, líquido y exigible). Condición esta última que no concurriría en el supuesto objeto de controversia.

Estima, sin embargo, el Tribunal Supremo, basándose en abundante jurisprudencia de este mismo Órgano, que dicha doctrina no puede prosperar cuando se trata de sentencias firmes negando, por tanto, que pueda aceptarse, “como argumento en contra de la denegación de la compensación, que el crédito cuestionado no esté contablemente reconocido, ante la imposibilidad de confundir la simple anotación contable, que es un acto interno de Tesorería, con el acto administrativo de reconocimiento de un crédito a favor de un sujeto, que se produce cuando se dicta la resolución oportuna” (FJ. 3º). Fundamenta, además, el Tribunal su postura en el hecho, a nuestro juicio acertado, de que, en el supuesto de cantidades reconocidas por sentencia judicial firme, “se está ante un documento auténticamente representativo *per se* de un crédito a favor de la parte favorecida por el fallo de la sentencia, o sea, de un auténtico título de crédito con tal contenido”(FJ. 3º), según lo confirma el contenido del artículo 106.1 y 2 de la LRJCA así como, en el ámbito tributario, el derogado artículo 12 del R.D. 1163/1990, por el que se regulaba el procedimiento para la realización de devoluciones de ingresos indebidos de naturaleza tributaria.

De este modo, y como concluye el Órgano juzgador “la normativa contable no puede llegar a desvirtuar la realidad de una sentencia judicial firme” no siendo, en consecuencia, necesaria en este caso la existencia de un crédito en el Presupuesto de gastos en orden a acordar la compensación del crédito tributario.

2. RECURSO EXTRAORDINARIO DE ALZADA PARA LA UNIFICACIÓN DE CRITERIO. DE NUEVO FRENTE A LA CUESTIÓN DE LOS EFECTOS LIBERATORIOS PARA EL CONTRIBUYENTE DEL INGRESO DE LAS DEUDAS TRIBUTARIAS POR PARTE DE LAS ENTIDADES COLABORADORAS CON LA HACIENDA PÚBLICA, EN CUANTO «ENTIDADES MANDATARIAS» DE ESTA

Sentencia del Tribunal Económico-Administrativo Central de 24 de febrero de 2009

La relevancia de la sentencia objeto de análisis radica no tanto, quizá, que en el fondo de la cuestión que se dirime como en el hecho de tratarse de un pronunciamiento realizado en recurso de alzada para la unificación de criterio.

En efecto, se trata de una cuestión ya analizada con unanimidad de criterio en el seno de la doctrina, y también de manera prácticamente firme en el seno de la jurisprudencia (como lo demuestran las múltiples sentencias vertidas en este sentido –vr. gr.: SSTS de 28 de abril de 1998 y de 17 de abril de 1999 o la SAN de 11 de junio de 1994) y que atañe al tema de los efectos liberatorios para el deudor de los ingresos realizados, de manera errónea, por parte de las entidades colaboradoras con la Hacienda Pública, a partir de lo dispuesto en los artículos 19.7 y 34.4 del RGR de 2005, la cuales, y como acertadamente señala el Órgano juzgador, “actúan como mandatarias, no del contribuyente, sino de la Hacienda Pública” (FJ. 4º).

Cuestión que el Tribunal Económico-Administrativo Central zanja afirmando que “una vez efectuado el pago y obtenido el correspondiente justificante en los términos del citado artículo 34.4, la inexactitud referida, tanto en la fecha como en el importe que figuran en dicho justificante, no puede derivarse, en ningún caso, de las anomalías o funcionamiento defectuoso que se puedan originar en las entidades colaboradoras en la recaudación, siendo dichas entidades las únicas responsables del retraso formal del pago de la deuda a la Hacienda Pública y de todas las consecuencias derivadas del mismo” (FJ. 4º).

VI. INFRACCIONES Y DELITOS

1. DELITO FISCAL. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN: INTERRUPCIÓN

Sentencias del Tribunal Constitucional 129/2008, de 27 de octubre, y 145/2008, de 10 de noviembre

A juicio del Tribunal Supremo, para que se produzca la interrupción de la prescripción relativa al delito fiscal basta denuncia o querrela, siempre que resulte con claridad que el procedimiento se dirige contra el culpable. Considérense las Sentencias 1688/2000, de 6 de noviembre; 1807/2001, de 30 de octubre; o 298/2003, de 14 de marzo. Destacamos también, de fechas más recientes, las Sentencias del Tribunal Supremo 643/2005, de 19 de mayo; 671/2006, de 21 de junio; 692/2008, de 4 de noviembre.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 63/2005, de 14 de marzo, ha declarado que la prescripción «se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable». Se ha de entender, por tanto, que el procedimiento no se dirige contra el culpable simplemente con la interposición de denuncia o querrela. Para el Tribunal Supremo, en cambio, ese criterio resulta «aleatorio, inseguro jurídicamente y con una gran dosis de injusticia al remitir la decisión de extinguir la responsabilidad criminal de un delincuente a la mayor o menor carga de trabajo» del órgano jurisdiccional (Fundamento de Derecho 10.º de la citada Sentencia 643/2005).

En la Sentencia 29/2008, de 20 de febrero, el Tribunal Constitucional mantiene su postura, argumentando que «admitir la interrupción de que aquí se trata por la mera presentación y registro de una querrela o denuncia significa tanto como dar pie a la posibilidad de que, mediante querrelas o denuncias carentes de fundamentación, y por tanto rechazables liminarmente, pueda impedirse la prescripción de una infracción penal o se dilaten indefinidamente los plazos legales establecidos. Y ello a voluntad no del órgano que tiene atribuido el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, sino del particular interesado en que así ocurra y con una clara incidencia, potencialmente lesiva, sobre derechos fundamentales del querrellado o del denunciado, singularmente el de defensa» (Fundamento Jurídico 12.º).

Más recientemente, dos interesantes pronunciamientos del Tribunal Constitucional han vuelto a abordar el cómputo del plazo de prescripción penal. Destacamos ambas resoluciones porque reconocen al auto de incoación de diligencias previas virtualidad interruptiva sobre dicho cómputo. Las dos se han dictado en el marco de la garantía de amparo, por lo que atañe a la referida Sentencia del Tribunal Supremo 643/2005, de 19 de mayo. Por su gran interés, reproducimos a continuación texto literal de ambos pronunciamientos. Dice el Fundamento Jurídico 8.º de la Sentencia constitucional 129/2008, de 27 de octubre:

«... la principal objeción al modo en el que los órganos judiciales negaron la prescripción del delito se refiere a la afirmación de que la misma interrumpió su plazo con el Auto de incoación de diligencias previas. Esta consideración, a juicio del recurrente, supone extender el art. 114 del Código Penal anterior “más allá de su tenor literal y, sobre todo, de sus bases axiológicas”, porque no puede entenderse que dicho Auto “dirija el procedimiento contra el culpable” por su falta de contenido material y de fundamentación jurídica.

Para la respuesta a esta última alegación hemos de recordar que el análisis constitucional de las decisiones que niegan la prescripción de un delito se rige por los parámetros propios del derecho a una tutela judicial efectiva, reforzada, en su caso, cuando lo que esté en juego sea una pena privativa de libertad, por la implicación del derecho a la libertad (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ. 7). Este análisis se concreta, en primer lugar, en cuanto análisis de que se ha dispensado una tutela efectiva, en comprobar que la resolución impugnada esté motivada y sustentada “en una argumentación no arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni incurso en error patente” (por todas, SSTC 63/2001, de 17 de marzo, FJ. 7; 63/2005, de 14 de marzo, FJ. 3). Habrá de comprobarse además, en segundo lugar, que la decisión judicial sea “conforme” con el derecho a la libertad (STC 24/2005, de 14 de febrero, FJ. 3), “compatible” con él (STC 196/2005, de 18 de julio, FJ. 4): que exprese o trasluzca “una argumentación axiológica que sea respetuosa” con su contenido (SSTC 63/2005, FJ. 3; 34/2008, de 25 de febrero, FJ. 3), lo que en materia de prescripción del delito comporta que “sea posible apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución” (SSTC 63/2001, FJ. 7; 11/2004, de 12 de febrero, FJ. 2; 63/2005, FJ. 4). Tales fines se relacionan con la evitación de la inseguridad que para los ciudadanos supone la latencia de la amenaza penal y con la provisión de una actuación penal “seria, rápida y eficaz, a fin de lograr satisfacer las finalidades de prevención especial que se le atribuyen” (STC 63/2005, FJ. 4).

La aplicación de este canon [...] comporta la desestimación de la queja. La Sentencia del Tribunal Supremo explica que “según la interpretación del art. 132.2 del Código Penal que viene realizando la última línea jurisprudencial de esta Sala”, “la resolución judicial que acuerda incoar diligencias previas interrumpe la prescripción [...] ya que lo relevante es la existencia de una resolución judicial que reviste la forma de Auto, en cuanto que tiene antecedentes de hecho, fundamentos jurídicos y parte dispositiva y contra el mismo cabe el recurso de reforma. Este Auto contiene la decisión judicial de investigar el hecho y perfilar la participación del denunciado o querrellado”, sin “que se pueda mantener, en estos tiempos, que la única forma de dirigir el procedimiento contra el culpable pase necesariamente por un procesamiento o por su imputación formal en el momento de la calificación de los hechos” (FD 10.8).

Resulta así notorio que no concurre no ya falta de motivación, error fáctico o ausencia de norma, sino tampoco irrazonabilidad manifiesta en la catalogación de un Auto de incoación de diligencias previas consecuente con una querrela como acto de dirección del procedimiento contra el querrellado, máxime si se tiene en cuenta, con cita de nuevo de la STC 63/2001, que la norma aplicada “no especifica la calidad ni

la intensidad” de la conexión requerida “entre las actuaciones procesales y quien finalmente resulta condenado para dar por interrumpida la prescripción” (FJ. 9). Y constatamos también que esta interpretación del inciso “desde que el procedimiento se dirija contra el culpable” (art. 114 del Código Penal anterior) y la subsunción del citado Auto en el mismo no desconocen las finalidades de la institución de la prescripción de preservación de la seguridad y de las funciones de la sanción penal, a la vista de que se trata de una decisión judicial formalizada y específica que tiene por contenido la investigación penal solicitada.»

Y (finalmente) leemos en el Fundamento Jurídico Único de la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2008, de 10 de noviembre:

«Los antecedentes fácticos de este recurso así como las invocaciones de derechos fundamentales realizadas por el recurrente son coincidentes con las del recurso de amparo núm. 4615-2005, interpuesto por el otro condenado, que ha sido denegado por STC 129/2008, de 27 de octubre. Así, con remisión íntegra a lo razonado en dicha Sentencia, debe rechazarse que concurra ninguna de las vulneraciones aducidas. [...] En relación con la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva, porque, como [...] se hizo expreso en los fundamentos jurídicos 6 a 8 de la citada Sentencia, no concurre ningún defecto de motivación desde el punto de vista constitucional en el detallado razonamiento sobre el momento en que debía comenzar el cómputo de la prescripción ni en considerar el Auto de incoación de las diligencias previas consecuente con una querrela como un acto de dirección del procedimiento contra el querrellado apto para interrumpir el plazo de prescripción.»

VII. REVISIÓN

1. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. RETROTRAER ACTUACIONES. OBLIGACIÓN DE PRONUNCIARSE SOBRE ALEGACIONES

Sentencia del Tribunal Constitucional 67/2009, de 9 de Marzo

El objeto que se presenta en amparo ante el Tribunal Constitucional estriba en determinar si se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva del derecho a la obtención de una respuesta fundada en Derecho que exige que la respuesta juris-

dicional no sea fruto de un error de hecho patente, de la simple arbitrariedad, o se muestre manifiestamente irrazonada o irrazonable. De este modo, la coherencia en la respuesta del Tribunal como instrumento y parámetro de control de constitucionalidad de la actuación judicial.

Como antecedentes de hecho del asunto puede referirse una liquidación dictada por la Administración fue recurrida en vía judicial y anulada por un Juzgado contencioso-administrativo. Este Juzgado al estimar el primer argumento del recurrente no analizó el resto de los alegados. La Administración recurre en apelación y el órgano *ad quem* (TSJ) anula la sentencia del Juzgado, sin entrar a valorar el resto de argumentos alegados por el recurrente ante el Juzgado porque no se había adherido al recurso de apelación que formuló la Administración.

Afirma el Alto Tribunal en el único Fundamento jurídico de esta sentencia la necesidad de analizar los argumentos de la instancia anterior. Así, estima que el TSJ ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, al no entrar a valorar esos otros motivos alegados por el recurrente en la instancia anterior, toda vez que sólo procede adherirse al recurso cuando la parte apelada ha sido también “perjudicada” por la sentencia objeto de apelación, aspecto que no sucedió en este caso pues anuló la liquidación impugnada. Procede, pues, retrotraer las actuaciones para que el TSJ dicte una nueva sentencia analizando los argumentos esgrimidos y sobre los que no hubo pronunciamiento judicial en la instancia anterior.

2. PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN EN VÍA ADMINISTRATIVA. RECLAMACIONES ECONÓMICO-ADMINISTRATIVAS. RECURSO DE ALZADA. CÓMPUTO DEL PLAZO. REQUISITOS. CONSECUENCIAS DE NO FORMULAR ALEGACIONES EN EL ESCRITO DE INTERPOSICIÓN

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Marzo de 2009

El asunto en cuestión obedece a la impugnación de dos acuerdos de liquidación de IRPF ante el TEAR de Andalucía y que recala en el Tribunal Supremo mediante un recurso de alzada interpuesto por el Director General del MEH.

La trascendencia de este pronunciamiento viene dada por las exigencias formales y garantistas del recurso de alzada, de manera que el Fundamento Jurídico 4º establece que el escrito de interposición

del recurso de alzada debe reunir una serie de requisitos al hilo de lo requerido por el Reglamento de Procedimiento Económico-Administrativo. Así, en el escrito de interposición del recurso de alzada ante el TEAC necesariamente deben formularse las alegaciones correspondientes, además de acompañar la documentación correspondiente. Ello es así incluso cuando quien lo plantea son los Directores Generales del Ministerio de Hacienda o de la AEAT, al no haber con posterioridad, en la segunda instancia de la vía económica administrativa, un trámite posterior de puesta de manifiesto del expediente para alegaciones.

A diferencia de la reclamación económica administrativa que puede iniciarse mediante escrito en el que el interesado se limita a pedir que se tenga por interpuesta la reclamación, no existe la posibilidad de iniciar el recurso de alzada mediante un escrito en el que el interesado se limite a pedir que se tenga por interpuesto el recurso, reservándose la realización de las alegaciones para un momento posterior porque “si el escrito de interposición del recurso es un mero anuncio, las demás partes interesadas, entre las que se incluye al reclamante a cuyo favor produce efectos la resolución impugnada, desconocerán los motivos de impugnación del órgano directivo.

3. DEVOLUCIÓN DE INGRESOS INDEBIDOS. **PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A LA SOLICITUD. CAMBIO** **DE CRITERIO**

Sentencia del Tribunal Constitucional 105/2009, de 4 de mayo

La referencia que hacemos a esta sentencia será únicamente como obiter dicta, dejando aparte la argumentación que se despliega a efectos de obtener un pronunciamiento en el caso concreto. Así, se impugna la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2005 que se separa del criterio de la sentencia de contraste, al declarar como doctrina legal que el derecho a la devolución de ingresos indebidos prescribía por el transcurso del plazo establecido por la LGT y se computaba de acuerdo con el art .65 de la misma, desde el momento en que se realizó en el ingreso. Ello origina un recurso de amparo por supuesta vulneración del principio de igualdad en aplicación de ley que se dilucida en este asunto.

Para la entidad recurrente, las autoliquidaciones que realizó devinieron actos de gestión tributaria nulos de pleno derecho a raíz de la STC 173/1996, de 31 de octubre, que declaró la inconstitucionalidad y nulidad del precepto que establecía el gravamen a que obedecían. En consecuencia, sostiene la recurrente la imprescriptibilidad de la acción para pedir su revisión y la obtención de la devolución de lo ingresado indebidamente.

Frente a ello, el Abogado del Estado y el Fiscal sostienen que la doctrina del Tribunal Constitucional es la de que la revisabilidad de los actos nulos debe ser modulada por exigencias del principio de seguridad jurídica, siendo pertinente, por tanto, excluir de esa posibilidad las situaciones consolidadas, tanto aquellas decididas mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada como las establecidas mediante actuaciones administrativas firmes.

A este respecto, el Tribunal considera que “la interpretación de la normativa aplicable que hizo la Sentencia impugnada, considerando prescrito el derecho a la devolución de los ingresos indebidos porque, a pesar de que los actos de gestión tributaria de que traían causa devinieron nulos por la declaración de inconstitucionalidad de la norma que les daba cobertura, se trataba de una situación jurídica consolidada, lejos de adolecer de una manifiesta irrazonabilidad patente para cualquier observador lesiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), es una interpretación razonable, máxime cuando, formando parte esencial de la normativa aplicable el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 CE y los efectos de las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes previstos en el artículo 40 LOTC, dicha interpretación se ha ajustado a la doctrina consolidada de este Tribunal) (FJ. 3º).

En síntesis, el Tribunal Constitucional considera que existe un cambio de criterio razonado que abre una nueva línea jurisprudencial seguida por pronunciamientos posteriores del mismo órgano jurisdiccional.

VIII. IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

1. RETRIBUCIONES EN ESPECIE. USO DE VEHÍCULO. VALORACIÓN. UTILIZACIÓN SIMULTÁNEA PARA ACTIVIDADES PRIVADAS

Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de abril de 2009

Partiendo de la definición de retribuciones en especie contemplada en la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, que es la que resulta aplicable al caso, la Sala estima que la utilización de vehículos se contempla por la legislación en una doble vertiente, empresarial y particular, de modo que si el uso o disfrute es para fines particulares se califica como “retribución en especie” mientras que si la utilización del vehículo es para el cumplimiento de fines propios de la actividad no tiene tal consideración, y corresponde al sujeto pasivo que pretenda una u otra calificación acreditar los hechos determinantes de la misma, de forma que, en caso contrario, el criterio de valoración será el legal, es decir, el fijado por la propia norma.

En supuestos como el que se enjuicia, de uso mixto de los vehículos, la cuestión nuclear se centra en determinar el cómputo de su uso para fines particulares, que es lo único que constituye “retribución en especie”. Tal y como afirma el Tribunal Económico Administrativo Central en la resolución que se revisa, para cuantificar la retribución en especie, “deberá tenerse en cuenta la naturaleza de la actividad de que se trate, las características específicas del desarrollo de las tareas de quien utiliza el vehículo, y el destino efectivo para unos u otros fines”.

En el presente supuesto, la Administración fundándose en el criterio de la disponibilidad, que se sustenta en la facultad de disposición que el trabajador tiene sobre el vehículo fuera del horario que constituye su jornada laboral, estimó que existía, en los ejercicios 1999 a 2002 comprobados, una disponibilidad para uso personal de un 79,9% para los comerciales y de un 80,70% para los directivos. Este porcentaje de imputación viene a reconocer como uso de empresa exclusivamente las horas laborales previstas en el Convenio, presumiendo la existencia de retribución en especie por el resto del tiempo. Frente a ello ha sostenido la entidad recurrente, desde el inicio, que la disponibilidad para uso personal en el caso de los comerciales es del 25% y para el resto del personal del 40%.

Pues bien, la Sala considera excesiva la imputación efectuada por la Inspección del uso privado de los vehículos, que ha sido calculado teóricamente a través de una operación resultante de aplicar el criterio de disponibilidad; criterio que no se corresponde adecuadamente con el tenor literal del artículo 43 de la Ley del Impuesto que alude a la “utilización” y no a la “facultad de utilización”, y fundamentalmente que dicho criterio no resulta íntegramente trasladable en algunos supuestos, como el de los visitantes médicos, en que los vehículos cedidos por la empresa constituyen su instrumento de trabajo.

Por ello, la Sala estima que para la valoración de la retribución en especie en los casos de uso mixto de un bien, para fines empresariales y privados, es necesario atender a las circunstancias personales y profesionales del trabajador, de tal forma que el uso privado que un comercial da a un vehículo cedido por la empresa es más residual que el que le da otro empleado que necesite el vehículo en menor medida, como es el caso de los directivos de la empresa. Así ha sido reconocido por la Dirección General de Tributos en la consultas de 29 de febrero de 2000 y 9 de marzo de 2001, citadas por la parte actora, en las que recoge que “en el caso de uso mixto, la valoración de la retribución en especie se realizará teniendo en cuenta las reglas anteriores, de acuerdo con un criterio de reparto en el que, teniendo en cuenta la naturaleza y características de las funciones desarrolladas por los trabajadores de la empresa...” y en la propia resolución del TEAC que se enjuicia en la que se señala que “para cuantificar la retribución en especie, deberán tenerse en cuenta la naturaleza de la actividad de que se trate, las características específicas del desarrollo de las tareas de quien utiliza el vehículo, como el destino efectivo para unos u otros fines” (FJ. 4º).

Sin embargo lo más novedoso de la Sentencia deriva de la traslación que lleva a cabo al ámbito del IRPF de las reglas presuntivas del IVA a efectos de aplicar la deducción de cuotas soportadas en la adquisición de vehículos para el caso de utilización mixta. En tal sentido, y como evidencia la Sala, bien es cierto, tal y como se recoge en la resolución del TEAC que se revisa, que se trata de dos impuestos diferentes respecto de los cuales rige el principio de estanqueidad, sin embargo, no es menos cierto que pese a ello las pruebas aportadas son las mismas en ambos procedimientos, por lo que siendo idéntico el material probatorio resulta conforme al principio de seguridad jurídica que las conclusiones que se alcancen respecto de ambos procedimientos no sean diferentes.

En último término, “si bien en el ámbito del IRPF las normas que regulan la delimitación y valoración de las rentas en especie consistentes en la entrega de vehículos-artículos 43 y 44 LIRPF- no contemplan presunción legal alguna para hallar el grado de utilización de los vehículos, sin embargo nada impide que la Sala considere conforme a Derecho acudir al porcentaje fijado en el IVA para la misma sociedad y que aplica para los visitantes médicos el porcentaje de afectación de los vehículos a la actividad empresarial declarado por la propia sociedad, ascendente al 75%, y para el resto de empleados la presunción legal de afectación de los vehículos a actividades empresariales consistente en un 50%, que no es el declarado por la sociedad ni tampoco el aplicado por la Inspección, pero que se considera conforme a las características de los puestos de trabajo desempeñados por los trabajadores y a la efectiva utilización del bien” (FJ. 5º).

2. ELEMENTOS PATRIMONIALES AFECTOS AL EJERCICIO DE UNA ACTIVIDAD PROFESIONAL. USO DE UN VEHÍCULO. PRUEBA DE LA AFECTACIÓN TOTAL

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 11 de marzo de 2009

Se cuestiona la adecuación a derecho de la resolución del TEAR que desestimó la reclamación económico administrativa frente a la liquidación provisional por el Impuesto sobre la renta de las personas físicas. De acuerdo con la mentada resolución en los supuestos en que un vehículo de turismo sea utilizado para fines propios de la actividad económica y privados, aunque a estos últimos lo sea de manera irrelevante, no podrán considerarse elementos afectos a la actividad sino en los supuestos designados en el apartado 4 del art. 21 del Reglamento IRPF, entre los que no se encuentra los destinados a desplazamientos profesionales de los arquitectos.

Ante ello la Sala opone una cuestión exclusivamente de prueba respecto de si el demandante ha acreditado suficientemente que el vehículo turismo que ha provocado los gastos rechazados como deducibles de los ingresos de su actividad profesional se encontraban afectos de manera exclusiva a la realización de dicha actividad y que por tanto resultaban deducibles de sus ingresos profesionales. A ello responde que en relación a este tipo de gastos irrogados al profesional en sus desplazamientos efectuados en vehículo propio y presentan una doble característica: por una parte, la *necesidad innegable de esta categoría de gastos para*

la obtención de los ingresos, pero por otra, la dificultad de su prueba y de su separación de otros de igual naturaleza efectuados en la esfera privada. Esta segunda característica, evidente por sí misma, exige que el profesional disponga de algún procedimiento o sistema que dé lugar a las necesarias pruebas para acreditar ante la Administración tributaria que los gastos, además de reales, corresponden inequívocamente a la actividad realizada. Una de estas pruebas, aunque no la única posible, puede ser el correspondiente libro de órdenes en que el Arquitecto ha de hacer constar las indicaciones que cursa para el buen desarrollo de las obras que dirige, de manera que es el sujeto pasivo quien ha de prever la necesidad de demostrar aquéllos extremos, con el libro en cuestión o con los antecedentes más adecuados al caso para, si es requerido, acreditar lo que convenga a su derecho. Pero lo que no cabe es disponer sólo de los justificantes del gasto y no de la demostración de que el desplazamiento obedeció precisamente a la necesidad profesional.

Así las cosas, para la resolución de esta “litis” la Sala estima que no se trata de exigir al sujeto pasivo una prueba directa y cumplida de la afectación absolutamente exclusiva del vehículo a la actividad, pues obviamente nunca podrá demostrar el hecho negativo de la «no utilización», en ningún caso, para un fin particular, aunque tal no utilización sea cierta. Pero sí que es preciso que se aporte una prueba suficiente (pues la norma así se lo exige, como vimos), al menos indiciaria, que permita dar por probado un panorama en el que la afectación exclusiva aparezca como lo más normal dados los indicios aportados, y la utilización privada una mera hipótesis carente de base suficiente. Creemos que las pruebas aportadas constituyen indicios serios, razonables y reiterados de que el vehículo ha sido adquirido para fines de utilización exclusiva del negocio de la mercantil actora, de modo que sí cabe aceptar la deducción de los gastos acreditados.

Pues bien, partiendo de una Sentencia de 7 de septiembre de 2005 que ahora modula y matiza, se afirma “que en las sentencias anteriores fue la Sala tal vez excesivamente generosa a la hora de dar por acreditada la afección exclusiva, y no tuvo en debida cuenta cuál es la voluntad de la Ley expresada en el artículo 95 cuando señala que «El grado de utilización en el desarrollo de la actividad empresarial o profesional deberá acreditarse por el sujeto pasivo por cualquier medio de prueba admitido en derecho». Es cierto que la prueba nunca podrá ser absoluta ni se podrá rechazar la que se aporte apelando a una mera posibilidad o hipótesis de utilización privada, cuya ausencia absoluta nunca podrá ser probada. Sin embargo, dentro de las pruebas indiciarias exigibles, hay una que puede ser reclamada pese a que en las sentencias ante-

riores no hiciésemos referencia a la misma (si bien sí fue tratada, por el contrario, en la sentencia núm. 485, de 15 de julio de 2003), a saber: la indicación por el actor del número de kilómetros anualmente recorrido por el vehículo y la aportación de una relación, con las acreditaciones que sean posibles, de las salidas realizadas en el año, a fin de ponderar la adecuación de una magnitud a la otra. Ciertamente ello puede requerir de la empresa la llevanza de registros de utilización del vehículo, y la preconstitución de pruebas relativas a las salidas efectuadas, pero no es una exigencia excesiva respecto de quien pretende efectuar una deducción al 100%, a la vista de que la Ley reclama expresamente la demostración por el sujeto pasivo por encima del 50%, demostración que, aunque no pueda ser absolutamente exhaustiva o indiscutible, sí debe ser suficientemente convincente” (FJ. 3º).

3. OBLIGACIÓN PERSONAL DE CONTRIBUIR: RESIDENCIA HABITUAL. DETERMINACIÓN. ACREDITACIÓN INSUFICIENTE DE LA RESIDENCIA EN ESPAÑA

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12 de febrero de 2009

El tema decidendi del presente recurso se ciñe, en realidad, a dilucidar si el recurrente, en los ejercicios a que se contrae la liquidación, la condición de ciudadano residente en España o de no residente. El primer aspecto es asertado por la Administración tributaria, al tiempo que el interesado defiende que su residencia se hallaba ubicada en Suiza.

La Sala atendiendo a los arts. 11 y 12 de la Ley 18/1991, que resulta aplicable al caso, determina que los preceptos citados establecen unos parámetros objetivos reveladores o que exteriorizan la voluntad de permanencia en España mas allá de una mera situación de tránsito; voluntad de permanencia, en uno u otro espacio, que en el orden natural de los acontecimientos vendrá determinada por la situación vital de cada persona, de manera que puede responder bien el puro albedrío, o lo que es mas frecuente a la conveniencia del lugar a fin de atender a las actividades profesionales o a la administración del patrimonio.

Por ello, en el caso de incertidumbre acerca del tiempo real de permanencia en territorio español de los sujetos o del lugar en que radique el núcleo principal de sus intereses, datos generalmente de difícil prueba, es preciso considerar la situación personal de cada interesado a

fin de discernir si aquellos elementos de prueba, no concluyentes, se han de considerar como indicativos, o no, de la permanencia en España. Procederá, en consecuencia, determinar si concurren en este caso los requisitos contemplados en la anterior norma a los efectos de establecer si el lugar de residencia habitual del sujeto pasivo se halla en territorio español, como se infiere de la resolución impugnada, o por el contrario radica en Suiza, como sostiene el propio interesado.

En conclusión, la Sala estima el recurso al considerar que los indicios apuntados por la Inspección tributaria con base en lo establecido en el Convenio hispano-suizo han quedado desvirtuados con las pruebas aportadas por el sujeto pasivo en orden a probar su residencia en Suiza, como pretende, sin que la asistencia a las Juntas de los Consejos de Administración sea óbice para entender que en contadas ocasiones podría desplazarse a España por motivos profesionales, pues, como bien dice el demandante, su presencia no era necesaria ni continuada en las empresas a las que estaba vinculado, el mantenimiento de cuentas bancarias para la gestión de sus intereses en nada empuja tampoco la no residencia y, en fin, las razones que aporta el recurrente acerca de que quien habita en Barcelona es uno de sus hijos (del que no constan datos acerca de su minoría o mayoría de edad) son plausibles y deben ser acogidas, sin que sea necesario entrar a razonar sobre el motivo referente a la doble tributación que como petición subsidiaria se plantea en la demanda.

4. TRANSPARENCIA FISCAL. IMPUTACIÓN A LOS SOCIOS DE LAS BASES IMPONIBLES DE LA ENTIDAD

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 11 de febrero de 2009

Los motivos de impugnación que se esgrimen en la demanda son análogos a los hechos valer en otros litigios promovidos ante esta Sala y que ha desestimado desde la Sentencia de 29 de enero de 2009. En base a lo anterior y son fundamento en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1999 la Sala estima que “el régimen fiscal de las sociedades transparentes se lleva a cabo mediante dos fases procedimentales distintas, que culminan en actos administrativos conexos, pero con prioridad indiscutible del acto de determinación de la base imponible y demás elementos de la sociedad transparente, según las normas reguladoras del Impuesto sobre Sociedades” (FJ. 5º).

De esta manera quedaba anulada una liquidación a través de la cual, en ejecución de una resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, se imputaban unas bases a los socios de una sociedad transparente sin previa adopción de un nuevo acto de determinación de la base imponible de la sociedad. Es decir, como se reconoce por el Tribunal Económico Administrativo Central, “en los supuestos de transparencia fiscal su esencia se basa en la imputación a los socios (personas físicas o jurídicas) de los rendimientos de la entidad transparente, en proporción a su participación en la misma, debiendo los mismos proceder a su declaración ante la Administración Tributaria”. Ello comporta que la comprobación inspectora que pueda efectuarse del socio de la entidad transparente en orden a regularizar su situación tributaria, requiere la comprobación simultánea de la entidad transparente en cuanto a los rendimientos que provengan de aquella, sin que la labor liquidadora frente a los socios suponga tarea incompatible con el decurso de la que se siga con la sociedad”.

De otra parte, igual que se dice en las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2003 y de 26 de marzo de 2004, “la circunstancia de que en lugar de acta previa debiera ser acta definitiva no afecta en absoluto a los hechos consignados en la misma ni a la propuesta de liquidación, pues lo único que se produce es que el acta es definitiva y la liquidación que fue considerada como provisional debe ser declarada como definitiva. Ninguna indefensión ha causado, pues, a la recurrente aquella primera declaración de que el acta era previa, ya que esta circunstancia dota de mayores garantías al sujeto pasivo, que ve así atendida la posibilidad de revisión del acta, cosa que, de hecho, en el presente caso no ha sido necesario realizar. Como consecuencia, decae también este motivo de impugnación” (FJ. 5º).

IX. IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

1. COMPENSACIÓN DE BASES IMPONIBLES NEGATIVAS PRESCRITAS

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (Burgos) de 27 de febrero de 2009

La cuestión controvertida en la presente litis se centra en determinar si ha prescrito el derecho de la Administración a corregir las bases imponibles a compensar de ejercicios anteriores prescritos. Sobre la posibilidad de compensar bases imponibles de ejercicios prescritos, se ha pronunciado la Audiencia Nacional, entre otras, en Sentencia de 11 de marzo de 1999, disponiendo que el art. 64 de la LGT entonces aplicable (art. 66 de la actual Ley 58/03) enerva los derechos y acciones de la Administración no ejercidos en el plazo de los 5 (4 años) tendentes a liquidar y exigir lo liquidado, pero no prohíbe la posibilidad de comprobación de los elementos de las declaraciones vigentes, fijando los datos en los que se asientan, sin que pueda extenderlo a los ejercicios ya prescritos, cuya modificación es imposible legalmente.

Como señala la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de diciembre de 2007, y que la Sala trae a colación, "... Por lo que respecta a la compensación de las bases imponibles negativas procedentes de ejercicios anteriores, postula la demandante que se mantengan en sus términos propios las cantidades consignadas en la declaración del Impuesto, argumentando que la prescripción acordada en relación con el derecho a liquidar la deuda tributaria de 1993 y 1994 impide modificar las bases imponibles de tales ejercicios a efectos de su traslado y compensación en 1995". Y añade: "Es cierto que esta Sala ha reiterado, en armonía con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que la prescripción del derecho a liquidar no impide la regularización de ejercicios no afectados por la prescripción, aunque los hechos, operaciones o datos de relevancia tributaria provengan de ejercicios anteriores, ya prescritos, en cuanto a los efectos posteriores de tales actos o negocios, pero este criterio, que limita temporalmente la prescripción, impidiendo que se menoscabe el derecho de la Administración a liquidar los ejercicios en que no debe regir ésta, debe quedar constreñido a los supuestos de incorporación de hechos o datos propios de la comprobación del ejercicio de que se trata, sin extenderse a la verificación de las bases imponibles, aun cuando no puedan conducir a la determinación de la deuda tributaria del ejercicio en que se producen, porque estas operaciones son, estricta y rigurosamente, actividades de comprobación o liquidación tributaria vedadas ya a la Administración como consecuencia de la prescripción, siendo así que, además, aun cuando la base imponible negativa no pudiera ser utilizada para efectuar la liquidación del ejercicio o ejercicios afectados (en el caso que nos ocupa, los de 1993 y 1994), ello no significa que no estemos ante una actividad propiamente liquidatoria y ya extinguida, pues la sustitución de la base declarada por otra distinta no es irrelevante ni siquiera en cuanto a los ejercicios a que se refiere tal base, en tanto que el mecanismo de la compensación,

por su propia naturaleza, pone en conexión directa e indiferenciable los dos ejercicios fiscales comprendidos, de suerte que, como la compensación opera hasta la cuantía concurrente -con los demás límites legales y reglamentarios- la alteración de cualquiera de los términos cuantitativos en que juega la compensación afectaría necesariamente, no sólo al ejercicio de cuya liquidación se trata, por no estar prescrito, sino al otro, al reducirse el “crédito de impuesto”. Cabe añadir a lo anterior, de una parte, que como consecuencia de la prescripción, la autoliquidación, que se presume cierta, deviene inatacable, pues la actividad de gestión y liquidación, al encaminarse a la determinación de la deuda tributaria, lo que realmente entraña es una actividad administrativa dirigida a destruir la presunción de que goza realmente la declaración (artículo 116 de la LGT de 1963, confirme al cual “las declaraciones tributarias a que se refiere el art. 102 se presumen ciertas...”), de suerte que la pérdida de la potestad que es consecuencia de la prescripción hace ilegítima cualquier actividad de alteración del contenido de lo declarado. Así se deduce igualmente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y, en particular, de la sentencia de 3 de marzo de 1999 y las demás invocadas en la demanda“.

Así las cosas y teniendo presente la STSJ de Galicia de que 4 de septiembre de 2008, sólo son compensables las bases imponibles negativas y no sólo las pérdidas contables que puedan ser distintas a aquéllas, añadiendo que las bases imponibles compensables son las definitivas del ejercicio en que se produjeron, y que ese carácter definitivo deriva, bien de que han sido comprobadas por la Inspección, bien de que han ganado la prescripción. Aplicando la precedente doctrina al presente caso, la Sala concluye “que no concurre la prescripción invocada, ya que la Administración puede llevar a cabo las actuaciones necesarias para determinar si son o no correctas las bases imponibles negativas que compensó la entidad recurrente en el ejercicio 2004 derivadas de ejercicios anteriores (1996, 1997, 1998 y 1999) que aunque prescritos extienden sus efectos a ejercicios no prescritos (2004) en virtud de lo dispuesto en el art. 25 del T.R. de la Ley del Impuesto, debiendo significarse que lo que no puede la Administración es modificar aquellas bases imponibles negativas, que devinieron definitivas, bien por haber ganado la prescripción, o en su caso, por haber sido comprobadas por la Inspección, como aquí aconteció, pues como matiza la STS de 13-3-99 antes citada, una vez prescrito el ejercicio en que se materializó la compensación, estamos en presencia de una base imponible negativa de carácter definitiva e irrevisable por la Administración. En consecuencia, una vez admitida la posibilidad de compensación de bases imponibles negativas en ejercicios posteriores, aún cuando se deriven de ejercicios

prescritos, lo determinante para la procedencia de tal compensación será la efectiva correlación entre las bases declaradas a compensar en la declaración del ejercicio 2004 y las comprobadas por la Inspección de los Tributos en esos cuatro ejercicios, pues como se ha dicho, esas bases lo que no pueden es ser revisadas por la Administración con ocasión de la declaración del Impuesto correspondiente al ejercicio 2004, pero sí se podrá examinar en ese ejercicio si se han declarado incorrectamente las bases pendientes de compensación, o si en su caso, ya se han compensado en ejercicios precedentes, por lo que desde esta perspectiva ha de decaer la prescripción invocada” (FJ. 3º).

2. DEDUCCIÓN POR ACTIVIDADES DE EXPORTACIÓN. CREACIÓN DE SUCURSALES O ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES EN EL EXTRANJERO, ADQUISICIÓN DE PARTICIPACIONES DE SOCIEDADES EXTRANJERAS O CONSTITUCIÓN DE FILIALES. REQUISITOS

Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de enero y 23 de febrero de 2009

En cuanto a la deducción por inversiones relacionadas con la actividad exportadora, se recogía en la Ley 43/95 del IS en su art. 34.1.a) y exige, entre otros requisitos, que su actividad esté “directamente relacionada con la actividad exportadora de bienes y servicios o la contratación de servicios turísticos en España”. Esta deducción constituye una de las modalidades del régimen de deducción por inversiones que se instrumenta en el Impuesto sobre Sociedades como uno de los principales estímulos para incentivar la formación de riqueza nacional mediante la inversión empresarial directa, concretamente, se trata de estimular la implantación de empresas españolas en el exterior, en la medida en que las inversiones realizadas en el extranjero tengan relación directa con la actividad exportadora de bienes y servicios producidos en territorio español. La aplicación de la deducción requiere que todos los requisitos legales han de concurrir en el sujeto pasivo del Impuesto, de tal manera que la deducción no tiene cabida cuando la inversión realizada tenga relación directa con la actividad exportadora de otro sujeto pasivo. Pues bien, la actividad que desarrolla la sociedad recurrente es el comercio al por menor en supermercados, lo cual no significa que quede, con carácter general, excluida de la aplicación de la deducción, como infiere la recurrente de la resolución del TEAC, pues está habilitada para crear sucursales o filiales en otros países, realizando las inversiones necesarias para ello, pudiendo exportar “bienes o ser-

vicios” directamente ligados a dicha actividad, es decir, bienes producidos o servicios prestado por ella. Pero como todo beneficio fiscal, la norma exige la realidad de las circunstancias que hacen viable acogerse a la aplicación de dicho beneficio fiscal. No se trata de una regulación meramente teórica del goce de una ventaja fiscal, sino de la acreditación de los requisitos que la hacen viable.

En este sentido, la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, dice “a tenor de la doctrina del Tribunal Supremo expresada en la STS de la Sala 3ª de 22 de enero de 2000 compete en todo caso a cada parte la carga de probar sus pretensiones”. Todo ello, lleva a la Sala “a la convicción de que la Administración y el TEAC han hecho una correcta interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la deducción examinada, atendiendo a la finalidad de la misma y a las circunstancias concurrentes en el presente caso, debiendo ser compartida la conclusión de que la inversión realizada por la entidad recurrente en Portugal y Argentina no tuvo la finalidad de promover o favorecer la exportación de productos desde la matriz en España, sino una expansión empresarial en el Extranjero. No comparte la Sala la interpretación que se hace en la demanda del requisito de la relación directa entre la inversión y la actividad exportadora, al entender la recurrente que la Ley no exige que esa actividad exportadora deba ser realizada por la misma sociedad inversora, sino que basta con que se favorezca la actividad exportadora desde España, aunque esas exportaciones las realicen empresas distintas. Tal interpretación choca con los términos del citado art. 34 de la Ley 43/95, que establece en su apartado 1 como presupuesto fáctico que da derecho a la deducción “la realización de actividades de exportación”, los apartados a) y b) del mismo párrafo establecen el importe y condiciones de la deducción, pero es evidente que el sujeto pasivo para beneficiarse de la deducción debe realizar actividades de exportación” FJ. 5º).

Debe tenerse presente que esta deducción está llamada a desaparecer tras la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, que suprime a partir del 1 de enero del 2011 la deducción y se reduce gradualmente su cuantía desde el 2007 hasta el 2010 de modo que el porcentaje de deducción aplicable en dichos períodos impositivos será del 12, 9, 6 y 3 %, respectivamente. Eliminación progresiva que se extiende a todas a las ayudas a la exportación.

3. EXENCIÓN POR REINVERSIÓN. REQUISITOS. PÉRDIDA DE LA COSA

Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de enero de 2009

El artículo 15 de la Ley 61/78, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, en la versión procedente de la Disposición adicional quinta de la Ley 18/1991, dispone en su apartado 8º, dentro del precepto que regula los “incrementos y pérdidas de patrimonio” que: “no obstante lo establecido en el presente artículo, los incrementos de patrimonio que se pongan de manifiesto en la transmisión de elementos materiales del activo fijo de las empresas, necesarios para la realización de sus actividades empresariales, no serán gravados siempre que el importe total de la enajenación se reinvierta en bienes de análoga naturaleza y destino en un período no superior a dos años o no superior a cuatro si durante el primero la sociedad presenta un plan de inversiones a la Administración e invierte durante los dos primeros al menos un 25 por 100 del total del incremento (...)”, indicando el artículo a renglón seguido que: “los elementos en que se materialice la reinversión deberán permanecer en el patrimonio de sujeto pasivo, salvo pérdida justificada, durante un periodo de dos años si se tratase de bienes muebles o de diez si fueran inmuebles, excepto que el importe obtenido por su transmisión o el valor neto contable, si fuere menor, se apliquen a la adquisición de nuevos elementos que deberán mantenerse durante el periodo que restase para completar los plazos de dos y diez años, según la naturaleza del elemento enajenado”. Del texto del precepto señalado resulta que, entre otros requisitos referidos a la procedencia de la reinversión (plazo, naturaleza de los bienes, etc.), se encuentra la exigencia de mantenimiento en el patrimonio del sujeto pasivo de los elementos adquiridos en sustitución de los activos enajenados.

La recurrente, a este respecto, sostiene que cuando la ley exceptúa de ese deber de permanencia el supuesto de pérdida de la cosa no sólo se refiere a la pérdida física, por desaparición o destrucción del objeto adquirido para suplir la función empresarial del activo que en su día se enajenó, sino que cabe también la pérdida jurídica, alegando para ello una interpretación procedente del Derecho de obligaciones, con cita de los artículos 1156, 1182 y 1122 del Código Civil.

Todo lo anterior lleva a la Sala a estimar que “aún cuando pueda aceptarse que, a los efectos de este precepto, son equiparables la pérdida física y la pérdida jurídica, este último concepto no puede tener una extensión tan sumamente amplia como la que le atribuye la parte recu-

rente para incluir nada menos que la pérdida de la propiedad derivada del cumplimiento de las obligaciones contractuales propias de una compraventa, acto negocial por esencia libre y voluntario y ajeno a toda idea de fuerza mayor, que es a lo que sin duda se refiere el precepto. En otras palabras, podría aceptarse que la limitación del artículo 15.8 LIS al deber de permanencia patrimonial afectase a casos de privación jurídica como los derivados de una expropiación forzosa o de una revocación judicial de la venta, del saneamiento por evicción u otras causas no estrictamente ceñidas a la pérdida material, pero no puede incluir la compraventa, aun cuando fuera la forma de exteriorizar una dación en pago a una entidad vinculada o dependiente de la entidad crediticia acreedora hipotecaria de la recurrente, pues aun aceptando los hechos tal como son narrados en la demanda, no dejaría con ello de ser un vehículo jurídico para canalizar o bien soslayar la ejecución hipotecaria que, siendo forzosa en cuanto medio de realización coactiva de las deudas, no deja de tener un origen contractual, el que determinó en su día la asunción del gravamen hipotecario como medio de aseguramiento del pago de la deuda garantizada. Desde este punto de vista, la pérdida de la cosa ha de estar referida a un acaecimiento ajeno por completo a la voluntad del sujeto pasivo, pues se trata de una exención condicionada ope legis al cumplimiento de una condición temporal que, además, entraña una afectación de los bienes sobre los que recae, durante todo ese periodo, al cumplimiento o normal desenvolvimiento de la actividad empresarial, pues la finalidad de la exención es la de actualizar y mejorar los activos de las empresas”. Y añade: “Desde luego, no quiere decirse con ello que un préstamo garantizado con hipoteca sobre el inmueble afecto suscrita el 18 de noviembre de 1993, esto es, ya abierto y en curso el plazo de los diez años, fuera de suyo una causa excluyente del cumplimiento de la condición temporal y, en general, de las condiciones en que ha de darse la reinversión para permitir la exención del incremento patrimonial, pero lo que no puede sostenerse es que el incumplimiento del préstamo y consiguiente realización del bien sobre el que recae el derecho real de hipoteca sea una hipótesis de “pérdida justificada de la cosa” que exonere a quien ha causado, en perjuicio de la Hacienda Pública (no debe olvidarse que estamos ante una exención de la que se goza sub conditione entre tanto no expire el plazo legal de conservación en el patrimonio) del deber de permanencia de la cosa y, visto desde otro ángulo, que libere a quien transmite la cosa del deber de sustitución de los bienes transmitidos por otros para cubrir la totalidad del plazo restante que también consagra como obligación el propio artículo 15.8 LIS” (FJ. 4º).

X. IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LOS NO RESIDENTES

1. IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. CONVENIO HISPANO-HOLANDÉS. AUSENCIA DE ESTABLECIMIENTO PERMANENTE. DIVIDENDOS. RETENCIONES

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 26 de febrero de 2009

Según el art. 10.3.b) del Convenio suscrito por nuestro país y Holanda para evitar la doble imposición en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio, «el impuesto español sobre los dividendos pagados por una Sociedad residente de España a una Sociedad que es residente de los Países Bajos y cuyo capital esté, total o parcialmente, dividido en acciones no excederá del 10 por 100 del importe bruto de los dividendos:/ 1. Si la Sociedad que recibe los dividendos posee el 50 por 100 o más del capital de la Sociedad que los paga, o/ 2. Si la Sociedad que recibe los dividendos posee el 25 por 100 o más del capital de la Sociedad que los paga, siempre que por lo menos otra Sociedad residente de los Países Bajos posea también el 25 por 100 o más del mismo capital».

Ahora bien, el Protocolo del referido Convenio dispone en su apartado VII que «no obstante las disposiciones del art. 10, número 3, letra b), el impuesto español sobre los dividendos al que se refiere esta letra no excederá del 5 por 100 del importe bruto de los dividendos si a la Sociedad que los recibe no se le exige el Impuesto de Sociedades en los Países Bajos por los mismos dividendos».

La controversia se plantea aquí ante el Tribunal Económico-Administrativo Central en cuanto a esa última previsión. En efecto, la resolución que ahora reseñamos establece que la entidad en cuestión, «si bien ha cumplido con todos los requisitos que de carácter formal requiere la normativa tanto interna como bilateral, no obstante, no ha probado tal y como le ha requerido la Inspección, el grado de participación de la no residente en el capital de la Sociedad española que paga los dividendos, pues entiende aquélla que al certificar las autoridades fiscales que están exentos de tributación los dividendos en los Países Bajos ya no es necesario acreditar ningún grado de participación en el capital de la Española». El Tribunal Central no mantiene, sin embargo, este criterio, pues en virtud del art. 10 del Convenio de doble imposi-

ción, España «comparte con el país de residencia del perceptor del dividendo la soberanía fiscal sobre el mismo». De ahí que, para aplicar el tipo más reducido del 5 por 100, sea preciso acreditar ante la Administración de nuestro país el grado de participación del no residente en el capital de la entidad española. El Tribunal concluye que «no habiendo acreditado el cumplimiento de los requisitos del art. 10.3.b) del Convenio tal y como fue requerido en su día por la Unidad Regional de Grandes Empresas de la Delegación Especial de Madrid procede confirmar la liquidación impugnada ya que lo que se ha comprobado es que la Entidad en el momento en que efectuó la retención y la ingresó en el Tesoro, no disponía de los requisitos necesarios que acreditasen la procedencia de aplicar un porcentaje de retención reducido». En definitiva, el Tribunal Económico-Administrativo Central desestima la reclamación interpuesta.

XI. IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES

I. DONACIÓN DE BIENES INTEGRANTES DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Sentencia de 18 de Febrero de 2009 del Tribunal Supremo. Sala III de lo Contencioso-Administrativo.

En la sentencia objeto del presente comentario la Sala resuelve la cuestión de ilegalidad planteada en torno a la conformidad con el ordenamiento jurídico del art. 38 del Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

El precepto cuya legalidad se cuestiona establece: “*En la donación por ambos cónyuges de bienes o derechos comunes de la sociedad conyugal se entenderá que existe una sola donación*”.

En primer lugar, interesa destacar que el precepto cuestionado no desarrolla ningún precepto contenido en la Ley 29/1987, reguladora del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, sino que es un precepto que surge ex novo y que a entender de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Burgos, del Tribunal Superior de

Justicia de Castilla y León constituye una vulneración del principio de legalidad, como del mismo modo se podría entender vulnerado lo establecido en el art. 10.a) de la Ley General Tributaria del 1963 respecto a la reserva de ley que este último precepto contiene sobre la determinación del hecho imponible.

Asimismo, la Sala que plantea la cuestión de ilegalidad entiende también vulnerados los principios constitucionales de igualdad y proporcionalidad, al entender que el donatario de bienes gananciales recibe un trato tributario favorable respecto del que es donatario de los mismos bienes pero sus donantes no poseen como régimen económico matrimonial el de sociedad de gananciales.

No obstante, no se puede obviar la especial naturaleza de la sociedad de gananciales a tenor de lo dispuesto en el Código Civil como comunidad de bienes en mano común o de tipo germánico, en la que se exige de modo taxativo el consentimiento de ambos cónyuges para poder disponer de bienes comunes.

En segundo lugar, es preciso poner de relieve que el precepto reglamentario enjuiciado no se muestra coherente con lo preceptuado en los arts. 60.4 y 61.4 del mismo texto reglamentario.

Así, el art. 60.4 dispone respecto de la acumulación de donaciones entre sí que *“si la donación o donaciones anteriores se hubieran realizado por ambos cónyuges de bienes comunes de la sociedad conyugal y la nueva se realizase uno sólo de ellos de sus bienes privativos, la acumulación afectará sólo a la parte proporcional del valor de la donación anterior imputada al cónyuge nuevamente donante”*. Por su parte, el art. 61.4 establece respecto de la acumulación de donaciones a la herencia del donante que *“si la donación o donaciones anteriores se hubieran realizado por ambos cónyuges de bienes comunes de la sociedad conyugal, la acumulación afectará sólo a la parte proporcional de su valor imputable al causante”*.

Por ello, resulta evidente que los supuestos de hecho que contemplan los dos preceptos reproducidos literalmente, esto es, la concurrencia de donaciones de bienes gananciales con donaciones de bienes no gananciales determina que la acumulación alcance única y exclusivamente a la parte proporcional del valor del bien ganancial imputable al cónyuge que tenga la consideración de donante o, en su caso, causante. Lo cual demuestra claramente que la norma reglamentaria analizada ha regulado efectivamente los efectos tributarios que en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones tienen los actos dispositivos a título gratuito

de bienes integrados en la sociedad de gananciales, si bien, la posible acumulación de donaciones de este tipo con otras que no lo sean o con la herencia no responde al mismo criterio expresado en el art. 38 del Reglamento.

Ante ello, la Sala III de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo procede a determinar cual de las normas jurídicas citadas del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se ajusta a lo dispuesto en el la propia Ley reguladora del tributo mencionado, tomando en consideración la específica naturaleza jurídica que reviste la sociedad de gananciales a la que ya hemos aludido, lo que determina que el patrimonio ganancial constituya un supuesto de comunidad de bienes especial o lo que también puede denominarse propiedad en mano común, de modo que los bienes que integran el patrimonio ganancial pertenecen a la titularidad compartida de los esposos. Ambos esposos son titulares de un patrimonio que carece de personalidad jurídica y, que, en consecuencia, será objeto del derecho, del poder de dominación de los cotitulares.

Asimismo, la mencionada Sala destaca que el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones toma en consideración, a la hora de determinar la cuota tributaria a satisfacer por el contribuyente, el grado de parentesco entre donante y donatario, resultando clarificador que la sociedad de gananciales no guarda relación de parentesco alguna con los hijos donatarios, en cambio, ese parentesco si lo tienen con el padre y la madre donantes.

Por todo ello, la tributación de la donación ganancial ha de tomar en consideración que los transmitentes son dos: los cónyuges. Existe un acto de disposición por parte de ambos de unos bienes gananciales, que al transmitirse dejan de serlo y pierde toda efectividad la indivisibilidad ganancial. Cada cónyuge dispone de su mitad ganancial, aunque se transmitan los bienes de modo conjunto y coparticipadamente y, es por ello, que existen dos donaciones y por tanto, habrán de girarse dos liquidaciones distintas en concepto de Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Por consiguiente, la excepción que a este régimen general impone el art. 38 de Reglamento, exigía una previsión legal específica que no existe, ante lo cual, la Sala III de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo manifiesta la necesidad de expulsar del ordenamiento jurídico el precepto impugnado, fallando, consecuentemente, la anulación del precepto cuestionado.

XII. IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO

1. EXTEMPORANEIDAD DE LA REPERCUSIÓN DEL IMPUESTO. CONSECUENCIAS

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2009

La Inspección de los Tributos de Granada levantó a la recurrente, acta de disconformidad correspondiente al ejercicio 1996, minorando el importe consignado como IVA a compensar, en la declaración de la autoliquidación del mes de diciembre, al no ser procedente la deducción aplicada y correspondiente a una factura de septiembre de 1996, por el concepto de venta de mercaderías, realizada en el ejercicio 1993, cuya entrega se realizó en dicho año, ni las cuotas correspondientes a las prestaciones de servicios “maquila”, comprendidas entre noviembre de 1994 y julio de 1995, por haber transcurrido el plazo de un año regulado en el art. 88.4 de la Ley del IVA 1992, para el ejercicio del derecho de repercusión. Promovido en plazo oportuno la reclamación económico-administrativa ante el TEAR de Andalucía, estimó las pretensiones del reclamante tomando como base el principio de neutralidad que debe regir el IVA y señalando que, una vez transcurrido el plazo de un año, el destinatario de la operación podrá o no aceptar la repercusión, pero si la acepta, está legitimado para deducir el IVA soportado, dentro del plazo y con el resto de los requisitos exigibles para tal cooperación. Contra dicha resolución, el Director General de Tributos interpuso recurso de alzada ordinario ante el TEAC, siendo estimado con la consiguiente anulación del fallo del TEAR y confirmando la liquidación derivada de la actuación inspectora. Contra el último acto se promovió recurso contencioso administrativo que sería desestimado asimismo mediante la sentencia ahora recurrida en casación. La Sala entendió que, de los preceptos de la Ley del IVA que regulan la cuestión, (88.1 y 94.3) se deduce que el IVA debe ser soportado por quien realiza la deducción y que el IVA soportado ha de ser necesariamente el legalmente establecido, pues en otro caso no alcanza siquiera el concepto de IVA soportado, ya que tanto en el exceso como en lo repercutido en una operación exenta o fuera de plazo no tiene naturaleza tributaria y daría lugar a una devolución de ingresos indebidos, en su caso, de haberse producido, pero nunca a una deducción, que viene siempre referida a los tipos legalmente establecidos, respecto de operaciones sujetas y no exentas y en los plazos legalmente establecidos.

Ante tal argumentación el Tribunal Supremo estima que el derecho a deducir constituye el eje cardinal sobre el que se estructura el IVA. Se trata de un derecho que nace, con carácter general, cuando se devenga la cuota deducible, tal y como se señala en el art. 98. uno de la Ley 37/1992, y caduca cuando no se ejercita en el plazo que la misma determina, estando vinculado a la posesión del original de la factura o del documento considerado equivalente, que debe facilitar el sujeto pasivo cuando repercuta el impuesto sobre aquél para quien se realice la operación gravada. Los requisitos temporales del derecho a la deducción del IVA no pueden confundirse con los que la ley establece para la repercusión, y que se contemplan en los apartados tres, cuatro y cinco del art. 88. El apartado 5 concreta, como momento inicial para llevar a cabo la repercusión, el del devengo, pues establece que el destinatario de la operación gravada por el Impuesto no estará obligado a soportar la repercusión del mismo con anterioridad al momento del devengo, lo que concuerda con lo que dice el art. 98. A su vez, el apartado tercero señala que la repercusión deberá efectuarse al tiempo de expedir y entregar la factura o documento sustitutivo correspondiente. El plazo para la expedición de facturas, cuando el destinatario sea empresario o profesional, es el de un mes contado a partir del momento en que se realizó la operación, debiendo remitirse la factura al destinatario, en su caso, como máximo dentro del mes siguiente a su expedición; y si el destinatario no es un empresario o profesional las facturas o documentos sustitutivos deben ser expedidos y además entregarse en el mismo momento de realizarse la operación.

Téngase en cuenta que los plazos legales para la emisión y remisión de facturas son obligatorios. Finalmente, el apartado cuatro del art. 88 contempla un límite temporal para el ejercicio del derecho a la repercusión, en el caso de que se hayan incumplido los plazos establecidos para la expedición y remisión de la factura, al disponer que se perderá el derecho a la repercusión cuando haya transcurrido un año desde la fecha de devengo. Este plazo de caducidad del derecho a reembolsarse el sujeto pasivo con cargo al destinatario de las cuotas devengadas, ha de interpretarse, sin embargo, en el sentido de que la pérdida del derecho a repercutir se refiere a aquellos casos en los que la no repercusión se produce sin que exista causa alguna que lo justifique, debiendo tenerse en cuenta también que la Ley 13/1996, de 30 de diciembre dio nueva redacción al art. 89, por el que se regula la rectificación de las cuotas impositivas repercutidas, estableciendo, en su apartado dos, que además de los supuestos de rectificación que se establecen en el apartado uno, también procederá cuando no habiéndose repercutido cuota alguna se hubiese expedido la factura o documento sustitutivo correspondiente a la operación.

Ante todo ello, la Sala concluye que “un argumento más que refuerza la estimación es el relativo a que la pérdida del derecho a la repercusión cuando ha transcurrido un año desde la fecha de devengo no exime de la obligación del ingreso de las cuotas devengadas en el tesoro, por lo que opera a modo de una sanción económica con respecto al sujeto pasivo, pretendiendo amparar y proteger al sujeto que debe soportar la repercusión en el sentido de que la Ley sólo le obliga a soportar la repercusión con carácter imperativo hasta un año desde el devengo, ya que transcurrido el plazo puede negarse a soportar el impuesto, que en cualquier caso debe ser liquidado por el sujeto pasivo. Sin embargo, la ley, en modo alguno, establece la prohibición de soportar una vez transcurrido el plazo del año, sino sólo que se perderá el derecho a repercutir, por lo que no puede entenderse que si se soporta voluntariamente el impuesto, aunque sea repercutido extemporáneamente, el repercutido está incumpliendo una obligación” (FJ. 4º).

2. CADUCIDAD DEL DERECHO A DEDUCEIR. COMPENSACIÓN DE CUOTAS NEGATIVAS. DEVOLUCIÓN

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 10 de marzo de 2009

El núcleo del debate consiste en determinar si es aceptable que la “compensación” a que alude el artículo 99.5 de la LIVA se aplique en trimestres en los que la diferencia entre el IVA devengado y el deducible es negativa, como hizo el actor. Si así se acepta, ello traería como consecuencia, según se pretende, que las cantidades pasen a convertirse en cuota negativa de ese trimestre, y se evitaría así la caducidad que aplica la Administración. Según esta tesis, en los casos en los que el resultado sea positivo, la cantidad “a compensar” se aplicaría no sólo hasta el límite del resultado positivo, sino más allá, determinando a su vez una nueva cantidad “a compensar” en el futuro. El actor afirma que el artículo 99.5 no establece el requisito de que la compensación sólo pueda efectuarse en períodos de resultado positivo, y que las diferencias negativas que en un trimestre se puedan producir entre el IVA devengado y el deducible son cuotas y como tales integrables en la base imponible del trimestre siguiente. La Sala entiende que la práctica que el interesado defiende no tiene sustento alguno en la normativa de aplicación. Para ello acude no sólo a Sentencias dictadas por el propio Tribunal

Superior de Justicia, sino que hace suya una Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2007 en la que reconoce el derecho a la devolución incluso una vez que la Administración comprueba el ejercicio en cuestión y rechaza las compensaciones por caducadas. En esta resolución, el alto Tribunal entiende, sobre la base de la Sexta Directiva comunitaria, de la interpretación de la filosofía de neutralidad del IVA y de la prohibición del enriquecimiento sin causa, que cuando la Administración revisa una compensación del IVA mal efectuada por haber caducado el derecho a realizarla, como es el caso de autos, debe permitir que el interesado obtenga la cantidad por la vía de la devolución, y ello sin sujeción al plazo de caducidad establecido para la compensación, e incluso sin que conste la solicitud de devolución del sujeto pasivo.

Tras la argumentación referida la Sala estima que “a la vista de lo anterior, resulta claro que si quien entendió haber hecho uso de los créditos a su favor mediante su inclusión como cantidad a compensar en el futuro, ve cómo, corrigiendo su error, la Administración le indica que debe excluirse una parte de lo expresado como compensable en el futuro, entonces debe poder recuperar por vía de devolución (su voluntad de resarcirse las partidas consta sobradamente a través de su inclusión de la cantidad como a compensar, aun realizado de forma técnicamente defectuosa). De manera que corresponde que, aun confirmando la corrección del acta levantada, se condene a la Administración a completarla mediante el reconocimiento del derecho del interesado a recuperar las cantidades en cuestión. Cabe plantear si debe condenarse al abono del interés de demora del artículo 58.2.c de la Ley General Tributaria desde los seis meses siguientes a la liquidación tributaria, por analogía con lo establecido en el artículo 115.tres, párrafo último, de la Ley 37/1992. Sin embargo, entendemos que no cabe igualar el caso de que la Administración se abstenga de practicar la liquidación provisional o que, practicada, se abstenga de ingresar la cantidad expresamente solicitada devolución, con el caso de que se declare ahora, conforme a una doctrina jurisprudencial no existente en aquél momento, que debía entenderse en cualquier caso viva la posibilidad de devolución. Siendo así, y a falta de cualquier precisión al respecto por la demandante, entendemos procedente la condena al interés legal de las cantidades en cuestión desde la fecha de la interposición de la reclamación económico-administrativa” (FJ. 3º).

3. DEDUCCIONES. REQUISITOS FORMALES. DOCUMENTO JUSTIFICATIVO. FACTURA ORIGINAL. INSUFICIENCIA DE TICKETS DE CAJA

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 18 de febrero de 2009

Funda la actora su recurso en el derecho a deducir las cuotas de IVA soportado por servicios de hostelería, restauración, aparcamiento y peaje, que pretende acreditar mediante tickets de caja o justificantes de pago dado que los artículos 8.1 del RD 1496/2003 y 2.2 del RD 2402/1985 eximen al empresario, en tales casos, de la obligación de expedir facturas. A ello opondrá la Sala la siguiente argumentación “Olvida la recurrente que el sistema tributario español descansa tanto en las circunstancias materiales que afectan al hecho imponible, bases y cuota, como a los elementos formales que los configuran, de suerte que, en concreto y por lo que al Impuesto sobre el Valor Añadido se refiere, no puede soslayarse el cumplimiento de los deberes formales del obligado tributario bajo la perspectiva de reglas no contempladas en la normativa del impuesto. Así se desprende con claridad del artículo 97 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre del Impuesto sobre el Valor Añadido, que delimita formalmente el derecho a la deducción contenido en los artículos 92, 93 y 94, disponiendo, en lo que ahora interesa, «Sólo podrán ejercitar el derecho a la deducción los sujetos pasivos que estén en posesión del documento justificativo de su derecho. Se considerarán justificativos del derecho a la deducción: 1º La factura original expedida por quien realice la entrega o preste el servicio». Por tanto, aun en los supuestos del artículo 2.2 del RD 2402/1985 el destinatario del bien o servicio debe aportar factura completa si pretende beneficiarse de tal derecho, teniendo la obligación de expedirla el empresario o profesional que presta el servicio o realiza la entrega de bienes según se establece en el artículo 2.3.a). La falta o no presentación de facturas impide la deducción del IVA soportado toda vez que la actora carece de documentos justificativos de su derecho. Los tickets y recibos aportados no suplen a estos documentos pues omiten datos, como el nombre del destinatario, necesarios para efectuar el control de los requisitos materiales. En consecuencia, el criterio de la Administración en orden a la no deducibilidad de tales cuotas se estima correcto, por lo que procede confirmar la liquidación” (FJ. 5º).

XIII. IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

1. TRANSMISIONES PATRIMONIALES ONEROSAS: EXENCIONES: TRANSMISIÓN DERIVADA DE PROCEDIMIENTO DE OCUPACIÓN DIRECTA CELEBRADO EN VIRTUD DE CONVENIO URBANÍSTICO

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2008

El Servicio de Inspección Tributaria y Valoración de la Consejería de Hacienda y Empleo de la Comunidad de La Rioja levantó acta de disconformidad, con fecha 21 de enero de 2005, a la entidad mercantil “Agrícola Riojana S.A.” por el concepto de Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas (ITPO), en la que se hacía constar la suscripción, en abril de 2001, de un convenio entre el Ayuntamiento de Logroño y dicha entidad mercantil, elevado a público en mayo de ese mismo año, en virtud del cual el Ayuntamiento procedía a la ocupación directa de determinados terrenos propiedad de la entidad mercantil a cambio de un aprovechamiento urbanístico excedentario a favor de ésta en otros sectores afectados por el planeamiento. La Inspección consideró que la operación de entrega de los aprovechamientos estaba sujeta al ITPO, procediendo a regularizar la situación, previa comprobación del valor, proponiendo la liquidación correspondiente más los intereses de demora pertinentes, que fue aprobada por la Dirección General de Tributos del Gobierno de La Rioja el 18 de febrero de 2005. Asimismo, se incoó apertura de expediente sancionador, que finalizó con acuerdo de imposición de sanción por infracción tributaria grave.

Contra tales actos la entidad mercantil afectada interpuso recursos de reposición, que fueron desestimados, lo que motivó la interposición de reclamaciones económico-administrativas que fueron acumuladas y resueltas por el TEAR de La Rioja mediante resolución parcialmente estimatoria. Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la resolución del TEAR por la entidad mercantil, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja dictó, el 15 de marzo de 2007, sentencia estimatoria del recurso deducido y anuló el acto administrativo objeto del mismo, al considerar que el convenio urbanístico celebrado supuso una relocalización idéntica en resultado a la reparcelación descrita en el art. 131.2 de la Ley regional sobre ordena-

ción del territorio y urbanismo, sin que dicha conclusión implicase la aplicación de analogía a efectos tributarios, porque debía tenerse en cuenta que la regulación legal del tributo es estatal y las Comunidades Autónomas legislan con competencia exclusiva en materia de urbanismo y ordenación del territorio, existiendo actualmente sistemas de actuación o ejecución urbanística diferentes o con distinta denominación a los clásicos de compensación, cooperación y expropiación. En definitiva, consideró que la adquisición mediante convenio con la Administración Local de aprovechamiento urbanístico excedentario constituye una transmisión de derechos sujeta al ITPO, pero exenta de tributación.

La Comunidad Autónoma de La Rioja interpuso recurso de casación en interés de ley, al entender que esa doctrina constituye una interpretación incorrecta de las normas emanadas del Estado y, particularmente, de los arts. 8 y 14 de la Ley General Tributaria y 1, 7 y 45.I B) 7º del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del ITP y AJD.

Recuérdese, en este sentido, que el art. 45 I B) 7º del Texto Refundido de la Ley del ITP y AJD establece que gozarán de exención subjetiva: “Las transmisiones de terrenos que se realicen como consecuencia de la aportación a las Juntas de Compensación por los propietarios de la unidad de ejecución y las adjudicaciones de solares que se efectúen a los propietarios citados, por las propias Juntas, en proporción a los terrenos incorporados”.

La problemática planteada en el recurso obliga a que el Tribunal Supremo analice, en primer lugar, la naturaleza jurídica de la ocupación directa, examinando, para ello, la normativa estatal y autonómica pertinente, así como la STC 61/1997, de 20 de marzo. De dicho análisis se desprende, a juicio del TS, que la ocupación directa tiene naturaleza expropiatoria, que no queda desvirtuada por la circunstancia de que todo ello se refleje en un convenio urbanístico, pues a través de este instrumento se evita entrar en el procedimiento establecido para la expropiación. Por tanto, en estos casos hay que hablar de transmisión imperativa, no de sistema de gestión urbanística (FFJJ. 3 y 4). Establecida la naturaleza jurídica de la ocupación directa, el TS determina el tratamiento fiscal de la operación.

En primer lugar, por lo que respecta a la adquisición por parte del Ayuntamiento, estaría sujeta al ITPO, pero exenta, ante el beneficio subjetivo que el art. 45 I A a) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto otorga al Estado y a las Administraciones Públicas territoriales.

En segundo término, la compensación que recibe el propietario del inmueble ocupado con la atribución de aprovechamientos urbanísticos en otra localización territorial constituye el justiprecio en especie que recibe el propietario del terreno afectado como consecuencia de la expropiación y hay que considerarla exenta, pues constituye la indemnización a que se refiere el art. 33.3 de la Constitución.

El TS recuerda que el art. 49 de la Ley de Expropiación Forzosa declara libre de todo tipo de gravámenes tributarios los justiprecios expropiatorios habida cuenta de la limitación del derecho de propiedad que tal expropiación ocasiona en interés público. “Por tanto, exigir el Impuesto de Transmisiones al expropiado, como pretende la Comunidad recurrente, supondría no cumplir íntegramente el mandato constitucional que prohíbe la privación de bienes y derechos sin la correspondiente indemnización. Por ello, el Tribunal Constitucional valora la indemnización expropiatoria como equivalente económico y como garantía patrimonial”. El TS señala que podría objetarse que el Texto Refundido de la Ley del ITP y AJD no reconoce esta exención, “pero ello puede justificarse ante la existencia de la norma especial que contiene la Ley de Expropiación Forzosa en su art. 49” (FJ. 5).

En consecuencia, el TS desestima el recurso de casación en interés de ley interpuesto por la Comunidad Autónoma de la Rioja.

XV. IMPUESTOS AUTONÓMICOS Y FORALES

1. IMPUESTO BALEAR SOBRE ESTANCIAS EN EMPRESAS TURÍSTICAS DE ALOJAMIENTO. INEXISTENCIA DE DOBLE IMPOSICIÓN RESPECTO AL IVA. DISTINCIÓN ENTRE MATERIA IMPONIBLE Y HECHO IMPONIBLE. VULNERACIÓN INEXISTENTE DEL ART. 6.2 LOFCA. NO HAY DOBLE IMPOSICIÓN RESPECTO AL IAE

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 25 de febrero.

En esta Sentencia el tribunal balear desestima un recurso contencioso administrativo contra la resolución de la Junta Superior

d'Hisenda de les Illes Balears por medio la que se desestiman las reclamaciones económico-administrativas acumuladas interpuestas contra tres acuerdos de liquidación provisional de oficio de la deuda resultante del ingreso a cuenta del impuesto sobre las estancias en empresas turísticas (en adelante ISEETA) del ejercicio 2002, relativa a establecimiento hoteleros explotados por la recurrente.

Se dictó providencia informando que al haberse dictado Sentencia 288/2006, de 21 de marzo, se ofrecía la posibilidad del desistimiento o la continuación del recurso, interesándose por el recurrente la prosecución del mismo.

En relación con el planteamiento de la cuestión litigiosa, tratado en el Fundamento de Derecho Primero, la recurrente considera que el ISEETA, y más en concreto la Ley balear 7/2001, de 23 de abril del Impuesto sobre Estancias en Empresas Turísticas de Alojamiento, adolece de inconstitucionalidad por los siguientes motivos:

1º) Superposición del ISEETA con el Impuesto sobre el Valor Añadido.

2º) El ISEETA grava una materia reservada a un tributo local.

3º) Vulneración del art. 149.1.3º de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre “las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”.

Pues bien, entiende el juzgador que en la medida en que idénticas cuestiones controvertidas han sido ya resueltas por anteriores sentencias de esta Sala, en particular, la Sentencia 288/2006, de 21 de marzo, y posteriormente las 464/2007 y 544/2008, no le cabe sino remitirse íntegramente a lo resuelto en éstas.

Por lo que se refiere a la superposición del ISEETA con el IVA, en el Fundamento Jurídico Segundo se establece: “El IVA es un impuesto indirecto que grava una manifestación indirecta o mediata de la capacidad económica del contribuyente como es el consumo general, para el caso la prestación de servicios que se llevan a cabo en hoteles y otros establecimientos de alojamiento turístico, pero el ISEETA, que también es un impuesto indirecto, no grava ningún servicio prestado por esos establecimientos, esto es, no atiende a la actividad de la empresa hotelera ni a su facturación sino la capacidad económica del visitante de las Islas Baleares, valorada mediante las pernocta-

ciones en dichos establecimientos y su categoría, de tal manera que la Ley 7/01 únicamente hacía aparecer en escena al titular de la actividad de alojamiento hotelero por ser útil para la gestión del impuesto, en concreto como sustituto del contribuyente.

La Ley 7/01 calificaba el ISEETA como impuesto directo, pero en tanto que el sujeto pasivo no puede trasladar o repercutir la carga fiscal que soporta.

El IVA grava el valor añadido que se produce en cada una de las fases de producción de bienes y servicios. La carga fiscal soportada por el sujeto pasivo del IVA puede trasladarla mediante el mecanismo de la repercusión y llega así al consumidor final.

Por el contrario, en el ISEETA no opera traslación cualquiera y se grava a cuantos realicen el hecho imponible, esto es, a la estancia en el establecimiento turístico.

En consecuencia el ISEETA no es un impuesto directo entendido como aquel que grava la riqueza en si misma, directa e inmediatamente considerada, sino que se trata de impuesto en el que el sujeto pasivo no puede trasladar o repercutir la carga fiscal, esto es, se trata de método impositivo directo, razón por la que el artículo 4 de la Ley 7/01 calificaba el ISEETA como impuesto directo”.

Por lo demás, se remite a lo establecido en la citada Sentencia 288/2006: “...el artículo 6.2 de la LOFCA , prohíbe a las Comunidades Autónomas el establecimiento de tributos que recaigan sobre hechos imponibles ya gravados por el Estado: “Los tributos que establezcan las Comunidades Autónomas no podrán recaer sobre hechos imponibles gravados por el Estado”. Para determinar su alcance la jurisprudencia constitucional ha partido de la distinción entre objeto del tributo o materia imponible y hecho imponible, y así en su sentencia 289/2000, de 30 de noviembre ha señalado: “Así, según hemos reiterado, «el hecho imponible es un concepto estrictamente jurídico que, en atención a determinadas circunstancias, la Ley fija en cada caso “para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria”» (SSTC 37/1987, de 26 de marzo, F. 14 y 186/1993, de 7 de junio, F. 4), es decir, es el acto o presupuesto previsto por la Ley cuya realización, por exteriorizar una manifestación de capacidad económica, provoca el nacimiento de una obligación tributaria. Por el contrario, «por materia imponible u objeto del tributo debe entenderse toda fuente de riqueza, renta o cual-

quier otro elemento de la actividad económica que el legislador decida someter a imposición, realidad que pertenece al plano de lo fáctico». De ahí que, en relación con una misma materia impositiva, el legislador pueda seleccionar distintas circunstancias que den lugar a otros tantos hechos impositivos, determinantes a su vez de figuras tributarias diferentes. En suma, al «hecho imponible» -creación normativa- le preexiste como realidad fáctica la materia imponible u objeto del tributo, que es la manifestación de riqueza efectivamente gravada, esto es, el elemento de la realidad que soportará la carga tributaria configurada a través del hecho imponible exponente de la verdadera riqueza sometida a tributación como expresión de la capacidad económica de un sujeto.”

Continúa la Sentencia reseñada afirmando “...la prohibición de doble imposición, en el artículo citado, atiende al presupuesto adoptado como hecho imponible y no a la realidad o materia imponible que le sirve de base. De ello pueden extraerse dos consecuencias: la primera se concreta en que sobre un mismo objeto imponible puede el sistema tributario articular diversos tributos, siendo lo determinante, para que no exista la citada doble imposición interna el que no coincidan sus hechos impositivos; y la segunda supone que pueden existir presupuestos de hecho que aparecen configurados por el legislador completamente desvinculados del objeto del respectivo tributo”.

Por consiguiente, aplicando lo establecido por el máximo intérprete de la Constitución al supuesto objeto de esta sentencia, “y desde la perspectiva de los hechos impositivos del IVA y del ISEETA, no puede admitirse la concurrencia de doble imposición que se denuncia. Son distintos los elementos objetivo y subjetivo del hecho imponible:

-En el IVA, el elemento objetivo del hecho imponible se define como las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas por empresarios y profesionales (art. 4 de la Ley 37/92, de 28 de diciembre) y en particular, por lo que concierne a las operaciones registradas en establecimientos hoteleros, se somete a gravamen las prestaciones de servicios que realizar esos establecimientos, entendiéndose como tales (art. 11.Dos 9) los servicios de hostelería, restaurante o acampamiento y las ventas de bebidas o de alimentos para su consumo inmediato en el mismo lugar; así como también el arrendamiento de la habitación hotelera en cuanto entrega de bienes (art. 20.23 , letra e)

-En cambio en el ISEETA, el elemento objetivo del hecho imponible, como hemos visto, está constituido por la estancia en si misma considerada. No se pretende gravar ni la prestación de servicios que se efectúan en alejamientos turísticos, ni siquiera la también prestación de servicios representada por la puesta a disposición de sus usuarios de la habitación y otras dependencias a cambio de un precio, sino que tan sólo persigue captar la capacidad económica que genera el turista que visita las Islas y se desplaza por su territorio, de modo que utiliza como instrumento de valoración de tales estancias turísticas las pernoctaciones que realizan los usuarios de establecimientos ubicados en su territorio, ya que es este uno de los parámetros que permite el control y computo de aquellas facilitando y posibilitando la gestión y recaudación tributaria

-Desde la perspectiva del elemento subjetivo del hecho imponible, las diferencias son más apreciables, ya que en el IVA el sujeto pasivo a título de contribuyente es la persona física o jurídica que tenga la condición de empresario y que realiza el hecho imponible, es decir, la entrega del bien o la prestación del servicio (art. 84 de la Ley 37/92, mientras que en el ISEETA es sujeto pasivo, a título de contribuyente, la persona física que realiza la estancia, de lo que se infiere que no se requiere la condición de empresario o profesional y que sólo pueden ser contribuyentes las personas físicas pero no las jurídicas

-Otras consideraciones deben llevar a estimar que no es posible admitir esa duplicidad de hechos que se predica; así en cuanto a la naturaleza jurídica del impuesto, y aunque se puede admitir la posible calificación de indirecto, es cierto, no sólo porque así lo califica la Ley, de directo, es lo cierto que el sujeto pasivo a título de contribuyente no tiene posibilidad legal alguna de traslación o repercusión de la carga tributaria. En cuanto al objeto, en el IVA recae sobre el volumen de negocios, en cambio en el Impuesto de que se trata recae sobre la capacidad económica puesta de manifiesto por quien realiza estancias en establecimientos turísticos situados en el territorio de las Islas Baleares. Por lo que se refiere a la base imponible no se configura en términos monetarios a diferencia de lo que ocurre en el IVA y se determina totalmente desvinculada de la actividad empresarial y del volumen de negocio. Por último en cuanto a la tarifa la Ley la configura como cuota fija, mediante tarifa, lo que es radicalmente distinto de lo establecido en el IVA”.

Todo ello lleva al tribunal a no apreciar esa duplicidad prohibida por el artículo 6.2 de la LOFCA, al no existir esa superposición del ISEETA con el IVA, “pues la capacidad económica objeto de imposición en la Ley 7/2001 es la manifestada por las personas físicas (extranjeras o nacionales) que realizan estancias en establecimientos de empresas turísticas de alojamiento de las Islas Baleares, No se aprecia que se pretenda gravar la prestación de servicios que se efectúa en alojamientos turísticos, ni siquiera la puesta a disposición de sus usuarios de la habitación y otras dependencias a cambio de un precio, sino que sólo persigue la capacidad económica que genera el turista que visita las Islas. Se trata, en suma, de un índice de la presencia física en nuestro territorio de la persona configurada como contribuyente, y, a la vez, de la duración temporal de dicha presencia, y no de un impuesto sobre el volumen de negocios o la prestación de servicios o entrega de bienes”.

En relación con la cuestión relativa a que el ISEETA grava una materia reservada a un tributo local, el Tribunal se remite a lo establecido en la Sentencia 544/2008 de la misma sala que la que emite la sentencia reseñada: “concurren suficientes disimilitudes entre los hechos imposables de los impuestos que son objeto de comparación como para arribar a la conclusión de que no existe aquí (...) la duplicidad fiscal sobre un único e idéntico hecho imponible. El Impuesto sobre Actividades Económicas recae sobre la íntegra actividad de la empresa hotelera, y el criterio de tributación dispone de unos rasgos muy característicos en función de la actividad, ubicación de ésta, ... En cambio, el Impuesto sobre Estancias en Empresas Turísticas de Alojamiento tiene que ver con la manifestación de riqueza derivada de estancias en hoteles. En términos del artículo 5º de la Ley 7/2001, de 23 de abril : “... las estancias hechas en empresas turísticas, cualquiera que sea su domicilio fiscal, siempre que sus establecimientos estén situados en el territorio de las Illes Balears”. Como indica la Comunidad Autónoma en el escrito de contestación a la demanda: “... se grava, por lo tanto, la capacidad económica puesta de manifiesto por las personas físicas (sean o no residentes) que efectúan estancias en establecimientos turísticos de las Illes Balears. El Impuesto sobre Actividades Económicas, por el contrario, grava una manifestación de riqueza, objeto o materia tributaria completamente distinta que es (...) el beneficio medio presunto anual derivado del mero ejercicio en territorio nacional de cualquier actividad empresarial, profesional o artística” (Fundamento de Derecho III, escrito de contestación a la demanda)”.

No considera pues el Tribunal que exista una coincidencia de “materia tributaria” entre ambos impuestos, con identidad entre hecho imponible, base imponible y sujeto pasivo.

Por cuanto respecta a la posible vulneración del art.149.1.3º de la Constitución, es objeto de análisis en el fundamento jurídico cuarto. Según este precepto constitucional se atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre “las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”, considerando la recurrente que el impuesto va a incidir directa e intensamente en la actividad turística, sector esencial para la economía estatal.

El Tribunal se remite en este caso a la Sentencia 59/2009, de 29 de enero, entre otras, indicando que “la unicidad del orden económico nacional y su consecuencia, es decir, la existencia de un mercado único, sin embargo, no significa uniformidad. La autonomía política de las Comunidades Autónomas supone necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos. El equilibrio entre la unidad económica y la diversidad jurídica requiere que la potestad tributaria de al Comunidad Autónoma sea ejercida dentro de sus competencias, proporcionada al objeto perseguido, no generadora de diferencias irracionales y respetuosa con la igualdad básica de todos los españoles -en ese sentido, sentencia del Tribunal Constitucional número 88/96, fundamento jurídico sexto-. La Comunidad Autónoma únicamente puede gastar en el cumplimiento de sus funciones. Por el contrario, el poder de gasto y subvención del Estado se encuentra legitimado por la Constitución más allá del listado de competencias exclusivas, e incluso concurrentes. En consecuencia, la Comunidad Autónoma está limitada por su ámbito material de competencia, tanto para gastar como para establecer normas tributarias de estructura causal o con finalidad extrafiscal o con destino afectado –por todas, sentencia del Tribunal Constitucional número 186/1993, de 7 de junio-“.

Sin embargo, respecto al poder tributario con fin fiscal no ocurre lo mismo. La Comunidad Autónoma está constitucionalmente legitimada para el establecimiento de impuestos cuyo fin sea obtener recursos para hacer frente a los gastos correspondientes al ejercicio de sus competencias. De no ser así, se estaría negando sustantividad propia al poder tributario de la Comunidad Autónoma como título competencial independiente de cualquier otro.

La Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas -artículo 6.2- impide que el tributo de la Comunidad

Autónoma pueda recaer “sobre hechos impositivos gravados por el Estado”. Pero, tal como puso de manifiesto la sentencia 37/87 del Tribunal Constitucional, a los efectos de este precepto no cabe identificar materia imponible y hecho imponible porque siempre queda abierta la posibilidad de que “en relación con una misma materia impositiva, el legislador pueda seleccionar distintas circunstancias que dan lugar a otros tantos hechos impositivos, determinantes a su vez de figuras tributarias diferentes”. Por tanto, “lo que el artículo 6.2 prohíbe en sus propios términos es la duplicidad de hechos impositivos estrictamente”. En realidad, dicho precepto “no tiene por objeto impedir a las Comunidades Autónomas que establezcan tributos propios sobre objetos materiales o fuentes impositivas ya gravadas por el Estado, porque, habida cuenta que la realidad económica en sus diferentes manifestaciones está toda virtualmente cubierta por tributos estatales, ello conduciría...a negar en la práctica la posibilidad de que se creen, al menos de momento, nuevos impuestos autonómicos”.

Centrándose en la invocada vulneración competencial del art. 149.1.3 CE, nuevamente el Tribunal se remite a lo indicado en la Sentencia 544/2008 de esta misma Sala: “... la defensa en juicio de la parte actora ha sido incapaz de demostrar, in situ, con una perspectiva tangible, que las alegaciones (...) coinciden con el enunciado jurídico vigente en la disposición legal (artículo 149.1.3 Constitución Española) que concede un determinado espacio de competencia a la Administración del Estado: “las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”. Y, así, mientras que en el escrito de demanda se mantiene que la vigencia del ISEETA va a interferir en esta competencia sobre la base de que el turismo es un “sector económico esencial y que ha sido especialmente potenciado por el Estado”, y que la imposición de esta figura tributaria “... necesariamente ha de incidir en la actividad económica del sector turístico de Baleares (...) tiene que dar lugar a una disminución considerable de la demanda” (...), en la realidad de las cosas ha sido incapaz de demostrar que tales afirmaciones coinciden con las consecuencias que para el turismo balear ha supuesto la introducción de esta figura tributaria y que, además - lo que es un paso muy difícil de acreditar - tales consecuencias disponen de una virtualidad suficiente como para quedar enmarcadas dentro de las lindes de los conceptos jurídicos, de corte no certero, de “bases” y “coordinación” de la planificación general.

XVI. IMPUESTOS LOCALES

1. IMPUESTO SOBRE ACTIVIDADES ECONÓMICAS: INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, GENERALIDAD TRIBUTARIA Y CAPACIDAD ECONÓMICA, EN RELACIÓN CON EL ESTABLECIMIENTO DE EXENCIONES

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 1 de abril de 2009.

El objeto litigioso que enjuicia la presente sentencia versa, pues no se cuestiona la legalidad de la liquidación del IAE girada a la actora, sobre supuesta inconstitucionalidad, que aduce la recurrente, del art. 83.1 de la antigua Ley Reguladora de las Haciendas Locales, en la redacción dada por la Ley 51/2002, de 27 de diciembre. Según aquélla, las exenciones contempladas en dicho precepto vulneran lo dispuesto en el art. 14 de la Constitución en relación con su art. 31.1, pues las exenciones tributarias suponen un trato discriminatorio, al depender de si el sujeto pasivo es persona física o jurídica, así como del volumen de operaciones de la empresa, no de la renta o ganancia real; considerando, por último, que la Sala debe plantear cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional sobre la referida norma.

La parte demandada opone al recurso la no vulneración de los principios constitucionales de igualdad, generalidad tributaria y capacidad económica.

Y es que la redacción del artículo 87 LHL, dada por la Ley 51/2002 viene a establecer sobre las cuotas municipales, provinciales o nacionales fijadas en las tarifas del impuesto un coeficiente de ponderación, determinado en función del importe neto de la cifra de negocios del sujeto pasivo.

Entiende el tribunal regional que “Sobre la nulidad de pleno derecho de la liquidación del artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, por la lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, sólo cabe examinar la posible infracción del principio de igualdad, ya que la eventual quiebra del principio de capacidad económica y generalidad tributaria no tiene la protección del recurso de amparo, como con claridad se desprende del artículo 53 CE.

No existe vulneración del principio de igualdad, ya que la norma, como recuerda el Abogado del Estado, se limita a dispensar un tratamiento distinto a personas distintas o que se encuentran en distintas circunstancias y, además, lo hace en términos singulares, tomando en consideración dos aspectos razonables para establecer una diferencia de trato en materia tributaria: el primero, el volumen de negocio del sujeto pasivo, y el segundo, el hecho de que sea una persona jurídica". Al respecto, cita una reiterada jurisprudencia (TSJ de Cataluña en sentencia 993/2005), que ha señalado "que el principio de igualdad debe ponerse en relación con el principio de capacidad económica por cuanto dicho tratamiento fiscal igualitario sólo es obligado que se produzca en los casos de igualdad de capacidad económica, motivo por el que resulta evidente que el legislador esté perfectamente legitimado para establecer un límite por debajo del cual no se entienda que deban gravarse la actividades económicas de las empresas que no lo superen".

A mayor abundamiento aporta la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional respecto de este principio de igualdad "que puede sintetizarse ahora recordando que las diferencias normativas son conformes con la igualdad cuando cabe discernir en ellas una finalidad no contradictoria con la Constitución y cuando, además, las normas de las que la diferencia nace muestran una estructura coherente, en términos de razonable proporcionalidad con el fin así perseguido. Tan contraria a la igualdad es, por lo tanto, la norma que diversifica por un mero voluntarismo selectivo como aquella otra que, atendiendo a la consecución de un fin legítimo, configura un supuesto de hecho, o las consecuencias jurídicas que se le imputan, en desproporción patente con aquel fin o sin atención alguna a esa necesaria relación de proporcionalidad (Sentencias del Tribunal Constitucional 75/1983, de 3 de agosto, y 96/2002, de 25 de abril).

En consecuencia, ese Tribunal ha venido exigiendo para permitir el trato dispar de situaciones homologables la concurrencia de una doble garantía:

a) La razonabilidad de la medida, pues no toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del artículo 14 Constitución Española, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable.

b) La proporcionalidad de la medida, pues el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato sino sólo

aquellas desigualdades en la que no existe relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, pues para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (por todas, las Sentencias del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril; 214/1994, de 14 de julio; 46/1999, de 22 de marzo; 200/2001, de 4 de octubre; 39/2002, de 14 de febrero, y 96/2002, de 25 de abril)”.

A juicio de la parte recurrente, también se debía plantear la cuestión de inconstitucional ante el Tribunal Constitucional, en relación con el artículo 83.1.c) de la antigua LHL, en la redacción dada por el artículo 23 de la Ley 51/2000, que establece una exención del IAE a favor de los siguientes sujetos pasivos: Las personas físicas, los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, las sociedades civiles y las entidades del artículo 33 de la anterior Ley General Tributaria, que tengan un importe neto de la cifra de negocios inferior a 1.000.000 de euros. Afirma el Tribunal, refiriéndose a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de abril de 2007, que la jurisprudencia “ha mostrado de forma unánime su disconformidad con las alegaciones del recurrente respecto las inconstitucionalidad de la exención. La primera alegación se refiere a la infracción del principio de capacidad económica, que no aceptamos pues justamente este dato se ha tenido en cuenta para el establecimiento de la exención. La cifra de un millón de euros vinculada al importe neto de la cifra de negocios de la entidad, que se fija como límite de la exención es, ciertamente, un límite convencional que podría haber considerado otra cifra, pero no es aleatorio y no puede desvincularse de su validez como parámetro de la capacidad económica del sujeto pasivo.

La segunda alegación del recurrente se refiere al principio de generalidad tributaria y tampoco puede ser aceptada, ya que justamente las exenciones suponen una quiebra válida a ese principio que, por razones de política económica y legislativa, pueden adoptarse válidamente en atención a circunstancias subjetivas de los sujetos obligados, siempre que descansen en bases razonables y afecten a grupos determinados y definidos, como ocurre en este caso, por lo que el recurso debe desestimarse sin plantear cuestión de inconstitucionalidad alguna”.

Por otra parte, continúa el Tribunal castellanomanchego, “tal como señaló la STS de 11 de diciembre de 1992, la capacidad económica no puede erigirse en criterio exclusivo de justicia tributaria, como única medida de la justicia de los tributos, siendo constitucionalmente admisible que el legislador establezca impuestos que sin desconocer o contradecir el principio de capacidad económica estén orientados al cumplimiento de fines o a la satisfacción de intereses públicos que la Constitución preconiza o garantiza y basta con que dicha capacidad económica exista, como riqueza o renta real o potencial en la generalidad de supuestos contemplados por el legislador al crear el impuesto, para que dicho principio constitucional quede a salvo”.

Y por lo que se refiere al principio de progresividad, “cabe destacar el carácter censal del tributo que nos ocupa, y que sólo cabría la posibilidad de que fuese inconstitucional en el supuesto de que fuese claramente regresivo lo cual no lo puede constituir el hecho de que se establezca la exención de las cifras de negocios inferiores a 1.000.000 de euros, y la sujeción de las citadas actividades a partir de ese volumen de negocios.

Pero es más, afirma el Tribunal que la cuestión de inconstitucionalidad sobre la exención citada ya ha sido planteada ante el Tribunal Constitucional por auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Barcelona, de fecha 11 de noviembre de 2005, por los mismos motivos a que se refiere la sociedad recurrente de infracción de los principios de igualdad, generalidad tributaria y capacidad económica, si bien la cuestión de inconstitucionalidad ha sido inadmitida por auto del Tribunal Constitucional, de fecha 27 de febrero de 2007, “por razón de que es manifiesto que de la validez del precepto legal cuestionado no depende el fallo, como ocurre también en el presente caso, pues la liquidación de IAE del ejercicio 2003 practicada a la sociedad recurrente, no cumple ninguno de los requisitos para el disfrute de la exención (...), pues no puede acogerse a la exención otorgada a las personas físicas, ya que el recurrente es una mercantil, ni tampoco a la exención prevista para los sujetos pasivos del Impuesto de Sociedades cuyo importe neto de la cifra de negocios sean inferior a un millón de euros”.

Para el Tribunal Constitucional, según estima la Sentencia reseñada, en razonamiento aplicable al presente caso, “que en realidad, la sociedad recurrente tampoco pretende ser beneficiaria de la exención, sino que lo que pretende es que tal exención sea suprimida y dejen de disfrutar de ella sus actuales beneficiarios. Por consiguiente, la eventual declaración de inconstitucionalidad del referido artículo 83.1.c) LHL

ninguna trascendencia tendría respecto de la conformidad o disconformidad a Derecho del acto impugnado, puesto que no ha sido dictado en aplicación del precepto cuestionado.

No basta para tener por satisfecha la exigencia de que la decisión del proceso dependa de la validez de la norma en cuestión la consideración de que el establecimiento de la exención habría provocado el efecto de incrementar las cuotas de IAE de la recurrente de los ejercicios de 2003 y siguientes respecto de las cuotas de los ejercicios anteriores, ya que no existe norma, principio o mecanismo jurídico alguno en virtud del cual la supresión de una exención tributaria pueda o deba determinar minoración alguna en la carga tributaria de los no beneficiados por las exenciones suprimidas, concluyendo el Tribunal Constitucional, que el incumplimiento de dicho requisito justifica por sí sólo la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad”.

Por las anteriores razones, considera el tribunal regional, procede la desestimación del recurso Contencioso-Administrativo.

XVII. TASAS, CONTRIBUCIONES ESPECIALES Y PRECIOS PÚBLICOS

TASA POR LA UTILIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO LOCAL EN MERCADO SEMANAL. IMPROCEDENTE CUANTIFICACIÓN ATENDIENDO ÚNICAMENTE AL VALOR DE UTILIZACIÓN O APROVECHAMIENTO, SIENDO PROCEDENTE AÑADIR LOS COSTES DEL SERVICIO Y DIFERENCIAR EN FUNCIÓN A LOS DÍAS DE MERCADO Y LA NATURALEZA DE LOS PUNTOS ESTABLECIDOS

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2009

La presente sentencia desestima el Recurso de Casación Ordinario interpuesto contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, contra un Acuerdo de un Ayuntamiento sobre aprobación definitiva de la Ordenanza reguladora de la tasa por la utilización del dominio público local en mercado semanal.

Sostiene la recurrente que la tasa por ocupación de la vía pública ha de fijarse atendiendo únicamente al valor de esa utilización o aprovechamiento, por lo que la adición de los costes del servicio es improcedente, lo que hace ilegal la tasa impugnada y procedente la revocación de la sentencia que avala esa tasa.

Sobre el problema planteado considera el Alto Tribunal que debe ratificar la doctrina expuesta en la Sentencia de 14 de marzo de 2006 donde se afirmaba: "... tanto el valor de mercado como la utilidad derivada del aprovechamiento especial - que en la sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995 se calificaba, desde la perspectiva del principio de seguridad jurídica, como una fórmula de cuantificación de los precios públicos suficientemente clara constituyen criterios de indudable naturaleza técnica a los que la Administración Local tiene necesariamente que acudir a la hora de determinar el importe de los precios públicos por la ocupación del dominio público.

Ciertamente, el contenido exacto de tales magnitudes depende de variables a menudo inciertas; pero no es dudoso que tales variables y, por tanto, tales magnitudes no son el resultado de una decisión antojadiza, caprichosa y, en definitiva, arbitraria del ente público, cuando, a mayor abundamiento, constituye una garantía de la imparcialidad ...".

En todo caso, continúa el Tribunal "interesa añadir que la idea de "mercado" no solamente no es extraña a la de "servicio" y "ordenación" sino que por su propia esencia requiere ambos conceptos. Efectivamente, sin una cierta "ordenación" de los mercados estos no pueden existir (piénsese en que la concepción de la "policía" en sentido amplio es históricamente esencial e inseparable del concepto de mercado). Del mismo modo, la idea de "servicio" no es ajena, sino básica, al mercado. Desde esta perspectiva, resulta razonable que la tasa por ocupación de puestos mercados deba incluir costes que no son

sólo los que estrictamente se derivan de la ocupación del dominio público, sino que ha de alcanzar a los costes que la organización y servicio del mercado requieren".

Por consiguiente, entiende el Tribunal Supremo, teniendo en cuenta que, "el punto de partida del argumento analizado, al limitar el coste de la tasa impugnada al valor del dominio público utilizado, ha de ser rechazado y con ello el motivo".

En el segundo de los motivos se pide la anulación de la Ordenanza impugnada por entender que no ha sido acompañada de “informes técnicos” en el modo exigido por el artículo 25 de la Ley de Haciendas Locales; motivo que también desestima el Tribunal “pues la Ordenanza controvertida viene avalada por una memoria económica financiera en la que se justifica el precio de la tasa y que es objeto de análisis detallado y minucioso en la sentencia impugnada. Si a ello se añade que es firmada por el Interventor, que es el órgano encargado de informar en materia económica a la Corporación, se comprende que el motivo deba ser desestimado”.

Por lo que se refiere a la alegación sobre la improcedencia de la tarifa en razón a ser superior a la de otros municipios de la provincia, considera el Tribunal Supremo que también ha de ser rechazada “pues además de no ser probados los hechos básicos de la alegación, es patente que las circunstancias que en cada uno de los municipios invocados concurren hacen inviable la equiparación pretendida... Del mismo modo, la diferenciación en el pago de la tasa atendiendo a los días de mercado y la naturaleza de los puntos (fijos y eventuales) tiene en principio suficiente justificación, pues tradicionalmente es más relevante en cada territorio a efectos de mercado uno de los días de la semana que los restantes. Del mismo modo, es patente que la ocupación permanente de un lugar es preferible a la eventual”.

NOTA:

1 El sumario presentado en esta sección divide la materia tributaria en apartados que se mantendrán en cada número de la revista, con independencia de que alguno de ellos quede vacío de contenido. A efectos sistemáticos, en cada apartado aparecen relacionadas las materias concretas a que se refieren las sentencias comentadas, distinguiendo dentro de cada materia los órdenes judiciales, y administrativos en su caso. Los apartados I y XIII serán comentados por Saturnina Moreno González (Contratada 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 (Contratada Doctor). Los apartados IV y XI serán comentados por María Prado Montoya López (Asociada de Universidad). Los apartados VI y X serán comen-

tados por J. Alberto Sanz Díaz-Palacios (Prof. 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

*Pilar Domínguez Martínez, M^aNieves Pacheco Jiménez, Tobias Buenten,
Karolina Lyczkowska, Manuel Jesús Marín López y Pascual Martínez Espín¹*

PROPIEDAD HORIZONTAL: PAGO DE COSTAS POR EL PROPIETARIO DEUDOR.

PAGO DE COSTAS POR EL PROPIETARIO DEUDOR:
IMPROCEDENCIA: INAPLICACIÓN ART. 26 LPH. IMPUGNACIÓN
TASACIÓN COSTAS: INEXISTENCIA DE CAUSA Y SENTENCIA
CONDENATORIA. Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de
19 de febrero de 2009.

Después de un proceso monitorio de reclamación de cantidad por la comunidad de propietarios a la propietaria demandada, se manifestó por la comunidad demandante el pago de las costas a la demandada, solicitándose se practicase tasación de las costas. Tras la misma, la demandada se opuso argumentando que la cantidad reclamada en el juicio monitorio no coincidía con la debida. En primera instancia se desestimó la oposición, al considerar que el hecho de que la cantidad satisfecha por la deudora sea algo inferior a la interesada por la comunidad actora en el juicio monitorio, no impide la eficacia de la imperativa imposición de costas prevista en la ley de propiedad horizontal.

Según la Sala, no es preceptiva ni automática la condena al pago de costas del demandado en los procesos monitorios de la comunidad (empleando abogado y procurador) contra propietario deudor prevista en el artículo 21. 6 de la ley de propiedad horizontal modificado por la disposición final 1.2 de la LEC 1/2000, de 7 enero. En efecto, en el caso enjuiciado la deudora ha discutido el importe de la deuda y no ha pagado totalmente la cantidad reclamada. No se ha producido la causa determinante del pago automático de las costas, ni se ha acordado la condena al pago en resolución judicial, ni procede su imposición en un procedimiento como el presente sobre impugnación de la tasación de costas cuando se solicita al mismo tiempo que la continuación del procedimiento, que ha terminado con el desistimiento de la comunidad demandante.

La Sala estima el recurso de apelación interpuesto por la demandada deudora, revocando la sentencia impugnada y la tasación de costas planteada.

(P.D.)

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES.

**NULIDAD POR INFRACCIÓN DERECHO INFORMACIÓN:
IMPROCEDENCIA. ANULABILIDAD: IMPROCEDENCIA.**
Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 20 de febrero de 2009.

El socio demandante, ahora recurrente considera nulo uno de los acuerdos de la Junta Universal por infracción de su derecho a la información sobre la situación económica de la empresa, con anterioridad a la celebración de la Junta y porque en el orden del día no se expresó con el suficiente detalle en qué consistía el punto sobre “aumento del capital social de la entidad, en la suma de setenta y dos mil ciento veinte euros y modificación del artículo 5 de los Estatutos Sociales” que luego dio lugar al acuerdo impugnado. La sentencia dictada en primera instancia desestima la petición por entender que el demandante va contra sus propios actos al pretender la nulidad de una Junta cuya celebración él mismo aceptó.

El actor interpone recurso de apelación aduciendo nulidad del acuerdo adoptado con la pretensión subsidiaria de la anulabilidad del mismo. La Audiencia comparte el mismo razonamiento de primera instancia, a juicio de la Sala *“no es admisible que ahora el apelante esgrima una pretendida falta de información sobre el estado económico de la entidad para sostener la nulidad de la Junta. Si carecía de información, lo coherente es que se hubiera opuesto a su celebración. Del mismo modo, si el enunciado del punto tercero del orden del día no le parecía suficientemente explícito, debió oponerse a la celebración de la Junta. Y como no se opuso a la celebración en su momento por ninguna de las dos causas, no puede ahora interesar la nulidad del acuerdo basándose en su falta de información o en la ambigüedad del orden del día.”* En cuanto a esto último, el Tribunal de apelación apunta que, en vista del orden del día, aceptado por el recurrente, el mismo pudo prever fácilmente un acuerdo como el que finalmente se adoptó.

Cumplidos los requisitos que el artículo 48 de la LSRL exige, para la válida constitución de la Junta General Universal (la presencia o representación de la totalidad del capital social y que los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión y su orden del día) la pretensión de nulidad del acuerdo no puede prosperar, por no haberse vulnerado la ley en su adopción.

También rechaza la Sala la pretensión subsidiaria pretendida por el recurrente sobre la anulabilidad de dicho acuerdo. Las causas para ello previstas en la Ley (art. 155 del TR de la LSA, al que se remite el art. 56 de la LSRL): oposición a los estatutos o la lesión que en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros causara a los intereses de la sociedad ni si quiera han sido alegados por el recurrente.

(P.D.)

COMPRAVENTA: CAPACIDAD PARA CELEBRAR EL CONTRATO.

PRESUNCIÓN CAPACIDAD: INCAPACIDAD SIN SENTENCIA DE INCAPACITACIÓN: PRUEBA INCAPACIDAD GRAVE Y PROBADA Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 12 mayo de 2009.

La mercantil actora reclama la cantidad debida de una venta impagada por el demandado sobre una partida de cristal. El Juez de Primera instancia razona, que de acuerdo a la fecha de las facturas relacionadas con la venta de mercancía impagada y la de la Sentencia de incapacitación que el demandado tenía capacidad para obligarse y en consecuencia, el contrato de compraventa era válido y no adolecía de defecto de capacidad.

El demandado, ahora recurrente, interpone recurso de apelación, solicitando que se desestime en su integridad la demanda, alegando, que el Juzgado de primera instancia ha valorado las pruebas erróneamente. Sin negar la existencia del débito, alega que el contrato está viciado, al no tener capacidad para entender la trascendencia de los actos celebrados en la fecha del negocio por la enfermedad mental diagnosticada con anterioridad a esa fecha, resultando después incapacitado a través de la sentencia de incapacitación aportada.

La Sala confirma la sentencia de instancia, denegando las pretensiones del apelante. Al respecto reitera los razonamientos del Tribunal a quo, admitiendo la validez y fuerza obligatoria de los contratos, que como el enjuiciado contiene todos los elementos esenciales para su validez, conforme a los artículos 1278 y 1261 del CC. En sede de capacidad y al hilo del artículo 1263 del mismo texto legal (“No pueden prestar consentimiento: 1.º Los menores no emancipados y 2.º Los incapacitados”), la Sala recuerda la doctrina jurisprudencial apuntada por el Juez de Instancia sobre este extremo, estableciendo que *“la capacidad para contratar equivale a capacidad o aptitud natural para celebrar negocios jurídicos. Esta capacidad natural se presume en toda persona mayor de edad no incapacitada judicialmente, aunque el hecho de que una persona no haya sido incapacitada no significa que sean válidos los actos que realice sin la capacidad natural precisa en cada caso, pues no cabe considerar existente una declaración de voluntad contractual cuando falte en el declarante la razón natural, ya que dicha carencia excluye la voluntad negocial e impide que lo hecho valga como declaración. Ello no obstante, para que la incapacidad o afección mental sea invalidante del consentimiento es preciso que sea grave y probada, no bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas”*

Así mismo, la Audiencia, alude a el criterio jurisprudencial según el cual, *“la sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada, presunción iuris tantum que sólo puede destruirse por una prueba en contrario evidente y completa, prueba que no ha existido en el caso revisado”*, declarando que en el caso enjuiciado no basta para establecer la incapacidad del demandado en el momento en que se celebró la compraventa y para destruir la presunción de capacidad, el informe médico presentado que no revela la causa que motivó la posterior sentencia de incapacitación del apelante, limitándose a referir un control sobre una enfermedad, como es la esquizofrenia, que adecuadamente controlada, no impide el autogobierno, ni es bastante para romper la presunción.

En consecuencia, la Sala, coincidiendo con la sentencia de primera instancia, desestima el recurso de apelación, por falta de prueba sobre la gravedad de las limitadas facultades mentales del demandado que le impidieran tener conciencia clara de la trascendencia del contrato de compraventa que celebraba con la mercantil actora.

(P.D.)

ACCIÓN REIVINDICATORIA: REQUISITOS. PRUEBA DE LA TITULARIDAD DOMINICAL: CARGA: ACTOR.

PRUEBA: CATASTRO: EFECTOS INTERDICTO DE RECORRAR LA POSESIÓN: DIFERENCIAS. **Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 8 mayo de 2009.**

El demandante, en nombre del Ayuntamiento reclama la declaración de titularidad pública y la consiguiente restitución de una zona que refiere ser calle y que las demandadas cercaron en acto propio de dominio. La Sentencia de primera instancia desestimó dicha reivindicación por falta de prueba de la titularidad pública del demandante, acreditándose por el contrario que la superficie con el muro perteneció siempre a las demandadas, como se deduce del título de dominio, del certificado catastral aportado y del informe del Ayuntamiento obtenido de informaciones de los mayores del lugar.

Se interpone recurso de apelación contra la sentencia de instancia alegando falta de base jurídica. Sin embargo el error alegado por el recurrente sobre lo erróneo de los argumentos jurídicos relevantes y de las pruebas tenidas en cuenta por el Tribunal de Instancia, no es estimado por la Sala. A su juicio lo determinante en el caso enjuiciado es la carga probatoria del dominio en el ejercicio de la acción reivindicatoria que incumbe al actor (art. 217 LEC). En el caso de autos, la falta de prueba del título público por el reclamante, contrasta con las pruebas relevantes aportadas por las demandadas que excluyen la naturaleza pública del terreno. Todo ello refuerza los argumentos jurídicos aportados por el Juez de instancia para desestimar la demanda.

Con carácter previo a la desestimación de la apelación, la Audiencia hace una exposición detallada sobre el carácter, requisitos y prueba en el ejercicio de la acción reivindicatoria. Concretamente y en lo relativo a la prueba de la titularidad dominical reivindicada, la Sala se refiere al alcance de los medios probatorios y en especial a los datos catastrales.

En efecto, la Sala entiende que resulta erróneo e inaplicable basar la acción reivindicatoria planteada en los requisitos exigibles a la restitución sumaria de la posesión, antiguos interdictos. En efecto, a juicio de la Sala, la acción reivindicatoria de la propiedad entablada por el propietario, o quien esté legitimado, como en el caso de autos, en nombre del Ayuntamiento (legitimación reconocida por el art 68 de la Ley

de Bases de Régimen Local) es una acción definitiva y no provisional, está dirigida la protección de la propiedad pública o municipal, no la posesión.

Al respecto, se refiere la Audiencia a los requisitos exigibles para estimar la acción reivindicatoria para detenerse en el primero de los referidos. Además de la prueba del título de propiedad del actor por cualquiera de los medios contenidos el art 609 del Código Civil, o la prioridad del título del demandante frente al ostentado por el perturbador, es preciso, en segundo lugar, identificación de la propiedad reclamada, y por último que el demandado haya privado o realizado actos de disposición del bien reivindicado. En cuanto a la prueba de la propiedad del actor, entiende la Sala que el título de propiedad aportado por las demandadas no prueba la propiedad ni privada ni municipal, por no contener delimitación del contorno o superficie de la vivienda ni de la franja litigiosa. A juicio de la Audiencia, la prueba del contorno dado por el catastro o por las partes por apariencias o signos exteriores con valor indiciario aunque pueda servir para determinar alcances de la superficie, en modo alguno constituye prueba definitiva del alcance físico del derecho de propiedad.

En este punto alude la Audiencia a la constante y antigua la jurisprudencia sobre la finalidad principalmente fiscal y escasa fiabilidad justificante del dominio de los datos contenidos en las certificaciones catastrales. (SSTS de 4 de noviembre de 1961, 16 de noviembre de 1988, 2 de marzo de 1996, 2 de diciembre de 1998 y 26 de mayo de 2000). A esta doctrina se refiere la Sentencia de 2 de diciembre de 1998 según la cual *“el Catastro afecta sólo a datos físicos (descripción, linderos, contenido, etc.) nada más: no sienta ninguna presunción de posesión dominical en favor de quien en él aparece propietario. Si las certificaciones catastrales no prueban la propiedad, no pasan de ser meros indicios que necesitan conjugarse con otros medios probatorios (...) con más razón no pueden ser tampoco por sí mismas prueba de una posesión a título de dueño”*.

Una vez hecha esta argumentación, y comprobada la falta de prueba aportada por el actor apelante sobre la propiedad pública reivindicada, la Audiencia desestima la apelación, confirmando la Sentencia de instancia.

(P.D.)

RESPONSABILIDAD CIVIL. ACCIDENTE DE TRÁFICO. CAZA

DISPOSICIÓN ADICIONAL 9ª 17/05 de 19 de Julio. RESPONSABILIDAD TITULARIDAD APROVECHAMIENTO CINEGÉTICO: SOLIDARIDAD. **Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 18 marzo de 2009**

Se interpone recurso de apelación en representación del coto condenado en primera instancia por daños producidos al colisionar el vehículo del actor con un ciervo que cruzó por la calzada. Los apelantes alegan error en la valoración de la prueba en cuanto al coto procedencia del animal causante del accidente, según ellos, distinto del coto que representan. Así mismo, se alega aplicación indebida de la solidaridad, sólo referida a casos de indeterminación de autoría y vulneración de las reglas de distribución de la carga probatoria del art. 217 LEC. Se mantiene que el conductor circularía a velocidad excesiva, y además que el atropello no fue consecuencia de la acción de cazar, ni la pieza provenía del coto de los apelantes al no practicarse ninguna acción de caza, el día del accidente.

La Audiencia desestima íntegramente el recurso, confirmando la sentencia de instancia. Se parte en primer lugar de la zona donde se produce el accidente, a pesar de ser una zona donde confluyen los dos cotos, el coto cuya titularidad resulta demandada en el procedimiento se encuentra en la zona de influencia del accidente, como se acredita de la documental obrante. De conformidad con lo dispuesto en el art. 35 b) del Reglamento de Caza, se establece la solidaridad para “los casos en que no resulte posible precisar la procedencia de la caza respecto a uno determinado de los varios acotados que colinden con la finca”. Todo ello confirma, según la Sala, que por razón de la solidaridad no resultaría exenta de responsabilidad la demandada apelada, sin perjuicio de las acciones que le puedan corresponder frente al titular del otro coto.

Referida por la Audiencia la legislación aplicable al caso:(Ley de Caza y su Reglamento, y en el ámbito de tráfico, por la D.A. Novena de la Ley 17/05 de 19 de Julio, se añade la doctrina probatoria en estos casos responsabilidad extracontractual sobre la consagrada aplicación del principio de inversión de la carga de la prueba, correspondiendo al titular del coto probar que el conductor incumplió

las normas de circulación, o que el accidente no fue consecuencia directa de la acción de cazar, ni de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado para poder exonerarse de responsabilidad. No resultando acreditada la velocidad excesiva que imputa al conductor perjudicado y aclarada la cuestión de procedencia, la Sala desestima el recurso planteado.

(P.D.)

PARTICIÓN HERENCIA. ACEPTACIÓN HERENCIA SIN BENEFICIO DE INVENTARIO: TUTOR: AUTORIZACIÓN JUDICIAL. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CIUDAD REAL DE 3 MARZO DE 2009

Se interpone recurso de apelación contra la sentencia de instancia que declara necesaria la autorización judicial en la partición, no admitiendo bastante la aprobación judicial solicitada. Según el recurrente, se ha incurrido en vulneración de precepto legal entendiéndose que el artículo 272 del Código Civil puesto en relación con el artículo 3 del mismo Texto Legal.

A juicio de la Audiencia, el recurso de apelación debe ser desestimado y confirmada la sentencia de instancia, en un caso como es el de tutela. En efecto, según la Audiencia, *“el tutor tiene la obligación de pedir la autorización judicial a los efectos de que en la aceptación de herencia no se produzca un desequilibrio económico para la tutelada, que podría suceder en el supuesto por ejemplo de que existiesen deudas”*. A este respecto, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 271 del Código Civil, a cuyo tenor: *“el tutor necesita autorización judicial para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o para repudiar ésta o las liberalidades”*.

(P.D.)

PUBLICIDAD ILÍCITA: IMPROCEDENCIA.

PRODUCTO ADQUIRIDO POR EL ACTOR ACORDE A LO CONTRATADO: MODIFICACIÓN NO AFECTANTE A SU DERECHO: CONSTRUCCIÓN DE RESIDENCIA DE ANCIANOS FRENTE A LA VIVIENDA. **Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 20 de febrero de 2009.**

El actor, desestimadas sus pretensiones en primera instancia, interpone recurso, alegando que ha existido una publicidad engañosa por parte de la demandada vendedora por no ser cumplida la construcción de una zona ajardinada y piscina al frente de sus vivienda, en la residencia de ancianos construida, que incluía en la oferta, o subsidiariamente al pago de la cantidad por el incumplimiento en el contrato, alegando el perjuicio de ver limitada la eficacia un cartel anunciador de su negocio que pretendía instalar.

La cuestión, con estos extremos fácticos es determinar si las demandadas se han valido de una publicidad engañosa para captar al actor, y si éste. En cuanto a esto último, estima la Audiencia que el perjuicio se presenta como incierto puesto que por más que destine la oficina al desempeño de su negocio, lo adquirido por el recurrente lo es en zona residencial, que no comercial, por ello se presenta incierto tanto que pudiera obtener licencia para desarrollar actividad comercial o instalar un cartel con las indicadas pretensiones publicitarias.

La Audiencia después de referirse a la legislación y doctrina jurisprudencial sobre publicidad engañosa y los efectos de la publicidad en la determinación del contenido obligacional de los contratos, confirma la sentencia de instancia y desestima el recurso. La publicidad sobre un objeto aún no existente forma parte esencial de la oferta, como se reconoce en el art. 8 LGDCU. (SSTS 29 septiembre 2004 [RJ 2004, 5688] , 3 julio 1993 [RJ 1993, 6176] 8 noviembre 1996 [RJ 1996, 8260], entre otras).

En efecto, a juicio de la Sala, aunque la Promotora no se ha ajustado a su propia publicidad, respecto de la residencia de mayores, si lo ha hecho respecto del conjunto residencial donde adquiere el actor. El producto adquirido por el recurrente, responde a lo contratado, incluso entendiendo que el contrato queda complementado con lo que el consumidor ha confiado por razón de la oferta, promoción y publicidad.

(P.D.)

POSESIÓN: INTERDICTO DE RECOBRAR

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN. Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 2 de diciembre de 2008.

El actor demanda la protección sumaria de su posesión, siéndole desestimada en sentencia de primera instancia al entender que aquél ha dejado transcurrir unos tres años desde el comienzo de la obra (ubicación de una valla de manera escalonada en varios años) sin que haya hecho nada en defensa de su posesión, ya fuera el interdicto de recobrar –cuando se hizo la colocación del primer tramo de tela-, ya de obra nueva –cuando se continúa con el segundo tramo y con clara intención de prolongarlo en el tiempo-.

El demandante, ahora recurrente, interpone recurso de apelación contra la referida sentencia basándose en un error en la valoración de la prueba por estimar que la presunción de medianería que la resolución recoge como fundamento de su fallo es incorrecta.

La Sala recuerda la naturaleza y fines que el antiguamente denominado interdicto de recobrar cumple: *“el interdicto de retener o recobrar la posesión (...) es un juicio sumario encaminado a impedir que se modifique un determinado estado de hecho, que implica la posesión o tenencia efectiva y actual sobre una cosa, frente a cualquier acto de perturbación o despojo que, con independencia del título o derecho en que pretenda fundarse, trata de innovar de manera arbitraria y unilateral, al margen del obligado procedimiento judicial como único cauce legítimo para dirimir la contienda legal planteada, esa situación fáctica, procurándose por medio de esta acción la urgente restauración del orden violentamente perturbado y el mantenimiento de la paz jurídica”*. Asimismo, señala que la legitimación activa para ejercitar la acción interdictal corresponde a *“quien se halle en la posesión o en la tenencia de una cosa, es decir, a todo aquel sujeto que se encuentre en una aparente situación de señorío de hecho o de poder efectivo sobre la cosa o derecho, exteriorizada y dotada de autonomía o independencia”*. Por último, afirma que *“al ser el interdicto un juicio sobre hechos, es objeto de dicha acreditación la mera situación fáctica o realidad física del ejercicio de un poder de hecho del actor sobre la cosa, es decir, de la posesión o tenencia de la misma, pero no la justificación jurídica de tal situación, por lo que las cuestiones relativas al derecho de propiedad, a la presunción que a favor del titular inscrito otorga el artículo 38 LH, e incluso al derecho a poseer, quedan fuera de su ámbito (...)”*.

La Sala, haciendo referencia a la SAP Barcelona de 28 de enero de 2003, dirime también la cuestión de cuándo procede el interdicto

de recobrar y cuándo el de obra nueva. Así: *“si bien es cierto que es mayoritaria la jurisprudencia que mantiene que en los supuestos de construcción de una obra el único interdicto posible sería el interdicto de obra nueva, y ello no sólo por tradición histórica, sino también por razones que apuntan a la especificidad de dicho procedimiento interdictal y al hecho de que si se permite a la parte acudir al interdicto de retener y recobrar y se acuerda la demolición (...) y luego en el plenario se demuestra el “ius edificando”, el resultado puede ser adverso y no deseado, dicha tesis tiene una importante excepción, representada por los casos en los que la obra nueva es de escasa entidad o relevancia económica y realizada con el propósito de perjudicar la posesión ajena, ya que entonces, sobre el medio agresivo empleado prima el auténtico despojo ya culminado, haciendo pertinente el ejercicio de las acciones recuperatorias de la posesión, antes que la defensa preventiva representada por el interdicto de obra nueva”*. En definitiva, y de conformidad con la STS 201/2005 de 14 de julio, *“en la actualidad resulta unánime y pacífica la doctrina que atribuye exclusiva pertinencia o adecuación al interdicto de obra nueva para proteger a la posesión de todo ataque que derive de construcciones que alteren o modifiquen el estado o configuración anterior de las fincas, siempre que aquéllas sean de cierta entidad y de ejecución relativamente duradera, ya que en las obras reducidas o de tan rápida ejecución que imposibilitan por su consumación el remedio más acorde y adecuado, sí resulta lícito y hábil el interdicto de recobrar, que trata de evitarse que de modo indirecto o indebido se obtenga un efecto impropio al que resultaría de seguirse el cauce procesal adecuado, cual es la demolición de lo edificado o construido al tener que reponer el estado posesorio a su configuración anterior, que la ley reserva a un proceso posterior y de mayores garantías, con amplitud de facultades de alegación y prueba, no restringidas necesariamente al hecho de la posesión”*.

La Sala, que coincide con la sentencia de primera instancia en el hecho de que la demanda estaba presentada fuera del plazo del año legalmente establecido (art. 1969 CC) desde que se realizó el último hecho, afirma que el referido plazo es de caducidad, y no de prescripción. Ello tiene importancia porque, a diferencia de la prescripción, la caducidad no puede ser interrumpida y cabe apreciarla de oficio.

Finalmente, atendiendo a la prueba documental aportada (fotografías), a la denuncia realizada por el apelante ante la Guardia Civil (de fecha 1 de agosto de 2006, estando la valla totalmente terminada) y al acta notarial (de fecha 21 de septiembre de 2006, estando la valla ciertamente concluida), la Sala deduce que al tiempo de presentación de la demanda (28 de diciembre de 2007) había transcurrido ya el plazo de un año.

La Sala desestima el recurso de apelación, confirma la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e impone las costas procesales a la parte apelante.

(M.N.P.)

RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE COMPRAVENTA

COMPRAVENTA: INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES: RESOLUCIÓN: REQUERIMIENTO NOTARIAL. **Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 9 de diciembre de 2008.**

La actora demanda en primera instancia por incumplimiento de sus obligaciones a la sociedad promotora con la que tenía suscrito un contrato privado denominado “de compromiso de compra-venta de cosa futura”, otorgado el 3 de agosto de 2006, en cuya virtud la referida sociedad se comprometía a vender a la demandante (y ésta a comprar) una vivienda en construcción sobre parcela, por precio y plazo de entrega determinados. Sobre este último aspecto, la cláusula décima del contrato establecía que la vivienda debería entregarse antes del 28 de febrero de 2007, aunque a su vez, la cláusula novena, imponía una primera prórroga forzosa por voluntad de las partes, y para el supuesto de que no fuera posible dicha entrega en la antedicha fecha, de un período de gracia de un mes a contar desde ésta. Asimismo, la misma cláusula décima, en su apartado primero, enumeraba las circunstancias que darían lugar a la resolución del contrato de manera unilateral y por cualquiera de las partes; a saber: *“si llegada la fecha, incluido el mes de gracia (...), la sociedad vendedora no hubiere cumplido aquello a que se obligó (...), a elección de la compradora se podrá resolver el contrato, percibiendo la compradora la totalidad de las cantidades entregadas (...), “o bien conceder un nuevo período extraordinario de gracia de igual plazo [un mes] (...); añadiendo que “(...) se entenderá concedido tal término en cuanto no medie requerimiento notarial solutorio del presente contrato en un plazo no superior a cinco días naturales desde la fecha de la entrega, incluido el período de gracia”*. Consecuentemente, el plazo de entrega -sumada la primera prórroga- vence el 28 de marzo de 2007, existiendo la posibilidad de nuevos períodos de gracia mientras que no medie requerimiento notarial para resolver el contrato en un plazo no superior a cinco días naturales desde la fecha de entrega y, a su vez, el requerido de tal intimación formal tenga conocimiento de ello en ese mismo plazo.

Así las cosas, la demandante-compradora, que ya había efectuado entregas a cuenta del pago por precio de 38.000 €, a fecha 30 de mayo de 2007 realiza ante Notario el requerimiento solutorio, depositándolo al día siguiente en Correos. Pues bien, la carta es entregada a la esposa del representante de la mercantil, que la recibe el día 4 de junio de 2007 (un día más tarde a aquél en que se cumplía el plazo de la prórroga unilateral graciable), deviniendo aquél ineficaz a los efectos acordados por las partes en el contrato.

La sentencia de primera instancia desestima la demanda ejercitada por la actora contra la sociedad promotora, estima la reconvencción declarando resuelto el contrato relativo a la vivienda en construcción y determina que la referida sociedad haga suyas las cantidades entregadas a cuenta por la actora por importe de 38.000 €, con condena en costas para la misma.

Contra dicha resolución, la compradora, ahora recurrente, interpone recurso de apelación. La Sala, apoyándose en variada doctrina jurisprudencial, señala que *“el requerimiento constituye una notificación (...), un acto cuyo fin esencial y último es el ejercicio del derecho de resolución al que el pacto o la ley (arts. 1255 y 1124 CC) anuda el efecto jurídico de la resolución con sus efectos consiguientes; y que tiene lógicamente naturaleza recepticia, o sea, la necesidad de ser conocido por la otra parte para saber a qué atenerse, siendo por tanto dicho requerimiento o notificación (cualquiera que sea la forma notarial o judicial que el mismo revista) un acto jurídico integrado por una declaración unilateral recepticia de voluntad encaminada a la resolución del contrato de compraventa (...)”*, constatando la tesis de que *“el plazo ha de comenzar a contar desde la recepción por el requerido”*. En definitiva, de la aplicación de tal doctrina, coherente con la interpretación de la cláusula décima del contrato de 3 de agosto de 2006, se concluye la ineficacia de tal requerimiento.

La Sala desestima el recurso de apelación interpuesto por la compradora-recurrente contra la sociedad promotora, confirma la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e impone las costas procesales causadas a la parte apelante.

(M.N.P.)

SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PATRONAL: INDEMNIZACIONES

INDEMNIZACIONES POR ACCIDENTE DE TRABAJO: RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE EMPRESA Y REPRESENTANTE. RESPONSABILIDAD LIMITADA DE LA COMPAÑÍA DE SEGUROS. Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 17 de marzo de 2009.

Un obrero de una sociedad mercantil dedicada a aislamientos y cubiertas fallece por la ineficacia y escasa utilidad de las medidas adoptadas por la empresa para evitar accidentes laborales. Los actores (padres y hermano del obrero fallecido) interesan indemnización por el accidente de su familiar basándose en la responsabilidad de la sociedad mercantil, de su representante y de la compañía de seguros con la cual se tenía concertada una póliza de responsabilidad civil patronal. La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda interpuesta por los actores y condena solidariamente a la sociedad y a su representante a abonar a cada uno de los padres del fallecido la cantidad de 42.701,51 €, y al hermano la de 7.763,91 €. Igualmente, se reclama la responsabilidad civil directa de la compañía aseguradora hasta el límite de 60.101,21 €.

Contra la anterior resolución, los actores, ahora recurrentes, interponen recurso de apelación aduciendo el error en la valoración de la prueba por infracción de las reglas de la sana crítica, respecto del accidente ocurrido, alegando que el Juez no tuvo en consideración el acta levantada por el Inspector de Trabajo, y respecto de los contratos de seguros que los demandados tenían concertados, arguyendo la infracción de los arts. 3 y 73 LCS.

En cuanto al error en la valoración de la prueba, la Sala estima, una vez valorada en conjunto la prueba practicada en autos y teniendo muy en cuenta el acta levantada por la Inspección de Trabajo, que no se puede achacar al trabajador fallecido la responsabilidad del 50% del accidente, tal y como se valoraba en la sentencia de primera instancia. Atendiendo al hecho de que en la zona de tránsito entre el final de la extensión de cada tramo de la red no había colocadas pasarelas rígidas, conllevando la rotura de las placas y la consiguiente caída del obrero; a la realidad de que se dejó a su suerte al accidentado, que tuvo que realizar el desplazamiento sobre los lugares donde iban las cerchas de cubiertas; y al ineficiente sistema de anclaje del cinturón de seguridad;

excusándose la empresa en la advertencia de tales eventualidades a los trabajadores, la Sala limita la responsabilidad del trabajador en el accidente en un 20%. Consiguientemente, revoca parcialmente las indemnizaciones concedidas por el Juzgador de Instancia, incrementándolas a 68.322,42 € para cada uno de los padres, y a 12.422,26 € para el hermano.

Respecto al segundo motivo, la póliza concertada, es desestimado por la Sala, entendiéndose que no existe el error alegado en la sentencia dictada, ya que de la documental y de las testificales se constata que el contrato de seguro suscrito entre la compañía aseguradora y la sociedad mercantil cubre la responsabilidad civil patronal de esta última, de carácter limitado, siendo conocido y aceptado por todos los que fueron parte en el mismo. Las alegaciones de los recurrentes no son, por tanto, de recibo. Ha existido una identidad total entre los tres ejemplares aportados por las partes litigantes de las condiciones particulares de la póliza. Es más, de la prueba practicada se constata que ninguna de las partes demandadas hace referencia a una delimitación del riesgo no aceptada o a unas cláusulas limitativas o de exclusión que no hayan sido aceptadas. Así pues, el representante de la sociedad conocía las garantías contratadas, pues tenía en su poder el condicionado particular que le remitió la compañía aseguradora y que el mismo aportó al procedimiento; además, pagaba desde su contratación la prima correspondiente y en ningún momento hizo reclamación alguna o mostró disconformidad con lo determinado en el condicionado tanto general como particular, debiendo tener en cuenta que en el condicionado particular se establecía una clara delimitación del riesgo asumido por la entidad aseguradora en cuanto a las cantidades a abonar por siniestro y víctima.

La Sala estima en parte el recurso de apelación interpuesto por los padres y hermano del fallecido, revoca en parte la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia y condena solidariamente a la sociedad mercantil y a su representante a abonar a cada uno de los padres 68.322,42 €, y al hermano 12.422,26 €. Todo ello sin efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas.

(M.N.P.)

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS: RESOLUCIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO

CURSO DE INGLÉS: IMPAGO DE CUOTAS: RESOLUCIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO POR LA EMPRESA: INEXISTENCIA DE CLÁUSULA ABUSIVA. Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 10 de diciembre de 2008.

El Centro de Estudios CEAC S.L. demanda a una alumna por impago de cuotas de un curso de inglés. La sentencia de primera instancia estima dicha demanda y condena a la demandada a hacer pago a la entidad actora de la suma de 3.870 €, más los intereses legales correspondientes, con expresa imposición de costas.

La demandada, ahora recurrente, interpone recurso de apelación planteando, como motivos de impugnación, el ejercicio del derecho de revocación del contrato dentro de plazo, el incumplimiento de los requisitos formales exigidos por la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, y la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado.

La recurrente sostiene que, a través de la testifical practicada, ha quedado acreditado que ejerció el derecho de revocación en el plazo de los siete días siguientes a la firma del contrato, lo que verificó contactando telefónicamente con el comercial que le vendió el curso, quien le aseguró que no era necesario que hiciese nada más y que el contrato ya se tenía por revocado. Sin embargo, la Sala entiende que en modo alguno ha quedado probada la revocación del contrato dentro del referido plazo pues, tratándose de una causa extintiva de la obligación, debe quedar acreditada por quien la invoca, esto es, el consumidor; extremo que no queda constatado, habida cuenta de que la testifical de la madre de la recurrente no puede considerarse bastante a tales efectos, pues es cuestionable su imparcialidad. Además, su declaración queda refutada por las manifestaciones del comercial, quien aseveró que la llamada telefónica de la demandada-recurrente la recibió encontrándose en Palma de Mallorca, y al menos seis meses después de haber dejado de trabajar para el CEAC.

En cuanto al incumplimiento de las formalidades impuestas por la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, concretamente, la falta de entrega del documento de revocación exigido por el art. 3 de la citada Ley, la recurrente alega la nulidad del contrato, pudiendo hacerse valer como excepción, sin necesidad de formular reconvencción. La Sala señala que

del incumplimiento denunciado sólo derivaría la anulabilidad, confirmando el pronunciamiento de instancia que se basa en que dicho motivo de anulabilidad debió hacerse valer por medio de reconvencción, al ser reiterada la doctrina jurisprudencial que declara que, si bien la nulidad de pleno derecho puede oponerse por vía de acción o excepción, por el contrario, la anulabilidad únicamente puede hacerse por vía de acción (ejercitada en la demanda principal o en la demanda reconvenccional). Queda probado que la demandada-recurrente no hizo uso de la acción o de la reconvencción para denunciar lo que consideraba anomalías del contrato.

En relación a la presunta infracción de la LGDCU y la LCGC, en cuanto al carácter abusivo de la cláusula contractual que contempla el vencimiento anticipado, la Sala recuerda que la recurrente no opuso en la contestación a la demanda la posible nulidad o carácter abusivo de la citada cláusula, siendo necesario señalar el contenido del principio de preclusión, en virtud del cual las manifestaciones que hagan los litigantes en los escritos rectores del proceso han de ser vinculantes en cuanto a lo que es objeto de debate, en acatamiento de las reglas de la buena fe que son directriz esencial de todo procedimiento. De ahí que la introducción posterior de hechos a la fase expositiva del proceso suponga una modificación sustancial de los términos del debate procesal que afecta al principio de contradicción y por ende al fundamental derecho de defensa. Independientemente de lo expuesto, la LGDCU de 1984, en su disposición adicional primera, considera abusivas, en su apartado III, 17, aquellas cláusulas que otorguen a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato, pero no aquéllas –caso de la cuestionada en este litigio-, que basan la facultad resolutoria en el incumplimiento de la otra parte. Asimismo, la Sala afirma que este tipo de vencimiento anticipado tiene reconocimiento jurisprudencial: *“nada cabe objetar a la licitud de las cláusulas de resolución anticipada cuando tal derecho se apoye en una causa justa y objetiva, siempre que ésta aparezca expresada en el contrato, goce de la necesaria concreción, sea conforme a la naturaleza del contrato y tenga entidad suficiente como para fundamentar tan grave consecuencia. Y entre las causas que se consideran justas se encuentra la resolución anticipada del contrato por haber incumplido el deudor alguna de las obligaciones esenciales que se derivan del contrato, al no depender de la arbitraria y discrecional voluntad de la parte que ostenta la facultad resolutoria y guardar la debida proporcionalidad y adecuación con el fin comercial perseguido, siendo su concurrencia racionalmente previsible por la parte a quien perjudique, puesto que, en definitiva, tiene su fundamento legal último en la implícita facultad de resolver las obligaciones bilaterales o recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpla lo que le incumbe, contemplado en el art. 1124 CC;*

siendo tales cláusulas de vencimiento anticipado rechazables y nulas únicamente cuando dejen al libre arbitrio de una cualquiera de las partes la fijación caprichosa o arbitraria del momento en el cual las obligaciones deberían considerarse vencidas". A tenor de lo expuesto, el contrato contemplaba la facultad de dar por vencida anticipadamente la obligación total aplazada en caso de impago de dos recibos. (La recurrente, tras dos transferencias efectuadas en junio y noviembre de 2003, no había vuelto a abonar cantidad alguna). Por tanto, no puede calificarse abusiva la cláusula referenciada al prever la posibilidad de vencimiento anticipado ya que no se subordina su ejercicio a un incumplimiento irrelevante o a circunstancias cuya apreciación se deja al puro arbitrio de la entidad vendedora, sino que alude a factores de incumplimiento relevantes, como lo es el impago.

La Sala desestima el recurso y confirma la sentencia apelada, con imposición de las costas a la parte apelante.

(M.N.P.)

CONSUMIDORES Y USUARIOS: INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS

CONSUMIDORES Y USUARIOS: INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS SUFRIDOS POR UTILIZACIÓN DE PRODUCTOS Y SERVICIOS. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA. Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 13 de febrero de 2009.

El actor interpone demanda contra TELEFÓNICA ESPAÑA S.A.U. interesando indemnización por los daños generados por los servicios prestados por ella, consistentes en la instalación de un componente interno en su ordenador, concretamente una tarjeta de red ante los problemas surgidos con el router contratado, y que originaron una subida de tensión que provocó que el ordenador quedara inservible. La sentencia de primera instancia estima íntegramente la demanda interpuesta y condena a la demandada a abonarle el importe de 849,63 € más el interés legal desde la admisión a trámite de la demanda y hasta su completo pago, e imponiéndole expresamente el pago de las costas procesales.

TELEFÓNICA ESPAÑA S.A.U. interpone recurso de apelación contra la citada sentencia invocando que no se ha acreditado que los daños se ocasionaran a consecuencia de los servicios por ella prestados, dado que consistieron únicamente en la instalación de un adaptador USB inalámbrico que no exigía manipulación alguna del interior del ordenador ni conexión a la red eléctrica, concluyendo que ésa no pudo ser la causa de la subida de tensión argüida por el demandante.

La Sala confirma las circunstancias ponderadas por el juez de instancia, esto es, que únicamente se acompañó a la demanda un albarán en el que constaba la instalación de un adaptador USB inalámbrico, sin que se aportara documental alguna acreditativa de la posterior intervención de empleados de la demandada-recurrente, pero no significando ello que tal actuación no tuviera lugar puesto que, aunque se ha de entregar al cliente un justificante de los trabajos efectuados, ello no implica que siempre sea así. Es más la recurrente pudo proponer como testigo al técnico que acometió la instalación del referido adaptador, que fue el mismo que posteriormente procedió a instalar la tarjeta de red. Se deduce, pues, que era la demandada quien estaba en condiciones de facilitar la identidad de dicho operario a los efectos de aclarar la concreta intervención desarrollada, como también estuvo a su alcance comprobar el ordenador averiado y la tarjeta de red instalada. No obstante, no lo hizo.

La LGDCU de 1984, en su art. 25, contiene una norma de carácter general que reconoce al consumidor y usuario el derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos por el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios, salvo que tales daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva o por la de las personas de las que debe responder civilmente. Igualmente, la Sala alude a la STS 748/2001 de 23 de julio establece un principio de inversión de la carga de la prueba, haciendo recaer sobre el productor o suministrador de los productos o servicios la carga de probar que el origen de los daños y perjuicios se encuentra en la conducta culposa del usuario o de las personas por las que debe responder, a lo que se suma una objetivación de la culpa, como se infiere del art. 26 LGDCU al disponer que *“las acciones u omisiones de quienes reproducen, importan, suministran o facilitan productos o servicios a los consumidores o usuarios, determinantes de daños o perjuicios a los mismos, darán lugar a la responsabilidad de aquéllos, a menos que conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad”*.

Concluyendo, incumbía a la demandada-recurrente demostrar que los daños reclamados eran ajenos a los servicios por ella prestados, fundamentándose en su mejor posición en relación con las fuentes de prueba (tenía a su alcance identificar el operario que acometió la instalación) y los medios técnicos necesarios para comprobar los elementos dañados a fin de descartar que la avería hubiera obedecido a productos por ella suministrados (tarjeta de red instalada). Sin embargo, en vez de colaborar en el esclarecimiento de la verdad, se limitó a negar su responsabilidad en el suceso basándose en que el demandante no podía acreditar la intervención de empleados de TELEFÓNICA con posterioridad a la fecha del albarán aportado.

La Sala desestima el recurso de apelación interpuesto, confirma la sentencia recurrida e impone las costas a la parte apelante.

(M.N.P.)

LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL

LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL: SOCIEDAD DE GANANCIALES: ACTIVO Y PASIVO. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 2 de marzo de 2009.

En primera instancia se estima parcialmente la demanda interpuesta por el actor promoviendo la liquidación del régimen económico matrimonial, declarando como integrante de la sociedad de gananciales existentes entre las partes un **ACTIVO**, compuesto por una vivienda, el mobiliario del Bar-Restaurante existente en dicha vivienda y una finca rústica, y un **PASIVO**, integrado por un préstamo hipotecario concedido en 1992 con un saldo deudor de 5.589,24 € y la cantidad adeudada por la sociedad de gananciales al actor por el abono de los recibos de dicho préstamo desde el año 1996.

Contra la anterior sentencia se interponen sendos recursos por el demandante y por su ex mujer, resolviéndose ambos recursos conjuntamente ya que el fundamento de la resolución es el mismo.

La Sala atiende a las siguientes consideraciones: a) los litigantes contrajeron matrimonio bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales; b) el 31 de mayo de 1988 recayó sentencia de separación; c) el 26 de junio de 2006 se dictó sentencia de divorcio; d) el 27 de noviembre se interpuso la demanda de liquidación del régimen económico matrimonial. Pues bien, conforme al art. 1392 CC, la declaración judicial de separación de los cónyuges hace que la sociedad de gananciales concluya de pleno derecho con efectos desde dicha fecha. Así, la Sala señala que el juez de instancia erró gravemente cuando incluyó en el pasivo el préstamo hipotecario de 1992 -aunque la liquidación de los bienes gananciales aún no se hubiese practicado-, así como la deuda que la sociedad de gananciales frente al actor por el abono de los recibos de dicho préstamo desde 1996. En consecuencia, del pasivo de la sociedad conyugal debe desaparecer el importe del préstamo hipotecario, aunque hayan intervenido los dos cónyuges, y por ende la cantidad que adeuda la sociedad de gananciales al recurrente por el abono de los antedichos recibos, pues desde 1988 ya no existía legalmente tal sociedad de gananciales.

La Sala: 1º. Desestima el recurso de apelación interpuesto por el demandante-recurrente y le condena a abonar las costas causadas por su recurso así como las comunes por la mitad. 2º. Estima el recurso de apelación de la ex mujer del demandante revocando la resolución recurrida y condenándola a abonar las costas causadas por su recurso y las comunes por la mitad. 3º. No hace mención a las costas de instancia, pues no hubo imposición de éstas.

(M.N.P.)

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

INDEMNIZACIÓN DE LESIONES SUFRIDAS POR ROTURA DE CRISTAL EN HALL DE COMUNIDAD DE PROPIETARIOS. INEXISTENCIA DE ELEMENTO CULPABILÍSTICO. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 3 de marzo de 2009.

Los padres de la menor lesionada (profundo corte en la axila que dio lugar a la sección de la arteria humeral izquierda) por rotura de cristal en el hall de su comunidad demandan a la comunidad de pro-

pietarios y a la compañía aseguradora con la que ésta tiene suscrita la póliza de seguro interesando indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

La cuestión a dilucidar en el procedimiento consiste en determinar si la comunidad de propietarios actuó con alguna clase de negligencia y si existió nexo causal entre su actuación y los daños padecidos por la menor. No queda acreditado que la niña se encontrara sola ni que fuera corriendo y cayera sobre el cristal de la puerta, pero tampoco que éste se encontrara deteriorado previamente. El juzgador de instancia considera en su resolución que la comunidad de vecinos (y por extensión la compañía aseguradora) deben responder de las lesiones producidas basándose, en primer lugar, en que aparece efectivamente acreditado que con anterioridad al hecho enjuiciado había tenido lugar otro incidente en el que otro vecino había roto un cristal de la misma puerta, y en segundo lugar, en que aparece también acreditado que la comunidad de propietarios resolvió cambiar los cristales de la citada puerta por otros más resistente y de mayor grosor, reforzados, además, con elementos metálicos. Asimismo, hace hincapié en el hecho de que el cristal roto era de carglás, material no particularmente resistente, de uso aconsejado para cuartos de baño. Por tanto, el juez concluye que la comunidad conocía el riesgo que entrañaba la puerta instalada en el hall y que existían en el mercado otra clase de cristales y fijaciones al marco más seguras. Por consiguiente, la sentencia de primera instancia estima la demanda y condena a estas últimas al pago de forma solidaria a los perjudicados de la cantidad de 114.848,44 €, así como al pago de las costas procesales.

Contra la anterior sentencia la comunidad de propietarios y la compañía aseguradora interponen sendos recursos de apelación.

La Sala alude a la doctrina del TS tendente a propugnar soluciones cuasiobjetivas en el marco de la responsabilidad aquiliana por la necesidad, en ciertos casos, de socializar los riesgos asumidos en relación con conductas esencialmente peligrosas pero socialmente aceptadas, o de hacer responder a quien obtiene el provecho de la actividad empresarial o comercial de aquellos daños que pudieran producirse, salvo que resulte acreditado que los daños tuvieron lugar fuera del círculo de actividades propias o por exclusiva culpa de la propia víctima. Sin embargo, el TS recuerda insistentemente que *“por fuertes que sean las tendencias objetivadoras (...) sobre responsabilidad por daños, con ocasión de actividades generadoras de riesgo, se sigue insistiendo en que el art. 1902 CC no permite configurar una responsabilidad exclusivamente fundada en la responsa-*

bilidad por riesgo”; añadiendo que dicha tendencia jurisprudencial hacia una objetivación de la culpa extracontractual “(...) no excluye de manera total y absoluta el esencial elemento psicológico o culpabilístico, como inexcusable ingrediente integrador, atenuado pero no suprimido, de la responsabilidad por culpa extracontractual, de tal como que si de la prueba practicada (...) aparece plenamente acreditado que en la producción del resultado dañoso (...) no intervino ninguna culpa por parte del demandado, ha de excluirse la responsabilidad del mismo”.

En el caso enjuiciado no se da una situación de realización de actividades esencialmente arriesgadas, aunque aceptadas socialmente, ni tampoco en el contexto de una actividad industrial o comercial que reporta determinados beneficios económicamente evaluables al agente que los realiza, sino que los daños se produjeron como consecuencia de la rotura de un cristal de la puerta del hall de un edificio de vecinos, de uso continuo por ellos y sus visitantes. Según la Sala, *“esta circunstancia obliga a que las exigencias relativas a un mínimo elemento culpabilístico en la actitud o comportamiento del sujeto agente (la propia comunidad de vecinos) que pueda vincularse de forma causal con el daño finalmente producido, deba ser hallado, identificándose de modo preciso y concreto en qué particular aspecto la comunidad de vecinos actuó de modo culpable o negligente, o (...) qué precauciones razonables dejó de adoptar en este caso”.*

Por todo lo expuesto, la Sala no llega a la misma conclusión que el juzgador de instancia. Respecto al hecho del accidente anterior, acontecido años atrás, considera que es irrelevante en la medida en que no sirve para establecer que la puerta, ni siquiera entonces, tuviera defecto alguno en su funcionamiento o mecanismo. En cuanto a la existencia en el mercado de materiales más seguros que los efectivamente utilizados por la comunidad de vecinos, ello no permite determinar la presencia de responsabilidad con relación a los daños producidos. Lo importante es determinar si el tipo de cristal y de puerta escogidos por los propietarios comportaba la existencia de un riesgo que debió ser previsto y evitado por la comunidad de vecinos. La Sala afirma que la puerta en cuestión era de características en nada sustancialmente distintas a muchas otras que pueden verse en emplazamientos parecidos y que, con uso ordinario y adecuado, no comportan peligro alguno para quienes la utilizan. Este tipo de puertas debe ser accionada no empujando la superficie de cristal, sino haciendo uso del pica-orte o, en su caso, del marco metálico. En el supuesto enjuiciado no queda acreditado que ninguno de los mecanismos de la puerta presentara un estado defectuoso ni que ninguno de dichos mecanismos guardase con el suceso acaecido relación de causalidad alguna; tampoco

queda probado que el cristal estallase de forma súbita o se desprendiese del marco metálico al desplazar la puerta. Al contrario, resulta que el lugar en el que se produjeron las graves lesiones de la menor obliga a considerar que ésta hubo de hacer presión con sus manos sobre la superficie de cristal, cualquiera que fuese el motivo (juego, tropezón, descuido), hasta el punto de introducir sus brazos en el marco hasta que la axila entró en contacto con el cristal y se produjo el corte. Esta conducta no puede, por tanto, resultar imputable a la comunidad de vecinos.

La Sala estima los recursos de apelación interpuestos por la comunidad de propietarios y por la compañía aseguradora, revoca íntegramente la resolución recurrida y absuelve a las demandadas de todos los pedimentos contenidos en la demanda rectora. Impone las costas propias a cada parte y las comunes por mitad, tanto las causadas en la primera instancia como en sede apelación.

(M.N.P.)

AGENCIAS DE VIAJES:

RESPONSABILIDAD FRENTE A LOS USUARIOS POR EL CAMBIO DEL HORARIO DEL VUELO RESERVADO: IMPROCEDENCIA: LA AGENCIA DE VIAJES ES AJENA AL INCUMPLIMIENTO DE LA ENTIDAD TRANSPORTISTA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALBACETE, SENTENCIA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2007.

La Audiencia revoca la sentencia de primera instancia que estimaba parcialmente la demanda interpuesta contra la agencia de viajes sobre reclamación de cantidad y dicta sentencia absolutoria. De acuerdo con la Orden Ministerial de 14 de abril de 1988, las funciones que desempeñan y asumen las agencias de viajes, dedicadas a comercializar los productos sueltos que venden, como intermediarias o comisionistas en el tráfico mercantil entre las agencias mayoristas y/o las agencias transportistas y los consumidores o usuarios del producto, son las de meros taquilleros que entregan el billete de viaje con la indicación de la agencia transportista que realiza el mismo y las condiciones del trayecto y horarios de salida y llegada al punto de destino. Es la empresa

transportista quien establece y fija las condiciones de viaje, haciéndolas depender de lo que permiten las circunstancias climatológicas y los avatares propios del tráfico aéreo. La agencia de viaje, en tales casos, es ajena al incumplimiento de la entidad transportista cuando ésta cambia los horarios del vuelo y no asume responsabilidad de clase alguna, no habiendo tenido otra intervención en el negocio que la de despachar los billetes de avión, quedándose con el importe de los gastos de gestión y remitiendo el importe de los billetes a la empresa transportista. No resulta aplicable la responsabilidad nacida de lo prevenido en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (actualmente derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2007), arts. 25 y 26, dado que no cabe la inversión de la carga de la prueba si no existe otra actividad que la mera entrega o despacho de los billetes.

T.B.

CONCURSO:

MASA PASIVA. CLASIFICACIÓN DE CRÉDITOS. CRÉDITOS SUBORDINADOS: RECARGOS POR IMPAGO DE CUOTA OBRERA CONSTITUYEN UNA FIGURA INTERMEDIA ENTRE INTERESES RESARCITORIOS Y SANCIONES PECUNARIAS. CRÉDITOS PRIVILEGIADOS: SEGURIDAD SOCIAL. AUDIENCIA PROVINCIAL DE CUENCA, SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 2007.

La Tesorería General de la Seguridad Social y la Agencia Estatal Tributaria demandan a la Administración Concursal de una sociedad. Se estima parcialmente la demanda en lo relativo a la pretensión de AET, rechazando las pretensiones de la Seguridad Social, que interpone un recurso de apelación.

La apelante considera que los recargos sobre el impago de la cuota obrera no debieron haberse considerado crédito subordinado, al no constituir sanción ni multa. Al respecto, la Audiencia confirma el parecer del juez de la primera instancia que considera que se trata de una figura intermedia entre intereses resarcitorios y sanciones pecuniaras. Como la Ley Concursal en su art. 92 considera subordinados tanto

los intereses de cualquier clase, como las multas y demás sanciones pecuniarias, ambas instancias concuerdan en que una figura intermedia entre ambos extremos debe considerarse igualmente incluida en dicho artículo, por hallarse inscrita entre los márgenes perfilados por el precepto. La Audiencia añade también que lo determinante para la subordinación de un crédito, de acuerdo con la Exposición de Motivos de la LC, es su accesoria y los recargos según el art. 25 LGT tienen una naturaleza accesoria, por lo que merecen ser postergados. A mayor abundamiento, se cita la jurisprudencia que acoge la misma línea de interpretación (sentencias del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid, de 29 de marzo de 2005; o del núm. 3 de Madrid de 4 de marzo de 2005; núm. 4 de Barcelona de 4 de abril de 2005 y núm. 2 y núm. 3 de Barcelona de 29 de marzo de 2005 y 6 de abril del mismo año, respectivamente).

También se impugna en la sentencia la minoración en cincuenta por ciento de los créditos de la Seguridad Social a efectos del art. 91.4 LC, entendiendo el apelante que ésta debe extenderse a la totalidad de los créditos reconocidos a favor de la Seguridad Social, con independencia de si algunos de ellos gozaran de otros privilegios, generales o especiales. La Audiencia sin embargo desestima esta pretensión, sosteniendo que la minoración de cincuenta por ciento no comprenderá aquellos créditos que tuvieran reconocido algún otro privilegio, por lo que éstos tienen que descontarse de la totalidad de créditos de la Seguridad Social. De esta forma el privilegio del art. 91.4 LC solo alcanza al cincuenta por ciento de los créditos de la Seguridad Social que no gocen de otros privilegios concursales.

Finalmente, la apelante impugna la imposición de costas, a base de gozar del privilegio de justicia gratuita. No obstante, la sorprendida Audiencia indica que éstas no se han impuesto a la parte apelante en la primera instancia, y aunque se hubieran impuesto, ello es irrelevante a efectos del beneficio de justicia gratuita, ya que es un supuesto que rige la LEC en su art. 394.3, cuando enumera con qué gastos debe correr el privilegiado con este beneficio en el caso de ser condenado en costas.

K.L.

CONCURSO:

CRÉDITOS SUBORDINADOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL. COMUNICACIÓN FUERA DE PLAZO Y DE MAYOR CUANTÍA QUE LA QUE RESULTABA DE LO INICIALMENTE COMUNICADO. RECARGOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL. REGLA DE 50% DEL ART. 91.4 LC. EXCLUSIÓN DE CRÉDITOS QUE GOCEN DE PRIVILEGIO ESPECIAL. AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO, SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 2008.

La Tesorería de la Seguridad Social recurre la sentencia dictada en un incidente concursal, cuyo objeto era la impugnación de la lista de acreedores. Se acogen parcialmente sus pretensiones en la primera instancia.

En la apelación, la Seguridad Social alega haber comunicado en plazo sus créditos. Sin embargo, ya fuera del plazo legal se rectificó que los créditos en realidad ascendían a una cuota más alta (habiéndose advertido en la primera comunicación la posible existencia de otras deudas). La diferencia entre ambas cuotas la califica la sentencia de la primera instancia como un crédito subordinado, en concepto de sanción por comunicación extemporánea. La Audiencia confirma el criterio del juez de primera instancia que no considera aplicable la excepción prevista por la Ley Concursal para las deudas que resultaren de las actuaciones de inspección. A juicio de la Sala, no consta que dicha deuda haya sido consecuencia de las labores de investigación, sino todo lo contrario – que dichas labores estaban pendientes del resultado. Además, se tiene en cuenta que en la comunicación extemporánea se alegaba algo totalmente distinto, es decir, que la deuda estaba incluida en los expedientes y registros informáticos de la administración. No obstante, la Sala disminuye la cuantía de los créditos subordinados a favor de los privilegiados, debido a que el informe de la administración concursal no reconoce a todos los créditos comunicados fuera de plazo como subordinados.

El recurrente discrepa también de la calificación de las recargas de la Seguridad Social como créditos subordinados, al no encontrarse éstos expresamente recogidos como tales en la Ley Concursal. No obstante, la Audiencia se apoya en la ratio expuesta en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal y en la jurisprudencia mayoritaria (por ejemplo, SSAP Barcelona de 26.4.00 y 19.1.06, JUR 2006, 193959) que asimila la naturaleza de los recargos a las penalizaciones por impa-

go cuya gravedad se sitúa entre los intereses y la multa; ambas figuras reflejadas en la legislación concursal como correspondientes a créditos subordinados. Por tanto, analógicamente, procede tal calificación de recargos.

Finalmente, el apelante entiende que la cifra de 50% del art. 91.4 LC debe aplicarse a la totalidad de los créditos reconocidos a favor de la Seguridad Social. No obstante, la Sala señala que en este cupo no entran los demás créditos que tengan reconocido otro privilegio, general o especial. Por tanto, se estima solo parcialmente el recurso, en lo relativo a la cuantía de créditos privilegiados comunicados fuera de plazo.

K.L.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL:

ASISTENCIA MÉDICO-QUIRÚRGICA: PROCEDENCIA: DIAGNÓSTICO INCORRECTO: CORTE FORTUITO DE LA DEMANDANTE DE UNA GRAN ENTIDAD EN EL ESPACIO INTERDIGITAL DE UN DEDO: CIRCUNSTANCIAS QUE ACONSEJABAN CONFORME A LA *LEX ARTIS AD HOC* NO SÓLO LA REALIZACIÓN DE UNA EXPLORACIÓN MANUAL FÍSICA DE LA HERIDA DEL MOVIMIENTO DEL DEDO, SINO TAMBIÉN LA REALIZACIÓN DE LA OPORTUNA RESONANCIA MAGNÉTICA NUCLEAR: OMISIÓN QUE CONTRIBUYÓ DECISIVAMENTE A LA EMISIÓN DE UN ERRÓNEO DIAGNÓSTICO Y TRATAMIENTO. AUDIENCIA PROVINCIAL DE CIUDAD REAL, SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 2007.

Los perfiles y contenidos de la *lex artis ad hoc*, como manifestación del deber objetivo de cuidado, han de ser analizados en estricta relación a las particulares circunstancias ofrecidas por cada supuesto fáctico sometido a enjuiciamiento. En el caso enjuiciado por la Audiencia, dada la complejidad de la lesión en el pulgar de la paciente, la *lex artis ad hoc* aconsejaba no sólo la realización de una exploración manual y física de la herida, sino también la realización de la oportuna resonancia magnética nuclear, prueba esta indicada para detectar una posible sección parcial del tendón. La omisión de tal prueba contribuyó

decisivamente a la emisión de un erróneo diagnóstico y tratamiento que llevó a la producción del corte en la mano de la demandante por los facultativos del SESCAM. La inexistencia de un error grosero en el diagnóstico, excluyente de la responsabilidad penal, no impide que suscite una responsabilidad civil extracontractual por un error no grosero pero mensurable y relevante. No resulta en modo alguno censurable el acogimiento de unas lesiones, días de incapacidad y secuelas reconocidos en un informe pericial para la determinación de los conceptos indemnizables y del quantum indemnizatorio. La Audiencia afirma la sentencia impugnada estimatoria de la demanda por responsabilidad extracontractual contra la entidad aseguradora y sólo estima parcialmente el recurso de apelación interpuesta por la demandada en cuanto al devengo de los intereses.

T.B.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL:

CAÍDA EN CENTRO COMERCIAL: AUSENCIA DE DEFECTO DE DEFORMACIÓN EN LA CHAPA QUE SUJETABA LA ALFOMBRA: AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD. AUDIENCIA PROVINCIAL DE CIUDAD REAL, SENTENCIA DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 2007.

En las reclamaciones de responsabilidad civil y, por derivación de cobertura del seguro de tal denominación, la carga de la prueba de la relación causal entre el acto u omisión y el daño la soporta el perjudicado. Esta carga probatoria es invariable también en los sistemas de responsabilidad objetiva u objetivizada dado que en éstos sólo se dispensa al perjudicado de demostrar, además de la relación causal, la culpa del presunto autor del daño. Como la demandante no consigue probar el defecto de la chapa metálica que sujetaba la alfombra en el centro comercial sobre la que se cayó, la Audiencia afirma en este punto la sentencia impugnada desestimatoria de la demanda. Esto no obstante, da lugar al recurso de apelación en cuanto a las costas que se le impusieron a la actora. Siendo segura y probada la caída sufrida por la demandante en la puerta del establecimiento de la asegurada por la demandada, el proceso estaba justificado como medio de intentar averiguar la causa de la misma. Si a ello se añade la objetivización de la responsabilidad

en materia de explotación comercial y la que deriva de la tenencia de bienes al acceso público, se llega a la conclusión de existir, a priori, serias dudas de hecho que permitían fundadamente iniciar el proceso.

T.B.

DERECHO A LA PROPIA IMAGEN:

INDEMNIZACIÓN POR INTROMISIÓN ILEGÍTIMA: IMPROCEDENCIA: LO QUE SE DIVULGA NO ES TANTO LA IMAGEN DE LA DEMANDANTE COMO LA IMAGEN DE TODO EL PROSPECTO O CARTEL QUE LA CONTIENE; EL ROSTRO DE LA ACTORA ES ACCESORIO Y TIENE UNA FINALIDAD INFORMATIVA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALBACETE, SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2007.

La Audiencia revoca la sentencia de primera instancia, estimatoria de la demanda de indemnización por infracción del derecho a la propia imagen, y absuelve a los demandados. Tras haber sido cedida la imagen de una militar al Ministerio de Defensa para emitir prospectos o anuncios para el reclutamiento militar, se incluyó en folletos críticos a la política personal militar del Ministerio y se publicó en una revista con ocasión de un reportaje informativo sobre el colectivo crítico autor del folleto. La Audiencia niega la legitimación pasiva de una de las demandantes que, aun vinculada económica o accionarialmente con las demás, no era autora, directora, editora o impresora del folleto ni del artículo divulgador con lo cual no asume la responsabilidad civil establecida para aquellas personas en el art. 65 de la Ley de Prensa e Imprenta (Ley que, aunque preconstitucional, es perfectamente aplicable según dice la STS de 9 de marzo de 2006). Si bien se ha admitido en la jurisprudencia una responsabilidad de terceros distintos a los causantes del daño, tal responsabilidad se ha advertido excepcionalmente como consecuencia de la insolvencia o irregularidad del deudor aparente en base a la doctrina del “levantamiento del velo jurídico” la cual no resulta aplicable a este caso.

En atención al contenido de la demanda no es objeto litigioso una eventual infracción al honor de la demandante, sino la legitimidad de la intromisión a su derecho a la propia imagen, utilizada para una finalidad no consentida. En palabras del Tribunal Constitucional, el

derecho a la propia imagen “garantiza un ámbito privativo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas, impidiendo la obtención, reproducción o publicación por un tercero de una imagen que contenga los rasgos físicos que permita conocer su identidad” (STC 156/2001, entre otras). Esto no obstante, no se trata de un derecho absoluto, sino que se encuentra sujeto a limitaciones derivadas de los demás derechos fundamentales, de las leyes (sobre todo arts. 2.1 y 8 de la LO 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen), de los usos sociales o cuando concurren singulares circunstancias, diversas y casuísticas, de variada índole subjetiva u objetiva, que, en un juicio de ponderación y proporcionalidad, excluyen la ilicitud de la intromisión. La Audiencia en este caso da preferencia al derecho a la información dado que lo que se divulga no es tanto la imagen como la imagen de todo el prospecto que la contiene. Además, en el folleto el rostro de la actora es accesorio, lo que legalmente excluye la ilegalidad del uso de la imagen personal [art. 8.2 c) LO 1/1982, en relación con la doctrina del TS (STS de 15 de julio de 2005, entre otras)]. Por último, el uso de la imagen litigiosa en el artículo no tiene finalidad comercial ni publicitaria, sino informativa. Para que haya infracción al derecho a la propia imagen, cuando también se ve implicado el derecho de información no es suficiente que resulte afectado aquél, sino que es necesario que además de dicha afectación ésta sea innecesaria para plasmar correctamente la información o el perjuicio sea notablemente más significativo que la importancia de la información.

T.B.

DERECHO AL HONOR:

INTROMISIÓN ILEGÍTIMA: INEXISTENCIA: PUBLICACIONES SOBRE DESTINO DE FONDOS PÚBLICOS Y SU EMPLEO POR PERSONAS CONOCIDAS PROFESIONAL O SINDICALMENTE EN LA CIUDAD: INTERÉS: VERACIDAD. PROCESAL: INNECESARIO INCLUIR UN RELATO DE HECHOS PROBADOS EN UNA SENTENCIA CIVIL. AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALBACETE, SENTENCIA DE 1 DE OCTUBRE DE 2007.

Respecto de los motivos formales alegados por la actora, la Audiencia manifiesta que en las sentencias civiles no es menester

incluir un relato de “hechos probados”, sino que basta con el encauzamiento, antecedentes de hecho, fundamentos de derecho y el fallo. Tampoco infringe el derecho a la tutela judicial en su vertiente a la fundamentación del fallo el que se utilicen en la sentencia palabras o párrafos ya utilizados por el Juzgado en otro supuesto similar, sino que es correcto o incluso necesario en atención al principio de no discriminación en la aplicación de las normas ante problemas similares.

En un siguiente paso, la Audiencia recuerda que los derechos de libre expresión [art. 20.1 a) CE] y de información de veraz [art. 20.1 d) CE] tienen su límite, como dice el propio art. 20.4 CE, “en el respeto a los derechos reconocidos en este título, las leyes que lo desarrollan y especialmente, en el derecho al honor”. De acuerdo con la idea de prevalencia del art. 20 CE sobre el art 18 CE, habrá que determinar si los contenidos de aquel precepto se ejercitan dentro de sus límites para que el derecho al honor afectado deba ceder. La demandada, editora de un periódico, publicó un informe sobre el destino de fondos públicos, a los que contribuyen los ciudadanos, y sobre cómo han sido empleados, directa o indirectamente, por personas profesional o sindicalmente conocidas en la ciudad, como la actora que aspiraba a dirigir un Centro Asociado de la Universidad a Distancia en Albacete. El contenido de esta publicación, por este último hecho, era de interés para la ciudadanía y, además, era de contenido veraz, coincidiendo con la acusación del Ministerio Público e incluso con una Sentencia condenatoria a la actora por falsedad en documentos oficiales, entendiendo la veracidad no como verdad objetiva e incontestable, sino como reflejo de la necesaria diligencia en la búsqueda de lo cierto (cfr. STC 320/1994). Los comentarios irónicos o jocosos sobre si la demandante es apta para dirigir el Centro Público son opiniones que pueden legítimamente realizarse incluso afectando al honor de una persona si su finalidad es exponer una opinión sobre un suceso público relevante. Viniendo amparada así la editora demandada por los derechos a la información veraz y a la libre expresión, la Audiencia desestima el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia desestimatoria de la demanda.

T.B.

DERECHO AL HONOR:

DERECHO AL HONOR: INTROMISIÓN ILEGÍTIMA. MANIFESTACIONES REALIZADAS POR EL DEMANDADO EN CARÁCTER DE PORTAVOZ DE UN GRUPO POLÍTICO, CON ECO EN LA PRENSA LOCAL, ASÍ COMO ALUSIONES DE LA SUPUESTA INCOMPATIBILIDAD RELATIVA AL DEMANDANTE, CUÑADO DEL ALCALDE. CRÍTICA POLÍTICA BASADA EN LA DESCALIFICACIÓN GENERAL DEL ADVERSARIO QUE ALCANZA A QUIENES LE RODEAN. AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO, SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 2007.

En la primera instancia se desestima la demanda formulada por el afectado. En consecuencia, el demandante recurre la sentencia. Se trata de unas manifestaciones vertidas por el demandado en su calidad de portavoz de un grupo político, relativas a la participación del demandante en una empresa a la que se le adjudicó por parte del Ayuntamiento el plan de saneamiento financiero, así como la obtención de unas plusvalías en proyecto urbanístico y participación en una empresa que consiguió la licencia administrativa para explotar un parque temático. Respecto de las acusaciones de la supuesta incompatibilidad contraria a la Ley de Auditoría de Cuentas, el recurrente trata de demostrar que no pertenece a dicha empresa, sino a otra, cuya denominación es similar. La Sala entiende que la manifestación dista de ser ofensiva y que se trata de difundir indicios de que la empresa en cuestión no está trabajando con independencia. Por tanto, es una información de interés público, suficientemente contrastada y que no sobrepasa los límites de crítica política. La Audiencia cita la STS de 11-10-01 (RJ 2001, 8630) que constata que el carácter público alcanza no solo a los que ejerzan cargo público sino a todos los que entran en relación con la actividad de que se trate.

Respecto de las alusiones relativas a la participación en las plusvalías de un proyecto urbanístico, la sentencia declara la falta absoluta del interés público de la información, entendiéndose que se trata nuevamente de crítica política indirecta, ya que la persona contra quien realmente se dirigen las manifestaciones, es el cuñado del afectado, quien desempeña el cargo de alcalde. Pese a que se rechazan todas las pretensiones del demandante, la Sala no hace pronunciamiento sobre las costas, al entender que el actor ha actuado legítimamente en la defensa de su derecho al honor.

K.L.

DERECHO DE RECTIFICACIÓN:

LEGITIMACIÓN PASIVA: EXISTENCIA: ENTIDAD EDITORA DEL MEDIO DE COMUNICACIÓN; PROCEDENCIA: NECESARIO QUE, DADOS LOS GRAVES HECHOS QUE SE IMPUTAN, TODOS LOS CIUDADANOS TENGAN CUMPLIDO Y CABAL CONOCIMIENTO DE SU RECTIFICACIÓN. AUDIENCIA PROVINCIAL DE CIUDAD REAL, SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2007.

La legitimación *ad processum*, cuya falta alega la demandada, entidad editora de un periódico, según la LECiv (arts. 6 a 9), es la capacidad para ser parte y capacidad para ser parte procesal, es decir, la capacidad que es necesario ostentar para ser sujeto de una relación procesal y poder realizar actos procesales válidos y con eficacia jurídica. Frente a eso, la *legitimatío ad causam*, que en la LECiv (arts. 10 y ss.) se denomina simplemente legitimación, está relacionada con la pretensión que se ha formulado en el proceso, ya que es la relación existente entre una persona determinada y una situación jurídica en litigio. La falta de la primera impide entrar en el fondo y determina el sobreseimiento del proceso, mientras que la apreciación de la falta de la segunda produce el dictado de una sentencia desestimatoria como consecuencia de la falta de acción, con los consiguientes efectos de cosa juzgada. La demandada señala expresamente en su recurso su falta de legitimación pasiva *ad processum*, pero cuestionando la titularidad de la relación jurídico-material invocada por el demandante, es decir, su legitimación *ad causam*. Sin embargo, se considera a la demandada legitimada pasivamente en ambos sentidos dado que no sólo el director de la publicación en la que se haya podido llevar a cabo la publicación de la noticia que se pretenda rectificar está legitimado, sino también la empresa editora de la misma (*ex art. 5 LO 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Rectificación*).

El derecho de rectificación consiste en la facultad otorgada a toda persona, natural o jurídica, de rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que la aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle un daño. La acción correspondiente tiende a la publicación íntegra y gratuita de la rectificación, referida exclusivamente a los hechos de la información difundida, en los términos que señala la Ley. De hecho, el derecho de rectificación es sólo un medio para prevenir o evitar el perjuicio que una determinada información pueda causar al honor de una persona o a

cualquier otro derecho o intereses legítimos. Esta finalidad preventiva, sin embargo, es independiente de la reparación del daño causado por la difusión. La sumariedad del procedimiento verbal establecido para su ejercicio exime al juzgador de una indagación completa tanto de la veracidad de los hechos difundidos como de la que concierne a los contenidos en la rectificación. Además, la rectificación debe limitarse a los hechos de la información que se desea rectificar, y su extensión no ha de exceder sustancialmente de ésta. La Audiencia aprecia una necesidad, atendiendo a los graves hechos que se imputan, que todos los ciudadanos tengan cumplido y cabal conocimiento de su rectificación y desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia estimatoria de la demanda en primera instancia.

T.B.

DIVORCIO:

EFFECTOS DE DIVORCIO. PENSIÓN COMPENSATORIA. LA FALTA DE PREPARACIÓN DE LA MUJER DE EDAD CERCANA A LA JUBILACIÓN PARA EJERCER OTRO TRABAJO QUE NO SEA EL NO CUALIFICADO. HABER DEDICADO SU VIDA AL CUIDADO DE HIJOS Y MARIDO, CON AYUDAS PUNTUALES EN EL TRABAJO DEL ESPOSO COMO FOTÓGRAFO AUTÓNOMO. AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO, SENTENCIA DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2008.

Como consecuencia de una demanda de divorcio, el juzgado de primera instancia resuelve el régimen de gananciales de la pareja y declara la procedencia de una pensión compensatoria del art. 97 del Código Civil, de 300 euros mensuales. El exmarido recurre la sentencia y pretende rebajar la cuota a 200 euros, con limitación temporal a dos años.

La sentencia declara probado que durante treinta años de matrimonio la esposa se dedicaba casi exclusivamente al cuidado de la familia, sin perjuicio de algunas ocupaciones puntuales y ocasionales. Habiendo alcanzado 55 años y careciendo de formación cualificada, la mujer se encuentra en una situación muy difícil respecto de las posibilidades de encontrar un trabajo. Una vez sopesadas las circunstancias, y

teniendo en cuenta que el marido es un fotógrafo por cuenta ajena que gana alrededor de 1000 euros al mes, la Audiencia llega a la conclusión de que a la vista del notorio empeoramiento de la situación económica de la mujer como consecuencia de la separación, respecto de la que disfrutaba durante la vida matrimonial, procede la desestimación del recurso, ya que la pensión vitalicia es la que mejor cumplirá la función reequilibradora.

K.L.

EJECUCIÓN FORZOSA:

OPOSICIÓN. NO CABE TRANSIGIR SOBRE LOS ALIMENTOS SIN APROBACIÓN JUDICIAL. AUDIENCIA PROVINCIAL DE CUENCA, SENTENCIA DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 2007.

En la primera instancia se desestima la oposición de la actora presentada contra el auto por el que se despachaba una ejecución. La apelante recurre alegando que las partes habían transigido en una vista en el transcurso del procedimiento de divorcio, llegando al acuerdo en virtud del cual la pensión alimenticia no se devengaría hasta verano del año 2006. La Audiencia desestima este motivo. Al margen de los problemas de prueba del acuerdo privado alegado por la recurrente, de acuerdo con los artículos 151 y 1814 del Código Civil no cabe transacción válida sobre alimentos sin aprobación judicial. Por tanto, aunque las partes hubieran llegado a un pacto de este contenido durante el procedimiento judicial, éste no adquiere validez sin homologación del juez.

En el segundo de sus motivos la ejecutada sostiene que la pensión de alimentos ha de devengarse desde el momento de resolución y no interposición de la demanda. Dicho motivo corre igual suerte que el primero, al subrayar la Audiencia que de acuerdo con el Código Civil la obligación de alimentos surge cuando aparezca la necesidad de los mismos, pero cuando se reclamen judicialmente, solo se deberán a partir del momento de la interposición de la demanda. A este efecto, la Audiencia cita la jurisprudencia mayor (SSTS de 6 de noviembre de 1984, 24-2-1989, 9-4-1995).

No obstante, se acoge la pretensión de la ejecutada en cuanto no se le imponen las costas, debido a la complejidad y dudas que provoca el fondo del asunto. La Audiencia admite que es controvertido como motivo de oposición la transacción privada sobre los alimentos, sin que exista una jurisprudencia unánime al respecto, lo que aconseja la no imposición de costas a ninguno de los litigantes.

K.L.

IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES:

IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES. PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN EN EL CAPITAL EN LA CONVOCATORIA. ACUERDO PREVIO SOBRE AMPLIACIÓN DE CAPITAL. AUDIENCIA PROVINCIAL DE CUENCA, SENTENCIA DE 1 DE SEPTIEMBRE DE 2008.

Los demandantes impugnan un acuerdo tomado por la Junta General de una Sociedad Limitada en 2003, entendiendo que es nulo de pleno derecho porque en dicha Junta solo se les reconoció en la convocatoria un porcentaje de un 10,6461% en lugar del 21,29% de participación en el capital. Su demanda es desestimada en la primera instancia.

La razón de la reducción del porcentaje estriba en que anteriormente se había celebrado una Junta en 2002, como en la que se llevó a cabo aumento de capital, a la que no asistieron los demandantes, pero que también fue objeto de impugnación judicial a instancia de los demandantes.

La Audiencia parte de que esta última pretensión de los actores fue desestimada mediante una sentencia firme. Por tanto, igualmente se desestima el presente recurso de apelación, confirmando que la convocatoria a la Junta General de 2003 fue correcta, al reflejar los porcentajes correspondientes a los actores, debido a que no suscribieron el aumento de capital, por lo que no cabe hablar de ningún vicio de nulidad.

K.L.

JUICIO DE DIVISIÓN DE PATRIMONIO:

NULIDAD DE ACCIONES: PROCEDENCIA: FASE DE ADJUDICACIÓN O LIQUIDACIÓN: PUEDE DISCUTIRSE, A LOS SOLOS EFECTOS DE DETERMINAR LA CORRECCIÓN DEL AVALÚO, LA MEDIDA SUPERFICIAL EXACTA DE LOS INMUEBLES, SIN QUE EN ELLO PRODUZCA PRECLUSIÓN LA ANTERIOR FASE DE INVENTARIO. AUDIENCIA PROVINCIAL DE CIUDAD REAL, SENTENCIA DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 2007.

En la primera fase en el procedimiento de división de patrimonio, de inventario, lo que importa es la individualización jurídica de cada bien para la cual la superficie de un bien inmueble no es relevante, a diferencia de la mención de sus linderos. En la segunda fase de adjudicación, en cambio, sí juega un papel importante como diligencia inicial para el correcto avalúo de los bienes, dado que es muy usual realizar la valoración asignando un determinado valor al metro cuadrado. Si la superficie real, que es la que en último término se adjudicará, no corresponde con la que formalmente esté registrada, ha de estarse a esa realidad. Por tanto, será la fase de adjudicación en la que puede discutirse, a los solos efectos de determinar la corrección del avalúo, la medida superficial exacta de los inmuebles, sin que en ello produzca preclusión la anterior fase de inventario. La determinación de la superficie puede y debe ser objeto de prueba, y por ello, la denegación acordada por el Juez de Primera Instancia respecto a la prueba pericial propuesta por la demandada fue indebida, privándole de ejercitar su derecho de defensa, infracción que también se produjo al no permitirle proponer prueba tendente a demostrar la posible corrección de otros métodos valorativos. La Audiencia, estimando el recurso de apelación interpuesto por la demanda, declara la nulidad del juicio sobre impugnación de operaciones particionales y ordena su repetición en cuyo nuevo acto habrá de admitirse la prueba tendente a demostrar la verdadera superficie de los inmuebles incluidos en el inventario y sobre su valoración.

T.B.

MARCAS:

ACCIÓN DE NULIDAD: PROCEDENCIA: “GREASE” ES UNA MARCA NOTORIA: NO PROCEDE QUE SE SOLICITE UNA MARCA IDÉNTICA EN TIPOLOGÍA Y DENOMINACIÓN DESCONOCIENDO LA NOTORIEDAD DEL REFERIDO VOCABLO “GREASE” SIQUIERA COMO TÍTULO DE UNA PELÍCULA; SOLICITUD POR EL DEMANDADO DE MALA FE. AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALBACETE, SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 2007.

La notoriedad de una marca puede denominarse cualificada cuando el conocimiento de los signos concernidos trasciende del sector pertinente del público al que se destinan los productos, servicios o actividades, calificación que hace el Juzgador de instancia respecto de la marca “Grease”, registrada por la actora Paramount Pictures Corporation en Estados Unidos, teniendo en cuenta los índices de audiencia a nivel mundial de esta película en salas de cine y su reproducción en distintos canales de televisión, video y carteles anunciadores, también en España. Por tanto, la Audiencia rechaza como casual que se haya solicitado por el demandado una marca idéntica en tipología y denominación desconociendo la notoriedad anterior del referido vocablo “Grease” siquiera como título de una película. La acción de nulidad ejercitada por la actora no ha prescrito, como alega el demandado, dado que la Ley de Marcas 17/2001, aplicable al caso en virtud de su disposición transitoria segunda, dispone en su art. 51.1 b) que el registro de la marca podrá declararse nulo mediante sentencia firme y ser objeto de cancelación cuando al presentar la solicitud de marca el solicitante hubiera actuado de mala fe. Esta acción de nulidad absoluta es imprescriptible, art. 51.2. La marca se solicitó de mala fe por el demandado al ser notorio y reconocido a nivel mundial la película musical “Grease” para cuyo lanzamiento la actora creó un logotipo original. Además, la marca inscrita por el demandado no sólo reproduce la denominación “Grease”, con evidente igualdad fonética, sino que también es similar el grafismo utilizado, añadiéndose incluso para dar una apariencia de relación o asociación con la marca “Grease” de origen norteamericano diferentes términos en lengua inglesa que no se justifican a menos que se quiera desfigurar o enmascarar el origen del producto beneficiándose del prestigio de la marca notoria. La Audiencia desestima el recurso de apelación confirmando la sentencia de primera instancia que declara la nulidad de la marca del demandado.

T.B.

POSESIÓN:

INTERDICTO DE RECOBRAR. COMODATO: CESIÓN DE VIVIENDA EN CONCEPTO DE MORADA A FAVOR DEL HIJO Y SU FAMILIA. DESPOJO POSESORIO E INTRODUCCIÓN ILEGÍTIMA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO, SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 2008.

El juez de primera instancia desestima la acción de recuperación de la posesión. Los actores recurren la resolución, invocando error en la valoración de la prueba. Resulta que la morada familiar de los demandados se constituye en una vivienda que fue cedida, sin contraprestación alguna, al hijo del demandante, calificándose tal situación como comodato. Por tanto, la sentencia estima la concurrencia de un título legítimo y oponible a los actores, sin perjuicio de la posibilidad de recuperar la posesión del inmueble por parte de los propietarios siempre que concurra una causa legal contemplada en el art. 1749 CC. No obstante, mientras ello no ocurra, los demandados gozan de inviolabilidad de morada reconocida por el art. 18.2 de la Constitución y la intromisión de los dueños es ilegítima. Por tanto, la Audiencia confirma la sentencia de la primera instancia y declara que no procede la reposición de los demandantes en la posesión en tanto en cuanto subsista el título legítimo a favor de los demandados.

K.L.

SEGURO DE ACCIDENTES:

RECLAMACIÓN DE CANTIDAD: IMPROCEDENCIA: INFORME FORENSE: AUSENCIA DE EFECTO INVALIDANTE DERIVADO DE LA LESIÓN EN EL LIGAMENTO CRUZADO ANTERIOR. AUDIENCIA PROVINCIAL DE CIUDAD REAL, SENTENCIA DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 2007.

No cualquier tipo de lesión, consecuencia de un determinado traumatismo, debe considerarse que provoque una invalidez permanente, sino que debe constatarse al menos una mínima limitación funcional. El concepto de invalidez, recogido en un contrato de seguro sin más

especificación, no puede entenderse que parta de un determinado grado de incapacidad, ya que ello no es lo que ha sido aceptado por el tomador, pero ante la ausencia de definiciones tampoco se debe incluir cualquier lesión dentro del mencionado concepto. No se puede atribuir un mejor valor a la prueba forense, lo que hizo el Juzgado *a quo* fundándolo en la objetividad supuestamente mayor de la médico forense, sino que se ha de estar a la prueba pericial aportada por el demandante si ésta aporta datos más relevantes y más seguros. Sin embargo, la Audiencia no da lugar al recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia desestimatoria de su reclamación de cantidad a la entidad aseguradora. No comparte la conclusión del Juzgado de primera instancia de que la lesión no era invalidante, pero confirma la solución por haberse probado que el daño se deriva de un accidente anterior no cubierto.

T.B.

SERVIDUMBRES:

SERVIDUMBRE DE DESAGÜE. CANALIZACIÓN DE PLUVIALES. ACCIÓN NEGATORIA: IMPROCEDENCIA. EXISTENCIA CON ANTERIORIDAD A LA NUEVA CONSTRUCCIÓN. AUDIENCIA PROVINCIAL DE CUENCA, SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2008.

El actor ejercita una acción negatoria de servidumbre de desagüe, solicitando que se declare la obligación del demandado de retirar los canalones y uralitas de los que se sirve para evacuar las aguas procedentes de su tejado hacia un patio de luces de propiedad del actor. No obstante, reconoce el demandante que existen dos tramos de desagüe, admitiendo la procedencia de la servidumbre respecto de uno de ellos, pero negándola respecto del otro. Sus pretensiones son acogidas en la primera instancia.

No obstante, la Audiencia estima el recurso de apelación y declara la efectiva existencia de una servidumbre de desagüe, apoyándose en las declaraciones de las partes y la prueba pericial. Resulta que anteriormente existía un muro de cierre corrido a lo largo de toda la fachada colindante entre las dos fincas, que separaba la del demandado del patio

del actor. En los años ochenta el demandado retranqueó su construcción de tal forma que solo parte del muro de cierre colindaba con el patio del actor. Precisamente en este “tramo” el actor reconoce la existencia de la servidumbre, negándola sin embargo en la otra parte. La Audiencia considera que el hecho de que el demandado hubiera retranqueado la construcción en absoluto desvirtúa el derecho de servidumbre previamente existente a lo largo de todo el muro. Por tanto, se rechazan también las pretensiones del actor relacionadas con la retirada de las uralitas y canelones.

K.L.

SERVIDUMBRES:

SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS. DIFERENCIA ENTRE TITULARIDAD Y COTITULARIDAD DEL PATIO, A EFECTOS DE ESTABLECIMIENTO EN CUYO BENEFICIO SE INTERPONE LA ACCIÓN NEGATORIA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE CUENCA, SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2007.

El actor interpone una acción negatoria de servidumbre de luces y vistas. Desestimada su pretensión en la primera instancia, interpone un recurso de apelación.

La Audiencia indica que para que prospere la acción en este caso debe cumplirse una serie de condiciones. Así, aparte de la necesaria existencia de dos fincas contiguas y el hecho de apertura de ventana sobre la finca del vecino, las dos fincas no pueden estar separadas por vía pública. También es imprescindible probar la titularidad del inmueble que se pretenda sirviente y que la naturaleza del inmueble lo haga susceptible de sufrir un gravamen. Finalmente, la distancia entre las dos fincas debe ser inferior a dos metros. En cambio, no hace falta probar la inexistencia de la servidumbre, ya que la carga de la prueba de la concurrencia de la limitación de un derecho real recae sobre la otra parte como indican sentencias de 30 octubre 1959, 25 marzo 1961, 19 junio 1978 y 29 mayo 1979.

En el caso de los autos, la Audiencia subraya que para ejercitar una acción negatoria el requisito principal es la prueba de la propiedad ostentada sobre la finca que sufre la servidumbre. No obstante, resulta

que el gravamen recae sobre un patio que sirve al demandante de acceso a la vivienda, pero que según inscripción registral tiene carácter comunero. A falta de más datos y no siendo posible dilucidar quiénes son los comuneros de la pretendida Comunidad en cuyo beneficio habría que interponer la acción negatoria, no puede prosperar dicha acción.

K.L.

USURPACIÓN:

OCUPACIÓN DE UN INMUEBLE SIN AUTORIZACIÓN DEBIDA: INEXISTENCIA. VALLAR FINCA DE SU PROPIEDAD, INCLUYENDO TAMBIÉN LA FINCA COLINDANTE: CUESTIÓN DOMINICAL COMPLEJA. ACTUACIÓN EN LA CREENCIA DE QUE EL TERRENO PODÍA SER DE SU PROPIEDAD. AUDIENCIA PROVINCIAL DE CUENCA, SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2007.

En la primera instancia se condena a la acusada como autora del delito de usurpación del art. 245 del Código Penal por haber vallado aparte de su finca, también la de su vecina, usurpándola como suya. En su recurso de apelación esgrime la violación de las normas y garantías procesales, ya que la sentencia le ha sido notificada seis meses después de la vista del juicio. La Audiencia señala que podría tratarse de infracción de normas procesales al no haberse respetado los plazos previstos, cuestión que podría justificar la nulidad de actuaciones. No obstante, la apelante no lo incluye entre sus peticiones, limitándose a solicitar la sentencia absolutoria, la cual sin embargo no puede en absoluto sustentarse en una infracción procesal.

En segundo lugar, la acusada alega error en la valoración de prueba. La apelante demuestra que venía poseyendo y labrando la finca vallada con anterioridad, y que los datos catastrales de una escritura de la que trae causa la denuncia no corresponden a la realidad, siendo además evidente que la denunciante nunca había poseído la finca reivindicada.

La Audiencia recuerda que la práctica de la prueba y su evaluación es una facultad que corresponde exclusivamente al Juez de Primera

Instancia, quedando facultada la Sala de apelación a revisarla solo en la medida en que sus conclusiones resulten absurdas o ilógicas. En este caso, la Audiencia discrepa de la valoración de la prueba. Efectivamente, existe la falta de conformidad de datos catastrales de la finca reflejados en la escritura de compraventa y los que constan en el Registro. La Sala estima que se trata de una situación dominical compleja y sin dilucidar a quién pertenece la porción de tierra discutida, aprecia la falta de concurrencia de un elemento del tipo penal por el cual es condenada la acusada: el dolo. La sentencia afirma que la apelante podía haber actuado en la creencia legítima de que la finca vallada en su totalidad era de su dominio, por lo que no existe conocimiento de la ajeneidad o falta de autorización, imprescindible a efectos del delito del art. 245 del Código Penal. Por tanto, se absuelve a la acusada, sin perjuicio de las acciones civiles reales que sigue pudiendo ejercitar la denunciante para demostrar su propiedad.

K.L.

COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CIVIL:

LA JURISDICCIÓN CIVIL ES COMPETENTE PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL INTERPUESTA POR UN PARTICULAR CONTRA LA EMPRESA CONCESIONARIA QUE GESTIONA EL SERVICIO MUNICIPAL DE AGUAS, POR DAÑOS CAUSADOS POR ROTURA DE TUBERÍA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE CIUDAD REAL. SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 2008.

La cuestión principal discutida en la sentencia es qué jurisdicción es competente (si la civil o la contencioso-administrativa) para conocer de la acción de responsabilidad extracontractual (daños causados por rotura de tubería) interpuesta por un ciudadano contra la empresa concesionaria encargada de la gestión del servicio municipal de aguas de La Solana (Ciudad Real).

El Juzgado de Primera instancia se declara incompetente, por entender que el conocimiento de esa petición corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. La Audiencia Provincial, sin embargo, estima el recurso de apelación interpuesto, declarando la competencia de la jurisdicción civil.

La Sentencia de la Audiencia Provincial distingue claramente en función de quiénes sean las personas o entidades demandadas. Así, si el demandado es la Administración Pública, la jurisdicción competente es la contencioso-administrativa. Lo mismo sucederá cuando, además de contra la Administración, la demanda se dirige también contra particulares que concurren en la producción del daño, o incluso contra el asegurador, en caso de existir un seguro de responsabilidad. Como indica la sentencia, la normativa es clara en este sentido: art. 9.4 LOPJ, en la redacción dada por la LO 19/2003, y art. 2.e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativo. En estos casos, existe una suerte de “vis atractiva” de la jurisdicción contencioso-administrativa, que hace que, cuando se reclama de la Administración por cualquier título una responsabilidad por daños, conocerán la jurisdicción de lo contencioso aunque también sean demandados otros sujetos, públicos o privados.

En la caso de autos, sin embargo, la situación es distinta. Pues el único sujeto demandado es la entidad concesionaria del servicio público municipal de abastecimiento y distribución de agua potable, que es una sociedad anónima. Ante el hecho de que no existe ninguna imputación de daños a una Administración Pública, y de que las pretensiones están dirigidas contra un sujeto privado, ha de entenderse competente a los Tribunales y Juzgados del orden jurisdiccional civil. En apoyo de esta tesis, se cita /y reproduce) el auto de 19 de noviembre de 2007, de la Sala Especial del Tribunal Supremo (PROV 2008, 19547). Según la sentencia, esta es la solución que ha de aplicarse al caso de autos, aunque la sociedad anónima demandada sea concesionaria de un servicio público.

M. J. M. L.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL:

FALLECIMIENTO DE PERRO EN ESCUELA DE ADISTRAMIENTO POR DESHIDRATACIÓN. ESTIMACIÓN POR DEFECTUOSA ATENCIÓN. Audiencia Provincial de Cuenca. Sentencia de 8 de abril de 2008.

Dos son los motivos de apelación del demandado en la instancia: en primer lugar, considera el recurrente que las instalaciones del demandado, en las que permaneció el animal propiedad del actor inmediata-

mente antes de su muerte, presentaban una naturaleza y disposición perfectamente adecuadas para ese fin, como lo demostraría, siempre según el discurso de la parte recurrente, el hecho de que el actor, después de visitar las referidas instalaciones, las escogiera con el propósito de que su perro permaneciera en ellas y fuera allí adiestrado; en segundo lugar, entiende que no puede hablarse tampoco de que dichas instalaciones presentaran un estado deficiente desde el punto de vista de la higiene y, en definitiva, considera que no está suficientemente acreditado cuál fue la causa de la muerte del perro.

El Tribunal no comparte el punto de vista del recurrente. Es cierto, en efecto, que el actor, antes de concertar con el demandado el contrato que suscribieron el día 12 de octubre de 2005, con el propósito de que este último adiestrara al perro del actor, que permanecería en las instalaciones del demandado durante dicho proceso, visitó las instalaciones. Sin embargo, en ninguna parte de la sentencia recurrida se señala que las mencionadas instalaciones, que tras su visita el actor aceptaba para el fin contratado, resultaran deficientes y, menos todavía, que esas deficiencias, cuáles fueran, resultaran ser la causa de la muerte del animal. Más todavía: de las fotografías que obran en las actuaciones no resulta en absoluto que las jaulas en las que los animales permanecían custodiados, presenten defectos graves de ninguna índole que pudieran haber contribuido, de un modo u otro, a la muerte del animal. Lo que se afirmaba en la sentencia de instancia, punto de vista que plenamente comparte la AP, es que la muerte del animal se ocasionó como consecuencia de un comportamiento negligente por parte del demandado. Por lo tanto, no se trata de que las instalaciones resultaran más o menos ineficientes sino de que, conforme declaró el agente de la Guardia Civil que depuso como testigo en el acto del juicio, las mismas presentaban cuando las visitó una significativa falta de higiene y malos olores, permaneciendo los excrementos de los animales en las jaulas durante varios días (lo que claramente denota falta de atención por sus cuidadores). Es lo cierto que, conforme resultó acreditado, el perro propiedad del actor presentaba el día ocho de octubre de 2005 una buena condición física sin signos externos de enfermedad. Murió el animal sólo unos días más tarde, el 7 de noviembre. El demandado tuvo, incluso, oportunidad de reconocer en el juicio que un domingo vio al animal decaído, resolviendo no hacer nada hasta el lunes, en el caso de que el animal continuase en ese estado. Y nada pudo hacerse ya ante la muerte inmediata del perro. La causa de la muerte del animal es la presencia de un shock hipovolémico por hemorragia gastrointestinal, resultando que la lesión renal existente puede justificar la hemorragia gastrointestinal por un fallo renal agudo. Se descarta la existencia de enfermedades infectocon-

tagiosas y parasitarias. Sobre la base de este informe, el perito determina que la presencia de caquesis, deshidratación, cuenca orbital hundida y tejido conjuntivo subcutáneo con aspecto seco, permite deducir que el aporte hídrico al animal, previo a su muerte, resultó insuficiente, añadiendo que el aporte deficiente de líquidos provoca una disminución del volumen sanguíneo y ello conduce a una insuficiencia renal aguda, llegando a la conclusión de que todos los hallazgos advertidos en el estudio de necropsia resultan compatibles con los síntomas macroscópicos e histopatológicos de una muerte producida por deshidratación grave, máxime cuando, como en este caso, no existe ninguna otra enfermedad de etiología infectocontagiosa o parasitaria.

P.M.E.

RESPONSABILIDAD CIVIL:

RESPONSABILIDAD DE MÉDICOS Y PROFESIONALES SANITARIOS. TRATAMIENTO DE ELIMINACIÓN DE VELLO CON RESULTADO INSATISFACTORIO. CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN. Audiencia Provincial de Ciudad Real. Sentencia de 16 de abril de 2008.

Don Eugenio interpone una demanda contra Corporación Dermoestética, S.A., por incumplimiento de contrato, en la que solicita una indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, y condena a la empresa a abonar 4.443 euros. El demandado interpone recurso de apelación, que es desestimado por la Audiencia Provincial.

El recurso de apelación se funda en dos motivos, en los que se discute la existencia del incumplimiento contractual, y la cuantía de la indemnización.

En el primer motivo la entidad demandada alega que no ha habido ningún incumplimiento contractual. Señala que en el contrato que celebró con don Eugenio no se comprometió a obtener ningún resultado, sino simplemente a desplegar una determinada actividad; y que esa actividad se ha realizado correctamente. Por eso estima que no ha existido incumplimiento.

La Audiencia Provincial no comparte esta argumentación. Siguiendo la doctrina sentada en la STS de 26 de abril de 2007 (RJ 2007, 3176), distingue entre medicina curativa o asistencial, y satisfactiva, en la que lo que se pretende es la obtención de un resultado concreto. Como indica la Audiencia, reproduciendo lo establecido por el Tribunal Supremo, en la medicina satisfactiva “la relación participa en gran medida del arrendamiento de obra, pues sin perder por completo su identidad jurídica de arrendamiento de servicios, se aproxima a dicho arrendamiento al presentarse como protagonista el resultado a lograr, lo que propicia la exigencia de una mayor garantía en la consecución del mismo.

Aplicando esta doctrina hasta sus últimas consecuencias, la sentencia de apelación estima que hay incumplimiento contractual, pues no se ha obtenido el resultado pretendido. En efecto, con el tratamiento lo que se perseguía era la eliminación definitiva del vello. De las declaraciones de las partes, y de la prueba pericial practicada, se infiere con claridad que ese resultado no se ha alcanzado. Existe, por tanto, incumplimiento contractual, con las consecuencias jurídicas que de ello se derivan.

En cuanto a la indemnización, la parte demandada muestra su disconformidad con la cuantía que debe abonar en concepto de daño moral (1.000 euros). La fundamentación sobre esta materia es una muestra más de la enorme discrecionalidad con la que los tribunales españoles conceden indemnización por daño moral, y de cómo este instrumento es utilizado en ocasiones para conceder indemnizaciones apoyadas en razones de justicia material.

Según la Audiencia, el daño moral deriva de los pinchazos que no han producido ningún resultado, pérdida de tiempo durante las sesiones, y el “disgusto que supone la tomadura de pelo de que ha sido objeto” el actor. Sin embargo, no todas estas partidas deben tratarse del mismo modo, ni todas ellas forman parte del “daño moral”. Así, por ejemplo, la pérdida de tiempo no es, por sí misma, un dato para cuantificar el daño moral. Además, la sentencia parece reconocer un carácter automático al daño moral, cuando establece que, como no se ha conseguido el efecto perseguido (la depilación definitiva), “resulta procedente acceder a una indemnización económica que compense el daño moral que por ello *necesariamente* ha debido padecer” el actor. Es claro, sin embargo, que no todo incumplimiento contractual provoca un daño moral indemnizable. En cualquier caso, y en defensa de la Audiencia Provincial, su razonamiento no dista mucho del que, con carácter general, hacen nuestros tribunales sobre este asunto.

M. J. M. L.

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR ANIMALES:

IRRUPCIÓN DE JABALÍ EN AUTOVÍA. AUSENCIA DE ACCIÓN U OMISIÓN CULPOSA IMPUTABLE A LA DEMANDADA. CUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES DE MANTENIMIENTO DEL VALLADO, DE OFRECER TODAS LAS GARANTÍAS NECESARIAS DE SEGURIDAD, Y EL CUIDADO Y VIGILANCIA DE LA AUTOVÍA. Audiencia Provincial de Cuenca. Sentencia de 22 de mayo de 2008.

La entidad actora solicita la condena al pago de 4.210,48 euros, importe derivado de los daños sufridos en el vehículo de su propiedad producidos como consecuencia del accidente acaecido el día 28 de enero de 2006 cuando circulaba por la autovía A-40, dirección Cuenca, y a la altura del kilómetro 153,400 atropelló a un jabalí que se le cruzó en la calzada.

La entidad demandada se opuso en su contestación alegando que había cumplido escrupulosamente con todas las actividades de vigilancia y mantenimiento ella encomendada, utilizando todos los elementos personales y materiales.

La sentencia dictada en instancia estimó la demanda basándose en que la entidad demandada no había probado su conducta diligente.

La AP de Cuenca estima el recurso de apelación al no quedar acreditada la acción u omisión culposa imputable a la demandada, aún al contrario, sus obligaciones de mantenimiento del vallado, de ofrecer todas las garantías necesarias de seguridad, y el cuidado y vigilancia de la autovía se estiman cumplidas, pues no existe prueba alguna de una conducta negligente por la que pueda exigírsele responsabilidad extracontractual, la cual no se le puede achacar en base a una responsabilidad objetiva por cualquier daño que acontezca en el tramo cuyo mantenimiento le incumbe y que les llevaría a adoptar medias extremas que excederían de las habituales o usuales seguidas en el cumplimiento de sus obligaciones. Dos son las razones que esgrime la AP:

En primer lugar, no quedó acreditado que el jabalí deambulara por la autovía durante un largo periodo de tiempo, pues ante las manifestaciones del demandante afirmando que el jabalí se encontraba en la mediana, este hecho podría haberse puesto de manifiesto por los operarios que el día del accidente realizaron continuas labores de manteni-

miento y vigilancia, y sin que pueda exigirse a la demandada tener una presencia continua de trabajadores en cada punto de la carretera, lo que se considera una medida extrema que excede más allá de lo exigido y cumplido por la empresa adjudicataria.

En segundo lugar, quedó acreditado que la autovía en el tramo en el que ocurrió el accidente estaba vallada; valla sin desperfecto o rotura alguna por la que previsiblemente hubiera podido penetrar el jabalí, y lo que lógicamente hubiera plasmado un quebranto en las obligaciones de mantenimiento y conservación de la vía, obligaciones que están en normal relación con el deber que incumbe a la demandada de ofrecer las suficientes garantías en la circulación; el dato anterior no permite acreditar que el animal accediera por una zona carente del mantenimiento de dicho elemento de seguridad que evite la entrada de animales a la calzada. Pero es más, el accidente acaeció en las proximidades de un acceso abierto, tal y como puso de manifiesto el propio demandante en su denuncia ante la Guardia Civil y el informe del Ministerio de Fomento, por lo que no deja de ser probable que el animal accediera por dicha calzada.

P.M.E.

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR ANIMALES:

ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN POR IRRUPCIÓN DE ANIMAL EN LA CALZADA. FALTA DE ACREDITACIÓN DE QUE EL ACCIDENTE TUVIERA SU CAUSA EN ACCIÓN DE CAZAR O POR FALTA DE DILIGENCIA EN LA CONSERVACIÓN DEL COTO. Audiencia Provincial de Cuenca. Sentencia de 13 de mayo de 2008.

La cuestión sometida ahora a la consideración de la Sala no tiene más objeto que la determinación del alcance del nuevo régimen establecido por la Disposición Adicional Novena del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo (RCL 1990, 578, 1653), por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, que se introdujo como consecuencia de la Ley 17/2005, respecto de la responsabilidad de los titulares de aprovechamientos cinegéticos en el marco de los atropellos de animales que de ellos procedan.

La dicción de dicho precepto resulta inequívoca en el sentido de que los daños personales y patrimoniales en estos siniestros (atropello de animales procedentes de coto) sólo será exigible a los titulares de los cotos (o en su defecto a los propietarios de los mismos) cuando el accidente sea consecuencia directa de la acción de cazar o de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado. A nuestro parecer, apartándonos del criterio defendido por la parte apelante, no estamos aquí, al menos no solo, ante un simple cambio normativo que viene a sustituir el anterior sistema de responsabilidad objetiva o cuasi objetiva por otro de signo culpabilístico. Es decir, no es solamente que el legislador haya decidido, estableciendo una norma especial con respecto al artículo 1905 del Código Civil (LEG 1889, 27), que los titulares del coto no respondan de forma objetiva o cuasi objetiva, si no que ni siquiera se conforma con que éstos respondan de los daños cuando se aprecie en su comportamiento cualquier clase de actuación imprudente (sistema culpabilístico, artículo 1902). Yendo más lejos, en decisión, como lo son todas ellas, cuánto de discutible se quiera, ha resuelto el legislador que con carácter general no respondan de los daños producidos por atropellos de animales los titulares de los cotos de caza, lo que se producirá solo de manera excepcional (“solo serán exigibles a los titulares de aprovechamientos cinegéticos cuando...”, dice el texto legal) y no ante cualquier clase de culpa o negligencia sino cuando la causa del siniestro derive de una de estas dos fuentes: sea consecuencia directa de la acción de cazar o exista falta de diligencia en la conservación del terreno acotado.

La Sala desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia al entender que “la referida diligencia en la conservación no se refiere ni puede hacerse extensiva a todas aquellas actuaciones dirigidas al fin de impedir o evitar que las piezas de caza irrumpen en la calzada”. Ciertamente, cualquiera que sea la particular opinión sobre la conveniencia de que los titulares de aprovechamientos cinegéticos, como venía sucediendo hasta la reforma legal dicha, respondieran de los daños causados por animales procedentes del coto cuando aquéllos no hubiesen adoptado las precauciones necesarias y exigibles para impedirlo, lo indudable es que conservar significa en lengua castellana mantener la sustancia de una cosa de tal modo que continúe siendo ella misma, pero no cercarla o de cualquier otro modo impedir que los seres

(en este caso animales) que la habitan puedan salir de ella, del mismo modo que no se pueden entender que para conservar una vivienda hayan de tapiarse las ventanas al fin de evitar que algún objeto pueda caer a la calle o impedir la salida de personas o animales domésticos al exterior. La obligación genérica de la prohibición de dañar a otro no deriva (al menos no solo ni principalmente) del deber de conservar lo propio sino que impone también la exigencia de impedir que lo propio o aquello por lo que se responde pueda producir daño. El legislador ha decidido, con respecto a los titulares de los aprovechamientos cinegéticos y con relación a los atropellos de animales que de allí provengan, que la responsabilidad no solo no se acomode a las reglas previstas en el artículo 1905 del Código Civil (LEG 1889, 27), sino tampoco a las generales del artículo 1902, siendo solo predicable cuando los daños provengan directamente de la acción de cazar o sean consecuencia, no de cualquier falta de diligencia sino solo de la vinculada a la conservación del coto (por ejemplo, incendio provocado por la falta de limpieza del monte, ausencia de agua imputable a los titulares del aprovechamiento, etc.).

P.M.E.

SERVIDUMBRES:

DESESTIMACIÓN DE ACCIÓN NEGATORIA POR FALTA DE PRUEBA QUE LOS ÁRBOLES PROPIEDAD DEL DEMANDADO ESTÉN PLANTADOS A MENOS DE DOS METROS DEL FUNDO DEL ACTOR, NI QUE LA NORMATIVA MUNICIPAL INDIQUE OTRA COSA. Audiencia Provincial de Cuenca. Sentencia de 26 de marzo de 2008.

La causa de la pretensión del actor es que las raíces de los árboles perjudica notablemente una nave de su propiedad, siendo la perturbación evidente, y solicita que se trámite su pretensión por el procedimiento previsto en el artículo 250 n° 5 de la Ley de Enjuiciamiento

Civil (RCL 2000, 34 y 962 y RCL 2001, 1892).

El recurrente mezcla conceptos jurídicos contrapuestos a la hora de ejercitar una pretensión, cuales son la existencia de unas raíces de unos árboles que se meten en fundo ajeno, supuesto al que es aplicable el artículo 592 del Código Civil (LEG 1889, 27), donde el demandante está legitimado para cortarlas por sí mismo desde el momento en que se introduzcan en su suelo; con la existencia de árboles ruinosos que amenazan causar un daño.

La Sala desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de instancia con los siguientes argumentos:

En primer lugar, nos encontramos que en modo alguno se ha producido prueba sobre el hecho de estar en un supuesto de árboles ruinosos que amenazan con causar un daño, sino que de la lectura del recurso se pone de relieve que lo que ahora, se cuestiona es la distancia que deben tener las plantaciones (los árboles) respecto al fundo ajeno, supuesto que no se desprende de la demanda originaria, lo que bastaría también para la desestimación del recurso.

En segundo lugar, es de aplicación el artículo 591 del Código Civil que establece la distancia de 2 metros, en defecto de ordenanzas municipales y la costumbre del lugar. En el presente caso no se ha practicado prueba alguna, ni tan siquiera documental, sobre tales ordenanzas, o pericial y /o testifical sobre la costumbre, que como sabemos, ha de ser probada (art. 1.1 nº 3 del Código Civil [LEG 1889, 27]), por quien la invoca. Por lo que si en el presente caso ninguna prueba se ha presentado a tales fines, (sin que se considere suficiente la prueba que expone el recurrente, a cerca de un perito que dijo en el juicio “que un familiar lo plantaba a una distancia de 5 metros”), prueba no corroborada o constatada a los efectos de constituir una costumbre, entendida como repetición de actos que no sean contrarios a la Ley, la moral, o el orden público.

P.M.E.

NOTA:

1 Pilar Domínguez Martínez (PD) –Profesora Ayudante Doctor de Derecho Civil-, M^aNieves Pacheco Jiménez (MNP) –Profesora Doctora de Derecho Civil-, Tobias Buenten (TB) –Becario de Derecho Civil-, Karolina Lyczkowska (KL)–Becaria de Derecho Civil-, Manuel Jesús Marín López (MJML) –Profesor Titular de Derecho Civil- y Pascual Martínez Espín (PME) –Profesor Titular de Derecho Civil-.

**RESEÑA NORMATIVA DE
CASTILLA-LA MANCHA**

**RESEÑA LEGISLATIVA DE
CASTILLA-LA MANCHA
(DE 1 DE ENERO A 31 DICIEMBRE DE 2008 Y
REFERENCIA AL PRIMER SEMESTRE DE 2009)**

Profa. Dra. María Martín Sánchez
Área de Derecho Constitucional.
Universidad de Castilla-La Mancha.

En esta ocasión, se presenta una reseña legislativa de carácter especial, pues se recogen las leyes aprobadas por las Cortes de Castilla-La Mancha durante 2008 y durante el primer semestre de 2009, de manera que se ofrezca al lector un panorama legislativo actualizado hasta la fecha. 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 periodo mencionado, de 1 de enero de 2008 a 30 de junio de 2009, 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 el citado periodo, 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.

- Ley 6/2008, de 30 de junio, de la Empresa Pública “Sociedad Don Quijote de Conmemoraciones Culturales de Castilla-La Mancha, S.A.”, por la que se modifica la Ley 26/2002, de 11 de julio, del IV Centenario de la publicación de El Ingenioso Hidalgo Don Quijote.

- Ley 7/2008, de 13 de noviembre, de Regulación de Tasas en materia de Industria, Energía y Minas de Castilla-La Mancha.

- Ley 8/2008, de 4 de diciembre, de creación de la Comisión Consultiva Regional de Convenios Colectivos.

- Ley 9/2008, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Tributos Cedidos.

- Ley 10/2008, de 19 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2009.

- Ley 1/2009, de 14 de mayo, por la que se establece el procedimiento para la Integración de Centros Docentes de titularidad de las Administraciones locales en la red de Centros Docentes Públicos de titularidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

- Ley 2/2009, de 14 de mayo, de Medidas Urgentes en Materia de Vivienda y Suelo por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística

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 –*artículo 4-*.

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 compromiso 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.

Ley 6/2008, de 30 de junio, de la Empresa Pública “Sociedad Don Quijote de Conmemoraciones Culturales de Castilla-La Mancha, S.A.”, por la que se modifica la Ley 26/2002, de 11 de julio, del IV Centenario de la publicación de El Ingenioso Hidalgo Don Quijote (BOCCLM núm. 62, de 3 de julio de 2008; DOCLM núm. 147, de 16 de julio de 2008).

Esta Ley constituye una actualización y ampliación de la Ley 16/2002, de 11 de julio, del IV Centenario de la publicación de El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha, en cuya conmemoración se creó la empresa pública Don Quijote de la Mancha, 2005. Años después, se aprecia la conveniencia de actualizar y ampliar el objeto de dicha empresa incorporando en aquél cualquier otra conmemoración cultural de la historia y cultura de Castilla-La Mancha con el propósito de dar continuidad a la misma y de convertirla en instrumento propio de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en el ámbito de su actividad cultural.

Así pues, la presente Ley da continuidad a la empresa pública preexistente –“*Don Quijote de la Mancha 2005*”-, nacida en julio de 2002, con una nueva denominación: “*Sociedad Don Quijote de Conmemoraciones Culturales de Castilla-La Mancha, S.A.*”, adscrita a la Consejería competente en materia de promoción cultural, como instrumento propio de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

En definitiva, el fin principal de esta Ley es modificar la denominada Ley 16/2002, de 11 de julio, especialmente en lo que a funciones se refiere, pues su propósito fundamental es extender las funciones de la empresa a todo tipo de conmemoraciones culturales. Para ello, la presente Ley prevé expresamente en la nueva redacción dada al artículo 8.1.d. las siguientes acciones: *“impulsar y recibir todas las iniciativas que se consigan despertar a partir de los actos de promoción; informar y asesorar a inversores nacionales e internacionales así como captar recursos específicos y apoyar aquellos proyectos e iniciativas de ámbito histórico y cultural que sirvan para la promoción exterior de Castilla-La Mancha y su territorio”*.

La Ley objeto de estudio consta de Artículo Único en el cuál se recogen de manera escueta las *Modificaciones al texto de la Ley 16/2002, de 11 de julio*, integradas éstas en cinco apartados. Finalmente, cierran la Ley una Disposición Derogatoria Única y una Disposición Final Única.

Ley 7/2008, de 13 de noviembre, de Regulación de Tasas en materia de Industria, Energía y Minas de Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 80, de 18 de noviembre de 2008; DOCLM núm. 244, de 27 de noviembre de 2008).

Son numerosos los factores que hacen ineludible la adecuación de las tasas en materia de industria, energía y minas de Castilla-La Mancha. La ordenación y modernización del sector industrial y energético, así como la agilización en los trámites administrativos en las últimas décadas hacen necesaria la adaptación de las previsiones de la Ley 3/1990, de 18 de mayo, de Tasas y Precios Públicos a la realidad actual.

Con la aprobación de esta Ley, se pretende alcanzar dicha adaptación mediante la medidas tales como: la eliminación de determinadas tarifas, la limitación de la carga tributaria máxima en relación a las tarifas por razón de justicia tributaria, la creación de otras tarifas en atención al volumen de trabajo generado y a los nuevos servicios administrativos impuestos por la normativa de ordenación sectorial, además de introducir otras medidas como son la simplificación de algunos conceptos como el “hecho imponible” o la unificación de tarifas tributarias, todo ello con el objetivo de mejorar la seguridad jurídica de los ciudadanos y de simplificar la gestión y exacción del tributo.

La presente Ley consta de diez artículos estructurados en dos Capítulos claramente diferenciados, dedicados respectivamente a la *“Tasa en materia de industria y energía”* –Capítulo I-, y a la *“Tasa en materia de mine-*

ría” –Capítulo II-. En cada uno de ellos, se define su hecho imponible así como los sujetos pasivos de su correspondiente tasa y sus cuotas.

Por último, la Ley se completa con dos Disposiciones Adicionales, una Disposición Derogatoria Única, y tres Disposiciones Finales. Señalamos que en la Disposición Final Primera, respecto a la *actualización de las tarifas*, se prevé que éstas “*podrán ser actualizadas a través de las Leyes de Presupuestos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*”.

Ley 8/2008, de 4 de diciembre, de creación de la Comisión Consultiva Regional de Convenios Colectivos (BOCCLM núm. 87, de 9 de diciembre de 2008; DOCLM núm. 259, de 17 de diciembre de 2008).

En el año 2002 se creó el Consejo Regional de Relaciones Laborales, como órgano de diálogo institucional, concertación y participación entre Sindicatos y Organizaciones Empresariales, y entre éstos y la Administración Regional en el diseño de la política laboral. Además, este órgano facultado para elaborar informes, propuestas y estudios en materia de trabajo y de relaciones laborales, se constituía como órgano de consulta en la negociación colectiva y en materia de convenios laborales, erigiéndose en impulsor de la Comunidad en estas materias.

La Declaración Institucional de Diálogo Social suscrita con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de la Comunidad Autónoma ha consolidado el marco de actuación entre los agentes sociales y el Gobierno Regional en el ámbito de las relaciones laborales y, además, ha supuesto la apertura de nuevos cauces de participación en ámbitos de actuación. Un ejemplo de esta apertura es el compromiso prevista en la Declaración de dotar al Consejo Regional de Relaciones Laborales de nuevas competencias para intervenir en procesos de consulta y extensión de convenios colectivos.

En este marco de actuación, surge la oportunidad de crear en el seno del Consejo Regional de Relaciones Laborales de Castilla-La Mancha un órgano consultivo en materia de convenios colectivos, capacitado además para emitir informe preceptivo en los procedimientos de extensión de los convenios colectivos competencia de la Comunidad Autónoma –informe previsto en Real Decreto 718/2005, de 20 de junio, para dichos procedimientos-.

La presente Ley tiene por objeto crear la denominada “*Comisión Consultiva Regional de Convenios Colectivos*”, integrada en el seno del

Consejo Regional de Relaciones Laborales de Castilla-La Mancha, creada como “(...) *órgano especializado del mismo con las funciones que se establecen en el artículo 3 de la presente Ley*” –artículo 1-. Asimismo, las funciones previstas para este órgano, previstas en su artículo 3 serán: “(...) *emitirá informes y dictámenes facultativos y no vinculantes respecto a las siguientes materias: planteamiento y determinación del ámbito funcional de los convenios, la procedencia de un acuerdo de adhesión a un convenio colectivo en vigor, la interpretación de un convenio vigente en orden a determinar su ámbito funcional, y cualquier otra materia sobre la que le sean atribuidas funciones por la legislación laboral vigente*”. Además: “(...) *emitirá informe preceptivo y no vinculante sobre la extensión de convenios colectivos siempre y cuando éstos puedan afectar al mismo ámbito funcional, sector o subsector o con características laborales equiparables*”.

Respecto a los legitimados para solicitar la actuación a la Comisión, la propia Ley establece que la legitimación corresponde a los siguientes: “(...) *las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas; cualquier órgano o entidad sindical o empresarial que, en virtud de su representatividad, acredite un interés legítimo en la consulta que formule; la autoridad laboral o jurisdiccional que tenga competencia en asuntos relacionados, directa o indirectamente, con la aplicación o interpretación de un convenio colectivo*” –artículo 4-.

La ley consta sólo de seis artículos, una Disposición Adicional referida a los *Medios materiales y administrativos*, y cuatro Disposiciones Finales. Es preciso señalar que en la Disposición Final Primera se introduce una *Modificación a la Ley 9/2002, de 6 de junio, de creación del Consejo de Relaciones Laborales de Castilla-La Mancha*, de manera que ésta queda modificada en su artículo 3, apartado d, el cuál quedará redactado de la siguiente forma: “*Actuar, a través de los órganos que se determinen normativamente, como órgano de consulta de la Autoridad Laboral en los supuestos de adhesión de convenios colectivos, la determinación del ámbito funcional de convenios colectivos, y para emitir el informe preceptivo en los supuestos de extensión de convenios colectivos, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan a las organizaciones sindicales y empresariales representadas en el mismo*”.

Ley 9/2008, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Tributos Cedidos (BOCCLM núm. 87, de 9 de diciembre de 2008; DOCLM núm. 259, de 17 diciembre de 2008).

Las normas tributarias que, hasta la fecha, has sido aprobadas en Castilla-La Mancha en virtud de su capacidad normativa, venían recogidas en la Ley 17/2005, de 29 de diciembre, de medidas en materia de tributos cedidos, actualizada por la Ley 10/2006, de 21 de diciembre,

por la que se modifica la Ley 17/2005, de 29 de diciembre, y por la Ley 14/2007, de 20 de diciembre, por la que se amplían las bonificaciones tributarias del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

La presente Ley nace con el objetivo de sintetizar y actualizar todas las disposiciones contenidas en la citada Ley 17/2005, adecuándolas a la normativa estatal e incorporando en ella los nuevos beneficios tributarios en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, orientados fundamentalmente a paliar los efectos de la actual situación del mercado hipotecario sobre los compradores de vivienda. Las medidas más importantes adoptadas, en relación a beneficios tributarios, podrían resumirse en las siguientes: respecto al primero de los impuestos, una nueva deducción de la cuota íntegra autonómica por inversión en vivienda habitual cuando se utilice financiación ajena; respecto al segundo de los impuestos, se modifican las normas sobre los tipos reducidos aplicables a la adquisición de la primera vivienda habitual.

Esta Ley se compone de veinte artículos estructurados en dos Capítulos, de la siguiente manera:

Capítulo I, dedicado a las “*Normas sustantivas sobre tributos cedidos*”. A su vez, consta de cuatro secciones, cada una de ellas dedicada a uno de los tributos cedidos:

Sección Primera –*Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*-, respecto a este impuesto, se mantienen las mismas deducciones ya existentes –por nacimiento o adopción de hijos, por discapacidad del contribuyente, de sus ascendientes o descendientes, para personas mayores de 75 años, y por cantidades donadas al Fondo Castellano-Manchego de Cooperación-, y a éstas, se añade una nueva deducción de la cuota íntegra autonómica por las cantidades invertidas en la adquisición o rehabilitación y en obras de adecuación a personas con discapacidad de su vivienda habitual, cuando se utilice financiación ajena –artículo 6-.

Sección Segunda –*Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*-, con respecto a este impuesto se mantienen idénticas previsiones modificándose únicamente su estructura y redacción para mejorar su comprensión.

Sección Tercera –*Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*-, con respecto a este impuesto se mantienen los tipos generales y se actualizan tipos reducidos a la adquisición de la pri-

mera vivienda habitual. Especialmente se introducen modificaciones relacionadas con el establecimiento de nuevos tipos en la opción de compra incorporada a contratos de alquiler de viviendas de protección pública.

Sección Cuarta –*Tributos sobre el Juego*-, se regulan los tipos y las cuotas aplicables a la tasa fiscal sobre juegos.

El Capítulo II se dedica, por su parte, a las “*Normas para la aplicación de los tributos cedidos*”, incluyendo previsiones referidas a plazo y lugares de presentación de autoliquidaciones, a los procedimientos telemáticos de autoliquidación y declaración fiscal, entre otros.

Por último, cierran la Ley una Disposición Transitoria Única, Disposición Derogatoria Única, y tres Disposiciones Finales, de entre la que destacamos la Disposición Final Primera referida al *periodo de aplicabilidad de la deducción establecida en el artículo 6 de la Ley* que establece que: “*La deducción establecida en el artículo 6 por inversión en la vivienda habitual tendrá efectos desde el día 1 de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2011, ambos inclusive*”.

Ley 10/2008, de 19 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2009 (BOCCLM núm. 89, de 22 de diciembre de 2008; DOCLM núm. 269, de 31 de diciembre de 2008).

Los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2009, aprobados mediante la presente Ley, se presentan como el soporte presupuestario de una política encaminada a mejorar el bienestar de los ciudadanos, articulados en torno a tres pilares: el impulso a la actividad económica, la profundización en la solidaridad social de Castilla-La Mancha y la contención del gasto.

Esta Ley consta de cincuenta artículos estructurados a lo largo de seis Títulos, organizados de la siguiente manera:

El Título I, denominado “*De la aprobación de los presupuestos y de sus modificaciones*”, se organiza a su vez en dos capítulos: el capítulo I, dedicado a “*Créditos iniciales y su financiación*” y el capítulo II “*De los créditos presupuestarios y sus modificaciones*”. En él se contienen los Presupuestos generales de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, los de los organismos autónomos y los de entidades y empresas públicas que forman parte del sector público regional.

El Título II, denominado “*De la ejecución y liquidación presupuestaria*”, consta de tres capítulos: el capítulo I, dedicado a la “*Autorización de gastos*”, el capítulo II, dedicado a “*Otras disposiciones en materia de ejecución de gastos*” y, por último, el capítulo III para “*Liquidación de los Presupuestos*”. Se contienen las normas sobre distribución de competencias en relación a la autorización de los gastos y la desconcentración y delegación de competencias, las normas sobre expedientes de gasto con repercusión en ejercicios futuros y la gestión de los créditos financiados con transferencias finalistas, entre otras, como las normas relativas a la liquidación presupuestaria, el informe de la liquidación o las disposiciones relativas a la Cuenta General correspondiente al ejercicio presupuestario de 2008.

El Título III, denominado “*De los créditos de personal*”, se divide a su vez en dos capítulos: el capítulo I, destinado a “*Régimen retributivo*” y el capítulo II, a “*Otras disposiciones en materia de personal*”. En él se regula y contiene todo lo relativo a retribuciones de personal, plantilla y personal al servicio de la Comunidad de Castilla-La Mancha –convocatoria de plazas, gestión de personal, retribuciones...-

El Título IV, “*De la gestión de los Presupuestos docentes*”, consta de dos capítulos: el capítulo I, denominado “*De los centros docentes no universitarios financiados con fondos públicos*” y el capítulo II “*De los costes de personal de la Universidad de Castilla-La Mancha*”. En este Título se contienen las normas relativas al establecimiento de un módulo económico de distribución de fondos públicos para el sostenimiento de centros concertados y se autorizan los costes del personal de la Universidad.

El Título V, “*De las operaciones financieras*”, se estructura en dos capítulos: el capítulo I “*Del endeudamiento*” y el capítulo II “*De los Avals*”. En él se regula el endeudamiento de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y se fija el límite de los avales que puede conceder durante el ejercicio presupuestario.

Finalmente, el Título VI, “*De las tasas y otras medidas tributarias*”, consta únicamente de tres artículos, en los que se contiene básicamente: la actualización de las tasas de la Comunidad Autónoma –artículo 48-; el tipo de gravamen del canon de aducción y del canon de depuración –artículo 49-; y el establecimiento de la afectación de los ingresos obtenidos por la recaudación de los impuestos sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente y de la venta minorista de determinados hidrocarburos –artículo 50-.

Por último, y tras su articulado, completan la Ley varias Disposiciones, concretamente once disposiciones Adicionales, una Disposición Derogatoria y cinco Disposiciones Finales, y varios Anexos, como es tradicional en las leyes de presupuestos.

Breve reseña de la actividad legislativa de 2009:

Queremos aprovechar estas páginas para apuntar, si bien de manera muy breve, la actividad legislativa acaecida durante el primer semestre de 2009. En el siguiente número de esta publicación, se ofrecerá al lector una amplia reseña anual de todas las leyes aprobadas durante el periodo 2009 por las Cortes de Castilla-La Mancha.

Tal y como apuntábamos al principio, la actividad legislativa ha destacado por su escasez, pudiendo contar únicamente con dos leyes durante este primer periodo del año. A continuación apuntamos unas breves notas de cada una de ellas:

Ley 1/2009, de 14 de mayo, por la que se establece el procedimiento para la Integración de Centros Docentes de titularidad de las Administraciones locales en la red de Centros Docentes Públicos de titularidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (BOCCLM núm.122, de 15 de mayo de 2009; DOCLM núm. 92, de 15 de mayo de 2009). Tal y como establece la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, las Comunidades Autónomas podrán integrar en la respectiva red de centros docentes públicos, los centros de titularidad de las Administraciones locales que cumplan los requisitos establecidos en la Ley, atiendan poblaciones escolares de condiciones socioeconómicas desfavorables o que desempeñen una reconocida labor en la atención a las necesidades de escolarización, siempre que las Administraciones locales manifiesten su voluntad de integración en la red. En este marco de actuación, la presente Ley nace con el propósito de regular el procedimiento mediante el que los centros docentes de titularidad de las Administraciones locales puedan integrarse en la red de centros docentes públicos de Castilla-La Mancha.

Ley 2/2009, de 14 de mayo, de Medidas Urgentes en Materia de Vivienda y Suelo por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística (BOCCLM núm.122, de 15 de mayo de 2009; DOCLM núm. 92, de 15 de mayo de 2009). Esta Ley es aprobada por la necesidad de reformar la normativa urbanística de Castilla-La Mancha, con el objetivo de satisfacer las necesidades de vivienda

planteadas en el debate social y que ha dado lugar al Pacto por la Vivienda de Castilla-La Mancha. Así, se introducen modificaciones al Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, con el objetivo de dinamizar la producción de suelo para viviendas sujetas a algún tipo de protección pública.

NOTAS DE ACTUALIDAD

UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA. X EDICION CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO

Toledo, del 11 al 28 de enero de 2010

PRESENTACION:

La Universidad de Castilla-La Mancha convoca la X Edición de los CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO PARA IBEROAMERICANOS.

La X Edición de los Cursos de Postgrado en Derecho para iberoamericanos se celebrará en la ciudad de Toledo del 11 al 28 de enero de 2010, 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:

- La gestión de políticas medioambientales en el marco de la globalización: la protección de la biodiversidad, de las aguas, de la atmósfera y del suelo
- Responsabilidad civil extracontractual
- Propiedad intelectual
- Justicia Constitucional, derechos fundamentales y procesos de amparo
- Fiscalidad Internacional
- Gobierno del las sociedades mercantiles
- Derecho Penal Económico y de la empresa
- La Mediación como método de resolución de conflictos
- Trabajo y derechos fundamentales en el siglo XXI (consideraciones sobre constitucionalismo y universalismo social).

Más información: <http://www.uclm.es/postgrado.derecho>

Correo electrónico: postgrado.derecho@uclm.es

Tél: 925 256351 / 680 222319