

Revista Jurídica

Castilla-La Mancha

ESTUDIOS

RÉGIMEN APLICABLE A LAS VIVIENDAS DE PROTECCIÓN PÚBLICA EN RELACIÓN AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.
ANDRÉS JUEZ PÉREZ

EL DELITO DE INCENDIO: SU EVOLUCIÓN DESDE EL DERECHO ROMANO HASTA NUESTRO VIGENTE CÓDIGO PENAL.

JOSÉ ANTONIO MARTÍNEZ VELA Y JOSEFA RUEDA GUIZÁN

LA NUEVA OFICINA JUDICIAL Y LOS JUZGADOS DE MENORES. CUESTIONES PRÁCTICAS.
F. JAVIER MOYA DEL POZO

LA NUEVA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DE LAS VALORACIONES EXPROPIATORIAS. ESPECIAL REFERENCIA AL JURADO REGIONAL DE VALORACIONES DE CASTILLA-LA MANCHA.
FRANCISCO PUERTA SEGUIDO

DICTÁMENES

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL A INSTANCIA DE D. Z, COMO CONSECUENCIA DE LOS PRESUNTOS DAÑOS OCASIONADOS EN EXPEDIENTE DE EXPROPIACIÓN FORZOSA HD-AB-99-337, Y POR LOS DAÑOS OCASIONADOS POR LA CANALIZACIÓN DE AGUAS RESIDUALES CUYO DESTINO ES LA DEPURADORA DEL TERMINO MUNICIPAL DE YESTE (ALBACETE).

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE EDUCACIÓN DE CASTILLA-LA MANCHA.

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 Y ALBERTO SANZ DÍAZ-PALACIOS

JURISPRUDENCIA CIVIL ANOTADA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE CASTILLA-LA MANCHA.
ÁNGEL CUESTA GARCÍA DE LEONARDO Y M^A DEL CARMEN GONZÁLEZ CARRASCO

RESEÑA NORMATIVA DE CASTILLA-LA MANCHA

RESEÑA LEGISLATIVA DE CASTILLA-LA MANCHA. (DE 1 DE ENERO A 31 DE DICIEMBRE DE 2009)
PROFA. DRA. MARÍA MARTÍN SÁNCHEZ

NOTAS DE ACTUALIDAD

LA UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA CONVOCA LA XI EDICIÓN DE LOS CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO PARA IBEROAMERICANOS.

48
JULIO
2010



Castilla-La Mancha

CONSEJO ASESOR

Vicente Manuel Rouco Rodríguez
*Presidente del Tribunal Superior de Justicia
de Castilla-La Mancha*

Eduardo Salinas Verdeguer
*Presidente de la Audiencia
Provincial de Albacete*

José M^a. Torres Fernández de Sevilla
*Presidente de la Audiencia
Provincial de Ciudad Real*

Antonio Díaz Delgado
*Presidente de la Audiencia
Provincial de Cuenca*

Isabel Serrano Frías
*Presidenta de la Audiencia
Provincial de Guadalajara*

Manuel Gutiérrez Sánchez-Caro
*Presidente de la Audiencia
Provincial de Toledo*

DIRECTOR

Angel Francisco Carrasco Perera
*Catedrático de Derecho Civil
en la Universidad de Castilla-La Mancha*

SECRETARIO

Luis María Romero Flor
*Profesor Ayudante de Derecho Financiero y Tributario
en la Universidad de Castilla-La Mancha*

PRESIDENCIA DE HONOR

Santiago Moreno González
*Excmo. Sr. Consejero de Presidencia y
Administraciones Públicas*

Ernesto Martínez Ataz
*Excmo. Mágfco. Sr. Rector de la Universidad de
Castilla-La Mancha*

CONSEJO DE DIRECCION

José Sanroma Aldea
*Presidente del Consejo Consultivo de
Castilla-La Mancha*

Francisco Calvo Cirujano
Letrado Mayor de las Cortes de Castilla-La Mancha

Sonia Lozano Sabroso
*Secretaria General de Presidencia y
Administraciones Públicas*

Salvador Jiménez Ibáñez
*Consejero del Consejo Consultivo de
Castilla-La Mancha*

Agustín Díez Moreno
*Vocal del Tribunal Económico-Administrativo de
Castilla-La Mancha*

M^a Victoria Martín Méndez
*Jefa de Servicio del DOCM de la
Consejería de Presidencia y
Administraciones Públicas*

Pedro José Carrasco Parrilla

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario en la
Universidad de Castilla-La Mancha*

Miguel Angel Collado Yurrita

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario en la
Universidad de Castilla-La Mancha*

Angel Francisco Carrasco Perera

*Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de
Castilla-La Mancha*

Eduardo Espín Templado

*Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad
de Castilla-La Mancha*

Nicolás García Rivas

*Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de
Castilla-La Mancha*

Luis Ortega Alvarez

*Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad
de Castilla-La Mancha*

Luis Prieto Sanchís

*Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad
de Castilla-La Mancha*

José Antonio Garvía Pastor

*Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad
de Castilla-La Mancha*

Juan Claudio Jarillo Gómez

*Director del Servicio de Estudios Registrales de
Castilla-La Mancha*



REVISTA JURIDICA DE CASTILLA-LA MANCHA

Nº 48 - Julio 2010

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 Presidencia y 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

RÉGIMEN APLICABLE A LAS VIVIENDAS DE PROTECCIÓN PÚBLICA EN RELACIÓN AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. *Andrés Juez Pérez* 9

EL DELITO DE INCENDIO: SU EVOLUCIÓN DESDE EL DERECHO ROMANO HASTA NUESTRO VIGENTE CÓDIGO PENAL. *José Antonio Martínez Vela y Josefa Rueda Guizán* 21

LA NUEVA OFICINA JUDICIAL Y LOS JUZGADOS DE MENORES. CUESTIONES PRÁCTICAS. *F. Javier Moya del Pozo* 73

LA NUEVA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DE LAS VALORACIONES EXPROPIATORIAS. ESPECIAL REFERENCIA AL JURADO REGIONAL DE VALORACIONES DE CASTILLA-LA MANCHA. *Francisco Puerta Seguido* 85

DICTÁMENES

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL A INSTANCIA DE D. Z, COMO CONSECUENCIA DE LOS PRESUNTOS DAÑOS OCASIONADOS EN EXPEDIENTE DE EXPROPIACIÓN FORZOSA HD-AB-99-337, Y POR LOS DAÑOS OCASIONADOS POR LA CANALIZACIÓN DE AGUAS RESIDUALES CUYO DESTINO ES LA DEPURADORA DEL TERMINO MUNICIPAL DE YESTE (ALBACETE). 137

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE EDUCACIÓN DE CASTILLA-LA MANCHA. 167

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 y Alberto Sanz Díaz-Palacios 227

JURISPRUDENCIA CIVIL ANOTADA DE LAS AUDIENCIAS
PROVINCIALES DE CASTILLA-LA MANCHA. *Ángel Cuesta García de Leonardo y M^a del Carmen González Carrasco 279*

RESEÑA NORMATIVA DE CASTILLA-LA MANCHA

RESEÑA LEGISLATIVA DE CASTILLA-LA MANCHA. (De 1 de enero
a 31 de diciembre de 2009) *Profa. Dra. María Martín Sánchez. 303*

NOTAS DE ACTUALIDAD

LA UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA CONVOCA LA XI
EDICIÓN DE LOS CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO PARA
IBEROAMERICANOS. 317

ESTUDIOS

RÉGIMEN APLICABLE A LAS VIVIENDAS DE PROTECCIÓN PÚBLICA EN RELACIÓN AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Andrés Juez Pérez

Registrador de Quintanar de la Orden

La normativa aplicable a las viviendas de protección pública en la Comunidad de Castilla-La Mancha puede agruparse en función de dos grandes criterios clasificatorios:

1.- Con arreglo a su origen, debe distinguirse la normativa estatal y la autonómica. Conforme al reparto constitucional de competencias,¹ la primacía en la materia corresponde a las normas regionales, quedando las nacionales como meramente supletorias. No obstante, no debemos perder de vista la importancia de estas últimas, dada la remisión a ellas que hacen los preceptos castellano-manchegos en múltiples ocasiones, además de las lagunas de la legislación autonómica.

En la actualidad, la norma básica de la Comunidad está constituida por la Ley 2/2002, de 7 de febrero, por la que se establecen y regulan las diversas modalidades de viviendas de protección pública en Castilla-La Mancha, si bien se limita a establecer líneas muy generales y a habilitar su desarrollo reglamentario, lo que ha tenido lugar mediante el Decreto 3/2004, de 20 de enero, que ha sufrido varias modificaciones desde su entrada en vigor: la primera, por el Decreto 38/2006, de 11 de abril, del que luego hablaremos, en segundo lugar, por el Decreto 109/2008, de 29 de julio, y, por último hasta ahora, por el Decreto 173/2009.

Además, hay que tener presente diferentes preceptos de la LO-TAU que regulan aspectos de la materia, en especial sus arts. 24 y 83.

La legislación estatal se contiene, fundamentalmente, en el Real Decreto-Ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre Política de Viviendas de Protección Oficial, desarrollado por el Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, y completado en todo lo no derogado por el Texto Refundido de 12 de noviembre de 1976 y el Reglamento de 24 de julio de 1968.

2.- Con arreglo a su contenido, la legislación en la materia puede dividirse entre la que recoge la regulación sustancial y de fondo del régimen jurídico de estas viviendas, frente a la que sólo contempla las previsiones económicas de ayuda a sus destinatarios, estableciendo diversas vías de financiación para su acceso. Igual que en el caso anterior, esta normativa puede ser estatal o autonómica, aunque en ambos casos se caracteriza por su temporalidad, ya que su vigencia queda limitada al periodo de planificación previsto. Actualmente, la legislación nacional se contiene en el Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012² y tiene su paralelo autonómico en el Decreto 173/2009, de 10 de noviembre de 2009, por el que se aprueba el V Plan Regional de Vivienda y Rehabilitación de Castilla-La Mancha 2009-2012, que completa las ayudas previstas en el primero para el ámbito de la Comunidad³.

El problema de esta legislación temporal estriba en que no deja de contener previsiones que exceden de su periodo de vigencia, incidiendo en la regulación material sin que en muchas ocasiones sea sencillo deslindar su verdadero alcance. No obstante, en general puede señalarse que las medidas previstas para la financiación se limitan a la adquisición concreta a que se refieren, sin que, una vez agotada la operación, trasciendan a su régimen jurídico⁴.

Con arreglo a toda esta legislación, la finalidad que este trabajo pretende no es la de exponer toda la materia, sino sólo lo relativo a su relación con el Registro de la Propiedad y, en especial, las limitaciones que impone a una de las facultades dominicales básicas (el art. 348 CC define a la propiedad como el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes) como es la libre disposición, esto es, la libertad del dueño de enajenar o no sus bienes en las condiciones y a favor de quien estime pertinente.

De todo ello se pueden extraer los aspectos más relevantes siguientes.

CLASIFICACIÓN

Las Viviendas de Protección Pública según el Decreto 3/2004 –que no sigue fielmente el art. 2 de la Ley 2/2002- pueden clasificarse fundamentalmente en cuatro categorías distintas, conforme a su art. 2:

-Viviendas de Protección Oficial (VPO), de conformidad con su normativa propia, esto es, el RD-Ley 31/1978 y demás. Pueden ser de tres subtipos distintos (arts. 8 y 9 del Decreto 173/2009), en función de los ingresos de sus destinatarios: de régimen especial, de régimen general y de régimen concertado.

-Viviendas Expresamente Protegidas (VEP), las cuales pueden serlo por dos vías:

- en virtud de normativa específica (entiendo que en este caso estarían incluidas las viviendas rurales derivadas de procedimientos de colonización, viviendas militares o de funcionarios, o viviendas universitarias).

- o en virtud de norma de desarrollo de planes de vivienda de ámbito estatal o autonómico.

-Viviendas de Precio Tasado (VPT). Son todas las demás que se promueven en los suelos destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección por exigencias del planeamiento municipal, por formar parte de patrimonios públicos o por haber sido enajenados por las administraciones o empresas públicas. Estas últimas son una especie de cajón de sastre que permite cumplir la exigencia de promover viviendas protegidas que imponen las normas urbanísticas, sin someterlas a los límites que se derivarían del régimen de VPO o VEP en materia de requisitos personales de los adquirentes o en la superficie máxima.

-Viviendas de Iniciativa Público-Privada (VIPP). Es una categoría añadida por el Decreto 109/2008 que comprende las viviendas con protección pública específicas de la Comunidad de Castilla-La Mancha, de nueva construcción, promovidas y construidas por promotoras privadas sobre suelos de su propiedad no reservados obligatoriamente a la promoción de viviendas con protección pública, y que han sido calificadas como tales por la Junta.

En todos los casos, cuando las viviendas sean promovidas por la Junta de Castilla-La Mancha (ya lo sea de manera directa por la Consejería competente en materia de vivienda, “semidirecta” a través de Empresas Públicas adscritas a la Administración regional, o convenida con cualquier otra Administración o Entidad pública) reciben el nombre de Viviendas de Promoción Pública. Junto a ellas aparecen las Viviendas de Promoción Concertada, a que se refiere el art. 43-bis del Decreto 3/2004, que permite a la Junta colaborar con promotoras privadas en la promoción de viviendas mediante la transmisión a las mismas de suelo público. En uno y otro caso están sujetas a normas específicas, además de las generales derivadas de ser VPO, VEP o VPT. Sin que luego tenga mayor importancia el nombre, ambos tipos –viviendas de promoción pública y viviendas de promoción concertada- se engloban bajo la denominación de “Viviendas de Iniciativa Pública Regional” por el art. 6 del Decreto 173/2009.

DURACIÓN

La duración de los regímenes aplicables a las diferentes VPP, durante la que se encuentran vigentes las limitaciones a que haremos referencia, se prevé en el art. 15 del Decreto 3/2004 y depende del tipo de vivienda:

- en las VPO, por prescripción del artículo 6 del Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012 (que reitera el art. 8 del Decreto 173/2009), la duración del régimen de protección, que excluye descalificación voluntaria, será de carácter permanente mientras subsista el régimen del suelo, si las viviendas hubieran sido promovidas en suelo destinado por el planeamiento a vivienda protegida, o en suelo dotacional público, y, en todo caso, durante un plazo no inferior a 30 años, y de 30 años si las viviendas hubieran sido promovidos en otros suelos. Los plazos, en su caso, se cuentan a partir de su calificación definitiva.

- para las VEP, la duración que se establezca en la normativa que les sea de aplicación. En concreto, para las edificadas al amparo de los vigentes planes de vivienda nacional y regional es de 10 años, por cuanto el art. 5.1.b) del RD 2066/2008 dispone que: “La transmisión «ínter vivos» o cesión del uso de las viviendas y de sus anejos, por

cualquier título, antes del transcurso de 10 años desde la fecha de la formalización de la adquisición, requerirá autorización de las Comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, que podrá otorgarse en los supuestos y según las condiciones y procedimientos establecidos por éstas, salvo en caso de subasta y adjudicación de la vivienda por ejecución judicial del préstamo. Durante el mismo plazo, se requerirá la previa cancelación del préstamo y, si se hubieran obtenido ayudas financieras, el reintegro de las mismas a la Administración concedente, más los intereses legales. Este precepto se encuentra concretado por el art. 20.2 del Decreto 173/2009, conforme al cual: “La transmisión inter vivos o cesión del uso de las viviendas y de sus anejos, por cualquier título, antes del transcurso de 10 años desde la fecha de la formalización de la adquisición, requerirá autorización administrativa, salvo en caso de subasta y adjudicación de la vivienda por ejecución judicial del préstamo. Durante este plazo se requerirá la previa cancelación del préstamo y, si se hubieran obtenido ayudas financieras, el reintegro de las mismas a la Administración concedente, más los intereses legales. La autorización exigida en el párrafo anterior podrá concederse en los siguientes supuestos: a) En viviendas destinadas para alquiler cuya titularidad corresponda a entidades sin ánimo de lucro y sociedades que incluyan en su objeto social el alquiler de viviendas. b) Por cambio de localidad de residencia de la persona titular de la vivienda. c) Por necesidad de una vivienda de mayor superficie o más adecuada a necesidades específicas, por el incremento del número de miembros de la unidad familiar para supuestos de familias numerosas, por discapacidad sobrevenida de uno de sus miembros o en el caso de personas mayores de 65 años. d) Para personas dependientes o con discapacidad oficialmente reconocida, y familias con dependientes a su cargo, mujeres víctimas de violencia de género o víctimas del terrorismo, que deseen trasladarse a otro alojamiento más adecuado a sus necesidades específicas. e) Cuando concurren otros motivos extraordinarios debidamente justificados. Una vez transcurridos 10 años desde la formalización del contrato de compraventa, la transmisión inter vivos o la cesión del uso de la vivienda y de sus anejos, conllevará la pérdida de la condición de convenido del préstamo, en su caso, pudiendo la entidad concedente decidir su resolución.

-las VPT:

- 10 años desde la declaración definitiva, cuando se edifiquen sobre suelo reservado por el planeamiento municipal para la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección.

· y 20 años, cuando se edifiquen sobre suelo que forme parte del patrimonio público, esté catalogado como suelo residencial público, tenga reconocidas ayudas públicas a su adquisición o urbanización o se trate de suelo enajenado por la administración o empresas públicas.

- para las VIPP no se prevé específicamente la duración de su régimen. Cuando se establezcan ayudas económicas para su adquisición habrá que estar a la duración del régimen aplicable a éstas, como pudiera ser el derivado de los diferentes planes de vivienda a cuyo amparo se hayan edificado.

Además de lo anterior, y aplicable específicamente a las viviendas usadas que reciban ayudas dentro del marco del Decreto 173/2009, conforme a su D.A. 4ª la duración de su régimen será de 15 años a contar de la fecha de visado del contrato o el de la duración del préstamo convenido si fuera superior.

Por último, la D.T. 7ª del Decreto 173/2009 acaba con las dudas sobre la vigencia y duración del régimen de protección como VPO de las calificadas con anterioridad al RD-Ley 31/1978, al disponer expresamente su limitación a 30 años desde la calificación definitiva, transcurridos los cuales se entienden caducadas las afecciones que por tal motivo consten en registros públicos, es decir, en el de la Propiedad.

LIMITACIONES EN SU ENAJENACIÓN

Es donde se dan las especialidades más notables de la materia.

En la primera transmisión, es preciso obtener el visado del contrato por la Junta de CLM –Delegación Provincial de la Consejería de Obras Públicas-, consistente en el reconocimiento administrativo del cumplimiento de los requisitos personales del adquirente y las condiciones esenciales del contrato (art. 23).

El mecanismo del visado es el siguiente (art. 23):

- firma de contrato privado.
- presentación del mismo durante el mes siguiente para su visado.
- concesión del visado en un plazo máximo de tres meses. Aunque nada se dice en el Decreto para este caso, entiendo que, como en la concesión de la calificación provisional o definitiva, el silencio es positivo.
- escritura pública, a otorgar en el plazo de tres meses desde el visado.

En ningún caso se permite el otorgamiento de la escritura pública sin la previa obtención del visado.

Entiendo que esta exigencia de visado (que entraña una autorización administrativa previa a la primera enajenación) constituye un requisito que, si bien no afectaría a la validez civil del contrato, sí entraría dentro del ámbito de calificación registral, por lo que creo necesario exigir su acreditación.

Las segundas y sucesivas transmisiones están sujetas al mismo requisito del visado (art. 25) y, además [durante el plazo de 10 años y si procede por haberse concedido ayudas conforme a planes de vivienda], a una prohibición de enajenar, que puede la Junta dejar sin efecto por concurrir motivos justificados y debidamente acreditados como los previstos en el art. 20.2 del Decreto 173/2009.

La autorización de la Junta no altera el régimen de protección a que esté sujeta la vivienda por el tiempo que quede y, además, es imprescindible para su concesión la devolución de cualquier ayuda percibida y la cancelación del préstamo cualificado en su caso.

Por si no fuera suficiente esta doble limitación (necesidad de visado y prohibición de enajenar), las transmisiones de VPP están además sujetas a un derecho de tanteo y retracto en favor de la Junta (art. 26).

El derecho de tanteo se puede ejercer en el plazo de 90 días naturales a contar de que se notifique de forma fehaciente (absurdo, basta con presentar en la ventanilla administrativa competente la documentación necesaria, sin que sea precisa acta notarial de notificación) la deci-

sión de vender, condiciones esenciales de la venta, y nombre domicilio y circunstancias del que pretende adquirir la vivienda.

Como el régimen del visado sigue en pie, entiendo que éste y el tanteo se solapan, es decir, que si se acredita la concesión del visado, la misma implica necesariamente que se ha notificado a la Junta la intención de vender y, por tanto, se ha cumplido la obligación de notificar para el tanteo. De hecho, así se prevé para las VPP que también sean VPromP en el art. 61, aunque parece dar a entender que puede pedirse autorización sin ofrecimiento de tanteo, lo cual carece de sentido.

Además, la Junta dispone de un derecho de retracto a ejercer en los 90 días naturales siguientes a la notificación que el adquirente debe hacerle; este derecho procede cuando no se hubiera efectuado notificación para el tanteo o se hubieran omitido alguno de sus requisitos o resulte distinto el precio o condiciones de la venta.

El régimen del tanteo entiendo que es calificable por el Registrador, aunque viene facilitado su control por estar subsumido en la exigencia del visado, como dije antes.

La observancia del retracto, aunque es una obligación posterior del adquirente, entiendo que ha de exigirse igualmente (como en el caso de los arrendamientos, por ejemplo) al calificar la transmisión, de modo que, aunque haya visado, habrá de acreditarse la notificación a la Junta, como requisito imprescindible para la inscripción de la venta. Ello salvo que coincidan los requisitos de la compraventa con los del visado.

Ambos derechos de tanteo y retracto han de figurar en las correspondientes declaraciones o calificaciones de la vivienda como VPP y, a mi entender, también en la correspondiente inscripción registral de tal declaración o calificación y en el mismo asiento en que éstas consten.

Igualmente, entiendo que si la declaración o calificación como VPP no contiene la reserva expresa de tales derechos, su falta constituye defecto subsanable, por contravención del art. 13.4.c del Decreto.

Éste régimen de visado, prohibición de enajenar, tanteo y retracto se aplica tanto a las VPP de promoción privada como a las que promueva la Junta. Pero, a éstas últimas se les aplica un régimen particularizado en el art. 61, que tiene como particularidades las siguientes:

-en vez de visado se habla de autorización, pero en puridad constituyen lo mismo.

-en ningún caso pueden ser objeto de descalificación (art. 44.5) y su plazo de duración es permanente.

-los adquirentes en primera y sucesivas transmisiones han de cumplir los requisitos personales especiales que se les exigen, más estrictos que los que en general se establecen.

RÉGIMEN TRANSITORIO

Para dulcificar la revolución que este cambio de régimen entrañaba, las exigencias vistas no se aplicaron de forma indiscriminada en un principio. En general y en la redacción original del Decreto 3/2004 (DT 1^a), sólo eran exigibles a las VPP con solicitud de declaración o calificación presentada a partir de su entrada en vigor (13/febrero/2004)⁵.

Por excepción (DT 3^a del citado Decreto), las VPP de promoción pública cualquiera que fuera la fecha de su calificación como tales sí estaban sujetas a la exigencia de autorización previa a su venta, con ofrecimiento de tanteo y sólo podrán transmitirse pasados cinco años desde su compraventa (serían 10 aplicando el nuevo régimen).

El Decreto 3/2004 fue modificado por el Decreto 38/2006, con lo que el régimen aplicable cambió sustancialmente.

En primer lugar, implantó la regla (art. 27.7 Decreto 38/06) de que “la venta y adjudicación de las viviendas acogidas a este Decreto habrá de efectuarse a demandantes inscritos en el Registro de Demandantes de Vivienda con Protección Pública...”. Se sustituye así el control caso a caso por un sistema de control previo de los posibles adquirentes a la hora de practicar su inscripción en ese Registro de Demandantes, en función de su situación económica, personal y familiar. Ahora bien, en tanto no esté en funcionamiento tal Registro de nueva creación sigue vigente la exigencia de previa autorización individual (art. 84.4 y D.T. 8^a Decreto 38/06).

Una vez implantado el Registro de Demandantes, para conseguir la autorización administrativa bastará acreditar que el adquirente es demandante de vivienda social y como tal figura en el citado Registro. Pero este requisito es interno y a efectos administrativos, puesto que exter-

namente y fundamentalmente de cara al Registro de la Propiedad sigue siendo necesaria la autorización individual de la Delegación Provincial de la Consejería de Vivienda y Urbanismo.

Esta norma ha sido reiterada por el art. 5.2. del Decreto 109/2008, para las VIPP conforme al cual los destinatarios “deberán estar inscritos en el Registro de Demandantes ... “

Este Registro de Demandantes es objeto de una minuciosa regulación en los arts. 84 y siguientes del Decreto 38/06, que es la única parte que mantiene vigencia tras el Decreto 173/2009.

En segundo lugar, cambia el régimen transitorio de las nuevas disposiciones:

-con el Decreto 3/2004, sólo se aplicaban a las viviendas sociales de promoción pública CUALQUIERA QUE FUESE SU FECHA de calificación, pero a las de promoción privada sólo a las que fuesen objeto de calificación como tales después de su entrada en vigor (con el alcance antes dicho). Ello resultaba así del juego de las D.T. 1ª (“*será de aplicación a todas las viviendas con protección pública cuya solicitud de declaración o calificación se presente a partir de la entrada en vigor ...*”) y 3ª (“*dichas viviendas [las de promoción pública existentes a la entrada en vigor del Decreto] sólo podrán transmitirse ... de conformidad con lo previsto en el art. 61.2 ...*”) y su remisión a este art. 61.2 (“*el vendedor deberá solicitar previamente ... autorización de la transmisión y del precio máximo a percibir...*”).

-con el Decreto 38/2006, en cambio, se ha extendido el régimen “*intervenido*” a TODAS LAS VIVIENDAS DE PROTECCIÓN PÚBLICA, por cuanto su D.T. 8ª dispone: “*... las segundas y posteriores transmisiones de las viviendas con protección pública promovidas al amparo de planes de vivienda estatales o autonómicos anteriores [por tanto, ya no distingue promoción pública o privada], se realizarán con sujeción a los requisitos y trámites previstos en el capítulo III del Título I del Decreto 3/2004...*”. Esta remisión implica la aplicación de los arts. 15 y siguientes, en especial del art. 26.7: “*en todo caso, mientras esté vigente el régimen de protección de las viviendas, para las segundas y posteriores transmisiones intervivos de la propiedad de las mismas será necesario obtener el visado de la Delegación Provincial de la Consejería de Vivienda y Urbanismo...*”.

Por último, el régimen expuesto es compatible y acumulativo con la prohibición de enajenar que pesa sobre aquéllas viviendas que hayan obtenido algún tipo de ayudas y que les afecta durante los diez primeros años a contar de la fecha de formalización de la adquisición (el art. 25 del Decreto 3/2004 cuenta el plazo desde la fecha de calificación). Si bien la autorización para la venta parece implicar el levantamiento de esta prohibición, lo cierto que es que esta segunda tiene dos exigencias adicionales que la simple autorización no cumple:

- señalar un motivo justificado y debidamente acreditado.
- previa devolución de las cantidades y ayudas que hubieran podido obtenerse, con sus intereses legales.

Por ello, si de la simple autorización no resultan, además, estos requisitos, será precisa una autorización específica que levante la prohibición. Así parece resultar del juego de los párrafos 6 [autorización previa que deje sin efecto la prohibición] y 7 [autorización en general para la venta de toda vivienda social] del art. 25 del Decreto 3/2004.

NOTAS:

1 Art. 148.1.3^a de la Constitución [“las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias ... ordenación del territorio, urbanismo y vivienda”], art 31.1.2^a del Estatuto de Autonomía (Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, modificada por Ley Orgánica de 3/1997, de 3 de julio) [“la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha asume las siguientes competencias exclusivas: ... ordenación del territorio, urbanismo y vivienda”] y art. 149.3 in fine de la misma Constitución [“el Derecho estatal será en todo caso supletorio del de las CC.AA”].

2 que ha sustituido al anteriormente vigente RD 801/2005, de 1 de julio, que aprobó el Plan Estatal 2005-2008, para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda.

3 y que ha sustituido al antes vigente Decreto 38/2006, de 11 de abril, que regulaba en el ámbito de Castilla-La Mancha el Plan Estatal

de Vivienda 2005-2008 y el IV Plan Regional de Vivienda y Suelo de Castilla-La Mancha horizonte 2010.

4 Ese espíritu es el que informa la D.F. 7ª del Decreto 173/2009, al señalar que “las viviendas calificadas o declaradas conforme al presente Decreto se regirán por las prescripciones establecidas en el mismo y, en cuanto no se oponga a él, por lo establecido en el Decreto 3/2004 Supletoriamente se aplicarán las demás normas de Derecho Administrativo”.

5 Debe tenerse en cuenta que la exigencia no es por la fecha de calificación o declaración, sino de la solicitud. Por tanto, aunque la resolución administrativa sea posterior, si se ha pedido antes, no eran exigibles los requisitos vistos.

EL DELITO DE INCENDIO: SU EVOLUCIÓN DESDE EL DERECHO ROMANO HASTA NUESTRO VIGENTE CÓDIGO PENAL

José Antonio Martínez Vela

Universidad de Castilla-La Mancha

Josefa Rueda Guizán

Secretario Judicial de la Audiencia Provincial de Albacete

Tal y como señaló recientemente la Prof. MARLASCA MARTÍNEZ los incendios «han tenido que ser tan viejos como el descubrimiento del fuego»¹, siendo nuestra intención con este trabajo tratar de proporcionar una visión histórica respecto a cómo ha sido la evolución de la tipificación penal de esta figura delictiva hasta llegar a la vigente regulación –cuya última reforma tuvo lugar en el año 2003–, partiendo de cuál fue su regulación en el antiguo Derecho Romano –antecedente principal de la mayor parte de las legislaciones modernas, incluida la española–, y continuando con un breve análisis de cuál y cómo fue la recepción que de dicha legislación romana se produjo en nuestro país en la Edad Media y en la Edad Moderna.

I.- EL DELITO DE INCENDIO EN EL DERECHO ROMANO

A diferencia de lo que sucede con relación a otros ordenamientos jurídicos antiguos², ya es posible encontrar huellas del incendio como tipo delictivo autónomo en la más antigua fuente del Derecho Romano: la ley de las XII Tablas³; ciertamente, nuestro conocimiento sobre esta ley de las XII Tablas es fragmentario, pues no han llegado directamente hasta nosotros, si bien a través del análisis de los distintos testimonios de las mismas conservados en numerosos textos jurídicos y literarios ha sido posible proceder a una reconstrucción de la misma. Así, parece ser que dentro de las citadas XII Tablas, la Tabla VIII se encontraba dedicada a regular las especificidades propias del Derecho Penal, pudiéndose leer en uno de los fragmentos atribuidos a la citada Tabla:

El que incendiare una construcción o un depósito de grano situado junto a una casa, se manda (en las XII Tablas) que, atado y azotado, sea quemado vivo si lo hubiera hecho a sabiendas y deliberadamente; en cambio, si por casualidad, esto es, por negligencia, se manda o que resarza el perjuicio o, si no fuera solvente, que sea castigado con más lenidad⁴.

Ésta es, sin duda, la más antigua tipificación que se nos ha conservado con relación al delito de incendio, desprendiéndose claramente de la misma cómo se persiguen fundamentalmente aquellos incendios en los cuales se haya puesto en peligro gravemente la vida de las personas –al incendiarse un edificio–, o bien supongan una importante pérdida patrimonial para la economía familiar –el incendio del depósito de grano. Este último supuesto no hace sino incidir en uno de los principales rasgos que caracteriza gran parte de la regulación de las XII Tablas: el carácter eminentemente agrario de la sociedad romana de época arcaica⁵, siendo una clara consecuencia de ello que la citada ley regule esencialmente aquellos aspectos que afectan al mundo agrícola, es decir, a aquel de cuya explotación depende la subsistencia económica de la sociedad. Así, junto al citado precepto referente al incendio, es posible encontrar otros muchos dirigidos a sancionar conductas que pudieran lesionar o disminuir los intereses de los propietarios rústicos, de los agricultores:

El que mediante conjuros hubiera hecho pasar los frutos del campo ajeno al propio⁶;

Ni atraigas mediante conjuros la cosecha ajena⁷

A un púber, por pastar o segar de noche frutos obtenidos mediante el arado, se le castigaba con la muerte en las XII Tablas, las cuales mandaban sacrificar al culpable a Ceres en la horca; a un impúber, según criterio del pretor, a sufrir azotes, a la reparación del daño, o al doble⁸

Se previó en las XII Tablas que quien con daño talare (árboles) ajenos pagase 25 por cada árbol⁹.

El pastar o cortar frutos furtivamente de noche, era sancionado por las XII Tablas con la muerte en la horca en honor a Ceres; más gravemente que el homicidio¹⁰.

Junto a lo anterior, la regulación contenida en las XII Tablas con relación al incendio, evidencia también cómo en éstas ya se diferencia en

cuanto a la penalidad a imponer según que el comportamiento subjetivo del autor haya sido doloso o meramente culposo, de modo que sólo es sancionado con la pena de muerte por vivicombustión –en base a la idea de retribución- el incendiario doloso, mientras que para el culposo se limita a exigirle una indemnización pecuniaria suficiente para resarcir al dueño de los perjuicios y daños sufridos, la cual únicamente será sustituida por otra pena más aflictiva para el autor del hecho criminoso en caso de resultar éste insolvente, sin que –en ningún caso- pueda llegarse a la imposición de la pena capital.

Evidentemente, Roma evolucionó desde un punto de vista social y económico hacia formas muy alejadas de esa sociedad eminentemente rural que fue en sus orígenes, hasta el punto de que incluso desde mediados del siglo III a.C., y sobre todo a partir de finales del siglo I a.C. y en el siglo I d.C., los incendios pasaron a convertirse en una de las mayores preocupaciones para los habitantes de la Urbe, siendo claramente reveladoras de esta situación las siguientes palabras del escritor del siglo II d.C. Juvenal, quien afirmaba:

*Yo prefiero incluso la isla de Próquita a la Suburra, pues... ¿has visto algo tan desolado, tan mísero en aquella isla, como para no considerar peor el horror de los incendios, de los continuos derrumbamientos de techos, de los mil peligros de la inhóspita Roma y de los poetas recitando en el mes de Agosto?*¹¹

Son así numerosos los ejemplos que han llegado hasta nosotros de incendios que causaron importantes daños en la ciudad, como por ejemplo el que afectó en el año 241 a.C. el Templo de Vesta, o el que lo hizo en el 210 a.C. a las *tabernae argentariae* situadas en la zona norte del Foro, o el que en el 83 a.C. afectó al *Capitolium vetus*, o, el que en el año 52 a.C. terminó con la *Basilica Porcia*; incluso dichos incendios fueron frecuentes en época de Augusto, el cual según podemos leer en sus *Res Gestae Divini Augusti* debió proceder a la reconstrucción del Foro y la *Basilica Julia* como consecuencia de un incendio que afectó a ambos durante su construcción¹².

Frente a estos incendios, parece ser que originariamente en Roma –al carecerse de un cuerpo de “bomberos” oficial- la labor de su extinción quedaba básicamente en las manos de los propios afectados, tal y como con gran detalle describe APULEYO:

Crísero sube al tejado de su tugurio y desde allí, con toda la fuerza de sus pulmones, chilla y pide auxilio a sus vecinos, llamando a cada uno por su nombre y recordándoles que está en juego la vida

*de todos; difunde la noticia de que un violento incendio se ha apoderado de su casa. Así, cada uno se alarma ante la proximidad del inminente peligro y todos corren angustiados a prestar socorro*¹³;

No obstante, parece ser que también fue frecuente la existencia de cuadrillas de esclavos que –a cambio de una remuneración económica que debía ser satisfecha a sus propietarios- se encargaban de dicha labor, alcanzando ciertamente algunas de estas cuadrillas un importante grado de especialización, destacando –sin duda- las que formó a mediados del siglo I a.C. Marco Licinio Craso¹⁴, si bien el comportamiento de éste no puede ser calificado como de “desinteresado” hacia los habitantes de la ciudad, pues dichos esclavos en cuanto veían la más mínima señal de que se hubiera desencadenado un incendio en la ciudad avisaban a su propietario y se dirigían rápidamente hacia el lugar, entrando Craso en negociaciones tanto con el dueño del edificio incendiado como con los colindantes para adquirírselos, presionándoles con un precio cada vez menor conforme avanzaba el incendio, hasta que lograba quedarse con ellos a un bajo precio, beneficiándose así de la ruina de los demás¹⁵.

El primer paso hacia la constitución de un auténtico cuerpo de bomberos dependiente de la autoridad pública hay que situarlo en la época de Augusto, en concreto, su antecedente inmediato estaría en la actuación del ciudadano romano Rufo Egnacio, quien decidió mientras ejercitaba la Edilidad¹⁶ que sus propios esclavos se dedicaran precisamente a sofocar cualquier incendio que pudiera producirse en la ciudad, si bien –nuevamente- sus motivos no eran tampoco desinteresados, pues tal decisión la tomó con la intención de ganarse el apoyo de los ciudadanos con vistas a su futura carrera política¹⁷.

Ciertamente ha de atribuirse a Augusto¹⁸ la decisión de establecer el primer cuerpo de bomberos estable y oficial del mundo antiguo, los denominados *Vigiles*¹⁹, a cuyo frente situó un funcionario imperial denominado *Praefectum Vigilum*, tal y como nos relata el jurista del siglo II d.C. Paulo, en un texto de su *libro singulari de officio praefecti vigilum* que se nos ha conservado en el Digesto:

*Habiéndose declarado varios incendios en un mismo día; [Augusto] porque creyó que el cuidar de la salud de la República a nadie convenía más que al mismo César, y que nadie como él se bastaba para tal objeto. Así pues, constituyó siete cohortes en lugares oportunos, para que cada cohorte cuidase de dos regiones de la ciudad, habiéndolas encomendado a Tribunos, y sobre todos ellos a un Varón respetable, que se llama Prefecto de los Vigiles*²⁰

Por otro lado, de la lectura de otros fragmentos que también han llegado a nosotros del citado *libro singulari de officio praefecti vigilum* de Paulo, se evidencia claramente que los *vigiles* tenían como principal misión evitar los incendios e impedir su propagación por la ciudad²¹, adoptando todas las medidas necesarias para ello, pudiendo leerse en Paulo:

Se manda que amoneste a todos los inquilinos, para que tengan cuidado de que no ocurra algún caso de incendio por algún descuido, y además se manda que les amoneste para que cada inquilino tenga agua en su habitación²²

Precisamente, respecto a estos descuidos que podían ocasionar importantes incendios en la ciudad, es claramente revelador un epigrama de Marcial:

*Ves que soy de madera; si no vigilas la llama, tendrás
en vez de candelabro una enorme lámpara²³*

Además, para sofocar los incendios que se desencadenaban –junto a otras herramientas²⁴–, los *vigiles* solían ir provistos de hachas que les posibilitaran realizar rápidamente cortafuegos²⁵, pues la mayor parte de los incendios se producían en Roma al estar construidos muchos edificios en madera y no respetarse las distancias de separación que debían existir entre los distintos edificios, lo cual conllevaba que un incendio en una casa rápidamente pudiera propagarse a la vecina, pudiendo convertirse un pequeño conato en una auténtica catástrofe²⁶. Con relación a esto último, es interesante referir que el Derecho Romano otorgaba su protección tanto a la autoridad pública, como al particular, que con motivo de la existencia de un incendio, habían –para contener dicho incendio– derribado un edificio ajeno²⁷, considerando que en tal hipótesis si dichos sujetos fueran procesados debían ser absueltos de cualquier eventual daño o perjuicio que hubieran podido ocasionar:

Duda Aquilio Galo si debe oponerse la excepción de “si no se hizo para impedir un incendio”, y dice Servio Sulpicio Rufo que, si lo hubiese hecho un magistrado, debe darse tal excepción, pero que no debe concederse lo mismo a un privado, y que si se hizo algo con violencia o clandestinamente y el fuego no hubiese llegado hasta aquella casa, debe hacerse la estimación por el justo valor, y si el fuego hubiese llegado hasta allí debe absolverse al demandado; y dice que lo mismo vale si se hubiese ejercitado la acción de la ley Aquilia por daño injusto, ya que no se considera haber daño injusto cuando la casa derribada por temor al incendio tenía que perderse igualmente a causa del incendio²⁸

Con el paso del tiempo, de modo progresivo, este tipo de organización sufragada con fondos públicos y destinada a sofocar los incendios que pudieran provocarse dentro de las ciudades, debió extenderse fuera de la ciudad de Roma, tal y como evidencia una de las cartas que Plinio el Joven dirigió al emperador Trajano, solicitando precisamente permiso para su constitución²⁹. En todo caso, parece evidente que cuando el incendio alcanzaba importantes dimensiones, incluso los *vigiles* resultaban insuficientes para hacer frente al mismo, debiéndose adoptar medidas excepcionales, tal y como nos relata Suetonio que sucedió en una ocasión en época del emperador Claudio:

*Cuando el barrio Emiliano se vio afligido por un voraz y persistente incendio, [...] y como resultara insuficiente el número de soldados y esclavos de que disponía, encargó a los magistrados que convocasen a la plebe de todos los distritos y, después de colocar a su alcance cestas llenas de dinero, exhortó a todos a prestar ayuda, pagando en dinero contante y sonante una cantidad en consonancia con los servicios de cada uno*³⁰

Por otro lado, respecto a los *vigiles* y su actuación, hemos también de indicar que el funcionario situado a su cabeza, el citado *Praefectus Vigilum*, asumió competencias a la hora de perseguir a las personas que ocasionaban un incendio en el interior de la ciudad, si bien dicha competencia era bastante limitada, pues sólo era competente para conocer de aquellos incendios ocasionados de modo culposo, esto es, como consecuencia de un comportamiento negligente, careciendo de competencia para perseguir penalmente a los autores de un incendio doloso, cuya persecución se dejaba en manos del más alto funcionario imperial existente en la ciudad, el *Praefectus Urbi*, según se evidencia claramente de un rescripto atribuido a Septimio Severo y Caracalla, citado por el jurista Ulpiano en su *libro singulari de officio Praefecti Urbi*:

*Los Emperadores Severo y Antonino se dirigieron por rescripto en esta forma a Junio Rufino, prefecto de los Vigiles: «Puedes mandar que sean apaleados o azotados los habitantes de casas aisladas y los de otras, que por negligencia hubieren tenido incendios en ellas; más remitirás a Fabio Cilón, Prefecto de la ciudad, nuestro amigo, aquellos que fueran convictos de haber causado el incendio con dolo [...]»*³¹,

apareciendo esta misma división de competencias entre el *praefectus vigilum* y el *praefectus urbi*, así como la flagelación como sanción para el incendiario culposo, en el ya citado *libro singulari de officio praefecti vigilum* de Paulo:

Conoce el Prefecto de los Vigiles de los incendiarios, descerrajadores, ladrones, rateros y encubridores, salvo si fuera alguna persona tan atroz y tan famosa, que se remita al Prefecto de la Ciudad. Y como las más de las veces ocurren los incendios por culpa de los habitantes, o castiga con azotes a los que con mucha negligencia tuvieron el fuego, o conminándolos con una severa reprensión les perdona el castigo de los azotes³²

Precisamente esta competencia del *Praefectus Urbi* con relación a los incendios dolosos acaecidos en la ciudad, entró en juego en uno de los más conocidos –quizás, en parte, gracias a la célebre escena de la película *Quo Vadis*- de todos los incendios que asolaron la ciudad de Roma a lo largo de su historia³³, y que prácticamente destruyó la ciudad, ya que «de las catorce regiones en que Roma está dividida, cuatro permanecieron intactas, tres estaban arrasadas hasta los cimientos, y de las otras siete quedaban sólo algunos restos de edificios agrietados y semicalcinados»³⁴. Nos estamos refiriendo al que tuvo lugar en el año 64 d.C., siendo Nerón emperador, y el cual –por otro lado- tuvo la virtud de permitir una nueva urbanización de la ciudad mucho más moderna y lujosa, como puso de relieve pocos años después Marcial en otro de sus epigramas:

*Como el fuego renueva el nido asirio,
cada vez que un ave ha vivido diez siglos,
así una nueva Roma se ha despojado de su añosa vejez
y tomó ella misma el aspecto de su soberano.³⁵*

aunque, como nos recuerda Tacito, existieron voces críticas, pues:

había quienes creían que el antiguo trazado era más saludable, porque lo angosto de las calles y la altura de los edificios no permitían pasar los rayos del sol, mientras que ahora los amplios espacios abiertos, sin sombra alguna que los protegiera, ardían con un calor más sofocante³⁶

No es éste el lugar para detenernos en un análisis detallado de todas las cuestiones referentes al mismo, simplemente indicar que de igual modo que es innegable en las fuentes literarias el rechazo hacia la autoría de los cristianos, parece que debe también rechazarse que se originase bajo instrucciones del emperador Nerón³⁷, el cual incluso adoptó

numerosas medidas dirigidas a tratar de paliar y mejorar la situación de los ciudadanos víctimas del mismo³⁸, si bien existen más dudas con relación a cuál fue la actitud del emperador una vez que el incendio se descontroló, en el sentido de que sí parece factible que decidiera servirse de él con vistas a sus propios fines urbanísticos, pues las fuentes sí conservan el recuerdo de que hubo momentos en los cuales nadie se atrevía a luchar contra el incendio por las amenazas de numerosas personas que les prohibían apagarlo³⁹.

Dejando ya al margen esta regulación de los servicios de prevención y extinción de incendios en el mundo romano, y volviendo a la persecución penal de los mismos y su tipificación, hemos de indicar que conforme avanzaron los siglos –lógicamente- el conciso precepto contenido en las XII Tablas se hizo insuficiente, a la par que llegó a considerarse excesiva la dureza con la cual era tratado el reo⁴⁰.

Así, con relación al delito de incendio se promulgaron a lo largo de toda la época preclásica y clásica numerosas disposiciones, hasta el punto de poderse hablar de una regulación bastante amplia, si bien la misma se caracteriza por su heterogeneidad, encontrándose además muy dispersa como consecuencia de que los jurisconsultos romanos consideraron que debía distinguirse en cuanto a su sanción dos hipótesis muy diversas: según que el incendio conllevara un peligro de muerte para las personas, o un simple daño en la propiedad, de modo que en la primera hipótesis pasaron a incluirlos dentro del ámbito de la *lex cornelia de sicariis et veneficiis*, esto es, en la regulación genérica referida al homicidio⁴¹; mientras que con relación a la segunda al considerarlo como daño cualificado lo incluían dentro de los delitos extraordinarios⁴².

En concreto, en el primer párrafo del Título VIII, Libro XLVIII del Digesto, dedicado a la *lex Cornelia de sicariis et veneficiis*, podemos leer:

Queda sujeto a la ley cornelia sobre sicarios y envenenadores el que diera muerte a un hombre, aquel con cuyo dolo malo se cometió un incendio, el que anduviera armado para matar a alguien o cometer un hurto, y el magistrado que, teniendo jurisdicción pública, procurara que se diera un falso testimonio con el fin de acusar y condenar a alguien⁴³,

añadiendo posteriormente el párrafo 10 del citado título:

Si alguien hubiera incendiado dolosamente una casa de viviendas mía, es castigado como incendiario con la pena capital,

mientras que en una constitución del Emperador Filipo El Árabe, fechada en el año 244 d.C., puede leerse:

*Aseverando que vuestros bienes fueron consumidos en un incendio por actos intencionados de la parte contraria, podéis ejercitar la acción criminal de Cornelia sobre los Sicarios*⁴⁴

Las anteriores son las únicas referencias, junto a un texto de la *Collatio legum Mosaicorum et Romanorum*⁴⁵, en concreto *Coll. XII.5*, conservadas con relación a la aplicación de la *lex Cornelia de sicariis et veneficis* a los incendiarios, si bien esta última se limita a reiterar lo afirmado en *D. 48.8.10*, esto es, que a quien causare un incendio de modo deliberado dentro de la ciudad se le sancionara como un incendiario con la pena capital propia de la citada *lex cornelia*. Por tanto, es evidente que los jurisconsultos entendieron que sólo aquellos incendios ocasionados en el interior de una ciudad de modo doloso eran susceptibles de poner en grave peligro la vida humana, hasta el punto de tener que ser equiparados con los homicidios, siendo competencia estos procesos, por otro lado y como ya hemos indicado, del *Praefectus Urbi*, esto es, del funcionario imperial de más rango existente dentro de la ciudad de Roma; mientras que todos aquellos incendios cuyo origen fuera consecuencia del descuido o la negligencia sólo serían perseguidos como daños en las cosas por parte del *praefectus vigilum*.

Una vez analizado cómo fueron perseguidos los incendios acaecidos en el interior de las ciudades, hemos de pasar a enfrentarnos a la regulación de los incendios en el ámbito rústico, siendo la principal fuente de la cual disponemos para su estudio el título XII de la antes citada *Collatio legum Mosaicorum et Romanorum*. Pese a ser éste un título bastante amplio –con relación a la extensión del resto de títulos conservados de la misma obra–, sin embargo es bastante reiterativo en cuanto a las soluciones a adoptar. En concreto, respecto a los fundos rústicos, el texto fundamental que sintetiza las soluciones previstas por los jurisconsultos romanos sería *Coll. XII.2*, donde podemos leer:

Los “humiliores” que hubieran incendiado una casa de campo o una villa son sentenciados a las minas o a trabajos públicos; en caso de ser “honestiores” serán deportados a una isla. Si el incendio se debiera a una causa fortuita, por ejemplo, por un viento repentino se extendieran a las tierras del vecino, y como resultado cosechas de cereal, olivas, viñas u otros árboles frutales fueran quemados, el daño causado debe ser evaluado e indemnizado.

De la lectura de este fragmento –extraído del libro V de las Sentencias de Paulo- creemos que se derivan las siguientes consecuencias:

- En caso de que el incendio se limite a afectar a un edificio destinado básicamente a servir de vivienda se prevé prácticamente la misma penalidad que si el hecho hubiera acaecido en el interior de una ciudad, exigiéndose igualmente la existencia de una conducta dolosa por parte del autor. Mientras que al incendiario *humilior* en el interior de una ciudad se le sancionaba con la pena de muerte por las fieras, y al *honestior*, simplemente con la deportación, respecto a los *humilior* la pena capital es sustituida por la condena a las minas o a trabajos públicos con carácter perpetuo.

- Los juristas romanos, en principio, no se plantean dentro de este título la hipótesis de que alguien, bien de modo intencionado, bien como consecuencia de una simple negligencia, pudiera incendiar las plantaciones o cultivos de un tercero. Esto se debe a que en tal hipótesis nos encontraríamos ante un supuesto encuadrable dentro del genérico Delito de Daños en las Cosas o *Damnum Iniuria Datum* regulado por la conocida *lex Aquilia* del siglo III a.C. Así, en el comentario de Paulo al libro XXII del Edicto del Pretor, podemos leer:

*También en esta acción que surge de este capítulo (la derivada de la lex Aquilia) se castiga el dolo y la culpa. En consecuencia, si alguien hubiera prendido fuego a su rastrojo o zarzal para quemarlo, y habiéndose extendido y propagado más el fuego, hubiera dañado la mies o el viñedo ajeno, debemos indagar si ello ocurrió por su impericia o negligencia. Pues si lo hizo en un día de viento, es reo de culpa (pues quien da ocasión parece que causó el daño). En el mismo crimen incurrir el que no cuidó que el fuego se propagara más lejos. Pero si observó todo lo que fue oportuno, o si la fuerza súbita del viento propagó el fuego más lejos, carece de culpa.*⁴⁶

La pena impuesta en estos casos al autor del delito consistiría en la simple reparación del daño, el cual era calculado tomando en consideración el total valor que cosa perecida tenía o hubiera tenido en el mercado, añadiéndosele además el importe de los frutos que el perjudicado hubiese dejado de percibir por causa de los daños, los gastos que hubiera tenido que hacer y en general todos los perjuicios sufridos. No obstante, se condenaba al demandado a pagar el doble de la

suma perdida, siempre que sin razón alguna hubiera negado la existencia del daño.

· Junto al incendio doloso de la villa, la única hipótesis que se incluye expresamente es la del incendio que se propaga de modo fortuito al fundo vecino, no pudiéndose por tanto hablar aquí ni siquiera de la existencia de negligencia por parte del incendiario. Estos incendios debieron ser bastante habituales en la práctica, por lo cual dentro de los consejos que Virgilio da en sus *Geórgicas* al buen agricultor se encuentra el referente a cómo llevar a cabo la plantación de un viñedo para evitar precisamente estos incendios fortuitos⁴⁷. En concreto, la hipótesis contemplada es la referente a que el propietario de una finca procede, actuando con la diligencia propia de un buen padre de familia, a quemar algo dentro de su propiedad –quizás rastrojos-, pero como consecuencia de un repentino cambio de viento, las llamas se propagan hasta el fundo vecino, afectando a las plantaciones de éste. Pues bien, este supuesto es incluido aquí dentro del título de los incendiarios porque los citados daños no podrían ser indemnizados en base a la antes citada *lex Aquilia* que regulaba el delito de daños –como hemos visto antes-, pues dicha ley establecía que quedaba excluida toda responsabilidad del causante del daño cuando éste se hubiera ocasionado por un accidente imprevisto, siendo ésta precisamente la hipótesis contemplada en la *Collatio*. En todo caso, como hemos podido comprobar, la sanción a imponer al causante del daño sería la misma que si el incendio se hubiera ocasionado por una conducta negligente o dolosa.

· Por último, es evidente que en ningún lugar encontramos referencia alguna a lo que hoy catalogamos como incendio forestal, el cual según el artículo 352 de nuestro vigente Código Penal es aquél que afecta a montes o masas forestales, pues el citado fragmento de la *collatio* que estamos comentando, nos habla de plantaciones de cereal, oliva, vid y árboles frutales.

El motivo por el cual este supuesto no aparece contemplado de modo expreso por parte de los jurisconsultos romanos tiene su origen en el hecho de que los textos que se nos han conservado –no sólo en este ámbito, sino en otros muchos- son aquellos que afectan a las cuestiones que tenían

para la sociedad romana un mayor interés, y tanto entonces, como hoy día, dicho interés –quizás desgraciadamente- era el económico. Por tanto, dado que una de las principales fuentes de riqueza era la agricultura, sólo se contempla la hipótesis de que el daño ocasionado de modo fortuito sea sancionable cuando afecte a los cuatro principales cultivos del mundo mediterráneo: cereal, viña, olivo y frutales.

En todo caso, es evidente, que si un incendio ocasionado, ya de modo doloso o culposo, afectara a una masa forestal propiedad de un ciudadano particular, éste podría recurrir a la genérica *lex Aquilia* para reclamar al causante de dicho perjuicio una indemnización pecuniaria equivalente al daño sufrido, tal y como hemos mencionado anteriormente; afirmando a este respecto Ulpiano en su comentario al libro XVIII del Edicto del Pretor:

*Igualmente, si hubieses incendiado mi ARBOLEDA o mi casa de campo, tendré la acción de la ley Aquilia*⁴⁸,

mientras que una constitución de época del emperador Alejandro Severo, fechada en el año 226 d.C., mantiene este mismo criterio:

*Si puedes probar el daño causado injustamente, habiéndose pegado fuego a tu bosque o habiendo sido cortado, ejercita la acción de la ley aquilia*⁴⁹

no existiendo, en ningún caso, una regulación específica o una penalidad agravada para las hipótesis de incendio forestal, a diferencia de lo que sucede en la actualidad.

Ciertamente, la primera disposición existente a este respecto se remonta a una obra jurídica visigoda, la *lex Romana Visigothorum*, en concreto a una disposición contenida en el Título II de su Libro VIII, que lleva por título genérico *de incendiis et incensoribus*, mientras que la segunda ley de dicho Título lleva por rúbrica: *Si ignis inmittatur in SILVA*. En concreto, dicha ley –como indica su rúbrica- está dirigida a perseguir y sancionar, por un lado, la quema de árboles susceptibles de producir ciertos rendimientos, como pinos o higueras, y, por otro lado, el incendio de cualquier masa o conjunto de árboles, sean del tipo que sean, debiendo destacarse que –en todo caso- la sanción impuesta al incendiario es mucho menor

que la establecida por dicho cuerpo legal para el incendiario de un edificio situado en el interior de una ciudad –sancionado con la pena de muerte a través de la vivicombustión⁵⁰, es decir, se volvía a la solución ya prevista en el siglo V a.C. en la ley de las XII Tablas-, limitándose la sanción por el incendio forestal a una indemnización por los daños causados, la cual deberá ser establecida por medio de inspectores, así como a sufrir el castigo de 100 latigazos, en el caso de ser hombre libre el incendiario; si, por el contrario, éste fuera un esclavo, se le impondría la pena de 150 latigazos, pudiendo optar su propietario entre abonar la citada indemnización o entregar a dicho esclavo al dueño del bosque o masa forestal destruida.

Por último, dentro del marco del Derecho Romano hemos de hacer mención a la especial gravedad con que eran sancionados determinados delitos cometidos con ocasión de un incendio, fundamentalmente robos⁵¹. En concreto, tales robos eran sancionados –con total independencia del carácter doloso o culposo del incendio que había dado origen a la situación- con una multa del cuádruplo del valor de las cosas sustraídas⁵², debiéndose recordar que al incendiario culposo sólo se le sancionaba en base a la *lex Aquilia* con una indemnización equivalente al valor del perjuicio ocasionado. Es más, el Digesto establece con gran claridad las circunstancias en las cuales será de aplicación esta norma:

“En incendio”, ¿cómo lo entendemos, acaso en el mismo fuego, o en el lugar en que se produce el incendio? Y se entenderá mejor de este modo: con ocasión del incendio, esto es, que se robe con ocasión del tumulto del incendio, o del azoramiento del incendio [...]. Por consiguiente, si de los predios adyacentes a donde se producía el incendio se hubiera robado alguna cosa, se ha de decir, que tiene lugar el Edicto, porque es verdad que se roba por el incendio⁵³,

dejando el Digesto, en todo caso, muy claro que para la entrada en juego de esta normativa es condición imprescindible que efectivamente el incendio hubiera tenido lugar:

Si hubo sospecha de incendio o de ruina, pero no se produjo el incendio o la ruina, veamos si tendrá lugar este Edicto; y es más cierto que no lo tendrá, porque no se robó cosa alguna con ocasión de incendio, ni de ruina⁵⁴.

Es más, la *lex Iulia de vi publica* incluye dentro de los delitos objeto de persecución por la misma el hecho de estar presente en un incendio con dardo o espada para robar, o para impedir que el dueño salve sus cosas⁵⁵

II.- EL DELITO DE INCENDIO EN ESPAÑA DURANTE LA EDAD MEDIA Y LA EDAD MODERNA

Por lo que hace a la recepción en nuestro país durante la Edad Media y la Edad Moderna del delito de incendio, hemos de hacer mención en primer lugar al FUERO JUZGO, que sanciona con la pena de muerte por vivicombustión a quien hubiera ocasionado dolosamente incendio en casa ajena, ya se encuentre ésta en el interior de una ciudad o fuera de la misma, además de la obligación de indemnizar por todos los daños ocasionados⁵⁶; regulándose también de modo expreso la situación del incendio forestal, sancionando éste con menor severidad, al disponer junto a la obligación de resarcir los daños sufridos sólo una pena corporal:

Si algun omne enciende monte aieno, ó árboles de aqual manera quier, préndalo el iuez, é fagal dar C. azotes, é faga emienda de lo que quemó, cuemo asmaren omnes buenos. E si el siervo lo fizo sin voluntad de so sennor, reciba C. é L. azotes, hy el sennor faga emienda de él, si quisiere; é si non quisiere, hy el danno fuere dos tanto, ó tres tanto que el siervo non vale, dé el siervo por el danno, é sea quito⁵⁷

Contemplándose en él igualmente la hipótesis del robo con ocasión de incendio, para la cual se prevé la misma penalidad que en época romana:

Lo que, el ome roba de fuego, ó dagua, ó dotras ocasiones, si otri lo toma daquel que lo toma, é lo encubre, sabiéndolo aquel que lo recibe ó lo encubre, péchelo en quatro duplo⁵⁸.

Por su parte, en las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio no es posible encontrar ningún título dedicado de modo exclusivo a la persecución de los incendios, encontrándose bastante diseminados los preceptos referidos a los mismos.

Así, lo que podríamos considerar como el supuesto básico aparece recogido en la Ley IX del título X de la Séptima Partida, si bien para considerar aplicable la misma se exige según el título que el incendio hubiera sido ocasionado por grupos de hombres armados que actuaran de común acuerdo, distinguiéndose en cuanto a la penalidad según la clase social, pues mientras el fijosdalgo era sancionado simplemente con el destierro, el villano era condenado a la pena de muerte por medio de la vivicombustión. Además, este mismo precepto recoge también la hipótesis de que el incendio se hubiera ocasionado, no de modo doloso, sino

simplemente como consecuencia de una conducta negligente, en cuyo caso los autores eran simplemente condenados a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados; mientras que, en la hipótesis –también prevista– de que el incendio se hubiera originado por caso fortuito o fuerza mayor, se excluye cualquier tipo de responsabilidad.

Junto a dicha hipótesis, la ley X, del título XV, de esta misma Partida Séptima, también prevé el supuesto en el cual se produce un incendio en el ámbito de un fundo rústico como consecuencia de la falta de diligencia o cuidado tenidos por parte de quien había procedido, bien a quemar rastrojos, bien hubiera empleado el fuego para convertir un terreno en tierra de labor, en cuyo caso son sancionados a indemnizar todos los daños y perjuicios ocasionados.

En cuanto a los incendios en el interior de una ciudad, la única otra disposición que alude a los mismos es la ley XII del Título XV de la Séptima Partida, si bien la hipótesis contemplada en la misma no alude a la persecución del incendiario, sino simplemente establece que no deberá ser perseguido penalmente, ni exigírsele ningún tipo de indemnización, a aquel que hubiera procedido a derribar una casa ajena ante el miedo de que el incendio que asolaba la misma pudiera extenderse a su propio edificio.

Por último, con relación al robo con ocasión de incendio, éste también aparece contemplado por las Siete Partidas, las cuales lo sancionan con una mayor dureza de lo que hasta ese momento era habitual, pues la ley III del Título X de la Séptima Partida dispone que dichos sujetos sean sancionados del mismo modo que si hubieran robado algo mediante el uso de las armas, hipótesis para la cual la ley VIII del mismo título dispone la pena de destierro, así como la confiscación de todo su patrimonio en caso de no tener parientes por línea directa dentro del tercer grado.

Dentro de la obra legislativa alfonsina, hemos de hacer mención a la Ley XI, Título V del Libro IV del Fuero Real, el cual sanciona con la pena capital por vivicombustión a todo incendiario doloso, ya lo sea en ciudad, en campo o en monte; mientras que simplemente impone la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados cuando el incendio se hubiera ocasionado de modo culposo:

Todo omne que a sabiendas miesses ajenas, o pan en eras, o casas, o monte quemare, quemem a él por ello et peche todo el danno que en uiniere por prueua o por iura daquél que recibió el danno. Et si, por aventura, fuere prouado que más lieua por su iura que non

perdió, péchelo todo dovalo lo que más leuó. Et si algunas destas cosas fiziere por occasión, peche el danno a bien uista de omnes bonos por el alcalde et non aya otra pena.

Por tanto, es evidente, que esta disposición trata de otorgar una cierta uniformidad a la hora de regular la sanción que ha de imponerse al incendiario, agrupando en un solo grupo todos los supuestos dolosos, fuera cual fuera el objeto del incendio, y en otro las hipótesis culposas, a diferencia de lo que sucedía anteriormente, donde ciertos incendios dolosos –como el de monte- eran sancionados de un modo más leve que el resto de incendios intencionados.

El único supuesto que se regula de modo distinto, estableciendo además una pena pecuniaria *in duplum* del perjuicio ocasionado, es el incendio de viñas, tal y como dispone la Ley III, del Título IV del Libro IV del citado Fuero Real:

Si algún omne uina agena taiare, o deraygare, o quemare, peche a so duenno otras dos atantas e tam buenas, sin aquella que dannó que deue ficar a so duenno.

Entrando ya en la Edad Moderna, hemos de reseñar que en la Nueva Recopilación no es posible tampoco encontrar ningún título dedicado expresamente al delito de incendios, si bien la Ley VIII, del título XXVI, del Libro VIII, sanciona con la pena capital, además de con la confiscación de la mitad de su patrimonio a todo aquel que incendiara una casa con la intención de dar muerte a sus ocupantes, añadiendo además que la pena se aplicará incluso en la hipótesis de que el citado incendio doloso no hubiera ocasionado la muerte de ninguna persona.

Junto a este precepto, la otra referencia que existe en esta Recopilación al delito de incendios, la encontramos en la ley VI, del Título XII, del citado Libro VIII, la cual viene a contemplar un supuesto muy similar al contemplado por la Ley IX del Título X de la Séptima Partida, pues sanciona nuevamente con la pena capital a aquellos que actuando como un grupo armado y de modo doloso hubieran quemado casas de personas con las cuales tuvieran alguna enemistad.

Por último, hemos de indicar que en la Ley III, del título II, del Libro I, se hace mención al incendio nocturno de mieses, supuesto nuevamente que se ha de suponer de incendio intencionado, si bien no se alude a la pena impuesta a dicho incendiario, limitándose dicha ley a establecer que tales delincuentes no podrán acogerse al derecho de asilo:

La iglesia no defiende à robador conocido, ni hombre que de noche quemare mies, ò destruyere viña, ò árboles, ò arrancare los mojonos de las heredades, ni hombre que quebrantare la Iglesia, ò su cimiterio, matando, ò hiriendo en ella por pensar, que serà defendido por la Iglesia.

Por lo que hace referencia a la Novísima Recopilación, ésta no aporta sustanciales novedades, pues al igual que la Nueva Recopilación, y a pesar de que su Libro XII está dedicado exclusivamente a la regulación de la materia penal, no contiene ningún título que agrupe de modo sistemático e independiente el delito de incendio. En realidad, únicamente encontramos de modo disperso las mismas leyes recopiladas en la Nueva Recopilación.

En concreto, la Ley 7, del Título XXI, del Libro XII, reitera la norma que sanciona duramente el incendio provocado con intención de dar muerte a alguien, ya contemplada en la Ley VIII, del título XXVI, del Libro VIII, de la Nueva Recopilación; mientras que la Ley 5, del título XV, del Libro XII hace lo mismo con el precepto que sancionaba duramente el incendio de mieses o fundo rústico realizado por una cuadrilla de hombres, situación ya recogida en la citada Ley VI, del Título XII, del Libro VIII de la Nueva Recopilación.

En realidad, lo único que podríamos considerar como novedoso dentro de la Novísima Recopilación sería la existencia de diversos preceptos que establecen toda una serie de medidas dirigidas a poner freno a los incendios, tanto en el interior de las ciudades como en los montes. Así, la Ley 9, del Título XIX, del Libro III, prohíben hornos de yeso en el interior de la ciudad para evitar incendios, estableciendo una pena de multa por valor de 100 ducados a cualquiera que actuara en contra de la misma; mientras que la Ley 11, del mismo Título y Libro, contiene un bando de 8 de noviembre de 1790 en el cual se disponen unas diecisiete medidas dirigidas a prevenir los incendios en el interior de las ciudades, tratándose de una regulación muy detallada de las conductas a evitar y de las medidas preventivas a adoptar dado que «*la repetición de incendios en esta Corte es causada comúnmente por la tolerancia de varios abusos, que es preciso reformar*», sancionándose también las conductas mantenidas en contravención de dichas medidas⁵⁹. Por su parte, la ley 14, del título XXIV, del Libro VII, trata de poner freno a los incendios forestales ocasionados por la negligencia observada durante la realización de ciertas labores agrícolas, como las rozas o quemas efectuadas de modo consciente para poder dedicar determinados terrenos a tierras de cultivo, o bien para que la tierra brote y retoñe con más facilidad, estableciendo muy duras

condiciones para la realización de tales actividades agrarias, así como sancionando duramente a todo aquel que contraviniera lo dispuesto en la misma, pues además de una sanción de diez ducados por cada fanega de tierra quemada⁶⁰, se imponía una multa de mil maravedíes por cada pie de árbol que se quemare, cortare o arrancare en contravención de la misma, además de las eventuales penas corporales que debieran imponerse según la malicia y gravedad de cada uno⁶¹.

III.- EL DELITO DE INCENDIOS EN LA CODIFICACIÓN PENAL ESPAÑOLA CON ANTERIORIDAD AL VIGENTE CÓDIGO PENAL DE 1995

A) El supuesto Código Penal del siglo XVII

Ya en el siglo XVII parece ser que fueron varios los intentos por reunir, e incluso sistematizar, la multitud de normas dispersas, que en materia penal coexistían.

Dignos de mención son, en primer lugar, la propuesta del Marqués de la Ensenada a Fernando VI, para llevar a cabo una Recopilación en materia criminal: “Código Fernandino”, y en segundo lugar a un *supuesto* Código Penal del siglo XVII, pues según señala el Prof. Juan del Rosal: «No constituye un código, ni siquiera un remoto intento de codificación»⁶², tratándose, en realidad, de una mera Recopilación firmada por el jurista Francisco de la Pradilla Barnuevo⁶³, ocupándose del tema que aquí nos ocupa el Capítulo XXXIII de la Parte 1^a. “De todos los delitos”, el cual llevaba por rúbrica: “De los que ponen fuego y queman las Iglesias, casas, montes y mieses”.

La citada Recopilación no ha sido considerada por la doctrina como precursora de la posterior codificación; así en opinión del profesor del Rosal, entre otros, la Codificación no puede, en modo alguno, entenderse que tiene un precedente, ni siquiera remoto, en la Suma que ahora se comenta, en la medida en la que lejos de toda idea de sistematización y de formulación de conceptos y estructuras generales aplicables a las distintas figuras delictivas concretas, lo único que en la misma encontramos es una mera recopilación, siendo la intención expresa de su autor, la de que fuera lo más útil posible⁶⁴.

En segundo lugar, nos referiremos al llamado “**Plan de Código Criminal de 1787**”, nos hallamos en las postrimerías del reinado de Carlos III, y comienzan a aflorar, si bien tímidamente, los postulados racionalistas y académicos de la Ilustración, que culminarían en 1789 con el estallido de la Revolución Francesa. “Plan de Código Criminal”, inspirado en los estudios de Don Manuel de Lardizábal, en el cual ya se vislumbra un método con la finalidad de sistematizar los distintos delitos según los diversos objetos protegidos⁶⁵; los cuales se ven plasmados en los epígrafes de los Títulos en los que el Plan se divide⁶⁶. Así, dentro del Título IV, y bajo la rúbrica: “De los delitos contra la tranquilidad y seguridad pública”, nos encontramos con el delito de “Amenazar a alguno con la muerte o incendio, si no da o hace lo que se le pide” y también con el de “incendiar casas, árboles, mieses, etc”.

En todo caso, ha de señalarse como uno de los aspectos más criticados por la doctrina la inclusión de las amenazas de incendio dentro del referido Título IV, siendo –en cambio– muy celebrada la incorporación de los delitos de incendio dentro de este Título genérico dedicado a proteger la tranquilidad y seguridad pública, a diferencia de lo que sucedía en Italia, donde el maestro italiano Filangieri los ubica dentro del Título dedicado a la salud pública, junto a delitos tales como: el contagio de la peste, la elaboración y venta de venenos y de sustancias abortivas, y la venta de alimentos viciados y mal sanos⁶⁷.

B) El Código Penal de 1822

Apenas treinta años después, en 1822, surge el primer Código penal español, en plena Restauración Monárquica, siendo de destacar que fuera la materia penal la primera objeto de codificación por parte de los legisladores españoles⁶⁸. Discusiones a parte sobre la vigencia o no del Código Penal de 1822⁶⁹, la opinión mayoritaria defiende dicha vigencia, pudiendo citarse como ejemplo al Profesor Casabó Ruiz⁷⁰.

Respecto a la materia que nos interesa, ha de indicarse que tanto el Código Penal citado como el posterior de 1848 están inspirados en un temor profundo al fuego, tal es así, que hasta los redactores del Proyecto de Código más moderados, y menos radicales, defendían las sanciones más duras para determinados supuestos de incendios⁷¹, dureza que se constataba en las sanciones previstas para los delitos más graves de incendio, casos acompañados de las máximas penas que el Código posibilitaba.

De este modo, parte de las conductas incendiarias sancionadas penalmente se encuentran reguladas dentro “De los delitos contra la seguridad interior del Estado y contra la tranquilidad y orden público” de la Parte Primera: “De los delitos contra la sociedad”; mientras que el resto de esas conductas incendiarias encuentran su ubicación dentro de la Parte Segunda del Código: “De los delitos contra los particulares”. Igualmente, el Código de 1822 dedica una regulación a los delitos de incendios, también en sede de delitos contra la propiedad de los particulares, y siempre castigados con pena de multa; en su articulado, en esencia se castiga de forma genérica cualquier incendio que se comunique a la propiedad ajena por falta del debido cuidado en el uso del fuego.

C) Los Proyectos de Código Penal de 1830, 1831 y 1834

En todo caso, la vigencia del citado Código de 1822 fue muy reducida, debido a su derogación en Octubre de 1823 por Fernando VII, junto con el resto de la obra legislativa del Trienio Constitucional. No obstante, la voluntad de elaborar un Código Penal adecuado a los tiempos subsistía, así el mismo Fernando VII encargó la redacción de un código penal, que no llegó a alcanzar vigencia, lo cual nos lleva a referirnos al Proyecto de Código Penal que llevó acabo la Junta nombrada por Real Orden del día 30 de Abril de 1829, de la que era Secretario Sainz de Andino, y que fue elevado al Gobierno el 7 de Mayo de 1830⁷².

Dentro de su Libro primero (De los delitos y sus penas), el Título XV llevaba por rúbrica: “De los incendiarios”; constando de 13 artículos. Destacar, sin ánimo de ser prolijos, que el supuesto más grave: “El incendio en casas en poblado y de barcos”, se sanciona siempre con la pena de muerte «aún cuando no resulte de su incendio ninguna desgracia o daño considerable»⁷³.

Como ya hemos adelantado-no dio fruto este Proyecto del año 1830, lo que motivó que el mencionado Sainz de Andino, en solitario, elaborará un proyecto propio, que elevó a la consideración de Fernando VII, el 25 de Mayo de 1831⁷⁴.

Frente a los 361 artículos de Derecho sustantivo que contenía el anterior Proyecto, éste constaba de 1202, dedicando desde el artículo 1073 al 1080 a los incendios⁷⁵. Cabe destacar, el aumento del número de bienes cuyo incendio conlleva la pena capital, ya no sólo las casas, en poblado y los barcos, como se recogía en el Proyecto anterior, sino

también cualquier edificio o lugar destinado a la habitación (urbano o rural), almacenes, establos, cercas con ganado, mieses y arbolado⁷⁶; regulándose igualmente los incendios imprudentes, distinguiendo aquí según medie o no contravención de leyes o reglamentos. Como curiosidad del Proyecto, señalar la disposición expresa que en él se recoge a los incendios no consumados, algo complicado de entender.

Con el fin de revisar el Proyecto referido, la Real Orden de fecha 16 de Junio de 1831 nombra una nueva Junta, de la que formaba parte el propio Sainz de Andino, la cual se opone de manera radical al Proyecto de Código Penal, elevando el 6 de Noviembre del mismo año una comunicación al Rey, en la que así se le manifestaba, contestando éste el día 21 que se elevase consulta razonada de tal oposición, así como que juntamente se le propusieran las bases, orden y principios de lo que debería ser el futuro Código. En tal informe, elevado el 18 de Enero de 1832, esta Junta se manifestó muy favorable a los trabajos que había realizado la anterior Junta nombrada en 1829 y que concluyó con el comentado Proyecto de 1830⁷⁷.

D) El Código Penal de 1848/1850

En 1843 nace la Comisión General de Códigos, presidida por Don Manuel Cortina, la cual redacta el Proyecto que se convertiría en el Código Penal de 1848, el cual fue objeto de una reforma en 1850 que trató de dar respuesta a las agitaciones revolucionarias de 1848, como consecuencia de lo cual se procedió a un mayor endurecimiento en la contemplación de las conductas delictivas, castigándose con carácter general la conspiración y proposición para delinquir, y respecto a la penalidad, se prescindió de manera insólita del principio de legalidad de las penas.

En líneas generales, este Código de 1848/1850 se trata de un texto de carácter liberal y autoritario, que desde el punto de vista de su estructura, clasifica en tres partes las infracciones penales, y respecto a la culpabilidad, se basa en el principio del "*versari re illicita*" o responsabilidad por el resultado. Además, desde un punto de vista de técnica legislativa, es una obra muy correcta y cuidada, habiéndose prácticamente conservado su estructura en todas las posteriores reformas.

Muestra de dicha depurada técnica legislativa es el estudio de los delitos de incendios, representando un gran avance respecto a su predecesor de 1822. Este Código procede a una regulación conjunta de los

delitos de incendio dentro de un único Capítulo, el VII: “Del incendio y otros estragos”, distinto es lo acertado o no que podamos considerar este reagrupamiento de las conductas incendiarias precisamente en sede de delito contra la propiedad; ubicación que salvo el paréntesis del Código Penal de 1928, y hasta el reciente de 1995, ha sido la única en la que se han recogido desde entonces estos delitos⁷⁸.

El aludido Capítulo VII consta de siete artículos, de los cuales los cuatro primeros (art. 456 a 459) integran el núcleo de la regulación de esta materia, refiriéndose el art. 460 a la equiparación de otros estragos con los incendios, el art. 461 a regular expresamente un supuesto de tentativa y el art. 462 a aclarar que no sirve como excusa para eludir las responsabilidades penales por estos delitos, el haber destruido bienes propios del incendiario en cuestión.

La regulación de la imprudencia se efectúa de forma genérica y no mediante la creación de tipos específicos, al igual que la regulación de las faltas de incendios, en las que se realiza una distinción genérica, entre faltas graves o menos graves, distinción ésta que incluso desapareció en la edición de 1850.

Para concluir esta semblanza del Código de 1848/1850, comentar las circunstancias agravantes que guardan relación con los incendios. Así, dentro de las circunstancias genéricas que agravan la responsabilidad criminal recogidas en el artículo 10 del Código, aluden expresamente a los incendios las números 3 y 13.

La número 3 considera circunstancia agravante el ejecutar un delito “por medio de inundación, incendio o veneno”; mientras que la número 13 afirma que debe agravarse la pena en caso de “Cometer el delito con ocasión de incendio, naufragio u otra calamidad o desgracia”, encontrándose como factor determinante para la existencia de ambas previsiones el grave peligro que tales conductas implican para la vida de las personas.

E) El Código Penal de 1870

Tras la revolución liberal de 1868, que inspira la Constitución de 1869, se hace necesario elaborar un nuevo Código Penal, que se aparte del autoritario Código Penal de 1848/50, y así surge el C.P. de 1870, el cual, a pesar de nacer con vocación de provisionalidad, tuvo una larga vigencia, que, salvo el paréntesis del Código de 1928, se prolongó hasta el Código de 1932.

Con el Código de 1870 se pretendió, al tiempo que corregir defectos de técnica, humanizar el Código⁷⁹. Ejemplo de ello se aprecia en la rebaja de las penas de los delitos que nos ocupan; así, los supuestos de incendio más gravemente considerados en el C.P. de 1848 (referidos al incendio de lugares habitados), pasan de estar sancionados con una pena que oscilaba entre la cadena perpetua a la pena capital, a, según el supuesto concreto, imponérseles la pena de cadena temporal en grado máximo a cadena perpetua, o bien cadena temporal en toda su extensión a cadena perpetua.

Otro aspecto novedoso del C.P. de 1870 respecto a su predecesor, de 1848, consiste en la combinación en un mismo supuesto de incendio del peligro para las personas y el daño material efectivamente producido. Así, respecto del incendio en bienes propios, decir, que por un lado se mantiene prácticamente íntegro el contenido del art. 462 del C.P. de 1848, que ahora pasa a ser el art.563. La única variación es la referencia expresa a que se trate de un incendio en “bienes ajenos”, con la lógica consecuencia de que quedan excluidos aquellos supuestos en los que sólo resultaren dañados por las llamas bienes propios, y esto con independencia de que peligrara, bien alguna persona, bien la propiedad ajena.

En relación a las faltas relacionadas con los incendios, decir, que respecto al contenido de las conductas sancionadas, prácticamente no hay diferencias con su predecesor de 1848; las variaciones se producen, sin embargo, desde un aspecto formal, de sistemática legislativa, ya que las faltas pasan a clasificarse en Títulos y Capítulos, a diferencia de la distinción genérica operada con anterioridad entre faltas graves y menos graves.

Por último, indicar que en este Código de 1870 se recoge de manera expresa el incendio como circunstancia agravante específica del delito de asesinato, si bien el legislador estudia la mayor o menor relevancia, por parte del incendiario, de la presencia o ausencia de personas en el interior de los edificios a los que prenda fuego. A este respecto, para un sector de la doctrina, encabezada por el Prof. Buenaventura Selva⁸⁰, se daba una contradicción entre la regulación del asesinato, y el delito de incendio como tal, y para evitar incongruencias, siempre que de resultados del incendio de un edificio resultara alguna persona muerta, el caso sería de asesinato. En caso distinto, se estaría ante un asesinato frustrado, que debería ser sancionado a través del delito de incendio, por tratarse de la regulación de un caso especial.

Para otros autores, en cambio, entre los que pueden citarse Groizard y Langle Rubio, lo que debía determinar si se trataba de un asesinato o de un incendio era la intención o no de matar que tuviera el autor del incendio en el momento de ocasionarlo, y esto con independencia de los eventuales resultados lesivos para las vidas de las personas.⁸¹

F) El Código Penal de 1928

La situación política existente en España, bajo la Dictadura de Primo de Rivera, dio lugar a la elaboración de un nuevo C.P. en 1928, cuya redacción fue encomendada a los profesores Cuello Calón, Gallo Ponte y Quintiliano Saldaña. Este texto legal supone un paréntesis en la línea legislativa que desarrolla la Codificación en nuestro país⁸² y muy especialmente por lo que se refiere a los delitos que nos ocupa, variación que se intuye con sólo ver la nueva ubicación sistemática del grueso de los delitos con esa denominación, dentro del Título IX (Libro II): “Delitos contra la seguridad colectiva”, frente a la que venía siendo su ubicación clásica en sede de delitos contra la propiedad, constituyéndose este bien jurídico en el único protegido en la regulación de los incendios en los Códigos anteriores como valor fundamental; este cambio de incardinación sistemática apunta precisamente en la dirección de destacar el aspecto de peligro que los incendios representan; en ese sentido la doctrina del momento identificaba la noción de seguridad colectiva con la de peligro común, con la de peligro social, o bien con la alarma colectiva. Es innegable, igualmente, que en el nuevo C.P. de 1928 se procede a incorporar el concepto de defensa social, lo que supone la introducción del “dualismo”, que sitúa junto a las penas las medidas de seguridad, como elemento de corrección del reo⁸³.

Referencia especial merece el Capítulo II del Título IX “Estragos y delitos afines”, donde encontramos algunos artículos que toman en consideración el incendio para integrar las conductas delictivas; entre otras se castigan una serie de conductas que dificultan la extinción de los incendios (art.565), o aquellas otras que se refieren a quien por imprudencia dificulte la evitación de los efectos dañinos del fuego (art.569). De no existir esta remisión expresa, tales conductas quedarían impunes, de ser cometidas imprudentemente, y no poderse aplicar la normativa genérica, recogida en la parte general del Código, cuya redacción comienza refiriéndose a quien “...para impedir la extinción de un incendio...”.

Hemos de referirnos también al art.560, el cual alude expresamente al incendio como un gran estrago; a este respecto cierto sector

doctrinal, encuentra la inspiración de este artículo en la Ley de Explosivos, promulgada el 10 de julio de 1894, para combatir las actividades anarquistas de finales del siglo XIX; si bien, en opinión de otros autores, su precedente inmediato está en el Proyecto de C.P. de 1882 del Ministro Alonso Martínez⁸⁴.

Por otro lado, en el C.P. de 1928, al igual que en códigos anteriores se contempla el incendio como circunstancia agravante genérica, la única variación con respecto al C.P. de 1870, consiste en la regulación conjunta en un único artículo de las dos agravantes en aquel recogidas: el incendio como medio y como ocasión de cometer una infracción⁸⁵; manteniéndose, además, tal y como ya preveía el C.P. de 1870, el incendio como circunstancia específica en el delito de asesinato⁸⁶.

G) Los Códigos Penales de 1932 y 1944

Al proclamarse en 1931 la II República, el Gobierno provisional derogó el C.P. de 1928, y entró en vigor nuevamente el C.P. de 1870, desde el 15 de abril de 1931 –un día después de la proclamación de la segunda República- hasta el 1 de diciembre de 1932, fecha en la que entra en vigor el C.P. de 1932, el cual nace con un carácter de provisionalidad, en espera de redactar un nuevo C.P. con más atención.

El C.P. de 1932, trata de suavizar la dureza del C.P. de 1928, y suprime la pena de muerte, a la que se aludía con frecuencia anteriormente. Así, en materia de incendios se mantiene casi idéntica la regulación de C.P. de 1870, excepción hecha de los cambios efectuados en algunas penas, debido al citado carácter más humanizador del nuevo Código, y al aumento de las cuantías de los daños exigidos por algunos tipos delictivos.

No merece especial comentario respecto a los delitos que nos ocupan el Anteproyecto de Código penal de 1938 y el Proyecto de 1939; el primero elaborado por la Delegación Nacional de Justicia y Derecho de la F.E.T. y de las J.O.N.S., sólo aspira a ser un trabajo de urgencia hasta el momento en el que se produzca la paz, y no realiza cambio alguno en lo que a los delitos y faltas de incendio se refiere, respecto a la legislación anterior. En cuanto el Proyecto de 1939, en materia de incendios, es una copia de la regulación que de los mismos realizaba el C.P. de 1932.

Al finalizar la Guerra Civil, se procede a la elaboración de un nuevo código penal, que da como resultado el Texto Refundido de

1944, el cual en materia de incendios no es sino una continuidad del Código de 1932, con algunas leves modificaciones, considerándose siempre como un conjunto de delitos de perfil multiforme y de naturaleza compleja.

Únicamente, se procede a la actualización de algunas de las multas, y de algunas de las cuantías de los daños requeridos para integrar unos u otros tipos, así como de variaciones en las sanciones encaminadas a que éstas estuvieran integradas por los tres grados propios de cada pena.

H) Reformas Parciales del Código Penal desde 1944

Desde la entrada en vigor del C.P. de 1944, se producen hasta siete reformas del mismo, siempre con carácter parcial.

Así, en 1954, se produce una reforma del C.P. con la única finalidad de elevar las cuantías en los delitos y faltas contra la propiedad. En materia de incendios afectó a unos cinco artículos, en los que además de variar la cuantía de los daños previstos con anterioridad, altera la redacción original, de hablarse de “incendio de cosas no comprendido...”, pasó a referirse al “incendio de cosas no comprendidas...”; variación, que en opinión del profesor Moreno Alcázar⁸⁷, era contraria al principio de legalidad, dada la limitada prescripción de la Ley de 30 de Marzo de 1954.

Nueve años después, se reforma nuevamente el C.P. en virtud de la Ley de Bases 79/1961 de 23 de Diciembre y del **Decreto 168/1963** de 24 de Enero; siendo la posterior reforma obra de la **Ley 3/67** de 8 de Abril, no afectando ninguna de estas reformas prácticamente a los delitos de incendios. Sin embargo, la **reforma de 1975**, por Ley 26/75, de 27 de Junio, adicionó un texto al articulado del Código, modificación ésta que fue el exclusivo objeto de tal Ley de reforma, al establecer que se castigará al que incendiare un bosque con riesgo de que se propague a casa habitada o edificio en el que habitualmente se reúnan varias personas, cuando el daño causado excediese de una determinada cantidad de dinero⁸⁸.

El profesor Casabó Ruiz⁸⁹ criticó duramente el texto, por entender que venía a empeorar las anomalías sistemáticas que ya se daban en la regulación de los delitos de incendio, al equiparar supuestos donde el peligro para las personas era de muy distinta índole, al mismo tiem-

po que se acudía al Derecho penal como medio para evitar la plaga de incendios forestales que se venían produciendo, con olvido de analizar las efectivas causas de tal mal, tarea ésta que se debería acometer desde otras ramas del ordenamiento jurídico.

Posteriormente, la **reforma de 1983**, aprobada por la L.O. 8/83 de 25 de Junio, se limitó, en materia de incendios, a adecuar la terminología de las penas, tal como prisión mayor o menor, en lugar de la clásica de presidio; así como a suprimir la falta dedicada a la quema de rastrojos u otros productos forestales con infracción de reglamentos.

La **reforma de 1987**, operada por L.O. 7/87 de 11 de Diciembre, estuvo dirigida específicamente a realizar una regulación completa, en la medida de lo posible en Derecho penal, de los incendios forestales, regulación trasladada prácticamente de forma literal al C.P. de 1995.

Dos años más tarde, la **L. O. 3/89** de 21 de Junio, pretende de manera fundamental, adecuar el sistema penal positivo al principio de mínima intervención. En materia de incendios, la reforma de 1989, desarrolla principalmente una modificación en la regulación de las faltas, más allá de la mera adecuación de las cuantías.

IV.- EL DELITO DE INCENDIO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

A) Tipos Básicos del Delito de Incendios

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de Diciembre de 1984 (RAJ, 6595), define el delito de incendio como “la destrucción dolosa o intencional por medio del fuego de un objeto o bien mueble o inmueble propio o ajeno, con lo que se crea un peligro o riesgo común para las personas y/o las cosas.

La actual regulación de los delitos de incendios se basa en el Código Penal de 1995 (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), con las modificaciones efectuadas por la LO 7/2000 y la LO 15/2003. En los artículos 351 a 358, se tipifican de forma sistemática conductas de incendios en diferentes modalidades, como incendios en general, forestales, en zonas

no forestales y en bienes propios, pero estas formas de incendios no son las únicas que se hallan en el citado Código, sino que en otras partes del mismo se castigan conductas de incendio, como sucede en los delitos de daños agravados previstos en el artículo 266 CP, donde se contienen conductas que mediante el incendio, se producen desperfectos materiales en bienes, castigándose las mismas en función de los bienes dañados.

Al examinar el CP de 1995, se advierte como novedad la inclusión de los delitos de incendio dentro del Título dedicado a los delitos contra la seguridad colectiva, en lugar de su anterior ubicación en sede de delitos contra la propiedad, tal y como se proponía en los últimos proyectos de reforma del CP de 1980, la propuesta de anteproyecto de CP de 1983, o el proyecto de CP de 1992, éste último entroncado en este aspecto con el CP de 1928.

La seguridad colectiva adquiere relevancia como bien jurídico supraindividual penalmente protegido, en cuanto sirve de protección de bienes jurídicos individuales, principalmente la vida o integridad física, respecto de conductas que los ponen en peligro más allá de lo permitido.

En el caso de los delitos de incendios sería así, a través de la tipificación de la conducta consistente en la provocación de un incendio que comporte peligro personal; pero, el fuego también es un medio idóneo para la destrucción o deterioro de los objetos sometidos a la acción de las llamas, es decir, es un medio adecuado para causar daños. En primer lugar, el fuego destruye, o puede destruir, el objeto incendiado, o en su caso, los objetos próximos a los que se puede propagar también el fuego, si estos objetos materiales son de ajena pertenencia, el fuego se convierte en un medio capaz de causar daños, destruyendo o menoscabando la propiedad ajena. En segundo lugar, en cuanto a los bienes jurídicos personalísimos, como la vida o integridad física, el incendio sólo ha de suponer o implicar peligro para tales bienes jurídicos, sin necesidad de que se llegue a producir la muerte y/o lesión de alguna persona imputable al incendio; desde esta perspectiva, el delito de incendio es un delito de peligro y de resultado. En consecuencia, el menoscabo económico-patrimonial no es un elemento necesario para la concreción del delito de incendio común, en todo caso será un elemento accidental o secundario, y que normalmente podrá concurrir con él.

En el Código Penal de 1995, y con la terminología de, delito de incendio común, se hace alusión al tipo penal previsto en el **artículo 351 C.P.**, precepto que da contenido a la sección primera “de los delitos

de incendios”, del Capítulo II “de los incendios”, del Título XVII, “delitos contra la seguridad colectiva”, del Libro II CP.

El delito de incendio más grave es el recogido en el artículo 351 párrafo 1º, por comportar un peligro para la vida o la integridad de las personas:

“Los que provocaren un incendio que comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas, serán castigados con la pena de prisión de diez a veinte años. Los Jueces o Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendidas la menor entidad del peligro causado y las demás circunstancias del hecho”.

Por tanto, a la conducta sancionada en este artículo se reconducirán en la práctica la mayoría de aquellas que antes venían siendo castigadas en los artículos 547 (excepto el inciso final de su número primero, referido al incendio de “archivo o museo general del Estado), 548, 549.2º, y 550 del vigente CP, así como el supuesto previsto en el párrafo 1º del antiguo artículo 549 (incendio en edificios públicos), los cuales encontrarán su sanción en el actual artículo 351, en función de que se llegue a apreciar o no la efectiva presencia de un peligro para las personas derivada del incendio⁹⁰.

La aplicación de la modalidad dolosa del delito de incendio común (art. 351) exige que el sujeto incendiario sea consciente de la provocación de un incendio; el dolo de peligro se refiere al conocimiento y aceptación del peligro mismo, pero sin aceptar el resultado lesivo que, eventualmente, se podría derivar de este peligro; se trata de la equiparación del dolo de peligro con la imprudencia consciente sin resultado lesivo.

Posteriormente, la L.O. 7/2000, de 22 de diciembre, RCL 2000/2962, añadió al citado art. 351, un segundo párrafo:

“Cuando no concurra tal peligro para la vida o integridad física de las personas, los hechos se castigarán como daños previstos en el artículo 266 de este Código”⁹¹

La acción recogida en este párrafo segundo posee la naturaleza propia de los atentados a la seguridad colectiva, forma parte de una modalidad de incendios y en concreto por la manera de perpetrarse si además genera un peligro potencial para otros bienes que no sean la vida o la integridad física de las personas, constituyendo en todo caso un delito de daños.

Por el contrario, la conducta de causar un incendio ocasionando daños que afectan a bienes materiales sin riesgo alguno de propagación, ni atentar por tanto a la seguridad colectiva, supone que el incendio no es sino un mero medio de producir la destrucción de la cosa o propiedad ajena. Por tanto, en este supuesto nos encontraríamos ante una conducta de daños utilizando el incendio como medio para causarlos, y al no concurrir el peligro que se exige, dada la propia naturaleza del incendio, no sería de aplicación el artículo 351 párrafo 2º en relación al artículo 266.1º del Código Penal, sino directamente el artículo 263 CP, siempre que la cantidad del bien destruido supere los 400 €, o bien la falta prevista en el artículo 625.1º CP si el daño no supera esa cifra.⁹²

En cuanto a la modalidad imprudente (**art. 358 CP**), se exige la producción del resultado de peligro para las personas. La figura del incendio imprudente, supone por lo tanto la puesta en peligro concreto de la vida o integridad personales, porque se realiza la acción típica peligrosa sin conciencia del peligro mismo, aunque el sujeto, hubiera podido o debido conocer dicho peligro de haber cumplido las normas elementales de cuidado. En consonancia con ello, sólo se castiga penalmente la imprudencia grave⁹³:

“El que por imprudencia grave provocare algunos de los delitos de incendios penados en las secciones anteriores será castigado con la pena inferior en grado, a las respectivamente previstas para cada supuesto”

B.- La especialidad de los Incendios Forestales

Los Incendios Forestales se recogen en los artículos 352 a 355 del C.P. La determinación de qué debe entenderse por incendio forestal requiere acudir a la Ley 81/1968, de 5 de Diciembre, de Incendios Forestales que, a su vez, remite al catálogo de terrenos y montes contenidos en el artículo 1 de la Ley de Montes, de 1957⁹⁴.

Los delitos de incendios forestales no son nuevos en el C.P. se introdujeron por primera vez en el antiguo Código Penal, texto refundido de 1973, artículos 553 bis a) y siguientes del mismo, así como por la reforma de 1987, ubicados dentro del apartado de delitos contra la propiedad.

El legislador del C.P. de 1995 es consciente de la preocupación social y criminológica, y de la importancia que suponen las conductas

tipificadas en los incendios forestales y las incardina dentro de los delitos contra la seguridad colectiva. Sin embargo, la ubicación sistemática de los delitos de incendios forestales no es pacífica, ya fue criticada en su momento, por alguno de los senadores que participaron en los debates del Proyecto de 1992, propendiendo a su inclusión en el Título *de los delitos medioambientales*⁹⁵. Refuerzan esta opinión los criterios de las STS, de 15 de Octubre de 1990 (RAJ, 8062), y los de la Fiscalía General del Estado en sus Instrucciones 1/1986, de 10 de Julio; 4/1990, de 25 de Junio y la Circular nº 1/1990, de 26 de Septiembre.

Por lo que respecta al bien jurídico protegido en estos delitos es de carácter pluriofensivo, no sólo constituyen un daño a la propiedad pública o privada destruyendo una masa de arbolado, ni tampoco un exclusivo delito de peligro para la seguridad colectiva, con riesgo para la vida e integridad de las personas sino, además, son un fenómeno criminal en auge, que afecta principalmente al medio ambiente, que lesiona ecosistemas, destruyendo bosques y, con ellos, sus funciones de protección, generando pérdidas económicas, de maderas, resinas, frutos, pastos, caza, pesca y a las funciones de conservación, pues al desaparecer la cubierta vegetal, aparece el fenómeno de la erosión, y con él la desertización⁹⁶.

La preocupación por el Medio Ambiente ha sido una constante en las últimas décadas, hasta el punto de gozar de una protección especial al ser recogido en la Constitución Española, en su artículo 45, donde se consagra el derecho al medio ambiente. En desarrollo del citado principio constitucional, el medio ambiente resulta tutelado en el C.P. de forma específica en el Título XVI, Capítulos III y IV, pero también en el marco del Título XVII, en los delitos contra la seguridad colectiva, y en dicho marco, el medio ambiente resulta una condición, sin duda esencial, para la seguridad colectiva.

El tipo básico del delito de incendio forestal se recoge en el artículo 352, siendo un delito inminentemente doloso, cuyo sujeto activo puede ser cualquiera, mientras que el sujeto pasivo de este delito al ser el medio ambiente, es un bien difuso, la colectividad, a excepción de que el bosque tuviera algún propietario público o privado, en cuyo caso también sería perjudicado en cuanto al daño causado en su propiedad. En concreto, el citado artículo afirma:

“1. Los que incendiaren montes o masas forestales, serán castigados con las penas de prisión de 1 a 5 años y multa de 12 a 18 meses.

2. Si ha existido peligro para la vida o integridad física de las personas, se castigará el hecho conforme a lo dispuesto en el artículo 351. imponiéndose, en todo caso, la pena de multa de 12 a 24 meses”

Por tanto, el tipo previsto en el artículo 352 párrafo 1º, no admite formas imperfectas de ejecución, ya que la conducta consistente en “prender fuego a montes o masas forestales, sin que el mismo llegue a propagarse”, resulta tipificado en el artículo 354 del C.P.

Por su parte, en el párrafo 2º del artículo 352 se contempla un supuesto agravado de incendio forestal, en la medida en que el incendio conlleve peligro para la vida o integridad física de las personas, parificando penalmente el supuesto al del artículo 351 y la pena de multa de 12 a 24 meses. En este segundo párrafo se quiere añadir un plus de antijuricidad a la figura, en atención a la cual se agrava la pena; el riesgo o peligro personal al que se refiere, creemos que debe ser considerado como concreto y derivarse directamente del incendio, quedando excluida la posibilidad de aplicar este tipo penal cuando el riesgo surja desconectado del incendio, o como consecuencia de factores imprevisibles en el momento de la acción.

Por otro lado, para la consumación del tipo previsto en el párrafo 2º se requiere tanto la producción del incendio forestal, como la verificación del peligro personal concreto.

A continuación, es preciso tratar del precepto contenido en el Artículo 353, el cual es en buena medida trascripción del anterior 553. bis.b del C.P. de 1987, e incorpora una serie de circunstancias de agravación específicas en relación al Artículo 352. En concreto, su apartado 1º dispone que las penas señaladas en el artículo anterior se impondrán en su mitad superior cuando el incendio alcance especial gravedad, atendida la concurrencia de alguna de las circunstancias siguientes:

1ª. Que afecte a una superficie de considerable importancia: La mencionada circunstancia de agravación específica resulta en su tenor literal especialmente indeterminada, abriéndose un excesivo margen de discrecionalidad judicial en orden a su efectiva aplicación. En cuanto a la expresión “considerable importancia”, para unos autores entre los que destaca el profesor Polaino Navarrete⁹⁷, se refiere a la superficie afectada, entendida ésta, no sólo como extensión, sino también a su valor ecológico ambiental; para otro sector doctrinal⁹⁸, debe imperar el sentido literal del precepto, éste se

referiría a la importancia de la superficie no sólo en cuanto a su dimensión o extensión.

2ª Que se deriven grandes o graves efectos erosivos en los suelos. Con la mencionada agravación el legislador debe pretender una tutela eficaz del patrimonio ecológico globalmente considerado, atendiendo a las consecuencias no solo inmediatas del incendio, sino además teniendo en cuenta los daños a largo plazo, las repercusiones o secuelas.

3ª Que se alteren significativamente las condiciones de vida animal o vegetal o se afecte a un espacio natural protegido. En relación con la interpretación de esta circunstancia de agravación, el adverbio “significativamente” deberá ser evaluado en virtud del arbitrio judicial; por otro lado, la alteración a la que se refiere, se deberá entender en sentido negativo y perjudicial para la vida animal o vegetal.

4ª Cuando ocasione grave deterioro o destrucción de los recursos afectados. Se trata de una agravación de carácter subsidiario para el caso de supuestos de gravedad no previstos en los tres preceptos anteriores.

De cualquier modo, el régimen de operatividad de las mencionadas circunstancias, entendemos que deberá ser alternativo, y no acumulativo para el caso de simultaneidad de las mismas, en atención a la propia redacción del precepto previsto para el caso de “conurrencia de alguna de las circunstancias siguientes”; también porque la subsidiaria redacción de la cuarta agravación resulta concurrente con cualquiera de las otras tres⁹⁹.

Por su parte, en el apartado 2º del propio artículo 353 prevé igual agravación de la pena, si bien la circunstancia agravante específica contemplada en él es ahora de corte subjetivo, para “*cuando el actor actúe para obtener un beneficio económico con los efectos derivados del incendio*”. Se basa la mencionada agravación en el espacial reproche que el legislador articula sobre la base del desvalor de intención y la especial peligrosidad y frecuencia de estas conductas.¹⁰⁰

Podemos, en consecuencia, concluir que el citado art. 353 es en buena medida transcripción del anterior artículo 553 bis b) del texto refundido del C.P. de 1987, tan solo se ha añadido en la tercera de las circunstancias enumeradas en su apartado primero, la referencia a que como consecuencia del incendio se vea afectado algún

espacio natural protegido. La otra novedad de este artículo 353 es la adición de su número segundo; adición que tuvo su origen en una enmienda del Grupo Mixto (la número 119) en el Congreso de los Diputados¹⁰¹.

Frente a las circunstancias agravantes analizadas, en el **Artículo 354 C.P 1995** nos encontramos con un tipo atenuado, el cual prácticamente no presenta diferencias con el Art. 553 bis c) del texto refundido de 1973. En concreto, dispone:

“1. El que prendiere fuego a montes o masas forestales sin que llegue a propagarse el incendio de los mismos será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses.

2. La conducta prevista en el apartado anterior quedará exenta de pena si el incendio no se propaga por la acción voluntaria y positiva de su autor”.

Por tanto, son dos los supuestos contemplados en él. Por un lado, que el incendio no se propague por causas naturales, o por causas, en todo caso, ajenas a la acción del autor (por ejemplo viento o lluvia, acción de los bomberos o cuadrillas forestales); la atenuación de la penalidad se configura aquí en atención a un elemento negativo, cual es la ausencia de propagación del incendio. Se trata de un delito de peligro abstracto en el que no resulta necesario un juicio de peligrosidad en relación con otras consecuencias que no sean las lógicas de la combustión autónoma con capacidad de propagación en un monte o masa forestal, ni tampoco ningún daño o perjuicio de carácter patrimonial ulterior al incendio.

Por su parte, en el segundo párrafo se contempla el que el incendio no se propague por la acción positiva y voluntaria del autor. En este caso se prevé la impunidad como causa de exención de la responsabilidad criminal en atención a una conducta objetiva consistente en evitar la propagación del incendio por medio de una acción voluntaria y positiva de su autor¹⁰². Por lo tanto, en este segundo párrafo se contiene una excusa absolutoria¹⁰³, en función del arrepentimiento activo del autor que evita la extensión del mal del delito¹⁰⁴. En él se declara exento de pena al que evita la propagación del incendio mediante una acción voluntaria y positiva, no siendo suficiente la mera abstención, sino que se exige que el sujeto impida a través de una actuación positiva suya, la materialización del resultado lesivo¹⁰⁵.

Como novedad del Código Penal de 1995 puede clasificarse la introducción del **Artículo 355**, en base al cual se establece que puedan adoptarse toda una serie de medidas de preservación de la calificación urbanística e interdicción de determinados usos con relación a aquellos terrenos que hayan sufrido los estragos de un incendio forestal.

Esta disposición no tiene precedentes en la legislación penal española, surgiendo posiblemente como respuesta a las continuadas y reiteradas demandas de las organizaciones ecologistas, que durante años habían venido reclamando la necesidad de implantar ciertas medidas precautorias con vistas a neutralizar los muy diversos intereses económicos que pudieran estar detrás de la provocación y extensión de numerosos incendios forestales.

El artículo referido, en general, ha tenido una acogida positiva por parte de la doctrina, principalmente por su finalidad político-criminal de carácter preventivo, orientada a frustrar la posible especulación respecto a terrenos o efectos del incendio forestal¹⁰⁶; el precepto está orientado a “desincentivar al delincuente”, por lo cual, su aplicación se vedará cuando se compruebe que es un incendio forestal imprudente, previsto en el artículo 358 del C.P., si bien, en estos casos –y por la vía del Derecho Administrativo- se pueden adoptar otras medidas legales; en todo caso, ha de mencionarse la opinión del Prof. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, para quien esta exclusión resulta criticable, “pues también en los incendios forestales imprudentes puede surgir la necesidad de preservación de las zonas incendiadas frente a especulaciones o variaciones surgidas a posteriori del incendio”¹⁰⁷.

Las medidas que prevé el citado artículo 355 del Texto penal revisten tres modalidades:

a) La prohibición de modificar la preexistente calificación del suelo en las zonas afectadas por el incendio forestal. Como dice el profesor Queralt¹⁰⁸, “el suelo que ha sido pasto de las llamas no puede ver alterada su calificación, que, *a fortiori*, ha de ser la de no urbanizable, por cualquier otra”.

b) La prohibición o supresión de los usos que se venían llevando a cabo en las zonas afectadas por el incendio, zonas referidas a montes comunales o públicos, no a montes de propiedad privada. Expertos forestales en el caso de incendios forestales intencionados, recomiendan entre otras las siguientes medidas:

- prohibición del pastoreo en los montes quemados hasta que el bosque alcance su regeneración,

- prohibición de cambiar de cultivo, vedar los montes quemados hasta que su nivel biológico se haya recuperado...

c) Intervención administrativa de la madera quemada, para evitar su venta a terceros y, con su importe, paliar los gastos de los daños producidos por el incendio.

En todo caso, reiterar que todas estas medidas cautelares sólo pueden aplicarse a los delitos previstos en la Sección 1ª: incendios forestales dolosos, quedando fuera de su alcance los incendios básicos incluidos en la mencionada Sección; los de vegetación no forestal, contemplados en la Sección 3ª; los de bienes propios, previstos en la Sección 4ª, y los cometidos por imprudencia grave, examinados en la Sección 5ª.

C.- Otros Tipos

En la Sección 3ª del Capítulo II, se incardina el **Artículo 356 de C.P.**, relativo a **los delitos de incendios en zonas no forestales**, el cual dispone:

“El que incendiare zonas de vegetación no forestales perjudicando gravemente el medio natural, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 2 años y multa de 6 a 24 meses”

Esta figura de incendio corresponde parcialmente a lo que en la legislación anterior¹⁰⁹ se contemplaba como incendio de mieses, pastos y plantíos, abarcando además ahora las zonas no cultivadas con plantaciones arbóreas, pero en las que exista vegetación, ya sea espontánea o agrícola¹¹⁰. Para determinar el objeto típico sobre el que ha de incidir esta modalidad de incendio, habrá que acudir a una interpretación *a sensu contrario* de lo que se entiende por zonas forestales, conforme dispone el Artículo 2 de la Ley 81/1.986, de 5 de diciembre, sobre *Incendios forestales*, y de los apartados 2º y 3º del Artículo 1 de la *Ley de Montes* a los que remite la primera¹¹¹.

En todo caso, para la comisión de este delito se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

1º.- La producción de un incendio.

2º.- El incendio debe afectar a zonas de vegetación no forestales.

3º.- Ocasionar un perjuicio grave al medio natural.

La conducta típica consiste en incendiar zonas de vegetación no forestal, perjudicando gravemente el medio natural; es decir, el tipo es netamente de resultado material, requiriéndose la destrucción o grave menoscabo del medio natural. La evaluación del perjuicio grave al medio natural no será tarea sencilla en la mayor parte de los casos, requiriéndose para ello expertos peritajes: Se ha distinguido, en este sentido entre “daño” y “perjuicio” identificándose el primero con el menoscabo material y patrimonial, y refiriéndose el segundo a la dimensión cualitativa de afectación del medio ambiente¹¹², resultando éste el bien jurídico protegido con carácter principal en la figura delictiva que nos ocupa.

El delito de incendio en zona no forestal, es un delito de resultado, y en régimen de coherencia con dicha naturaleza jurídica debe estimarse la consumación, cuando además del incendio o combustión de zona de vegetación no forestal aparezca el grave perjuicio al medio natural¹¹³.

Por lo que respecta a las formas imperfectas de aparición, encontramos la tentativa acabada, la cual puede darse cuando verificado el primer elemento del tipo, es decir, el incendio de la zona de vegetación no forestal, no se llegue a perfeccionar la efectiva lesión del medio natural, sino que simplemente se haya puesto en peligro concreto el citado medio, y además se hayan verificado todos los actos que pudieran integrar la conducta adecuada en orden a la consumación del grave perjuicio del medio natural.

A sensu contrario, la tentativa inacabada se producirá cuando se haya constatado un nivel de peligro para el medio natural suficiente, sobre zonas de vegetación no forestales, y frustrado por causas ajenas a la voluntad de su autor.

Para el caso de que no se produzca el fuego nos hallaríamos ante supuestos de actos preparatorios, los cuales resultarían impunes.

A continuación, la Sección 4ª del Capítulo II está dedicada a los **Incendios en bienes propios**, y así en el Artículo 357, se dispone:

El incendiario de bienes propios será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años si tuviere propósito de defraudar o perjudicar a terceros, hubiere causado defraudación o perjuicio, existiere

peligro de propagación a edificio, arbolado o plantío ajeno o hubiere perjudicado gravemente las condiciones de la vida silvestre, los bosques o los espacios naturales.

Su precedente próximo se encuentra en los Artículos 555 y 556 del C.P. anterior configurados como de peligro concreto y de naturaleza estrictamente patrimonial, en los que se trataba de limitar la lesividad que para terceros pudiera producir el comportamiento destructivo de los bienes propios, impune *per se*, salvo que del incendio y la disposición de los mencionados bienes se derivase un perjuicio para terceros.

Este precepto aglutina una serie de conductas de difícil reconducción a un único denominador común y va más allá del objeto sobre el que recae el incendio: los bienes propios¹¹⁴, en el que se mezclan tres tipos de conductas, cuya ubicación en un mismo artículo sólo se justifica por su carácter residual¹¹⁵.

Respecto a cual sea el bien jurídico protegido propio y genuino en el Artículo 357 del C.P., no puede ser otro que el patrimonio ajeno, sin perjuicio de que alguno de los subtipos de esta figura amparen además el medio ambiente. La doctrina mayoritariamente plantea la incorrecta ubicación sistemática del precepto, dado el protagonismo que como bien jurídico tutelado ostenta el patrimonio ajeno, dentro de un título dedicado a la protección de la seguridad colectiva; otro sector doctrinal critica su propia incardinación dentro de los delitos de incendios, entre otros el profesor SAINZ-CANTERO CAPARRÓS¹¹⁶; e incluso para algunos autores la principal crítica que puede formularse a esta figura afecta a su propia existencia¹¹⁷.

La condición de ser propia la cosa inicialmente incendiada es la que fundamenta la relevancia penal del simple riesgo de combustión; a "*sensu contrario*", el incendio de cosa ajena que genera un similar peligro de propagación a un arbolado, o zona forestal, propio o ajeno, que no llega a realizarse al menos en un efectivo "prender fuego" a dicha zona, es en principio un comportamiento impune, tal como se demuestra en el hecho de que desde el punto de vista de los delitos de incendios forestales en ningún caso sea suficiente el peligro de propagación, sino que es necesario que al menos se prenda fuego a monte o masa forestal, como precisa el artículo 354 del Código Penal.

Se ha calificado este tipo penal como tipo mixto alternativo, la primera modalidad de conducta típica consiste en el incendio de bienes propios cuando se tenga el propósito de defraudar o perjudicar a terceros, lo que convierte al delito como de tendencia, mutilado o de

resultado cortado, tipo en el que «tanto el simple prender fuego, como el provocar en sentido estricto un incendio, como el destruir el objeto material por medio del fuego, o lo que es lo mismo, incendiarlo, son comportamientos en abstracto idóneos para producir, ya la defraudación, ya el perjuicio a terceros; sobre todo si se entiende esta última expresión en el sentido de abarcar cualquier forma de daño patrimonial que pueda derivar de manera directa o indirecta de la combustión o incendio de la cosa propia»¹¹⁸.

La segunda modalidad de comportamiento típico relativo al peligro de propagación a edificio, arbolado o plantío ajeno, requiere que el sujeto haya provocado sobre sus bienes propios un incendio con peligro de propagación. Esta modalidad podría ser susceptible de aplicarse como imprudente en relación con el artículo 358 cuando del incendio recayente sobre los bienes propios cometido imprudentemente se deriva un perjuicio. En todo caso el concepto de fraude y de imprudencia se compadecen mal, por no decir que resultan incompatibles.

Finalmente, en el último párrafo del artículo 357 se produce la introducción por el legislador de un nuevo elemento típico: la sanción al incendiario de bienes propios cuando “hubiere perjudicado gravemente las condiciones de vida silvestre, los bosques o los espacios naturales”, el cual supone una limitación al ejercicio del Derecho de propiedad, como bien jurídico protegible, frente a otros bienes de naturaleza colectiva como es el medio ambiente. Por condiciones de vida silvestre debe entenderse no sólo la propiamente animal, sino también la de determinadas formas de vegetación no incluíbles en el concepto de bosques, o lo que es lo mismo, aquélla no estrictamente arbórea, es decir, condiciones de vida no artificial o vinculada a la explotación humana¹¹⁹.

En conclusión, los comportamientos típicos descritos en el artículo 357 entrañan una heterogeneidad de conductas en las que resulta difícil encontrar un denominador común, pues prevén delitos de intención, de peligro y de lesión efectiva¹²⁰. Además, la autonomía de esta figura dentro de la regulación en materia de incendios, debido a su carácter entre patrimonialista y protector del medio ambiente, puede suscitar posibles concursos de la misma en relación al resto de preceptos reguladores de los incendios.

La doctrina mantiene dos posiciones distintas respecto a la materia concursal entre el artículo 357 con el artículo 351 cuando se produce un incendio en bienes propios con peligro personal. El Profesor SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO afirma literalmente que “allí donde concurren

incendio en bienes propios en alguna de sus modalidades y peligro personal concreto se plantea una relación concursal entre el tipo básico del artículo 351 y el del artículo 357¹²¹, descartando que pueda hablarse de un concurso de leyes dada la operatividad del principio de especialidad, pues con la aplicación preferente del artículo 351 no queda abarcada la mayor parte de los elementos que caracterizan a los incendios de bienes propios del artículo 357: el propósito de defraudar a terceros o el haber causado defraudación, o el grave perjuicio para las “condiciones de la vida silvestre, los bosques o los espacios naturales”. Únicamente, el Profesor SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO entendería que pudiera hablarse de un concurso de leyes para el caso de que el artículo 351 concurriese con las modalidades de actuar con ánimo de perjudicar o haber causado perjuicio del artículo 357, mediante el incendio; el desvalor del artículo 351 consumiría el del artículo 357 ya que ante el peligro personal pasaría a un segundo plano la intención defraudatoria, o el menoscabo de bienes naturales por virtud del principio de consunción¹²².

En contraposición con lo expuesto, otro sector doctrinal representado por el Profesor SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, señala que para los casos de incendios en bienes propios llevados a cabo con ánimo defraudatorio o para la consecución de una efectividad defraudación, a tenor de lo establecido en el artículo 351, puede hablarse de la existencia de un conflicto normativo establecido entre el delito de incendio con peligro personal y una tentativa de estafa, o, en su caso, como delito consumado de estafa. En defensa de su tesis, estos autores consideran que de lo contrario se produciría una vulneración del principio *ne bis in idem*, pues se estaría considerando dos veces el mismo hecho, en este supuesto, el propio incendio. De producirse la defraudación, la Jurisprudencia ha venido entendiendo que acontece un concurso ideal de delitos entre el delito de incendio de bienes propios y el delito de estafa¹²³, incluso éste, en grado de imperfección, si existe ánimo defraudatorio sin que la defraudación se haya consumado¹²⁴, en función del doble dolo, el incendiario y el defraudatorio.

En todo caso, el supuesto más conflictivo lo constituye el de “la existencia de peligro de propagación a edificio, arbolado o plantío ajeno”, pues cabe sostener que normalmente el incendio entraña peligro de propagación y que el peligro personal concreto surgirá por el peligro de propagación a otros objetos distintos a los perseguidos por el sujeto activo, pero el peligro personal no se deriva necesariamente de este peligro de propagación; es decir, puede haber peligro personal sin peligro de propagación y viceversa; en definitiva, que el desvalor por la creación de peligro personal concreto no consume al peligro de propagación a

otros objetos distintos¹²⁵. En este supuesto, el profesor Sainz Cantero considera que el segundo inciso del artículo 351 es precedente en su aplicación al 357 por haber mediado el peligro personal que entraña el atentado contra la seguridad colectiva y ello con independencia de que el peligro se extienda sobre una o varias personas además de sobre el patrimonio personal¹²⁶.

NOTAS:

1 OLGA MARLASCA MARTÍNEZ, *Observaciones sobre las sanciones en los casos de incendio. Fuentes romanas y visigodas*, en «El Derecho Penal. De Roma al Derecho Actual», Madrid, 2005, pág. 367.

Con relación a cómo fue percibido el , ver: SENECA, *Nat. Quaest.* II.22.1-2.

2 Así, en los principales textos legales procedentes de Mesopotamia y Sumeria no hemos podido encontrar ninguna referencia explícita al mismo, si bien quizás esto se deba al carácter altamente fragmentario de dichas fuentes. En todo caso, creemos que en dichas sociedades ya debió existir algún tipo de persecución contra tales conductas, como evidenciaría de modo indirecto el parágrafo 25 del código de Hammurabi, en el cual ciertamente el hecho criminoso objeto de represión no es el incendio, sino el hurto cometido con ocasión de incendio culposo, es decir, no intencionado; pero, evidentemente, sí ya se regulaba este supuesto parece inevitable pensar que también debió sancionarse el incendio doloso.

3 Éstas constituyen el primer código jurídico escrito conocido por la sociedad romana, el cual surgió debido a las presiones de gran parte de la sociedad romana, en concreto, de los plebeyos, quienes trataban por medio de su promulgación de poner fin a la situación de enorme inseguridad jurídica en la cual se encontraban hasta entonces, dada la inexistencia de normas escritas a las cuales atenerse, al estar formado el ordenamiento jurídico por toda una serie de *mores maiorum* o costumbres de los antepasados, cuyo conocimiento e interpretación además quedaba en manos del colegio de los Pontífices, esto es, de una minoría dentro del propio patriciado quien además aglutinaba todo el poder político dentro de la recientemente instaurada república romana.

Ver: RAYMOND WESTBROOK, *The Nature and Origins of the Twelve Tables*, en «Z.S.S.», vol. CV, 1988, 74-121; MARIA ZABLOCKA, *Le XII Table. Fonte dei principi del diritto contemporaneo*, en «IVRA», vol. LIII, 2002, pp. 1-16; FEDERICO D'IPPOLITO, *Problemi storico-esegetici delle XII Tavole*, Nápoles, 2003; JEAN LOUIS FERRARY, *Saggio di storia della palingenesi delle XII Tavole*, en «Le Dodici Tavoli», Pavia, 2005, pp. 503-556.

4 Tab. 8.10 (= D. 47,9,9).

5 Esta tendencia a perseguir duramente aquellos incendios que ocasionan daños en el marco de la economía agraria del mundo antiguo es posible apreciarlo igualmente en el mundo semita, según se desprende de FLAVIO JOSEFO, *Antigüedades Judías* V.295.

6 Tab. VIII.8.a.

7 Tab. VIII.8.b.

8 Tab. VIII.9.

9 Tab. VIII.11.

10 Tab. VIII.24.b.

11 JUVENAL, *Sat.* III.5-9. En un sentido muy similar se expresaba HORACIO, *Sat.* I.1: «Amontonas de todas partes alforjas sobre las que duermes con ansia y te fuerzas a respetarlas, como si fueran sagradas o gozaras de cuadros de arte. ¿Es que no sabes para qué vale el dinero, qué uso ofrece? Cómprese pan, verdura, un cuartillo de vino; añade lo que hace daño a la naturaleza humana, si se le niega. ¿Aprovecha estar exánime de no dormir por miedo, temer noches y días a malignos ladrones, incendios, que los esclavos te saqueen y escapen? De estos bienes yo siempre elegiría ser el más pobre».

12 *Res Gestae Divi Augusti* 20.

13 APULEYO, *El Asno de Oro*, IV.10.4.

14 Importante político, por otro lado, del mundo antiguo, pues constituyó junto a Julio César y Pompeyo el primer triunvirato que rigió los destinos de la ciudad de Roma a mediados del siglo I a.C.

Ver: BRUCE A. MARSCHALL, *Crassus. A political biography*, Amsterdam, 1976; ALLEN M. WARD, *Marcus Crassus and the Late Roman Republic*, Missouri, 1977; GIUSEPPE ANTONELLI, *Crasso, il banchiere di Roma*, Roma, 1986.

15 Ver PLUTARCO, *Craso* 2.4-6.

16 Ésta era una de las primeras magistraturas dentro del *cursus honorum* que un ciudadano debía desempeñar para poder acceder al cabo de los años a puestos de mayor responsabilidad, como eran los de pretor o cónsul.

17 Ver VELEYO PATÉRCULO, *Historia Romana* II.91.3.

18 Ver SUET., *Augustus* 28.3.

19 En todo caso, la existencia de este cuerpo estable y oficial de lo que podríamos denominar “bomberos”, no impidió que siguieran produciéndose importantes incendios en la ciudad, algunos especialmente graves, como el que asoló en el año 27 d.C. el monte Celio, ver TÁCITO, *Ann.* IV.64; VELL. 2.130.2; SUET., *Tib.* 48. Otros incendios se produjeron en época de Tito, ver SUET., *Tit.* 8.4.

20 D. 1.15.2 y 3.pr. Esta información aparece confirmada por las fuentes literarias; así, en su biografía obra de Suetonio, podemos leer: «[...]instituyó contra los incendios rondas nocturnas y vigilantes [...]» (SUET., *Augustus* 30.1).

21 En todo caso, dada su organización pseudo-militar, en ocasiones, desarrollaron un destacado papel en situaciones de inestabilidad política, como durante el año de los emperadores, cuando su apoyo fue esencial para reforzar y asegurar en la ciudad de roma la posición de los partidarios de Vespasiano, ver: TACITO, *Historia* III.69.

22 D. 1.15.3.4.

23 MARCIAL, *Epigr.* XIV.44. Ver también: MARCIAL, *Epigr.* XI.93.

24 Ver KURT WALLAT, *Sequitur clades. Die Vigiles im antiken Rom*, Frankfurt am Main, 2004, pp. 159-170

25 Ésta fue precisamente la técnica que finalmente se utilizó para poder poner fin al famoso incendio que en el año 64 d.C. destruyó gran parte de la ciudad, ver TACITO, *Ann.* XV.40.

26 A este respecto, destaca el retrato que realiza JUVENAL, *Sat.* III.193-202: «Nosotros habitamos una ciudad apuntalada en gran parte por frágiles estacas de madera. Con este material combate el alcalde de barrio los derrumbamientos y, cuando tapa la abertura de una antigua

griega, nos manda que durmamos seguros, aunque nos amenace la ruina. Hay que vivir en un lugar donde no haya incendios de noche, ni se teman. Ya pide agua Ucalegón, ya lleva de un lado para otro su modesto mobiliario. Las viviendas que están tres pisos por debajo de ti, ya empiezan a echar humo; pero tú no lo sabes. Evidentemente, si el pánico cunde en los pisos más bajos, arderá el último, aquél al que sólo protege de la lluvia el tejado donde ponen los huevos las delicadas palomas».

27 Este tipo de prácticas quedó perfectamente reflejado en PETRONIO, *Satyr.* 78.7.

28 D. 43.24.7.4. En idéntico sentido, puede consultarse D. 47.9.3.7.

29 PLINIO, *Ep.* X.33. No obstante, pese a dicha petición, Trajano denegó el permiso al considerar que la constitución de tal asociación podía dar origen a eventuales revueltas o movimientos no controlados, disponiendo que: «basta con que se dote a esa ciudad de todos los medios que puedan ser de ayuda para combatir los incendios, y con advertir a los propietarios de los edificios que deben ser ellos mismos los que han de aplicarse en detener el fuego, recurriendo, además, al apoyo de la población en el caso de que la situación así lo exija» (PLINIO, *Ep.* 10.34.2).

30 SUETONIO, *Claudio* 18.1.

31 D. 1.15.4.

32 D. 1.15.3.1.

33 TACITO, *Ann.* XV.38.1.

34 TACITO, *Ann.* XV.40.

35 MARCIAL, *Epigr.* V.7.1-4. Esta idea aparece también recogida en TACITO, *Ann.* XV.43: «las zonas de la Ciudad [...] no fueron reconstruidas de manera indiscriminada y caprichosa, como se hizo después del incendio de los galos, sino que se mensuró el trazado de las manzanas, se ampliaron las calles, se limitó la altura de los edificios y se dejaron patios, a los que se adosaron pórticos que protegían la fachada de los inmuebles [...]».

36 TACITO, *Ann.* XV.43.

37 La leyenda negra de Nerón, se basa en la atribución que a este

respecto se encuentra en SUETONIO, *Neron* 38.1; si bien, Tácito plantea la cuestión de un modo más objetivo, poniendo de relieve que se ignoraba cuál fue la causa real inicial del incendio, ver TACITO, *Ann.* XV.38.

38 Ver TACITO, *Ann.* XV.39 y 43.

39 Ver TACITO, *Ann.* XV.38. Compartimos, por tanto, la opinión expuesta a este respecto por el Prof. BERNARDO ALBANESE, *Tacito, i Cristiani e l'Incendio neroniano* (*Ann.* 15,44), en «S.D.H.I.», vol. XLVIII, 1982, pp. 455-470.

40 Ver AULO GELIO, *Noches Aticas* XX.1.10.

41 Dentro de las fuentes literarias, esta equiparación se encuentra en LUCIANO DE SAMÓSTATA, *Amores* 29; ver también JUVENAL, *Sat.* XIII.144-146.

42 OLGA MARLASCA, *op. cit.*, pág. 367.

43 D. 48.8.1.pr.

44 C. 9.1.11.

45 Ésta es una compilación mixta de época postclásica, caracterizada por poner en paralelo preceptos mosaicos del Antiguo Testamento con constituciones imperiales y textos de los juristas clásicos, especialmente de Paulo.

46 D. 9.2.30.3.

47 VIRGILIO, *Georg.* II.298-311.

48 D. 9.2.27.7.

49 C. 3.35.1

50 *Lex Romana Visigothorum* VIII.II.1.

51 Hipótesis que –como ya indicamos anteriormente, ver nota 2- venía contemplada en el Código de Hammurabi, en concreto en su párrafo 25.

52 Ver D. 47.9.1.pr. Disposición reiterada en una constitución de los emperadores Diocleciano y Maximiano, conservada en C. 6.2.18: «el texto del edicto perpetuo declara que, contra el que se dice que de

un naufragio o incendio cogió alguna cosa, o en ellas causó algún daño, se dio la acción del cuádruplo, dentro de un año útil, a favor de aquel a quien le falta la cosa, y del simple importe después del año, después de la pena en otro tiempo establecido».

53 D. 47.9.1.2.

54 D. 47.9.1.4.

55 Ver. D. 48.6.3.

56 Fuero Juzgo VIII.II.1.

57 Fuero Juzgo VIII.II.2.

58 Fuero Juzgo VII.II.18.

59 En todo caso, casi dos siglos antes, en el marco de la Recopilación de Indias es posible encontrar otra norma, la Ley IV, del título VIII, del Libro IV, ya preocupada por el modo en el cual es preciso proceder para evitar la propagación de incendios, los cuales –en todo caso- afirma que suelen deberse fundamentalmente a la negligencia o culpa lata de los pobladores, indicándose la conveniencia de la existencia de un cuerpo de personas que por la noche vigilen la ciudad, que se respete la distancia de más de 15 pasos entre los edificios y, por último, disponiendo que:

[...]pues estos incendios por presunción legal, aunque algunas veces sea fortuitos, generalmente se hazen y causan por culpa, negligencia, y omisión de los habitantes, la qual viene á ser mas que lata culpa, por no tener cuidado en lo que tanto conviene, que le haya, será bien, que ordenen, que pues estos edificios consisten en tablas, la casa de donde saliere el fuego, y los habitantes de ella, como quien dio principio al daño, queden obligados al que sucediere, con lo qual vivirán con mucho cuidado [...].

60 Novísima Recopilación, Ley XIV, Título XXIV, Libro VII, cap. 22.

61 Novísima Recopilación, Ley XIV, Título XXIV, Libro VII, cap. 35.

62 J. DEL ROSAL, *Acerca de un supuesto Código Penal del siglo XVII*, en «R.G.L.J.», 1943, pág. 640.

63 Jurista muy preocupado por los temas penales, habiendo publicado en el año 1621 otra obra bajo el título “Sistema de todas las leyes penales, canónicas, civiles y destos reynos, de mucha utilidad y provecho, no sólo para los naturales dellos, pero para todos en general”.

64 J. DEL ROSAL, *op. cit.*, pp. 614 y ss.

65 El recurrir al objeto protegido como criterio sistematizador parece deberse a la influencia de las ideas de Filangiere. Ver: J.R. CASABÓ RUIZ, *Los orígenes de la codificación penal en España: el Plan de Código Criminal de 1787*, en «A.D.P.C.P.», 1969, pág 331.

66 M.A. MORENO ALCAZAR, *El concepto penal de incendio desde la teoría del caos*, 2002, pág. 41.

67 Ver C. FILANGERI, *Ciencia de la Legislación*, pp. 116-ss.

68 Ver J. ANTON ONECA, *Historia del Código Penal de 1822*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», vol. 18, 1965, pp. 263-278.

69 En contra, o cuando menos muy reacios, a entender que el Código penal de 1822 llegó a estar en vigor, ver: J. ANTON ONECA, *ult. op. cit.*, pp. 263-ss.; J.M. ALONSO Y ALONSO, *De la vigencia y aplicación del Código Penal de 1822*, en «Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios», feb. 1946, pp. 2-ss.

70 Ver. J.R. CASABÓ RUIZ, *La aplicación del Código Penal de 1822*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», vol. 32, 1979, pp. 333-ss.

71 Así las Audiencias de Sevilla y de Madrid, y el Colegio de Abogados de esta última, se manifiestan en este sentido, afirmando que hasta ese momento había existido una gran indulgencia en las penas de los incendio, según se evidencia en el DIARIO DE LAS DISCUSIONES, ver Tomo III, pp. 210 y 211.

72 Ver J.R. CASABÓ RUIZ, *El proyecto de Código Criminal de 1830, estudio preliminar y edición*, Murcia, 1978, pp. 5 y ss.

73 Artículo 185.

74 Ver J.R. CASABÓ RUIZ, *El Proyecto de Código Criminal de 1831, estudio preliminar y edición*, Murcia, 1978, pp. 2 y ss.

75 En este proyecto, como en el anterior auspiciado con carácter oficial por el rey Fernando VII, ha de destacarse la existencia de una importante parte del mismo dedicada a la “Administración de Justicia en lo criminal”, es decir, se procede a la vinculación de la codificación del proceso penal al Derecho Penal material.

76 Artículo 1073.

77 Ver J.F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación Española*, 5, *Codificación Penal. Vol. I*, Madrid, 1970, pp. 209 y ss.

78 M.A. MORENO ALCÁZAR, *El concepto penal de incendio desde la teoría del caos*, Valencia, 2002.

79 Ver J. ANTÓN ONECA, *El Código penal de 1870*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», vol. 23, 1970, pp. 237, 241-ss.; y, R. NÚÑEZ BARBERO, *La reforma penal de 1870*, Salamanca, 1969, pág. 58.

80 Ver N. BUENAVENTURA SELVA, *Comentarios al Código penal reformado*, Madrid, 1870, pág. 254.

81 Ver ALEJANDRO GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código penal de 1870 anotado y concordado*, Tomo VIII, pp. 45 y 46; y, EMILIO LANGLE RUBIO, *Código penal de 17 de junio de 1870*, Madrid, 1915, pág. 652.

82 Pues tal y como ha señalado el prof. F. FERREIRO RODRÍGUEZ, *Las nuevas figuras del delito*, La Coruña, 1929, pp. 60 y 70: «En el viejo (Código), el incendio como delito, tenía que tener como fin principal y único, el causar daño. Por eso, consecuente con este principio, figuraban los delitos de incendio, dentro de los cometidos contra la propiedad, a diferencia del Código nuevo, que, dando mayor importancia al elemento peligro social que caracteriza el incendio como delito, aunque nada más sea por el terror que produce, lo incluye dentro del Título de los ejecutados contra la seguridad colectiva».

83 Ver J. ANTÓN ONECA, *Los antecedentes del nuevo Código penal*, en «R.G.L.J.», vol. 154, Madrid, 1929, pp.30 y ss.

84 Ver J. ANTÓN ONECA, *Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», vol. XXV, 1972, pág. 258.

85 Artículo. 66.

86 Artículo 519.

87 M.A. MORENO ALCÁZAR, *El concepto penal de incendio desde la teoría del caos*, Valencia, 2002.

88 Art. 549.3º.

89 Ver J.R. CASABÓ RUIZ, *Consideraciones acerca de la reciente ampliación del art. 549 del Código Penal*, en «Jornadas de Profesores de Derecho Penal», Santiago de Compostela, 1976, pp. 65-ss.

90 Ver sentencias del T.S. 560/2009, de 27 de mayo; 616/2008, de 8 de octubre de 2008.

91 El Artículo 266 C.P. de 1995, modificado por la L.O. 7/2000 dispone:

«1. Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años el que cometiere los daños previstos en el artículo 263 mediante incendio, o provocando explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva, o poniendo en peligro la vida o la integridad de las personas.

2. Será castigado con la pena de prisión de tres a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses el que cometiere los daños previstos en el artículo 264 , en cualquiera de las circunstancias mencionadas en el apartado anterior.

3. Será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años el que cometiere los daños previstos en los artículos 265, 323 y 560, en cualquiera de las circunstancias mencionadas en el apartado 1 del presente artículo.

4. En cualquiera de los supuestos previstos en los apartados anteriores, cuando se cometieren los daños concurriendo la provocación de explosiones o la utilización de otros medios de similar potencia destructiva y, además, se pusiera en peligro la vida o integridad de las personas, la pena se impondrá en su mitad superior. En caso de incendio será de aplicación lo dispuesto en el artículo 351».

92 STSS de 3 de Diciembre de 2.007 y de 14 de Octubre de 2.005.

93 Ver sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 7 de Diciembre de 2000; Sentencia de la A.P. de Burgos, Sección 1ª, de 13 de Octubre de 2006.

94 En concreto, el apartado segundo, del citado art. 1 de la Ley de Montes, de 8 de junio de 1957, dispone: «Se entiende por terreno forestal o propiedad forestal la tierra en que vegetan especies arbóreas, arbustivas, de matorral o herbáceas, sea espontáneamente o procedan de siembra o plantación, siempre que no sean características del cultivo agrícola o fueren objeto del mismo. No obstante se exceptúan de los comprendidos en dicho concepto los terrenos que formando parte de una finca fundamentalmente agrícola y sin estar cubiertos apreciablemente con especies arbóreas o arbustivas de carácter forestal, resultaren convenientes para atender al sostenimiento del ganado de la propia explotación agrícola y, asimismo, los prados desprovistos sensiblemente de arbolado de dicha naturaleza y las praderas situadas en las provincias del litoral cantábrico», añadiendo el tercer apartado del mismo artículo: «Bajo la denominación de montes se comprenden todos los terrenos que cumplan las condiciones que se especifican en el apartado 2 y aquellos otros que, sin reunirlos, hayan sido o sean objeto de resolución administrativa por aplicación de las Leyes que regulen esta materia y en virtud de la cual hayan quedado o queden adscritos a la finalidad de ser repoblados o transformados, por lo tanto, en terrenos forestales».

95 SENADO (1993), *Informe de la ponencia...* p. 60.

96 Ver CARLOS ALMELA VICH, *La Protección Penal del Medio Ambiente y los Incendios Forestales*, en «Revista General de Derecho», vol. 640-641, 1998, pág. 46.

97 M. POLAINO NAVARRETE, *Delitos de incendio en el ordenamiento penal español*, Barcelona, 1982, pág. 386.

98 J. L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Consideraciones generales sobre los delitos de incendios*, en «Cuadernos de Política Criminal», 1993, pág.140.

99 J.L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *op. cit.*, pág. 143.

100 Ver J.J. GONZÁLEZ RUS, *Delitos contra la seguridad colectiva*, Madrid, 2000, pág. 120.

101 Ver BOLETÍN OFICIAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, Congreso de los Diputados, de 6 de Marzo de 1995, serie A, núm. 77-6,

pág. 154.

102 Ver J.E. SAINZ-CANTERO CAPARROS, *Los Delitos de Incendios*, Granada, Granada, 2000, pág.159; y, J.L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Consideraciones generales sobre los delitos de incendios*, en «Cuadernos de Política Criminal», 1993, pág. 138.

103 Excusa absolutoria que ha sido calificada por el profesor J.J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, Parte especial, 1996, pp.744 y ss., como la figura del “incendiario arrepentido”.

104 Ver J.I. DE MADARIAGA Y APELLANIZ, *La protección del medio ambiente frente al delito de incendios forestales*, Logroño, 2001, pág. 200.

105 Ver ORTS BERENGUER – MORENO ALCAZAR, *Comentarios al Código Penal de 1.995*, Valencia, 1996, pág. 1635.

106 Entre otros autores, ver J.E. SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, *op. cit.*, pág. 161; ORTS BERENGUER – MORENO ALCÁZAR, *op. cit.*, pág. 1640.

107 Ver J.E. SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, *Los delitos de incendios*, Granada, 2000, pág. 169. En todo caso, esta opinión no es compartida por los Profs. M. COBO DEL ROSAL Y M. QUINTANAR DÍEZ, “De los incendios”, Valencia, 2.004, pág. 49.

108 J.J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 1996, pág. 746.

109 En el Artículo 551,2 del C.P. anterior se sancionaba a “Los que incendiaren mieses, pastos o plantíos”.

110 Ver C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Código Penal*, 1997, pág. 3366.

111 Ver Arts. 2 de la Ley 81/1.968, de 5 de diciembre, sobre *Incendios Forestales* y 1.º y 2.º de la *Ley de Montes*, de 8 de junio de 1.957, en los que se establece el concepto jurídico administrativo de terreno forestal; Art. 81 de la última Ley citada; 10 a 32 y 37 de la Ley 4/1.989, de 27 de marzo, de *Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres*, modificada por Leyes 40 y 41/1.997, de 5 de noviembre; RD 1.055/1.995, de 23 de junio, por el que se modifica parcialmente la estructura orgánica básica del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y Convección de 23 de noviembre de 1.972, sobre *Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural*, ratificada por Instrumento de 18 de marzo de 1.982; Convenio relativo a la *Conservación de la Vida Silvestre y del Medio Natural en Europa*, Berna, de 19 de septiembre

de 1.979, Instrumento de Ratificación de 13 de mayo de 1.986.

112 Ver J.E. SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, *Los delitos de incendios*, Granada, 2000; pág. 169.

113 Ver: sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 7ª), de 15 de marzo de 2.005, JUR/2.005/14431; Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 3ª), de 14 de febrero de 2.003, JUR/2.003/84897; o, sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 11 de abril de 2.001, JUR/2.001/172176.

114 Por bien propio entiende la Jurisprudencia “ que sea de la exclusiva propiedad del inculpado”, ver SSTs. de 29 de Marzo de 1950 (RAJ,507); 8 de Junio de 1953 (RAJ,1492); de 14 de Marzo de 1991 (RAJ,2139); y, de 15 de Noviembre de 1994 (RAJ,9275), entre otras.

115 Ver F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 1996, pág. 543.

116 Ver J.E. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, *op. cit.*, pág. 185.

117 En opinión de los profesores M. COBO DEL ROSAL Y M. QUINTANAR, *Sobre los incendios cit.*, pág. 63.

118 Ver J.E. SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, , *Los delitos de incendios*, Granada, 2000, pág. 189.

119 Ver J.E. SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, *op. cit.*, pág. 206.

120 Ver J.L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Los delitos de incendios*, 1996, pág. 841.

121 Ver J.L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *op. cit.*, pág. 106.

122 Ver J.L. SERRANO-GONZÁLEZ DE MURILLO, *op. cit.* , pág. 106.

123 STSS. de 17 de Marzo de 1982 y de 9 de Abril de 1984 y de 5 de Junio de 1991.

124 Ver C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *op. cit.*, pág. 3370.

125 Ver J.L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *op. cit.*, pág. 842.

126 Ver J.L. SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, *op. cit.*, pág. 212.

LA NUEVA OFICINA JUDICIAL Y LOS JUZGADOS DE MENORES. CUESTIONES PRÁCTICAS.

F. Javier Moya del Pozo

Secretario del Juzgado de Menores de Cuenca.

Es finalidad del presente trabajo analizar, desde un punto de vista práctico, el alcance y los efectos que la entrada en funcionamiento de la Nueva Oficina Judicial, NOJ, van a tener sobre los Juzgados de Menores, y, en especial, en lo que afecta a la ejecución de las sentencias dictadas por éstos.

Establecida su regulación por la ley Orgánica 19/2003, de 23 de Diciembre, de modificación de la ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, la NOJ (que, sin perjuicio de otras unidades, básicamente transforma la actual configuración de los Juzgados en un desdoblamiento entre las Unidades Procesales de Apoyo Directo, UPAD, y los Servicios Comunes Procesales), plantea un gran número de cuestiones que sería conveniente que fueran resueltas antes de su entrada en funcionamiento.

Como declara en su Exposición de Motivos la propia L.O. 5/2000, de 12 de Enero (BOE: 13.01.2000) reguladora de la responsabilidad penal de los Menores, esta norma viene a establecer el procedimiento por el que se enjuician las conductas de menores; gozando la misma de naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa, **donde el interés supremo del menor debe presidir cualquier actuación, y que, en materia de ejecución, este principio debe destacar sobre cualquier otro.**

No hay que olvidar que los Juzgados de Menores gozan de una triple naturaleza: **juzgado de garantías** (debido a la función instructora del Ministerio Fiscal, el juzgado adopta medidas cautelares y autoriza, a solicitud de parte y en audiencia contradictoria, la práctica de diligencias restrictivas de derechos fundamentales), **juzgado sentenciador** (imponiendo las medidas de reforma) y, gozando de una naturaleza similar al juzgado de vigilancia penitenciaria, como **juzgado de control de las medidas impuestas**. Incluso, en algunos casos, **el juzgado es ejecutor de las mismas**, como es el caso de la medida de amonesta-

ción, que debe ser realizada por el propio Juez de menores, en un acto único que tiene lugar en la sede judicial, y en el que el Juez manifiesta al menor de modo concreto y claro las razones que hacen socialmente intolerables los hechos cometidos, le expone las consecuencias que para él y para la víctima han tenido o podrían haber tenido tales hechos, y le formula recomendaciones para el futuro.

La L.O. 5/2000, de 12 de Enero reguladora de la responsabilidad penal de los Menores, en adelante, la LORRPM, que entró en vigor al año de su publicación, introdujo la importantísima novedad de encomendar la instrucción del procedimiento penal, en materia de menores, al Ministerio Fiscal; atribuyéndole, en su artículo 16.1, la competencia para la instrucción de los procedimientos por los hechos cometidos por los menores mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales. Y, a pesar de la extraordinaria función instructora encomendada al Ministerio Fiscal, no se ha cambiado la estructura y funcionamiento de las secciones de menores de las fiscalías, cuando es de sobra conocido que no reúnen las condiciones adecuadas para recibir declaración a los menores expedientados y a las víctimas, (no hablemos ya de los problemas con la custodia en sus dependencias de los menores detenidos) y, además, encuentran grandes dificultades en la práctica de diligencias que, hasta ahora, residían de forma exclusiva en los juzgados de instrucción: recepción y custodia de las piezas de convicción, ingreso de las cantidades intervenidas en la cuenta de depósitos y consignaciones y expedición de los correspondientes mandamientos, etc. Pero, con ser esto importante, lo esencial es la ausencia del Secretario Judicial, en su función de fedatario público y garante de los derechos fundamentales del menor cuando éste comparece ante el Ministerio Fiscal para tomarle declaración; es decir, ante el mismo órgano que después formulará el escrito de alegaciones contra él, propondrá medida y pedirá responsabilidad civil.

En segundo lugar, de los documentos de trabajo y borradores con los que, al parecer, se están diseñando las Nuevas Oficinas Judiciales por parte del Ministerio de Justicia, se deduce una preocupante voluntad de hacer residir la ejecución de las sentencias penales de los Juzgados de Menores en un servicio común penal, competente también para la ejecución de las sentencias condenatorias de la jurisdicción de mayores. Recordemos que la Nueva Oficina Judicial configura el Servicio Común de Ejecución como aquél donde se recibirán las sentencias y demás actos a los que la ley reconoce carácter ejecutivo para asegurar su cumplimiento en los términos que establezcan.

Por el contrario, pasaré a exponer las razones por las que entiendo que **las sentencias recaídas en los expedientes de reforma deben ser controladas-ejecutadas por la propia UPAD del Juzgado de Menores de donde procede la sentencia**; y que, de no hacerlo así, si se remitieran para su ejecución aquéllas sentencias a los servicios comunes, competentes también para la ejecución de las sentencias condenatorias de la jurisdicción penal de mayores, **se iría contra la propia naturaleza del proceso penal de menores y las normas internacionales; produciéndose, además, una falta de aprovechamiento de los medios personales y materiales existentes ya en la propia UPAD, que no necesitaría, en modo alguno, ampliar su plantilla.**

PRIMERO.- NECESIDAD DE QUE LAS DIVERSAS ACTUACIONES SE DESARROLLEN SALVAGUARDANDO LA INTIMIDAD DEL MENOR.

El artículo 39-4 de la Constitución Española dispone que *los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*; estableciéndose ya en el artículo 14 del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, de 19.Diciembre.1966, Instrumento de ratificación de 13.04.1977, BOE de 13.04.1977, la protección especial de la intimidad de los menores, y que esa minoría de edad se tenga especialmente en cuenta, así como la estimulación de su readaptación social, en el proceso penal.

Igualmente, el **Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales**, Roma, 4.11.1950 (BOE de 10.10.1979), contempla en su artículo 6 una especial protección de los menores afectados por un proceso.

Normativa de capital importancia en la materia la constituyen las **Reglas Mínimas Uniformes de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (REGLAS BEIJING)**, adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 29-11-1985, que en su regla 2.2-a) define al MENOR *como todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto*; y que dedica su regla 8ª a la **PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD**:

8.1 *Para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad.*

8.2 *En principio, no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualidad de un menor delincuente.*

Otra forma de protección de la confidencialidad del proceso penal de menores está contemplada en la regla 21^a relativa a los Registros de menores delincuentes, donde se establece una estricta restricción de acceso a los mismos.

No puede olvidarse, igualmente, el artículo 4 de la **Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero**, de protección jurídica del menor, y modificación parcial del C.Civil y LECivil, protector del derecho al honor, a la **intimidad** y a la propia imagen del menor.

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989, establece en su art. 37-c) que los Estados velarán por que *todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos...*

La fundamental **sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 36/1991 de 14 febrero** que en el fundamento jurídico quinto dice que han de interpretarse los preceptos de la Constitución *de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución.*

La Administración española es especialmente sensible a la hora de **preservar el derecho a la intimidad de los menores**: El art. 17-3 de la citada LO 5/2000, y el art. 3 del Real Decreto 1774\ 2004, de **30 de Julio**, por el que se aprueba su Reglamento, exigen que los menores detenidos sean custodiados en dependencias adecuadas y separadas de las que se utilicen para los mayores de edad; y el Ministerio del Interior, en **Instrucción 12/2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad**, en su punto 5-a), establece que *“ se evitará en todo caso posibles efectos adversos y de estigmatización (de los menores). Los agentes, siempre que sea posible, no vestirán de uniforme oficial y el vehículo utilizado para el transporte del detenido (menor) irá desprovisto de distintivos oficiales”*. Y esta normativa no hace sino seguir las directrices de las reglas Beijing, donde la número 13 (relativa a preventivos) y la 26 (condenados por sentencia

firme) vienen a exigir una separación física de los adultos, con reclusión en establecimientos distintos. Es por ello que los nuevos edificios judiciales ya se diseñan de tal manera **que los juzgados de menores se ubican separados del resto de los órganos judiciales, con una sala de vistas propia no compartida y, normalmente, hasta con un acceso desde el exterior diferente; para así evitar que los menores se encuentren o deambulen por los edificios judiciales junto con mayores de edad.**

Son numerosos los actos procesales, en ejecución de sentencia, que requieren la presencia física del menor en sede judicial; no sólo para la práctica de la amonestación, reprensión que ha de realizar el propio Juez de menores, sino la entrega del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor o licencias administrativas cuyo uso se les haya privado por un determinado tiempo, notificación de la liquidación de medida, diligencias de requerimiento personal, con apercibimiento, en los supuestos de un posible quebrantamiento de la medida, cuando el menor pone dificultades a la Entidad Pública para el cumplimiento de la medida impuesta judicialmente, etc...Y todo ello, sin tener en cuenta la ejecución de la sentencia condenatoria cuando se ha fijado responsabilidad civil del menor infractor, en cuyo caso son abundantes las diligencias que, sobre todo en caso de exacción de la responsabilidad civil en vía de apremio, exigen la presencia del menor ante el órgano judicial.

Aún más: con motivo de las amplias facultades de que dispone el Juez de Menores para suspender o sustituir por otras las medidas impuestas (artículos 13 y 51 de la L.O 5/2000, y regla Beijing 23.2), se hace **necesaria la comparecencia del menor, en fase de ejecución de sentencia, en la sede judicial a fin de celebrar la comparecencia ante el Juez de Menores** quien, oído el citado menor, su letrado defensor, el Ministerio Fiscal, equipo técnico y representante de la entidad pública, resolverá lo procedente; comparecencia de vital importancia, sobre todo, cuando se trata de un supuesto de quebrantamiento de medida no privativa de libertad y se interesa la sustitución de aquélla por la de internamiento (siempre que ésta se encontrara prevista para el supuesto de que se trate). De igual modo, deberá producirse una comparecencia del menor ante el Juez de menores en caso de revisión de la medida impuesta por sentencia firme en caso de conciliación de la víctima o perjudicado con el menor (art. 51-3 de la L.O. 5/2000 y art. 15 de su Reglamento).

Una presencia de los menores condenados, en los servicios comunes de ejecución de sentencias, junto con los condenados mayores de edad, haría volver a situaciones ya superadas en las que, menores condenados por los Tribunales Tutelares de Menores coincidían en los pasillos de las sedes judiciales con detenidos y esposados que esperaban

declarar o ser presentados ante los juzgados de instrucción; o, simplemente, con ciudadanos que acudían a practicar diligencias de carácter civil.

En definitiva, estaríamos ante una publicidad innecesaria e incompatible con la intimidad del menor.

SEGUNDO.- NECESIDAD DE ESPECIALIZACIÓN, INCOMPATIBLE CON UN SERVICIO COMÚN DE EJECUCIÓN.

Las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la justicia de menores, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de Noviembre de 1985 (“Reglas Beijing”), contienen, regla 22.2, **la exigencia de personal especializado y capacitado, que responderá a las diversas características de los menores que entran en contacto con el sistema de justicia de menores;** y en la regla 2.3 se dispone que *en cada jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes, así como a los encargados de administración de la justicia de menores que tendrá por objeto: a) responder a las diversas necesidades de los menores delincuentes y al mismo tiempo proteger sus derechos básicos; b) satisfacer las necesidades de la sociedad; c) aplicar cabalmente y con justicia las reglas que se enuncian a continuación.*

Así mismo, el Comité Económico y Social Europeo, en su dictamen sobre “La prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea”, Bruselas, 15 de marzo de 2006, (Diario Oficial de la Comunidad Europea, de 9.05.2006), en el párrafo final del punto 3.3.1, dice: 3.3.1 *El modelo de responsabilidad se fundamenta en los siguientes principios:(in fine):.....” Profesionalizar y especializar a los órganos de control social formal que intervienen en el sistema de justicia juvenil. En este sentido, es de todo punto necesario proporcionar una formación especializada a todos los agentes que intervengan en la administración de la justicia de menores (policía, jueces, fiscales, abogados y profesionales que ejecutan las sanciones).*

Esta exigencia de especialización está contenida, igualmente, ya en la propia Exposición de Motivos de la LORRPM; en la **Recomendación 88/2000, del Defensor del Pueblo**; y es asumida por el propio **Consejo General del Poder Judicial, en Acuerdo del Pleno de 28-Junio-2006** (BOE número 154, de 29 de Junio) por el que se atribuye al Juzgado de Menores número 7 de Madrid el conocimiento exclusivo de la ejecución de las sentencias dictadas por los Juzgados de Menores de esa provincia.

La ya reseñada **Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño**, en su artículo 40, demanda una *jurisdicción especializada, diferente de la ordinaria, que enjuicie los hechos e intervenga atendiendo, aparte del delito y su gravedad, a la edad y circunstancias del menor.*

Por último, recordemos que el **Secretario General de las Naciones Unidas**, con fecha 29 de agosto de 2006, trasladó a los miembros de la Asamblea General el informe del experto independiente, Paulo Sérgio Pinheiro, presentado con arreglo a la resolución 60/231 de la Asamblea General. En dicho informe, entre otras muchas recomendaciones, el citado experto manifiesta que *Los Estados deberían crear también sistemas de justicia del menor integrales y restitutivos que se centren en el niño, de conformidad con las normas internacionales.*

TERCERO.-RAZONES DE EFICACIA Y RACIONALIDAD DEL TRABAJO-

El artículo 435-3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial exige de la Oficina Judicial un funcionamiento con arreglo a los *criterios de agilidad, eficacia, eficiencia, racionalización del trabajo, responsabilidad por la gestión y cooperación entre Administraciones*; principios que van a encontrar una mayor dificultad en su aplicación, en la ejecución de las sentencia penales recaídas en los expedientes de reforma dentro de una unidad procesal de servicio común, que si la ejecución se mantuviera en la propia Upad del Juzgado de Menores, entre otras, por las siguientes razones:

a) Conforme los arts. 60.7 de la L.O. 5/00 y 78 de su Reglamento, los menores que cumplen medida en un Centro de internamiento y

que son sancionados disciplinariamente por infracción cometida en el mismo, tienen el derecho de recurrir, antes de que se inicie el cumplimiento de dicha sanción, de forma verbal ante el Juez de menores, en el mismo acto donde se les notifica la resolución sancionadora, o por escrito en el plazo de 24 horas; debiendo el Juez, en el término de una audiencia desde la recepción del recurso o el testimonio de la queja verbal del menor (que el Centro ha de remitir al juzgado en 24 horas) oír al Ministerio Fiscal, examinar las alegaciones del menor y dictar auto, confirmando, modificando o anulando la sanción impuesta. Tan perentorios plazos serán de difícil cumplimiento si el expediente de reforma, y, sobre todo, el expediente de ejecución del art. 46 L.O. 5/00 no se encuentran a disposición del Juez, en la UPAD, sino en el servicio común de ejecución. Ni siquiera la existencia del expediente electrónico salvará los escollos puestos de manifiesto; en primer lugar, porque estamos en el inicio del funcionamiento de LExnet, y, sobre todo, porque las administraciones no están interconectadas informáticamente entre sí; por lo que el manejo del expediente en papel y puesta a la disposición del Ministerio Fiscal y del Juez será imprescindible. Téngase en cuenta que, a pesar de que, desde el año 2001, se lleva insistiendo en la conveniencia de un acceso electrónico por parte de los Juzgados y Equipos Técnicos de Menores a las bases de datos de los menores expedientados que tienen confeccionadas las Entidades Públicas responsables de la ejecución de las medidas impuestas judicialmente; pues esto agilizaría los informes sobre los mismos y el conocimiento de sus circunstancias. Sin embargo, esto no se ha conseguido al día de hoy.

b) Otro tanto podría decirse de los informes que la entidad pública, conforme los arts. 49 de la ley y 13 del reglamento, debe remitir periódicamente al Juez de menores sobre la ejecución de la medida y **sus incidencias**; así como los recursos que, verbalmente, podrá interponer mediante comparecencia ante el Juez de menores, el propio menor contra alguna de las resoluciones del Juez adoptadas en la fase de ejecución (art. 52 de la ley); al igual que el recurso interpuesto verbalmente ante el Director del centro, **en cuyo caso el Juez ha de adoptar las medidas procedentes a fin de oír las alegaciones del menor**. Independientemente de la necesidad del trasiego del expediente de ejecución del menor desde el servicio común a la Upad del Juzgado de menores, con un riesgo de que, en alguna manera afectara a la intimidad del menor, hemos de preguntarnos: el trámite de los incidentes reseñados, en ejecución de sentencia o de los recursos interpuestos, también en fase de ejecución, ¿ los habrá de tramitar el personal funcionario de la Upad o del servicio común?.Esta cuestión

no surgiría si la ejecución quedara en la propia Upad; reduciéndose el tiempo de trámite y resolución, y ahorrando trabajo a los funcionarios del servicio común, que lo podrán dedicar al resto de las ejecutorias.

CUARTO: SITUACIÓN CONCRETA DE LOS JUZGADOS DE MENORES ÚNICOS ANTE LA NOJ.

I).- Atendiendo a lo dispuesto en el 435.3 LOPJ, que establece la exigencia de actuación de la Oficina Judicial con criterios, entre otros, de eficacia y racionalización del trabajo, y el art. 436.6 de la LOPJ, donde se determina que el *diseño de la Oficina Judicial será flexible. Su dimensión y organización se determinarán, por la Administración competente, en función de la actividad que en la misma se desarrolle.*

II).- La Orden del Ministerio de Justicia JUS/ 3244/2005, de 18 de Octubre, establece como dotación básica de la UPAD del Juzgado de Menores la compuesta por un funcionario del Cuerpo de Gestión y un funcionario del Cuerpo de Trámite. Esta es la plantilla de la que consta, normalmente, los Juzgados de Menores únicos (junto con un funcionario del Cuerpo de Auxilio, que pasaría a los Servicios Comunes); plantilla que es capaz y suficiente no sólo para tramitar los Expedientes de Reforma y sus piezas separadas, sino de hacerse cargo, como hasta ahora, de la ejecución de las sentencias dictadas por el Juzgado.

En su virtud, y en aras de una mayor eficacia, y teniendo en cuenta que con ello se cumplirá la normativa internacional y estatal en materia de justicia penal de los menores anteriormente reseñada, **entiendo que la ejecución de las sentencias penales (y su pronunciamiento en materia de responsabilidad civil) ha de mantenerse a cargo de la UPAD del Juzgado de Menores.**

Con ello, cuando menos, se lograría:

a) Respeto de los derechos de los menores expedientados, en especial en lo que atañe a su intimidad e imagen. Además, permanecerían sin salir de la Upad los expedientes de reforma, los expedientes de ejecución, y los expedientes personales del art. 20 de la ley, donde figuran documentos tan merecedores de especial protección y custodia como los informes psicológicos acerca del menor expedientado, situación fami-

liar, etc.. y las anotaciones de las diferentes sentencias condenatorias.

b) Hacer viable la especial naturaleza con la que han sido concebidos los Juzgados de Menores; de tal manera que, mientras que en la jurisdicción penal de mayores las distintas fases de instrucción y diligencias de restricción de derechos fundamentales, vista oral y sentencia, control de la ejecución y vigilancia penitenciaria residen en órganos judiciales de diferente naturaleza, funcionamiento y competencia, en materia de menores todas éstas recaen, única y exclusivamente, en el Juez de Menores.

c) Los funcionarios que quedan en la Upad de Menores, uno del Cuerpo de Gestión y otro de Trámite, no sólo tramitarán el expediente de reforma hasta sentencia sino que serán suficientes para tramitar el expediente de ejecución, la pieza separada de responsabilidad civil, y los diferentes incidentes de ejecución con una mayor celeridad y garantías de la protección de la intimidad del menor; quien, en cualquiera de las fases del procedimiento seguido contra él, sólo se habrá de presentar en la sede de la Upad que, como ya se ha dicho anteriormente, está diseñada y ubicada distante del resto de los órganos (unidades) judiciales. Es decir, con el mantenimiento de la misma plantilla, no se sustrae ningún funcionario de otra unidad judicial (sea Upad o servicio común); sino que, por el contrario, se hace más fácil el trabajo del servicio común de ejecuciones penales, dado que se le quita la ejecución en materia de menores, manteniéndose el servicio común con el mismo personal que originariamente tenía previsto.

d) El Secretario Judicial de la Upad del Juzgado de Menores, que, además de las funciones de fe pública e impulso del procedimiento, habrá de llevar a cabo, entre otras y en garantía de los derechos fundamentales de los menores expedientados, el levantamiento de las diligencias de entrada y registro domiciliario, en fase de instrucción, será el mismo que, en fase de ejecución levante acta del cumplimiento de la amonestación, comparecencias ante el Juez en todos los incidentes de ejecución para sustitución o modificación de la medida, e interposición verbal de recurso ante el Juez; pero, además, será quien documente las visitas que el Juez de menores realiza a los Centros de internamiento y las entrevistas con los menores que cumplen medida en los mismos. (art. 44-g de la ley); actuaciones que, evidentemente, entran ya en la fase ejecutoria, o, mejor aún, de vigilancia de la ejecución por parte de la entidad pública. Por supuesto, será el responsable de la aplicación de la cuenta de consignaciones en Banesto, y de la anotación de la sentencia condenatoria y actualización de las diferentes fases de cumplimiento de

la medida impuesta en el Registro de Sentencias sobre Responsabilidad penal de los Menores.

En consecuencia, la plantilla de la Upad de menores quedaría compuesta por un Secretario Judicial con carácter exclusivo, un Gestor y un Tramitador; consiguiéndose, así, que toda la tramitación y ejecución de los expedientes de menores radicaran en dicha Upad.

Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de sustituir a los Secretarios Judiciales de otras Upad, en los supuestos legalmente previstos.

e) Lo dicho anteriormente sirve para los miembros del Equipo Técnico que, físicamente ubicados en las mismas dependencias del Juzgado de Menores, verían facilitada su labor de asesoramiento al Juez en el supuesto de que la ejecución se mantuviera a cargo de la Upad. Por el contrario, si ésta saliera de la Upad para ser responsabilidad de un Servicio Común, el procedimiento de elaboración de informes por parte del equipo Técnico se ralentizaría, pues diligencias de citaciones, entrevistas, traslados de los informes elaborados, recabar las actuaciones, etc... llevarían más tiempo del conveniente.

A pesar de las críticas recibidas, entiendo que la LORRPM es una buena ley, que tan sólo necesita retoques mínimos, como pudieran ser la desaparición de la inútil pieza de responsabilidad civil, y, tal vez, rebajar la edad penal de los menores a los 13 años. Por lo demás, sería conveniente recordar que la reincidencia de los menores delincuentes es bastante más baja que la de los mayores; y que el número de menores que, alcanzada la mayoría de edad siguen delinquiendo es reducido. Por el contrario, nos encontramos ante la necesidad de solucionar problemas específicos de esta jurisdicción, como son la insuficiente colaboración de las administraciones para ejecutar algunas medidas, a pesar de lo establecido en el art. 6-j) del Reglamento de la LORRPM, (en especial, para hacer posible el cumplimiento de la medida de Prestaciones en Beneficio de la Comunidad), creación de Centros de internamiento suficientes y adecuados, medios personales en la Entidades Públicas responsables de la ejecución de las medidas, etc....

No se debería añadir, a todas estas dificultades para lograr la finalidad de la ley, eminentemente educadora, la remisión de la ejecución de las sentencias de los Juzgados de menores a los Servicios Comunes de ejecución; no sólo por las razones procesales y de eficacia expuestas, sino, fundamentalmente, por respeto a los derechos fundamentales de nuestros menores.

LA NUEVA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DE LAS VALORACIONES EXPROPIATORIAS. ESPECIAL REFERENCIA AL JURADO REGIONAL DE VALORACIONES DE CASTILLA-LA MANCHA

Francisco Puerta Seguido

Presidente del Jurado Regional de Valoraciones de Castilla-La Mancha
Profesor Doctor área de Derecho Administrativo de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo
Consejero del CES de Castilla-La Mancha

SUMARIO:

1. BREVE REFERENCIA DOCTRINAL A LOS SISTEMAS DE DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO EXPROPIATORIO.
2. LOS JURADOS PROVINCIALES Y AUTONÓMICOS DE VALORACIÓN. 2.1. La creación de los Jurados Provinciales de Expropiación. Composición y funciones. 2.2. La Creación de los Jurados Autonómicos de Expropiación. 2.3. El análisis del modelo. Especial referencia al Jurado Regional de Valoraciones de Castilla-La Mancha. 2.3.1. La accidentada génesis del Jurado Regional de Valoraciones de Castilla-La Mancha. 2.3.2. Las funciones del JRV de Castilla-La Mancha. 2.3.3. La Composición del Jurado Regional de Valoraciones de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y el régimen jurídico de sus miembros. 2.3.4. El funcionamiento del Jurado Regional de Valoraciones. La válida constitución de sus órganos colegiados: el Pleno y las Secciones. 2.3.5. El procedimiento ante el Jurado y el régimen de sus acuerdos. 2.4. Los elementos comunes del modelo comparado y críticas más frecuentes. 3. LA FUNCIÓN CUASIJURISDICCIONAL DE LOS ÓRGANOS REGIONALES DE VALORACIÓN. 3.1. La motivación de los acuerdos de los Jurados de Valoraciones. 3.2. La presunción de acierto. 3.3. La impugnación de los acuerdos de los Jurados. 3.4. La suspensión de los acuerdos de los Jurados.

1. BREVE REFERENCIA DOCTRINAL A LOS SISTEMAS DE DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO EXPROPIATORIO.

La función de valorar, de justipreciar, el objeto de la expropiación forzosa exige un proceso de reflexión jurídico-técnica que no puede abordarse desde la configuración de sistemas objetivos y automáticos.

La Leyes reguladoras del instituto de la Expropiación Forzosa, la actual de 1954 y también la anterior de 10 de enero de 1.879, encomendaron esta tarea a órganos y procedimientos concretos que, dada su especialidad y la formación cualificada de sus miembros, han gozado de la presunción de acierto en sus decisiones y de la consideración de su función como cuasijurisdiccional.

El sistema precedente al actual atribuía la decisión al Gobernador Civil que, previo desacuerdo entre las partes, fijaba el justiprecio expropiatorio después de conocer las pretensiones de los intervinientes y de recibir la propuesta de un tercer perito nombrado por el Juez de Distrito a petición de la autoridad gubernativa.

El sistema descrito fracasó por varias tachas inevitables: la sucesión de trámites alargaba el proceso en exceso, el criterio sostenido por los peritos respondía a los intereses de las partes intervinientes y la valoración del tercer perito predeterminaba la resolución final del Gobernador Civil.

La vigente Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1.954 reguló, como novedad significativa, el Jurado Provincial de Expropiaciones extendiendo las funciones de valoración que una ley previa, la de 18 de marzo de 1895, sobre saneamiento y mejora interior de las poblaciones, había atribuido a este mismo Órgano pero ceñidas únicamente al ámbito de las valoraciones urbanísticas.

El antecedente comparado de nuestros Jurados de Expropiación u Órganos de Valoración se encuentra, como hace ya un tiempo señalaba Villar Palasí¹ en las comisiones de valoración, integradas por representantes de los interesados en juego, reguladas en el Derecho escandinavo.

El derecho comparado² ofrece hoy una variedad de sistemas que pueden resumirse en los siguientes:

a) ordenamientos que confían estas funciones a los órganos judiciales. Este modelo es el vigente en Francia, correspondiendo la ordenación de la expropiación y la fijación de la indemnización a un juez especializado que decide, eventualmente con informe previo de notario o perito, con los límites que impone el principio de congruencia. Su decisión es revisable en apelación, en último término en casación.

Debemos señalar, no obstante, que el modelo francés siguió inicialmente el sistema de jurados o comisiones de valoración presididos por un Magistrado e integrados mayoritariamente por servidores públicos, su falta de permanencia aseguró su extinción.

b) Sistemas que atribuyen esta función a la administración pública expropiante, que unilateralmente fija la compensación expropiatoria. Es el caso del ordenamiento Alemán en el que, a falta de acuerdo y previo dictamen no vinculante de una comisión de peritos formada por expertos independientes, es la propia autoridad expropiante la que fija la cuantía de la indemnización. Esta decisión, y las demás referidas a la operación expropiatoria³, son revisables judicialmente en el orden civil y, en último término por el Tribunal Federal Supremo.

c) Ordenamientos que, como el nuestro, encomiendan esta tarea, por su especialización e independencia, a órganos colegiados o comisiones de valoración. En Italia estas comisiones de valoración están formadas por especialistas en valoraciones de inmuebles y grandes obras de infraestructura. Se trata de órganos administrativos cuyas decisiones son revisables en el orden jurisdiccional.

d) Los sistemas anglosajones residencian la solución del conflicto en unos tribunales administrativos especializados (Lands Tribunal) cuyas resoluciones, en la mayoría de supuestos, no permiten ulterior revisión judicial⁴. Estos tribunales conocen de la impugnación de valores fijados por la Administración fiscal o urbanística y sus componentes son designados por su trayectoria profesional técnica o jurídica vinculada a la valoración de bienes inmuebles.

Conviene destacar aquí que se trata de órganos administrativos con funciones cuasijurisdiccionales, de manera que sus decisiones, que son definitivas, pueden ser revisadas por los Tribunales de Justicia con un limitado alcance, a las cuestiones de hecho y no de derecho⁵.

2. LOS JURADOS PROVINCIALES Y AUTONÓMICOS DE VALORACIÓN.

2.1. La creación de los Jurados Provinciales de Expropiación. Composición y funciones.

Como ya se ha dicho, el fracaso del sistema tradicional y la imposibilidad de objetivar las valoraciones expropiatorias llevó al legislador a la articulación de un sistema nuevo que implanta con la vigente ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1.954. El art. 31 de esta Ley encomienda a un nuevo órgano administrativo, el Jurado Provincial de Expropiación, la fijación del justo precio que se tramitará, a falta de acuerdo entre las partes, como pieza separada integrante del procedimiento expropiatorio.

Este nuevo órgano está presidido por un Magistrado⁶ e integrado por cuatro vocales, un abogado del Estado, un funcionario técnico de la Administración expropiante⁷, un representante de la cámara oficial, colegio profesional u organización correspondiente⁸ y un notario (art. 32 de la ley).

En su diseño original las funciones administrativas y de gestión correspondían a los extintos Gobiernos Civiles, hoy son desarrolladas por el personal al servicio de las Subdelegaciones del Gobierno en las provincias o de las Delegaciones del Gobierno en las Comunidades Autónomas (art. 29 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de 14 de abril de 1.997).

Los integrantes⁹ de los Jurados actúan como servidores públicos, de manera que los representantes de los intereses privados afectados por la actividad expropiatoria ejercen una función pública que debe ir más allá de la estricta representación de los derechos e intereses del sector o colectivo al que pertenecen.

La Ley de expropiación forzosa estableció el régimen jurídico de los Jurados sobre la base de escasas previsiones que deben ser completadas con diversas leyes principales de nuestro ordenamiento jurídico. La LEF, en su art. 33.3 LEF se remite al reglamento ejecutivo, en el que “se regulará todo lo relativo al régimen de incompatibilidades, excusas, asistencias, dietas, que habrán de ser a cargo del expropiante, sanciones, y sustituciones de los miembros del Jurado de Expropiación”. Ese desarrollo se concentra en 7 artículos (los arts. 32-38 REF) del Decreto de 26 de abril de 1957.

La Ley exige, para la válida constitución del Jurado y para la adopción de sus acuerdos, la asistencia de todos sus miembros, en primera convocatoria, y la del Presidente y dos vocales, unos de los cuales será el abogado del Estado o el funcionario técnico y el otro el representante de la cámara, colegio u organización correspondiente o el notario, en segunda.

Por lo que a la composición se refiere, la principal tacha realizada se centra en la posible falta de imparcialidad del vocal técnico designado por la Administración expropiante. La jurisprudencia se ha mostrado firme al respecto y ha reiterado que dicho nombramiento está previsto en la ley y “tiene su adecuado encaje en lo dispuesto por el artículo 85 de la Ley de Expropiación Forzosa y Orden Ministerial de 10 de julio de 1958, cuyos preceptos determinan que el vocal técnico del Jurado, en los casos referidos a expropiaciones por razón de urbanismo, será designado por la corporación local interesada. De tal forma que como esto es lo que se ha realizado en el caso de autos, este punto se halla ajustado a Derecho” (Sentencia de 19 de enero de 1990, Ar. 576).

En lo que a las incompatibilidades de los miembros del Jurado se refiere, una vez más la Jurisprudencia ha resaltado la aplicación preferente de las reglas especiales contenidas en la legislación expropiatoria sobre las generales de la ley 30/92. Así, no duda en primar esa especialidad de la legislación expropiatoria, la STS. de 4 de marzo de 2.000 (Ar. 2456) que, entre otras ¹⁰, señala que “en cuanto a la denunciada parcialidad del municipal como vocal del Jurado Provincial, son la propia LEF (artículo 32.1 b)) y su Reglamento (artículo 103) los que establecen la composición de aquél, y, entre sus vocales, se incluye un funcionario técnico designado por la Administración expropiante, sin que ello atente a la imparcialidad de dicho órgano, cuyo carácter arbitral y plural justifica que uno de sus miembros sea designado por la entidad local en caso de expropiaciones realizadas por ella (Orden de 19 de julio de 1958)”.

En todo caso, como señala Gómez de Mercado, si legalmente el miembro de un órgano administrativo ha de ser funcionario designado por la Administración actuante, sería absurdo exigir la abstención por haber prestado servicios para dicha Administración. En tal caso, la causa de abstención dejaría sin efecto la previsión legal y, aplicada con carácter general, impediría que la Administración dictase casi todas sus resoluciones, puesto que, por lo general, quien las dicta es un funcionario que está al servicio de la Administración interesada en el asunto como Administración actuante. Es claro, por ello, que dicha causa de recusación se refiere a los servicios prestados a personas distintas de la Administración actuante¹¹.

Se trata de órganos colegiados, que se rigen, a falta de previsiones específicas, por las normas básicas aplicables a los órganos colegiados de la Administración Pública (arts. 22 y ss. Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/92, de 26 de noviembre). Por tanto, en cuanto a su presidencia, secretaría, constitución, funcionamiento, adopción de acuerdos, actas, etc., las reglas de la Ley Básica se aplicarán con carácter supletorio respecto de las normas especiales de la legislación expropiatoria.

2.2. La Creación de los Jurados Autonómicos de Expropiación.

Como se ha dicho la expropiación forzosa constituye una de las potestades más características y tradicionales de la Administración Pública y su ejercicio supone una intervención directa y poderosa desde el sector público en el ámbito privado. Sin embargo, la normativa básica en materia de expropiación forzosa data del periodo preconstitucional y no ha sido aun objeto de adaptación a la nueva situación.

La emergencia y desarrollo del Estado de las Autonomías, con el consiguiente reparto de competencias, también las normativas, entre las distintas administraciones territoriales ha supuesto un cambio radical en nuestro sistema jurídico global y en la articulación de las relaciones entre el Estado y los centros territoriales de poder político.

Consciente de la nueva situación, el legislador, pese a no ajustar al nuevo orden constitucional la legislación general que rige la expropiación forzosa, sí ha llevado a cabo la modificación de numerosos e importantes textos legales relacionados con esta materia, tales como los destinados a regular el suelo y la ordenación urbana o del territorio, la edificación, el sector eléctrico, el patrimonio público, aguas, costas, carreteras, puertos, etc., estas normas han desarrollado la regulación de la expropiación forzosa desde la perspectiva sectorial a la que atienden, introduciendo novedades significativas e, incluso, han modificado sustancialmente aspectos fundamentales de la institución expropiatoria.

En ese proceso de acomodación al orden constitucional y de desarrollo de nuestro Estado de las Autonomías hay que situar la decisión de los Entes Territoriales de crear sus propios Órganos de Valoración en el ejercicio de su potestad constitucional y estatutaria de autoorganización y con competencias en las expropiaciones autonómicas o locales.

2.3. El análisis del modelo. Especial referencia al Jurado Regional de Valoraciones de Castilla-La Mancha.

Nuestra pretensión de llevar a cabo un estudio completo del régimen jurídico de los Órganos de Valoración autonómicos en materia de expropiación forzosa no puede abarcar el análisis detallado de todos y cada uno de los creados en las diferentes Comunidades Autónomas. Hemos elegido por ello el modelo implantado en nuestra Comunidad, Castilla-La Mancha, conscientes de que los demás cuentan con normas de organización, composición y funcionamiento que diseñan un conjunto mimético, un modelo común claramente identificado y con ligeras diferencias que afectan a su composición y no a la ordenación de su organización y funcionamiento ni tampoco a la atribución de funciones.

En general las normas regionales han innovado en poco el modelo, estructura y perfil diseñado en su día por la Administración del Estado, probablemente para evitar conflictos de naturaleza competencial.

Debe tenerse en cuenta que la red de Órganos Regionales con competencias de valoración en materia expropiatoria convive hoy con los numerosos Jurados Provinciales de Expropiación integrados en la Administración General del Estado, provocando una duplicidad de estructuras orgánicas que no genera conflicto alguno por la existencia de criterios claros en un reparto competencial basado en la titularidad de la potestad expropiatoria que se ejercita, pero que es abiertamente censurada¹² sobre la base de la disparidad de criterios valorativos que puede generar tal pluralidad de órganos.

2.3.1. La accidentada génesis del Jurado Regional de Valoraciones de Castilla-La Mancha.

La ley 2/1.998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y la actividad urbanística de Castilla-La Mancha creó el denominado Jurado Regional de Valoraciones como el órgano de la Administración de la Junta de Comunidades especializado en materia de expropiación forzosa y de responsabilidad patrimonial, cuando ésta última proceda por razón de la ordenación territorial y urbanística.

Este órgano administrativo autonómico quedó adscrito a la Consejería competente en materia de economía y hacienda, que le facilitará toda la infraestructura administrativa para su adecuado funcionamiento, si bien sus decisiones están amparadas por la plena autonomía funcional como garantía máxima de su imparcialidad en el cumplimiento de sus funciones.

En su diseño inicial la composición¹³ del Jurado Regional de Valoraciones era la siguiente:

a) Presidente: un Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, elegido por dicho Tribunal.

b) Vocales:

- Dos Letrados de la Comunidad Autónoma.

- Dos técnicos facultativos superiores, de cualquier especialidad, así como uno de la especialidad correspondiente a la naturaleza del bien objeto de expropiación, al servicio, en todos los casos, de la Comunidad Autónoma.

- Tres técnicos facultativos elegidos por la Federación de Municipios y Provincias.

- Un profesional libre colegiado en representación de los Colegios Oficiales de Arquitectos o Ingenieros Superiores, dependiendo de la naturaleza de los bienes o derechos a expropiar.

- Cuando se trate de expropiaciones provinciales o municipales, un representante de la Corporación local interesada, con voz pero sin voto.

e) Secretario: actuará como Secretario del Jurado un funcionario de la Comunidad Autónoma de cuerpo para cuyo ingreso se requiera titulación superior, con voz pero sin voto.

La regulación autonómica se enfrentó de inmediato, de ahí que consideremos que su génesis fue accidentada, a la primera tacha constitucional, el Presidente del Gobierno de la Nación formalizó un recurso de inconstitucionalidad, el nº 3958/98, y solicitó la suspensión de la aplicación del art. 152 de la ley autonómica 2/98, entendiéndose que la norma regional no podía atribuir función alguna a los miembros del Poder Judicial y, en consecuencia, la previsión¹⁴ contenida en ese art. 152 vulneraba las competencias estatales relacionadas con el Poder Judicial y la Administración de Justicia.

EL legislador Autonómico reaccionó con rapidez y con la ley 1/2003, de 17 de enero, modificó¹⁵ el art. 152.3.a) atribuyendo la Presidencia del Jurado Regional de Valoraciones a “un jurista de reconocido

prestigio y más de diez años de experiencia, propuesto por el Consejero competente en materia de ordenación territorial y urbanística”.

La redacción del vigente art. 152 del Decreto Legislativo 1/2.010, de 18 de mayo, que aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, es plenamente coincidente con la originaria de la Ley 2/98, con esa breve pero importante modificación llevada a cabo en la figura del Presidente de la Institución.

El desarrollo reglamentario que ha completado la ordenación del Jurado Regional de Valoraciones se lleva a cabo mediante dos normas autonómicas, el Decreto 41/2003, de 8 de abril de 2003, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Jurado regional de Valoraciones de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y la Orden de 2 de octubre de 2003, de la Consejería de Economía y Hacienda, que desarrolla el Decreto anterior (41/2003).

Superada la tacha constitucional que demoró su puesta en funcionamiento, el 23 de diciembre del año 2.003 el Gobierno regional designaba a los miembros integrantes del Jurado Regional y el 15 de enero de 2004 se celebraba¹⁶, en la sede de la Consejería de Economía y Hacienda, la sesión constitutiva de este Órgano.

En el ejercicio de su potestad reglamentaria “ad intra”, el Pleno del Jurado Regional de Valoraciones de Castilla-La Mancha aprobó el Reglamento de Régimen Interno en sesión de 20 de febrero de 2.004.

Las dificultades que afectaron a su puesta en marcha no sólo tienen que ver con los conflictos constitucionales a los que después nos referiremos, el inicio de su actividad estuvo presidido por un volumen de asuntos heredados de los Jurados Provinciales de Expropiación que contribuyeron a un atípico alumbramiento de la Institución, de manera que el primer día de funcionamiento los expedientes registrados y acumulados en espera de resolución eran, aproximadamente, unos 700. Esta, que he llamado atípica, situación fue fruto de la propia regulación autonómica que, por medio de la disposición transitoria única del Decreto 41/2003 (Reglamento de Organización y Funcionamiento, asumió los expedientes de expropiación forzosa de de su competencia pendientes en los Jurados Provinciales de la región cuando no se había llegado a un acuerdo en cuanto al justiprecio con anterioridad al 28 de marzo de 2003. Esta previsión y sus consecuencias han marcado y condicionado el ritmo de trabajo, frenético, de estos primeros años de vida del órgano regional de valoraciones expropiatorias.

2.3.2. Las funciones del JRV de Castilla-La Mancha.

El Jurado Regional de Valoraciones es un órgano finalista, se crea ad hoc para especializar la compleja función de justipreciar en materia expropiatoria los bienes y derechos afectados por ejercicio de esta importante potestad pública.

No obstante la legislación autonómica ha ido más allá y ha atribuido a este Órgano autonómico una doble función que trasciende el marco expropiatorio. La ley 2/98, también la actual LOTAU, en su art. 152 y el Decreto 41/2003, reglamento ejecutivo de la ley, atribuyen al Jurado las siguientes funciones:

a) la de fijar con competencia resolutoria definitiva, y poniendo sus actos fin a la vía administrativa, el justo precio en las expropiaciones¹⁷, cuando la Administración expropiante sea la de la Junta de Comunidades o cualquiera de las Diputaciones o los Municipios.

b) la de actuar como Órgano Consultivo de la Comunidad Autónoma y, si así lo solicitan, de las Diputaciones y los Municipios en materia de responsabilidad patrimonial por razón de la ordenación territorial y urbanística.

La formula utilizada por la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha a la hora de detallar las funciones del JRV ha sido la habitual y mayoritaria, si bien contempla una función consultiva que sólo dos Comunidades Autónomas más, Canarias y Castilla-León la han atribuido, respectivamente, a los Órganos Autonómicos de valoración.

Por otra parte la definición de esas funciones resulta poco uniforme y clara en su extensión, la legislación canaria, como ya se ha dicho, atribuye, “con carácter facultativo, a su Comisión de Valoraciones la fijación de las indemnizaciones por responsabilidad patrimonial de la Comunidad Autónoma en materia de ordenación territorial y urbanística, siempre que, con carácter previo, dicha responsabilidad haya sido declarada y no cuantificada en vía administrativa o judicial o se haya emitido informe en tal sentido por el Consejo Consultivo de Canarias. Tal facultad será extensiva a las valoraciones procedentes de indemnizaciones imputables a las restantes Administraciones Públicas Canarias, siempre que la soliciten expresamente”.

Castilla y León, en términos similares pero con una formulación menos ambigua, atribuye a su Jurado la función de “valorar las indem-

nizaciones por responsabilidad patrimonial en materia de urbanismo y ordenación del territorio de la Administración de la Comunidad Autónoma, cuando dicha responsabilidad haya sido previamente reconocida pero no haya sido cuantificada en vía judicial o administrativa. Esta función puede ejercerse también respecto de las indemnizaciones de las Diputaciones Provinciales, los Municipios y las demás entidades locales de Castilla y León, previa solicitud de cualquier de dichas Administraciones públicas, sea para un expediente concreto o con carácter general”.

Como se deduce de la legislación regional comparada la vocación de las normas tiene un elemento común que nos lleva a pensar que la tarea de los órganos de Valoración autonómicos en materia de responsabilidad patrimonial debe ceñirse, estrictamente, a la cuantificación, a la determinación del montante de las indemnizaciones que procedan en los casos de responsabilidad patrimonial ya declarada en la vía administrativa o judicial, lo cual no debe sorprendernos si se tiene en cuenta ese carácter especializado en el establecimiento de valoraciones que la voluntad del legislador ha reservado a estos órganos técnicos y el carácter cuasijurisdiccional de sus decisiones al amparo de su presunción de acierto. La función es puramente numérica.

Esta forma de entender la competencia o función atribuida a los Órganos de Valoración autonómicos es la única que permite compatibilizar su regulación con las previsiones contenidas en las normas regionales que regulan los Consejos Consultivos. La Ley 11/2.003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, define en su art. 38 al Consejo como “el superior órgano Consultivo de la Junta de Comunidades y de las Corporaciones Locales de la Comunidad Autónoma” y el art. 54.9.a) del mismo texto legal enumera, entre sus competencias, la de ser consultado en la tramitación de expedientes por parte de la Comunidad Autónoma que versen sobre reclamaciones de responsabilidad patrimonial por cuantía superior a seiscientos euros”.

La concurrencia de competencias entre el Jurado Regional de Valoraciones y el Consejo Consultivo es evidente en lo relacionado con la función de consulta que han de prestar a la Comunidad Autónoma y, eventualmente si así lo solicitan, a las Corporaciones Locales en materia de responsabilidad patrimonial cuando la misma deriva de la ordenación territorial y urbanística. Sobre la letra de la Ley no es fácil resolver sin dudas este conflicto, ambos órganos deben o pueden ser consultados en esta materia y si el origen de la reclamación de responsabilidad es distinto tal concurrencia no se da y el monopolio del Consejo Consultivo es incuestionable.

Un primer criterio, fácil pero débil, para resolver la concurrencia de funciones consistiría en hacer valer la naturaleza de órgano Consultivo superior de la Región que el art. 38 de la ley 11/2003 atribuye al Consejo, pretendiendo establecer entre ambos Órganos Autonómicos, Consejo y Jurado, una relación de jerarquía en la función consultiva que pudiera servir para resolver a favor del Consejo los eventuales conflictos positivos de competencia. Esa relación de jerarquía no está ni en la letra ni el espíritu de las leyes regionales que crean y regulan estos órganos que gozan de plena autonomía funcional y de una independencia de criterio que no puede cimentar relación alguna de jerarquía entre ellos y no puede servir como criterio de solución de eventuales conflictos en el desarrollo de sus funciones.

Otro criterio dirimente podría centrarse en la cuantía de la indemnización por la responsabilidad patrimonial declarada, entendiendo que la reclamación por cuantía superior a los seiscientos euros debe ser sometida a la consulta del Consejo Consultivo residenciando en el Jurado Regional de Valoraciones las reclamaciones de inferior cuantía. Este criterio de reparto competencial no tendría, a mi juicio, mucho sentido ante la escasa probabilidad de encontrar reclamaciones de responsabilidad patrimonial derivada de la ordenación territorial y urbanística que no superen los seiscientos euros de indemnización y ante la declarada vocación técnica¹⁸ del Jurado Regional en materia de valoraciones.

Hacer compatibles técnicamente ambas funciones pasa por la propuesta de dos posibles medidas:

-la primera, aprovechar la necesaria reforma de la legislación autonómica en esta materia para que la próxima ley de ordenación territorial y urbanística de Castilla-La Mancha regule el Jurado Regional de Valoraciones concentrando su actividad, exclusivamente, en la tarea de fijar los justiprecios expropiatorios. Se evita con ello un eventual conflicto positivo de competencia que surgiría en el seno de la tramitación de expedientes de reclamación de responsabilidad patrimonial contra nuestras Administraciones Públicas, regionales o locales y, hay que decirlo también, se libera a este Órgano de una posible intervención más allá de la materia expropiatoria ante la eventual petición de consulta de los órganos regionales o locales legitimados por la ley para ello. Ello asegura mayor dedicación de sus técnicos a los numerosos expedientes de justiprecio generados por “la herencia de los Jurados Provinciales”, por el importante desarrollo de obra pública en las grandes infraestructuras y, en

definitiva, por el crecimiento económico que nuestra región ha experimentado en la última década.

-La segunda medida pasa por proponer una interpretación integradora de las leyes que regulan ambos órganos. Se trata de conciliar la eventual actuación de estos Órganos en un mismo expediente de reclamación de responsabilidad patrimonial, reservando al Consejo Consultivo la emisión del oportuno dictamen no vinculante, preceptivo o facultativo según ley, acerca de la procedencia o no de la responsabilidad pública y, si así se solicitase por el órgano autonómico o local correspondiente, al Jurado Regional de Valoraciones la cuantificación de la indemnización por la misma, sobre la base de su especialización en esta función. Esta última propuesta, como ya se ha expuesto, es la solución adoptada por las legislaciones aprobadas en las Comunidades Autónomas de Canarias y Castilla y León. De mantenerse la función consultiva del Jurado regional de Valoraciones en la futura legislación urbanística, deberían clarificarse su función con mayor grado de detalle y con parámetros que no dejen margen alguno a la duda para evita eventuales conflictos con el Consejo Consultivo Autonómico.

El tratamiento de este tema merece, no obstante, un tono despreocupado, y no porque técnicamente la duplicidad tenga fácil solución, ya lo hemos dicho, sino porque en realidad estos conflictos aun no han surgidos después de varios años de vida del Jurado Regional de Valoraciones y de, aproximadamente, 5.500 expedientes resueltos. Nuestra Administraciones, la Autonómica y la Local, han separado con mucho sentido común las funciones de ambos órganos y han dirigido sus solicitudes a uno u otro Órgano, Consejo o Jurado, en atención a las materias que las sostenían, de manera que hasta la fecha esos posibles conflictos positivos de competencia están inéditos y la realidad ha evitado su posibilidad con bastante más acierto que la ley. Ello no nos libera, no obstante, de la obligación de ponerlos de manifiesto y de reclamar desde aquí una solución técnica que impida la concurrencia de funciones, y por tanto el conflicto, en el futuro.

No faltan leyes autonómicas que han innovado superando la uniformidad de las reglas. Así, Galicia en la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia, atribuye a su Jurado de Expropiación la función de fijar la cuantía de las indemnizaciones por ocupaciones temporales y requisas.

Otras Comunidades han sido mucho más ambiciosas en la atribución de funciones a sus propios órganos. A este respecto resulta llamativa la extensión del catálogo de tareas que la Comunidad Autónoma Vasca, pionera en esta materia, lleva a cabo en el art. 6¹⁹ de la Ley de Parlamento Vasco 8/1987, de 20 de noviembre, que reguló los Jurados Territoriales de Expropiación de Álava, Vizcaya y Guipúzcoa.

La lectura atenta de la norma nos permite imaginar un Órgano regional cuya función no es sólo la de justipreciar en materia expropiatoria, se extiende al examen de criterios legales de valoración, al efecto de sugerir o recomendar modificaciones en los mismos a los órganos con potestad normativa, abarca la función de fijar y consolidar criterios uniformes de valoración aplicables en cualquier ámbito de actuación pública e, incluso, la de proponer medidas referidas al funcionamiento de las Administraciones Públicas con competencias tasadoras o de valoración de bienes o derechos.

Previo acuerdo con el estado, los Jurados Vascos entenderán y decidirán sobre los expedientes de justiprecio que lleve a cabo la Administración del Estado en el territorio de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

2.3.3. La Composición del Jurado Regional de Valoraciones de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y el régimen jurídico de sus miembros.

Esta es una de las cuestiones que ha sido objeto de diversos conflictos constitucionales a los que después me referiré con detalle.

a) La Presidencia

La composición actual del Órgano autonómico de valoraciones difiere sustancialmente del diseño original en lo que a la Presidencia se refiere. Como ya se ha expuesto la temprana interposición por la Presidencia del Gobierno del recurso de inconstitucionalidad nº 3958/98 supuso la suspensión de la aplicación del art. 152 de la ley 2/1.998 y, por tanto, la imposibilidad de iniciar la actividad en el JRV.

Mediante la ley 1/2003, de 17 de enero, art. 2 regla 44, se modificó el art. 152.3.a) atribuyendo la Presidencia del Jurado Regional de Valoraciones a “un jurista de reconocido prestigio y más de diez años de experiencia, propuesto por el Consejero competente en materia de ordenación territorial y urbanística”, superando con ello la tacha de inconstitucionalidad argüida por la Presidencia del Gobierno y dando el pistoletazo de salida en la carrera de este Órgano Autonómico.

El Decreto 41/2003, de 8 de abril, que aprobó el Reglamento de Organización y Funcionamiento del JRV se remite²⁰ a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y a la legislación de expropiación forzosa, estatal y regional, a la hora de establecer las funciones del Presidente del Jurado. Le corresponde, por tanto, la representación del órgano, acordar la convocatoria de las sesiones y fijar su orden del día, presidir las sesiones, moderar y suspender, en su caso, el desarrollo de los debates, dirimir con su voto los empates, asegurar el cumplimiento de las leyes, visar las actas y certificaciones de los acuerdos del órgano y cuantas otras funciones sean inherentes a su condición de Presidente del órgano.

b) La Secretaría

Es, junto al Presidente, el segundo órgano unipersonal del Jurado. Su desempeño corresponde a un funcionario de la Comunidad Autónoma, perteneciente a Cuerpo para cuyo ingreso se requiera titulación superior, con voz pero sin voto.

El art. 7 detalla las funciones de la secretaría, correspondiéndole las previstas en el art. 25 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y, en particular: distribuir los expedientes entre las diferentes secciones del Jurado, determinar la titulación del vocal técnico al servicio de la Comunidad Autónoma que ha de concurrir en función de la naturaleza del objeto de la expropiación así como el Colegio Oficial que deberá estar representado por un vocal en la sección correspondiente según el contenido del expediente, deberá comunicar a la Consejería de Economía y Hacienda la necesidad de nuevos nombramientos de vocales, preparar y cursar las citaciones y el orden del día de las sesiones del pleno, asistir con voz y sin voto a las sesiones del pleno, redactar el acta de las mismas y autorizarla con su firma, expedir certificaciones de actas y acuerdos, llevar el registro del Jurado y el archivo y velar por la correcta tramitación de los expedientes desde su ingreso hasta su salida o archivo.

c) Los vocales del Jurado Regional de Valoraciones.

La tacha de composición desequilibrada que pone en cuestión la imparcialidad y la objetividad inherente a la institución está siendo el principal caballo de batalla en los pronunciamientos constitucionales, también de justicia ordinaria, y el objeto, hoy ya casi exclusivo, de las diversas cuestiones de inconstitucionalidad que han planteado los órganos

judiciales en relación con los Órganos de valoración regionales. A pesar de la interpretación constitucional conforme con la composición que hoy presenta nuestro Jurado Regional, no faltan sentencias recientes, a ellas me referiré más tarde, que siguen cuestionando las resoluciones del Jurado y su presunción de acierto sobre la base del desequilibrio existente en su composición, claramente favorecedora de lo público, frente a lo privado, dada la adscripción profesional de sus vocales.

Al margen ahora del conflicto que después abordaremos con todo detalle, son vocales del Jurado:

a) Dos letrados de la Comunidad Autónoma.

b) Tres técnicos facultativos superiores de la Comunidad Autónoma, dos de ellos de cualquier especialidad y el tercero de la especialidad correspondiente a la naturaleza del bien objeto de expropiación.

c) Tres técnicos facultativos elegidos por la Federación de Municipios y Provincias.

d) Un profesional libre colegiado en representación de los Colegios Oficiales de Arquitectos o Ingenieros Superiores, dependiendo de la naturaleza de los bienes o derechos a expropiar.

e) Cuando se trate de expropiaciones provinciales o municipales, un representante de la Corporación Local interesada, con voz pero sin voto. Los Municipios efectuarán su propuesta de nombramiento de vocal para cada expediente concreto en el momento de su envío, debiendo incluir la propuesta de designación de un vocal suplente.

Como puede apreciarse la adscripción de los vocales es claramente pública, se trata de empleados de las Administraciones Regional o Locales, técnicos con acreditada formación y experiencia en valoración de inmuebles. Los intereses privados son representados por el profesional libre colegiado que actúa en representación de los Colegios Oficiales de Arquitectos o Ingenieros Superiores.

Las funciones de los vocales son reguladas mediante una nueva remisión a las previsiones de la ley 30/92²¹ en materia de órganos colegiados y a las específicas que la legislación expropiatoria les atribuya.

d) Nombramiento de titulares y régimen de suplencias.

El nombramiento de los miembros, titulares y suplentes²², del

Jurado Regional de Valoraciones compete al Consejo de Gobierno de la Región, a ese efecto, la titular de la Consejería de Economía y Hacienda propondrá los vocales²³ de las letras a) y b) de art. 4.2 del Reglamento, así como el secretario y sus correspondientes suplentes. Requerirá, también, a la Federación de Municipios y Provincias, a los Colegios Profesionales y Diputaciones Provinciales la designación de los vocales titulares y suplentes que han de representar a estas instituciones en el Jurado Regional de Valoraciones, según establecen los apartados c), d) y e) del artículo 4.2 del Reglamento, a fin de elevar la propuesta de nombramiento al Consejo de Gobierno.

e) Abstención y recusación.

El art. 8 del reglamento de Organización y Funcionamiento del JRV extiende las causas de abstención y recusación previstas en el art. 28²⁴ de la ley 30/92 a los miembros del Órgano regional.

El reglamento de régimen impide la intervención en las piezas de justiprecio que llegan al Jurado de aquellos que defiendan, asesoren o hayan intervenido profesionalmente en el expediente administrativo y actúan, eventualmente, como miembros del Jurado. No se trata de una nueva causa de abstención no prevista en el art. 28 de la ley 30/92 sino de una previsión que refuerza el régimen de incompatibilidades de aquéllos que pueden entrar a formar parte del órgano colegiado de manera esporádica.

Los miembros en quienes concurra la causa de abstención vienen obligados a comunicarla al Presidente para que decida lo procedente, si bien éste está obligado a proceder de oficio cuando tenga conocimiento de la concurrencia de ese conflicto de intereses no manifestado por el afectado.

Obviamente el expropiado, o el beneficiario si lo hubiere, tienen derecho a recusar por escrito, debidamente razonado, con expresión de la causa y dirigido al Presidente del órgano, a los miembros del Jurado en quienes concurran.

En el día siguiente a la recepción del escrito en la sede del Jurado el recusado manifestará al Presidente si se da o no en él la causa alegada, en el primer caso el Presidente le sustituirá y, en el segundo, resolverá, en el plazo de 20 días y, siempre, antes de que se adopte acuerdo alguno sobre el expediente de justiprecio y previos los informes y comprobaciones que considere oportunos.

2.3.4. El funcionamiento del Jurado Regional de Valoraciones. La válida constitución de sus órganos colegiados: el Pleno y las Secciones.

El Jurado Regional de Valoraciones se reúne en Pleno o Secciones, tal como estableció²⁵ la Ley de creación del órgano, la 2/98, y su reglamento²⁶ de desarrollo, Decreto 41/2.003. Estos son los dos órganos colegiados a los que la ley atribuya los acuerdos más relevantes en el desarrollo de la actividad de valoración y consulta que corresponden al Órgano Regional.

a) **El Pleno** se reunirá siempre en sesión ordinaria, previa convocatoria por su presidente, con la periodicidad²⁷ que se acuerde por el mismo, en función del número de expedientes y de las necesidades del servicio.

Las convocatorias²⁸ se notificarán personalmente a sus miembros²⁹ con, al menos, cinco días de antelación, salvo en los casos de urgencia que, debidamente motivados por el Secretario y autorizados por el Presidente, permiten la convocatoria mediante fax o correo electrónico.

La Orden de 2 de enero de 2003 de la Consejería de Economía y Hacienda completó el acervo reglamentario que desarrolló las previsiones de la LOTAU y reguló innecesariamente algunas cuestiones ya tratadas en el Decreto 41/2.003. El artículo Tercero³⁰ de la misma exige, para la válida constitución del Jurado, la concurrencia de todos sus miembros en primera convocatoria, y la del la del presidente y tres vocales³¹ en segunda convocatoria³².

En cualquier caso se requiere la presencia del secretario o de quien le sustituya.

c) El Jurado Regional de Valoraciones de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cuenta con tres **secciones** especializadas en función de la naturaleza de los bienes y derechos objeto de expropiación:

-Primera: la sección de expropiaciones en suelo urbano y urbanizable.

-Segunda: la de expropiaciones en suelo rústico.

-Tercera: la de expropiaciones de actividades Industriales y económicas.

Son los únicos órganos colegiados del Jurado que están constituidos permanentemente, correspondiendo a la Secretaría del órgano la fijación de sus reuniones. A ese efecto convocará³³ a las secciones con una antelación mínima de dos días y, a la convocatoria, se adjuntará el orden del día, elaborado por el Secretario, y aquella documentación que se estime necesaria para una correcta discusión de los asuntos objeto del mismo.

Cada una de las secciones se compone³⁴ de cuatro vocales (uno por cada uno de los grupos que integran el Jurado) y las preside, de entre ellos, el vocal del grupo a) -letrado del gabinete Jurídico de la Comunidad Autónoma-. La válida constitución de cada una de las Secciones requiere la presencia de todos sus miembros, o de quienes legalmente les sustituyan, en primera convocatoria, La segunda convocatoria que tendrá lugar quince minutos más tarde, requiere la asistencia del Presidente, Secretario y uno de los vocales de los grupos c) o d).

Debe tenerse en cuenta que las decisiones de las secciones en ningún caso tendrán carácter resolutorio y su tarea se limita a la elaboración de las propuestas de acuerdo para la posterior adopción de la resolución que proceda por el Pleno.

2.3.5. El procedimiento ante el Jurado y el régimen de sus acuerdos.

El procedimiento ante el Jurado regional de Valoraciones debe tramitarse en el plazo de tres meses, a contar desde el día siguiente al de entrada del expediente de justiprecio en el registro del Órgano. A pesar de que la norma regional, art. 13.2 del Decreto no habla de resolver y notificar en el plazo de los tres meses previstos para la tramitación del procedimiento, y simplemente exige la adopción del acuerdo de justiprecio dentro del mismo, debemos entender que el art. 42 de la ley básica, apartados 1,2,4,5, obliga a notificar, además de resolver, en el plazo de procedimiento antedicho.

a) Fase de iniciación. Ordenación e impulso del procedimiento.

La iniciación del procedimiento ante el Jurado Regional de Valoraciones requiere la falta de acuerdo entre la Administración expropiante, o el beneficiario si lo hubiere, y el sujeto expropiado. En este caso, la Administración viene obligada a remitir el expediente del justiprecio con

todos los elementos que lo integran, en particular las hojas de valoración formuladas por los propietarios o interesados, por la Administración o por el beneficiario de la expropiación, juntamente con las peritaciones o pruebas que, en su caso, se hubieren aportado.

Varias son las facultades atribuidas por la legislación regional a la Secretaría que deben ser enmarcadas en esa relevante función de ordenación e impulso del procedimiento ante el Jurado, entre ellas:

- la distribución, teniendo en cuenta la naturaleza del objeto expropiatorio, de los expedientes entre las diferentes secciones,

- la determinación³⁵ de las fechas en que se reúne cada una de las secciones en función del número de expedientes y de las necesidades del servicio,

- la obligación de devolver, inmediatamente, los expedientes que estuvieran incompletos al órgano del que procedan,

- la acumulación en las sesiones del Pleno y de las secciones de los expedientes, por razón de los organismos expropiantes, e intentando abarcar la totalidad de una obra o actuación concreta,

- la proposición al Presidente de la convocatoria de más³⁶ de una sesión en el mismo día, ello cuando la índole de los expedientes lo requiera.

b) La elaboración del dictamen y la propuesta de acuerdo.

Las secciones tienen como tarea principal la de elaborar un dictamen³⁷ una vez examinados los materiales que integran la pieza separada de justiprecio.

El reglamento de Organización y funcionamiento ha regulado el contenido mínimo del dictamen, que habrá recoger los antecedentes, con descripción del bien o derecho objeto de expropiación y exposición motivada de la normativa aplicable, deberá valorarse la prueba aportada, en su caso, y pronunciarse sobre las alegaciones que consten. Con el dictamen se elevará al Pleno la correspondiente propuesta de resolución para su debate y adopción de la que proceda.

c) La finalización del procedimiento. Sesión de Pleno y

adopción de los acuerdos de determinación del Justiprecio expropiatorio.

El modo normal de terminación del procedimiento ante el Jurado regional de Valoraciones es la adopción del acuerdo de justiprecio.

No obstante son posibles los diferentes modos de terminación anormal que con carácter general conoce nuestro ordenamiento, así, en cualquier momento anterior a la adopción del acuerdo definitivo de justiprecio, las partes podrán desistir de la tramitación del procedimiento ante el Jurado, o alcanzar el mutuo acuerdo que dejaría son objeto de manera sobrevenida a ese procedimiento. Aunque la legislación regional expropiatoria no lo prevea es evidente que también finalizaría el procedimiento, respecto del expropiado actuante, si este renuncia al derecho que sostiene su pretensión.

El ordenamiento regional³⁸ ha previsto, también, la terminación por acto presunto. El silencio administrativo opera transcurrido el plazo de resolución sin que el Jurado Regional de Valoraciones haya adoptado el acuerdo expreso de justiprecio y su sentido es desestimatorio de la pretensión del expropiado. Obviamente ello significa, en base al principio de congruencia, que la decisión del Jurado, por silencio, es coincidente con la indemnización propuesta por la Administración expropiante o, en su caso, el beneficiario de la expropiación, si bien el sujeto expropiado tiene a su alcance frente al acto presunto desfavorable los instrumentos de impugnación ordinarios del derecho público y recordados expresamente, y a mayor abundamiento, en el art. 12.4 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Jurado Regional de Valoraciones.

Constituido válidamente el Jurado en sesión plenaria, se entrará al examen y debate de las propuestas de acuerdo elaboradas por las secciones.

Los miembros del Jurado Regional de Valoraciones tendrán acceso previo a los expedientes a que se haga referencia en el Orden del día de la reunión y no podrá ser objeto de deliberación o acuerdo ningún asunto que no figure incluido en el orden del día de la convocatoria, salvo que estén presentes todos los miembros del Pleno y sea declarada la urgencia del mismo con el voto favorable de la mayoría.

El Reglamento de Régimen Interno, aprobado como ya se ha dicho por acuerdo de Pleno de 20 de febrero de 2004, atribuye a este órgano una facultad de instrucción que cuando menos se puede califi-

car de atípica. No sólo porque se atribuya al Pleno y no a las secciones o a los ponentes, que son las encargadas de realizar el dictamen y la propuesta de resolución, y de prepararlos en el caso de los ponentes, sino también porque la sesión de Pleno para fijación de justiprecio se celebra en un momento posterior, normalmente lejano, al del inicio de la pieza de justiprecio³⁹, referencia temporal esta que es la prevista en la ley al efecto de justipreciar.

Literalmente el art. 6.3 de ese Reglamento señala: *“Previa a la adopción de acuerdos para la fijación del justiprecio en los expedientes de expropiación, el Pleno podrá acordar realizar una inspección personal de los bienes o derechos a expropiar, cuando considere que es necesario el estudio de determinados aspectos o documentos que no obrasen en el expediente, y siempre que así se decida por la mayoría de votos de sus miembros, pudiendo encomendar la inspección a algunos de sus miembros. En la inspección personal habrán de tomar parte necesariamente los vocales de las letras b) y d) (3 técnicos de la Comunidad Autónoma y el profesional libre en representación de los Colegios Oficiales) del artículo 4 del Decreto 41/2003, de 8 de abril”*. No cabe duda acerca de la finalidad de la norma, conseguir la mejor ilustración posible de los técnicos del Jurado al efecto de determinar con la mayor precisión el objeto de la expropiación y su valoración. Pero debe recordarse aquí que la norma no contempla la participación de las partes del procedimiento, expropiante, o beneficiario en su caso, y expropiado. No se trata, por tanto, de una reiteración de funciones que deben cumplir las actas previas a la ocupación o las propias actas de ocupación, sino de una diligencia que, para mejor proveer, acuerda el Pleno como complementaria de las anteriores y en ese trámite final de la pieza separada de justiprecio que, ante el desacuerdo, concluye en el Jurado Regional de Valoraciones. Sólo con ese carácter complementario que no puede desvirtuar la descripción del objeto expropiatorio llevada a cabo por las partes se respeta, y no se ejerce ultra vires, la función tasada de valoración que la ley atribuye al Jurado Regional de Valoraciones.

Como toda reunión de órgano colegiado y deliberante, el Pleno del Jurado termina con los ruegos y preguntas⁴⁰.

Los acuerdos del Jurado requieren para su aprobación la votación favorable de la mayoría de los miembros asistentes a la sesión. Los miembros del Jurado que discrepen⁴¹ del voto mayoritario deberán motivar por escrito el sentido de su voto y, en caso de empate, dirime el voto del presidente.

De conformidad con lo previsto en el art. 54. f)⁴² de la Ley

30/92, los acuerdos del Jurado regional de Valoraciones deberán ser siempre motivados. El propio art. 13.2. del Decreto 41/2003 concreta la motivación en la expresa justificación de los criterios empleados para la valoración a efectos del justiprecio o indemnización y en la determinación de la legislación, general del Estado y de la Comunidad dice la norma, que resulte de aplicación.

Los acuerdos adoptados deberán ser inmediatamente notificados tanto a la Administración expropiante o, en su caso, beneficiario, como a los interesados expropiados en los correspondientes procedimientos administrativos.

Los acuerdos de fijación del justo precio ponen fin a la vía administrativa y son impugnables mediante el recurso potestativo de reposición en vía administrativa o mediante el correspondiente recurso contencioso-administrativo en vía jurisdiccional.

Cuando la función del Jurado Regional de Valoraciones no es la justipreciar sino la de actuar como Órgano Consultivo de la Comunidad Autónoma, o de las Diputaciones o Municipios si así lo solicitan, en materia de responsabilidad patrimonial derivada de la ordenación territorial y urbanística, debe emitir su informe en el plazo de un mes sin que contra los mismos quepa recurso alguno. La disposición reglamentaria ha querido resaltar el contenido puramente técnico de esta función de consulta, considerando que el informe del Jurado es un mero acto de trámite que habrá de insertarse en el procedimiento matriz de responsabilidad patrimonial que se siga ante la Administración Pública regional o Local causante del resultado lesivo cuya reparación se pretende. Es por ello que el informe del Jurado no es impugnable en la vía administrativa por los instrumentos ordinarios. Esta consideración del informe en materia de responsabilidad patrimonial derivada de la ordenación territorial y urbanística como un mero acto de trámite, es un argumento más, además de los ya expresados, para abogar por nuestra propuesta de una interpretación integradora de las leyes que regulan el Jurado Regional de Valoraciones y el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, de manera que ante una eventual intervención de ambos Órganos en un mismo expediente de reclamación de responsabilidad patrimonial, al Consejo Consultivo le correspondería la emisión del oportuno dictamen no vinculante, preceptivo o facultativo según ley, acerca de la procedencia o no de la responsabilidad pública y al Jurado Regional de Valoraciones, sobre la base de su especialización en la función tasadora, la cuantificación de la indemnización por la misma, si así se solicitase por el órgano autonómico o local correspon-

diente. Solución que, como ya se dijo, es adoptada por las legislaciones aprobadas en las Comunidades Autónomas de Canarias y Castilla y León.

2.4. Los elementos comunes del modelo comparado y críticas más frecuentes.

Del estudio comparado de la legislación autonómica que ha sido analizada en nuestro trabajo podemos concluir con la enumeración de una serie de elementos comunes a todos los Órganos de Valoración autonómicos que bien podríamos considerar la columna vertebral del modelo. La poca ambición de las Comunidades en esta materia la materia ha generado un claro mimetismo normativo, debido en buena medida al deseo de las Comunidades Autónomas de evitar conflictos constitucionales que, como se verá, han terminado aflorando y obligando al Tribunal Constitucional a terciar en luchas competenciales que aun no han cerrado algunos frentes abiertos entre el Estado y los Entes Territoriales Autonómicos.

Estos elementos comunes se resumen en los siguientes:

a) se trata, en todo caso, de órganos de naturaleza administrativa cuya función principal es la resolver los conflictos surgidos en la determinación de los justiprecios expropiatorios. Suelen estar adscritos orgánicamente a las Consejerías competentes en materia de Economía y Hacienda, que les facilitan los medios materiales y la infraestructura y el personal necesario para su adecuado funcionamiento.

b) Son órganos colegiados permanentes, sometidos en su organización y funcionamiento al régimen general de los órganos colegiados previsto en la ley 30/92 y a las previsiones específicas contenidas en la legislación expropiatoria.

c) Son órganos eminentemente técnicos, con una autonomía funcional exigida por la imparcialidad y especialización de sus miembros y la relevancia de las funciones que la ley les atribuye.

d) Su función Consultiva es residual, hasta el punto de que algunas legislaciones autonómicas no la prevén y otras la han suprimido en reformas ulteriores de las normas de creación de estos Órganos.

e) Como no podía ser de otra manera, las resoluciones de los Órganos de Valoración Autonómicos son revisables en vía administrativa y en vía judicial.

La identificación y exposición de las críticas, algunas de ellas poco justificadas, que se han vertido contra el modelo común no reviste grandes dificultades. Pese al reconocimiento de su labor, reforzado en todo momento con la presunción de acierto de sus acuerdos declarada constantemente por los órganos judiciales sobre la base de la preparación técnica y la imparcialidad de sus miembros, han sido frecuentes algunas tachas de los operadores jurídicos que pueden agruparse en las siguientes:

a) la excesiva presencia de juristas en la composición de los Órganos de Valoración. Basta con detenerse en el estudio de las mismas, como hemos hecho nosotros, para apreciar que los juristas están en clara minoría y su papel, en lo que a valoraciones se refiere, se desarrolla en un discreto segundo plano. Cabe decir que la formación de los miembros de los Órganos autonómicos se reparte armónicamente entre las ciencias técnicas y jurídicas con claro predominio de las primeras.

b) La crítica inicial de la inestabilidad de los Jurados o Comisiones de Valoración por la no permanencia de sus vocales está siendo superada con la designación de vocales y ponentes que desempeñan su condición con estabilidad y colaboran continuadamente con los Jurados Autonómicos.

En el mismo sentido se argumenta, de contrario⁴³, que la institución fracasa en su tarea por la dedicación a tiempo parcial de sus miembros y al desinterés, o al menos el escaso garbo, con que algunos vocales pueden desempeñar su cargo. Es consecuencia combinada de tener que distribuir su tiempo entre las ocupaciones ordinarias del trabajo y las derivadas del funcionamiento del Jurado, por una parte, y de la falta de incentivos, por otra. En efecto, compartir obligaciones significa estar sometido a un cierto enfrentamiento o tensión entre ellas, que se resolverá en mayor atención a unas u otras, dependiendo de los alicientes de cada tarea, a igualdad de volumen de trabajo. En este sentido, el órgano que nos ocupa cuenta con pocos incentivos con “gancho” bastante como para garantizar una correcta atención.

c) En el origen de estos órganos, se han proclamado como principales virtudes “la permanencia y especialización en la función,

la colegiación (que permite llevar a su seno los intereses contrapuestos) y la preparación, al mismo tiempo, en los aspectos material y jurídico, de la cuestión a decidir.

Esa permanencia, especialización y preparación, que no se ha discutido respecto de los facultativos de la Administración, es más difícil de garantizar en los representantes de los intereses privados. Las normas regionales han realizado un serie esfuerzo para superar esta tacha y han integrado en su composición a un nutrido grupo de técnicos, públicos y privados, que responden a esa pretensión de especialización y preparación que su función demanda. La tacha, no obstante, tiene cierta vigencia si de los Jurados Provinciales se trata.

c) No menos importante ha sido la imputación de la falta de medios materiales y personales para atender al volumen de asuntos que están pendientes en los Órganos Autonómicos. No hay responsable de ámbito de gestión alguna de la Administración Pública española que piense que sus unidades están suficientemente dotadas, en lo material y en lo personal, para el desarrollo de las funciones que se le encomiendan. Es difícil llegar a un diagnóstico común en esta crítica, el volumen de expropiaciones es muy distinto de unas Comunidades a otras y no todas han heredado, como ha sido el caso de la nuestra⁴⁴, los cientos de expedientes que estaban pendientes en los Jurados Provinciales en el momento de iniciar los Regionales su actividad. Dicho esto, la abundancia de obra pública en el desarrollo de grandes infraestructuras y la bonanza económica de estos últimos años, con una evidente participación de la iniciativa privada en su desarrollo, así como la notable intervención de nuestras Administraciones fomentando la implantación y extensión de los servicios públicos, nos ha colocado en un escenario propicio para las actuaciones expropiatorias, especialmente urbanísticas, que han desbordado la capacidad de respuesta de la mayoría de los Órganos Autonómicos de valoración por bien dotados que pudieran estar.

d) Con todo, la crítica más persistente y sólida afecta a la composición de los Jurados Autonómicos, desequilibrada, según opinión mayoritaria, por la excesiva presencia de empleados públicos. Esta tacha ha servido a los expropiados y a otros operadores jurídicos, también a varios Tribunales Superiores de Justicia para cuestionar la imparcialidad, objetividad y el carácter arbitral y cuasijurisdiccional de su función. Es a mi juicio el principal y, casi único, conflicto

constitucional que enfrenta, no ya al Estado y a las Comunidades Autónomas por el reparto de sus competencias en la materia, sino a los intervinientes en los procedimientos expropiatorios que han encontrado en la petición del planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad una lanza afilada que abre brechas con riesgo para la propia legitimación y credibilidad del modelo autonómico de valoraciones expropiatorias. Nos referiremos en breve y con profusión a esta importante cuestión.

e) No menos reiterada es la crítica centrada en el fracaso del sistema en su conjunto por la pretensión de la Ley Expropiación Forzosa de articular un modelo de determinación automática de justiprecios. Ello depende más de la fijación de criterios de valoración uniformes y tasados más que de la creación de órganos especializados, imparciales y objetivos que siguen contando amplios ámbitos de discrecionalidad en el ejercicio de su función. A este respecto debemos destacar que la actividad de los Jurados Autonómicos viene hoy acompañada de un inestimable auxilio de la mano de la tecnología y los medios informáticos apoyados por una clara mejora, también, de las técnicas catastrales. Ello ha permitido que los Órganos de Valoración cuenten con herramientas más modernas y complejas, que permiten reducir la dificultad de su tarea y aproximar las valoraciones censales y catastrales a los valores reales de los bienes o derechos expropiados.

f) No faltan quienes han promovido la desaparición de estos órganos sobre la base de su falta de coordinación y, en consecuencia, de uniformidad de sus resoluciones. Este termina siendo un mal endémico de cualquier Poder Público con una compleja estructura organizativa, y no sólo administrativo sino también judicial. En fin no se trata aquí de repasar la disparidad de criterios judiciales en tantos casos similares, sino simplemente de atajar la crítica abogando por la propuesta de medidas que eviten esa falta de coordinación y no postulen el desmontaje de esta organización tan plural como necesaria. Estas críticas no dejan de tener un sustento un tanto obsoleto y poco compatible con las muchas mejoras que las nuevas tecnologías están aportando a la actividad de los Jurados, provinciales y Autonómicos.

3. LA FUNCIÓN CUASIJURISDICCIONAL DE LOS ÓRGANOS REGIONALES DE VALORACIÓN.

Las normas autonómicas que han diseñado los órganos regionales de valoraciones no sólo, ni prioritariamente, han pretendido dar satisfacción a su deseo de autonomía política dotando a sus respectivas Comunidades Autónomas de un órgano que suponga un importante paso para completar el proceso de creación de las instituciones de autogobierno. Han pretendido, también, unificar los criterios de valoración existentes y, actuar de acuerdo con los principios de equidad y celeridad, consiguiendo con ello una mayor eficacia en el desarrollo de sus funciones tasadoras y el respeto incondicional a la garantía máxima de trato común e igual ante la ley de los ciudadanos afectados por el ejercicio de esa poderosa potestad expropiatoria de las Administraciones Públicas.

3.1. La motivación de los acuerdos de los Jurados de Valoraciones.

El art. 35.1⁴⁵ de la vigente Ley de Expropiación Forzosa impone la motivación de las resoluciones de justiprecio que adopten los Jurados Provinciales de Expropiación.

Las leyes y otras disposiciones regionales se han expresado en términos similares⁴⁶.

A pesar de que la regla general de nuestro ordenamiento administrativo es la no motivación de la actividad administrativa, esta saludable costumbre, la exposición con sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derecho, se ha convertido, además de en una obligación incondicional, en un instrumento de control de la actividad de los Jurados que les hace acreedores de la presunción de acierto que a sus decisiones se atribuye.

Estas previsiones concretas son manifestaciones que integran hoy el régimen jurídico básico de esa actividad administrativa tras su asunción por el art. 54. f)⁴⁷ de la Ley 30/92.

La jurisprudencia del TS. ha fijado los términos de la motivación con una evidente flexibilidad y sin demasiadas exigencias. Así:

a) La motivación ha de ser racionalsin que hayan de exigirse numerosos y abundantes razonamientos y, aunque de forma breve, es suficiente la consignación genérica de los criterios utilizados.... y la referencia a los elementos o factores comprendidos en la valoración.... sin que sea exigible ni un determinado medio técnico de actuación ni una concreta sistemática, bastando un razonamiento sucinto siempre que sea racional y coherente (SsTS 27-06-1995, Ar. 4792; 09-05-1997, Ar. 3642 y 10-06-1999, Ar. 5706). No se exige, por tanto, una detallada constancia de datos precisos y detalles circunstanciales, siendo suficiente si el acuerdo del Jurado indica los criterios de valoración utilizados y las normas en que se apoya.

b) Se considera adecuada la motivación cuando el acuerdo del Jurado se limita mediante transcripción del informe emitido en el expediente por el Ingeniero Agrónomo-Vocal Técnico en el cual se hacen constar todos los antecedentes de la expropiación, la tasación, detallando los criterios seguidos para efectuarla, y la cantidad que se estima como justiprecio,.... a hacer suyo dicho dictamen, incorporándolo a su resolución, acogiendo todas las consideraciones contenidas en el mismo, incluida la valoración. (SsTS 18-04-95 y 8-11-1995, Ar. 3407 y 8758, respectivamente).

La mencionada flexibilidad cuenta, no obstante, con elementos de control que, también la Jurisprudencia del TS. ha concretado. Deviene insuficiente la motivación cuando se invocan fórmulas estereotipadas “al no señalar, ni siquiera de manera genérica y sucinta, los criterios y razones que sirven de base a la valoración practicada (STS. 3-04-95, Ar. 2842), o fórmulas genéricas usadas a modo de “latiguillo”. “Es cierto, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene manteniendo criterios de gran tolerancia en cuanto al contenido de tal motivación, habiendo afirmado que existe suficiente motivación cuando se mencionen genéricamente los criterios de valoración o los elementos o factores comprendidos en la estimación, sin que sea preciso un detallado o pormenorizado razonamiento. No obstante, la suficiencia del contenido motivacional ha de ir siempre referida a cada caso concreto examinado, debiéndose exigir una mayor concreción y pormenorización de los criterios legales, en la medida en que la valoración del Jurado disienta notoriamente de las formulaciones de las partes sobre el “quantum” del justiprecio” (STS 16-05-1992, Ar. 4106).

En un grado más de ineficacia la Jurisprudencia habla de ausencia de motivación ... “cuando apenas razonan los criterios valorativos que le sirven de base como en el caso que nos ocupa” (STS. 21-04-1982, Ar. 1849), cuando .. “pese a la aceptación que del método residual hace el Jurado de Expropiación, la genérica remisión a lo establecido en el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, se hace sin precisión alguna de los concretos preceptos aplicados.. (STSJ de la Rioja 29-04-1997, AS 742)

Hemos de concluir esta cuestión señalando que la insuficiente o inexistente motivación de los acuerdos del Jurado es considerada un vicio invalidante sólo en los casos en que se acredita haber dado lugar a indefensión (STS. 23-04-1987, Ar. 3154). “Constante Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, viene proclamando, al interpretar el art. 35 de la LEF, que no es necesario una información exhaustiva en los acuerdos dictados por el Jurado Provincial -SS. 27 y 30 diciembre 1958 (RJ 1958, 4250), 22 diciembre 1966 (RJ 1967, 548), 13 febrero 1967 (RJ 1967, 1319) y 17 enero 1970 (RJ 1970, 148), entre otras- y que la falta de fundamentación del Acuerdo del Jurado, sólo produce la nulidad cuando tal efecto origina indefensión o priva al Tribunal de datos precisos para formar criterio sobre el valor aplicable, bastando que la argumentación sea racional y suficiente...” (SsTS 7-10-1980 Ar. 3566; 7-12- 1981, Ar 4840 y 14-02-1995, Ar. 1232).

3.2. La presunción de acierto.

Una de las máximas que legitima la actividad de los Jurados Provinciales de Expropiación es la presunción de acierto que de manera constante y sin fisuras le ha otorgado la jurisprudencia, tanto la ordinaria como la constitucional.

Desde la aprobación de la Ley de Expropiación Forzosa, el Tribunal Supremo ha consolidado la doctrina del “favor acti”, reiterando sin fisuras que “los acuerdos de los Jurados Provinciales de Expropiación gozan de una presunción iuris tantum de certeza y acierto que se ha de respetar mientras no se demuestre o pruebe lo contrario, puesto

que los Tribunales Jurisdiccionales, en el ejercicio de su función revisora, tienen la facultad y la obligación de corregir y reparar los posibles errores de aquel órgano administrativo, con el objeto de que se cumpla el fin primordial y esencial de la Ley”

Esta presunción encuentra su fundamento en tres razones que ya han sido apuntadas:

-en la genérica presunción de legalidad de los actos administrativos reconocida en los arts. 56 y 57 LAP, en virtud de los cuales “los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo se presumirán válidos” y “serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta Ley”. Como señala ENTRENA CUESTA, el fundamento jurídico de la presunción de legalidad de los actos administrativos deriva de la circunstancia de que la Administración no es un mero poder de hecho sino un poder jurídico, ya que la Administración se somete por principio al Derecho (STS 31 de enero de 1980, Ar. 306). Y, como consecuencia de dicha presunción de legalidad, se presume también la certeza de los hechos recogidos en determinados actos de ciertos agentes públicos constatando hechos (STS 5-3-1979, Ar. 861, 15-12-1981, Ar. 5395, 27-6-1985, Ar. 3908, 10-2-1986, Ar. 504, 30-5-1986, Ar. 2773, y 7-11-1987, Ar. 8779), o de los acuerdos de los Jurados de Expropiación⁴⁸.

-La segunda razón está aparajada a la especial naturaleza de la función desarrollada por el Jurado, permanente, pericial y cuasijurisdiccional según manifiesta reiteradamente la jurisprudencia del TS. (STS 15-4-1981, Ar. 1571; 24-5-1986, Ar. 2840; 166-1986, Ar. 3248; 4-06-1991, Ar. 4611).

-La competencia, preparación, pericia, especialización y capacidad técnica y jurídica de sus miembros (STS 14-11-1986, Ar. 6430; y 10-12-1987, Ar. 9443; 23-01-1996, Ar. 361), así como su independencia, imparcialidad, objetividad y alejamiento de los intereses en juego (STS 18-2-1977, Ar. 764; 10-10-1983, Ar. 4806; y 5-11-1987, Ar. 7969; 30-09-1996, Ar. 6589), se convierten en el tercer pilar de esa presunción de acierto atribuida a sus decisiones.

En todo caso la presunción es *iuris tantum* y por ello no prevalece ante errores fácticos o jurídicos. “Cuando consta tal acreditamiento, deviene procedente la rectificación y anulación de las resoluciones adoptadas por aquellos órganos (STS. 26-03-1991, Ar. 2068).

Así mismo la Jurisprudencia del TS. Considera que quiebra esa presunción de acierto cuando se acredite, mediante la articulación de

medios de prueba adecuados, que concurren circunstancias reveladoras de que el justiprecio no se corresponde con el valor real del bien o derecho expropiado (STS. 26-06-1996, Ar. 5031). La carga de la prueba recae en el recurrente que ha de probar y demostrar cumplidamente la infracción legal o el error de hecho que se atribuya al acuerdo impugnado (STS. 14-05-1980, Ar. 1762 y 29-01-1981, Ar. 1643). Si no hay prueba suficiente que ponga de relieve esos errores, o ese desajustado valor, ha de estarse al pronunciamiento del Jurado por aplicación del principio de favor acti de que gozan (STS. 13, 17, 20 y 25-06-1996, Ar. 4811,4817,4893, 5024).

Es frecuente la revisión judicial de los acuerdos en virtud de dictámenes periciales emitidos con todas las garantías procesales, de manera que, en casos, concretos, el resultado de la prueba practicada en autos, destacando en ésta la pericial, avalada con las garantías que derivan de las formalidades procesales con que se llevan a cabo, y apreciada con sujeción a las reglas de la sana crítica, pues el dictamen emitido en vía jurisdiccional con todas las garantías ...tiene las mismas garantías de imparcialidad y objetividad que el acuerdo del Jurado (STS. 19-11-1999, Ar. 1366).

En consecuencia, los informes periciales constituyen un medio apto para desvirtuar la presunción de legalidad y acierto de que gozan los acuerdos de los Jurados Provinciales de Expropiación, siempre que el órgano judicial “razone debidamente la discrepancia y apartamiento de la pericia, bien por indebida apreciación de los elementos de hecho o por incoherencia o por falta de razonamiento, o por contradicción con otras pruebas, dado el principio de valoración conjunta de la prueba que impera en nuestro sistema procesal” (STS 3-05-1995).

El reconocimiento general de la presunción de acierto en las decisiones de los Jurados Provinciales de Expropiación Forzosa no encuentra un reflejo claro en las decisiones judiciales que se refieren a los órganos autonómicos de valoración. Baste con mencionar una, todavía, reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla –La Mancha, la nº 470/2007, de 26 de noviembre, dictada en el recurso nº 829/2003.

Después de un intenso repaso al cúmulo de despropósitos⁴⁹ padecidos por el justiciable en la vía administrativa generada por un procedimiento expropiatorio, que trae causa del proyecto de Obras de Acondicionamiento de la carretera CM-4004, tramo Alameda de la Sagra-Pantoja, tramitado por la Consejería de Obras Públicas de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, la Sentencia del TSJ de Cas-

tilla-La Mancha, FJ. 4, señala “sobre el acuerdo del Jurado Regional, debemos decir, que la tan reiterada doctrina del tribunal Supremo sobre la presunción de acierto de los dictámenes de los Jurados Provinciales no la podemos trasladar sin más a los Jurados Regionales; uno de los presupuestos de esta presunción de acierto estaba en la composición de los mismos, la que estaba revestida de imparcialidad; no dudamos de su carácter técnico, ni de que sus dictámenes sean acertados, pero al tener una composición eminentemente administrativa, ya no gozan de imparcialidad objetiva, y decae por tanto, a falta de doctrina del alto tribunal al respecto, la citada presunción de acierto”.

Sorprende que la Sentencia, reconociendo el carácter técnico del Jurado Regional y el acierto de sus dictámenes, concluya negando la presunción de acierto a sus acuerdos de Justiprecio. Negativa que, además, funda en el desequilibrio en la composición del órgano de valoración, cuestión está que ya quedó resuelta, desde lo constitucional, por las SsTC. 251/2006⁵⁰, de 25 de julio de 2006; la 313/2006⁵¹, de 8 de noviembre de 2006; la 315/2006⁵², de 8 de noviembre de 2006 y la 364/2006⁵³, de 20 de diciembre de 2006.

Fue la STC. 315/2006, concretamente, la que desestimó la cuestión de inconstitucionalidad planteada por esta misma sección y Sala, por las razones que ya se expusieron y, una vez resuelta la cuestión de inconstitucionalidad en relación a la ley que daba sustento al decreto impugnado, Decreto 41/2003, de 8 de abril, Reglamento de Organización y Funcionamiento del Jurado Regional de Valoraciones, y siendo las razones de impugnación del decreto las mismas que fundamentaron la cuestión de inconstitucionalidad desestimada, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2ª, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, mediante la sentencia nº 6, de 17 de enero de 2007, desestimó del recurso contencioso-administrativo nº 404/2003. Bien es verdad que el resultado judicial de este recurso es más fruto de la obligación⁵⁴ y la profesionalidad de los Magistrados que integran la Sala que de la convicción respecto de unos argumentos del Tribunal Constitucional que son claramente opuestos a los que la Sala utilizó para fundar el planteamiento de su cuestión de inconstitucionalidad.

Lo cierto y verdad es que da la sensación de que la Sentencia de la Sala que estamos comentando ha supuesto un cierre en falso de esta cuestión y ello debería llevarnos, como ya se ha dicho, a una reflexión sobre este tema y, a pesar de contar con el apoyo constitucional que la doctrina actual del Alto Tribunal supone, proponer fórmulas que en las próximas reformas legislativas de nuestra legislación urbanística, la

de Castilla-La Mancha, den portazo a esta cuestión y la resuelvan a satisfacción de todos los operadores jurídicos, evitando la reproducción indirecta y, a mi juicio inmerecida, de cuestiones objeto de conflictos ya superados.

3.3. La impugnación de los acuerdos de los Jurados.

El apartado 2, del art. 35 de la Ley de Expropiación Forzosa señala que la resolución del Jurado de Expropiación ultimaré la vía gubernativa y contra la misma procederá tan sólo el recurso contencioso-administrativo.

Completando el régimen de la impugnación de los acuerdos del Jurado, los arts. 126 de la LEF y 140 de su reglamento ejecutivo, supeditan su impugnación a que “el recurso se funde en lesión cuando la cantidad fijada como justo precio sea inferior o superior en más de una sexta parte al que en tal concepto se haya alegado por el recurrente o en trámite oportuno”.

Es evidente que estas prescripciones legales necesitan ser interpretadas a la luz del Orden Constitucional y del Régimen Jurídico Básico de las Administraciones Públicas aprobado por la Ley 30/92, de 26 de noviembre y modificado por la 4/99. Ello nos lleva a concluir realizando las siguientes precisiones que resumen la doctrina judicial al respecto y son aplicación de las previsiones constitucionales y legales a las que nos hemos referido:

- las resoluciones de los Jurados, Provinciales y Autonómicos, son recurribles potestativamente en reposición como así se deduce de los arts. 109 y 116 de la ley 30/92, tras la modificación operada por la Ley 4/99.

Las normas autonómicas⁵⁵ regulan expresamente este mecanismo de impugnación de conformidad con ese régimen jurídico básico.

- Las limitaciones de acceso al Orden jurisdiccional contencioso-administrativo previstas en el art. 126 de la LEF y 140 del REF, son claramente contrarias a la Constitución Española. A esta conclusión llega, por todas, la STS. de 11 de junio de 1.997, que considera que la norma fundamental ha derogado el art. 126.2 de la LEF, en cuanto que la limitación que contempla este precepto para recurrir el justiprecio expropiatorio no es compatible con los arts. 24 y 106 de la Constitución Española.

El FJ.4 de la Sentencia mencionada es concluyente, “el Tribunal Constitucional viene interpretando que los obstáculos al acceso a la jurisdicción han de estar justificados en la protección de otros bienes, derechos o intereses constitucionales dignos de ser amparados y resultar proporcionados. Así la sentencia de 14 de septiembre de 1992, número 114/92, declara que el derecho reconocido en el art. 24.1 de la Constitución puede verse conculcado por aquellas normas que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carecen de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador, y asimismo por la imposición de condiciones o consecuencias meramente limitativas y disuasorias del ejercicio de las acciones o de los recursos legalmente establecidos (SsTC 206/1987, 60/1989 y 147/1989).

Concluye el TS. el FJ. 4 de la siguiente manera: “La lesión del art. 24 de la Constitución que la aplicación del art. 106.2 de la Ley de Expropiación Forzosa significaría está en estrecha relación con el deber de respeto al poder de fiscalización de la actividad administrativa que el art. 106 atribuye a los Tribunales, pues éste no puede resultar mermado por el legislador, en la universalidad con que la Constitución lo proclama, por motivos no justificados o desproporcionados”. El TS. termina su argumentación reconociendo que el precepto ha quedado sin efecto por la fuerza de la disposición derogatoria de la Constitución, por tratarse de una ley anterior a la entrada en vigor de esta y, en consecuencia, tenemos la facultad de no aplicar aquel precepto incurso en inconstitucionalidad sobrevenida sin necesidad de plantear cuestión ante el Tribunal Constitucional”.

- Por lo que se refiere a la impugnación judicial, el orden Contencioso-administrativo tiene plenitud de facultades revisoras sobre los acuerdos de los Jurados de Expropiación⁵⁶ (SsTS 28-10, 15-11 y 29-12 de 1978, RJ 1978, 3681 y 4413; 14-10-1982, RJ 5940; 31-05-1985, RJ 2611; 5-12-1989, RJ 8765; 5-4-1990, RJ 2895). “Facultades revisoras de esta Jurisdicción...que se extienden no sólo al error de hecho, en infracción de preceptos legales o en desafortunada apreciación de la prueba practicada en el expediente administrativo de valoración, sino también a todos aquellos casos en que, de cualquier modo, se acredite que el justiprecio fijado por dicho Jurado no cumple con su función de compensar materialmente al expropiado por el desapoderamiento o perjuicios producidos como consecuencia del instituto expropiatorio” (STS

8-02-1997,RJ 894; 8-10-1998, RJ 8832).

La amplitud de las facultades revisoras no libera al órgano judicial de la carga de especificar las concretas razones y circunstancias, no siendo admisible referencias genéricas a anteriores pronunciamientos. No es aceptable, por tanto, utilizar para fundar la decisión, una invocación genérica de los criterios decisorios por la Audiencia en un caso anterior que se dice similar, pero sin expresar en la resolución las concretas circunstancias que concurrieron en aquél, ni traer a los autos una justificación documental de tales circunstancias (STS 15-06-1987, RJ 4200).

3.4. La suspensión de los acuerdos de los Jurados.

La jurisprudencia rechaza sistemáticamente la suspensión de los acuerdos de los órganos de valoración.

Como señala Gómez de Mercado⁵⁷, hay que partir del dato de que la suspensión del acuerdo del Jurado no supone suspensión del procedimiento de expropiación ni impide, por ello, su ejecución por la Administración expropiante. La solicitud de suspensión por la Administración expropiante o la entidad beneficiaria no puede obstar a la exigencia legal de pago o consignación del justiprecio y la solicitud de suspensión por parte del expropiado no puede significar la suspensión de la ocupación de la finca.

La jurisprudencia en esta materia ha seguido una línea firme y ha señalado que los acuerdos del Jurado sobre fijación de justiprecio no requieren operaciones de ejecución, sino que se agotan en su propia función tasadora, siendo improcedente su suspensión así como la adopción de cualquier otra medida cautelar que afecte al abono del justiprecio ajena al derecho del expropiado a la entrega provisional de la cantidad concurrente (STS. 3-07-1998, Ar. 8671). La obligación de pagar el justiprecio al expropiado, impuesta por los arts. 48.1 y 52.7 de la Ley de Expropiación Forzosa, no es susceptible de suspensión y... si no se paga el justiprecio se incurre en morosidad con las consecuencias previstas en los arts. 57 y 58 de la Ley y 73 y 74 de su reglamento (STS. 3-2-2001, Ar. 2626).

NOTAS:

1 PALASÍ, V.: “La traslación del *justum premium* a la esfera de la expropiación forzosa”. RAP. nº 43, 1.964, págs 161 y ss.

2 A este respecto conviene consultar el estudio de los trabajos publicados en la revista Documentación Administrativa, Abril-Junio de 1990, elaborados por Jose María Baño León (“Aproximación al régimen jurídico de la expropiación forzosa en Francia, Italia y Alemania”, págs. 199 a 221) e Isabel Pont Castejón (“La técnica expropiatoria en Derecho Anglosajón, Estados Unidos y Gran Bretaña”, págs. 223 a 251).

3 LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F.: *Manual de expropiación forzosa y otros supuestos indemnizatorios*. Madrid, 1995, Ed. Bayer Hermanos, S.A., págs. 84 y ss.

4 CASTEJÓN, P.: “La técnica expropiatoria en derecho Anglosajón. Estados Unidos y Gran Bretaña”, Documentación Administrativa nº 22, abril-junio de 1.990.

5 Este sistema es implantado a principios del siglo XX por la Ley de Estimaciones de la Compensación por la Adquisición de los Terrenos del año 1.919 (Acquisitions of Land Assessment of Compensation Act).

6 No faltan autores que han criticado la atribución de la Presidencia de los Órganos de Valoración a miembros del Poder Judicial, así García Campá y Llidó Silvestre, cuestionan la capacidad del Magistrado-Presidente, en muchos casos especialista en cuestiones civiles o penales, toda vez que, a su juicio, no garantiza la aplicación ortodoxa de los criterios objetivos de valoración del suelo y otros elementos establecidos en la legislación administrativa. En opinión de estos autores, “tales Magistrados sin duda conocen dicha normativa pero escasamente tienen ocasión de aplicarla en sus funciones jurisdiccionales, máxime cuando se trata de criterios que se sustentan en norma esencialmente técnicas, cuya aplicación al caso concreto es más bien una operación de concreción objetiva y de automatismo aritmético”. Véase esta opinión en García Campá, José Ignacio y Llidó Silvestre, Joaquín: “El Jurado de Expropiación: aportaciones críticas y alternativas”. Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica núm. 267, julio-septiembre 1.995, págs. 627-649.

7 Este funcionario será un ingeniero agrónomo si se trata de fincas rústicas, un ingeniero de caminos cuando se trate de aprovechamientos hidráulicos, un ingeniero de montes cuando el principal aprovechamiento de la finca expropiada sea el forestal, un ingeniero de minas en los casos de expropiación de concesiones mineras, un arquitecto al servicio de la Hacienda cuando la expropiación afecte a fincas urbanas, y un profesor mercantil [un economista] al servicio de la Hacienda cuando la expropiación recaiga sobre valores mobiliarios. Análogo criterio de especialidad se seguirá cuando se trate de bienes distintos a los enumerados».

El art. 32.1 REF, completa la regla anterior señalando que “cuando los bienes objeto de la expropiación fueren distintos ... será vocal del Jurado el ingeniero industrial designado por la respectiva Delegación de Industria, si se trate de instalaciones industriales, y en los demás casos, aquel funcionario técnico más idóneo, a juicio de la entidad expropiante”.

En las expropiaciones que se lleven a cabo por razón de urbanismo y las que en cualquier caso realicen las entidades locales, el funcionario técnico será designado por la corporación local interesada (art. 85.2.^a LEF).

En las expropiaciones militares, el funcionario técnico será sustituido por un técnico militar del departamento respectivo (art. 100 LEF).

8 Debe tenerse en cuenta que el Real Decreto 3112/1978, de 7 de diciembre, actualizó la referencia que le ley lleva a cabo a los representantes de la Cámara Oficial Sindical Agraria y al representante de la CNS respectivas. La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1990, de 29 junio 1990, extinguió las cámaras de la propiedad urbana como corporaciones de Derecho público. Ello exige una lectura actualizada del precepto para terminar atribuyendo las funciones de miembro del Jurado al representante de la Cámara, Colegio u Organización correspondiente, teniendo en cuenta la naturaleza del objeto expropiatorio.

9 Algunos trabajos ya citados, véase a García Campá y Llidó Silvestre, op. Citada en nota 6, se han mostrado especialmente críticos con la composición de los Jurados Provinciales. Respecto de los Notarios, se les imputa dar por válidas valoraciones muy superiores a las que, sobre los mismos o similares bienes, se consignan en transacciones contenidas en documentos públicos que autoriza el mismo Notario, evidenciando esa falta de sintonía entre lo que conoce el Notario en su función como

fedatario público y lo que resulta de su intervención en el Jurado. Señalan los autores mencionados que, a este diagnóstico, hay que sumar un papel no demasiado activo del Abogado del Estado, carente inicialmente de conocimientos materiales sobre valoración, y cuya participación a escala jurídica es más bien residual en los Jurados Provinciales de Expropiación. Queda por preguntar, concluyen, si alguno de los miembros, por las diferentes razones aquí expuestas, responde a algunos de los criterios primigenios que inspiraron el órgano en el año 1954.

En el mismo sentido puede verse la opinión vertida en un “Informe de la Inspección General de Servicios de la Administración Pública sobre el proceso de expropiación forzosa”, publicado en Documentación Administrativa, núm. 222, y cuyo autor es Ángel Guillén Zanón, en el que se señala que el Magistrado, el Notario o el Abogado del Estado se hallan en posición de inferioridad frente a los criterios eminentemente técnicos sobre los que se asienta la decisión final del Jurado, situación que se agrava en el supuesto de expropiaciones llevadas a cabo por Entidades Locales. Para este caso, siendo que la designación de vocal técnico puede recaer en un facultativo municipal, se ha comprobado que existe una relación de dependencia jerárquica del funcionario con la unidad administrativa que emitió la hoja de aprecio de la Administración expropiante, una prueba más, que no la única, de la abolición del principio de neutralidad.

10 Véanse también las Sentencias de 27 de marzo de 2001 (Ar. 2661) y 11 de diciembre de 2001 (Ar. 2557/2002), referidas en estos casos al vocal técnico designado por la Comunidad Autónoma.

11 GARCÍA GOMEZ DE MERCADO, F.: *El justiprecio de la expropiación forzosa. Estudio de su valoración y pago, con especial consideración de las expropiaciones urbanísticas*. Editorial Comares, 6ª edición, Granada 2005, pág. 74.

12 Tomás Ramón Fernández: “Notas sobre el proceso continuo y silencioso de erosión del Derecho estatal y de las garantías jurídicas de los ciudadanos: el caso de los Jurados Autonómicos de Expropiación”. *Revista de Administración Pública*, núm. 153, págs. 91 –106.

Señala el profesor que hay “poner remedio a esta situación y restablecer la uniformidad normativa impuesta por la Constitución y la igual configuración y aplicación de las garantías expropiatorias en todo el territorio del Estado, así como el estricto respeto y cumplimiento de los criterios y sistema de valoración del justiprecio y del procedimiento

expropiatorios establecidos por la Ley Estatal para los distintos tipos o modalidades de expropiación”.

Califica de “espectáculo bochornoso la coexistencia en un mismo territorio de dos sistemas de valoración del justiprecio” diferentes: el Jurado paritario de la Ley estatal y las Comisiones de funcionarios establecidas por las Leyes autonómicas más recientes.

13 Los miembros del Jurado Regional de Valoraciones son designados por el Consejo de Gobierno de nuestra Comunidad Autónoma, art. 152.3 de la Ley 2/98.

14 La redacción originaria del art. 152.3.a) atribuía la Presidencia del Jurado a un Magistrado de la Sala de Lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, elegido por dicho Tribunal.

15 Mediante la ley 1/2003, publicada en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha nº 10, de 27 de enero.

16 Se cumplía con ello escrupulosamente la obligación de constituir el Jurado regional de Valoraciones en el plazo de un mes desde el nombramiento de sus miembros por el Gobierno, tal y como establecía el art. Primero de la Orden de 2 de noviembre de 2.003, de la Consejería de Economía y Hacienda. Desde el día siguiente a su constitución, ope legis, el Jurado ejerció sus competencias.

17 El art. 5 del Reglamento de desarrollo, decreto 41/2003, de 8 de abril, detalla su competencia en materia expropiatoria, atribuyendo al Jurado Regional de Valoraciones la competencia para la fijación resolutoria y definitiva en vía administrativa del justiprecio, tanto en las tasaciones individuales, cuando éste no se hubiera convenido libremente y por mutuo acuerdo entre la Administración y el particular y siempre que la Administración expropiante fuera la Junta de Comunidades o cualquiera de las Diputaciones o Municipios de la Región, como en los procedimientos de tasación conjunta seguidos por las mismas Administraciones que en el supuesto anterior, cuando los interesados titulares de bienes o derechos hubieran formulado oposición a la valoración contenida en el Proyecto de expropiación aprobado por el órgano competente de la Administración expropiante.

18 Ope legis la formación, cualificación y titulaciones exigidas a los miembros del Jurado son las adecuadas para la función de tasación y valoración que el Órgano tiene encomendadas.

19 Literalmente, el precepto atribuye al órgano de valoración las siguientes funciones:

a) Analizar las principales cuestiones que se observen en la aplicación de los criterios legales para la valoración de los bienes y derechos objeto de expropiación.

b) Recoger las observaciones precisas para el funcionamiento de las diversas administraciones públicas en lo referente a la aplicación de las legislaciones que influyen y en su caso definen las valoraciones de los bienes y derechos.

c) Contrastar y formar criterios uniformes para realizar la tasación de bienes y derechos.

d) Sugerir disposiciones generales y medidas a adoptar para el mejor funcionamiento de la administración en lo referente al apartado b).

e) Por último, en su disposición adicional, señala que entenderán y decidirán sobre los expedientes de justiprecio que lleve a cabo la Administración del Estado en el territorio de la Comunidad Autónoma de Euskadi cuando así lo acuerde con aquella administración.

20 Art. 5 del mencionado Decreto.

21 El art. 24 de esta Ley atribuye a los miembros del órganos colegiado los siguientes derechos y obligaciones:

- Recibir, con una antelación mínima de cuarenta y ocho horas, la convocatoria conteniendo el orden del día de las reuniones. La información sobre los temas que figuren en el orden del día estará a disposición de los miembros en igual plazo.

- Participar en los debates de las sesiones.

- Ejercer su derecho al voto y formular su voto particular, así como expresar el sentido de su voto y los motivos que lo justifican. No podrán abstenerse en las votaciones quienes por su cualidad de autoridades o personal al servicio de las Administraciones Públicas, tengan la condición de miembros de órganos colegiados.

- Formular ruegos y preguntas.

- Obtener la información precisa para cumplir las funciones asignadas.

- Cuantas otras funciones sean inherentes a su condición.

Los miembros del órgano colegiado no podrán atribuirse las funciones de representación reconocidas a éste, salvo que expresamente se les hayan otorgado por una norma o por acuerdo válidamente adoptado, para cada caso concreto, por el propio órgano.

22 Obviamente los suplentes actuarán en caso de vacante, ausencia, enfermedad o cualquier otra causa que imposibilite la asistencia de los titulares a cualquier sesión (art. 4, in fine, del decreto 11/2.003).

23 Dos letrados de la Comunidad Autónoma –letra a)-, dos técnicos facultativos superiores, de cualquier especialidad, y un tercero de la especialidad correspondiente a la naturaleza del bien objeto de expropiación, al servicio, en todos los casos, de la Comunidad Autónoma.

24 La ley básica establece que “Las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas en el número siguiente de este artículo se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente.

Son motivos de abstención los siguientes:

A) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.

B) Tener parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato.

C) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior.

D) Haber tenido intervención como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate.

E) Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.

25 Art. 152.5 del texto legal.

26 Art. 9.1. de esta disposición general.

27 El art. 5 del Reglamento de Régimen Interno del Jurado, aprobado por el Pleno de 20 convocatoria de febrero de 2004, establece que se celebrarán, al menos, una vez al mes, en función del número de expedientes y de las necesidades del servicio, salvo en el mes de agosto, que se considerará inhábil a efectos de reuniones. Reserva la convocatoria exclusivamente al Presidente.

28 A la convocatoria se adjuntará el orden del día, elaborado por el Secretario, el borrador del acta de la sesión anterior, en su caso, y aquella documentación que se estime necesaria para una correcta discusión de los puntos incluidos. El envío del borrador del acta exime del requisito de su lectura.

29 Los miembros del JRV. tienen acceso a los expedientes con carácter previo a la celebración de las reuniones.

30 También el art. 9 del Decreto 41/2003.

31 Uno de los cuales pertenecerá a los grupos a) o b) del apartado 2 del artículo 4 (Letrados o facultativos superiores de la Administración regional); otro, a los grupos c) o d) (facultativos de la FEMP o profesiones libres de los Colegios Oficiales); y otro al grupo e) (si se trata de expropiaciones municipales o provinciales). Si la expropiación es llevada a cabo por la Comunidad Autónoma, los vocales correspondientes a los grupos a) o b) deberán ser dos.

32 A celebrar media hora después de la primera con el quórum mencionado.

33 El reglamento interno del Jurado permite, con carácter general, la convocatoria mediante fax, excepto para aquellas reuniones cuyo calendario haya sido previamente fijado y sea conocido de antemano por todos sus miembros.

34 Es el Pleno, por mayoría de los asistentes, el competente para elegir, de entre sus vocales, a los miembros que han de integrar cada una de las Secciones.

En la designación del vocal perteneciente al grupo b) se nombrará a varios técnicos facultativos al servicio de la Comunidad Autónoma, procurando que sean especialistas en función de la naturaleza del bien a expropiar, correspondiendo al Secretario determinar la titulación del vocal técnico que ha de asistir a cada reunión según el contenido del expediente. De igual forma se operará en cuanto a la designación del vocal perteneciente al grupo d) en representación de los Colegios Oficiales correspondientes.

Los miembros de las Secciones son designados con carácter anual, pudiendo ser prorrogados en sus funciones mediante acuerdo del Pleno. Si no se produce la prórroga se procederá a la designación de nuevos miembros.

Será Presidente de cada una de las Secciones el vocal correspondiente al grupo a), siendo Secretario de cada una de las Secciones el del Jurado Regional de Valoraciones, pudiendo ser suplido por funcionario perteneciente al Cuerpo Superior de la Comunidad Autónoma.

35 La convocatoria de las secciones deberá ser registrada de salida con una antelación mínima de dos días y se realizará, con carácter general, mediante fax, excepto para aquellas reuniones cuyo calendario haya sido previamente fijado y sea conocido de antemano por todos sus miembros.

A la convocatoria se adjuntará el orden del día, elaborado por el Secretario y aquella documentación que se estime necesaria para una correcta discusión de los puntos incluidos.

La válida constitución de cada una de las Secciones requiere la presencia de todos sus miembros, o de quienes legalmente les sustituyan, en primera convocatoria, La segunda convocatoria que tendrá lugar quince minutos más tarde, requiere la asistencia del Presidente. Secretario y uno de los vocales de los grupos c) o d).

36 Ya se ocupa la Orden de 2 de octubre de 2003, art. cuarto, de dejar claro que en estos casos, celebración de más de una sesión, los miembros del Jurado que intervengan en ellas devengarán sus asistencias por días, independientemente del número de sesiones en que se participe. Regla de austeridad en la gestión de lo público que desde

la Presidencia del Jurado nos gustaría promocionar como ejemplo para aplicación en el resto de los órganos colegiados de nuestro entramado institucional público.

La Orden de 2 de octubre de 2003 de la Consejería de Economía y Hacienda, modificada por la de 15 de mayo de 2006, fijó los importes de las asistencias, gastos de viaje y remuneraciones por ponencias de los miembros del Jurado regional de Valoraciones de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

37 La preparación de las propuestas de dictamen o acuerdo se lleva a cabo por los ponentes nombrados por el Presidente, cuando se trate de miembros del Jurado Regional de Valoraciones, y por los organismos correspondientes, a requerimiento del Presidente, cuando los ponentes propuestos no sean miembros del Jurado. Los ponentes intervienen en las deliberaciones del Jurado Regional de Valoraciones, tanto en el Pleno como en las Secciones, con voz pero sin derecho a voto.

Pueden ser ponentes las personas a que se refiere el artículo 152 de la Ley 2/1998, de 4 de junio y el artículo 4.6 del Decreto 41/2003, de 8 de abril, es decir, cualesquiera funcionarios técnicos facultativos al servicio de la Comunidad Autónoma, las Diputaciones provinciales y los Municipios, que serán nombrados por los Organismos correspondientes, a requerimiento del Presidente. Asimismo, y cuando se estime conveniente, podrán actuar como ponentes los vocales del Jurado Regional de Valoraciones.

Las ponencias serán elaboradas en un plazo máximo de 7 días, a contar desde que el Secretario haga entrega de una copia del expediente al ponente. A los efectos de una mejor organización se procurará que las ponencias sean elaboradas por la misma persona para cada uno de los expedientes incluidos en una obra o actuación concreta, En tal caso el plazo máximo señalado en el punto anterior podrá ser prorrogado, efectuando la petición al Presidente, mediante escrito, por un plazo máximo de 21 días.

Cuando la complejidad de los expedientes impida elaborar las ponencias en los plazos señalados, se podrá solicitar motivadamente al Presidente, y por escrito, un periodo de prórroga que en ningún caso podrá sobrepasar el doble de los plazos establecidos.

Por último, las ponencias habrán de describir el bien o derecho objeto de expropiación, la normativa a aplicar, deberá valorar la prueba aportada, pronunciarse sobre las alegaciones efectuadas y formular la

propuesta de acuerdo. Como puede apreciarse su contenido es idéntico al de los dictámenes y propuestas de resolución que aprueban las secciones.

38 Véase el art. 12.5 del Decreto 41/2003.

39 El art. 36 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 dispone: “Las tasaciones se efectuarán con arreglo al valor que tengan los bienes o derechos expropiables al tiempo de iniciarse el expediente de justiprecio,.....”. Por su parte

40 Las cuestiones concretas se harán a la presidencia oralmente o por escrito. En el primer supuesto, el Presidente o la persona en quien delegue, podrá responder discrecionalmente a las mismas, en la sesión en que se formulen o en una posterior, En el segundo supuesto, deberán presentarse en el Registro del Jurado con una antelación mínima de tres días a la celebración de la siguiente sesión.

41 Los miembros del Jurado que discrepen del voto mayoritario deberán motivar por escrito el sentido de su voto, remitiéndolo en el plazo máximo de cinco días desde la celebración de la correspondiente sesión a la Secretaría del Jurado para incorporarlo al texto del acuerdo adoptado y al acta correspondiente.

42 El precepto señala que serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho:

.....f) Los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales. Así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.

43 Fernández Magdalena, Alfredo Luis: “Los Jurados Provinciales de Expropiación Forzosa: situación presente y posibles reformas”. Actualidad Administrativa núm. 18.

44 Como ya hemos comentado en otro momento, el Jurado regional de Valoraciones de la Junta De Comunidades de Castilla-La Mancha abrió sus puertas encontrándose sobre la mesa, pendientes de resolución, en torno a 700 expedientes procedentes de los Jurados Provinciales, especialmente de Toledo y Guadalajara. Esta situación fue consecuencia de la previsión legal contenida en la disposición transitoria del Decreto 41/2003, que atribuyó al Jurado la competencia para conocer de todos los expedientes de Expropiación Forzosa cuando no se hubiese

llegado a un acuerdo en cuanto al precio antes del 28 de marzo de 2003. Obviamente, nos referimos a los expedientes en los que la Comunidad o Las Diputaciones o Municipios de nuestra región fuesen los sujetos expropiantes.

45 “Razonándose, dispone el precepto, los criterios de valoración seguidos por el mismo en relación con lo dispuesto en esta ley”.

46 Reproducimos el art. 153 de la Ley castellano-manchega 2/98, de 4 de junio:

“1. Los acuerdos del Jurado Autonómico de Valoraciones serán siempre motivados, debiendo contener, en su caso, expresa justificación de los criterios empleados para la valoración a efectos de justiprecio o indemnización, con relación a lo dispuesto en la legislación general del Estado y, en su caso, en esta Ley.

2. Los acuerdos del Jurado deberán ser inmediatamente notificados tanto a la Administración expropiante, como a los interesados en los correspondientes procedimientos administrativos. Los acuerdos de fijación del justo precio en las expropiaciones pondrán fin a la vía administrativa.

El propio art. 13.2. del Decreto 41/2003 concreta la motivación en la expresa justificación de los criterios empleados para la valoración a efectos del justiprecio o indemnización y en la determinación de la legislación, general del Estado y de la Comunidad dice la norma, que resulte de aplicación.

47 El precepto señala que serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho:

.....f) Los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales. Así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.

48 ENTRENA CUESTA, Rafael: *Curso de Derecho administrativo*, vol. I. Ed. Tecnos, Barcelona 1.983. 8ª edición, pág. 243.

49 El Ponente, el Ilmo. Sr. Magistrado D. Miguel Ángel Pérez Yuste, dice literalmente (F.J. 2): “Es preciso manifestar en este caso que la actuación administrativa, particularmente de la administración expropiante, ha sido lamentable, en pocas ocasiones un administrado ha formulado tantas peticiones de información y se ha dirigido a la admi-

nistración en tantas formas diferentes como en este caso, y sin embargo el resultado fue negativo, lo que va a suponer justificación bastante, entendiéndose que ha existido temeridad por la Administración, para la imposición de las costas procesales...”.

50 Resuelve la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2527-2003, planteada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en relación con los arts. 102 y 103 de la Ley de la Comunidad de Madrid 9/1995, de 28 de marzo, de medidas de política territorial, suelo y urbanismo, por posible vulneración de los arts. 149.1.1 y 149.1.18 CE

51 Cuestión de inconstitucionalidad 3254-2003. Planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en relación con los artículos 102 y 103 de la Ley de la Comunidad de Madrid 9/1995 de medidas de política territorial, suelo y urbanismo.

52 Conviene recordar una vez más aquí que la Cuestión de inconstitucionalidad 2465-2004 planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha respecto al artículo 152 de la Ley de Castilla-La Mancha 2/1998, de ordenación del territorio y de la actividad urbanística, y el artículo 2, apartado 44, de la Ley 1/2003, de modificación de dicha Ley, se fundó, principalmente, en ese pretendido desequilibrio en la composición del Jurado Regional de Valoraciones.

53 En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 571-2004, planteada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en relación con el art. 102.3 de la Ley de la Comunidad de Madrid 9/1995, de 28 de marzo, de medidas de política territorial, suelo y urbanismo, por posible vulneración del art. 149.1.18 CE.

54 Se dice literalmente, FJ. 3, : “... No queda a esta Sala sino desestimar el recurso contencioso-administrativo, acatando los argumentos contenidos en el mencionada Sentencia constitucional” (la 315/2006).

55 El art. 13, apartados 4 y 5, del Decreto 41/2003, Reglamento de Organización y Funcionamiento del Jurado Regional de Valoraciones de Castilla-La Mancha establece que “Contra los acuerdos del Jurado Regional de Valoraciones podrá interponerse recurso potestativo de reposición en vía administrativa o recurso contencioso-administrativo en los términos que prevé la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Transcurrido el plazo de resolución previsto sin que el Jurado Regional de Valoraciones haya adoptado su acuerdo, se entenderá desestimada la pretensión del expropiado a los efectos de la permitir la interposición de los recursos procedentes.

56 RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. J.M.: “Otro embate contra el carácter revisor: el recurso contencioso-administrativo ante el incumplimiento por el jurado provincial de expropiación de la obligación de fijar el justiprecio en plazo (STC 136/1995, de 25 de septiembre)”. Revista de Administración Pública nº 139, enero-abril 1.996. Págs. 221 a 236.

57 GARCÍA GOMEZ DE MERCADO, F.: *El justiprecio de la expropiación...*, op.cit, pág. 106

DICTÁMENES

**DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO
CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA
SOBRE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL A
INSTANCIA DE D. Z, COMO CONSECUENCIA
DE LOS PRESUNTOS DAÑOS OCASIONADOS
EN EXPEDIENTE DE EXPROPIACIÓN
FORZOSA HD-AB-99-337, Y POR LOS DAÑOS
OCASIONADOS POR LA CANALIZACIÓN DE
AGUAS RESIDUALES CUYO DESTINO ES LA
DEPURADORA DEL TERMINO MUNICIPAL DE
YESTE (ALBACETE).**

RESULTA DE LOS ANTECEDENTES

Primero. Reclamación.- Con fecha 24 de noviembre de 2005 D. Z, en nombre y representación de D. X, presentó en la Delegación del Gobierno en Aragón escrito según el cual formulaba *“reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración conforme a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Común y del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial y así como que se proceda, conforme a la vigente legislación sobre Expropiación Forzosa, a la realización de las operaciones conducentes a rectificar y completar la superficie efectiva de la finca ocupada”*.

Basaba sus pretensiones en *“Que con motivo de las obras de “Proyecto de Construcción de las EDAR de Elche de la Sierra, Molinicos, Socovos, Yeste, Letur y Nerpio” de la Consejería de Obras Públicas de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha se levantaron Actas Previas de Ocupación, [...] Que posteriormente se iniciaron las obras, donde las parcelas expropiadas no se han ocupado, ocupándose otras para la ubicación de la EDAR en parcela 291 b (en catastro nuevo 291 d) y conducciones en parcelas 292 (292) y 51 (547)”*.

Entre otros datos sobre daños que conciernen a la expropiación de las parcelas afectadas, expone lo siguiente:

- Que esta ocupación se ha realizado sin expropiación.
- Que se mostraba dispuesto a devolver el dinero recibido por la

expropiación, “*puesto que esto fue a causa de un error de la Consejería de Obras Públicas*”. Dicha cantidad ascendía, según dice el interesado, a 314.990 pesetas (1.893,13 euros).

El escrito termina con la siguiente solicitud: “*indemnización por los terrenos realmente ocupados [...] y previos los trámites legales oportunos, dicte resolución por la que se acuerde indemnizar a mi representado la cantidad de 20.682 euros por los daños reclamados, y en la cantidad de 19.579,60 euros por los terrenos realmente ocupados y su arbolado (vuelo)*”.

Se acompañaba a la reclamación “*Valoración de daños en parcelas rústicas*” (Polígono 63, parcelas 292, 291 d (antes 291 b) y 547 (antes 51)), efectuada el 25 de octubre de 2005 por Ingeniero Técnico Agrícola con motivo de la realización de la canalización de las aguas residuales cuyo destino era la depuradora del municipio de Yeste. En dicha valoración cuantificaron las partidas correspondientes a 20 olivos centenarios que fueron retirados (12.300 euros); valor de la superficie ocupada, distinta a la que fuera objeto de expropiación (7.279,6 euros); coste de recuperar el antiguo camino público y restauración de los daños producidos en la parcela propiedad del interesado, por el trazado de la tubería principal de la depuradora (7.656 euros); coste de retirar los restos de tierra no vegetal que se fue esparciendo por la superficie de la parcela no expropiada (2.653 euros); coste de recanalización de los tubos que salen de la EDAR (Estación Depuradora de Aguas Residuales) que vierten directamente en parcelas no expropiadas de titularidad del reclamante, ya que se dificultan las labores de cultivo (3.283 euros); coste de recanalización de otras conducciones (1.081 euros); coste de la realización de un nuevo trazado de la red de tuberías por camino público, ya que actualmente atraviesan las parcelas ya que “*no se ha pedido permiso*” y se devalúa el valor de las parcelas, limitando su uso futuro (5.040 euros); y, por último, el coste de recanalizar una tubería de agua potable de la que se abastecían las parcelas, que debido a las obras, fue destruida (969 euros). La suma de todas estas partidas ascendía a un total de 40.261,6 euros.

Segundo. Autorizaciones de ocupación.- Se adjunta al procedimiento autorización de fecha 27 de noviembre de 2001 encabezada por D. X, y firmada por D.^a R a favor de la Consejería de Obras Públicas (folio 194 del expediente), en la que se autoriza a la misma “*a cambiar dentro de la finca de mi propiedad situada en el paraje Valverde de esta localidad, la ubicación de la depuradora para este municipio, y situarla en la parte superior Espeñuelas. [] Esta autorización se concede con la condición de que el acceso a la depuradora se realice por el camino real de las Espeñuelas*”.

También se incorpora al expediente tramitado una ampliación de esta autorización de fecha 15 de marzo de 2002 (folio 195 del expediente), también encabezada por el reclamante y firmada por D.^a R, del siguiente tenor: *“habiendo autorizado al Ayuntamiento de Yeste la ocupación de terrenos para la construcción de la depuradora de aguas residuales de esta localidad, y siendo necesario cambiar la ubicación de la depuradora, teniendo como consecuencia que ocupar más terreno (unos 500 metros cuadrados), AUTORIZA al Excmo. Ayuntamiento de Yeste para que ocupe los terrenos de su propiedad necesarios (unos 500 metros aproximadamente), para la nueva ubicación de la depuradora de aguas residuales de esta localidad de Yeste, siendo el precio de esta nueva ocupación el mismo que el establecido para el anterior”*.

La persona firmante de ambas autorizaciones, D.^a R, resulta ser la esposa de D. X, casados en régimen de gananciales (según de escrituras de compraventa de la finca -folio 36- y de poder acompañadas a la reclamación, folio 46).

En el mes de mayo de 2002 se produjo la ocupación efectiva de los terrenos (Informe técnico de la Delegación, folio 205).

Tercero. Finalización de las obras.- Las obras de la depuradora a las que se atribuye la causación de los daños por los que se reclama terminaron en el verano de 2003, a la vista del informe emitido el 2 de junio de 2006 por el Jefe de Sección de Contratación, Expropiaciones y Asuntos Jurídicos de la Delegación Provincial de Obras Públicas en Albacete (folio 146 del expediente).

Cuarto. Expediente expropiatorio.- Al expediente tramitado como responsabilidad patrimonial de la Administración no se han incorporado los expedientes de expropiación forzosa relativos a los terrenos propiedad del reclamante.

Se han incorporado, sin criterio de selección expreso, algunos documentos en los que constan, entre otros, los siguientes datos que pueden resultar relevantes para la emisión de este dictamen y que, por tanto, se traen a estos antecedentes:

-El total del primer justiprecio recibido, en fecha 25 de julio de 2002, según informe de la Delegación de 4 de julio de 2008, en el primer expediente de expropiación fue de **1.893,13 euros**, correspondientes a una superficie de 1.870 m².

-La declaración de utilidad pública y la necesidad de urgente ocupación de los bienes y derechos afectados de expropiación for-

zosa por las obras comprendidas en el proyecto de modificación n.º 1 de la estación depuradora indicada, entre los que se encontraba la parcela propiedad del interesado, fue acordada mediante resolución de la Consejería de Obras Públicas de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, de fecha 16 de noviembre de 2005 (publicada en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha n.º 243, de 2 de diciembre de 2005).

-En el acta previa de ocupación de la finca indicada, que fue levantada en fecha 12 de junio de 2006 (folio 262), se hizo constar que *“la propiedad solicita se una a la presente acta el escrito de responsabilidad patrimonial que presentó el 24-11-2005 ante la consejería de Obras Públicas, por otra parte manifiesta su disconformidad por la ocupación de hecho de la parcela y la indefensión que se le causa así como otros gastos materiales y morales, por lo que no firma el acta por justiprecio”*. Consta así mismo la anotación a mano de que *“no renuncia al depósito previo”*.

-El justiprecio fijado para esta parcela por el acuerdo del Jurado Regional de Valoraciones de fecha 19 de septiembre de 2008. (Folio 267 y siguientes), fue de 13.432,80 euros por la expropiación de pleno dominio de 3.480 m², más 671,64 euros correspondientes al 5% de afección y 1.709,98 euros de demérito por división. El total fue de 15.814,42 euros.

En el acuerdo de justiprecio se recoge que *“con fecha 3 de junio de 2008 la Administración expropiante ha informado a este Jurado que se sigue ante la Consejería de Ordenación del Territorio y Vivienda expediente de responsabilidad patrimonial instado por la propiedad por determinados daños producidos durante la ejecución de la obra”*. Y en el apartado de *“indemnización por otros daños”* se pone de manifiesto que *“no procede a este Jurado pronunciarse sobre la realidad de unos supuestos daños producidos durante la ejecución de la obra al estar tramitándose por dicho motivo un expediente de responsabilidad patrimonial por la Administración expropiante”*.

-El acuerdo del Jurado Regional de Valoraciones, de fecha 19 de septiembre de 2008, por el que se acordó la fijación del justiprecio, no fue impugnado por el interesado, habiéndose abonado el mismo en fecha 19 de mayo de 2009, según hace constar el Jefe de Servicio de Asuntos Jurídicos de la Consejería de Ordenación del Territorio y Vivienda en el informe emitido el 25 de enero de 2010 a petición de este Consejo, mediante acuerdo del pleno de fecha 20 de enero de 2010.

Quinto. Procedimiento de responsabilidad patrimonial.-

1.- Inicio.- Con fecha 14 de diciembre de 2005 la Secretaría General Técnica acordó incoar expediente de responsabilidad patrimonial, así como designar instructor del mismo al Jefe de la Sección Jurídica adscrito a dicha Secretaría.

2.- Traslado y requerimiento de documentación.-El 6 de febrero de 2006, el instructor designado trasladó dicho acuerdo al reclamante, informándole además del tratamiento que se daría a su reclamación, del plazo máximo para notificar la resolución que pusiera fin al procedimiento y de los efectos desestimatorios del eventual silencio, requiriéndole igualmente la aportación de determinada documentación complementaria.

3.- Documentación aportada.- Dando cumplimiento al requerimiento formulado, por escrito presentado el 22 de febrero de 2006 el representante del afectado aportó los siguientes documentos: copias compulsadas por Notario de los títulos de propiedad de las fincas afectadas; poder notarial de representación a favor del compareciente; declaración del afectado en el que manifiesta expresamente que no ha sido indemnizado ni va a serlo como consecuencia de los daños sufridos por compañía aseguradora alguna. Por último, respecto a la determinación de la fecha en la que se produjeron los hechos, la parte interesada alegó que “[...] *no es posible dar una fecha concreta en la que se produjeron los daños, considerando por otra parte que los mismos siguen ocasionándose hoy día y que las obras de construcción de la EDAR aún no han concluido*”.

Se aportó por el reclamante informe pericial complementario (realizado a fecha 12 de mayo de 2006 a partir de su personación el 2 de mayo, de valoración de daños a causa de un desbordamiento y vertido de las canalizaciones de las aguas residuales que conducen las citadas aguas a la Estación Depuradora del Municipio de Yeste (Albacete), por importe de 1.420 euros.

4.- Cambios de instructor.- Mediante acuerdos de fechas 1 de junio de 2007, 30 de mayo de 2008 y 6 de octubre de 2009 se produjeron sucesivos cambios en el nombramiento del instructor del procedimiento, sustituciones que fueron comunicadas al reclamante.

5.- Informes.- Los informes emitidos a lo largo del procedimiento fueron los siguientes:

a.-Informe técnico de fecha 28 de marzo de 2006 emitido por el Director de Obra, que informó sobre la situación y características de los perjuicios atribuidos a las citadas obras.

b.-Informe jurídico de fecha 2 de junio de 2006 del Jefe de Sección de Contratación, Expropiaciones y Asuntos Jurídicos de la Delegación Provincial de la Consejería de Obras Públicas en Albacete, en el que se propone la desestimación de la reclamación interpuesta, exponiendo en esencia que antes de la pertinente modificación del expediente expropiatorio, *“de forma irregular”* pero en base a las autorizaciones firmadas por el interesado y que obran en el procedimiento, *“se iniciaron las obras de dicha depuradora en la Parcela 291 del polígono 63, del término municipal de Yeste, también propiedad del reclamante, finalizando las mismas aproximadamente en el verano del año 2003, aunque la depuradora no está todavía en funcionamiento, [...] Demorándose, por razones que desconoce el informante la tramitación del correspondiente expediente de Expropiación denominado “Modificado n.º 1 de la obra de construcción, explotación y mantenimiento de las estaciones depuradora de Elche de la Sierra, Yeste, Socovos, Letur, Molinicos y Nerpio”, hasta el 16 de mayo de 2005, fecha en que se publica en el BOP de Albacete, la Resolución de la Secretaría General Técnica por la que se ordena la publicación del proyecto relativo a dicho modificado, a efectos de iniciar el periodo de información pública en materia de expropiaciones [...]”*.

Conforme a estos hechos, el informe fundamentaba, en primer término, la prescripción de la acción para reclamar en cuanto que *“la construcción de la depuradora supuestamente causante de los daños finalizó según informe verbal del Servicio de Obras Hidráulicas de esta Delegación en el verano del año 2003, y la reclamación se presentó el 24-11-2005”*.

Se consideraba asimismo que la parcela donde se construyó la depuradora no fue ocupada por vía de hecho, sino con la autorización de su titular, si bien *“la ocupación se ha realizado sin procedimiento legitimador”*; y se negaba la existencia de los daños alegados, a excepción de la existencia de vertidos de tierra no vegetal cuya retirada correspondería a la empresa contratista que ejecutó la obra.

c.-Informe técnico complementario de 20 de septiembre de 2007, emitido por la Delegación Provincial de Albacete, en el que se informó que *“la ocupación efectiva de la parcela 291 b en la que se ha construido íntegramente la depuradora referida (con una superficie aproximada del recinto en el que se aloja de aproximadamente 2.500 m² más unos 980 m² de camino lateral), se produjo durante dicho mes de mayo de 2002, o en fechas previas cercanas,*

iniciándose dichas obras en base al escrito de autorización de ocupación de los terrenos, tras el cambio de ubicación solicitado por el Excmo. Ayuntamiento de Yeste, firmado por su propietario con fecha de 27 de noviembre de 2001 y posterior escrito de ampliación de la autorización de ocupación en otros 500 m², que lleva fecha de 15 de marzo de 2002, no habiéndose hecho uso de la parcela 292, también de su propiedad, y que fue expropiada en mayo de 2001”.

d.-Informe complementario de la Delegación, de 4 de julio de 2008, suscrito por la Jefa de Sección de Contratación, Expropiaciones y Asuntos Jurídicos de la Delegación Provincial de Ordenación del Territorio y Vivienda en Albacete, en relación a las superficies expropiadas y ocupadas por la Administración en razón de la construcción de la Depuradora.

e.-Informes de valoración de fechas 21 de julio de 2008 y 10 de septiembre siguiente, elaborados por un Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, adscrito al servicio de la Consejería de Ordenación del Territorio y Vivienda y perito asignado en el expediente de “*modificado n.º 1 de la obra de construcción, explotación y mantenimiento de las estaciones depuradoras de aguas residuales de Elche de la Sierra, Yeste, Socovos, Letur, Molinicos y Nerpio (Albacete)*”.

Los conceptos y valoración del primer informe fueron los siguientes:

-20 olivos centenarias: 12.300 euros.

-Valor de la superficie ocupada: 11.316 euros.

-Retirada de tierra no vegetal esparcida por el resto de la parcela: 2.653 euros.

-Recanalización de tubería que fue destruida a causa de las obras de la EDAR: 969 euros.

El total que se valoró fue de 15.922 euros, al no incluir la partida correspondiente al valor de la superficie ocupada.

Sin embargo, en el informe emitido posteriormente el 10 de septiembre de 2008 se valoran los daños en un total de 27.238, pues valorándose las mismas cuatro partidas, se incluyen en el total de los daños el valor de la superficie ocupada.

6.- Alegaciones del reclamante en sucesivas audiencias.-

a.-Por escrito notificado el 27 de noviembre de 2006 el instructor puso de manifiesto el expediente al reclamante, otorgándole un plazo de diez días para presentar cuantas alegaciones, documentos y justificaciones estimara convenientes a su derecho, acompañando relación de los documentos obrantes en el procedimiento.

Con fecha 14 de diciembre de 2006 el representante del reclamante presentó escrito alegando la excesiva lentitud con la que el procedimiento se estaba tramitando, y ratificándose en su escrito de reclamación, concretando la suma reclamada en un total de 40.261,60 euros de la primera valoración de 30 de noviembre de 2005 más 1.430 euros de la valoración de 12 de mayo de 2006.

b.-El 28 de diciembre de 2006 la representación del perjudicado se personó en la sede correspondiente retirando copia de determinados documentos del expediente, y el 30 de enero de 2007 presentó nuevo escrito ampliando sus alegaciones en oposición a los informes técnico y jurídico emitidos por la Delegación Provincial de Albacete que han sido descritos.

La parte reclamante consideraba que la Administración actuó por vía de hecho, ocasionando los daños que ya fueron alegados. En cuanto a las autorizaciones de ocupación suscritas, alegaba que *“con fecha 27/11/2001 se le presenta una carta a mi padre, esposa del titular, un escrito donde se “cambia la ubicación de la EDAR,” a la parte de las Espeñuelas, donde posiblemente firmó entendiéndose se refería a las conversaciones de su marido con el Sr. Alcalde- Presidente reflejadas en escrito de 21/11/2001. [] Aún parece contrastar más el escrito de 15 de marzo de 2002 donde se autoriza al Ayuntamiento la ocupación de 500 m² más. [] Creo que una autorización de ocupación de 500m² más al Ayuntamiento de Yeste, ni autoriza ni legitima a la JCCM a la ocupación de 3000 m² aproximadamente y arranque de sus oliveras”*.

Y respecto a la prescripción que entendía existente el informe jurídico de la Delegación, de fecha 2 de junio de 2006, argumenta que *“la Administración, que ha ocupado la parcela 291 b) del polígono 63, sin la cobertura de un expediente expropiatorio referido a esa parcela, y que no solo ha ocupado sino que ha construido una estación depuradora, finalizando las obras en el verano del 2003, pretende sanar la irregular actuación, sabiendo que la obra está terminada con la Resolución de la Dirección Provincial de Obras Públicas de Albacete (19.5.2006- DOCM n.º 104). Y el 12 de junio de 2006 se convoca al reclamante en el Ayuntamiento de Yeste. [...] En todo caso, la reclamación está realizada en tiempo porque presentada el 24 de noviembre de 2005, no sólo*

ignoraba el reclamante la fecha oficial de la terminación de la depuradora (...) sino que estaría vigente el plazo de un año hasta el 24 de diciembre de 2006, por cuanto el acta de ocupación tiene lugar en junio de 2006”.

c.-Mediante notificación efectuada el 19 de octubre de 2007 se dio traslado del informe de la Delegación Provincial de Albacete de 20 de septiembre de 2007 al reclamante, y el 29 de octubre siguiente la representación de éste presentó alegaciones ratificándose en las anteriormente vertidas, advirtiendo de que *“la lentitud y retraso en la resolución del expediente está afectando seriamente a los intereses de mi padre, titular de la parcela, aun cuando la obra ya está en funcionamiento, se siguen ocasionando serios perjuicios y daños, cada vez más difíciles de resolver, por lo que solicito que proceda a la resolución del expediente”.*

d.-Finalmente, el informe jurídico de la Jefa de Sección de Contratación, Expropiaciones y Asuntos Jurídicos de la Delegación Provincial de la Consejería de Ordenación del Territorio y Vivienda en Albacete emitido en fecha 4 de julio de 2008; los informes emitidos por el perito asignado al expediente *“Modificado n.º 1 de la obra de construcción, exploración y mantenimiento de las estaciones depuradoras de aguas residuales de Elche de la Sierra, Yeste, Socovos, Letur, Molinicos y Nerpio (Albacete)”* en fechas 21 de julio de 2008 y 10 de septiembre siguiente; y el Acuerdo de Justiprecio del Jurado Regional de Valoraciones de Castilla-La Mancha de fecha 19 de septiembre de 2008 fueron objeto de traslado al perjudicado mediante correo electrónico de fecha 7 de octubre de 2009, sin que conste que se hicieran alegaciones.

7.- Audiencia al contratista.- El 5 de noviembre de 2007 la entidad constructora de la estación depuradora, UTE W recibió notificación por la que se le daba audiencia del expediente tramitado. Después de comparecencia para examen de los documentos obrantes en el mismo, el 12 de noviembre de 2007 el representante de la UTE argumentó lo siguiente:

1.-La prescripción de la acción, puesto que la obra finalizó en el verano de 2003 y la reclamación fue presentada en diciembre de 2005.

2.-Manifiesto ánimo de enriquecimiento injusto del reclamante.

3.-Ausencia de responsabilidad alguna en la persona de la entidad adjudicataria, que en todo momento actuó bajo las órdenes, dirección, comprobación e inspección de la asistencia técnica y dirección facultativa.

4.-La parcela cuestionada no fue ocupada por vía de hecho.

5.-El reclamante no ha acreditado que los daños alegados sean consecuencia de la ejecución de las obras o del proceso expropiatorio.

8.- Queja ante el Defensor del Pueblo.- El 3 de noviembre de 2009 consta en el expediente que el Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha dirigió escrito al Consejero de Ordenación del Territorio y Vivienda de la Junta con el fin de recomendar la resolución expresa del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por el reclamante, a la vista de su dilatada tramitación. Esta recomendación fue aceptada expresamente por la Secretaria General Técnica de la Consejería mediante informe de 9 de noviembre de 2009.

9.- Informe del Gabinete Jurídico.- Finalmente, en fecha 26 de noviembre de 2009 el Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha emitió informe, indicando que *“de la amplia instrucción del presente procedimiento quedan constatados algunos de los daños reclamados, en los términos recogidos en el fundamento de derecho sexto de la propuesta de resolución elevada por el Instructor en fecha 19-10-2009, por lo que debe reconocerse parcialmente la indemnización solicitada”*. El Gabinete concluye considerando que *“por la Consejería de Ordenación del Territorio y Vivienda se debe dictar resolución en la que se reconozca parcialmente la indemnización del daño reclamado por D. Z, en la cuantía especificada en la propuesta de resolución suscrita por el Instructor del procedimiento de responsabilidad patrimonial”*.

Sexto. Propuesta de resolución.- El 19 de octubre de 2009 el instructor del expediente formuló propuesta de resolución por la que se estima parcialmente la reclamación interpuesta y se abone al interesado una indemnización de 21.813,695 euros.

Dicha propuesta parte de que *“nos encontramos ante una reclamación mixta, en la que se reclama por un lado la correspondiente indemnización por la presunta ocupación indebida de unos terrenos, y por otro lado se reclama la indemnización correspondiente a los daños producidos por la realización material de la obra”* de construcción de la estación depuradora.

Respecto al examen de la prescripción, se estimó necesario analizar si *“nos encontramos ante un supuesto de vía de hecho de la Administración o no, al tratarse de la ocupación de un terreno según alega el interesado, sin la autorización correspondiente”*.

Consideraba asimismo que, si bien *“la ocupación de la parcela 291 (b) se realizó en virtud de una autorización previa del titular, ésta se ejecutó sin*

seguir los trámites elementales del procedimiento expropiatorio, aunque con posterioridad se iniciaran y concluyeran sobre la base de la modificación del proyecto de obras. La citada actuación es un claro ejemplo de vía de hecho, pues la realidad es que se ha procedido a ocupar por un poder público un bien inmueble de propiedad privada, por lo que debemos concluir que la reclamación se hizo dentro del plazo legal establecido [...]”.

Al apreciarse la existencia de vía de hecho en la actuación administrativa, se entendió que *“no es aplicable el plazo de prescripción fijado para entablar la acción que exija la responsabilidad patrimonial de la Administración”.*

También se entendían probados los daños referidos a la ocupación de la parcela 291 (c) para la construcción de la EDAR, la extracción de 20 pies de olivos centenarios, el esparcimiento de tierra no vegetal por el resto de la parcela y la rotura de la tubería de agua potable, perjuicios de carácter efectivo que se consideraron ligados a la actuación administrativa.

Por último, los conceptos valorados para la determinación total de la indemnización propuesta fueron los siguientes:

-Ocupación de la parcela: el 25 % de la cantidad que fue abonada por la expropiación (15.142,78 euros), que asciende a 3.785,695 euros.

-Extracción de los 20 olivos centenarios: 12.300 euros sumados al 25% de esta misma cantidad (3.075 euros).

-Esparcimiento de tierra no vegetal por el resto de la parcela: 2.653 euros.

-Rotura de tubería de agua potable: si bien se considera un daño producido, su valoración no se entendió probada por la falta de aportación de la factura de reparación correspondiente.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente a este Consejo Consultivo, en el que tuvo entrada con fecha 28 de diciembre de 2009.

A la vista de dichos antecedentes, procede formular las siguientes

CONSIDERACIONES

I

Preceptividad.- Se somete a dictamen un expediente tramitado por la vía de responsabilidad patrimonial administrativa cuantificada por el reclamante en 41.691'60 euros que incluye una propuesta de resolución estimatoria parcialmente. En virtud del artículo 54.9.a) de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, se emite este dictamen con carácter preceptivo.

II

Cronología de hechos relevantes.- Los antecedentes revelan que se han tramitado simultáneamente y en paralelo por los órganos de la misma Consejería de Obras Públicas un procedimiento expropiatorio por la ocupación de terrenos y un procedimiento de responsabilidad patrimonial por daños que produce esta misma ocupación y las obras realizadas para cumplir la finalidad pública de la misma.

Por ello antes de proceder al examen del procedimiento de responsabilidad patrimonial y de la propuesta de resolución ante la reclamación planteada, conviene ordenar cronológicamente las actuaciones de uno u otro procedimiento cuyas fechas resultan relevantes para las consideraciones jurídicas que se harán, aun cuando este es el único sometido a dictamen y hecho objeto del mismo.

-27 de noviembre de 2001 y 15 de marzo de 2002: autorizaciones para la ocupación de los terrenos.

-Ocupación material de los terrenos: mayo de 2002.

-Producción de los daños reclamados: consta fehacientemente la fecha de ocupación efectiva de los terrenos, mayo de 2002, y asociándose los demás a la realización de la obra que terminó en el verano de 2003, pueden presumirse anteriores a esta.

-16 de noviembre de 2005: inicio del expediente expropiatorio por resolución de la Consejería de Obras Públicas de la Junta de Comu-

nidades de Castilla-La Mancha, mediante la cual fue acordada la declaración de utilidad pública y la necesidad de urgente ocupación (publicada en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha n.º 243 el 2 de diciembre de 2005).

-24 de noviembre de 2005: interposición de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

-12 de junio de 2006: levantamiento de las actas previas de ocupación de los terrenos, en la que el expropiado muestra su disconformidad por la ocupación de hecho de la parcela.

-30 de enero de 2007: alegaciones del interesado en el procedimiento de responsabilidad patrimonial donde cuestiona las autorizaciones otorgadas para la ocupación.

-19 de septiembre de 2008: fijación del justiprecio por el Jurado Regional de Valoraciones.

-19 mayo de 2009: terminación del expediente expropiatorio mediante pago.

-19 octubre de 2009: propuesta de resolución.

III

Procedimiento.-

1.- El tiempo que media entre el inicio del procedimiento y la propuesta de resolución revela el flagrante incumplimiento del plazo de seis meses para resolver la reclamación. Esta injustificable tardanza no puede siquiera justificarse en el intento -que si lo hubo no queda reflejado en el expediente- de armonizar lo tramitado en los dos procedimientos, a fin de evitar las contradicciones que podía plantear su simultaneidad.

Ha de advertirse que la distinción entre uno y otro procedimiento en todo caso “*resulta obligada por imperativo de la ley*”; pues teniendo una “*similitud básica derivada de su común finalidad resarcitoria*” (en expresiones de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1997. RJ/1997/7950) si no se realiza esa distinción puede abocarse a una doble indemnización por los mismos hechos, a la elusión de las diferencias entre el instituto de la expropiación forzosa y de la responsa-

bilidad patrimonial de la Administración y a la proyección que sobre la legitimación activa y la prescripción tiene la calificación que se haga de la vía procedimental seguida, tal y como se advirtió ya en el dictamen 85/1998 de este Consejo Consultivo.

Pues bien, al examinar el procedimiento tramitado en primer lugar ha de reprocharse, que ante la presentación de la reclamación, no se hiciera aplicación de lo que dispone el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre: *“Con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento”*. Puede presumirse razonablemente que tal actuación hubiera podido contribuir tanto al impulso debido del procedimiento expropiatorio, y a evitar la injustificable dilación del procedimiento de responsabilidad patrimonial reconduciendo al mismo la reclamación planteada en esta vía.

Antes de entrar en el examen concreto conviene traer a propósito la cita del dictamen 957/2007 del Consejo de Estado con larga experiencia en su función consultiva sobre supuestos similares: *“A juicio de este Consejo de Estado, la cuestión principal que se deriva del expediente, y que, además, opera como premisa para discernir sobre su objeto, es la relativa a la determinación de la idoneidad del cauce formal seguido para la sustanciación de la pretensión indemnizatoria deducida. Esto es, si los daños alegados por el reclamante deben ser enjuiciados en el expediente expropiatorio o, por el contrario, en un expediente distinto a éste, al amparo de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992; o lo que es lo mismo, si los perjuicios invocados pueden corresponder a conceptos indemnizatorios que pudieron ser, o fueron, considerados dentro del procedimiento expropiatorio que afectó a las fincas de las que es propietario el interesado o si, por el contrario, deben ser resarcidos por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración.*

Con carácter general, el Consejo de Estado viene reiterando que no procede encauzar una petición de indemnización por la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración cuando el supuesto de hecho causante y la correspondiente reparación del daño tienen otra vía procedimental específica, prevista en el ordenamiento jurídico, como son los eventuales efectos lesivos que se producen en el seno de una actuación expropiatoria (Dictámenes del Consejo de Estado núms. 48.675, de 20 de febrero de 1986; 48.115, de 2 de abril de 1986; 549/96, de 16 de mayo de 1996; 1480/97, de 29 de mayo de 1997; 2981/98, de 16 de julio de 1998; 1008/99, de 24 de junio de 1999). Ello es debido a la configuración del instituto jurídico de la responsabilidad objetiva de la

Administración como una vía de resarcimiento sólo utilizable cuando no hay otra de índole específica, y para que, como ya afirmara el Dictamen núm. 54.319, de 5 de diciembre de 1990, “no pueda ser conceptuado e interpretado como instituto de cobertura de cualquier pretensión indemnizatoria”.

De conformidad con tal doctrina, no es procedente acudir a la vía procedimental de la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando los pretendidos efectos lesivos se originan con ocasión de la expropiación de una finca en el seno del procedimiento instituido por la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, ni, por tanto, acceder a la reclamación de indemnización de daños y perjuicios que se formule, cuando en el expediente expropiatorio se tuvo en cuenta, o debió tenerse en cuenta, el efecto lesivo que las actuaciones expropiatorias produjeron sobre la finca expropiada.

No obstante, el anterior criterio no sería aplicable cuando se irrogan a los interesados daños y perjuicios independientes o que no tenían por qué ser conocidos en el momento en que se llevó a efecto la expropiación, y que, en consecuencia, no fueron debidamente evaluados en la pieza de justiprecio correspondiente. En estos casos, la compensación de estos daños puede efectuarse por la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración, siempre que concurran los requisitos legalmente exigidos para la declaración de ésta.

Por ello, todos aquellos daños que sean consecuencia directa e inevitable de la expropiación en sí misma considerada, deben entenderse compensados económicamente mediante el justiprecio, fijado por mutuo acuerdo o contradictoriamente en el propio expediente expropiatorio. Sin que quepa, por consiguiente, volver a cuestionarlos en un nuevo expediente por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

La cuestión radica, pues, en determinar si los daños y perjuicios alegados por el reclamante fueron o debieron ser evaluados en los expedientes de justiprecio, y si los conceptos indemnizatorios por los que se reclama en vía administrativa fueron resarcidos, o pudieron serlo, en dichos expedientes, o si, por el contrario, responden a efectos lesivos sobrevenidos con posterioridad a las actuaciones expropiatorias”.

2. El examen de la reclamación planteada conduce a la conclusión de que debió ser inadmitida a trámite y archivada. Puede tomarse como precedente el caso que dio lugar al dictamen 171/2007 de este Consejo Consultivo, en el que el reclamante -sin calificar su acción de responsabilidad patrimonial- pedía una indemnización por la totalidad

de la finca que se le había ocupado parcialmente sin estar incluida en la relación de bienes a expropiar. Se concluía en este dictamen que el expediente debió tramitarse por la vía de la expropiación forzosa; y se admitió la reconducción por la Administración a la vía de la responsabilidad patrimonial administrativa, al aceptarlo implícitamente el reclamante fundamentalmente por que en aquel caso no había procedimiento expropiatorio en el que el reclamante estuviera incluido. En el presente caso sí existe. A pesar de ello el reclamante califica su acción de responsabilidad patrimonial, pero esto no basta para admitirla como tal. Para llegar a una solución contraria basta con examinar la solicitud con que termina su reclamación y que está en concordancia con el cuerpo del escrito: que se *“dicte resolución por la que se acuerde indemnizar a mi representado la cantidad de 20.682 euros por los daños reclamados y en la cantidad de 19.579 euros por los terrenos realmente ocupados y su arbolado (vuelo)”*.

Como queda expuesto en antecedentes la ocupación de estos terrenos en mayo de 2002 se debe a la voluntad expropiatoria de la Administración a fin de ubicar en los mismos una EDAR. Con ocasión de su construcción (finalidad justificadora del interés público que motiva la ocupación) se produjeron según el planteamiento del propio reclamante, los diversos daños cuya cuantía suman 20.682 euros y a los que suma en su reclamación el valor que atribuye a los terrenos con su arbolado (19.579 euros). La conclusión a juicio de este Consejo es obvia: con independencia de la denominación que dé a su acción, ésta se inserta objetivamente en la relación jurídica abierta por la voluntad expropiatoria de la Administración que se mostró en la ocupación material de los terrenos en mayo de 2002, actuación de la que tuvo conocimiento con anterioridad el mismo reclamante, y que se formalizó, aunque fuera extemporáneamente, con la resolución de la Consejería de Obras Públicas de fecha 26 de noviembre de 2005 y con el acta de ocupación de 12 de junio de 2006.

A estos efectos de calificación de su reclamación no tiene trascendencia alguna el eventual juicio que pudiera hacerse sobre si existió vía de hecho determinante de la nulidad o anulabilidad del procedimiento expropiatorio. En cambio sí la tiene el mantenimiento de la reclamación tramitada, pues ha de confrontarse con el acuerdo que tomó el Jurado Regional de Valoraciones y con la resolución que dio fin al procedimiento expropiatorio, por cuanto uno y otro debían atender al pleno resarcimiento correspondiente a los mismos actos gravosos por los que simultáneamente se pide responsabilidad patrimonial.

Como queda dicho en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1997 (RJ\1997\7950): “*las acciones de responsabilidad patrimonial responden a supuestos distintos de los contemplados en la expropiación forzosa [...] de tal suerte que los perjuicios derivados de la expropiación deber ser reclamados por el cauce del justiprecio*”. En consecuencia no puede pretenderse, al amparo de la “*similitud básica, derivada de su común finalidad resarcitoria*”, en expresión de la citada Sentencia, que pueda resultar válido simultanear dos procedimientos con pretensiones indemnizatorias que resarcen daños vinculados a unos mismos hechos gravosos; simultaneidad que, además, abre la puerta tanto a riesgos de enriquecimiento injusto, como de resarcimiento parcial de los daños producidos.

Tampoco cabría amparar la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial en que “*La jurisprudencia admite también directamente como vía correcta en casos de nulidad absoluta del expediente expropiatorio, con carácter alternativo a la de fijación del justiprecio en un expediente de expropiación, la de la exigencia de la responsabilidad patrimonial a la Administración*” (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1997 (RJ\1997\7950)); puesto que, en este caso, el procedimiento no resulta “*alternativo*” sino simultáneo al de expropiación forzosa y acumulativo en su pretensión indemnizatoria. Por otra parte esa admisión de la responsabilidad patrimonial como procedimiento alternativo resulta en casos de nulidad absoluta del expediente expropiatorio, y en el que aquí se examina mal pudo darse por existente tal nulidad cuanto estaba en tramitación y cuando hasta el presente no se ha hecho objeto de recurso ni su resolución final ni sus trámites esenciales; en cualquier caso el órgano que acordó el inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial o el mismo instructor designado también deberían haber llegado a la decisión de no iniciarlos (y el instructor de no tramitarlo, y si no archivarlo, al menos suspenderlo) en el caso de que hubiera apreciado que se estaba ante un supuesto de vía de hecho y de nulidad absoluta por las razones que en la siguiente consideración se expondrán.

Ha de ultimarse esta consideración sobre la improcedencia de haber iniciado, luego tramitado y de proponer ahora la estimación de la responsabilidad patrimonial administrativa, resaltando los siguientes datos que obran en el expediente: que la responsabilidad patrimonial administrativa se planteó por el reclamante cuando ya se había iniciado el procedimiento expropiatorio; que compareció en los trámites del mismo -incluso solicitando que se incorporara al mismo su reclamación de responsabilidad patrimonial-; por lo que sorprende más la incongruencia de que no ejercitara su derecho en el mismo, y que cuando se formula la propuesta de resolución el procedimiento expropiatorio ha terminado

con el pago del justiprecio y con acto ejecutivo del mismo que ha ganado firmeza y tiene presunción legal de validez.

3. Llevada la tramitación del procedimiento hasta la propuesta de resolución y solicitud de dictamen, procede que el Consejo lo emita, circunscrito a la procedencia de la reclamación patrimonial y a la validez del procedimiento en el que se ha insertado.

A este último respecto el procedimiento como no podía ser quizás de otro modo revela un cúmulo de incongruencias que implican tanto a la Administración instructora como al reclamante, cuya exposición resultaría prolija, se advierte una cierta irregularidad en el orden, sucesión y reiteración de los trámites actuados; pero, a la postre, obran en el expediente los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la resolución (artículo 78.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) y el reclamante ha sido oído respecto a la prescripción alegada por el Jefe de Sección de Contratación, Expropiaciones y Asuntos Jurídicos de la Delegación en fecha de 2 de junio de 2006 y conocía la existencia del procedimiento expropiatorio seguido sobre los terrenos por cuya ocupación también aquí reclama.

En suma puede dictarse resolución que ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial administrativa sin que su validez quede cuestionada por vicios formales.

IV

Sobre la prescripción de la responsabilidad patrimonial administrativa y la vía de hecho que alega el reclamante y admite la propuesta de resolución.-

1. En el expediente figura el informe jurídico de fecha 2 de junio de 2006 que argumentaba la prescripción conforme queda recogido en antecedentes, al igual que la alegación que frente a la misma hizo el reclamante en fecha 30 de enero de 2007.

La conclusión resulta obvia siendo la indemnización que se reclama por la ocupación material de los terrenos, acaecida en mayo de 2002 y por los daños ocasionados por la ejecución de una obra que terminó en el verano de 2003, y habiendo sido presentada la reclamación el 24 de noviembre de 2005 esta fuera del plazo de un año establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y, por tanto, la

acción de responsabilidad patrimonial administrativa está prescrita. No es admisible la alegación que hace el reclamante.

El argumento del reclamante frente a la prescripción se basa en que *“el informe jurídico toma la fecha de la ocupación ilegal cuando no toma la fecha de ocupación oficial del 12 de junio de 2006”* (sic) y añade *“En todo caso, la reclamación está realizada en tiempo porque presentada en 24 de noviembre de 2005, no solo ignoraba el reclamante la fecha oficial de la terminación de la obra, sino que estaría vigente el plazo de un año hasta el 24 de diciembre de 2006, por cuanto el acta de ocupación tiene lugar en junio de 2006”*.

La primera frase y el último inciso de la segunda parecen dar a entender que el plazo habría de computarse a partir del 12 de junio de 2006, aunque esto no concuerda con la afirmación siguiente de que el plazo de un año estaría vigente hasta el 24 de diciembre.

Sea como sea el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, establece que el plazo empieza a computarse desde *“el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo”*, y en el expediente no se ha acreditado que puedan tomarse como tales sino la ocupación material de los terrenos (en mayo de 2002) y las obras constructivas que finalizaron en el verano del 2003.

2. Sin embargo, la propuesta de resolución -que tampoco acoge el razonamiento del reclamante aunque sí su conclusión- en lugar de atenerse a la aplicación de las normas reguladoras contenidas en el artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, aborda la cuestión así: *“para poder dilucidar si la interposición de la reclamación ha sido formulada en plazo, será necesario analizar las siguientes cuestiones que se plantean del estudio de la reclamación, antes de aplicar dicho artículo 142.5:*

1º Nos encontramos ante una reclamación mixta, en la que se reclama por un lado la correspondiente indemnización por la presunta ocupación indebida de unos terrenos, y por otro lado se reclama la indemnización correspondiente a los daños producidos por la realización material de la obra “Proyecto de Construcción de las E. D. A. R., de Elche de la Sierra, Molinicos, Socovos, Yeste, Letur y Nerpio”. [...]

2ª En relación a la ocupación de las fincas 291 (b), 292 y 51, es imprescindible determinar previamente, si nos encontramos ante un supuesto de vía de hecho de la Administración o no, al tratarse de la ocupación de un terreno según alega el interesado, sin la autorización correspondiente”.

A. Respecto a la primera sorprende que una vez planteada la cuestión no se haga análisis alguno. Tal queda al parecer subsumido en la expresión de que estamos ante una “*reclamación mixta*”, sin dar explicación alguna de los componentes de la mezcla, ni qué consecuencias se derivan de esa mixtura. Puede suponerse que el instructor está contemplando implícitamente una acción frente al procedimiento expropiatorio pues vincula expresamente los daños a la ocupación y a la construcción de la EDAR, en la misma línea que lo hace el reclamante en su escrito, pues es evidente que se limita a afirmar que la reclamación es “*mixta*” sin que se le suscite duda alguna sobre la eventual repercusión que tenga tal carácter.

Este Consejo estima que el análisis de esta 1ª cuestión que se plantea el instructor en su propuesta de resolución lleva a la conclusión que se expuso en la consideración anterior: debió procederse al archivo de la solicitud de responsabilidad patrimonial con expresión de las circunstancias del caso concreto, remitiendo al reclamante y su reclamación a la vía expropiatoria para que mediante esta se resarcieran los daños ocasionados.

A efectos dialécticos cabría admitir la posibilidad de un desglose de los daños reclamados para ubicar en sede de responsabilidad patrimonial administrativa aquellos que de ningún modo pudieran ser resarcidos en sede expropiatoria, cuestión esta que parece quedar descartada en el planteamiento del reclamante, y que tampoco se ha hecho objeto de actividad instructora específica para actuar en consecuencia con ello.

B. La segunda cuestión se plantea por la propuesta de resolución en los siguientes términos: “*es imprescindible determinar previamente si nos encontramos ante un supuesto de vía de hecho de la Administración o no al tratarse de la ocupación de un terreno según alega el interesado sin la autorización correspondiente*”, de modo que si hay vía de hecho “*no es aplicable el plazo de prescripción fijado para entablar la acción que exija la responsabilidad patrimonial de la Administración*”, y si no la hay resultaría aplicable el plazo del año desde la producción del hecho dañoso.

No comparte el Consejo este planteamiento que resulta equívoco por las circunstancias concretas del caso que ha de dilucidarse, ni tampoco las razones en las que se basa la propuesta de resolución para llegar a la conclusión de que la actuación de la Administración “*es un claro ejemplo de vía de hecho*”. Pero más decisiva aún que esta afirmación, que se argumentará en consideración posterior, resulta la que primordialmente ha de alzarse frente a la resolución estimatoria que pretende la propuesta de resolución.

Admitiendo, a los solos efectos dialécticos, que se estuviera ante una vía de hecho, tal conclusión no debería llevar a la inaplicación del plazo anual en el procedimiento de responsabilidad patrimonial administrativa sino que debería motivar la propuesta de iniciar procedimiento legal tendente a la anulación del acto con el que terminó el procedimiento expropiatorio.

La Administración no puede ir contra sus propios actos, y el referido tiene presunción de validez que no puede ser cuestionada sino por las vías legalmente establecidas, en concreto, para el caso, por la revisión de oficio o la declaración de lesividad. Es obvio que basar una propuesta de resolución o una resolución de responsabilidad patrimonial administrativa que existe vía de hecho en la ocupación de terrenos que fue objeto -aunque no temporáneo- de procedimiento expropiatorio culminado con el pago indemnizatorio justipreciado, es ir contra los propios actos.

Por esta línea de razonamiento también se llegaría, por tanto, a la decisión de archivar el procedimiento de responsabilidad patrimonial aunque en el mismo acto pudiera acordarse también el inicio del procedimiento revisorio del acto firme en virtud del cual se indemnizó por la expropiación de los terrenos, respecto a los cuales la propuesta de resolución estima que existió vía de hecho. La Administración de la Junta no puede dictar una resolución estimatoria sobre responsabilidad patrimonial administrativa sobre la base de que existió vía de hecho, pues, a día de hoy, sigue teniendo presunción de validez tanto el Acuerdo de justiprecio del Jurado como el acto de pago que ejecutó el mismo por el que terminó el procedimiento expropiatorio, dictado por otro órgano de la propia Consejería de Obras Públicas, la Delegación Provincial, sin incurrir en lo que le está proscrito, ir contra sus propios actos.

C. La propuesta de resolución en su fundamento de derecho primero considera que la ocupación de los terrenos (con cita tan solo de la parcela 291 (b) [...]) *“es un claro ejemplo de vía de hecho”*. Establecida esa consideración como premisa afirma: *“debemos concluir que la reclamación se hizo dentro del plazo legal establecido y se debe estudiar el fondo del asunto, de la pretensión de indemnización del presente daño”*. Al erróneo planteamiento viene a añadirse una inconsecuencia en los razonamientos implícitos de la conclusión a la que se llega. Una primera observación que debe hacerse es que tal conclusión no dice cuál es el concreto *“plazo legal”* que considera aplicable y cuales serían las fecha de referencia como *dies a quo* y *dies a quem* que permiten afirmar que la reclamación de fecha 24 de noviembre 2005 se inserta cronológicamente entre una y otra. La propuesta de resolución sustituye esta exigencia debida a un elemental

rigor en la determinación de si la acción-reclamación que examina está prescrita, por una previa invocación jurisprudencial: “*como establece la más conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2000 (RJ 2000/2729), cuando se ejercita una acción contra vías de hecho de la Administración por ocupación de terrenos sin haberse seguido el procedimiento legalmente establecido, no es aplicable el plazo de prescripción fijado para entablar la acción que exija la responsabilidad patrimonial administrativa*”. Pero ha de observarse que esta cita sólo ilustra sobre la improcedencia del plazo de un año correspondiente a la acción de responsabilidad, pero no ilustra al autor de la propuesta sobre cuál es el plazo que deba aplicar, por eso ésta no dice qué plazo aplica sino que paladinamente inaplica el plazo del 142.5 a la reclamación de responsabilidad patrimonial que examina.

Quizá la fuente de su error o la explicación del mismo pueda hallarse en la mutilación que hace de la Sentencia que cita pues esta dice textualmente así: “*cuando se ejercita una acción contra las vía de hecho de la Administración por ocupación de terrenos sin haber seguido el procedimiento establecido para la expropiación forzosa no es aplicable el plazo de prescripción establecido para la acción encaminada a exigir responsabilidad patrimonial administrativa*”.

Conviene exponer el caso que resuelve la que el instructor denomina “*mas que conocida*” Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2000 (RJ2000\2729), que resuelve recurso frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña de fecha 25 de noviembre 1991 que consideró procedente la estimación de la existencia de prescripción alegada por la Diputación Provincial de Barcelona y no entró en el fondo de la cuestión debatida en el recurso contencioso-administrativo. El recurrente pretendía la anulación del acuerdo de fecha 21 de julio de 1988 tomado por la Comisión de Gobierno de la Diputación que acumulaba uno anterior de fecha 13 de noviembre de 1987 que había accedido a la demanda de iniciar un expediente expropiatorio de terrenos. Planteado recurso de apelación ante el Tribunal Supremo éste admite la alegación de prescripción del recurrente por aplicación indebida del artículo 122.2 de la Ley de Expropiación Forzosa (LEF) (que establecía un plazo de prescripción de un año) recordando que en primera instancia se dirimía su derecho a que se incoara un procedimiento expropiatorio.

El Tribunal Supremo entrando en el fondo del asunto llega “*al convencimiento de que si bien no se ha demostrado que la ocupación inicial no obedeciera a una vía de hecho, la misma quedó convalidada con la posterior cesión voluntaria del terreno ocupado por parte de su propietario*” y falla desestimando el recurso y declarando firme la Sentencia apelada.

Es significativo para el caso del presente dictamen el hecho de que la Sala del Tribunal Supremo no acogió las alegaciones que como apelada planteó la Diputación; a tenor de éstas el sucesivamente reclamante, recurrente, apelante, había *“ejercitado una pretensión de responsabilidad patrimonial y no una pretensión de anulación de los actos de ocupación”* y *“el hecho de instrumentar su petición a través de un pretendido procedimiento expropiatorio, que se inicia de oficio y no a instancia de parte, no es más que un subterfugio jurídico que el apelante ha utilizado con el fin de impedir el argumento de la prescripción anual, propia de la acción de responsabilidad patrimonial”*. El Tribunal Supremo no acogió el argumento porque consideró que no existía tal subterfugio, no era correcta la afirmación de la Diputación en el sentido de que se trataba de una responsabilidad patrimonial encubierta, se pronunciaba sobre una acción de responsabilidad patrimonial puesto que la pretensión era que *“se declare el derecho de la recurrente a ser indemnizada por las ocupaciones de terrenos llevadas a cabo en 1964 y 1984 condenando a la Diputación de Barcelona a que reabra y prosiga respectivamente el correspondiente expediente de expropiación forzosa”*.

En suma la diferencia con el caso ahora examinado es radical: aquí se propone resolver estimatoriamente una acción de responsabilidad patrimonial administrativa y con clara incongruencia se inaplica el plazo anual de prescripción que *“en todo caso”* (artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) se establece para el derecho a reclamar, a contar desde el hecho o el acto que motive la indemnización. El hecho que motiva la indemnización reclamada es la ocupación de los terrenos y los derivados causalmente de la obra constructiva realizada en ellos, y por tanto, como ya quedó dicho, la reclamación de 24 de noviembre de 2005 tomada como acción de responsabilidad patrimonial administrativa está prescrita.

Igualmente claro es que no sería de aplicación el plazo anual si la acción se hubiera dirigido frente a esa invocada vía de hecho a fin de anular el justiprecio y la resolución final del procedimiento expropiatorio, sabido que esta acción pudiera ser ejercitada sin someterse al plazo de prescripción de la responsabilidad patrimonial, no permitiría aquí argüir economía procesal, pues resultaría un subterfugio jurídico, para eludir el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial y no declarar que la acción de responsabilidad patrimonial administrativa está prescrita.

D. Cómo ha quedado ya expuesto la existencia o no de vía de hecho ni es objeto de este dictamen ni éste precisa hacer un pronunciamiento sobre la misma.

No obstante conviene hacer una específica consideración al respecto sobre un aspecto, las autorizaciones de fecha 27 de noviembre de 2001 y 15 de marzo de 2002 que puede tener proyección sobre ese extremo.

La existencia de la vía de hecho es invocada por el reclamante como argumento motivador de las indemnizaciones solicitadas, y en sus alegaciones frente al dictamen jurídico de fecha 2 de junio de 2006 niega que puedan tenerse por válidas invocando diferencias en la extensión de las parcelas y otros aspectos; pero al mismo tiempo pone de manifiesto que no procedía el Acta previa de ocupación y que firmó en disconformidad. Pues bien, todo esto viene a confirmar que la cuestión debatida se inserta plenamente en la relación jurídica que el reclamante tenía trabada en su condición de propietario con la Administración expropiante desde antes de iniciarse formalmente el procedimiento expropiatorio; y por tanto que es en aquella sede donde debía ser resuelta su reclamación.

Por otra parte la propuesta de resolución se refiere a las citadas autorizaciones; valora las mismas en el sentido que *“de los documentos obrantes en el expediente se deduce que la ocupación de la parcela 291 (b) se realizó en virtud de una autorización previa de su titular”* y enlaza directamente con lo siguiente *“esta (la ocupación) se ejecutó sin seguir los trámites elementales del procedimiento expropiatorio, aunque con posterioridad se iniciaran y se concluyeran sobre la base de la modificación del proyecto de obras”*.

La incongruencia es notable: admite que hubo autorización y sin sacar consecuencia alguna sobre la incidencia que tal autorización puede tener en la reclamación de responsabilidad patrimonial, se desliza a hacer un juicio sumario sin razonamiento alguno de que *“es un claro ejemplo de vía de hecho”*; eludiendo las implicaciones que tiene el mismo hecho que expone: que hubo procedimiento expropiatorio, y que éste no tuviera la temporaneidad exigible es criticable y sus consecuencias reparables en la sede del mismo.

V

Sobre la relación causal entre los daños reclamados y el funcionamiento del servicio público.- La propuesta de resolución estima: *“En el presente caso, objeto de análisis, puede percibirse con absoluta claridad, la existencia del nexo causal entre los daños efectivamente acreditados por el reclamante y la actuación de la administración”*.

Sin embargo elude cualquier referencia a qué servicio público ha de imputarse la causación del daño y si es por funcionamiento normal o anormal del mismo; y en caso de que fuera por este último qué concreta anomalía merece la imputación que de causar los daños cuya indemnización se propone.

Lo único que puede percibirse es que los daños aparecen insertos en la relación jurídica de la Administración expropiante y el propietario, aquí reclamante, como se muestra en la misma explicación que hace la propuesta de resolución del nexo causal que percibe con “*absoluta claridad*”: “*Elementos que sirven para atestiguar esta afirmación son la misma ejecución del procedimiento expropiatorio como consecuencia del proyecto de obras Modificado n.º 1 del proyecto de construcción y explotación de las estaciones depuradoras de aguas residuales de Elche de la Sierra, Molinicos, Socovos, Yeste, Letur, Nerpio (Albacete) expediente: HD-AB-99-337/M*”, el acuerdo del Jurado Regional de Valoraciones de Castilla-La Mancha referente al justiprecio de la parcela ocupada para la instalación de la E.D.A.R. del término municipal de Yeste, así como los informes de valoración del perito asignado al expediente de expropiación”.

VI

Sobre los daños reclamados y los considerados indemnizables por la propuesta de resolución.-

1. Como obra en antecedentes, el reclamante hizo constar en el acta previa de ocupación de fecha 12 de junio de 2006 su solicitud de que se incorporara a la misma su escrito de responsabilidad patrimonial administrativa presentado el 24 de noviembre 2005; por otra parte, consta que el Jurado Regional de Valoraciones en su acuerdo de justiprecio de fecha 19 de septiembre de 2008 no se pronunciaba “*sobre la realidad de unos supuestos daños producidos durante la ejecución de la obra al estar tramitándose por dicho motivo un expediente de responsabilidad patrimonial administrativa por la Administración expropiante*”. Afirma también el Jurado que ésta le había informado de esta circunstancia el 3 de junio de 2008.

Aquí de nuevo se revelan con toda nitidez las incongruencias que puede conllevar, y que han conllevado de hecho, la simultaneidad de los dos procedimientos; más aún cuando en ningún momento por la Administración expropiante (que es la misma Administración instructora de la responsabilidad patrimonial) se hace una delimitación de qué daños

no hubieran podido ser de ningún modo incluibles en el justiprecio; o dicho de otro modo, aquellos que sólo hubieran podido ser resarcidos por la vía de la responsabilidad patrimonial; lo cual como es lógico conllevaría que se les aplicara el régimen jurídico propio de ésta que se proyecta, como ya quedó razonado, sobre la prescripción.

El Jurado descarga su proceder (no pronunciarse sobre los “*supuestos daños*”) en base a la existencia de un procedimiento de responsabilidad patrimonial abierto; aunque es preciso afirmar que hubiera podido y debido pronunciarse sobre esos daños (su existencia y su indemnizabilidad) en cuanto la Administración o el interesado lo hubieran solicitado.

Como tal cosa no se hizo de modo que hubiera podido abordarse por el Jurado Regional de Valoraciones el pleno resarcimiento del propietario, ahora sobre una base expresa de que hubo vía de hecho (arbitraria y, en todo caso vedada hoy por hoy en esta sede, apreciación jurídica) la propuesta de resolución pasa a examinar qué daños de los reclamados son efectivos e indemnizables; y sobre una base implícita de que procede complementar por esta vía de resarcimiento el justiprecio acordado por el Jurado y recibido por el expropiado, aquí reclamante; lo cual resulta improcedente desde el punto de vista técnico y también desde la perspectiva de la clase de responsabilidad examinada, la extracontractual del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que solo procede cuando no exista una relación jurídica entre Administración y ciudadano, pues existiendo ésta, en concreto aquí, la relación expropiatoria, ha de ser ésta la que regule y satisfaga el resarcimiento debido.

2. La efectividad de los daños y la procedencia de su indemnización han sido apreciados por el instructor en base a los informes de los técnicos que intervinieron en el procedimiento expropiatorio aunque sin estricta sujeción a los mismos.

Procede examinarlos ahora para aplicar todo lo dicho a todos y cada uno de los mismos por el mismo orden de la propuesta.

1º Ocupación de parcela 291 (C) para la construcción de la EDAR en el termino municipal de Yeste.

La propuesta de resolución la considera efectiva; y ya resarcida como justiprecio correspondiente por el abono de los 15.814 euros (13.432 por exp. en pleno dominio de 3.480 m² + 671,6 euros del 5% de afección, y 1.709,8 euros de demérito por división); pero considera que han de abonarse 3.785,6 euros correspondientes, al 25% de la suma

de los referidos 13.432 euros y 1.709, invocando el criterio expuesto en la consideración V del dictamen 171/2007 de este Consejo Consultivo.

La inclusión de este daño en la relación expropiatoria es indiscutible; la improcedencia de complementarlo por la vía de la responsabilidad patrimonial del expediente de justiprecio con el 25% propuesto es por tanto evidente; y el criterio que invoca del Consejo Consultivo no es aplicable puesto que en el caso del dictamen que se cita existió una indiscutida vía de hecho y no hubo procedimiento expropiatorio.

2º Extracción de veinte pies de olivos centenarios, parcela 291 (C), como consecuencia de la ocupación y posterior construcción de la EDAR en el termino municipal de Yeste.

La propuesta de resolución considera el daño acreditado e indemnizable en los 12.300 euros solicitados por el reclamante aunque lo hace sin dar noticia cierta de cuando fueron arrancados los olivos.

En el propio escrito del reclamante se incluyen en la indemnización 19.579 euros que solicita en concepto de *“los terrenos realmente ocupados y su arbolado (vuelo)”*, lo cual también viene a reconocer la vinculación de estos daños a la pieza separada de justiprecio del procedimiento expropiatorio es evidente. Las 20 piezas de olivos por los que se reclama ocupaban el terreno expropiado, y su valor se integra en el de los mismos, por tanto pudo y hubo de ser objeto de la valoración establecida por el Jurado; esto con independencia de que se alegue que ya no estaban cuando se determinó el justiprecio, y que por tanto no ha sido satisfecho su valor; admitir como hace que pudieran escindirse del procedimiento expropiatorio debería arrastrar la consecuencia de considerar prescrito el derecho a reclamar por la vía de responsabilidad patrimonial.

Es observable que el reclamante atribuye al terreno expropiado un valor de 7.279 euros que el perito de la Administración lo hace en 11.316 euros y el Jurado lo fija en 15.814. De lo que resultaría que si se indemniza los 12.300 euros más 3.705 (25% añadido en virtud del criterio anteriormente también aplicado) que se proponen, por este concepto resultarían abonados 31.819 euros, muy superior incluso a los 19.579 euros reclamados por *“los terrenos ocupados y su arbolado (vuelo)”*.

3º Inundación por aguas residuales.

La propuesta de resolución no considera suficientemente acreditado la efectividad del daño. En el expediente figura el informe de fecha 28 de marzo de 2006 del director de la obra en el que se afirma *“que las*

obras no han interferido con el agua residual de la localidad. El vertido (...) no es consecuencia de las obras, por no haber tocado estas el saneamiento municipal”; por lo que se viene a negar implícitamente incluso la relación causal.

Ni el informe pericial complementario de 12 de mayo de 2006 ni el reclamante dan fecha de producción; aunque sí afirma que se produjo *“durante la ejecución de las obras”*; lo cual lleva a la conclusión que habiendo terminado éstas en mayo del 2003, transcurrieron mas de dos años hasta la presentación de la reclamación. En consecuencia habría que estimar prescrito el derecho al ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, a no ser que pudiera anudarse la solicitud de indemnización a otra por daño cuya reclamación no estuviera prescrita.

4º Esparcimiento de tierra no vegetal, por el resto de parcela.

La propuesta de resolución lo considera real, en virtud de los informes que cita del Director de la obra y del *“perito asignado al expediente de expropiación forzosa”* con una indemnización que estima procedente de 2.653 euros.

No hay argumento alguno que permita desvincularlo de los daños indemnizables mediante la vía del procedimiento de expropiación forzosa; y en el caso de que pudiera hacerse, habiéndose producido con ocasión de la misma, que culminó en mayo de 2003, su reclamación estaría prescrita, en tanto no pudiera acumularse la solicitud de su indemnización a la reclamación de otro daño no incurso en prescripción.

5º Recanalización de tubos que salen de la EDAR y vierten directamente en terrenos del promotor.

La propuesta de resolución estima que no se cumple la efectividad del daño reclamado y que *“no es procedente el abono de esta partida, pues se trata de terrenos ocupados por conducciones ya expropiadas”*.

Se apoya esta apreciación en los informes del Director de la obra (informe de 28 de enero de 2006) y del perito de la Administración (informe de 21 de junio de 2008).

6º Rotura de tubería de agua potable.

La propuesta de resolución considera *“de los documentos aportados por el recurrente y de otros se deduce la efectividad del daño alegado”*, estima que no procede su abono en tanto no presente factura.

En todo caso estaría prescrita la acción para reclamar el daño por cuanto a tenor de las manifestaciones del propio reclamante y del informe del perito de la Administración de fecha 21 de junio de 2008 (que también estima procedente su abono) afirma que se causó “*durante la ejecución de las obras*” debieron producirse con ocasión de las obras terminadas en mayo de 2003.

7º Recanalización de tuberías por camino público.

La propuesta de resolución considera que “*no se acredita la realidad del daño, y que las tuberías a las que hace referencia fueron ejecutadas una vez que se realizó el expediente de expropiación original del proyecto año 2001*”.

Tal daño vinculado al expediente de expropiación forzosa y en todo caso prescrita la reclamación.

En suma, la propuesta de resolución, tras no acceder a indemnizar daños reclamados que ascienden a un total de 19.459 euros (7.656 euros por recuperación del camino y daños por el trazado de la tubería principal de la depuradora; 3.283 euros por recanalización de tubos de la EDAR con vertido directo en la parcela; 1.081 euros por recanalización de otras conducciones; 5.040 euros por la realización de nuevo trazado de red de tuberías por camino público; 969 euros por la recanalización de una tubería que fue destruida a causa de las obras de la EDAR; y 1.430 euros en concepto de daños posteriores por desbordamiento y vertido de la red de canalización de aguas residuales de la EDAR en la parcela) considera procedente una indemnización por importe de 21.813 euros.

Si a esta cantidad se le suman la que el reclamante ha recibido ya por justiprecio como expropiado 16.531 euros, da un total de 38.344 euros muy próxima a la de 41.691,60 euros reclamados. Lo cual viene a ser también un reflejo numérico de las contradicciones a las que ha conducido la tramitación simultánea de los dos procedimientos por unos mismos hechos gravosos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha es de dictamen:

1º Que el procedimiento de responsabilidad patrimonial administrativa no es el adecuado para la reclamación de los daños alegados.

2º Que los daños reclamados están insertos en la relación jurídica entre la Administración expropiante y el propietario de los terrenos expropiados, y que dio lugar al procedimiento expropiatorio que termi-

nó con la fijación y con el pago del justiprecio en fecha 19 de mayo de 2009, que no fue objeto de recurso.

3º Que la reclamación de los daños alegados y que no pudieran ser legalmente incluidos o que por cualquier otro motivo, no hubieran sido incluidos en el justiprecio, están prescritos.

4º Que procede informar desfavorablemente la propuesta de resolución sometida a este dictamen y advertir que si la resolución fuera estimatoria iría contra el acto firme y consentido que puso fin al procedimiento expropiatorio.”

Toledo, 27 de enero de 2010

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE EDUCACIÓN DE CASTILLA-LA MANCHA.

RESULTA DE LOS ANTECEDENTES

Primero. Memoria justificativa.- Con fecha 27 de octubre de 2008 el Viceconsejero de Educación suscribió memoria justificativa de la norma en la que comenzaba expresando las razones y objetivos de la iniciativa, indicando a este respecto que *“la Ley de Educación pretende dar plena identidad al servicio público educativo de Castilla-La Mancha, como elemento básico en la acción de gobierno, pues la educación necesita el desarrollo de una política educativa adaptada a las características de nuestro territorio y de nuestros habitantes, a nuestras necesidades específicas y a nuestras legítimas aspiraciones de progreso como Comunidad. Todo ello como parte integrante del sistema educativo español que entendemos único y común, organizado y regulado por la normativa básica y por la Constitución”*. Continuaba recogiendo el marco normativo y los antecedentes de la Ley proyectada. Como objetivos de la norma, se señalaban los siguientes: formar mejores personas, la ampliación de la oferta de enseñanzas y de su obligatoriedad, la flexibilidad y el rigor de las enseñanzas en todos los niveles, favorecer el protagonismo que ha de tener el profesorado en el sistema educativo; dotar a los centros de mayor capacidad de autonomía y potenciar la participación en el modelo de cada centro así como los mecanismos necesarios de evaluación de los mismos; favorecer la función de asesoramiento de estructuras como la inspección educativa y la oficina de evaluación; garantizar a los centros la dotación de los recursos e infraestructuras necesarios; avanzar en la idea de la ciudad educadora que integre un proyecto educativo compartido con las distintas instituciones y servicios locales; el establecimiento de compromisos sobre objetivos evaluables sobre con los centros privados concertados; y garantizar al ciudadano un servicio educativo próximo.

Por último, la memoria reflejaba una propuesta para la estructura de la futura Ley.

Segundo. Autorización.- A la vista de dicha propuesta, con fecha 28 de octubre de 2008 la Consejera de Educación y Ciencia autorizó el inicio del procedimiento de elaboración del anteproyecto de Ley aludido.

Tercero. Procedimiento para la aportación de sugerencias.- Mediante Resolución de la Viceconsejería de Educación, de fecha 3 de noviembre de 2008, publicada en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha de 7 de noviembre siguiente, se estableció un procedimiento para que los centros docentes aportasen sugerencias al documento de bases para una Ley de Educación de Castilla-La Mancha.

Cuarto. Dictamen del Consejo Escolar.- Elaborado un primer borrador de la norma con de fecha 18 de mayo de 2009, se sometió a la consideración del Consejo Escolar de Castilla-La Mancha órgano que, en sesión celebrada el 29 de septiembre de 2009 emitió el dictamen n.º 26 de ese año, sobre dicho texto.

Tras señalar los antecedentes y describir el contenido del proyecto de disposición efectuaba observaciones generales y específicas dirigidas a diferentes puntos del articulado.

Dentro del primer bloque se hacía especial hincapié en la conveniencia de que la Ley reflejara en su totalidad los derechos y deberes de los diferentes sectores de la comunidad educativa, en las mejoras de la red de formación permanentes del profesorado, en la calidad en la educación y en la regulación del absentismo escolar, proponiendo el establecimiento de planes, programas e iniciativas pedagógicas para su prevención y reducción.

A dicho dictamen formularon voto particular las Escuelas Católicas de Castilla-La Mancha, FE-USO (Federación de Centros Educación y Gestión), FSIE-CLM, y la CONCAPA.

Quinto. Mesa Sectorial de Educación.- Consta certificado de fecha 8 de enero de 2010, emitido por el Secretario de la Mesa Sectorial de Educación, en el que se pone de manifiesto que el 6 de julio de 2009, en sesión ordinaria, la citada Mesa trató en el cuarto punto de su Orden del Día el Borrador de la Ley de Educación.

Sexto. Informe Jurídico de la Consejería proponente.- En fecha 24 de agosto de 2009 el Coordinador de Asuntos Jurídicos y Contratación de la Consejería de Educación y Ciencia emitió informe de carácter jurídico sobre el anteproyecto, realizándose numerosas observaciones al articulado, elaborándose posteriormente un segundo borrador de la norma, de fecha 26 de octubre de 2009, en el que se incorporaban el informe jurídico y el dictamen del Consejo Escolar, más algunas consideraciones adicionales, y el Preámbulo era considerado de carácter provisional.

Séptimo. Informe del Consejo de Función Pública de Castilla-La Mancha.- El Consejo de la Función Pública de Castilla-La Mancha informó favorablemente el anteproyecto de Ley en su reunión celebrada el 12 de noviembre de 2009, según certifica su secretario el día 17 de noviembre de posterior.

Octavo. Informe de la Mesa General de Negociación de los Empleados Públicos.- El mismo 17 de noviembre de 2009 el Secretario de la Mesa General de Negociación de los Empleados Públicos informó que, la misma, en su reunión de 12 de noviembre de 2009, valoró finalmente el anteproyecto del modo siguiente:

“El Sindicato CCOO valora positivamente el proceso de elaboración que culminará en la aprobación de la futura Ley de Educación de Castilla-La Mancha, si bien hay cuatro cuestiones que considera irrenunciables que la ley debería recoger: la laicidad de la educación; dedicar el 7 por 100 del PIB regional a la educación; que los recursos sean íntegramente públicos; que el periodo de 0 a 3 tenga el carácter educativo. [] El Sindicato UGT valora positivamente el proceso de elaboración que culminará en la aprobación de la futura Ley... No obstante, hay cuestiones que considera imprescindibles que aborde la nueva Ley, entre otras: mayor cobertura al personal de administración y servicios; que el personal sea íntegramente de la Administración de la JCCM; que el periodo de 0 a 3 años sea universal y gratuito; laicidad de la educación; que el bachillerato pueda realizarse en más de dos años; que el personal jubilado nunca suplante la tarea del personal docente. [] El Sindicato CSIF se abstiene en aras del consenso y para no entorpecer el Pacto por la Educación, pues el proyecto de ley reproduce muchos aspectos de la LOE con la que este sindicato está en total desacuerdo”.

Consta el Acta de la reunión de la Mesa General de Negociación de los Empleados Públicos celebrada el 12 de noviembre de 2009 y las propuestas realizadas por CCOO, CSI-CSIF y UGT.

Noveno. Federación de Municipios y Provincias de Castilla-La Mancha. Comisión Sectorial.- Consta el acta de la sesión extraordinaria celebrada el 11 de diciembre de 2009 por la Comisión Sectorial de Educación y Ciencia de la Federación de Municipios y Provincias de Castilla-La Mancha, en la que se debatió el anteproyecto de Ley de Educación.

Décimo. Consejo Regional de Municipios.- Según consta en la certificación emitida el 21 de diciembre de 2009 por la Secretaria del Consejo Regional de Municipios, éste informó favorablemente el anteproyecto en esa misma fecha.

Undécimo. Informe de impacto de género.- Mediante informe de fecha 21 de diciembre de 2009 el Secretario General de Educación y Ciencia informó sobre el impacto de género del anteproyecto de Ley de Educación, valorando el mismo de manera positiva al contribuir a los objetivos de igualdad entre mujeres y hombres.

Duodécimo. Informe de la Secretaría General de la Consejería consultante.- El 7 de enero de 2010 el Secretario General de la Consejería de Educación y Ciencia emitió informe favorable al contenido de la norma.

Decimotercero. Informe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.- Sometido el anteproyecto de Ley elaborado al Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, el Letrado Jefe de dicha unidad emitió informe el 20 de enero de 2010, manifestando no observar inconveniente jurídico alguno que obstara la consideración del mismo por el Consejo de Gobierno.

Decimocuarto. Toma en consideración por el Consejo de Gobierno.- Elaborado un tercer borrador del anteproyecto de Ley, se elevó al Consejo de Gobierno, órgano que, en sesión celebrada el 26 de enero de 2010, acordó tomarlo en consideración y disponer su remisión al Consejo Económico y Social y posteriormente a este Consejo Consultivo solicitando su preceptivo dictamen.

Tal acuerdo se acredita en el expediente mediante certificación emitida en igual fecha por el Consejero de Presidencia en su calidad de Secretario del Consejo de Gobierno.

Decimoquinto. Informe de la Dirección General de Presupuestos y Fondos Comunitarios.- El 21 de enero de 2010 el Director General de Presupuestos y Fondos Comunitarios informó favorablemente el anteproyecto sometido a su consideración, aludiendo a que la memoria que acompaña al mismo señala que su aprobación no requiere recursos económicos adicionales.

Decimosexto. Dictamen del Consejo Económico y Social.- Sometido el anteproyecto de Ley al Consejo Económico y Social de Castilla-La Mancha, el Pleno de este órgano emitió el dictamen 1/2010 con fecha 25 de febrero de 2010, en el que comenzaba exponiendo los antecedentes reflejados en el expediente, y el contexto normativo y socioeconómico en el que se incardina la norma proyectada.

Reflejaba, posteriormente, una serie de observaciones de carácter general y otras tantas atinentes al concreto articulado del anteproyecto.

Concluía dictaminando favorablemente el anteproyecto de Ley examinado.

Decimoséptimo. Texto definitivo del anteproyecto de Ley.- El borrador definitivo sometido a la consideración de este Consejo, de fecha 26 de febrero de 2010, que incorpora las sugerencias contenidas en el dictamen del Consejo Económico y Social, consta de una Exposición de Motivos, 175 artículos agrupados en siete Títulos divididos en Capítulos y Secciones, siete disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias, una derogatoria y cuatro finales.

En la Exposición de Motivos se diferencian seis apartados alusivos al marco normativo, al objeto y justificación de la iniciativa que se impulsa, al contenido de la regulación que presenta la norma y a la descripción de su estructura.

El Título Preliminar comprende los artículos 1 al 7, que describen el objeto de la Ley, su finalidad, el sistema educativo de Castilla-La Mancha, los principios rectores del sistema educativo, sus ejes básicos, sus objetivos y el servicio educativo público de Castilla-La Mancha.

El Título I, bajo el enunciado de “*La Comunidad Educativa*”, se divide en cuatro capítulos.

El Capítulo I, sobre “*El alumnado*”, engloba los artículos 8 a 15, referidos respectivamente al papel del alumnado, igualdad de derechos y deberes, derechos, deberes y asociaciones del alumnado, medidas de fomento del asociacionismo, participación y colaboración del alumnado.

El Capítulo II, bajo el título de “*El profesorado*”, trata en los artículos 16 a 21 de las funciones del profesorado y apoyo a la profesionalidad, ingreso y promoción en los cuerpos de la función pública docente, ordenación de los puestos de trabajo docente, plantillas y provisión de puestos docentes, reconocimiento del profesorado y otras medidas de apoyo profesional.

El Capítulo III, sobre “*Las familias*”, engloba los artículos 22 a 29, con el contenido siguiente: el papel de las familias, su participación en el proceso educativo, otros derechos y deberes de los padres y madres o tutores y tutoras legales, asociaciones de madres y padres del alumnado,

medidas de fomento del asociacionismo, la participación de las familias en los consejos escolares y la colaboración de las mismas.

El Capítulo IV, denominado “*Personal de administración y servicios y de atención educativa complementaria*”, contiene los artículos 30 a 32, referidos al personal de administración y servicios, al personal de atención educativa complementaria y a los derechos y deberes del personal de administración y servicios y de atención educativa complementaria.

El Título II se denomina “*El proceso de enseñanza y aprendizaje*” y contiene nueve capítulos.

El Capítulo I, sobre “*El currículo*”, engloba los artículos 33 a 36, y se refieren a su definición y objetivos, competencias básicas y a la educación en valores.

El Capítulo II, referido a “*La Educación infantil*”, comprende los artículos 37 y 38, por un lado, y los artículos 39 a 44 por otro, éstos últimos agrupados en dos Secciones.

El artículo 37 establece la finalidad y objetivos de la educación infantil.

El artículo 38 define sus principios generales.

La Sección primera, sobre “*El primer ciclo de educación infantil*”, agrupa los artículos 39 a 42, dedicados a la escolarización en el primer ciclo de educación infantil, contenidos educativos y requisitos de los centros, atención educativa y coordinación con el segundo ciclo de educación infantil.

La Sección segunda se refiere al “*Segundo ciclo de educación infantil*” y engloba los artículos 43 y 44, referidos a los contenidos educativos y organizativos de este ciclo y a la coordinación entre la educación infantil y la educación primaria.

El Capítulo III, sobre “*La educación básica obligatoria*”, se divide en tres Secciones.

La Sección primera, titulada “*Las enseñanzas básicas*”, está integrada por los artículos 45 y 46, referidos a su duración y etapas y a las orientaciones metodológicas.

La Sección segunda, sobre “*La educación primaria*”, contiene los artículos 47 a 53, relativos a su finalidad, estructura, áreas, respuesta a la diversidad, orientación y acción tutorial, evaluación y promoción y coordinación.

La Sección tercera, bajo la rúbrica de “*La educación secundaria obligatoria*”, comprende los artículos 54 a 60, con el contenido siguiente: finalidad, estructura, materias y ámbitos, respuesta a la diversidad, orientación y acción tutorial, evaluación, promoción y titulación y coordinación.

El Capítulo IV se dedica al “*Bachillerato*”, y agrupa los artículos 61 a 67, referidos a su finalidad y estructura, materias, respuesta a la diversidad, orientación educativa y profesional, evaluación, promoción y titulación y coordinación.

El Capítulo V regula la “*Formación profesional inicial del sistema educativo*” y en los artículos 68 a 77 establece su finalidad, estructura y oferta, currículo, pruebas de acceso, respuesta a la diversidad, orientación educativa y profesional, evaluación, titulación y acceso a los estudios universitarios y régimen de convalidaciones, adaptación de los títulos de formación profesional, centros integrados y centros de referencia nacional, y colaboración con empresas y universidades.

El Capítulo VI, denominado “*Las enseñanzas artísticas*”, contiene los artículos 78 y 79, por un lado, y los artículos 80 a 84, agrupados a su vez en tres Secciones.

Los artículos 78 y 79 se refieren a la finalidad y estructura de las enseñanzas artísticas.

La Sección primera, sobre “*Las enseñanzas de música y danza*”, agrupa los artículos 80 a 82, dedicados a dichas escuelas y a sus enseñanzas elementales y profesionales.

La Sección segunda, atinente a “*Las enseñanzas de artes plásticas y diseño*”, contiene el artículo 83, referido a las enseñanzas profesionales de estas materias.

La Sección tercera, sobre “*Las enseñanzas artísticas superiores*”, contiene el artículo 84, que regula el acceso a estas enseñanzas.

El Capítulo VII, sobre “*Las enseñanzas de idiomas*”, recoge los artículos 85 a 89, que se refieren su finalidad, estructura, niveles básico,

intermedio y avanzado y a otras enseñanzas de idiomas.

El Capítulo VIII, rubricado como “*Las enseñanzas deportivas*”, contiene los artículos 90 y 91, regulando su finalidad y estructura.

El Capítulo IX, dedicado a “*La educación de personas adultas*”, agrupa los artículos 92 a 98, y se refieren a su finalidad y objetivos, principios generales y organizativos, oferta, centros docentes, zonas de educación de personas adultas, respuesta a la diversidad y orientación.

El Título III se denomina “*Centros docentes*” y se divide en tres capítulos.

El Capítulo I, sobre “*Los centros docentes y la escolarización*”, comprende los artículos 99 a 101, dedicados a su definición, clasificación y denominación, a los centros privados concertados y a la escolarización en centros públicos y privados concertados.

El Capítulo II se refiere a “*La autonomía de los centros*”, y engloba los artículos 102 a 110, recogiendo sus principios generales, el proyecto educativo, la programación general y memoria anuales, la autonomía pedagógica, los compromisos singulares, la autonomía de gestión de los centros docentes públicos, las normas de convivencia, organización y funcionamiento, la aprobación de las normas y la carta de convivencia.

El Capítulo III se titula “*El gobierno de los centros públicos*”, y contiene, por un lado, el artículo 111, referido a los principios generales, y por otro, los artículos 112 a 119, agrupados en tres Secciones.

La Sección primera, sobre “*La dirección de los centros docentes públicos*”, comprende los artículos 112 a 115, dedicados a su naturaleza, funciones del equipo directivo, selección y reconocimiento.

La Sección segunda, rubricada como “*Órganos colegiados de gobierno de los centros públicos*”, agrupa los artículos 116 y 117, referidos al Consejo Escolar y al Claustro de profesores.

La Sección tercera, sobre los “*Órganos de coordinación docente*”, contiene los artículos 118 y 119, sobre los órganos de coordinación docente y régimen de funcionamiento y sus principios generales.

El Título IV se denomina “*Equidad en la Educación*” y se divide en tres capítulos.

El Capítulo I se dedica a *“La respuesta a la diversidad y el éxito educativo del alumnado”* y contiene los artículos 120 a 127, referidos a los principios de equidad, las necesidades educativas del alumnado, detección y planificación de la respuesta, recursos materiales y personales de apoyo, modalidades de respuesta específica, los centros de educación especial, la atención educativa y hospitalaria y domiciliaria y la atención educativa en los centros de reforma de menores.

El Capítulo II, sobre *“La igualdad de oportunidades en la escuela rural”*, contiene el artículo 128, destinado a la atención específica a la escuela rural.

El Capítulo III se rubrica como *“Ayudas al estudio y gratuidad de los materiales curriculares”* y agrupa los artículos 129 y 130, sobre becas y ayudas al estudio y sobre el programa de gratuidad de materiales curriculares.

El Título V, dedicado a *“La institución escolar y su entorno”*, se divide en cinco capítulos.

El Capítulo I se titula *“Relaciones de cooperación con distintas instituciones”* y agrupa los artículos 131 a 135, sobre redes de colaboración entre centros docentes, cooperación con el Ministerio competente en materia de educación y con otras Comunidades Autónomas, cooperación con las Corporaciones Locales, cooperación con las universidades y colaboración con otras entidades.

El Capítulo II, sobre *“El uso social de los centros docentes y su apertura”*, incluye los artículos 136 y 137, referidos a la integración de los aspectos formales y no formales de la educación y a los proyectos de actividades promovidos por las entidades locales e instituciones sin ánimo de lucro.

El Capítulo III, rubricado *“Los programas de actividades extracurriculares”*, contiene los artículos 138 y 139, que establecen su finalidad y su apoyo y financiación.

El Capítulo IV, sobre *“La actuación en materia de absentismo y abandono escolar”*, incluye el artículo 140, referido a la cooperación frente al absentismo y el abandono escolares.

El Capítulo V, dedicado a *“Los servicios educativos de los centros”*, agrupa los artículos 141 a 143, sobre los servicios de transporte escolar, comedor escolar y residencias escolares públicas.

El Título VI determina los “*factores de calidad en la educación*” y contiene el artículo 144, que establece los factores de calidad educativa, por un lado, y los artículos 145 a 174, agrupados en seis Capítulos.

El Capítulo I, que se refiere al “*Fomento del bilingüismo*”, engloba los artículos 145 a 150, sobre el estímulo de la lectura, la biblioteca escolar, las secciones bilingües, el aprendizaje permanente de idiomas, los programas europeos y los intercambios educativos.

El Capítulo II se titula “*La cualificación y formación del profesorado*” y comprende los artículos 151 a 158, referidos a la formación inicial del profesorado, la formación permanente, a los principios y objetivos de la formación permanente, a la organización de la formación permanente, a la red de formación, al Plan de formación permanente, a los profesores y profesoras colaboradores y a la formación de otros profesionales que contribuyen a la atención educativa.

El Capítulo III, bajo la rúbrica “*La orientación educativa y profesional*”, contiene los artículos 159 a 161, y regulan su finalidad, características básicas y organización.

El Capítulo IV se refiere a “*La inspección de educación*” y en los artículos 162 a 164 establece su objetivo, funciones y organización y formación y evaluación.

El Capítulo V contempla “*La evaluación del sistema educativo*” y agrupa los artículos 165 a 171, dedicados a su finalidad, ámbitos e información, oficina de evaluación, evaluación del sistema educativo, evaluaciones generales de diagnóstico, evaluación de los centros docentes y evaluación del profesorado y de la práctica docente.

El Capítulo VI, sobre “*La gestión educativa y la información*”, se refiere en los artículos 172 a 174 a la información a la ciudadanía, al sistema de gestión de centros y a la descentralización administrativa y para la planificación educativa.

El Título VII, denominado “*La financiación del servicio público educativo*”, contiene el artículo 175, que contempla la dotación económica de dicho servicio público.

La disposición adicional primera se refiere al “*Museo pedagógico y del niño*”.

La disposición adicional segunda se dedica al *“Personal funcionario docente interino”*.

La disposición adicional tercera alude al *“Personal laboral”*.

La disposición adicional cuarta regula la *“Docencia de los maestros y maestras en la educación secundaria”*.

La disposición adicional quinta se rubrica *“Los profesores técnicos de formación profesional de servicios a la comunidad”*.

La disposición adicional sexta se titula *“El profesorado especialista y emérito”*.

La disposición adicional séptima se refiere a los *“Órganos consultivos y de asesoramiento y composición paritaria de los mismos”*.

La disposición transitoria primera se rubrica *“Ayudas al alumnado de enseñanzas superiores de música y danza”*.

La disposición transitoria segunda se titula *“Aplicación de las normas reglamentarias”*.

La disposición transitoria tercera establece la *“Aplicación del compromiso de financiación del servicio público educativo”*.

La disposición derogatoria única contiene una cláusula general de derogación, aludiendo en particular a la Ley 23/2002, de 21 de noviembre, de Educación de personas adultas de Castilla-La Mancha.

Las cuatro disposiciones finales aluden, respectivamente, a las modificaciones de la Ley 3/1988, de 13 de diciembre, de ordenación de la Función Pública de Castilla-La Mancha; y de la 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; al desarrollo reglamentario que se encomienda al Gobierno y a la Consejería competente en materia de educación; y a la entrada en vigor de la norma, que se fija a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente con carácter de urgente a este Consejo Consultivo, en el que tuvo entrada con fecha 2 de marzo de 2010.

A la vista de dichos antecedentes, procede formular las siguientes

CONSIDERACIONES

I

Carácter del dictamen.- Se somete al Consejo Consultivo el anteproyecto de Ley de Educación de Castilla-La Mancha.

El artículo 54 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, establece que el Consejo Consultivo deberá ser consultado *“en los siguientes asuntos: [...] 3.- Anteproyectos de Ley”*.

De acuerdo con dicho precepto se emite el presente dictamen con carácter preceptivo.

II

Examen del procedimiento tramitado.- El procedimiento de elaboración de la norma ha de ajustarse a lo previsto en el artículo 35 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, regulador del ejercicio de la iniciativa legislativa por el Consejo de Gobierno. Este precepto dispone que *“los textos que tengan tal objeto se elaboran y tramitan como anteproyectos de Ley elevándose, junto con todas las actuaciones y antecedentes, a la consideración del Consejo de Gobierno”*. Asumida la iniciativa legislativa, este órgano ejecutivo colegiado, a la vista del texto del anteproyecto, *“decide sobre ulteriores trámites y consultas y, cumplidos éstos, acuerda su remisión al Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha. Emitido el preceptivo informe, el Consejo de Gobierno acuerda la remisión del proyecto a las Cortes de Castilla-La Mancha, acompañando del informe del Consejo Consultivo y de los antecedentes necesarios”*.

Los genéricos términos en que se haya formulado tal precepto, dejan al criterio del órgano encargado de la elaboración de la norma en su primera fase y del Consejo de Gobierno después, una vez que ha tomado en consideración el texto redactado, la apreciación de qué antecedentes o trámites concretos son precisos para la elaboración de una disposición

de este rango, siendo las Cortes Regionales, en última instancia, a quienes corresponde apreciar la suficiencia o carencia de los mismos.

En el expediente sometido a consulta ha quedado acreditado que, de acuerdo con lo previsto en el citado precepto, el Consejo de Gobierno, en su reunión de fecha 26 de enero de 2010, ha tomado en consideración el anteproyecto de Ley de Educación de Castilla-La Mancha, acordando solicitar el dictamen del Consejo Económico y Social y, tras su emisión, el de este Consejo Consultivo.

Como actuaciones previas y antecedentes se incluye una memoria justificativa de la norma suscrita por el Viceconsejero de Educación; la autorización de la iniciativa legislativa por la Consejera de Educación y Ciencia; el dictamen del Consejo Escolar -conforme preceptúa el artículo 13.1.b) de la Ley 3/2007, de 8 de marzo, de Participación Social en la Educación en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha,- y el informe del Servicio de Régimen Jurídico de la Consejería consultante; el informe favorable del Consejo de la Función Pública de Castilla-La Mancha -de acuerdo con el artículo 14.1.a de la Ley 3/1988, de 13 de diciembre, de la Función Pública de Castilla-La Mancha-; la toma en consideración por la Mesa Sectorial de Educación e informe de la Mesa General de Negociación de los Empleados Públicos; el debate de la Comisión Sectorial de la Federación de Municipios y Provincias de Castilla-La Mancha; el informe del Consejo Regional de Municipios -en virtud de lo previsto en el artículo 77.a de la Ley 3/1991, de 14 de marzo, de Entidades Locales de Castilla-La Mancha-; el informe sobre el impacto de género de la norma de acuerdo con lo establecido en el artículo 22.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, según la redacción del mismo aprobada por la Ley 30/2003, de 13 de octubre, de Medidas para incorporar la Valoración del Impacto de Género en las Disposiciones Normativas que elabore el Gobierno, y de conformidad con lo establecido en las Instrucciones sobre régimen administrativo del Consejo de Gobierno de 23 de septiembre de 2008; el informe de la Secretaría General de la Consejería consultante; y el informe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades, según exigen los artículos 4.1.d, de la Ley 4/2003, de 27 de febrero, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, y el artículo 11.a del Decreto 128/1987, de 22 de septiembre, sobre Organización y Funcionamiento de dicho gabinete.

Tras el análisis de las actuaciones realizadas en el curso del procedimiento procede concluir que las mismas se han ajustado a los preceptos legales aplicables.

III

Marco normativo y competencial en el que se inserta la disposición.- Abordando el marco normativo en el que se incardina la regulación proyectada, hemos de tener en cuenta la circunstancia de ser el derecho a la educación un derecho fundamental, de los reconocidos en la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución (artículo 27), lo que implica, tanto la reserva de su desarrollo a la Ley Orgánica (artículo 81.1), como la incidencia de la competencia que el artículo 149.1.1^a. atribuye al Estado para regular *“las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”*. Además, ha de tenerse en cuenta la reserva que el artículo 149.1.30^a atribuye al Estado para la *“regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia”*.

En desarrollo de estas determinaciones, el Estado ha aprobado, al amparo del citado artículo 149.1, materias 1^a y 30^a, en el campo de la educación no universitaria, sucesivas leyes orgánicas de las que actualmente se encuentran vigentes la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación (en adelante LODE), la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones Profesionales y de la Formación Profesional, y la Ley 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante LOE). Ley esta última que, entre otras, ha derogado expresamente la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE) así como la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (LOCE), incorporando, además, importantes modificaciones respecto al texto de la LODE.

La primera de las Leyes citadas tiene por objeto desarrollar el derecho a la educación, en cuyo artículo 1 se establece el derecho de todos los españoles a la educación básica de carácter obligatorio y gratuito, y al acceso a los niveles superiores de educación en función de sus aptitudes y vocación, sin que en ningún caso el ejercicio de este derecho esté sujeto a discriminaciones debidas a la capacidad económica, nivel social o lugar de residencia del alumno.

Entre los contenidos principales de la LOE se encuentra el de la ordenación de las enseñanzas y sus etapas y la definición y organización del currículo, encomendando al Gobierno la fijación de los aspectos básicos del mismo, que constituyen las enseñanzas mínimas. Asimismo

regula el profesorado, poniendo especial énfasis en su reconocimiento y valoración social, y la tipología y régimen jurídico de los centros docentes, entre otras muchas cuestiones.

Por último, la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones Profesionales y de la Formación Profesional, tiene por objeto la ordenación de un sistema integral de formación profesional, cualificaciones y acreditación que responda con eficacia a las necesidades del sistema productivo y a la obtención de una población activa cualificada apta para la movilidad y libre circulación de los trabajadores.

El contenido de las citadas normas no es en su totalidad de carácter orgánico, sino que algunos de sus preceptos tienen naturaleza de legalidad ordinaria, en función de lo previsto en su parte final (en el caso de la LOE, en la disposición final séptima).

Por lo que respecta a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, el artículo 37.1 de su Estatuto de Autonomía señala que *“corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución y leyes orgánicas que conforme al apartado 1 del artículo 81 de la misma lo desarrollen y sin perjuicio de las facultades que atribuye al Estado el número 30 del apartado 1 del artículo 149 y de la Ata Inspección para su cumplimiento y garantía”*.

Aunque este es el principal título competencial que se ejercita en el anteproyecto sometido a dictamen, cabe también aludir a la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma prevista en el artículo 31.1.1^a sobre *“organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno”*, ya que el anteproyecto prevé la creación de determinados órganos administrativos propios, como los centros específicos para la formación del profesorado o la Oficina de Evaluación, y establece una organización descentralizada del Servicio Educativo mediante la existencia de delegaciones de la Consejería competente en materia de educación de ámbito provincial (artículo 174.1).

Asimismo, al amparo de lo previsto en el artículo 39.3 del Estatuto de Autonomía, que expresa que, en el ejercicio de la competencia autoorganizatoria prevista en el artículo 31.1.1^a, corresponde a la Comunidad Autónoma, de acuerdo con la legislación del Estado, el establecimiento del régimen estatutario de sus funcionarios, el texto proyectado contiene diversos preceptos que afectan al régimen del personal docente, en materia de formación y se modifica el artículo 21 de la Ley

3/1988, de 13 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ostentando, por tanto, la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha competencia en materia educativa en los términos que se acaban de indicar, y encontrándose en el pleno ejercicio de tales competencias en virtud del Real Decreto 1844/1999, de 3 de diciembre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha en materia de enseñanza no universitaria, puede afirmarse que la misma tiene competencia para regular la educación en el marco que ofrecen las normas básicas mencionadas en esta consideración, sin perjuicio de las observaciones que puedan efectuarse a preceptos concretos del texto sometido a dictamen.

Procede concluir la descripción de este marco normativo refiriéndonos a la normativa en materia de educación no universitaria aprobada, hasta el momento, por la Comunidad Autónoma, que, a nivel legal, se concreta en la Ley 23/2002, de 21 de noviembre, de Educación de personas adultas de Castilla-La Mancha (cuya derogación prevé el presente anteproyecto), y la Ley 3/2007, de 8 de marzo, de Participación Social en la Educación. Asimismo se han aprobado numerosas normas de carácter reglamentario de las que cabe citar, como más relevantes, las aprobatorias de los currículos correspondientes a cada una de las enseñanzas que componen el sistema educativo (por ejemplo, los Decretos 67, 68 y 69/2007, todos de 29 de mayo, de 2007, por los que se establecen y ordenan los currículos de Educación infantil, primaria y secundaria obligatoria, respectivamente, o el Decreto 85/2008, de 17 de junio, por el que se establece y ordena el currículo del Bachillerato); el Decreto 78/2005, de 5 de julio, por el que se regula la formación permanente del profesorado en Castilla-La Mancha; el Decreto 2/2007, de 16 de enero, de admisión de alumnado en los centros docentes públicos y privados concertados no universitarios de Castilla-La Mancha; el Decreto 25/2007, de 3 de abril, de selección, nombramiento, formación y evaluación de los directores y directoras de los centros docentes públicos no universitarios de Castilla-La Mancha, y de medidas de apoyo y reconocimiento a su labor; el Decreto 3/2008, de 8 de enero, de convivencia escolar en Castilla-La Mancha; y el Decreto 34/2008, de 26 de febrero, de Ordenación de la Inspección de Educación en la Comunidad Autónoma de Castilla-la Mancha.

IV

Observaciones de carácter esencial al contenido del anteproyecto.- Pasando ya el examen pormenorizado del texto del anteproyecto sometido a dictamen, procede a continuación efectuar varias observaciones a las que ha de atribuirse carácter esencial. Para una mejor sistemática en su exposición se distingue, en primer lugar, una observación de carácter general que afecta a varios artículos, y en segundo lugar observaciones de distinto contenido a otros artículos del anteproyecto.

A) Observación esencial de carácter general sobre la habilitación reglamentaria. Este Consejo ya ha expresado en otras ocasiones, como por ejemplo en el dictamen 88/2009, de 29 de abril, sobre el proyecto de Decreto por el que se establecía la estructura de los currículos de los Ciclos Formativos de Formación Profesional en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, y en los posteriores 166, 167 y 170, todos ellos de 2008, que el artículo 13.Uno del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha residencia la potestad reglamentaria originaria en el Consejo de Gobierno, y si bien los titulares de las Consejerías también tienen atribuida potestad reglamentaria, su ámbito se reduce a los aspectos organizativos de su departamento, a los supuestos en los que así le habilite el Consejo de Gobierno o para efectuar la concreción de los aspectos técnicos de una materia que puede ser susceptible de mayor variación, pero no para desarrollar una Ley o aspectos de la misma que tengan afectación general.

Al respecto, ya el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 25 de enero de 1982 (RJ 1982,42), manifestó: *“Que por aplicación de lo establecido en el art. 97 de la Constitución Española, la potestad reglamentaria está atribuida al Gobierno, quien deberá ejercitarla «de acuerdo con la Constitución y las Leyes», lo que significa que solamente mediante preceptos que revistan la forma de Decretos y se adopten por el Consejo de Ministros, podrá ejercitarse esa potestad reglamentaria, cuando se trata de Reglamentos de ejecución de una Ley [...] sin que quepa admitir una delegación de esta potestad reglamentaria, en los casos de Reglamento para la ejecución de una Ley no siendo posible una delegación en un Ministro, para ejercitar la potestad reglamentaria de ejecución de las Leyes, ya que ni la Ley que pretende ejecutarse contiene delegación alguna, ni ésta sería admisible, puesto que la potestad reglamentaria de ejecución no atribuida por la Constitución a un órgano individual no puede serle atribuida mediante normas de inferior rango, ni la que ha ejercitado mediante la orden impugnada puede ser incluida dentro de las potestades reglamentarias organizativas de su departamento Ministerial, sino como un verdadero y propio Reglamento para la*

ejecución de la Ley”, doctrina que ha reiterado en otras posteriores como la de 24 de enero de 1990 (RJ 1990,408) y que, si bien estaba referida al Gobierno de la Nación, es aplicable a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha por la íntima relación que existe entre el artículo 97 de la Constitución y el artículo 13 de su Estatuto de Autonomía.

Conforme a la doctrina que se acaba de exponer son objetables los siguientes mandatos y habilitaciones de desarrollo reglamentario al titular de la Consejería competente en materia de educación, que infringen la reserva reglamentaria que tiene el Consejo de Gobierno:

Artículo 3. El sistema educativo de Castilla-La Mancha.- Después de afirmar en el apartado 2 que todas las personas tienen el derecho de acceder al sistema educativo en condiciones de igualdad y el derecho a la elección de centro en el marco de la oferta educativa, el apartado 3 remite la regulación de un procedimiento común de admisión en los centros públicos y en los centros privados concertados, a lo que determine la Consejería competente en materia de educación.

La materia objeto de la habilitación reglamentaria no tiene carácter organizativo, sino que tiene una afectación general a los ciudadanos de esta Comunidad Autónoma y, a la vez, supone una concreción del derecho a la libertad de enseñanza y de centro reconocidos en los apartados 1 y 3 del artículo 27 de la Constitución Española, cuyo desarrollo legal se efectuó en el artículo 84 de la LOE. Por ello, aunque en el referido artículo 84 de la citada Ley Orgánica se efectúe una remisión a las Administraciones educativas para regular la admisión de alumnos en centros públicos y privados concertados, ello no supone que se esté atribuyendo competencia a cualquier órgano, sino que ha de entenderse que tal remisión se efectúa al órgano que dirige la política educativa en cada Comunidad Autónoma, que es el Consejo de Gobierno.

Además, ha de tenerse en cuenta que en la actualidad esta materia se encuentra regulada en el Decreto 2/2007, de 16 de enero, de admisión del alumnado en centros docentes públicos y privados concertados no universitarios de Castilla-La Mancha, por lo que de mantenerse la habilitación que figura en el anteproyecto de Ley y de aprobarse una Orden regulando esta materia, ésta no podría derogar el Decreto 2/2007, de 16 de enero, por lo que estaría viciada de nulidad de pleno derecho en aquellos aspectos que no fueran compatibles con el mismo, por infracción al principio de jerarquía normativa garantizado en el artículo 9.3 de la Constitución Española.

Artículo 7. El servicio educativo público de Castilla-La Mancha.- En el apartado 4 encomienda a la Consejería competente en la materia *“la programación general de la enseñanza, con la participación de los sectores afectados y la aprobación de la oferta educativa”*. Esta programación ha de efectuarse en el marco de lo establecido en el artículo 27 de la LODE, en cuyo apartado 1 se expresa que *“Los Poderes públicos garantizarán el ejercicio efectivo del derecho a la educación mediante una programación general de la enseñanza, con la participación efectiva de todos los sectores afectados, que atienda adecuadamente las necesidades educativas y la creación de centros docentes”*. A través de la programación general de la enseñanza se determina un aspecto esencial de la política educativa, la cual tiene una afectación general respecto de los ciudadanos de esta Comunidad Autónoma, pues incide directamente en el derecho a la educación consagrado en el artículo 27 de la Constitución Española. Es por ello que la programación general, o al menos los rasgos esenciales de la misma, compete al Consejo de Gobierno en cuanto órgano competente para definir la política educativa en la Región y ello sin perjuicio de las competencias que al respecto también puedan atribuirse al titular de la Consejería competente en materia educativa para la determinación o concreción de algunos aspectos de la programación.

Artículo 23. La participación de las familias en el proceso educativo.- El apartado 4 encomienda a la Consejería competente en la materia el establecimiento de los derechos y deberes de las familias del alumnado en tanto miembros de la comunidad educativa y la regulación y garantía de su ejercicio. Se estima que ya debe ser la propia Ley la que determine esos derechos aun cuando sean desarrollados por normas de inferior rango, debiendo esbozar las líneas generales reguladoras de su ejercicio y garantía. En cualquier caso y como ya ha dicho el Consejo con carácter general, la norma reglamentaria que completara esta regulación debería aprobarla el Consejo de Gobierno.

Artículo 99. Definición, clasificación y denominación de los centros docentes.- En el apartado 7 de este precepto se contiene el mandato de que la Consejería competente en materia de educación *“regulará el procedimiento y las condiciones para la autorización de otros centros docentes de titularidad de las corporaciones locales”*. La regulación a la que se refiere este artículo tiene una incidencia directa en la capacidad de actuación de las entidades locales, por lo que en aplicación de la doctrina expuesta, la regulación del referido procedimiento debe ser efectuado por el Consejo de Gobierno.

Artículo 161. Organización.- Regula el precepto la organización de la orientación educativa y profesional. En el apartado 2, se faculta a la Consejería de Educación y Ciencia para regular “*el funcionamiento de la orientación en lo referido a la organización interna de la misma, las estructuras y responsables, la integración con otras actividades de apoyo, la cooperación con otras actuaciones de asesoramiento y la colaboración con el entorno para obtener la mejor atención educativa*”. Al afectar esta materia a un aspecto esencial de la enseñanza -como lo es la orientación educativa- tiene una incidencia directa en la política que en materia educativa se lleve a cabo por la Comunidad Autónoma tanto en centros públicos como privados, por lo que el órgano competente para efectuar el desarrollo normativo debe ser el Consejo de Gobierno.

Artículo 163. Funciones y organización.- En su apartado cuarto encomienda a la Consejería competente en materia de educación la organización de la inspección de educación. Aunque tal mandato se enmarque dentro de la potestad organizativa, la especial posición que tiene la inspección en la evaluación y control de la enseñanza educativa, aconsejan que sea el Consejo de Gobierno quien efectúe su regulación, al menos en los aspectos esenciales, si bien el desconocimiento del alcance que a dicha norma se le pretende dar, impide a este Consejo efectuar un pronunciamiento más exhaustivo al respecto. Por ello, la esencialidad del reparo de la habilitación que se contiene en el anteproyecto de Ley no está referida a la posibilidad legal de que por Orden se regule esta materia, sino al hecho de que al encontrarse regulado actualmente en el Decreto 34/2008, de 26 de febrero, de Ordenación de la Inspección de Educación en la Comunidad Autónoma de Castilla-la Mancha, en aplicación del principio de jerarquía normativa, una disposición del titular de la Consejería en materia educativa no puede afectar a lo actualmente dispuesto en el referido Decreto.

Artículo 171. La evaluación del profesorado y de la práctica docente.- En su apartado 4 atribuye la evaluación del profesorado y de la función directiva a la inspección educativa “*en los términos y con los procedimientos que determine la Consejería competente en materia de educación*”. Por los motivos expuestos anteriormente, al haber aprobado el Consejo de Gobierno el Decreto 25/2007, de 3 de abril, de selección, nombramiento, formación y evaluación de los directores y directoras de los centros docentes públicos no universitarios de Castilla-La Mancha, y de medidas de apoyo y reconocimiento a su labor, el resultado de la habilitación reglamentaria que en dicho apartado se efectúa, infringiría el principio de jerarquía normativa en lo referente a la evaluación de la función directiva.

Disposición final tercera. Desarrollo de la Ley.- Señala que “*Corresponde al Consejo de Gobierno y a la Consejería competente en materia de educación dictar las disposiciones que resulten necesarias para la aplicación, desarrollo y ejecución de la presente Ley*”. Mediante esta fórmula se está habilitando de forma indiferenciada tanto al Consejo de Gobierno como al titular de la Consejería que tiene atribuidas las competencias ejecutivas en materia de educación, de tal forma que en uso de la misma este último órgano podría, mediante Orden, efectuar el desarrollo de la Ley en todos aquellos aspectos que en su articulado no se reservan al Consejo de Gobierno. Tal sistema de habilitación reglamentaria da lugar a que por una Ley ordinaria se produzca un traslado de la potestad reglamentaria que el Estatuto de Autonomía atribuye al Consejo de Gobierno. Consiguientemente, en el texto de la Ley se debe diferenciar la atribución de la competencia para dictar disposiciones en desarrollo de la Ley, que corresponde al Consejo de Gobierno, de las competencias de ejecución, que sí pueden corresponder a uno u otro órgano, según el reparto competencial que se establezca en la normativa que regula esta materia.

B) Otras observaciones esenciales.

Artículo 21. Otras medidas de apoyo profesional.- En el apartado 1.j) prevé el precepto, como medida de apoyo profesional al profesorado, “*La concesión de un año sabático, en los términos y con los requisitos que establezca la Consejería competente en materia de educación*”.

Tal precepto contiene una remisión en blanco a la decisión del titular del departamento competente, sin determinar los elementos esenciales definidores de este tipo de permiso (si es o no retribuida, si se vincula o no a actividades de algún tipo, si se aplica a cualquier docente o es necesario contar con una antigüedad determinada o algún otro requisito profesional, etc.).

El derecho a disfrutar de permisos forma parte del núcleo constitutivo del estatuto del funcionario público, y así se contempla, con carácter básico, en el primer inciso del artículo 48.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, que dispone que “*Las Administraciones Públicas determinarán los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración*”, expresando en el artículo 6 que el desarrollo de dicho estatuto corresponde al Estado y a las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, mediante Ley.

Tales afirmaciones en cuanto al rango necesario para su regulación son concordantes con la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional al expresar, entre otras, en la Sentencia 99/1987, de 11 de junio, dictada en un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas de reforma de la Función Pública, que *“Esta normación [...] habrá de ser dispuesta por el legislador en términos tales que [...] sea reconocible en la Ley misma una determinación material suficiente de los ámbitos así incluidos en el Estatuto funcional, descartándose, de este modo, todo apoderamiento explícito o implícito a la potestad reglamentaria para sustituir a la norma de Ley en la labor que la Constitución le encomienda”*. Añadía que *“Esta materia queda, así, sustraída a la normación reglamentaria, mas no en el sentido de que las disposiciones del Gobierno no puedan, cuando así lo requiera la Ley, colaborar con ésta para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada, pues esta colaboración que, en términos de política legislativa, habrá de resultar pertinente en muchos casos, no será contradictoria con el dictado de la Constitución cuando la remisión al reglamento lo sea, estrictamente, para desarrollar y complementar una previa determinación legislativa. [] En este ámbito, por lo tanto, habrá de ser sólo la Ley la fuente introductora de las normas reclamadas por la Constitución, con la consecuencia de que la potestad reglamentaria no podrá desplegarse aquí innovando o sustituyendo a la disciplina legislativa, no siéndole tampoco posible al legislador disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, pues ello entrañaría un desapoderamiento del Parlamento a favor de la potestad reglamentaria que sería contrario a la norma constitucional creadora de la reserva”*.

En atención a lo expuesto se estima que la concesión del año sabático que prevé el apartado del anteproyecto que se comenta -que en definitiva supone el reconocimiento del derecho a disfrutar de un tipo de permiso- debería venir regulada en la Ley en sus elementos esenciales (requisitos para acceder a ella, condiciones de disfrute, etc.), dejando al reglamento los aspectos menores que vengán a completar y desarrollar tal normación. Esta disposición reglamentaria debería aprobarse, en cualquier caso, por el Consejo de Gobierno que, como se ha indicado en observaciones anteriores, es a quien corresponde originariamente la potestad reglamentaria de acuerdo con el artículo 13.Uno del Estatuto de Autonomía.

Similar observación ha de realizarse al apartado 1.i) de este artículo, que remite a la regulación de la Consejería la reducción de la jornada lectiva de aquellos profesores mayores de 55 años que lo soliciten. Ya desde la Ley deberá determinarse si se producirá o no una disminución proporcional de las retribuciones y los eventuales requisitos esenciales

que sean aplicables a tal situación, dejando al desarrollo reglamentario que, en todo caso, debería dictar el Consejo de Gobierno, los aspectos complementarios que resten.

Artículo 52. Evaluación y promoción.- El apartado 2 del mismo establece que *“El alumnado accederá al ciclo educativo o etapa siguiente cuando alcance el nivel de competencia, o cuando, no habiéndolo alcanzado, haya permanecido un curso académico más en alguno de los ciclos. En este último caso, se pondrá especial énfasis en la individualización del proceso de enseñanza”*.

Esta cuestión aparece regulada en la LOE, en su artículo 20, apartados 2 al 4, de la siguiente forma: *“2. El alumnado accederá al ciclo educativo o etapa siguiente siempre que se considere que ha alcanzado las competencias básicas correspondientes y el adecuado grado de madurez. [] 3. No obstante lo señalado en el apartado anterior, el alumnado que no haya alcanzado alguno de los objetivos de las áreas podrán pasar al ciclo o etapa siguiente siempre que esa circunstancia no les impida seguir con aprovechamiento el nuevo curso. En este caso recibirán los apoyos necesarios para recuperar dichos objetivos. [] 4. En el supuesto de que un alumno no haya alcanzado las competencias básicas, podrá permanecer un curso más en el mismo ciclo. Esta medida podrá adoptarse una sola vez a lo largo de la educación primaria y con un plan específico de refuerzo o recuperación de sus competencias básicas”*.

El contraste entre ambos grupos de preceptos lleva a considerar que las alternativas de promoción previstas en el artículo 52.2 del anteproyecto -sólo dos- se han configurado de una forma tan precaria o confusa que mueven a la interpretación de que se excluye la posibilidad de acceso a un ciclo o etapa siguiente, no habiendo alcanzado todos los objetivos de las áreas educativas, en aquellos casos previstos en el artículo 20.3 de la LOE, que contempla tal posibilidad cuando *“esa circunstancia no les impida seguir con aprovechamiento el nuevo curso”*, sin la condición añadida de que los alumnos hayan repetido curso con anterioridad.

En consecuencia, el precepto analizado podría incurrir en una vulneración de la legislación básica estatal vigente en la materia.

Sobre el concepto de *“Educación de Personas Adultas”*.- En el artículo 92 y siguientes del anteproyecto de Ley -Capítulo IX del Título II- no se hace una delimitación de esta clase de educación ajustada a los criterios definitorios trazados en la LOE.

El referido artículo 92 del anteproyecto prevé: *“1. La educación de personas adultas tiene como finalidad que los ciudadanos y ciudadanas adultos de Castilla-La Mancha puedan adquirir, actualizar, completar o ampliar sus*

conocimientos y adquirir nuevas competencias para su desarrollo personal y profesional. [] 2. La educación de personas adultas tiene como objetivo hacer efectivo el derecho de las personas a una educación permanente, que se concibe como una necesidad para la mejora de la sociedad”.

Por su parte, el artículo 94.1 del anteproyecto, relativo a los fines a los que se orienta este tipo de enseñanzas, dispone que *“1. La oferta de la educación de personas adultas incluirá enseñanzas para la obtención de una titulación educativa, el acceso a diferentes etapas del sistema educativo, la formación profesional y el desarrollo personal y comunitario. [] La educación de personas adultas estará orientada: [] [...] c) A la obtención del Título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria y la cualificación profesional a través de programas de cualificación profesional inicial. [] [...]”.*

Asimismo, en el artículo 95 del anteproyecto, relativo a los centros donde pueden impartirse esta clase de enseñanzas, su apartado 6 establece: *“La Consejería competente en materia de educación podrá ofertar en los centros, aulas y actuaciones de educación de personas adultas programas formativos específicos dirigidos a jóvenes de entre 16 y 18 años que abandonan de forma prematura el sistema educativo”.*

Sin embargo, la LOE sigue pautas definitorias diferentes respecto a la manera en que la edad del alumnado comporta el encuadramiento de los estudios seguidos dentro de esta singular modalidad educativa, pues en sus artículos 66.1 y 67.1 se establece:

“66.1.- La educación de personas adultas tiene la finalidad de ofrecer a todos los mayores de dieciocho años la posibilidad de adquirir, actualizar, completar o ampliar sus conocimientos y aptitudes para su desarrollo personal y profesional”.

“67.1.- Además de las personas adultas, excepcionalmente, podrán cursar estas enseñanzas los mayores de dieciséis años que lo soliciten y que tengan un contrato laboral que no les permita acudir a los centros educativos en régimen ordinario o sean deportistas de alto rendimiento. Podrán incorporarse a la educación de personas adultas quienes cumplan dieciocho años en el año en que comience el curso”.

De tal modo, se aprecia que el anteproyecto de Ley pretende integrar dentro del concepto de educación de adultos opciones formativas que la LOE subsume dentro de la regulación de la ESO, concebidas como alternativas al cauce educativo ordinario conducentes a la obtención del título de Graduado en ESO y niveles primarios de cualificación profesional, y a las que pueden acogerse los jóvenes a partir de los 15

años. Esto es así por cuanto el artículo 30.1 de la LOE, regulador de los citados programas de cualificación profesional inicial mencionados en el artículo 94.1.c) del anteproyecto, establece: “*Artículo 30. Programas de cualificación profesional inicial [] 1. Corresponde a las Administraciones educativas organizar programas de cualificación profesional inicial destinados al alumnado mayor de dieciséis años, cumplidos antes del 31 de diciembre del año del inicio del programa, que no hayan obtenido el título de Graduado en educación secundaria obligatoria. Excepcionalmente, y con el acuerdo de alumnos y padres o tutores, dicha edad podrá reducirse a quince años para aquellos que cumplan lo previsto en el artículo 27.2. En este caso, el alumno adquirirá el compromiso de cursar los módulos a los que hace referencia el apartado 3.c) de este artículo. [] [...]*”. El citado artículo 27.2 hace referencia a los alumnos que no estén en condiciones de promocionar al tercer curso de la ESO y hayan repetido ya una vez en secundaria.

En consecuencia, el anteproyecto de Ley adopta una concepción de la “*educación de adultos*” que se aparta, sin propósito advertible, de los criterios definitorios de la misma contenidos en la LOE, que tienen carácter limitativo en cuanto a la edad de las personas que pueden acogerse a este sistema especial de educación, integrando dentro de este tipo de educación ofertas formativas que tienen perfecta acogida dentro del abanico de opciones educativas previstas en la regulación de la ESO para los alumnos de entre 16 y 18 años, los cuales, como claramente prevé el artículo 4.2 de la LOE, pueden permanecer hasta esa última edad dentro del sistema en régimen ordinario cursando la enseñanza básica, sin ser derivados a centros o aulas de educación de personas adultas.

Por ello, se considera que los preceptos analizados se hallan en contradicción con lo previsto en la legislación básica estatal vigente en la materia.

Artículo 99. Definición, clasificación y denominación de los centros docentes.- El apartado 6 del precepto remite la determinación de la denominación de los centros docentes públicos a lo previsto en el artículo 111 de la LOE. Este último regula con el carácter de norma básica la denominación de los centros públicos, expresando en su apartado 2 que “*Los centros públicos que ofrecen educación infantil y educación primaria se denominarán colegios de educación infantil y primaria*”, añadiendo en el apartado 5 que “*Corresponde a las Administraciones educativas determinar la denominación de aquellos centros públicos que ofrezcan enseñanzas agrupadas de manera distinta a las definidas en los puntos anteriores*”. La habilitación que en este apartado se confiere a las Administraciones educativas para determinar la denominación de los centros públicos se refiere a aquellos

supuestos en los que en un centro se impartan enseñanzas agrupadas de forma distinta a alguna de las previstas en el referido artículo 111, pero no a cuando coincidiendo las enseñanzas, el centro integre unidades de diferentes localidades. Por ello, la denominación que en la letra b) del artículo 99.6 se efectúa de los centros públicos de educación infantil y primaria que integran unidades de distintas localidades como “*colegios rurales agrupados*”, no se ajusta a lo establecido en la legislación básica. La identificación de la peculiar característica de estos centros puede efectuarse añadiendo a la denominación de colegios de educación infantil y primaria el apelativo de “*rurales agrupados*”, tal y como se efectúa en la letra a) del mismo apartado respecto de los escuelas infantiles, en las que manteniendo la denominación fijada en el artículo 111.1 de la LOE, se ha añadido el calificativo de “*rurales agrupadas*”.

Artículo 101. La escolarización en centros públicos y privados concertados.- En el apartado 7, ubicado en un artículo que según su título se refiere a los centros públicos y privados concertados, se dice que en los centros privados -no concertados- la responsabilidad de realizar el proceso de admisión corresponde a los titulares de los centros, cuando el artículo 25 de la LODE, confiere a los centros privados no concertados autonomía para determinar, entre otras cosas, el procedimiento de admisión de alumnos, lo que supone que es el centro el que puede atribuir dicha responsabilidad al titular, al órgano de administración, a un patronato o a quién estime conveniente. Por ello, la esencialidad de esta consideración no lo es por el fondo, sino por contener un exceso de regulación al concretar a quién le corresponde determinar el procedimiento de admisión de alumnos. Es de significar, además, que esta precisión se efectúa en un artículo que, según su título no debiera regular la escolarización en centros privados no concertados, razón que abunda en la recomendación de que se proceda a su eliminación.

Artículo 133. Cooperación con las corporaciones locales.- El apartado 3 de este precepto dispone que “*los municipios facilitarán a la Consejería competente en materia de educación, sin coste para ésta, los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes públicos o la ampliación de los existentes*”. El carácter global y sin matices otorgado a la redacción de este apartado debe de ser objeto de un reparo esencial, porque excede las previsiones contenidas tanto en la legislación educativa básica como en la de Régimen Local respecto de la cooperación entre las Corporaciones Locales y las administraciones educativas en la construcción de centros educativos.

Tanto la Ley de Bases de Régimen Local como la LOE establecen la obligación de las Entidades locales de cooperar en la obtención de solares para la construcción de centros docentes. En concreto, el artículo 25.n) de la Ley de Bases de Régimen Local dispone, entre las competencias municipales, la de “[...] *cooperar con la Administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento de los centros docentes públicos*”. Por su parte la LOE establece en el apartado 4) de su disposición adicional decimoquinta que “*los municipios cooperarán con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes*”.

Si bien los citados preceptos imponen una obligación de cooperación, su desarrollo, tanto en servicios locales como en asuntos de interés común se efectúa “*con carácter voluntario, bajo las formas y en los términos previstos en las leyes pudiendo tener lugar, en todo caso, mediante los consorcios o convenios administrativos que suscriba*”, tal como dispone el artículo 57 de la referida Ley de Bases de Régimen Local. El anterior precepto debe ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 71 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, en cuanto a la prohibición de costear servicios del Estado o de las Comunidades Autónomas, “*sin perjuicio de las fórmulas de colaboración voluntaria*”.

Estima, por tanto, este Consejo que el abordaje de esta cuestión debe efectuarse de un modo más pormenorizado partiendo en primer lugar de la distinción que en esta materia efectúa la propia LOE, en función del tipo de centro público educativo. Así, la disposición adicional decimoquinta apartado 2 de la LOE dispone que corresponde a los municipios la conservación, el mantenimiento y la vigilancia de los edificios destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial, sin que puedan destinar dichos edificios a otros servicios o finalidades sin la previa autorización de la Administración Educativa. En consecuencia, en el caso de estos centros, no se produce una transmisión de la propiedad del solar a favor de la Junta de Comunidades, sino la mera puesta a disposición para que ésta ejecute la construcción.

Respecto a los restantes tipos de centros docentes públicos, la obligación de los municipios de cooperar en la obtención de los solares, podría concretarse en la cesión gratuita con carácter vinculante para los Ayuntamientos cuando su obtención por éste derive de las cesiones obligatorias y gratuitas obtenidas de la ejecución del planeamiento urbanístico que haya calificado ese suelo como dotaciones educativas.

Por el contrario, en los restantes casos, la obtención de solares deberá materializarse mediante fórmulas de cooperación que, conforme a lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, serán de carácter voluntario.

V

Observaciones no esenciales de carácter general.- Procede seguidamente efectuar otras observaciones, desprovistas de carácter esencial, que vienen motivadas por cuestiones de técnica y sistemática normativa de alcance general, en tanto que presentan conexión con el conjunto del articulado o con varias partes del mismo.

1.- En primer término, es preciso señalar la conveniencia de introducir en la parte dispositiva del texto un **artículo comprensivo de las definiciones** de los diferentes conceptos que, procedentes del ámbito puramente educativo, han sido empleados a lo largo de la disposición. Su utilización sin haber realizado una acotación previa de sus límites introduce un margen de inseguridad no exento de dificultades a la hora de proceder a la comprensión, interpretación y aplicación de la Ley. La plasmación de dichas definiciones contribuirá a determinar con precisión el alcance de la regulación prevista en los preceptos en que se incluyan tales conceptos, a evitar interpretaciones erróneas de los mismos y, en definitiva, a impedir la tergiversación de la voluntad del legislador y favorecer la seguridad jurídica.

El apartado I.d).17 de las Directrices de técnica normativa aprobadas por acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 incluye los preceptos que contemplan tal objeto dentro de las disposiciones generales, señalando que *“Deberán figurar en los primeros artículos de la disposición y son directamente aplicables, en cuanto forman parte de la parte dispositiva de la norma”*.

Atendiendo a esta pauta, se sugiere que el nuevo precepto regulador de las definiciones que se propone sea incluido en el Título Preliminar de la Ley, estimándose que para lograr su ubicación más adecuada debería situarse tras la expresión del objeto de la norma y previamente a la determinación de los principios rectores, ejes básicos y fines del sistema educativo.

La incorporación de este nuevo precepto requerirá la realización previa de un repaso al texto del anteproyecto propuesto a fin de deter-

minar los conceptos que convendría fueran definidos, entre los cuales, y sin ánimo exhaustivo, se estima que deberían incluirse los de oferta educativa, jornada escolar, escuela rural, proyecto educativo, proyecto de gestión del centro, aspectos formales y no formales de la educación, optatividad y opcionalidad, ciudades educadoras, proyecto de actividades, sistema educativo de Castilla-La Mancha y servicio educativo público de Castilla-La Mancha -conceptos estos dos últimos de los que no se aporta una definición en los artículos 3 y 7 del anteproyecto que los regulan, especificando únicamente los elementos que los conforman-.

2.- Reproducción de normativa básica y orgánica.- El examen del conjunto del articulado deja ver que, por medio de diferentes fórmulas, éste incorpora una gran parte del contenido normativo de la LOE, de la LODE o, en ocasiones, de los Reales Decretos aprobados por el Gobierno de la nación para su desarrollo, con la misma condición de normativa básica dictada al amparo del título competencial enunciado en el artículo 149.1.30ª de la Constitución. Se aprecia así, que en unos casos se hacen fieles reproducciones de preceptos de la LOE, en otros se escinde, funde o recompone el contenido de sus artículos, y en ocasiones se hacen simples remisiones a lo establecido en preceptos concretos de la misma.

Esta técnica de la reiteración ha venido siendo cuestionada por este Consejo en anteriores ocasiones (entre otros muchos, en sus dictámenes 25/2000, de 4 de abril; 59/2001, de 26 de abril; 26/2002, de 21 de febrero; 77 y 78/2002, ambos de 5 de junio), trayendo a colación la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional que consideraba tal práctica como “*potencialmente peligrosa*”.

En su Sentencia 150/1998, de 2 de julio, reproduce el Alto Tribunal su posición mantenida en relación a tal reiteración normativa, remitiendo a lo expuesto en su anterior Sentencia 162/1996, de 17 de octubre, en la que advertía de la posible inconstitucionalidad de estas prácticas legislativas por inadecuadas al sistema de fuentes configurado en la Constitución. Así lo hizo respecto de la reproducción por la ley de preceptos constitucionales (Sentencia 76/1983, de 5 de agosto, fundamento jurídico 23), en aquellos casos en los que leyes autonómicas reproducían normas incluidas en la legislación básica del Estado (Sentencias 40/1981, de 18 de diciembre, y 26/1982, de 24 de mayo) o incluso cuando por ley ordinaria se reiteraban preceptos contenidos en una ley orgánica, pues estos casos “*pueden mover a la confusión normativa y conducir a la inconstitucionalidad derivada de la norma, como ocurre en aquellos supuestos en los que el precepto reproducido pierde su vigencia o es modificado*”.

manteniéndose vigente, sin embargo, el que lo reproducía” (Sentencias del Tribunal Constitucional 162/1996, de 17 de octubre, y 150/1998, de 2 de julio).

Dicho esto, y a modo de ejemplo, conviene hacer una mención destacada a diversos supuestos de reproducción de normativa básica y orgánica hallados en el texto proyectado, que se consideran desaconsejables:

a) **Artículos 4, 5 y 6, relativos respectivamente a principios rectores, ejes básicos y objetivos del sistema educativo.**- En estos tres preceptos citados se define y configura el sistema educativo de Castilla-La Mancha relacionando sus principios rectores, ejes básicos y objetivos. Es preciso poner de manifiesto una primera observación en el sentido de que no se alcanza a determinar la diferencia conceptual existente entre *“principios rectores”* y *“ejes básicos”* la cual, por otro lado, no ha sido recogida en la LOE, que sólo regula los *“Principios”* y *“Objetivos”* en sus artículos 1 y 2 respectivamente, ambos con carácter básico.

En segundo lugar hay que indicar, además, que en el texto proyectado se han tomado parcialmente las previsiones de la norma estatal -de forma, a veces, poco clara-, y se han vinculado en muchos casos a categorías distintas de las previstas en aquélla. Son ejemplos de lo anterior el artículo 4.4 del anteproyecto que prevé como principio rector la cultura dirigida a la *“prevención de conflictos”*, que el artículo 2.c) de la Ley Orgánica prevé como fin. El artículo 5.4 del anteproyecto define como eje básico *“las competencias interculturales”*, consignándolo como fin el artículo 2.1.g) de la Ley Orgánica. *“La igualdad de hombres y mujeres”* que prevé como eje básico el artículo 5.5 del anteproyecto, se cataloga como principio en el artículo 1.1) de la Ley Orgánica. El *“reconocimiento social del profesorado”* que se contempla como eje básico en el artículo 5.6 del anteproyecto, se define como principio en el artículo 1.m) de la Ley Orgánica. La *“educación durante toda la vida”* que se integra entre los ejes básicos por el artículo 5.8 del anteproyecto, se incluye como principio en el artículo 1.d) de la Ley Orgánica. El *“desarrollo de los procesos de evaluación”* que contempla como objetivo el artículo 6.11 del anteproyecto, se relaciona como principio en el artículo 1.ñ) de la Ley Orgánica.

Esta confusión se produce incluso dentro del propio texto del anteproyecto, así en el artículo 6.14 se contempla como objetivo *“prestar un servicio educativo de calidad”*, cuando el artículo 4.2 recoge como principio rector el de *“la calidad en la educación”*. Asimismo, el artículo 4.4 del

anteproyecto incorpora a los principios rectores “*La igualdad de hombres y mujeres*”, integrándola también entre los ejes básicos el artículo 5.5 del anteproyecto.

Para evitar la situación descrita se sugiere que el anteproyecto contemple idénticas categorías conceptuales que las previstas en la Ley Orgánica -principios y objetivos- partiendo del mínimo que fijan los preceptos básicos, para destacar exclusivamente los aspectos novedosos que se estime necesario añadir a tales categorías.

b) **Artículo 10. Derechos del alumnado.**- Recoge parcialmente lo previsto en el artículo 6 de la LODE en el que se regulan tales derechos. Esta regulación debería ser la base mínima a partir de la cual deberían plasmarse las ampliaciones previstas por la Comunidad Autónoma.

c) **Artículo 11. Deberes del alumnado.**- Se formula idéntica observación a la prevista en el comentario anterior.

d) **Artículo 24. Otros derechos de los padres y madres o tutores y tutoras legales.**- Transcribe parcialmente el artículo 4 de la LODE, el cual debería constituir la regulación mínima a partir de la cual normar exclusivamente las novedades autonómicas.

e) **Artículo 25. Deberes de los padres y madres o tutores y tutoras legales.**- Se reitera el comentario recogido en el apartado anterior en relación al artículo 4 de la LODE que también regula los deberes de los padres.

f) **Artículo 35. Las competencias básicas.**- Otra muestra característica del riesgo innecesario que comporta esta técnica se halla también en el artículo 35. 3 del anteproyecto, donde se recoge una relación de las competencias básicas de las enseñanzas obligatorias fijadas por el Estado en los Reales Decretos 1513/2006, de 7 de diciembre, sobre las enseñanzas mínimas de la Educación Primaria, y 1631/2006, de 29 de diciembre, que establece las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria, las cuales son llevadas al texto del anteproyecto en calidad de competencias incorporadas al llamado “*currículo de Castilla-La Mancha*”. De tal modo que, como se ha apuntado antes, en caso de modificación sobrevinida de la referida normativa básica estatal, pueden surgir disfuncionalidades o incluso contradicciones entre la nueva regulación que aprobase el Estado y el contenido de la legislación autonómica.

g) **Artículo 144. Factores de calidad educativa.-** Dicho precepto está redactado en los siguientes términos: “*La Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha prestará una atención prioritaria a los factores que favorecen la calidad de la enseñanza y, en particular, a: [] a) El fomento del plurilingüismo. [] b) La cualificación y formación del profesorado. [] c) La orientación educativa y profesional. [] d) La inspección de educación. [] e) La evaluación del sistema educativo. [] f) La gestión educativa y la información*”.

En el mismo se transcribe parcialmente el artículo 2.2 de la LOE, de carácter básico, sin mencionarlo, y sin ajustarse a la redacción de éste. De hecho elimina de la relación los siguientes factores de calidad a los que los poderes públicos deben prestar una atención prioritaria: el trabajo en equipo del profesorado, la dotación de recursos educativos, la investigación, experimentación y la renovación educativa, la autonomía pedagógica organizativa y de gestión y la función directiva.

De este modo, elimina la obligación de prestar una atención prioritaria a determinados factores de calidad impuesta por la norma básica estatal o, cuando menos, crea una discordancia entre ambas normas.

h) **Artículo 166. Ámbitos e información.-** El apartado 1 transcribe sin mencionarlo el artículo 141 de la LOE. Se propone que se incorpore a su redacción una referencia expresa a este precepto de la legislación básica estatal.

3.- El examen del articulado de la norma permite apreciar en varias ocasiones que no se han seguido unos **criterios de división** uniformes.

Así, en el Capítulo II del Título II, sus dos primeros artículos -el 37 y 38- no aparecen encuadrados dentro de Sección alguna, a pesar de que el resto del Capítulo sí se ha estructurado en dos Secciones. Igualmente, en el Capítulo VI del mismo Título II, los dos primeros artículos -78 y 79- no han sido integrados en ninguna Sección, a diferencia del resto de su articulado, que ha quedado fragmentado en tres Secciones. Análogas circunstancias se dan en los artículos 111 y 144; el primero de ellos, por situarse en el Capítulo III del Título III pero fuera de Sección alguna, y el segundo, localizado en el inicio del Título VI, por no haber sido incluido en ningún Capítulo, cuando el resto del Título se halla dividido en Capítulos.

Estas manifestaciones de asimetría estructural no parecen compatibles con una interpretación lógica de lo recomendado en las antes citadas Directrices de técnica normativa aprobadas el 22 de julio de

2005 por el Consejo de Ministros para su aplicación en el Estado, toda vez que en la directriz número 21, relativa a la división del articulado de las normas, se indica: “20. *División.*- *El artículo es la unidad básica de toda disposición normativa, por lo que esta división debe aparecer siempre en dichas disposiciones. El articulado se podrá dividir en: [] a) Libros. [] b) Títulos. [] c) Capítulos. [] d) Secciones. [] e) Subsecciones. [] No se pasará de una unidad de división a otra omitiendo alguna intermedia, salvo en el caso de las secciones, ya que los capítulos podrán dividirse en secciones y éstas, si procede, en subsecciones, o bien directamente en artículos”.*

4.- Ordenación del contenido de la Ley.- Mediante el anteproyecto objeto de dictamen se pretende efectuar el desarrollo legislativo de la LOE. Por ello, y al objeto de que el texto que efectúa el desarrollo legal tenga la misma sistemática que el desarrollado, resulta más adecuado, desde el punto de vista de técnica normativa, que el Título IV, “*Equidad en la Educación*”, se incluya como Título III, después del dedicado a “*El proceso de enseñanza y aprendizaje*”. Asimismo se observa que en este Título no contiene ninguna referencia al alumnado con altas capacidades intelectuales y a los alumnos con integración tardía en el sistema educativo español, mientras que la Ley básica estatal regula ambos aspectos en las Secciones segunda y tercera del Capítulo I del Título II dedicado a la “*Equidad en la Educación*”.

VI

Observaciones específicas de carácter no esencial.- Procede en esta última consideración pasar a exponer otras cuestiones de orden conceptual, de técnica y sistemática normativa o simples extremos de redacción suscitados por el texto del anteproyecto, cuya atención redundaría en beneficio de la calidad técnica de la Ley.

Exposición de Motivos.- La parte expositiva del anteproyecto se adapta en general a lo previsto el apartado I.c). 12 de las Directrices de técnica normativa aprobadas por el Consejo de Ministros por acuerdo de 22 de julio de 2005, el cual exige que su objeto quede circunscrito a “*describir su contenido, indicando su objeto y finalidad, sus antecedentes y las competencias y habilitaciones en cuyo ejercicio se dicta*”.

En relación a este último aspecto, el apartado I cita como única competencia ejercitada con la aprobación de la norma la recogida en el artículo 37 del Estatuto de Autonomía, que encomienda a la Junta de Comunidades el desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza

en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución y leyes orgánicas que lo desarrollen. Al anterior título competencial debería añadirse el previsto en el artículo 39. Tres de la citada norma estatutaria relativo a la competencia en materia de “*establecimiento del régimen estatutario de sus funcionarios*”, la cual es ejercitada cuando se regulan determinados aspectos atinentes al régimen de prestación de servicios por el profesorado. Asimismo, debería incluirse el recogido en el artículo 31.1.1ª del Estatuto de Autonomía referente a la competencia exclusiva en cuanto a “*Organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno*”, ejercitando en diversos preceptos en los que se procede a la creación de órganos administrativos propios y al establecimiento de una organización descentralizada en delegaciones de ámbito provincial.

Asimismo y para contribuir a mejorar la técnica normativa del anteproyecto es preciso indicar que, de acuerdo con lo establecido en el apartado I.c).15 de las mencionadas Directrices, los números romanos con los que se identifican los diferentes apartados de que consta la Exposición de Motivos, deberán ir centrados en el texto.

Artículo 2. Finalidad.- Por su contenido y en base a lo dispuesto en el apartado I.c).12 de las Directrices de técnica normativa al que se ha aludido en el comentario anterior, este precepto se estimaría mejor ubicado en la Exposición de Motivos. Su eliminación de la parte dispositiva de la norma contribuiría, asimismo, a clarificar los términos en que han sido redactados los primeros preceptos del texto, pues el artículo 1.1 concreta el objeto de esta Ley en la regulación del sistema educativo de Castilla-La Mancha, del que habrán de definirse su finalidad, objetivos y principios rectores, regulando a continuación el artículo 2 la “*finalidad*” pero no del sistema educativo, sino de la propia Ley de Educación.

Artículo 4. Los principios rectores del sistema educativo.- En el primer párrafo sobra el término “*demás*” vinculado a “*tratados internacionales*”, dado que las normas citadas con anterioridad en el párrafo no tienen ese carácter.

Artículo 7. El servicio educativo público de Castilla-La Mancha.- El apartado 2 determina los elementos que componen el servicio educativo público de Castilla-La Mancha. El punto b) relativo a los “*centros docentes de titularidad de las Corporaciones Locales y de otras Administraciones Públicas*”, debería circunscribirse al territorio de la Comunidad Autónoma.

Asimismo, en el apartado 3, la referencia al “*sistema educativo*” debe realizarse al “*servicio educativo*”, que es el concepto que se regula en el precepto comentado.

Sin perjuicio de lo manifestado en la consideración IV.A), es preciso indicar que en el apartado 4 se establece como facultad de la Consejería competente en materia de educación “*la programación general de la enseñanza con la participación de los sectores afectados y la aprobación de la oferta educativa*”. El artículo 27 de la LODE encomienda tal aprobación en su apartado 1 a los “*Poderes Públicos*”, determinando en los apartados siguientes el ámbito en que ha de desenvolverse la programación que corresponde a las Comunidades Autónomas. La Disposición Adicional primera de la referida Ley Orgánica afirma en su apartado 2.b) que corresponde al Estado “*la programación general de la enseñanza en los términos establecidos en el artículo 27 de la presente Ley*”. A fin de evitar cualquier sombra de injerencia en la distribución competencial establecida en dicha norma estatal, se sugiere que el contenido del precepto que se comenta se remita a lo previsto en el artículo 27 y Disposición Adicional primera de la LODE.

Artículo 8. El papel del alumnado.- En el apartado 2 se recoge como requisito principal del éxito educativo el esfuerzo del alumnado, conjuntamente con el del profesorado, las familias “*y la sociedad en su conjunto*”. No resulta inteligible la razón de la vinculación de este último aspecto con el éxito educativo.

Artículo 9. Igualdad de derechos y deberes.- En el apartado 1 se hace referencia genérica al artículo 6 de la LODE, relativo a “*Derechos de los alumnos*”. Esta referencia resultaría mejor expresada si se restringiera al apartado 1 de este último precepto de la Ley Orgánica, que es el que se corresponde con el contenido del artículo que se comenta.

En el apartado 4 dispone que el Estatuto del Alumnado no universitario de Castilla-La Mancha, que será aprobado por Decreto del Consejo de Gobierno, “*recogerá sus derechos y deberes y regulará su ejercicio*”. Tales derechos y deberes ya se consignan en el artículo 6 de la LODE y se especifican en los artículos siguientes del anteproyecto, normas éstas cuyo rango las hace más adecuadas para la determinación de los mismos.

El apartado 5 establece que la Consejería competente realizará “*el seguimiento y la evaluación del ejercicio de los derechos y del grado de cumplimiento de los deberes del alumnado*”, actuaciones éstas nada concretas sobre las que ya en la Ley se debería, al menos, esbozar el modo o medios en que habrán de ser materializadas.

Artículo 10. Derechos del alumnado.- En el apartado 2 no se alcanza a comprender el sentido del verbo “*se sustentarán*”, por lo que se sugiere su sustitución.

Artículo 11. Deberes del alumnado.- Se formula idéntica observación a la prevista en el comentario anterior.

Artículo 12. Asociaciones del alumnado.- Reconoce el precepto el derecho de los alumnos a asociarse, conforme a lo previsto en la Ley 3/2007, de 8 de marzo, de Participación Social en la Educación, remitiendo a esta norma legal los fines de dichas asociaciones. Su contenido no aporta nada al texto ya que ambos aspectos vienen regulados en el artículo 7 de la LODE y a nivel autonómico en los artículos 26 y 28 de la citada Ley 3/2007, de 8 de marzo.

Artículo 13. Medidas de fomento del asociacionismo.- El apartado 3 prevé que las asociaciones del alumnado y las federaciones y confederaciones podrán ser declaradas de utilidad pública “*de acuerdo con lo que reglamentariamente se disponga por el órgano competente de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*”. Tal redacción resulta imprecisa e indeterminada. Debería esbozarse, al menos, el fin a que atiende dicha declaración y el órgano competente para acordarla.

Artículo 14. La participación del alumnado.- El apartado 1 remite a lo establecido reglamentariamente la participación del alumnado a través de sus representantes elegidos democráticamente en los consejos escolares de centro y de localidad, así como en el Consejo Escolar de Castilla-La Mancha. La traslación al reglamento de tal regulación sobre la participación debería clarificarse, en cuanto la misma ya se ha previsto en la Ley 3/2007, de 8 de marzo, de Participación Social en la Educación.

Artículo 15. La colaboración del alumnado.- No resulta inteligible el sentido del último inciso “*La Consejería competente en materia de educación establecerá el procedimiento para que esta colaboración tenga un adecuado reconocimiento*”. Se sugiere que para mayor claridad del precepto se redacte con más precisión.

Artículo 16. Funciones del profesorado y apoyo a la profesionalidad.- En este artículo es preciso atender a los apartados 3 y 4 cuya dicción es la siguiente: “3. *La Administración educativa regulará los supuestos, las condiciones y el alcance de la autoridad del profesorado en el ejercicio de sus funciones. []* 4. *La Consejería competente en materia de educación comunicará a la fiscalía correspondiente las actuaciones contra el profesorado*

que, en su caso, pudieran constituir un supuesto de atentado contra la autoridad pública en el ejercicio de sus funciones”.

Aun con la imprecisión que presentan, la lectura conjunta de ambos apartados parece vincular el reconocimiento de esta “*autoridad*” al ámbito disciplinario, el cual viene informado por principios de Derecho Penal. Si así fuera hay que tener en cuenta que el artículo 24.1 del Código Penal no incluye a los funcionarios docentes entre los sujetos a los que se reconoce como autoridad a efectos penales, sin que la Comunidad Autónoma pueda innovar en esta materia cuya competencia corresponde en exclusiva al Estado -*ex* artículo 149.1.6^a de la Constitución-. Si simplemente se deseara plasmar en el marco legal el reconocimiento y respaldo a la labor del profesor, reforzando de este modo su autoridad moral -así lo prevé el artículo 104 de la LOE-, deberían especificarse desde la propia Ley -siguiendo las medidas esbozadas en los artículos 16.2 y 20 del anteproyecto- los supuestos, condiciones y alcance de la misma, cuya remisión a una norma reglamentaria no resulta justificada. En cualquier caso, y en sintonía con lo señalado en la consideración IV con carácter esencial respecto a las diversas habilitaciones reglamentarias que efectúa el anteproyecto, una eventual norma reglamentaria que viniera a completar la regulación recogida en la Ley debería ser aprobada por el Consejo de Gobierno como titular originario de la potestad reglamentaria de acuerdo con lo establecido en el artículo 13.Uno del Estatuto de Autonomía, debiendo especificarlo claramente el precepto y evitando cualquier indeterminación como la que se produce con la redacción actual que alude de modo impreciso a la “*Administración educativa*”.

El segundo apartado transcrito contempla la obligación de la Consejería de comunicar al Ministerio Fiscal las actuaciones contra el profesorado que pudieran ser constitutivas de “*atentado contra la autoridad pública en el ejercicio de sus funciones*”. Ya se ha advertido que resulta incorrecto calificar al profesorado de “*autoridad pública*” a efectos penales, por lo que tales acciones nunca podrían ser constitutivas de ese tipo penal en tales términos. No debe ignorarse, no obstante, en este punto que el artículo 550 del Código Penal establece que “*Son reos de atentado los que acometan a la autoridad, a los agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave, cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas*”. A la vista del mismo cualquier actuación de acometimiento, fuerza, intimidación o resistencia activa contra el profesorado en el ejercicio de sus funciones cabría dentro del tipo penal de atentado, pues se trata de funcionarios públicos. No es, por tanto, necesario recurrir a la extensión del concepto de autoridad pública al profesorado -aspecto

que, como se ha dicho, no entra dentro del ámbito de disposición de la Comunidad Autónoma- para que pueda verse amparado por el Código Penal ante las actuaciones constitutivas de delito de atentado, pues ello le vendría dado por su condición de funcionarios públicos.

Finalmente, en lo que respecta al apartado 4 del precepto que se comenta, resta añadir que no resultan perceptibles las razones por las que la obligación de denuncia por la Consejería a la Fiscalía se vincula únicamente al presunto delito de atentado y no se generaliza para todas las actuaciones que pudieran ser constitutivas de delito, independientemente del tipo en que incurrieran.

En base a las observaciones expuestas se estima que deberían revisarse los apartados comentados otorgándoles, en su caso, una nueva redacción, precisando ya desde la Ley el indeterminado y confuso concepto de “*autoridad*” que utiliza el precepto, los supuestos que comprende y sus condiciones y alcance y estableciendo la obligación de la Consejería de denunciar las actuaciones de cualquier tipo realizadas contra el profesorado dentro del ámbito educativo que pudieran ser constitutivas de delito.

Artículo 17. Ingreso y promoción en los cuerpos de la función pública docente.- En el apartado 2 se describe el contenido de la fase de prácticas prevista para el ingreso en la función pública docente por la Disposición Adicional Duodécima de la LOE, afirmando que incluirá la realización de un curso de formación organizado por la Consejería y la “*evaluación de la actividad docente*”. En aras al principio de seguridad jurídica, este último concepto debería ser precisado, atendiendo al contenido de lo previsto en el artículo 31 del Real Decreto 276/2007, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso, accesos y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes a que se refiere la LOE, y se regula el régimen transitorio de ingreso a que se refiere la disposición transitoria decimoséptima de la citada Ley, norma de carácter básico.

En el apartado 5 resulta confusa la alusión a la “*misma Disposición*”, por lo que se sugiere que se añada “*Adicional*”.

Artículo 18. Ordenación de los puestos de trabajo docente.- Convendría otorgar una nueva redacción al último inciso del apartado 1 que prevé que “*De forma excepcional, personal en régimen laboral podrá formar parte de la función pública docente*”, a fin de evitar la imprecisión de que adolece.

En el apartado 2 la determinación reglamentaria a que se alude resultaría más acotada si se refiriera a la concreta Relación de Puestos de Trabajo.

Artículo 21. Otras medidas de apoyo profesional.- El apartado 1 relaciona una serie de medidas de apoyo al profesorado que “*adoptará*” la Consejería competente en materia de educación. Dado que las medidas recogidas en el precepto son una mera posibilidad que el profesorado podrá solicitar o no, se estima que el tiempo verbal empleado debería sustituirse por “*podrá adoptar*” u otro similar que no implique obligatoriedad absoluta.

En el punto g) de dicho apartado 1 se recoge el acceso gratuito a préstamos de las bibliotecas y a museos dependientes de la Junta de Comunidades “*de acuerdo con lo que ésta disponga*”. El artículo 104.3 de la LOE prevé con carácter básico y sin condiciones el acceso gratuito por el profesorado, debidamente acreditado, a las bibliotecas y museos dependientes de los poderes públicos y al préstamo de libros y materiales que ofrezcan dichas bibliotecas. Desde esta perspectiva debería redactarse el apartado del anteproyecto que se comenta, de modo que no quede en la capacidad de disposición del departamento competente de la Administración de la Junta de Comunidades -al que debería remitirse el precepto y no a la propia Junta- la posibilidad de reconocer o no este derecho, sino que partiendo de su asunción plena por la Ley, dicho departamento pueda introducir únicamente requisitos para hacerlo efectivo -acreditación, etc.- siempre que no limiten el mismo.

En el apartado 3 se encomienda a la Consejería competente en la materia el favorecimiento del aprovechamiento de la experiencia profesional del profesorado jubilado mediante su colaboración voluntaria con los centros docentes y con el profesorado “*en tareas compatibles con su condición, en los términos y con el procedimiento establecidos para ello*”.

Si con tal dicción se pretende contemplar supuestos de colaboración puntual y esporádica de la que no derive gratificación alguna, no se alcanza a comprender la necesidad de establecer un marco regulador y diseñar un procedimiento específico al que hayan de adaptarse -resultando además impreciso el órgano que ha de determinarlo y el alcance de dicha regulación-, haciéndose innecesario el precepto.

Si, por el contrario, se pretendiera contemplar supuestos de colaboración retribuida y más o menos periódica ha de advertirse del peligro potencial que conlleva en la práctica la regulación prevista, pues en todo caso debería tratarse de tareas y situaciones compatibles con la condición de jubilado del colaborador.

Desde esta perspectiva se sugiere la revisión del precepto que se comenta y la eliminación o modificación del mismo.

Artículo 24. Otros derechos de los padres y madres o tutores y tutoras legales.- Se sugiere sustituir el verbo “*sustentarán*” que contiene en precepto, a fin de clarificar el significado que desea otorgarse al mismo.

Artículo 25. Deberes de los padres y madres o tutores y tutoras legales.- El apartado 2 dispone que “*Los centros docentes promoverán que las familias o tutores legales suscriban compromisos orientados a la mejora del estudio y la convivencia de sus hijos e hijas o pupilos*”. En los términos en que está redactado el apartado no se percibe la trascendencia que pueda tener el compromiso orientado a la mejora del estudio y la convivencia. Tal compromiso lo prevé de modo más específico la Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía, en su artículo 32, orientado a los alumnos que presentan problemas de conducta a fin de establecer mecanismos de coordinación con sus familias. En este sentido se regula igualmente en el artículo 21.3 del Decreto 3/2008, de 8 de enero, sobre convivencia escolar en Castilla-La Mancha. Tal es la orientación que se estima debería darse al precepto en el anteproyecto para que adquiriera plena significación.

Artículo 26. Asociaciones de madres y padres del alumnado.- Prevé el precepto el derecho de asociación que corresponde a los padres y tutores y los fines de dichas asociaciones. El precepto no aporta nada nuevo al texto, en cuanto tales aspectos ya se regulan en el artículo 5 de la LODE y en los artículos 26 y 27 de la Ley 3/2007, de Participación Social en la Educación a la que remite.

Artículo 27. Medidas de fomento del asociacionismo.- En el apartado 3 se contempla la posibilidad de que las asociaciones de madres y padres del alumnado puedan ser declaradas de utilidad pública, “*de acuerdo con lo que reglamentariamente se disponga por el órgano competente de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*”. Como ya se indicó de modo similar en el comentario al artículo 13.3 regulador de las medidas de fomento del asociacionismo del alumnado, tal redacción resulta imprecisa, por lo que debería consignarse en el precepto al menos el fin a que atiende dicha declaración y el órgano competente para acordarla.

Artículo 28. La participación de las familias en los consejos escolares.- Dispone que las familias tienen el derecho y el deber de participar, “*en los términos que se establezcan reglamentariamente*” y a través

de sus representantes elegidos democráticamente, en el Consejo Escolar del centro y de localidad, así como en el Consejo Escolar de Castilla-La Mancha. En similar sentido al advertido en el comentario atinente al artículo 14.1, la traslación al reglamento de tal regulación sobre la participación debería clarificarse, teniendo en cuenta que ya se ha previsto la misma en la Ley 3/2007, de 8 de marzo, de Participación Social en la Educación.

Artículo 32. Derechos y deberes del personal de administración y servicios y de atención educativa complementaria.- Reconoce el precepto a estas categorías de personal los derechos y deberes *“inherentes a su condición de miembro de la comunidad educativa”*. Deberían especificarse ya en la Ley cuáles son tales derechos y deberes.

Los artículos 33, 34 y 35 esbozan un **concepto de currículo**, como instrumento educativo unitario vinculado al ámbito territorial de la región, que parece difícilmente conciliable con la definición de dicha figura plasmada en el artículo 6.1 de la LOE, del que se infiere claramente que hay una pluralidad de currículos, uno para cada una de las enseñanzas reguladas en dicha Ley Orgánica. Resulta, por tanto, desconcertante y ampuloso hablar de *“El currículo de Castilla-La Mancha”*, en los términos en que se hace en los apartados 3 y 4 del artículo 35 del anteproyecto.

Abunda también en la pertinencia de este reparo el Consejo Escolar de Castilla-La Mancha, cuando en su dictamen de 8 de octubre de 2009 hizo una observación específica -la número 39- relacionada con esta confusión terminológica, proponiendo textualmente respecto al contenido del artículo 33, concerniente a la definición del currículo: *“creemos conveniente que se debe añadir al final del párrafo: «de cada una de la enseñanzas reguladas en la presente Ley»”*.

Artículo 45. Duración y etapas.- En los apartados 3 y 4 se introducen sendas referencias a una tipología de enseñanzas de nuevo cuño, denominada *“etapas esenciales”*, en la que quedarían incluidas las enseñanzas de bachillerato y formación profesional de grado medio, pero sin que en otros preceptos de la Ley se hallen determinaciones, con algún contenido normativo, que revelen la trascendencia y efectos de esa calificación.

Además, el encuadramiento de estas determinaciones, como se ha dicho puramente declarativas, en el Capítulo, Sección y artículo en el que se encuentran resulta incoherente, ya que las dos enseñanzas mencionadas, ni forman parte de la educación básica -artículo 3.3 de la LOE- ni su prosecución tiene carácter obligatorio -artículo 4 de la LOE-.

Artículo 57. Respuesta a la diversidad.- Tanto en el apartado 4, como en el artículo 64.3, que se refieren a la articulación de medidas de atención a la diversidad del alumnado aplicables en las etapas de educación secundaria obligatoria y bachillerato, se dispone que la Consejería competente en materia de educación facilitará el desarrollo de medidas de flexibilidad organizativa y curricular para hacer compatibles estas enseñanzas con la realización de actividades deportivas de élite.

Esta última expresión, alusiva al alumnado que realice actividades deportivas de destacada relevancia a nivel competitivo, parece susceptible de una más rigurosa formulación mediante el uso de la terminología acuñada en la normativa estatal reguladora del deporte de alto nivel, contenida actualmente en el Real Decreto 971/2007, de 13 de julio, en cuyo artículo 9 se contempla precisamente un amplio conjunto de medidas que pueden arbitrarse para promover la formación y educación, y para facilitar el acceso a las diferentes ofertas formativas del sistema educativo a este colectivo de deportistas sobresalientes.

En consecuencia, se propone sustituir la expresión “*actividades deportivas de élite*”, por la de “*actividades deportivas de alto nivel o alto rendimiento*”, de tal modo que los criterios definitorios y acreditativos de la posesión de dicha condición sean traídos a la norma proyectada, sin generar dudas interpretativas, mediante la aplicación de las previsiones estatales reguladoras del deporte de alto nivel, acogidas actualmente en el citado Real Decreto 971/2007, y que, en relación con las determinaciones del mencionado artículo 9, han sido dictadas con el carácter de normativa básica al amparo de la regla 30ª del artículo 149.1 de la Constitución.

Artículo 59. Evaluación, promoción y titulación.- El apartado 3 establece que “*En esta etapa existe la posibilidad de que el alumnado permanezca en el mismo curso una sola vez, y dos veces como máximo en toda la etapa. Excepcionalmente, se podrá repetir una segunda vez en cuarto curso si no ha repetido anteriormente en la etapa*”.

Estas previsiones tienen una visible correspondencia con lo determinado por el artículo 28.6 de la LOE, donde con mayor claridad se señala: “*El alumno podrá repetir el mismo curso una sola vez y dos veces como máximo dentro de la etapa. Cuando esta segunda repetición deba producirse en el último curso de la etapa, se prolongará un año el límite de edad al que se refiere el apartado 2 del artículo 4. Excepcionalmente, un alumno podrá repetir una segunda vez en cuarto curso si no ha repetido en los cursos anteriores de la etapa*”.

Si bien el precepto mueve primeramente a una interpretación en términos perfectamente coincidentes con lo previsto en la LOE, según la cual los alumnos pueden repetir el mismo curso una sola vez y dos veces como máximo dentro de la etapa, también cabría interpretarlo en forma abiertamente contraria, si el verbo permanecer fuera tomado en su acepción indicativa de mera estancia, en cuyo caso el precepto vendría a impedir toda repetición de curso.

Por todo ello, con el fin de procurar la mayor claridad y certeza en el entendimiento de la norma, se sugiere sustituir la expresión analizada por la utilizada en la LOE, que no suscita incertidumbre alguna en su inteligibilidad.

Artículo 63. Materias.- En el apartado 2, relativo a las materias didácticas en que se organiza el bachillerato, se dispone sobre éstas que *“las materias comunes y las de modalidad son las establecidas en el artículo 34 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación”*.

No obstante, la consulta del artículo al que remite la futura norma autonómica permite advertir que, si bien en su apartado 6 sí se relacionan efectivamente las materias comunes del bachillerato, no se hace lo mismo con las denominadas materias de modalidades, sobre las que el apartado 3 de dicho artículo se limita a indicar que *“el Gobierno, previa consulta a las Comunidades Autónomas, establecerá la estructura de las modalidades, las materias específicas de cada modalidad y el número de estas materias”*, lo que, de hecho, ha sido efectuado a través de lo reflejado en el artículo 7 del Real Decreto 1467/2007, de 2 de noviembre, por el que se ha establecido la estructura del bachillerato y sus enseñanzas mínimas.

Por tanto, para dotar de mayor rigor al precepto analizado, sería conveniente precisar en el mismo que las materias a que se refiere son, en realidad, *“las establecidas [de conformidad con lo previsto] en el artículo 34 de la Ley Orgánica [...]”*.

Artículo 78. Finalidad.- En este artículo, con el que se inicia la regulación de las enseñanzas artísticas, se dispone que éstas *“tienen como finalidad proporcionar al alumnado de cualquier edad una formación artística de calidad y garantizar la cualificación de los futuros profesionales de la música, la danza, el arte dramático, las artes plásticas y el diseño”*.

Sin embargo, en la regulación de las enseñanzas elementales de música y danza -artículo 81-, se establece un requisito de edad para el seguimiento de las mismas, como es el hallarse en edades comprendidas entre los 8 y los 12 años, lo que configura este nivel elemental de ense-

ñanza artística como una fase del aprendizaje orientada hacia el alumnado infantil, poniendo en entredicho la innecesaria declaración general acogida en el artículo 78 respecto a la inexistencia de discriminaciones por razón de la edad.

Artículo 79. Estructura.- El apartado 2 señala: “*Se asimilan a las enseñanzas artísticas, en los términos del artículo 48.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, los estudios de música y de danza que oferten las Escuelas de música y danza reguladas y autorizadas por la Consejería competente en materia de educación*”.

La fórmula utilizada finalmente ha sido introducida en el texto del anteproyecto como consecuencia del reparo formulado en el informe del Servicio de Régimen Jurídico ante la pretensión primitiva de incluir dentro de las enseñanzas artísticas estas enseñanzas no regladas, a las que se refiere el artículo 48.3 de la LOE, que son impartidas en escuelas de música y danza autorizadas por la Administración educativa. Ahora bien, la dicción finalmente adoptada genera la incertidumbre de dejar indeterminado qué objeto y alcance tienen la asimilación propugnada, comportando, por consiguiente, un perceptible margen de inseguridad jurídica que convendría eliminar especificando que estas enseñanzas no conducen a la obtención de títulos con validez académica o profesional como claramente señala el indicado artículo de la LOE.

Artículo 93. Principios generales y organizativos.- Contiene este artículo una declaración de principios básicos inspiradores de la educación de personas adultas, que incluye entre éstos, en su apartado 1.c), el de “*corresponsabilidad social, mediante la colaboración de la Consejería competente en materia de educación y otras Administraciones públicas, especialmente la Consejería competente en materia laboral, las corporaciones locales y los distintos agentes sociales*”.

Ahora bien, la lectura del texto transcrito revela una perceptible falta de rigor terminológico o sintáctico, puesto que alude, como ejemplo de especial colaboración entre la Consejería competente en materia de educación y otras Administraciones Públicas, a la cooperación con la Consejería responsable en materia laboral, área departamental que, como es sabido, pertenece a la misma Administración Autónoma de la que forma parte la actual Consejería de Educación y Ciencia, por lo que, en puridad, resulta equívoca su inclusión entre los supuestos de colaboración con otras Administraciones Públicas aludidos en el precepto, como formas de expresión del citado principio de corresponsabilidad social.

Artículo 99. Definición, clasificación y denominación de los centros docentes.- La regulación básica de los centros docentes se encuentra prevista en el Título IV de la LOE y en los Títulos I y IV de la LODE. Además de estas normas, también les resulta de aplicación lo que se dispone en el Título III del anteproyecto que se informa y de la normativa reglamentaria sobre centros docentes que pueda dictarse en su desarrollo y aplicación, por lo que deberá completarse la referencia de normas que son de aplicación a los centros docentes de la Comunidad Autónoma prevista en el apartado 2 del precepto que se comenta.

Artículo 103. Proyecto educativo.- En el apartado 5 de este artículo, al regular las modificaciones del proyecto educativo, se dice que se aprobarán siguiendo el mismo procedimiento que para su elaboración, *“salvo cuando afecte a la jornada escolar”*. Sin embargo, cuando en los apartados anteriores se regula el proyecto educativo ninguna mención se efectúa respecto de que la jornada escolar forme parte del proyecto educativo, lo cual puede inducir a confusión sobre si la jornada escolar forma parte o no del proyecto educativo.

Artículo 107. Autonomía de gestión de los centros docentes públicos.- La remisión que en el apartado 3 se efectúa al punto 3 del artículo 123 de la LOE, debe realizarse al punto 2 del mismo artículo.

Artículo 133. Cooperación con las corporaciones locales.- El apartado 1 de este precepto dispone que *“las entidades locales y la Consejería competente en materia de educación podrán cooperar mediante el establecimiento de los oportunos protocolos, convenios o acuerdos de colaboración”* en distintas actuaciones que se describen en diez apartados. Asimismo, el apartado 2 de este mismo artículo atribuye la conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios destinados a determinadas etapas educativas a los municipios respectivos, y el apartado 4 establece la obligación de colaboración de la Consejería competente en materia de educación con las entidades locales en determinados proyectos educativos.

El artículo 57 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, Ley 7/1985, de 2 de abril, configura la colaboración económica, técnica y administrativa entre la Administración Local y las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas como de carácter voluntario, y, por su parte, el artículo 8 de la LOE en sus apartados 1 y 3, de carácter básico, establece: *“1. Las Administraciones Educativas y las Corporaciones Locales coordinarán sus actuaciones, cada una en el ámbito de sus competencias, para lograr una mayor eficacia de los recursos destinados a la educación y contribuir a los fines establecidos en esta Ley”*. [] *“2. Las*

Comunidades Autónomas podrán convenir la delegación de competencias de gestión de determinados servicios educativos en los municipios o agrupaciones de municipios que se configuren al efecto, a fin de propiciar una mayor eficacia, coordinación y control social en el uso de los recursos". Por último, la Disposición Adicional 15^a, en sus apartados 2, 3 y 6, de carácter básico, se refiere respectivamente a la conservación, mantenimiento, vigilancia y uso de los centros docentes.

Teniendo en cuenta que el precepto proyectado se refiere en unos casos a la posibilidad de cooperar en determinadas materias y en otros a la obligación de colaboración en distintos aspectos, el enunciado común no responde al desarrollo de los distintos supuestos que le siguen, cuando dice que *"podrán cooperar"*. Se sugiere cambiar el enunciado del apartado 1 por un texto más general y comprensivo de lo que sigue, tal como *"las entidades locales y la Consejería competente en materia de educación coordinaran sus actuaciones, mediante la colaboración y la cooperación en las siguientes actuaciones"*. Asimismo se sugiere examinar cada supuesto para que responda a las concretas previsiones legales en aquellos aspectos que son básicos, en los que la cooperación resulta obligada conforme a la LOE, distinguiéndolos de aquellos en los que la colaboración con las corporaciones locales en materia educativa es voluntaria. Igualmente, junto a las previsiones de carácter básico establecidas en la LOE, se deberá tener en cuenta la legislación básica de Régimen local, tal como dispone el artículo 9 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En todo caso, se aconseja hacer una más depurada distinción entre los supuestos de cooperación obligados de los de colaboración voluntaria y, en su caso, de las posibles formas de gestión conjunta.

Artículo 136. Integración de los aspectos formales y no formales de la educación.- El apartado 2 comienza con la expresión *"en consecuencia"* que no resulta adecuada a la técnica normativa que debe ser utilizada para la redacción de los mandatos contenidos en las normas.

Artículo 138. Finalidad.- Se sugiere la utilización de un término más concreto y preciso en la calificación de *"positivo"* para el uso del tiempo libre al que se refiere el precepto, por resultar demasiado vago e impreciso.

Artículo 140. La cooperación frente al absentismo y el abandono escolares.- En el apartado 3 deberá determinarse con qué entidades u órganos deberá establecerse la coordinación a la que se refiere la disposición, cuando dice que *"los centros docentes establecerán medidas concretas de coordinación para [...]"*.

Artículo 142. Servicio de comedor escolar.- Se sugiere una nueva redacción para el apartado 2 más acorde con su finalidad, que no es otra que la de promover la igualdad del alumnado en el acceso a la educación. Al expresar que el servicio de comedor escolar será gratuito, para el alumnado escolarizado en centros docentes públicos y privados concertados que “*por motivos familiares se encuentre en situación de dificultad social extrema o riesgo de exclusión*”, parecería que se omiten otras circunstancias distintas de las familiares. Se sugiere redactar de forma más precisa el apartado anteponiendo a los motivos familiares “[...] *circunstancias socioeconómicas*”.

En el apartado 5 de este mismo artículo se sugiere sustituir los términos “*arbitrar fórmulas*” por el de “*proporcionar*”.

Título VI. Los factores de calidad en la educación.- A diferencia de la LOE, que enumera en su artículo 2.2 cuáles son los factores que favorecen la calidad a los que los poderes públicos deben prestar una atención prioritaria, y deriva su desarrollo a los Títulos que corresponden a cada uno de los ámbitos afectados, el anteproyecto objeto del presente dictamen opta por enumerar y desarrollar algunos de los factores de calidad en un único Título distribuido en Capítulos.

Tal técnica normativa no parece acertada, pues resulta incongruente que de la relación de factores de calidad establecida en el artículo 2.2 de la LOE, algunos de ellos se regulen en un único Título desgajándolos de la materia a la que afectan, mientras que la regulación del resto de factores de calidad previstos en la LOE se contenga en los Títulos correspondientes a su materia.

Los artículos 145 y 146, regulan el estímulo de la lectura y la biblioteca escolar. Este Consejo comparte la observación realizada por el Consejo Económico y Social de que la rúbrica del Capítulo no guarda consonancia con el contenido de los artículos 145 y 146, pudiendo éstos constituir un Capítulo diferenciado denominado “*fomento de la lectura*”, lo que, por otra parte, se ajustaría más a lo dispuesto en el artículo 2.2 de la LOE, que contempla de modo específico el fomento de la lectura y el uso de bibliotecas, como factores de calidad educativa.

Artículo 145. El estímulo de la lectura.- El apartado 2 dispone que “*El fomento de la lectura en el ámbito escolar se concreta en la inclusión para tal fin de una hora curricular semanal, la prioridad para la lectura en todas las áreas y materias, el desarrollo de actividades extracurriculares, la difusión de actividades relacionadas con la lectura en la totalidad del centro y la programación de actividades en colaboración con las familias*”.

Entiende este Consejo que compete al legislador incluir como valor esencial de la educación el fomento de la lectura, si bien las medidas concretas que hayan de derivar de ese mandato legislativo podrían derivarse a un desarrollo reglamentario que delimitara de forma más pormenorizada cómo se ha de articular el fomento a la lectura en relación con los objetivos fijados por la LOE para la misma en función de cada una de las distintas enseñanzas de régimen general (por ejemplo artículo 14.5 para infantil; 17.e) y 19.3 para educación primaria; 23.h) y 26.2 para Educación Secundaria Obligatoria; 33.d) y 35.2 para Bachillerato).

Artículo 146. La biblioteca escolar.- Reitera sin mencionarlo la obligación establecida en el artículo 113 de la LOE de que todos los centros educativos cuenten con un biblioteca escolar. El apartado 3 dispone que en la planificación, gestión y apertura de la biblioteca escolar participarán *“los voluntarios y profesionales externos al centro que se determinen”*. Esta redacción es confusa y poco precisa. En primer lugar, porque no se indica quiénes *“determinarán”* la participación de personal ajeno a la comunidad educativa en la biblioteca, y en segundo lugar porque no especifica si tal mandato se refiere a todos los centros educativos, a los sostenidos con fondos públicos o sólo a los públicos. En principio parece claro que, en el caso de los centros privados, corresponderá a sus titulares decidir cómo gestionan sus correspondientes bibliotecas. Respecto a los centros de titularidad pública la redacción del precepto no concreta en qué modo y condiciones profesionales o voluntarios *“externos al centro”* pueden intervenir, siendo ésta una materia delicada pues se trata de tareas que corresponden a los profesionales de los propios centros.

Artículo 148. El aprendizaje permanente de idiomas.- Dispone que *“La Consejería competente en materia de educación impulsará el aprendizaje permanente de idiomas a través de las escuelas oficiales de idiomas, la educación de personas adultas y los acuerdos que establezca, en su caso, con las corporaciones municipales y los medios de comunicación”*.

No se entiende el mandato dirigido a la Consejería competente en materia de educación para que impulse el aprendizaje de idiomas mediante acuerdos con *“medios de comunicación”*. Este Consejo considera que este tipo de medidas o programas educativos en colaboración con entidades sujetas a derecho privado que, puntualmente y con carácter temporal pueda desarrollar la Administración educativa, no deben ser objeto de regulación en una norma de rango legal, no precisando siquiera previsión normativa al respecto, pudiendo desarrollarse directamente con sujeción a los procedimientos de contratación administrativa o de concesión de subvenciones, según la naturaleza de la actuación.

Artículo 149. Los programas europeos.- El título de este precepto no concuerda con su contenido que se refiere a programas educativos internacionales, por lo que se sugiere que se le dé este título al precepto.

Artículo 151. La formación inicial del profesorado.- El apartado 1 viene a recoger la competencia que le atribuye el artículo 100.3 de la LOE en la organización pedagógica y didáctica de la formación de los docentes, mediante convenios con universidades. El segundo apartado tiene una redacción poco clara pues no se comprende en qué consiste y a quién compete “*reconocer la contribución del profesorado y de los centros docentes públicos y privados concertados en la fase del Practicum de la formación de los futuros docentes*”.

Artículo 153. Principios y objetivos de la formación permanente.- El apartado 1 indica que la formación permanente del profesorado es “*una responsabilidad de la Consejería competente en materia de educación*”. Se estimaría más acertado señalar que es la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, en su condición de Administración educativa. Ello porque dicha responsabilidad compete también al Consejo de Gobierno, órgano al que corresponde dirigir la acción política y administrativa regional, en cuyo ejercicio aprobó el Decreto 78/2005, de 5 de julio, por el que se regula la formación permanente del profesorado en Castilla-La Mancha.

Artículo 154. Organización de la formación permanente.- El apartado 1 dispone que la formación permanente de carácter básico se organizará a través de itinerarios formativos obligatorios sin expresar previamente qué entiende por “*formación permanente de carácter básico*” ni qué otras tipologías de formación permanente existen. Tampoco expresa si esta formación a través de itinerarios formativos obligatorios es de aplicación a todo el profesorado, o sólo afecta a los empleados públicos.

El apartado 3 (el segundo, pues hay una errata en la numeración) debería especificar qué entiende por “*programas de formación en centros*”, pues no se comprende bien a qué centros se refiere, si el propio centro docente o los centros específicos para la formación del profesorado regulados en el artículo 155. La enumeración de las modalidades básicas de formación permanente que se contiene a continuación tendría mejor ubicación como apartado 2 del artículo 152, que define la formación permanente.

El contenido del apartado 4 no responde al título del precepto pues se refiere a la participación del profesorado y de los centros en la

planificación, desarrollo y evaluación de proyectos de innovación educativa y de investigación con la universidad, actividades éstas que constituyen un factor de calidad diferente de la formación según el artículo 2.2 de la LOE.

Artículo 155. La red de formación.- El apartado 1 señala que *“La red de formación estará constituida por centros específicos de formación del profesorado y otras entidades formadoras, y cuantos otros pueda establecer la Consejería competente en materia de educación”*.

Dicha redacción no resulta muy clara por lo que se sugiere modificar la misma para señalar que la red de formación está constituida por centros específicos de formación del profesorado de titularidad de la Administración educativa y por otros centros que, siendo titularidad de otras entidades, obtengan de aquélla acreditación para organizar y convocar actividades formativas del profesorado.

Artículo 156. El Plan de Formación permanente.- El apartado 1 introduce el concepto de *“red institucional de formación”* que previamente no ha definido ni diferenciado de la *“red de formación”* regulada en el artículo anterior. Se deberá unificar la terminología o establecer con claridad la diferenciación entre ambas -definiciones estas que podrían incorporarse al artículo específico comprensivo de las mismas, en caso de aceptar la sugerencia formulada en la consideración V.1 del presente dictamen-.

Artículo 157. Los profesores y profesoras colaboradores.- Dicho precepto dispone: *“Los centros de formación del profesorado podrán contar con la colaboración, a tiempo parcial, de profesorado en activo o jubilado para realizar actividades formativas, elaborar y seleccionar materiales o prestar asesoramiento en los ámbitos de trabajo que reglamentariamente se definan, en los términos que establezca la Consejería competente en materia de educación”*.

La posibilidad jurídica de la previsión relativa a la colaboración de profesorado jubilado exige que tales tareas no puedan ser asimiladas a una vinculación laboral o profesional y que sean compatibles con la percepción de una pensión de jubilación, por lo que no podrán generar derecho a ningún tipo de retribución.

Ello porque el artículo 3.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas dispone la incompatibilidad entre la percepción de pensión de jubilación o retiro por Derechos Pasivos o por cualquier régimen de Seguridad Social público y obligatorio y el desempeño de un puesto de

trabajo en el sector público, fijando como única excepción en su disposición adicional novena los profesores universitarios eméritos.

En el mismo sentido el artículo 165.2 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social dispone que *“El desempeño de un puesto de trabajo en el sector público delimitado en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo primero de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, es incompatible con la percepción de pensión de jubilación, en su modalidad contributiva. La percepción de la pensión indicada quedará en suspenso por el tiempo que dure el desempeño de dicho puesto, sin que ello afecte a sus revalorizaciones”*.

En este punto debe advertirse del peligro potencial que conlleva la indefinición de la redacción del precepto y la dificultad que entraña en la práctica la delimitación de ámbitos de colaboración voluntaria de aquellos cometidos propios de una vinculación profesional. Este problema se trasluce en el artículo que se comenta que identifica tales ámbitos con la realización de actividades formativas, la elaboración y selección de materiales curriculares y la prestación de asesoramiento, tareas análogas a las funciones que tienen encomendadas los centros de formación del profesorado, según se desprende del artículo 10, letras a), b) y e) del Decreto 78/2005, de 5 de julio, de Formación Permanente del Profesorado en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

Las excepciones al régimen de incompatibilidades señalado en las normas citadas anteriormente sólo pueden ser establecidas por norma básica estatal, sin que en este momento se encuentren excepcionados los profesores jubilados no universitarios ya que, en el ámbito educativo, sólo están contempladas para los profesores universitarios y para las enseñanzas artísticas superiores cuando lo determine el Gobierno previa consulta con las Comunidades Autónomas (artículo 96.4 LOE). En consecuencia la Comunidad Autónoma carece de competencia para ello, por lo que ni la norma proyectada, y menos aún el desarrollo reglamentario que pretende, podrán regular la prestación de servicios más allá de la mera colaboración por parte de profesorado jubilado.

En consecuencia de lo expuesto se propone dotar de una nueva redacción al precepto analizado que delimite con mayor claridad el alcance de la participación de profesorado jubilado en centros educativos públicos y especifique que, en todo caso, no dará derecho a ocupar puestos de plantilla.

Procede asimismo señalar que el término “*centros de formación del profesorado*” no ha sido definido previamente en el texto del anteproyecto, si bien parece que debe identificarse con los “*centros específicos de formación del profesorado*” previstos en el artículo 155 del anteproyecto, en cuyo caso, el artículo que analizamos se circunscribe a aquellos centros públicos creados por la Consejería competente en materia de educación y que actualmente se recogen en el Decreto 78/2005, de 5 de julio, por el que se regula la formación permanente del profesorado en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Dichos centros se denominan Centros de Profesores y Centros de Recursos y Asesoramiento a la Escuela Rural, según dispone el artículo 9 del mencionado Decreto.

Artículo 167. La Oficina de evaluación.- Este precepto tiene por objeto la creación de un nuevo órgano administrativo de carácter técnico adscrito a la Consejería competente en materia de Educación para el establecimiento, desarrollo y coordinación de los procedimientos de evaluación. Se considera que dicho precepto puede suprimirse pues su contenido es meramente organizativo, por lo que la creación del órgano u órganos al que se asignen, funciones para la coordinación de los procedimientos de evaluación, así como su adscripción jerárquica, estructura y funciones debiera derivarse a un Decreto aprobado por el Consejo de Gobierno, evitando de ese modo los indeseables efectos de la congelación de rango.

Artículo 168. Evaluación del sistema educativo.- El apartado I dispone que la evaluación general del sistema educativo de Castilla-La Mancha se desarrollará de acuerdo con el sistema de indicadores que establezca la Consejería competente en materia de educación. Esta atribución no se compadece bien con la que el artículo 143.3 de la LOE realiza al Instituto de Evaluación, al que encomienda elaborar, en colaboración con las Administraciones educativas, el Sistema Estatal de Indicadores de la Educación con la finalidad de contribuir al conocimiento del sistema educativo y a orientar la toma de decisiones de las instituciones educativas y de todos los sectores implicados en la educación.

Disposición adicional segunda. El personal funcionario docente interino.- En el apartado I establece un sistema de fuentes propio para el personal docente interino, a través de una interpretación del complejo sistema general que al conjunto del personal docente sería aplicable, y que resulta de las previsiones que al respecto contempla la LOE, en su disposición adicional sexta, así como en lo que resulta aplicable al mismo, la Ley 7/2007, de 13 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Respecto del personal funcionario docente de

cualquier clase, incluidos los funcionarios interinos, la legislación de la Comunidad Autónoma será aplicable en lo que resulte del ejercicio de las competencias en materia educativa, así como de las de régimen jurídico propio de su función pública. En ambos casos con sujeción a la legislación básica del Estado.

Como tal sistema de fuentes es el mismo para los funcionarios docentes en general, la previsión es innecesaria y resulta confusa, especialmente el último inciso cuando establece una cláusula general de supletoriedad, en defecto de normativa específica aplicable, *“de las disposiciones legales en materia de Ordenación de la Función Pública en Castilla-La Mancha”*, cláusula que no podría excluir la aplicación de las normas que resulten efectivamente aplicables conforme al sistema de fuentes anterior, por lo que no tendría virtualidad alguna. Por ello se aconseja la supresión del apartado en su conjunto.

El apartado 4 dispone que: *“A los efectos de propiciar la calidad de la enseñanza y favorecer el desarrollo de programas educativos mediante la estabilidad de los equipos docentes, especialmente en la zona rural, la Consejería competente en materia de educación podrá determinar los puestos de trabajo docente que podrán seguir siendo ocupados de forma ininterrumpida por el personal funcionario docente interino que los ocupa provisionalmente hasta que el citado puesto sea cubierto por personal funcionario con carácter definitivo”*.

La lectura de este apartado introduce la duda de si a través de él se podría sortear el mandato establecido en el artículo 10 de la precitada Ley 7/2007, de 12 de abril, de Estatuto Básico del Empleado Público, que establece en su apartado 4, respecto de los funcionarios interinos, que *“[...] las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización”*. Por ello, sería conveniente hacer una salvedad en el texto, para evitar una interpretación que pudiera ser contraria a dicha previsión de carácter básico, y por tanto, aplicable a toda clase de funcionarios, incluidos los docentes, como denota el tenor de la disposición transitoria decimoséptima de la LOE.

Asimismo, por afectar indirectamente al acceso a la función pública, se debería tratar de acotar la facultad discrecional que se confiere a la Consejería para determinar un ámbito más objetivo de aplicación a determinados municipios, especialmente del medio rural. En tal sentido, se deberían introducir elementos reglados en el ejercicio de dicha facultad, tales como características poblacionales, geográficas, de comunicación, etc. que pudieran justificar la necesidad de dotar de mayor

estabilidad a los puestos desempeñados por funcionarios interinos en los municipios en los que se dieran dichas circunstancias.

Disposición adicional tercera. El personal laboral.- Esta disposición, referida al personal laboral docente, establece respecto al mismo que “[...] *se regirá por las normas de derecho laboral, por lo establecido en el convenio colectivo en vigor en las materias que le sean de aplicación, así como por los preceptos de la normativa del personal funcionario que hagan expresa referencia al mismo*”.

La previsión es innecesaria y entraña riesgo de interpretación contraria a la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación laboral y de su sistema de fuentes. Lo mismo puede decirse desde la perspectiva del Estatuto Básico del Empleado Público y su sistema de fuentes en relación con el personal laboral del servicio público educativo. Aunque su redacción no parece apartarse de lo que resultaría de ambas normativas, como no es fiel transcripción de ninguna y se citan normas que, como el convenio colectivo, forman parte del singular sistema de fuentes del Derecho laboral, sin completarlo, es también susceptible de generar confusión. Por todo ello, siendo innecesaria pues basta con acudir al sistema de fuentes general, se aconseja su supresión.

Disposición adicional sexta. El profesorado especialista y emérito.- Introduce la posibilidad de que para impartir determinadas materias y módulos de Formación profesional y enseñanzas artísticas, deportivas y de idiomas, la Consejería competente en materia de educación incorpore a profesionales que no cumplan los requisitos de titulación establecidos con carácter general. La LOE contempla esta misma posibilidad de incorporación de personal, aunque precisa que será “*excepcionalmente*”, tal como resulta de los artículos 95.2 96.2 97.2 y 98.2, preceptos que tienen el carácter de legislación básica.

La redacción de esta Disposición debería de respetar la literalidad de los preceptos estatales indicados añadiendo la excepcionalidad.

Especial observación merece el último inciso de esta Disposición adicional, que expresa que “*la Consejería competente en materia de educación podrá incorporar a las enseñanzas artísticas superiores a profesorado jubilado, con la categoría de emérito*”.

El apartado 4 del artículo 96 de la LOE, asimismo de carácter básico, sin embargo establece que para las enseñanzas artísticas superiores “*el Gobierno, previa consulta a las Comunidades Autónomas, establecerá la figura del profesor emérito*”.

Procede advertir que a la Administración educativa regional, en este caso a la Consejería, no le corresponde establecer la categoría de emérito, incorporando en ella a los profesores jubilados, sino que compete a la Administración estatal, a través del Gobierno, establecer y configurar dicha categoría. En consecuencia, en el inciso objeto de estudio la alusión a la “*categoría de emérito*”, debería completarse añadiendo unos términos similares a los siguientes: “*establecida conforme a lo dispuesto en el artículo 96 apartado 4 de la Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo*”.

Por último, se observa discordancia en relación con la formación profesional en cuanto el correspondiente precepto de la LOE posibilita a dichos profesores para impartir “*módulos*” y la disposición se refiere a “*módulos*” y a “*materias*”.

Disposición final segunda. Modificación de la 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.- Mediante esta disposición se modifica el artículo 1 de la Ley 1/2009, de 14 de mayo, por la que se estableció 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. Dicha Ley fue tramitada como proposición de Ley sin que fuera objeto del dictamen de este Consejo Consultivo. La norma preveía, mediante el correspondiente procedimiento de aprobación por la entidad local, la integración en la Red de Centros de titularidad de la Junta, de “*los centros docentes*” de titularidad de las administraciones locales. La modificación que ahora se proyecta acota el alcance impreciso de la vigente, al referir la posible integración a los centros “*que impartan enseñanzas básicas*”. De acuerdo con la LOE dichas enseñanzas son la Educación Primaria y la Educación Secundaria Obligatoria.

La modificación no plantea problemas en cuanto a las expectativas de derecho que pudieran haberse creado con la Ley vigente respecto al personal que preste sus servicios en los centros docentes de titularidad de las Administraciones locales. Sin embargo, en el caso de que se hubieran iniciado procedimientos de integración con arreglo a la norma anterior que afectaran a centros cuya integración no podría llegar a producirse una vez se aprobara la nueva norma, podrían verse afectados eventuales derechos adquiridos o en trance de adquisición, lo que habría de tenerse en cuenta para establecer las normas de derecho transitorio si fuera necesario, así como los efectos de la modificación.

En todo caso, se debería motivar el cambio, que bien podría responder a la necesidad de acotar un concepto de centros públicos de las Entidades locales ciertamente amplio e impreciso incluido en la Ley que ahora se reforma.

Por último, se sugiere efectuar un **repasso general** del texto elaborado a fin de depurarlo de posibles incorrecciones gramaticales, imprecisiones o erratas, como las que, a modo de ejemplo, seguidamente se exponen:

a) En el artículo 5.1 debe suprimirse la conjunción copulativa “y” que precede a “*el profesorado*”, sustituyéndola por una coma.

b) En el artículo 14.1 la referencia al Consejo “*escolar*” de Castilla-La Mancha debe figurar en mayúscula.

c) En el artículo 17.3 debe introducirse un espacio entre la Ley Orgánica y su referencia numérica.

d) En el artículo 27 hay un error en la numeración del último apartado que debería ser el 4.

e) En el artículo 33, primera línea, han de añadirse los términos “*de la*”, antes de la mención a la “*Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación*”.

f) En el apartado 3 del artículo 40, primera línea, debe introducirse un espacio entre “*apartado*” y “*7*”.

g) Se aprecian varias citas incompletas o incorrectas de la LOE, cuando menos en los siguientes artículos y apartados del anteproyecto: 52.1, 54, 69.3, 89.1. y 107.3.

h) En los artículos 82.1, 83.1 y 84 del anteproyecto se han introducido sendas referencias a varias secciones consecutivas del capítulo VI del título I de la LOE, empleando para su identificación ordinales expresados en letra, cuando en la referida Ley Orgánica dichas secciones se hallan signadas con ordinales expresados en número (1^a, 2^a y 3^a), siguiendo así el ejemplo de composición dado en las ya citadas Directrices de técnica normativa aprobadas por acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005.

i) En la segunda y tercera línea del artículo 112, la frase “*las responsable de la jefatura de estudios y la secretaria*” debe cambiarse por “*las*”

responsables de la jefatura de estudios y de la secretaría”, como así se hace en el artículo siguiente.

j) En la segunda línea del artículo 120.4 debe incluirse la copulativa “y”, entre las frases “*necesidades educativas especiales*” y “*a las enseñanzas postobligatorias*”.

k) Artículo 135. La alusión que se efectúa a “*convenio de colaboración y ayudas públicas*” deberá aparecer por cuestión de concordancia como “*convenios de colaboración*”.

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha es de dictamen:

Que tenidas 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 Educación de Castilla-La Mancha, señalándose como esenciales las observaciones contenidas en la Consideración IV.”

Toledo, 17 de marzo de 2010

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

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

I. DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN SU VERTIENTE DE ACCESO A LA JUSTICIA: PRÁCTICA DE NOTIFICACIONES TRIBUTARIAS

Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2009 de 1 de junio

La Inspección de la Agencia Tributaria de Castellón dictó resolución, el 30 de octubre de 1998, por la que acordó liquidar a la empresa recurrente el Impuesto sobre Sociedades correspondiente al ejercicio de 1992. Contra la citada liquidación se interpuso reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR) de Valencia. Durante su tramitación, el administrador y socio único de la sociedad falleció. El 28 de febrero de 2002, el TEAR dictó resolución desestimatoria, intentándose la notificación personal. Al ser devuelta la notificación en el domicilio social (con la indicación de “fallecido”), se procedió, el 11 de noviembre de 2002, a la notificación por edictos. No obstante, tras la comunicación por la sociedad de los hechos acaecidos como consecuencia del fallecimiento del anterior administrador y el nombramiento de uno nuevo, el TEAR notificó nuevamente la resolución, el 19 de febrero de 2003, señalando la posibilidad de interponer recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses desde la fecha de la notificación. Interpuesto dicho recurso dentro del plazo señalado, el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Valencia no lo admitió por extemporáneo, mediante sentencia de 30 de diciembre de 2005. El órgano judicial argumentó que, habiéndose notificado correctamente mediante edictos la resolución que se pretendía impugnar en noviembre de 2002, el recurso planteado era claramente inadmisibles por haber transcurrido el plazo legal establecido en el art. 46 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La entidad recurrente denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), en su vertiente de acceso a la justicia, al haberse impedido obtener una resolución sobre el fondo de su pretensión.

Circunscribiendo nuestro análisis a las cuestiones de fondo, el TC comienza recordando su asentada doctrina en relación con el principio pro accione, en virtud de la cual los órganos judiciales, al interpretar los

requisitos procesales legalmente previstos, deben tener presente la ratio de la norma, “con el fin de evitar que meros formalismos o entendimientos no razonables de las normas procesales impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad [...], sin que ello signifique la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión o a la resolución del problema de fondo de entre todas las posibles de las normas que la regulan, ya que esta exigencia obligaría al Tribunal Constitucional a entrar en cuestiones de legalidad procesal que son de competencia exclusiva de los Tribunales ordinarios [...]” (FJ. 3). Asimismo, recuerda que aunque, en principio, “la apreciación de las causas legales que impiden un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones deducidas corresponde, con carácter general, a los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la función que les es propia ex art. 117.3 [...] corresponde a este Tribunal, como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, examinar los motivos y argumentos en los que se funda la decisión judicial que inadmite la demanda o que de forma equivalente elude pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado, con la sola finalidad de comprobar si el motivo apreciado está constitucionalmente justificado y guarda proporción con el fin perseguido por la norma en que se funda, más allá de la aplicación de las normas jurídicas al caso concreto que, como es sabido, compete en exclusiva a los Jueces y Tribunales” (FJ. 3).

Efectuadas esas aclaraciones, el TC procede a analizar si la decisión adoptada por el órgano judicial es o no conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante de amparo, en su vertiente de acceso a la justicia.

El Tribunal Constitucional considera que tanto el TEAR, como el TSJ de Valencia al inadmitir el recurso por extemporáneo, efectuaron una interpretación del art. 86 y, por extensión, del art. 83 del Reglamento de reclamaciones económico-administrativas (Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo) “que, con independencia de si se ajustaba o no a la letra del precepto, resultaba ser la más desfavorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva de la interesada. En efecto, la interpretación realizada de los presupuestos determinantes de la aplicación de los referidos preceptos impidió a la recurrente poder impugnar el acuerdo y obtener un pronunciamiento de fondo sobre su pretensión, dado que, como se ha expuesto, su recurso contencioso-administrativo fue inadmitido por el órgano judicial por extemporáneo, soslayando la consideración de las restantes circunstancias concurrentes en el caso. En concreto, no se apreció el dato, que consta en el expediente administrati-

vo, del fallecimiento del administrador de la sociedad, así como que éste era también socio único de la entidad, como tampoco el hecho de que, una vez regularizada la administración de la entidad recurrente, esos extremos fueron comunicados al Tribunal Económico-Administrativo Regional de Valencia, el cual, a la vista de las mismas, procedió a efectuar una notificación personal del acuerdo de 28 de febrero de 2002 al nuevo representante de la sociedad, informándole de la posibilidad de interponer contra el acuerdo recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de la notificación. Pues bien, esta segunda notificación es absolutamente desatendida por el órgano judicial que ni siquiera razona el motivo por el que prescinde de ella al determinar el momento desde el que debía computarse el plazo para la interposición del recurso.

En tales circunstancias, podemos afirmar que la apreciación por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de que el recurso interpuesto por la demandante de amparo resultaba inadmisibile por haberse promovido extemporáneamente, tomando como dies a quo la fecha de la notificación por anuncios, sin tener en cuenta la fecha de la notificación personal realizada posteriormente por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Valencia, ni las otras circunstancias del caso, aparte de resultar excesivamente rigorista, no reúne las imprescindibles condiciones de razonabilidad y proporcionalidad que exigía la salvaguarda del derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente, de tal suerte que la apreciación del óbice procesal consistente en la extemporaneidad del recurso interpuesto vulneró el expresado derecho en su vertiente de acceso a la jurisdicción” (FJ. 4).

En atención a todo lo expuesto, el TC estima el recurso de amparo, declara la vulneración del referido derecho fundamental, anula la sentencia del TSJ de Valencia y ordena la retroacción de las actuaciones al momento procesal oportuno para restablecer el derecho fundamental vulnerado.

2. DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD ANTE LA LEY: DEVENGO DE INTERESES MORATORIOS EN EL CASO DE DEUDAS DE LA HACIENDA PÚBLICA

Sentencia del Tribunal Constitucional 209/2009 de 26 de noviembre

Los hechos de los que trae causa el recurso de amparo versan exclusivamente sobre la determinación de la deuda a pagar por la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) a la demandante en amparo por la prestación del servicio de depósito. La sentencia de instancia fijó la deuda en 6.556,91 € y condenó al pago a la AEAT, más intereses legales y costas. Sin embargo, la sentencia de apelación, pese a confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto a la condena a la AEAT al pago de la cantidad reclamada por la demandante, negó que el dies a quo del devengo de intereses reclamados por el retraso en el pago de dicha cantidad comenzase desde que se dictara aquella primera sentencia. Fundamentó su parecer en el art. 24 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP), según el cual “si la Administración no pagara al acreedor de la Hacienda Pública estatal dentro de los tres meses siguientes al día de la notificación de la resolución judicial o del reconocimiento de la obligación, habrá de abonarle el interés señalado en el artículo 17 apartado 2 de esta Ley, sobre la cantidad debida, desde que el acreedor, una vez transcurrido dicho plazo, reclame por escrito el cumplimiento de la obligación”.

La entidad solicitante del amparo considera que la sentencia de apelación ha lesionado su derecho fundamental a la igualdad (art. 14 CE) y, como consecuencia de ello, su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), porque la desestimación de la condena al pago de los intereses reclamados impide el resarcimiento de la totalidad de los perjuicios causados (*restitutio in integrum*), suponiendo una clara discriminación en comparación con el supuesto en que la reclamación se hubiera efectuado frente a un particular.

El Tribunal Constitucional recuerda que el artículo 24 de la LGP de 2003 reproduce literalmente el contenido del artículo 45 de la Ley General Presupuestaria de 1988, respecto del cual la STC 69/1996, de 18 de abril, efectuó una interpretación conforme con la Constitución y que consiste “en entender que desde que fuere dictada en primera instancia la resolución judicial que condene a una Administración pública al pago de una cantidad líquida, comienzan a devengarse los intereses de demora a cargo de la hacienda pública, al igual que sucede cuando el condenado al pago es un particular”. Asimismo, la STC 81/2003, de 30 de abril, precisó con exactitud el sentir de la doctrina establecida por la STC 69/1996 en relación con el art. 45 de la LGP de 1988, de acuerdo con las exigencias que derivan del principio de igualdad (art. 14 CE), “al señalar la necesidad de distinguir dos momentos: uno, el de comienzo de devengo de los intereses, que es el de la sentencia dictada en la primera instancia que condena a la Administración al pago de cantidad

determinada y líquida, y otro, el de la exigibilidad de dichos intereses, que es el de firmeza de dicha sentencia”. Esa doctrina debe entenderse aplicable al art. 24 de la LGP de 2003, “pues se trata de una Sentencia interpretativa que, al desplegar sus efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos, señala la interpretación de la norma sobre devengo de intereses de demora a cargo de la hacienda pública que es conforme con la Constitución y excluye al propio tiempo para el futuro la interpretación de esa misma norma que resultaría inconstitucional” (FJ. 2).

Es conveniente destacar la crítica que el TC efectúa al legislador estatal que, habiendo dispuesto de mucho tiempo para acomodar la regulación del régimen jurídico del devengo de intereses moratorios a cargo de la hacienda pública a la interpretación conforme a la Constitución realizada por el TC, ha incurrido al redactar el art. 24 de la LGP de 2003 en la misma ambigüedad e imprecisión en que incurría el art. 45 de la LGP de 1988.

En atención a todo lo expuesto el TC otorga el amparo solicitado, anula parcialmente la sentencia de apelación y ordena retrotraer las actuaciones al momento procesal inmediatamente anterior al de dictarse dicha sentencia para restablecer el derecho fundamental vulnerado.

II. CATEGORIAS Y ELEMENTOS TRIBUTARIOS

1. CESIÓN DE DATOS POR PARTE DE LA AEAT.

CONCRECIÓN DEL ALCANCE DE LA HABILITACIÓN LEGAL CONTENIDA EN EL ART. 113 LGT (REDACCIÓN DADA POR LA LEY 25/1995, CUYO CONTENIDO SE HA INCORPORADO AL ART. 95 DE LA VIGENTE LGT) EN RELACIÓN CON LO DISPUESTO EN EL ART. 11 LO 15/1999, DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2009

Siendo los hechos controvertidos la cesión de datos por parte de la AEAT a otra Administración Tributaria, el objeto del recurso de casación planteado, en este caso, por el Abogado del Estado se ciñe al examen de dos cuestiones relativas a la interpretación del art. 113 LGT,

en la redacción dada por la Ley 25/1995, en relación con el tenor del art. 11 LOPD, Ley 15/1999. Preceptos cuya infracción se denuncia.

En efecto, la cesión de datos mencionada se realiza al amparo de lo previsto en la letra b) del art. 113 LGT. Precepto que, tras establecer el carácter reservado de los datos obtenidos por parte de la Administración tributaria consagra, a su vez, una serie de excepciones entre las que se encuentra la contenida en la letra b) de dicho precepto, objeto del presente pronunciamiento y que, en concreto, permite la cesión de información cuando la comunicación tenga por objeto “la colaboración con otras Administraciones tributarias a efectos del cumplimiento de las obligaciones fiscales en el ámbito de sus competencias”. Supuesto, en consecuencia, que, junto al resto de los previstos en el art. 113 LGT (y que a día de hoy aparecen recogidos en el art. 95 de la vigente LGT) suponen, en nuestra opinión, la realización de un proceso de ponderación entre el derecho a la intimidad que, entre otros intereses, viene a proteger el secreto fiscal y el interés público necesario para el buen funcionamiento de la Administración.

Pues bien, la primera cuestión planteada por el Abogado del Estado denuncia que los órganos administrativos carecen de personalidad jurídica amparando la cesión de datos a que se refiere la norma legal únicamente a las Administraciones Públicas y no a los órganos de las mismas. Cuestión a la que el Tribunal responde, creemos que acertadamente, desde una perspectiva finalista en el sentido de afirmar que la cesión de datos no se produce de una manera “incondicional” sino que lo que justifica, precisamente, la misma es que tiene lugar según lo dispuesto por las normas, esto es, “a efectos del cumplimiento de las obligaciones fiscales en el ámbito de sus competencias”, siendo ello, además, una especificación de lo previsto en el art. 1 LOPD, que limita la comunicación de los datos “al cumplimiento de los fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario”. A partir de lo anterior, por tanto, y en palabras del Tribunal Supremo “lo determinante para apreciar la legalidad de la comunicación de datos es su destino al cumplimiento de los fines establecidos, en este caso, obligaciones fiscales, de lo que puede dar razón el contenido funcional del órgano cesionario” (FJ. 2º). Razón por la que se desestima este primer motivo de casación.

El segundo motivo de casación planteado es similar al anterior pareciendo ceñirse al hecho de que “la Agencia Tributaria cede los datos de que dispone porque existe una norma que la ampara, sin otra precisión”, según el Tribunal Supremo. Interpretación que, a juicio del

Órgano mencionado “supone desconocer el alcance de la habitación legal contenida en el art. 113 de la Ley General Tributaria en relación con el art. 11 de la LOPD (...) que viene condicionada al cumplimiento de los fines legalmente previstos, en este caso exigencia de las obligaciones fiscales del interesado en el ámbito de la Administración cesionaria”. A lo que se une la posibilidad, prevista legalmente, del control de la información por parte del titular de la misma, razones por las que el Tribunal Supremo desestima también el presente recurso de casación (FJ. 3º). Control, añadimos nosotros, que suponiendo la dimensión positiva o dinámica del derecho a la intimidad, según se desprende de la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional en relación con la interpretación del contenido del art. 18.4 CE, en el caso de la cesión de datos tributarios, adquiere una importancia mayor dada la inexistencia de obligación de obtener la autorización del interesado en estos casos.

2. NATURALEZA DEL RECARGO POR DECLARACIÓN EXTEMPORÁNEA: NECESIDAD DE CONECTAR SU APLICACIÓN CON LA CONDUCTA DEL CONTRIBUYENTE. PRINCIPIOS DE BUENA FE Y CONFIANZA LEGÍTIMA EN LAS RELACIONES ENTRE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA Y CONTRIBUYENTE.

Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de octubre de 2009

Los hechos motivadores del presente pronunciamiento se circunscriben a la realización de varios intentos “frustrados” de presentación de una autoliquidación del IS por parte de determinada sociedad con motivo de la fusión con otra entidad. Intentos fallidos que son debidos a la inexistencia del correspondiente modelo, que aún no se había aprobado, razón por la cual era denegada sistemáticamente la transacción en la concreta entidad colaboradora. Contribuyente que, tras constatar la situación anterior, puso en conocimiento del órgano correspondiente de la AEAT dicha situación sin recibir respuesta alguna habiendo manifestado, además, en diversas ocasiones, su intención de proceder al pago del Impuesto. Finalmente, y transcurrido el plazo para la presentación de dicha declaración (25 días siguientes a los seis meses posteriores a la conclusión del período impositivo de la entidad absorbida), se comunicó al contribuyente por parte de la AEAT que se había constatado la presentación de la declaración fuera de plazo (la cual se había realizado una vez publicados los correspondientes modelos) siendo procedente, en consecuencia, exigirle el recargo del 5% por declaración extemporánea.

Pronunciamiento en que se aborda, en primer lugar, y de modo relevante, a nuestro juicio, el tema de la naturaleza del recargo aplicado al contribuyente, en virtud del art. 61.3 LGT erigiéndose dichas consideraciones en el pilar de las declaraciones que se realizan con posterioridad en orden a fundamentar el fallo. Recargo, en efecto, que, siguiendo el contenido de la STC 164/1995, de 13 de noviembre, no constituye una sanción en sentido propio ya que no supone un castigo por la realización de una conducta ilícita desde un punto de vista administrativo señalando, entre otras cosas, el TC que nos encontramos ante “un estímulo para el cumplimiento de las obligaciones tributarias”. Afirmación que sirve a la Audiencia Nacional para declarar que, si esto es así, “resulta obvio que el contenido material de esta consecuencia y su finalidad no difieren en exceso del que pueda tener una medida sancionadora; no olvidemos (prosigue) que las sanciones persiguen también un fin preventivo general según el cual la amenaza de la pena constituye una verdadera disuasión para el ciudadano” (FJ. 2º). Planteamiento que conduce a la Audiencia a señalar que, precisamente por lo anterior, el recargo por declaración extemporánea “no puede prescindir absolutamente de la voluntariedad del contribuyente” debiendo ser analizadas, de este modo, “las circunstancias en que se ha producido el retraso y la disposición del obligado a cumplir”, y ello si no queremos caer en un sistema de responsabilidad objetiva (FJ. 2º).

Señalado lo anterior, es evidente, como se indica en la Sentencia, que la imposibilidad de presentar la declaración dentro del plazo prescrito legalmente no es imputable al contribuyente sino a la Administración Tributaria habiendo puesto el obligado tributario, además, la “máxima diligencia” en el cumplimiento de la obligación, según se ha señalado. Situación que conduce a declarar al Tribunal la vulneración flagrante de los principios de buena fe y confianza legítima que deben presidir las relaciones entre la Administración tributaria y los ciudadanos, conculcación que se manifiesta con más “crudeza cuando la realización tardía de la obligación debida (...) es, además, penalizada con un recargo derivado de lo que no ha sido más que una negligencia de la Administración que lo impone” (FJ. 3º).

Conclusión que se “refuerza”, finalmente, a juicio del Organo juzgador, “si se contempla la situación del contribuyente desde la perspectiva del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que impide que se adopten decisiones que no resultan justificadas y que chocan con la lógica de las cosas” (FJ. 3º), según se deduce de todo lo expuesto. Razones, todas ellas, que conducen, en buena lógica jurídica, a la estimación del recurso.

III. GESTIÓN Y LIQUIDACIÓN

1. VALORACIÓN DE OPERACIONES VINCULADAS. EFECTOS INTERIMPOSITIVOS

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2009

El objeto de los recursos de casación que se resuelven mediante la Sentencia de referencia es la impugnación del pronunciamiento de la Audiencia Nacional que consideró correcta la valoración realizada por la Inspección a precios de mercado de las operaciones de una compañía con otras vinculadas, pero que anuló la sanción que impuso a dicha compañía por considerar que su comportamiento, mediante el que no ocultó ni sustrajo a la Administración dato alguno, respondió a una interpretación razonable de la normativa aplicable.

El debate se centra en si, como defiende la Administración podía asignarse a las operaciones realizadas con las compañías del mismo grupo empresarial un valor distinto al que la propia Administración en fechas cercanas había atribuido para calcular los derechos de importación. Por su parte, la Inspección aplicó el precio de mercado que obtuvo por el método llamado de “reventa”, al cual no se hacen objeciones, pero el Tribunal llama la atención en el hecho descrito de que los mismos intercambios se tasaron de forma diversa por la Administración sobre la misma época en atención a la liquidación de otra obligación tributaria diferente por aplicación de normas dispares en cada tributo.

Señala el Tribunal Supremo que “cuando se trata de operaciones entre partes vinculadas, conducen al mismo puerto, pues, por uno u otro cauce, quieren que el montante de la operación se determine en función a los precios normales en un entorno competitivo” y es pues, coherente con el principio de que la Administración no puede ir contra su propios actos que debe ofrecerse la suficiente confianza y seguridad jurídica en los destinatarios de mantenimiento del mismo criterio en el futuro. Así pues, la garantía jurídica que ofrecen estos principios impiden un margen mayor de apreciación en la valoración para la Administración, lo cual obliga a hacer coincidir la tasación de aquellas operaciones para fijar la base imponible del Impuesto sobre Sociedades con la atribuida a tales operaciones a efectos de la renta de aduanas en las actas de conformidad dictadas (FJ. 3º). Por esta razón, el motivo alegado por el abogado del Estado dirigido a la anulación de la sanción acordada, basado en la escasa motivación es rechazado por el Tribunal e igualmente si procede a la desestimación del

recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional.

2. LIQUIDACION. NO CONCURRENCIA DE EXENCION SUBJETIVA. REGLA DE CARGA DE LA PRUEBA

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 17 de noviembre de 2009

Esta Resolución viene a resolver una reclamación económico-administrativa planteada ante una propuesta de liquidación provisional por el Impuesto sobre Transmisiones patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados correspondiente a una operación de compraventa, habiéndose detectado por la oficina gestora un error en el tipo de gravamen aplicado por el sujeto pasivo. En este sentido, la liquidación originaria se había calculado aplicando el 3% en consideración a que los transmitentes son tenidos por urbanizadores empresarios y que los inmuebles están afectos a la actividad empresarial, mientras que en la propuesta de liquidación se aplica el 7% rebatiendo la postura anteriormente expuesta, es decir, que la oficina gestora sostiene que no se acredita que los transmitentes fueran sujetos pasivos del IVA ni que los bienes transmitidos formaran parte de su patrimonio empresarial o profesional.

De las razones que sirven de base a la impugnación, debemos destacar aquélla que afecta al recurso de alzada en relación con la tramitación del procedimiento de comprobación limitada iniciado. Así, la oficina gestora, en su propuesta de liquidación provisional indica a la entidad que “no consta que los transmitentes sean sujetos pasivos a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido, ni que dichos inmuebles estén afectos en su caso a su actividad empresarial”. Sin embargo, el Servicio de Gestión Tributaria no hace referencia a ningún documento, ni datos en su poder, requerimientos a terceros o cualquier otro dato que lleve a clarificar que los vendedores no actuaban en el ejercicio de una actividad empresarial. Por tanto, el Tribunal Económico-Administrativo observa que no tiene conocimiento de los motivos por los que la Administración ha concluido que los transmitentes no eran empresarios.

Esta circunstancia es diametralmente opuesta al criterio tradicional de carga de prueba que rige en Derecho y que también se explicita en el artículo 105.1 de la Ley General Tributaria en el ámbito de los procedimientos de aplicación de los tributos. Esta regla es interpretada por el Tribunal Supremo en el sentido de que recae sobre cada parte la carga de

probar el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor, sin perjuicio de que el criterio haya de conjugarse con los principios de normalidad y facilidad probatoria. De esta manera, señala el TEAC que “las consecuencias jurídicas desfavorables de la falta o insuficiencia de la prueba irán a cargo de la parte a la que favorecería la existencia de tal hecho y su demostración, salvo que legalmente se disponga lo contrario” (FJ. 4º). En efecto, la Administración tributaria goza de mayor facilidad probatoria para constatar la condición de empresario a efectos del IVA del transmitente que la entidad adquirente.

Todo ello lleva al TEAC a dictar la anulación de la resolución impugnada y a la estimación del recurso, apoyándose en la presunción de certeza que ostentan las autoliquidaciones –a tenor del art. 108.4 LGT– que, por otra parte, no ha sido enervada por una prueba en contrario, ya que la oficina gestora ha liquidado considerando que los transmitentes no eran empresarios, pero sin basar su afirmación en documento, dato, antecedente en su poder o que le haya aportado el obligado tributario.

IV. PROCEDIMIENTO DE INSPECCIÓN

1. OBLIGADOS TRIBUTARIOS EN EL PROCEDIMIENTO DE INSPECCIÓN. ACTUACIONES DESARROLLADAS CON SÓLO UNO DE LOS COMPONENTES DE LA UNIDAD FAMILIAR EN RÉGIMEN DE TRIBUTACIÓN CONJUNTA EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS.

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Junio de 2009.

En la sentencia de referencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo trata de dilucidar entre otras cuestiones si las actuaciones inspectoras desarrolladas con uno de los miembros integrantes de una unidad familiar que tributa conjuntamente en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas son plenamente válidas o no y, si así fuera, si sus efectos alcanzan o no a todos los componentes de la unidad familiar.

Pues bien, la parte recurrente mantiene que se ha producido una infracción del art. 49.4 del Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de la Inspección de los Tributos,

en su redacción originaria, en relación al art. 4^a.2. de la Ley 44/1978, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en la redacción otorgada por la Ley 20/1989, de 28 de Julio) y, también con el art. 9.3 de la Constitución Española.

Por tanto, la parte recurrente denuncia la nulidad de la actuación inspectora al ser llevada a cabo, única y exclusivamente, con uno de los miembros de la unidad familiar, cuando era preciso que, al menos se hubiera comunicado a su cónyuge. Considera, en consecuencia, la recurrente que no es acertado fundamentar este modo de actuar de los órganos inspectores en el principio de solidaridad de la unidad familiar, pues, sin desconocer el principio, al menos habría de haberse citado a todos los miembros de la unidad familiar para que la actuación inspectora pudiera reputarse como válida.

A pesar de lo expuesto, la Sala concluye que, a tenor de la sentencia que la misma dictó el 4 de julio de 2006, las actuaciones entendidas con uno de los cónyuges en el régimen de declaración conjunta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas son plenamente válidas y sus efectos alcanzan a ambos sujetos pasivos, en contra del criterio mantenido por la Audiencia Nacional en sentencias de 16 de marzo de 2006 y 4 de julio de 2001.

V. RECAUDACION

1. DENEGACIÓN DE SOLICITUD DE APLAZAMIENTO. APRECIACIÓN DISCRECIONAL POR LA ADMINISTRACIÓN EN BASE A LA SITUACIÓN ECONÓMICA DE CARÁCTER ESTRUCTURAL DEL CONTRIBUYENTE. MOTIVACIÓN INSUFICIENTE

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2009

El objeto de análisis del presente recurso de casación se centra en el examen de la denegación del aplazamiento de una deuda tributaria basado, a juicio del Delegado Especial Adjunto de la AEAT, en la existencia de una dificultad de tesorería “de carácter estructural” y no

coyuntural, tal como exigía el derogado art. 61 LGT (cuya línea continúa el vigente art. 65 LGT). Apreciación de la Administración, de otro lado, que se fundamentó, según se señala en la Sentencia, en el tenor del también derogado art. 48 RGR que disponía que el aplazamiento podrá denegarse "...cuando la situación económico-financiera, discrecionalmente apreciada por la Administración, les impida transitoriamente efectuar el pago de sus débitos" (FJ. 1º).

Cuestiones, en relación con las cuales, deben realizarse dos clases de consideraciones. En primer lugar, y como es conocido, la "transitoriedad" de "la situación económico-financiera" se erige en elemento determinante, esencial y justificativo de la concesión del aplazamiento viniendo a concretar, como ha señalado LOZANO SERRANO, en el seno de la doctrina, "el alcance, contenido y finalidad del instituto del aplazamiento".

Sentado lo anterior, y en segundo término, debe ponerse de manifiesto cómo las consideraciones vertidas en la Sentencia parecen tratar de "conciliar" la "discrecionalidad" a que se refería el art. 48 RGR con la necesidad de evitar la "arbitrariedad" en la denegación, en este caso, del aplazamiento solicitado señalando, en este sentido, la necesidad de motivación de la denegación por parte de la Administración. Aspecto este último, precisamente, cuyo incumplimiento, a juicio del Tribunal Supremo, se erige como "invalidante del acto" de denegación del aplazamiento impidiendo, además, "el más mínimo control, con quebranto del principio constitucional del control de la actividad administrativa por parte de los Tribunales de Justicia" y convirtiendo la decisión "en una potestad tributaria puramente voluntarista y, como tal, arbitraria" (FJ. 3º). Doctrina con la que nos mostramos de acuerdo desde el momento en que parece traslucir la inexistencia de una auténtica discrecionalidad (a pesar del tenor del derogado art. 48 RGR) en relación con la apreciación de la situación económico-financiera de carácter transitorio si bien no hubiera estado de más, a nuestro modo de ver, que el Tribunal hubiera aprovechado la ocasión para puntualizar expresamente este último aspecto realizando una interpretación de dicha cuestión de conformidad con lo previsto tanto en la normativa vigente (que ya no utiliza el término "discrecionalidad") como en la práctica general y, sobre todo, con lo mantenido desde hace tiempo por parte de la doctrina científica en el sentido de entender la concesión del aplazamiento como una potestad de carácter reglado.

2. RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA. PRESUPUESTOS DETERMINANTES DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 15 de julio de 2009

La cuestión central del pronunciamiento reseñado consiste, esencialmente, en la resolución de la conformidad a derecho de la derivación de la responsabilidad por las deudas de una sociedad, obligada principal en relación con el recurrente, en su condición de administrador de la misma siendo objeto de interpretación el contenido del art. 40.1 LGT de 1963, precepto cuyo contenido se incorpora, en esencia, en el tenor de la letra a) del art. 43.1 de la LGT vigente siendo, por tanto, aplicables a lo establecido en el mismo las consideraciones del TSJ vertidas en el presente pronunciamiento.

Sentencia, en efecto, en que son dos fundamentalmente las cuestiones objeto de examen en relación con la verificación de los presupuestos determinantes de la responsabilidad de los administradores de una sociedad y a las que merece la pena referirse. En primer lugar, la doctrina vertida por el Tribunal en relación con la declaración de fallido, cuya inexistencia defiende el recurrente y, en segundo término, las consideraciones relativas a la necesaria existencia de una conducta, al menos negligente, del administrador social.

En relación, por tanto, con la declaración de fallido debe subrayarse, con el TSJ de Galicia, que dicha declaración constituye “un presupuesto de hecho conforme al cual el procedimiento de derivación de responsabilidad es viable”, exigiendo tal declaración “el análisis previo de la existencia de bienes realizables en el patrimonio del deudor principal de suerte que solamente cuando éstos faltan entra en juego la eventual responsabilidad subsidiaria” (FJ. 2º). En consecuencia, e incidiendo algo más en esta cuestión, “la declaración de fallido no forma parte del procedimiento de declaración de responsabilidad subsidiaria, sino que es un presupuesto de dicha declaración dirigido a poner de manifiesto, de acuerdo con el principio de eficacia, que no se ha conseguido encontrar bienes suficientes del deudor para satisfacción de la deuda (...) y abre la vía a la declaración de la responsabilidad”, según palabras del TSJ de Andalucía, vertidas en la Sentencia de 7 de noviembre de 2008, que se citan en el pronunciamiento objeto del presente comentario. Consideraciones, tras las cuales, el Organo juzgador entiende, en relación con el recurso planteado, que se ha cumplido dicho requisito “ya que la declaración de fallido obra en el expediente” (FJ. 2º).

Por otro lado, y en referencia al alcance de la responsabilidad del administrador, el Tribunal deja claro que “no hay duda” de que tanto la LGT en 1963 como la Ley General Codificadora vigente “remarcan la idea de que para exigir la responsabilidad del administrador en estos casos se precisa de una concreta conducta obstativa para el pago de las deudas tributarias” (FJ. 3º). A lo que añade el Organo juzgador que dicha responsabilidad no puede derivarse únicamente de la existencia de deudas tributarias sino que la misma encuentra fundamento “en la conducta al menos negligente del administrador que omite la diligencia precisa para poner a la sociedad en condición de cumplir las obligaciones tributarias pendientes y, en su caso, llevar a efecto la liquidación y disolución de la sociedad, haciéndose partícipe con la sociedad del incumplimiento de la obligación tributaria” (FJ. 3º).

VI. INFRACCIONES Y DELITOS

1. DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA. DEBER DE COLABORAR. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN. INTERRUPCIÓN

Sentencia del Tribunal Constitucional 147/2009, de 15 de junio

Este pronunciamiento, dictado en amparo, insiste en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional relativa al cómputo de la prescripción en supuestos de delito fiscal. Destacamos la remisión expresa al posicionamiento del Constitucional en sus Sentencias 63/2005, de 14 de marzo, y 29/2008, de 20 de febrero, donde se establece que el procedimiento penal no se dirige contra el culpable (y por lo tanto no se interrumpe la prescripción del delito) simplemente por la interposición de denuncia o querrela.

Se plantea una controversia en materia de IVA, por lo que respecta a 1999. Dice literalmente esta Sentencia de 2009 que “si el plazo de presentación de la última declaración del ejercicio finalizaba el día 30 de enero de 2000, el día 30 de enero de 2005 sería el último día del plazo de prescripción de la responsabilidad criminal de cinco años prevista en el art. 131.1 CP. Así las cosas, aun cuando la denuncia de la Administra-

ción tributaria –solicitud de iniciación del procedimiento– se presentó el día 10 de enero de ese mismo ejercicio de 2005, el primer acto de interposición judicial –de iniciación del procedimiento– con virtualidad interruptiva –de conformidad con el art. 132.2 CP– habría sido el Auto de incoación de diligencias previas de fecha 20 de abril de 2005, dictado casi tres meses después de haberse extinguido la responsabilidad criminal, de conformidad con lo previsto en el apartado 6 del art. 130 CP”. Ante esta situación, según la Sentencia que reseñamos, “la interpretación judicial que considera no prescrita la responsabilidad criminal por el citado ejercicio con base en la idoneidad de la denuncia como acto interruptivo del cómputo del plazo de prescripción existente para exigir la correspondiente responsabilidad criminal derivada de un ilícito penal, es lesiva del derecho del demandante a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en cuanto que dicha interpretación abrió paso a la condena por un delito contra la Hacienda Pública por el citado ejercicio”.

En otro orden de consideraciones, subrayamos también que, según los antecedentes de esta Sentencia 147/2009, entiende “el Abogado del Estado que la aplicación en el cómputo del plazo prescriptivo de la doctrina recogida en las SSTC 63/2005 y 29/2008 no puede hacerse de una forma exclusivamente procesal, esto es, desconectada de las circunstancias concretas del caso. [...] En el proceso penal a quo se persiguió la infracción penal cometida en perjuicio de la Hacienda Pública por quien no llevaba libros ni facturas, ni elemento alguno de comprobación de sus defectuosísimas declaraciones tributarias, lo que unido a la omisión de cualquier colaboración del condenado obligó a la Agencia tributaria a un laboriosísimo rastreo de datos cerca de los suministradores y clientes del demandante a fin de determinar por estimación directa las cantidades defraudadas”. Pero el Constitucional es tajante: “no cabe duda de que esta alegación del Abogado del Estado no tiene encaje en un proceso penal como el español que, como es bien sabido, se rige por el principio acusatorio –y no por el principio inquisitivo–”; en definitiva, “la colaboración del culpable podrá utilizarse como una circunstancia favorable a la modificación de la responsabilidad criminal (por ejemplo, art. 21 CP), pero es constitucionalmente inadmisibles que su falta de colaboración puede tomarse, desde un punto de vista punitivo, como una circunstancia perjudicial a los efectos de determinar su posible responsabilidad penal, como sucedería si incidiera, negativamente para sus intereses, en el cómputo del plazo de prescripción del delito que se le imputa”.

2. DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA. EXCUSA ABSOLUTORIA. CIRCULAR 2/2009 DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2009

El Supremo manifiesta, en este pronunciamiento, que la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2009, de 4 de mayo, recoge la jurisprudencia del Tribunal en cuanto a la excusa absolutoria en materia de delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. El pronunciamiento que ahora reseñamos presta especial atención a conclusión tercera de dicha Circular: “En las excusas absolutorias de los arts. 305.4 y 307.3 del Código Penal, la conducta postdelictiva del imputado debe suponer el reverso del delito consumado, de forma que resulte neutralizado no solo el desvalor de acción (defraudación) sino también el desvalor de resultado (perjuicio patrimonial irrogado a la Hacienda Pública o a las arcas de la Seguridad Social). Ello hace exigible una conducta positiva y eficaz del sujeto pasivo de la obligación contributiva que incluye la autodenuncia (a través del reconocimiento voluntario y veraz de la deuda, previo a las causas de bloqueo temporal legalmente previstas) y el ingreso de la deuda derivada de la defraudación, satisfaciendo ambas exigencias el pleno retorno a la legalidad al que el legislador ha querido anudar la renuncia al *ius puniendi* respecto del delito principal y sus instrumentales”. A mayor abundamiento, remitimos al lector a las siguientes conclusiones de la referida Circular 2/2009: Quinta. “La autodenuncia, aun cuando se efectúe con carácter previo a las causas de bloqueo previstas en los arts. 305.4 y 307.3 del Código Penal, no es presupuesto suficiente para la apreciación de la excusa absolutoria si no se produce la satisfacción de la deuda que se deriva de la previa defraudación consumada del tributo o de la cuota de la Seguridad Social, aun cuando sí puede motivar la apreciación de la circunstancia atenuante de confesión prevista en el art. 21.4ª del Código Penal”./ Sexta. “El ingreso espontáneo (en el sentido de anterior a las causas de bloqueo previstas por el legislador penal) y parcial de la deuda –tributaria o de la Seguridad Social– no afecta a la entidad delictiva de la conducta, que se perfeccionó con anterioridad, en el momento de la elusión de la cuota en cuantía superior a los 120.000 euros, pero puede motivar la apreciación de la circunstancia atenuante de disminución o reparación del daño del art. 21.5ª del Código Penal, con entidad graduable atendiendo a la voluntariedad de la conducta reparadora y a las posibilidades y esfuerzo efectuado por el sujeto pasivo para subsanar los perjuicios derivados de su acción”.

Concluye la Sala de lo Penal del Supremo que “la postulada excusa absolutoria por regularización no reúne”, en el supuesto al que se refiere la Sentencia, “los presupuestos que la doctrina de esta Sala exige en relación al delito fiscal”.

3. INDICIOS DE DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA. NULIDAD DE ACTUACIONES INSPECTORAS. LITISPENDENCIA. PREJUDICIALIDAD PENAL

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2009

Destacamos que la actora se refiere (en su recurso de casación) a la litispendencia invocada en la resolución recurrida, resolución que no entra a conocer acerca de una pretendida nulidad de las actuaciones inspectoras por lo que respecta a determinados ejercicios (en concreto por lo que atañe a los ejercicios 1993 a 1995). En suma, “la parte recurrente entiende que no existe obstáculo alguno que impida el examen de las causas de nulidad que puedan afectar también a las actuaciones relativas a los ejercicios 1993 a 1995, puesto que las mismas han seguido idénticos pasos que las que culminaron en las actas por los años 1991 y 1992, con infracción de los mismos preceptos”.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Supremo declara que “la sentencia recurrida resuelve la situación planteada en términos correctos”. En dicho pronunciamiento de instancia, la Audiencia Nacional establece que “la resolución impugnada se centra en las liquidaciones referidas a los ejercicios 1991 y 1992, pues las actuaciones relativas a los ejercicios 1992 [*sic*] a 1995 se elevaron al Ministerio Fiscal ante la posibilidad de conductas encuadradas en delito fiscal”.

Verdaderamente, “y aunque los órganos administrativos calificaran la situación creada con la remisión al Ministerio Fiscal de las actuaciones correspondientes a los ejercicios 1993, 1994 y 1995 al haberse apreciado indicios de delito contra la Hacienda Pública, como un supuesto de litispendencia, en cuanto que la finalidad y naturaleza está dirigida a evitar, en aras del principio de seguridad jurídica, que sobre una misma controversia puedan ser dictadas dos resoluciones jurisdiccionales distintas y contradictorias, en realidad nos encontramos ante una cuestión prejudicial penal, que nuestro Ordenamiento Jurídico atribuye con carácter exclusivo a los Tribunales del orden penal, a quienes esta reservado el enjuiciamiento de los hechos constitutivos de delito o falta penales”. Ya que de lo expuesto se deduce “la prevalencia de la Ju-

risdicción penal cuando se trata de la existencia o inexistencia de hechos con trascendencia penal y de su autoría, la puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal de determinadas actuaciones de las que pudiera derivarse una responsabilidad penal es motivo más que bastante para paralizar el procedimiento administrativo respecto de los mismos, porque en este punto no cabe siquiera consentir la posibilidad de que se produzcan pronunciamientos contradictorios de dos jurisdicciones”.

4. INFRACCIONES Y SANCIONES. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN. INTERRUPCIÓN

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010

Antes de la entrada en vigor de la (hoy derogada) Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, los procedimientos de inspección y sancionador se encontraban “mixtificados”. Con la citada Ley, los procedimientos se separan, pero las actuaciones inspectoras (actuaciones de comprobación e investigación) adquieren un carácter “ambivalente” (permítasenos la expresión), considerando su posible influencia sobre el procedimiento sancionador que se incoe. El Tribunal Supremo nos recuerda que, en el marco normativo anterior a la Ley 1/1998, “las acciones, tanto para determinar las cuotas tributarias y sus recargos como las de las sanciones que pudieran imponerse, se interrumpían por aquellas actuaciones” inspectoras. De ahí que, en su Sentencia de 15 de junio de 2005, declarara el efecto interruptor de dichas actuaciones “respecto de la acción sancionadora hasta el momento de entrada en vigor de la Ley 1/1998”, sin que pudiera “determinarse una prescripción separada de la acción sancionadora sino desde la entrada en vigor de la Ley 1/1998”. El Supremo nos recuerda también a continuación que, con efecto a partir del 1 de enero de 2001, la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, dio nueva redacción al art. 66.1.a) de la Ley General Tributaria de 1963, en el sentido (y se cita texto literal de la norma) de que los plazos de prescripción para la imposición de sanciones se interrumpirían, “además de por las actuaciones mencionadas anteriormente [cualquier acción administrativa, realizada con conocimiento formal del sujeto pasivo, conducente al reconocimiento, regularización, inspección, aseguramiento, comprobación, liquidación y recaudación del tributo devengado por cada hecho imponible], por la iniciación del correspondiente procedimiento sancionador”. En el supuesto concreto sometido ahora al Supremo, éste concluye que “nos encontramos con un expediente que se inicia antes de la entrada en vigor de la Ley 1/98, y cuyas actuaciones se documen-

taron también en actas levantadas con anterioridad a esa fecha, por lo que al tramitarse conjuntamente las actuaciones de comprobación y sancionadoras, éstas quedaban interrumpidas por aquéllas”.

VII. REVISIÓN

1. PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN. MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 2009

El asunto trae causa en la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 15 de septiembre de 2008, por el que se declaró inadmisibile la reclamación de la parte actora, en que se notificó el nuevo valor catastral debido a la calificación de “bien inmueble de características especiales” del titular.

La reclamación económico-administrativa se promovió por el procedimiento abreviado, al alegarse de modo único y exclusivo la ilegalidad de la norma aplicada. Pero también la actora había promovido reclamación a sustanciar a través del procedimiento general y pendiente de resolución cuando fue dictada la resolución administrativa impugnada.

Pues bien, el TEAC considera que este proceder puede vulnerar el principio de seguridad, en su perspectiva de impedir que un mismo acto sea objeto de dos reclamaciones distintas promovidas por el mismo interesado, por lo que procede a inadmitir la reclamación.

En cambio, la parte actora manifiesta su discrepancia alegando que el TEAC debió considerar inaplicables determinados Reales Decretos que contrariaban, en su opinión, lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aplicando el principio de jerarquía normativa.

No obstante, la Audiencia Nacional sostiene que la parte actora obvia que la resolución impugnada no entró a conocer de la cuestión

de fondo y únicamente decretó un pronunciamiento de inadmisibilidad por razones de forma que no se han atacado, pues la demanda únicamente se ha argumentado contra el valor catastral asignado, sin que se haya motivado en modo alguno la presentación de dos reclamaciones separadas contra la misma actuación administrativa (FJ. 2º).

Así pues, el criterio determinante es la ausencia de previsión alguna en la Ley General Tributaria acerca de este extremo y, por ende, no existe habilitación legal para interponer dos reclamaciones económico-administrativas contra un mismo acto administrativo, una utilizando el procedimiento general económico-administrativo y otra utilizando el procedimiento abreviado, ni siquiera es posible acudir al Real Decreto 525/2005, de 13 de mayo, (Reglamento de revisión en vía administrativa) que contenga alguna previsión al respecto. Como un criterio adicional la Audiencia Nacional suma determinados preceptos de este Reglamento que más bien pueden indicar lo contrario. En concreto, la interpretación conjunta de los arts. 65 y 37 llevan a entender que si ambas vías impugnatorias fuesen compatibles se hubiese previsto la posibilidad de acumulación de reclamaciones y no se hubiese optado por la supletoriedad tal y como está prevista (FJ. 3º). A nuestro juicio, haber aceptado la compatibilidad de vías impugnatorias hubiese abierto la puerta a controversias desde el punto de vista del respeto al principio de actos propios.

2. PROCEDIMIENTO ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO. ACLARACIÓN DE LA RESOLUCIÓN

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas) de 27 de noviembre de 2009

Resulta de interés esta sentencia no tanto por la doctrina vertida en la misma, sino por la fijación de la naturaleza de los medios de impugnación que el ordenamiento jurídico establece y la funcionalidad adscrita a los mismos. En este sentido, el art. 31.1 de Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa dispone la posibilidad de ejercitar acciones en el seno de la jurisdicción contencioso-administrativa para impugnar el sentido y contenido de un fallo anterior.

No obstante, el asunto de autos no puede concebirse como una acción impugnatoria de fondo puesto que el actor no ejercita pretensión alguna, sino que únicamente se limita a la petición de aclaración del

fallo de la resolución impugnada y menos aun se pide la nulidad de la misma, no estando pues legitimada la recurrente en estas circunstancias para efectuar la solicitud de aclaración.

Por ello, el TSJ se declara incompetente para la petición que se suscita por la parte actora, añadiendo que sólo el órgano que tenga que ejecutar la resolución del órgano económico-administrativo, y no los interesados, está habilitado para formular una solicitud de aclaración en relación con dicha resolución.

VIII. IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

1. RETENCIONES. REGULARIZACIÓN. SUPERACIÓN DE LA DOCTRINA QUE ASUME LA NATURALEZA INDEPENDIENTE O AUTÓNOMA DE LA OBLIGACIÓN DEL RETENEDOR, SIN TOMAR EN CONSIDERACIÓN LA CONDUCTA DEL CONTRIBUYENTE.

Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero y 18 febrero de 2010

La Sentencias analizadas resuelven el Recurso de Casación núm. 1685/2004 y Recurso de Casación para la unificación de doctrina núm. 46/2006 en las que se analiza la controvertida naturaleza jurídica de las retenciones a cuenta. De contenido similar a otras resoluciones del mismo tribunal lo que se hace es ratificar la naturaleza jurídica que la doctrina venía atribuyéndole desde hace tiempo.

Si algo ha supuesto *communis opinio* en la doctrina que ha tratado el tema de la retención, ha sido el hecho patente de que ésta se produce antes de que el hecho imponible del impuesto se realice, teniendo lugar aquélla cada vez que son abonadas o satisfechas rentas sujetas al impuesto, según reza en el artículo 99 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante LIRPF). Si ello es así, la cuestión será fijar la relación que exista entre ambos presupuestos de hecho.

Pues bien, parece que «lo que el legislador puede, pues, contemplar dinámicamente, fotográficamente, no es la progresiva y parcial realización de un hecho imponible, sino de los elementos que pueden llegar a integrarlo -ingresos y gastos-, elementos que -contemplados separadamente- son, desde un punto de vista jurídico, cosa bien distinta del objeto real del tributo: la renta neta, la cual, como tal, no puede ser apreciada sino hasta el momento final del hecho imponible» (LEJEUNE VALCARCEL, E: La anticipación de ingresos en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Editorial de Derecho Financiero, Madrid. 1980. Págs. 29 y 30). O lo que es lo mismo, «el presupuesto de hecho de la retención a cuenta ha de ser algún elemento del hecho imponible; es decir, el supuesto de hecho de la obligación de retener ha de integrarse o estructurarse a base de elementos que formen parte del hecho imponible del tributo en la que aquella opera, de manera que aquél ha de reflejar un indicio de la probable y futura realización del hecho imponible» (COLADO YURRITA, M. A: La retención a cuenta en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Ed. Civitas, Madrid. 1992 Pág. 40).

De esta forma, y si tenemos en cuenta que «el presupuesto de hecho se determina en función de sus efectos» (BERLIRI, A: Principi di Diritto tributario. Volume II. Edt. Giuffrè, Milano. 1957. Pág. 204), resulta manifiesto que el resultado en la realización de uno y otro presupuesto de hecho son completamente diferentes. Mientras que con la materialización del hecho imponible nace una obligación contributiva que pone de manifiesto una cierta capacidad económica y que legitima la exacción tributaria por parte del Estado, no puede decirse lo mismo de la realización del presupuesto de hecho de la retención a cuenta. Su consecuencia no es el nacimiento de una obligación de tales caracteres, sino que supone una manifestación potencial de capacidad económica que se verá aseverada con la realización del hecho imponible al finalizar el período impositivo, adecuándose con ello a la capacidad económica global del sujeto pasivo y siendo su realización el reactivo que hace traspasar la condición de provisional de los ingresos en concepto de retención a cuenta por definitivos como consecuencia de haberse cumplido el requisito que los legitima.

Con lo anterior quiere destacarse que todo el expediente técnico de aplicación del tributo está sometido al principio de capacidad económica pero con una operatividad diferente en cada acto en el que se manifiesta. En otras palabras: Cada episodio del que consta la vida de un tributo debe adecuarse a la capacidad económica del sujeto pasivo contribuyente; «pero no es necesario que vaya unido ad initio a una capacidad definitivamente verificada, es suficiente con que inicialmente

vaya unido a una capacidad contributiva presunta, con tal de que se trate de una presunción legítima (esto es, *iuris tantum* y conforme a criterios de de lógica y normalidad) o con tal de que sea garantizado un total efecto restablecedor, en caso de inexistencia total o parcial de la misma... se requiere un vínculo entre contribución y aptitud efectiva, (pero) no se excluye que tal unión se lleve a cabo por sucesivas adaptaciones en el curso del procedimiento» (MOSCHETTI, F: *Il principio della capacità contributiva*. Padova, Cedam. 1973. Págs. 345 y 346). Son, por tanto, presupuestos de hecho diferenciados pero interrelacionados (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 3 de septiembre de 2001 (JUR 2001, 325825), Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos), de 5 de diciembre de 2005 (JT 2006, 340).

Entendido el tributo como obligación contributiva que hace surgir a cargo del ciudadano una atribución patrimonial a favor de la Hacienda Pública, consecuencia de haber puesto de manifiesto una cierta capacidad económica, no se constituye en instituto exclusivo para que la Administración financiera obtenga recursos. Puesta de manifiesto lo que se ha dado en llamar fungibilidad de los esquemas de actuación de los tributos, la retención es uno de los mecanismos que el legislador puede utilizar para conseguir su fin último: Que se contribuya al sostenimiento de los gastos públicos en función de la capacidad económica. Lo anterior nos consiente afirmar que, como mecanismo técnico-jurídico para hacer efectiva dicha realidad, la relación que une ambos presupuestos de hecho es una relación de medio a fin, sin que ello condicione la idea de autonomía que predicamos de la figura de la retención respecto del hecho imponible del Impuesto sobre la Renta al que va referido, y cuyo argumento más sólido ha quedado expuesto en la neta diferenciación entre ambos presupuestos de hecho.

En conclusión: siendo el presupuesto de hecho de la retención un elemento idóneo para concurrir a la formación del hecho imponible del Impuesto por suponer una manifestación de capacidad económica potencial que habilita al legislador para establecer la obligación de realizar ingresos anticipados y provisionales en el tiempo, cuya definitividad vendrá a cargo de la efectiva realización del presupuesto de hecho del tributo, es evidente que la mecánica de la retención a cuenta es un aspecto en el que se traduce el instituto del tributo. Es uno de los episodios de la mecánica impositiva que como tal goza de autonomía respecto del resto aunque sólo alcanza plenitud integrado en el marco que le es propio, el tributo, al que sirve de coadyuvante en la consecución de su fin último: La atribución patrimonial a un ente público. Este razonamiento nos per-

mite justificar la naturaleza jurídico-pública de la relación entre ambos sujetos privados cuya efectividad en el Derecho Tributario evidenciará que sea del conocimiento de un órgano público, como lo son los Tribunales Económico-Administrativos.

Llegado este punto, y después de fijar la relación que une este presupuesto con el hecho imponible, estamos en condiciones de analizar cómo se instrumentaliza, esto es, cómo se desarrolla en la realidad concreta en la que se materializa la compleja abstracción de la retención a cuenta.

La calificación de complejo de la mecánica retentoria tiene su razón de ser en el propio presupuesto de hecho normativo cuya realización da lugar, no sólo al nacimiento de la obligación de retención para su realizador, y que denominaremos «retenedor», sino que implica además la correlativa de soportarla para el sujeto de cuyo patrimonio se detrae, que intitulamos «retenido», y que es el eventual sujeto pasivo de la obligación tributaria en sentido estricto que surgirá el 31 de diciembre con el devengo del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante IRPF) -salvo la excepción del art. 13 LIRPF-. Pero el elenco de relaciones no acaba aquí. Atendiendo al tenor literal de los preceptos que se encargan de regular la institución de la retención a cuenta, se pone a cargo del retenedor la obligación de ingresar la cantidad detrída en el Tesoro Público (art. 99.2 LIRPF). Detracción e ingreso, que hacen surgir en el sujeto retenido el derecho de afectar su cuantía a la futura cuota tributaria, así como el derecho a devolución para el caso hipotético de que la suma retenida sea mayor de la que resulta de la cuota tributaria.

Con lo anterior queda justificado el carácter poliédrico de la institución de la retención que hace surgir en cabeza de cada uno de los sujetos que intervienen por ministerio de la Ley derechos y obligaciones. En definitiva, varios son los ingredientes que hacen germinar la figura de la retención a cuenta, a saber: a) Los sujetos: la Administración tributaria, el retenedor, y el retenido; b) un presupuesto de hecho: abonar o satisfacer rentas sujetas al Impuesto; y, c) las consecuencias jurídicas: una, la de realizar la retención, y la otra, la de su posterior ingreso. Sin perjuicio de la atención que ello merece en cuanto la naturaleza jurídica atribuible a cada una de estas alambicadas relaciones, nos proponemos una tarea de sistematización en la que abordaremos el contenido jurídico-positivo de las mismas.

Recurriendo a la geometría, una de sus figuras nos ofrece la base para la propuesta de metodización que nos habíamos planteado. Si en

un triángulo colocamos cada uno de los sujetos que intervienen en la dinámica de la figura de la retención, dando a cada uno el lugar que le corresponde en función de su participación, obtendremos una relación trilateral en cuyo vértice inferior colocaremos a la Hacienda Pública -como destinatario último de la cantidad detraída- que implica una relación bifrente con retenedor y retenido, y reservaremos los otros vértices para los otros dos sujetos -retenedor y retenido, respectivamente-. De esta forma, y como manifestación de la figura geométrica con la que la hemos identificado, tres son las relaciones que en la dinámica institucional que nos ocupa se individualizan, esto es: La primera, será aquella que tiene lugar entre retenedor y retenido por la realización del presupuesto de hecho que trae causa de una relación previa entre ambos sujetos, explicándose con ello el por qué de un triángulo invertido; la segunda, entre retenedor y Fisco, como consecuencia de la doble vertiente que la realización de dicho presupuesto supone, y que se materializa en el ingreso de la cantidad detraída; y, la tercera y última, la que se produce entre retenido y Administración pública que se desarrollará en una doble fase: Una como consecuencia inmediata de la realización del presupuesto de hecho de la retención, y la segunda por el devengo del impuesto una vez se ha producido el hecho imponible.

Estas relaciones, identificadas con cada uno de los lados de la forma triangular que nos ayuda en la configuración de la institución de la retención, no son relaciones aisladas entre sí, sino todo lo contrario. Cada una de ellas precisa de la otra para conformar la figura de la que forman parte, se interrelacionan de tal forma que no tienen sentido la una sin las otras, aunque bien es cierto que la causa última, el catalizador, de dicha relación compleja lo será la realización del presupuesto de hecho sin cuya presencia el entramado relacional no existirá. Autonomía llevada a sus últimos extremos por la Audiencia Nacional en la Sentencia de 7 de noviembre de 2002 (RJ 2003, 117) al estimar «Las normas reguladoras del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas imponen al retenedor la obligación de ingresar el importe de la retención practicada y, asimismo la que hubiera debido practicar en los plazos previstos en la normativa vigente. Esta obligación se impone directamente al retenedor y es independiente de la obligación del contribuyente, por lo que la conducta del primero no puede depender del comportamiento del segundo. La obligación de retener constituye una obligación autónoma y claramente diferenciada de la obligación de computar en la base imponible los ingresos sobre los que la retención se practique; su aplicación no supone doble imposición, pues la retención cumple la función de ser un pago a cuenta del ingreso personal del contribuyente, quien tiene derecho a deducir lo ingresado por el retenedor. La obligación de retener

no está en función de si el contribuyente deduce o no en su autoliquidación lo que se le retuvo o lo que se le debió retener, sin perjuicio de que, si la Administración tributaria se dirige contra el retenedor por no haber retenido la cantidad correspondiente, éste tiene acción de regreso contra el retenido».

Si el normal funcionamiento de la institución jurídica de la retención a cuenta implica que una vez realizado el correspondiente presupuesto normativo al que la Ley une la obligación de retener y su posterior ingreso en el Tesoro Público, ligado al resto de obligaciones formales, se desarrolla en la forma relatada, no siempre ocurre así. El retenedor puede incumplir sus deberes y obligaciones que darán lugar a un funcionamiento anormal de la figura.

El retenedor, como obligado tributario vinculado con la Administración financiera por una obligación tributaria propia, estará sometido a todos aquellos requerimientos que sean pertinentes en aras a la total satisfacción de los fines que inspiran la figura de la retención a cuenta. Así, para el caso de cantidades no ingresadas (retenidas o no), debe decirse lo siguiente: En regla de principio, y como clave de bóveda de la autonomía de la obligación establecida a cargo del obligado tributario denominado retenedor, deberá hacer frente a dichas reclamaciones haciendo efectiva la deuda contraída con el Fisco por la totalidad de la cuantía que debió ingresar y que fue objeto de omisión, o por la diferencia entre lo efectivamente ingresado y lo que correspondía según lo previsto reglamentariamente. De esta forma, habiendo satisfecho con dinero propio el retenedor algo que, si bien supone cumplimiento de una obligación propia lo es con peculio ajeno, estará en su mano la acción de regreso por la totalidad de la cantidad que en su día debió haber sido detráida de la renta que satisfizo, máxime si tenemos en cuenta la presunción contemplada en el art. 99.5 LIRPF que permite al retenido deducir de la cuota la cantidad que debió ser retenida y que le garantice no hacerlo responsable de la actividad de un tercero.

Así lo han estimado, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 7 de enero de 2000 o la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2002.

El fundamento al anterior aserto es fácil de encontrar si recurrimos a los arts. 23 y 37 de la LGT. Del contenido de estos preceptos se colige la consideración del retenedor como un deudor principal de la obligación ex lege a él impuesta, de manera que será a él a quien se dirija el oportuno procedimiento de apremio por incumplimiento en

período voluntario de su obligación de declarar e ingresar -y ello con independencia de que caiga dentro de los supuestos del artículo 27 LGT y de las posibles sanciones en las que pueda incurrir por incumplimiento de obligaciones fiscales (arts. 191 y 206 LGT), así como la acción de regreso contra el sujeto que debió en su día soportar dicha detracción pues la obligación de ingresar anticipadamente impuesta al que obtiene rentas no puede entenderse extinguida por el cumplimiento del retenedor-. Quedará, asimismo, sometido a la posible actuación comprobadora de la Inspección de los tributos de su obligación tributaria (arts. 24 y 142.3 LGT en relación con los arts. 171 y 173 del Reglamento General de Gestión e Inspección); y será, a su vez, sujeto activo de infracciones según lo fijado en el arts. 181.1.b) y 191 LGT.

Pero no sólo puede ocurrir que el importe ingresado sea inferior al debido, o que éste haya sido omitido en su totalidad, sino que puede suceder lo contrario. Esto es, que el importe ingresado lo sea en cantidad superior a la debida y se pretenda una devolución de ingresos indebidos conforme a lo preceptuado en el art. 221 LGT y en los arts. 14 a 20 del Reglamento General de Revisión en Vía Administrativa. Para ello debe hacerse hincapié en que lo realmente esencial para que surja a favor del retenedor el derecho a que le sea devuelto lo indebidamente ingresado será, precisamente, un pago indebido. En palabras del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 6 de octubre del 2000 (JT 2000,1730) «las retenciones a cuenta son simples retenciones hasta el momento en que se practica y liquida la correspondiente declaración-autoliquidación y desde entonces son ingresos tributarios que, por supuesto, pueden tener la condición de «indebidos» al igual que las cantidades que se ingresen junto a la autoliquidación» (FJ. 2º).

Otro supuesto calificado de patológico sería aquella situación en la que no habiendo existido retención ni ingreso, y llegado el devengo del Impuesto, el sujeto pasivo procede a realizar su autoliquidación sin tener presente las retenciones que deberían haberle sido practicadas, de manera tal que obra en consecuencia e ingresa la totalidad de la deuda tributaria que surge sin tener en cuenta los efectos de la presunción del art. 99.5 LIRPF. Evidentemente, aquí no podría decirse cumplida la obligación de realizar ingresos anticipados, pero la aplicación de la teoría de la satisfacción del interés nos permite razonar que, satisfecho el interés del Estado -independientemente del sujeto que lo haya llevado a cabo- a través del pago del total de la deuda tributaria del sujeto pasivo, éste se erige en justificación de la extinción por cumplimiento del fin último -obtener recursos para poder llevar a cabo las funciones que le son propias- al que va dirigida la mecánica impositiva que se pone de

manifiesto a través de las distintas fases de la imposición (LUCHENA MOZO, G.M: Retenciones e ingresos a cuenta en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Colección Monografías. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca. 1997. Pág. 215).

Este comportamiento anormal de la figura retentoria es la que ha sido objeto de análisis por algunas sentencias del Tribunal Supremo que parecen haber roto para algunos autores la autonomía del presupuesto de hecho de la retención. La primera de las sentencias que inició dicho andadura fue de 27 de febrero de 2007 recaída en recurso de casación núm. 2400/2002, confirmada por otras como las Sentencias de 5 de marzo de 2008, 16 de julio de 2008 del mismo órgano jurisdiccional, o por la propia Audiencia Nacional en Sentencias de 17 de enero de 2008 o 29 de enero de 2009 que ya han encontrado fiel reflejo en la doctrina administrativa tal y como se pone de manifiesto en la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo de 3 de abril de 2008.

Sin embargo, de la afirmación inicial de la Sentencia de 27 de febrero de 2007 hasta el último pronunciamiento de la Audiencia Nacional de 29 de enero de 2009 –FJ. 4º-, a nuestro juicio, no se deduce una ruptura de la autonomía predicada de la obligación realizar retenciones a cuenta, sino que la confirma precisando, además, que no significa plena independencia tal y como hemos justificado a lo largo de estas páginas. En efecto, como evidencia el Fundamento de Derecho décimo de la Sentencia de 2007 «la doctrina sobre la naturaleza de la retención no es uniforme ni unánime: Desde quienes la consideran como una obligación accesoria de otra principal, pasando por obligación dependiente de otra, hasta obligación en garantía del cumplimiento de otra. Parece evidente, que cualquiera que sea la naturaleza, es imposible su permanencia cuando ha sido cumplida la obligación principal, la obligación de la que depende, o, la obligación que garantiza. Ello, naturalmente, no impide que la Administración pueda exigir del retenedor los efectos perjudiciales que para ella se hayan producido por el hecho de no haberse practicado, o haberse practicado mal, la retención (Estamos pensando en los intereses y en las sanciones que el retenedor pueda merecer)», consecuencia inmediata de su condición de obligado tributario.

Pese a que el Tribunal Supremo considera como un supuesto de doble imposición y de enriquecimiento sin causa la supervivencia de la retención cuando ha sido satisfecha la obligación tributaria, lo cierto es que no es más que una consecuencia de la naturaleza y del funcionamiento de la retención a cuenta que no puede concebirse desconectando los vínculos que en su seno se producen tal y como hemos argumentado.

En efecto, si el mecanismo de la retención no es más que una fórmula que coadyuva a hacer efectiva la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos del art. 31 CE, resulta manifiesto que cumplida la misma no tenga sentido el mecanismo retentorio. O lo que es lo mismo, puesto que la relación que une ambos presupuestos de hecho es una relación de medio a fin, sin que ello condicione la idea de autonomía que predicamos de la figura de la retención, pierde legitimidad el medio si se ha cumplido el fin.

IX. IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

1. OPERACIONES VINCULADAS. VALORACIÓN. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD DEL CRITERIO DEL ART. 16 LIS.

Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de diciembre de 2009

Frente al doble condicionamiento exigido en la anterior regulación de las operaciones vinculada que suponía, por un parte, la existencia de vinculación entre las partes intervinientes según el catálogo fijado en el art. 16 TRLIS, y además, la existencia de una menor tributación de la resultante por la aplicación del valor de mercado o el diferimiento de la tributación para que la Administración tributaria ejercitase su potestad correctora, la previsión actual se basa en la aplicación de una regla imperativa de valoración que corresponde aplicar al propio sujeto pasivo otorgándose a la Administración la facultad de “comprobar que las operaciones realizadas entre personas o entidades vinculadas se han valorado por su valor normal de mercado y efectuará, en su caso, las correcciones valorativas que procedan respecto de las operaciones sujetas a este Impuesto, al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o al Impuesto sobre la Renta de No Residentes que no hubieran sido valoradas por su valor normal de mercado, con la documentación aportada por el sujeto pasivo y los datos e información de que disponga” –ex. art. 16.1.2 TRLIS-.

El hecho de que sea calificado como norma imperativa de valoración supone superar los problemas de aplicación de otros criterios valorativos que con la anterior regulación se producían. Este es el caso de la Sentencia que se comenta en la que la discrepancia del actor se refiere,

exclusivamente, al procedimiento empleado para la determinación de tales valores de un canje de participaciones entre entidades vinculadas. A su juicio, la Administración debió necesariamente acudir al artículo 15 del Real Decreto 537/1997, de 14 de abril (Reglamento del Impuesto sobre sociedades), que regula minuciosamente el procedimiento “para practicar la valoración por el valor normal de mercado en operaciones vinculadas” cuando la Administración haga uso de la facultad establecida en el artículo 16.1 de la Ley del Impuesto de 1995 y que exige, fundamentalmente, la notificación de su incoación a las partes vinculadas, la justificación del método empleado, el valor de mercado extraído y la audiencia previa de los interesados antes de adoptarse el correspondiente acuerdo de valoración. En efecto, la Administración rechaza la aplicación al caso del precepto citado por entender que no procede acudir al citado artículo 16.1 de la Ley del Impuesto, sino al artículo 15 de dicho cuerpo legal, que se refiere específicamente a la valoración (por precio normal de mercado y sin acudir a aquel procedimiento especial) de los elementos patrimoniales “adquiridos por canje o conversión” y a los “aportados a entidades y los valores recibidos en contraprestación”. Si bien es cierto que el artículo 15 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre se refiere, específicamente, a operaciones que resultan coincidentes con la regularizada por la Inspección, también lo es que la determinación del valor de mercado de tales operaciones no se sujeta a un procedimiento “ad hoc” (como sí sucede con las reglas de valoración de las operaciones vinculadas). A juicio de la Sala, sin embargo, el “principio de especialidad” al que se refieren las resoluciones recurridas debió abocar a la Inspección, cabalmente, a utilizar el procedimiento de valoración para operaciones vinculadas.

Por tanto, la Sala considera -en contra del criterio del TEAC-, que “el principio de especialidad determina la preferencia del artículo 16 de la Ley 43/95 sobre el artículo 15 del mismo texto legal. Y es que el primero de los preceptos citados se refiere concretamente a “las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas cuando la valoración convenida hubiera determinado, considerando el conjunto de las personas o entidades vinculadas, una tributación en España inferior a la que hubiere correspondido por aplicación del valor normal de mercado o un diferimiento de dicha tributación”. El precepto en cuestión, por referirse indistintamente a “operaciones entre personas o entidades vinculadas” sin excluir operación alguna por la clase o naturaleza de tales operaciones, es más “especial” que el contenido en el artículo 15 de la propia Ley (que hace alusión a las “reglas de valoración: regla general y reglas especiales en los supuestos de transmisiones lucrativas y societarias”), en la medida en que este último ha de entenderse aplica-

ble cuando las operaciones a las que se refiere no sean realizadas entre sociedades vinculadas. En definitiva: a) El artículo 15 de la Ley 43/95 ha de considerarse aplicable a las operaciones que consigna cuando sean realizadas por personas o entidades que no tengan el carácter de vinculadas; b) El artículo 16 del mismo texto legal se refiere a cualesquiera operaciones (incluidas las recogidas en el artículo precedente) que se efectúan por personas o entidades vinculadas; c) La valoración “por su precio normal de mercado” de estas operaciones (entre vinculadas) debe sujetarse al procedimiento recogido al efecto en el artículo 15 del Real Decreto 537/1997, de 14 de abril, que impone a la Administración (“se procederá” dice el precepto) un procedimiento especial para “practicar la valoración por el valor normal de mercado” cuando se haga uso de la facultad prevista en el artículo 16.1 de la Ley del Impuesto” (FJ. 4º).

X. IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LOS NO RESIDENTES

1. DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL. CONVENIO CON ESTADOS UNIDOS. TRANSMISIÓN DE ACCIONES. INCREMENTO PATRIMONIAL. SIMULACIÓN RELATIVA

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2009

Centramos nuestra atención en la pretendida (a juicio de la actora) vulneración del Convenio de doble imposición con los Estados Unidos de América (de 22 de febrero de 1990). Considérense los siguientes hechos:

“1. La recurrente (Stroh en adelante), con residencia en Estados Unidos, era titular de 2.109.043 acciones de la mercantil española La Cruz del Campo, S.A., que representaban el 28,45% de su capital social y acepta, el 2 de enero de 1991, la oferta formulada por Guinness el 8 de diciembre de 1990 para transmitirle tales acciones.

2. Los títulos de acciones se encontraban depositados en Estados Unidos, al tiempo de la aceptación de la oferta, por causa de garantía pignoratícia constituida a favor del Banco americano JP Morgan.

3. Con posterioridad a la aceptación de la oferta, Stroh, primero, hace una aportación de parte de sus títulos, concretamente de 462.144, el 22 de enero de 1991, a la sociedad americana Victors Company, de su grupo de empresas, a cambio de 17 acciones que se emiten en ese momento, lo que se declara a la Dirección General de Transacciones Exteriores el 24 de enero siguiente: estos títulos fueron vendidos por la receptora el 5 de febrero de 1991 a Guinness por el mismo importe por el que se adquirieron.

4. Luego, Stroh, el 6 de mayo de 1991, aporta el resto de sus títulos a otra sociedad de su grupo, Hoya Venture, también residente en Estados Unidos, que son transmitidos asimismo a Guinness el 11 de febrero de 1992 por ésta al mismo precio que los adquirió.

5. El 31 de enero de 1996, la Inspección de la AEAT de Sevilla acuerda el inicio de actuaciones de comprobación a Stroh, por el Impuesto sobre Sociedades (Obligación real de contribuir-tributación de no residentes en España) por el ejercicio de 1991, en relación con la operación de venta de acciones de la sociedad española La Cruz del Campo, S.A.”.

La Administración tributaria extendió acta de disconformidad.

Pues bien, en el litigio suscitado por lo que respecta a este asunto, el Tribunal Supremo comparte el criterio de la instancia (Audiencia Nacional). Así, “en el momento en que Stroh emite una carta dirigida a Guinness aceptando en firme la oferta de compra de las acciones de La Cruz Campo, S.A., –2 de enero de 1991– anunciando la ejecución de la transmisión en diversas fases, la sociedad recurrente cumplía los dos requisitos que exige el art. 13.4 del Convenio para que la venta de las acciones estuviera sujeta a gravamen en España, pues poseía el 28,45% del capital social de La Cruz del Campo y había detentado durante el período de los doce meses precedentes la participación directa o indirecta de, al menos, el 25 por 100 de las acciones. A partir de ahí realiza varias operaciones, utilizando a sus dos filiales, Victors Company y Hoya Ventures Inc, con la finalidad de que la venta no estuviera sujeta a gravamen en España, pero sin pretender un mero cambio de acciones dentro de un grupo empresarial, que es la finalidad perseguida por el n.º 10 del Protocolo, al no poner trabas fiscales a los procesos de reorganización de un grupo y diferir el pago del tributo al momento en que el adquirente enajena las acciones”. La instancia considera que “estamos ante la constitución de un hecho imponible indirecto, en cuanto que el verdadero queda desplazado a efectos de que la carga fiscal que conlleva

se adecue a la finalidad fiscal perseguida, en la conclusión de la compleja operativa jurídica realizada”. No obstante, a juicio del Supremo, “hubiera sido más correcto hablar de simulación relativa, que es una suerte de ocultación que se produce generando la apariencia de un negocio ficticio, realmente no querido, que sirve de pantalla para encubrir el efectivamente realizado en violación de ley. Frente a la simulación, la reacción del ordenamiento consiste en traer a primer plano la realidad jurídica ciertamente operativa en el tráfico, para que produzca los efectos legales correspondientes a su perfil real y que los contratantes trataron de eludir”.

XI. IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES

I. ADQUISICIONES MORTIS CAUSA: REDUCCIONES EN LA BASE IMPONIBLE. VIVIENDA HABITUAL.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de Julio de 2009.

En la sentencia objeto del presente comentario la Sala de lo Contencioso-Administrativo trata de dilucidar si la vivienda propiedad de la causante constituía o no su vivienda habitual a los efectos de que su causahabiente pueda practicarse en la base imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones la oportuna reducción por este concepto a tenor de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 20 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, reguladora del impuesto arriba mencionado, a pesar de que para la Administración Tributaria no resulta procedente la aplicación de dicho beneficio fiscal porque la causante no residía en dicho domicilio en la fecha en la que se produjo su fallecimiento.

Pues bien, en virtud de lo dispuesto en el párrafo tercero del apartado 2, del artículo 20 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, las adquisiciones mortis causa de la vivienda habitual del causante, gozarán de una reducción del 95 por 100, del valor a efectos de este impuesto de dicha vivienda, con el límite de 122.606,47 €, por cada sujeto pasivo y siempre que los mismos cumplan el requisito de permanencia establecido en el articulado de la mencionada Ley. Esta reducción será aplicable cuan-

do los causahabientes tengan la condición de cónyuge, ascendientes, o descendientes del causante, o bien, se trate de pariente colateral de éste mayor de sesenta y cinco años que hubiese convivido con el causante durante los dos años anteriores a su fallecimiento.

Por su parte, la Resolución 2/1999, de 23 de marzo, de la Dirección General de Tributos, relativa a la aplicación de las reducciones en la base imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en materia de vivienda habitual y empresa familiar, dispone en su apartado 1.4.b) respecto del concepto de vivienda habitual que, la determinación del mismo habrá de hacerse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 51 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, de modo tal que a tenor de dicho precepto “1. Con carácter general se considera vivienda habitual del contribuyente la edificación que constituya su residencia durante un plazo continuado de, al menos, tres años. No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo el carácter de habitual cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurren otras circunstancias que necesariamente exijan el cambio de domicilio, tales como celebración del matrimonio, separación matrimonial, traslado laboral, obtención de primer empleo, o cambio de empleo, u otras análogas justificadas. 2. Para que la vivienda constituya la residencia habitual del contribuyente debe ser habitada de manera efectiva y con carácter permanente por el propio contribuyente, en un plazo de doce meses, contados a partir de la fecha de adquisición o terminación de las obras. No obstante, se entenderá que la vivienda no pierde el carácter de habitual cuando se produzcan las siguientes circunstancias: Cuando se produzca el fallecimiento del cónyuge o concurren otras circunstancias que necesariamente impidan la ocupación de la vivienda, en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo. Cuando éste disfrute de vivienda habitual por razón de cargo o empleo y la vivienda adquirida no sea objeto de utilización, en otro caso, el plazo antes indicado comenzará a contarse a partir de la fecha de cese”.

En el caso de autos se procede a denegar la aplicación de la reducción aludida por entender que la causante no residía de modo efectivo en el domicilio que se alega como vivienda habitual de la misma.

No obstante, se ha de tomar en consideración que a tenor de los documentos obrantes en los autos, la causante no decidió realizar de modo voluntario un cambio de residencia, ya que, la grave enfermedad que padecía y las crisis que llevaba aparejada la misma hacían imposible que la causante pudiera residir sola en la que constituía su vivienda ha-

bitual y se viera obligada a pasar la convalecencia en casa de sus padres, domicilio éste último que no constituía su vivienda habitual. Incluso, a estos hechos hay que añadir que el fallecimiento de la causante sobrevino durante y como consecuencia de su enfermedad, sin que quepa argumentar que la enfermedad se hubiera superado y, pese a ello, la causante siguiera residiendo en casa de sus padres. Por todo ello, la Sala estima procedente incluir este supuesto particular dentro del apartado 1 del art. 51 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por RD 214/1999.

En consecuencia, la Sala estima la procedencia de la aplicación, por parte de los herederos de la causante, de la reducción prevista en el apartado 2 del artículo 20 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, respecto de la vivienda habitual transmitida mortis causa.

XII. IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO

1. PRESTACIÓN DE SERVICIOS POR EL COLEGIO OFICIAL DE FARMACÉUTICOS. SUJECCIÓN PROCEDENTE: APLICACIÓN DEL ART. 7.8 LIVA EXENCIÓN IMPORCEDENTE AL AMPARO DEL ART. 20.1.12 LIVA.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 9 de noviembre de 2009

La Sala haciendo suya la jurisprudencia vertida al efecto por la Audiencia Nacional en las Sentencias de 11-12-2006, en relación al Colegio Oficial de Farmacéuticos de Ciudad Real; la sentencia de 21-6-2006, referida al Colegio de Guadalajara (en la que se planteó y resolvió el planteamiento sobre la necesidad de solicitud y reconocimiento de la exención en el pago del IVA de las cuotas colegiales ordinarias); la Sentencia de 23-5-2007, siendo recurrente el Colegio de Toledo; la Sentencia de 29-6-2007, siendo actor el Colegio de Cuenca, y la Sentencia de 19-9-2007, relativa al Colegio de Albacete, estima que conforme al artículo 1 de la 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, los Colegios Profesionales son corporaciones de Derecho Público, con

personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. Del contenido del precepto, se deduce claramente que los Colegios Profesionales se insertan dentro de la Administración Corporativa, tienen por ello encomendadas funciones al servicio del interés público, y en tal función actúan potestades exorbitantes propias de la Administración Pública. Ahora bien, junto a tal ejercicio de potestades exorbitantes, pueden ejercer otras funciones ajenas al interés público y a las que por Ley se les encomienda. Ello resulta evidente si atendemos al contenido del artículo 8.1 de la propia Ley, que somete a la jurisdicción contenciosa aquellos actos emanados de los Colegios Profesionales sujetos a Derecho Administrativo, lo que presupone la existencia de otros actos ajenos al Derecho Administrativo y por ello a las competencias exorbitantes propias de éste.

De ello deriva que los Colegios Oficiales actúan como Administración Pública, y como entes privados. En el primer caso se le reconocen las potestades propias de tal Administración, mientras que en el segundo actúan como meros particulares y en condiciones de igualdad con los restantes sujetos de Derecho. Pues bien, la actuación de los Colegios Profesionales como entes privados ha de ponerse en conexión con el artículo 5.2 LIVA/92, que considera como actividad empresarial o profesional, sujeta al IVA, la consistente en ordenar por cuenta propia factores de producción, materiales y humanos, o de uno de ellos, para intervenir en la producción o distribución de servicios.

Como expresan las SAN citadas anteriormente, la Sala considera evidente que el Colegio Oficial recurrente utiliza su propia estructura organizativa para la realización de un servicio prestado a los colegiados a cambio de una contraprestación, consistente precisamente en liquidar y distribuir los importes por los servicios prestados por éstos a los usuarios. Desde este punto de vista, la actividad desarrollada por el Colegio recurrente debe incluirse en los artículos 4 y 5 LIVA/92, y tal actividad está fuera de las previsiones del 7.8 LIVA/92, que considera operaciones no sujetas al Impuesto las prestaciones de servicios realizadas directamente por los Entes Públicos, cuando se efectúen sin contraprestación o cuando ésta es de carácter tributario.

La recurrente argumenta su inclusión en el señalado supuesto al entender que realiza funciones administrativas, en virtud de un concierto encaminado a satisfacer unas necesidades públicas. Ahora bien, el precepto citado requiere, entre otros requisitos, para que la no sujeción opere, que la prestación se realice sin contraprestación o mediante con-

traprestación de naturaleza tributaria, lo que no concurre en el supuesto enjuiciado, en el que los colegiados satisfacen al Colegio unas cuotas variables como contraprestación de la prestación de servicios que el Colegio realiza, que consistente -como antes se ha descrito- en facturar, liquidar y distribuir entre los colegiados el importe de las prestaciones farmacéuticas dispensados por estos en sus oficinas de farmacia a los asegurados y beneficiarios de los Organismos INSALUD, MUFACE, ISFAS y MUGEJU, sin que pueda aceptarse que dicha contraprestación sea de carácter tributario. Determinada la sujeción al IVA de la actividad desarrollada por la recurrente, como siguiente paso ha de analizarse la procedencia o no de declarar la exención.

Pues bien, con base en el art. 20.1.12 LIVA/92 la AN y, por ende, el TSJ niegan la aplicación de la exención a los servicios de facturación prestados por el Colegio Oficial de farmacéuticos a sus colegiados, porque “el artículo 20.1.12 LIVA/92 exige la concurrencia de los requisitos que siguen: 1) reconocimiento legal de la entidad, 2) carencia de finalidad lucrativa en su actividad, 3) determinados objetivos, y d) no percepción de los beneficiarios de contraprestación distinta de las cotizaciones fijadas en los estatutos. Se señala por la actora que la contraprestación es subsumible en el concepto de cuota, en cuanto ésta se encamina al sostenimiento de los gastos del Colegio.

Sin embargo tal tesis no puede ser acogida porque la contraprestación no se configura como cuota fija a cargo de todos los colegiados, sino como contrapartida a un servicio concreto, recibido no por todos sino sólo por algunos colegiados, vinculada al mismo servicio, y establecida en función del montante del importe de la facturación. No puede entenderse que la actividad cuyo gravamen se discute, se incluya en el concepto de prestación gratuita a los colegiados, sólo dependiente de la cuota fija abonada por éstos, sino, por el contrario, es objeto de contraprestación específica variable en función del valor de la misma determinado por el importe facturado.

Por las anteriores razones procede la desestimación del recurso, con confirmación de los actos impugnados por ser conformes a derecho” (FJ. 3º).

XIII. IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

1. TRANSMISIONES PATRIMONIALES ONEROSAS: COMPATIBILIDAD DEL ARTÍCULO 108.2 DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES CON EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Auto del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2009

El artículo 108.2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores (LMV) constituye una de las cláusulas antielusión específicas de mayor raigambre en nuestro sistema tributario. Como es sabido, su finalidad es evitar que mediante fórmulas de interposición societaria se eluda la tributación indirecta en el tráfico inmobiliario y, más concretamente, la tributación por la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO) del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD).

Aunque el artículo 108, apartado primero, de la LMV establece que la transmisión de valores está exenta del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) y del ITP y AJD, el apartado segundo del mismo artículo contiene una serie de supuestos de hecho a través de los cuales se pretende impedir, como ya se ha señalado, operaciones de elusión fiscal de la tributación indirecta sobre la transmisiones de inmuebles mediante la interposición de sociedades. Uno de los casos en los que la transmisión de valores se sujeta al ITP y AJD tiene lugar cuando los valores o participaciones transmitidos o adquiridos representen partes alícuotas del capital social o patrimonio de sociedades, fondos, asociaciones y otras entidades cuyo activo esté constituido al menos en un 50% por inmuebles situados en territorio español siempre que, como resultado de dicha transmisión o adquisición, el adquirente obtenga una posición tal que le permita ejercer el control sobre esas entidades. Precisamente éste es el supuesto en el que se enmarcan los hechos de los que trae causa el Auto del Tribunal Supremo objeto de comentario.

Desde su aparición, el artículo 108 LMV ha generado una fuerte conflictividad y ha sido objeto frecuente de comentario doctrinal. Una de las cuestiones debatidas ha sido la relativa a su compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea y, señaladamente, con la Sexta Directiva

IVA (actual Directiva 2006/112/CE, de 28 de noviembre) y con la Directiva 69/335/CEE (actual Directiva 2008/7/CE, de 12 de febrero) relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales.

Pues bien, mediante Auto de 24 de septiembre de 2009, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha acordado plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de Luxemburgo sobre la compatibilidad del artículo 108.2 de la LMV (según la redacción dada por la disposición adicional 12^a de la Ley 18/1991, de 6 de junio) con los artículos 11.a) y 12.1.a) de la Directiva 69/335/CEE (artículos 5.2 y 6 de la Directiva 2008/7/CE). El artículo 11.a) de dicha Directiva consagraba la exención tributaria total de determinadas operaciones con valores mobiliarios, pero el artículo 12.1.a) de la misma contemplaba la posibilidad de que los Estados miembros graven “la transmisión de valores mobiliarios, liquidados estimativamente o no”.

La primera duda interpretativa que se plantea a la Sala es “saber si los Estados miembros pueden establecer medidas para evitar la transmisión de bienes inmuebles mediante la interposición de figuras societarias, con independencia del ánimo antielusorio, afectando en consecuencia también a las transmisiones de valores aunque no se haya buscado tal interposición para eludir la tributación”.

La sentencia de instancia (Tribunal Superior de Justicia de Murcia) se pronunció a favor de una respuesta favorable. Igualmente, el Abogado del Estado defiende la adecuación de la normativa española al Derecho de la Unión Europea, pues se trata de una norma “cautelar” que “no pretende atajar conductas de elusión o evasión de impuestos, sino, simplemente, gravar tales transmisiones de valores como transmisiones de inmuebles, pues el objeto subyacente que realmente se transmite es un bien inmueble”.

Sin embargo, el Auto subraya que la Exposición de Motivos de la LMV explica claramente que uno de los objetos de la norma es “establecer medidas para tratar de salir al paso de la elusión del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en la transmisión de bienes inmuebles, mediante la interposición de figuras societarias”. Por consiguiente, se trata de una norma antielusoria y ello hace albergar dudas interpretativas a la Sala sobre su aplicación cuando no existe voluntad de eludir tributo alguno.

Por otra parte, incluso si se aceptara la posición de la sentencia de instancia y del Abogado del Estado, la Sala tiene “la duda de si la normativa comunitaria permite que el artículo 108 de la LMV pueda

establecer un gravamen por la adquisición de la mayoría del capital de sociedades cuyo activo está mayoritariamente integrado por inmuebles, aunque sean sociedades plenamente operativas y se transmitan títulos que desarrollan una contrastada actividad económica”. Como es sabido, la norma española no excluye de gravamen las transmisiones de valores que denotan la transmisión de un negocio en funcionamiento, pues no atiende a la finalidad de la operación. La norma se aplica automáticamente cuando se incurre en el supuesto tipo.

Las dudas anteriormente expuestas llevan a la Sala a acordar la suspensión del procedimiento y a plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

“¿La Directiva 69/335/CEE, del Consejo, de 17 de julio de 1969, prohíbe la aplicación de forma automática de normas de Estados Miembros, como el artículo 108.2 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores, que grava determinadas transmisiones de valores que encubren transmisiones de inmuebles, aunque no se haya buscado eludir la tributación?

En caso de que no sea necesario el ánimo elusorio.

¿La Directiva 69/335/CEE del Consejo, de 17 de julio de 1969, prohíbe la existencia de normas como la ley española 24/1988 que establece un gravamen por la adquisición de la mayoría del capital de sociedades cuyo activo está mayoritariamente integrado por inmuebles, aunque sean sociedades plenamente operativas y aunque los inmuebles no puedan disociarse de la actividad económica desarrollada por la sociedad?”

Antes de poner fin a este breve comentario es conveniente realizar dos observaciones. En primer lugar, debe valorarse positivamente que el Tribunal Supremo haya asumido la obligación de plantear la cuestión prejudicial –que recae sobre los órganos jurisdiccionales internos frente a cuya resolución no cabe recurso cuando la interpretación del ordenamiento comunitario ofrece dudas– frente a las reticencias mostradas en el pasado. En segundo lugar, aunque el Tribunal Supremo opta por plantear la cuestión prejudicial en relación con la interpretación de los artículos 11.a) y 12.1.a) de la Directiva 69/335/CEE, en nuestra opinión –como hemos expresado en otro lugar– hubiera sido conveniente extender la cuestión prejudicial a la interpretación del artículo 13 B, en relación con el artículo 5.3 de la Sexta Directiva [actuales artículos 135.1.f) y 15.2 de la Directiva 2006/112].

2. TRANSMISIONES PATRIMONIALES ONEROSAS: SUPUESTOS DE NO SUJECCIÓN: CONSTITUCIÓN DE FIANZAS

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2009

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación en interés de ley interpuesto por la Administración General del Estado contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 21 de diciembre de 2007, que entiende que, conforme al art. 7.5 del Texto Refundido de la Ley del ITP y AJD (Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre), procede la no sujeción a TPO de un afianzamiento otorgado por un particular, no empresario ni profesional, a favor de una entidad financiera, por cuanto la cualidad de empresario o profesional que determina la no sujeción debe predicarse no tanto del fiador (el particular, en este caso), cuanto del afianzado (la entidad financiera).

En opinión del TS, la sentencia objeto de recurso es gravemente dañosa para el interés público y errónea, en cuanto hace depender la no sujeción al ITP de la condición de empresario o profesional del sujeto pasivo del Impuesto. El TS, respetando la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida, establece la siguiente doctrina legal:

“El art. 7.5 del Real Decreto Legislativo 1/93 vincula la no sujeción al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales a la condición de empresario o profesional de quien constituye una fianza y no a la del sujeto pasivo del Impuesto por tal operación”.

3. ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS: HECHO IMPONIBLE: DOCUMENTOS NOTARIALES: CUOTA VARIABLE: ESCRITURA PÚBLICA DE CANCELACIÓN DE UNA EMISIÓN DE BONOS DE TESORERÍA: INCOMPATIBILIDAD DE LA NORMA ESPAÑOLA CON EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2009

Los hechos de los que trae causa el recurso de casación son los siguientes: una entidad bancaria procede a la cancelación de una emisión de bonos de tesorería mediante escritura notarial y autoliquida el ITP y AJD sin consignar cuota a ingresar, pues considera que la operación de amortización de bonos de tesorería está exenta del Impuesto. La Admi-

nistración territorial competente considera, sin embargo, que, por aplicación del artículo 20, segundo párrafo, del Real Decreto 3494/1981, de 29 de diciembre, la cancelación de obligaciones estaba “no sujeta” a la modalidad TPO y, por tanto, sí estaba gravada en la modalidad AJD. La entidad bancaria solicitó entonces la revisión de oficio de la liquidación practicada y consiguiente devolución de ésta al considerar que el acto de gestión tributario se había basado en una disposición nula de pleno derecho por ser contraria al Derecho de la Unión Europea: el artículo 11 de la Directiva 69/335/CEE, de 17 de julio de 1969 (actual Directiva 2008/7/CE). La Dirección General de Tributos resolvió en sentido desestimatorio la solicitud de revisión de oficio y consiguiente devolución de la liquidación practicada, resolución que fue confirmada por la sentencia recurrida en casación (sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de octubre de 2003).

El Tribunal Supremo corrige el criterio de la Administración y de la AN y declara la no sujeción al Impuesto, modalidad AJD, de la escritura de cancelación de una emisión de bonos de tesorería documentada en escritura notarial, reconociendo el derecho a obtener la devolución de la cantidad indebidamente ingresada.

La norma española en que se basa esa liquidación es incompatible con el Derecho de la Unión Europea. El artículo 11 b) de la Directiva 69/335/CEE, de 17 de julio, exigía la eliminación de toda carga fiscal sobre los empréstitos representados por obligaciones o títulos análogos. Ello supone, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, la no sujeción al Impuesto, modalidad AJD, de la escritura pública de cancelación de una emisión de bonos de tesorería. En este sentido, el TS recuerda que así se fijó claramente en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE) de 27 de octubre de 1998, en la que se estableció que la norma europea debe interpretarse en el sentido de que “la prohibición de someter a imposición los empréstitos con emisión de obligaciones se aplica al impuesto que grava las escrituras notariales de cancelación de empréstitos”. Anteriormente, la STJCE de 25 de mayo de 1989 señaló que el artículo 11 de la Directiva mencionada debía interpretarse en el sentido de que “un Estado miembro no está autorizado a someter a las sociedades de capital, en virtud de un empréstito obligatorio [...], a un tributo distinto de los supuestos y derechos mencionados en el art. 12 de dicha Directiva”, entre los cuales no puede incluirse la modalidad de AJD.

En definitiva, dado que la disposición a cuyo amparo se giró la liquidación recurrida era nula de pleno derecho, la liquidación practi-

cada queda afectada por idéntico vínculo invalidante y, por tanto, es nula de pleno derecho. El TS recuerda que debió ser la propia Administración tributaria la que procediera a declarar de oficio la nulidad de pleno derecho del precepto (y a proceder al mismo tiempo a la revisión de oficio de la liquidación practicada), ya que el ciudadano tiene la confianza legítima de que la actuación de los poderes públicos se ajusta a la Constitución y a las leyes. “En todo caso, en los supuestos en que una norma estatal es contraria a la legislación europea, tal contradicción es invocable ante los Tribunales españoles, y por tanto la recurrente en este caso pudo recurrir en vía administrativa primero y en vía contenciosa después el acta de liquidación y tanto la Administración como la Jurisdicción posteriormente debían haber aplicado directamente el Ordenamiento comunitario.”.

XVI. IMPUESTOS LOCALES

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 in-

fracción 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 mis-

mos 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”.

NOTAS

I El sumario presentado en esta sección divide la materia tributaria en apartados que se mantendrán en cada número de la revista, con independencia de que alguno de ellos quede vacío de contenido. A efectos sistemáticos, en cada apartado aparecen relacionadas las materias concretas a que se refieren las sentencias comentadas, distinguiendo dentro de cada materia los órdenes judiciales, y administrativos en su caso. Los 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 comentados 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 (Titular de Universidad).

JURISPRUDENCIA CIVIL ANOTADA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE CASTILLA-LA MANCHA

*Ángel Cuesta García de Leonardo y
M^a del Carmen González Carrasco*
Profesores de Derecho Civil de la
Universidad de Castilla-La Mancha

ACCIDENTE LABORAL. CONCURRENCIA DE CULPA DEL TRABAJADOR FALLECIDO CON LA DE LOS EMPLEADORES. SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 2008 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO (SECCIÓN 1^a).

“El accidente que costó la vida al infortunado trabajador D... , esposo y padre de las demandantes, el 22 de Febrero de 1998, tuvo su causa fundamental en el hecho de que el mismo, sin tener una orden expresa y careciendo de la preparación para ello, se subió a la pala cargadora mecánica propiedad de D..., contratado por los propietarios de la finca en que el trabajador prestaba sus servicios para la recogida de la remolacha recolectada en dicha finca, y una vez subido a la pala, cargó la cuchara de la misma con la remolacha que se encontraba junto a ella, elevó dicha cuchara ya cargada hasta la función de máxima elevación y en ese momento se bajó de la pala, dejando el motor en marcha y la cuchara cargada y plenamente elevada, descendiendo del asiento del conductor por el lado izquierdo, en el que se encontraban las palancas de accionamiento de la pala, pese a que pudo bajar por el lado contrario, libre de todo mecanismo de control, con el enorme infortunio de que se le enganchó la pernera del pantalón en la palanca que sirve para bajar y subir la cuchara, perdiendo el equilibrio y cayendo sobre la rueda izquierda de la pala, arrastrando con él la palanca que accionaba el mecanismo de bajada de la cuchara, lo que hizo que esta bajara, atrapándole el cuerpo el brazo izquierdo de la misma contra la rueda, ocasionándole el fallecimiento. Partiendo de tales hechos, la sentencia del Juzgado de lo Social denegó el recargo de las pensiones por entender que, al menos en el aspecto laboral, toda la culpa del accidente era imputable al infortunado trabajador (...). Si el trabajador no hubiera subido a la máquina, es evidente que nada hubiera ocurrido; pero es que una vez subido a la

misma, realizó toda una serie de actos erróneos que llevaron al fatídico resultado. Habría bastado con apagar el motor antes de bajar de la máquina, o bien en hacer descender la cuchara antes de bajar, o bien en descender por el lado derecho, libre y expedito de todo obstáculo, para que el resultado no se hubiera producido. Desde ese punto de vista, no cabe duda que el responsable del accidente es el propio trabajador fallecido”.

“La cuestión que se plantea es si cabe reconocer algún tipo de responsabilidad a la comunidad de bienes para la que el fallecido prestaba sus servicios o bien a D... como propietario de la pala cargadora con que se produjo el siniestro y que fue contratada por aquéllos para realizar con su máquina y camiones la carga y traslado de la remolacha desde la finca (...); aunque no existe prueba alguna de que los empleados o encargados de alguno de los dos demandados ordenaran a D... trabajar con la máquina, de lo que sí existe prueba es al menos de una cierta dejación o desinterés a la hora de impedir que pudiera utilizarla, concedores como eran de que se trataba de un artilugio peligroso cuyo uso exigía de una pericia y conocimientos especiales. Les alcanza pues en ese sentido responsabilidad a ambos demandados, evidentemente concurrente con la del propio trabajador fallecido, fijando prudencialmente la Sala la de este último en un 75% y en un 25% la de los codemandados, de la que habrán de responder en forma solidaria”. La sentencia revoca la de instancia y condena a los demandados a que indemnicen solidariamente a la viuda en la suma de 30.000 € y a sus dos hijas en la suma de 12.500 € a cada una.

En contra de la dogmática opinión del Juzgado de lo Social y del de Primera Instancia, que no encuentran negligencia en los empleadores, el Ponente argumenta la gran evolución sufrida por la doctrina de la responsabilidad civil por culpa extracontractual del art. 1902 CC, para facilitar a la víctima del daño su reparación: la presunción de culpa y la inversión de la carga de su prueba; el agotamiento del deber de diligencia exigible del art. 1104.1 CC, incluso sin necesidad de que el daño se derive de una actuación antijurídica; la responsabilidad por riesgo o cuasiobjetiva, de tal modo que quien obtenga con su conducta un lucro o provecho, tenga que soportar los eventuales perjuicios: ésta opera precisamente en ámbitos de singular peligro, cuales son los creados por el ejercicio de las actividades empresariales o industriales que llevan inherente un factor o componente de especial peligrosidad.

“Merece especial atención en este contexto el proceso de sustitución de la vigencia del “principio de confianza” por el principio que

podríamos denominar “de defensa”. Entendido el principio de confianza como expectativa legítima que ostenta todo individuo que interviene en el proceso de producción controlando su propia actividad, de que los restantes sujetos que con él comparten la tarea a realizar respeten y observen el cuidado debido; el principio de defensa impone al empresario el deber de prescindir de la confianza y ampliar su cuidado a la prevención de conductas peligrosas que puedan partir de los encargados y trabajadores a sus órdenes, cuando sea previsible la conducta incorrecta del agente. De otra parte, el trabajador, a diferencia del empresario, ocupa una doble posición al ostentar la cualidad de titular de un derecho, y simultáneamente (...) de un deber de cuidado; así, también el trabajador tiene obligaciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo, susceptibles de ser infringidas (art. 5.2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores)”.

A.C.G.L.

COMPRAVENTA DE PLAZA DE GARAJE. Inidoneidad del objeto por imposibilidad de estacionar salvo un coche pequeño en la plaza de garaje litigiosa. Condena solidaria de arquitecto proyectista y promotora- constructora a indemnizar al comprador con el equivalente del 50% de su valor. Audiencia Provincial de Albacete (sección primera). Sentencia de 24 de enero de 2008.

En la demanda se interesó la condena solidaria de los demandados (en lo que a esta apelación se refiere, promotora-constructora y arquitecto proyectista) a indemnizar al comprador demandante en el valor de mercado de una plaza de garaje similar a la de su propiedad, cuyo importe se determinaría en ejecución de sentencia. El Juez, antes de admitir a trámite la demanda, entre otras cosas mandó requerir al demandante para que en un plazo de diez días fijase el valor de la plaza de garaje, ya que no era posible dejar su determinación para el trámite de ejecución de sentencia, por impedirlo el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El requerimiento fue atendido por la parte demandante, que fijó el valor de la plaza de garaje en 18.000 €. Ha de tenerse en cuenta que las dimensiones del aparcamiento eran correctas, pero la estrechez de la calle de acceso y la ubicación de una columna impedía la realización de la maniobra de aparcamiento de un turismo de tamaño medio.

En la sentencia de primera instancia se dió por probado que la plaza de garaje no servía a su finalidad, y se dice que “hay responsabilidad tanto del arquitecto codemandado, en cuanto responsable del proyecto que resultó defectuoso, como de la constructora-promotora que llevó a cabo la construcción y vendió las plazas de garaje no siendo aptas para su uso, responsabilidad de carácter solidario”. También se expresa en la mencionada resolución que la indemnización solicitada “no es improcedente (...) porque la reparación específica no parece posible, según se deduce de la propia información pericial y las circunstancias concurrentes”. Pero a continuación se dice que “es desproporcionado pretender como resarcimiento una suma igual al valor de mercado de una plaza similar y quedarse con la citada plaza como expone su propietario en el acto del juicio que puede servir para aparcar un coche pequeño o incluso una moto, pues de acogerla supondría un supuesto claro de “enriquecimiento injusto”, por lo que desestima la demanda en este punto. Contra dicha desestimación se alza la parte demandante en apelación.

La Sala está de acuerdo con las afirmaciones transcritas, resultando como resultó la inidoneidad de la plaza de garaje de todas las periciales ratificadas en el Juicio, pero además realiza algunas precisiones del máximo interés:

a) La entrega de plaza de garaje de imposible aparcamiento para un turismo medio es un “aliud”. Esto es lo que se desprende de la sentencia cuando admite que la responsabilidad de la constructora deriva del incumplimiento de sus obligaciones contractuales, al entregar algo distinto a una plaza de garaje, que es lo que se adquirió por el apelante (artículo 1101 del CC).

b) La compraventa sobre plano no es de cuerpo cierto cuando el comprador no es un perito. Según la Sala, no puede sostenerse que el apelante adquirió su plaza de garaje como cuerpo cierto, al hacerlo sobre plano, ya que no consta que sea un técnico capaz de darse cuenta, con solo mirar el plano, de que lo que adquiriría no serviría para estacionar su vehículo.

c) La inidoneidad del objeto no permite la indemnización por el valor total de la cosa cuando no se resuelve el contrato con restitución recíproca de prestaciones. La Sala está de acuerdo con lo que se expresa en la sentencia apelada, y confirma la indemnización del 50% del valor de la plaza de garaje concedida, por entender que, en efecto, supondría un enriquecimiento injusto el indemnizar al apelante con el valor de una plaza de garaje dejando en su poder, al propio tiempo, la plaza defectuosa, ya fuese para estacionar un coche más o menos pequeño, o

motocicletas, o bicicletas, o para almacenar efectos, o como desahogo para la plaza contigua, también de su propiedad.

Es llamativa en esta sentencia la plasmación del principio de “unidad de culpa civil”, ya que no se plantea el carácter necesariamente extracontractual de la responsabilidad (solidaria junto con la promotora-vendedora) del arquitecto proyectista, siendo que la acción contra la promotora es de carácter contractual basada en el artículo 1.101 CC. Y en segundo lugar, resulta interesante comprobar lo equivocado del planteamiento de la demanda, en el sentido de que si lo que planteaba la parte actora era la inidoneidad total del objeto (*aliud pro alio*), debería haber ejercitado (contra la promotora, nunca frente al técnico con quien nunca contrató) una acción resolutoria junto con la consiguiente indemnización de daños y perjuicios, acumuladamente a una acción de responsabilidad civil extracontractual contra el proyectista basada en el art. 17 LOE, ya que los defectos de proyecto de la plaza de garaje que hacen imposible el aparcamiento pueden encuadrarse (aunque no sin cierta dificultad) en los requisitos de habitabilidad consistentes en la funcionalidad de los elementos constructivos e instalaciones del edificio que permitan un uso satisfactorio del mismo art. 3.1.c).

MCGC

CONTRATO DE “RENTING” DE CONTENIDO ESPECIALMENTE GRAVOSO. Alegaciones del arrendatario respecto de su consideración como consumidor, de la nulidad de las condiciones generales de contenido abusivo, acogiéndose a la tutela de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, LCU, y de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, LCGC, y del carácter usurario de los intereses moratorios previstos, conforme a la Ley Azcárate de 23 de julio de 1908 y a la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, LCC. Sentencia de 19 de febrero de 2008 de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1ª)

La Sentencia de instancia condenó a los arrendatarios al pago del precio debido del contrato de “renting”, y de los intereses moratorios del 22%, conforme a lo pactado con la arrendadora. Sin embargo, aquéllos recurren en apelación alegando el carácter usurario de los intereses, y la nulidad de las siguientes cláusulas, “redactadas en su integridad por la parte contraria”:

“NOVENA.- Garantía del fabricante de los vehículos.- Al no ser el arrendador el fabricante de los vehículos solicitados, éstos están cubiertos, única y exclusivamente, por la garantía otorgada por dicho fabricante. En consecuencia no existirá responsabilidad por parte del arrendador en el caso de que el vehículo no proporcione el rendimiento esperado o tenga vicios ocultos de fabricación que imposibiliten el uso a que el arrendatario lo destine. El arrendador cede al arrendatario los derechos y acciones que le correspondan frente al fabricante por razón del vehículo adquirido, quedando subrogado el arrendatario, desde la firma del correspondiente DAV, en la posición jurídica del arrendador para hacer efectivos tales derechos y acciones, en especial, los derechos derivados de la garantía.

DUODÉCIMA.- No disponibilidad. El arrendatario no podrá pretender la disminución o exención del pago de la renta mensual del contrato de arrendamiento correspondiente por no poder utilizar el vehículo arrendado, sea cualquiera la causa a la que tal falta de uso obedezca. Esta falta de uso tampoco generará para el arrendatario derecho alguno a percibir indemnización o a pretender la resolución del contrato de arrendamiento. En ningún caso el arrendador será responsable frente al arrendatario de los supuestos perjuicios que se le pudieren ocasionar a éste como consecuencia de la indisponibilidad temporal del vehículo”.

Dado que los recurrentes reconocen que “precisaban utilizar un vehículo en el ejercicio de su actividad, consistente en la promoción y construcción de obras con carácter urbano”, el Ponente declina su consideración como consumidores o usuarios del art. 1.2 y 3 LCU, es decir, quienes adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales bienes o servicios, y no quienes lo hacen con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. Por lo tanto, no merecen la tutela legal de los art. 10 bis LCU y 8.2 LCGC, respecto de la consideración como abusivas, y por tanto nulas, de “todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”. Tampoco les es de aplicación el tipo de interés limitado del art. 19.4 LCC (el que da lugar como máximo a una tasa anual equivalente de 2’5 veces el interés legal del dinero), porque no son consumidores y porque los intereses moratorios devengados son algo distinto de la concesión de un crédito al consumo en forma de descubierto en cuenta corriente, que es lo regulado en esa norma.

Además, a juicio del Ponente ni las indicadas cláusulas forman parte de un contrato de adhesión, ni su contenido es en ningún caso abusivo, ni los intereses moratorios del 22% pueden ser calificados como usurarios. Dice la STS de 28 de febrero de 2002 que “no se trata de un efectivo contrato de adhesión con cláusulas generales abusivas o notoriamente desequilibrantes de las posiciones de las partes, cuando hubo expresa aceptación íntegra de su contenido, no tratándose de cláusulas inevitables para obtener el servicio pretendido al no demostrarse que existiera ninguna situación imperativa que obligara a celebrar el contrato, tratándose la elección, de un acto de conveniencia particular que no obedece a una ineludible necesidad o imposición inevitable”, añadiendo la STS de 20 de noviembre de 1996 que “no es suficiente con que el consumidor o usuario no haya podido influir sobre el contenido de las cláusulas, pues se le exige que no haya podido eludir su aplicación”; nada de esto se da en el caso presente, en el que la parte arrendataria tiene a su disposición un gran número de posibilidades para conseguir el vehículo que necesita, “y más con el nivel económico que cabe suponer a quien alquila un vehículo de más de 100.000 € por un precio de más de 2.000 € mensuales”: podía haber optado por su compra, por su arrendamiento ordinario o financiero (“leasing”); sin embargo, eligió el “renting”, la empresa con la que contrataba y “también, y ello es fundamental, el vehículo que pensaba arrendar, el cual fue comprado por la arrendadora, completamente nuevo, para entregarlo a estrenar a la arrendataria, conforme a la marca, modelo e incluso color elegido. El arrendatario no se ha visto ni remotamente compelido a celebrar el presente contrato, sino que ha optado libre y voluntariamente por el mismo aceptando todas sus cláusulas”.

Además, “aunque el apelante fuera destinatario final o consumidor y le fueran aplicables las leyes más atrás mencionadas de defensa de los consumidores, las cláusulas que se han consignado literalmente al comienzo de la presente resolución no tendrían por qué ser declaradas nulas (...) <pues> no sólo no son abusivas, sino que parecen completamente lógicas y razonables, no alterando el justo equilibrio de las prestaciones de las partes”.

Por último, “los intereses pactados libremente por las partes en aplicación del principio de autonomía de la voluntad, para el supuesto de mora previsto en el art. 1108 CC, que permite la libertad de pacto entre las partes contratantes, para establecer libremente y de forma anticipada cómo se calcularán los daños y perjuicios si una de las partes incurre en mora; (...) un importante sector de la doctrina científica sostiene que, debido a la distinta naturaleza de los intereses retributivos y

los moratorios, a estos últimos no se les debe aplicar la Ley de Represión de la Usura”.

Sin embargo, creo que tales pactos forman parte de un clausulado de condiciones generales, el cual, al no ser el adherente consumidor o destinatario final del producto, hubiera debido impugnarse, en su caso, por la vía de los “Requisitos de incorporación” del art. 5 LCGC y no por el del control de contenido del art. 8. Además, creo que la exoneración de responsabilidad de la arrendadora es abusiva, porque es de esencia de los contratos de “renting” el que ésta se comprometa, a cambio de una renta mensual, a la prestación de una serie de servicios, entre los cuales el mantenimiento del bien y la contratación de un seguro a todo riesgo, sobre todo cuando, a diferencia del “leasing”, no existe opción de compra al fin del contrato por parte del arrendatario, es decir, el bien es siempre propiedad del arrendador. Se dice que el “renting” “es un apoyo logístico porque externaliza la gestión de los bienes y permite mantenerlos siempre en óptimas condiciones, y estabiliza los gastos al ser una cuota fija que no depende de las contingencias de los bienes”. Por tanto, la “ratio decidendi” de la sentencia debería haberse fundado en vez de en la lógica y la razonabilidad del contenido del trato, en que éste es un contrato “atípico”, por lo que el arrendatario no puede exigir del ordenamiento la protección que éste le ofrece mediante la regulación imperativa o dispositiva de otros tipos contractuales “típicos”. Respecto del carácter usurario o no del tipo de interés pactado, dada la regulación existente (“interés notablemente superior al normal del dinero”, art. 1 de la Ley Azcárate), se puede hacer referencia a su inmoralidad, pero no a su ilegalidad.

A.C.G.L.

GUARDA Y ACOGIMIENTO DE MENORES. Derecho de visita de los padres biológicos y acogimiento familiar preadoptivo del art. 173 bis.3 CC. Sentencia de 6 de marzo de 2008 de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1ª).

La sentencia de instancia desestimó la oposición de los padres biológicos de una menor a su declaración de desamparo por resolución administrativa de la Delegación Provincial de la Consejería de Bienestar Social de Toledo, fijándoles un régimen de visitas de los padres para con su hija, los domingos de las 13:00 a las 20:00 horas. La Consejería

recurre tal régimen de visitas porque, a pesar de ser compatible con el art. 172.4 CC (“Se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia”), en el caso presente la guarda de la menor se ha asumido en función de la tutela automática a través de un acogimiento familiar de carácter preadoptivo (art. 172.3 en relación con el art. 173 bis.3 CC). En esta situación, “la posibilidad de que el expediente concluya con la adopción de la menor por una nueva familia está más que avanzada, por lo que si bien todavía no nos encontramos en el supuesto de privación ipso iure del derecho de visitas que prevé el art. 160 para el supuesto de hijos adoptados por otro, sí se da la posibilidad prevista en el art. 161, de suspensión del derecho de visitas cuando se trata de un menor acogido, en este caso además, de un menor acogido en la modalidad del acogimiento preadoptivo”, cuando además “no existe ninguna perspectiva de posible reintegro de la menor en su familia biológica (...), pues de lo contrario, el mantener las visitas durante la tramitación del procedimiento, a lo único que contribuiría sería a mantener en la menor un estado de confusión respecto a su situación, absolutamente desaconsejable desde cualquier punto de vista”.

A.C.G.L.

JUICIO CAMBIARIO. Asunción por el ejecutado de la veracidad de la cambial, firmada sin encontrarse integrada en todas sus menciones (art. 12 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, LCCh); si el aceptante aduce fraude o abuso, la carga de probarlo le compete (art. 217 LEC). Sentencia de 4 de abril de 2008 de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1ª)

“En la instancia fue ejercitada acción cambiaria sustentada en dos letras de cambio (...) resultando que, conforme a las aseveraciones de las partes, a las mismas les era de aplicación el art. 12 LCCh (“Cuando una letra de cambio, incompleta en el momento de su emisión, se hubiese completado contrariamente a los acuerdos celebrados, el incumplimiento de estos acuerdos no podrá alegarse contra el tenedor, a menos que éste haya adquirido la letra de mala fe o con culpa grave”), reconociéndose por el ejecutado la signatura del acepto, y señalándose en la resolución que se recurre que la jurisprudencia, respecto de los títulos en blanco, que el firmante se declara conforme, de antemano, con el texto o las menciones que en su día pueda incorporar el tenedor que con

su firma previa ya acepta como propios, salvo redacción o incorporación fraudulenta o abusiva; así como que la autenticidad de la firma de un documento implica, con presunción iuris tantum, la de su contenido, salvo prueba en contrario; que la suscripción de un documento supone la aceptación de todo su contenido por quien lo firma; y, que la prueba de que una firma en blanco se haya aprovechado abusivamente, corresponde al que lo alega”.

A.C.G.L.

NULIDAD POR INEXISTENCIA Y SIMULACIÓN DE LA COMPRAVENTA DE FINCAS. Donación disimulada que no reúne los requisitos legales. Fraude de los derechos de los legitimarios. Sentencia de 28 de febrero de 2008 de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1ª).

El causante, enfermo terminal de cáncer, en vez de desheredar (caso de concurrir justa causa para ello: art. 848 y ss. CC) a dos de sus hijas, a las que no veía prácticamente en absoluto y que se desentendieron de su padre durante la enfermedad que le llevó a la muerte, o bien descapitalizar su herencia, respetándoles exclusivamente su parte proporcional del tercio de legítima estricta (art. 808 CC), formaliza la venta de sus fincas precisamente al resto de sus hermanos, las rústicas en fecha 9 de julio y la urbana el 5 de octubre, habiendo acaecido su fallecimiento el 15 de octubre; en el momento de su muerte, el precio presuntamente cobrado por las fincas había desaparecido de su cuenta corriente, en la que aparece uno de los hermanos como autorizado.

Las herederas legitimarias impugnan la validez de las ventas –con éxito en ambas instancias- por simulación absoluta (“los contratos sin causa no producen efecto alguno”, art. 1275 y 1276 CC) y encubrimiento de una donación, nula por no cumplir las formalidades del art. 633 CC (“una escritura pública que refleje una compraventa no puede ser la forma a la que se refiere el art. 633 CC”), pero que de ser válida sería inoficiosa (art. 636 CC). Los hermanos, a la desesperada, intentan justificar las ventas en la libertad de contratación del art. 1255 CC (“consideran inadmisibles <las> inmisiones del Estado y del Poder Judicial, que declara nula en nombre del Estado las relaciones jurídicas, para llevar a cabo una desmesurada interpretación de la libertad individual ex art. 1255 CC (...); reconocen el derecho a la sucesión, pero en los bienes

existentes a su fallecimiento (...), <de lo contrario>, cualquier persona no es más que un fiduciario de su propio patrimonio que debe conservar íntegro para transmitirlo intacto a los hijos (...); las demandantes y la sentencia olvidan que las vinculaciones de bienes quedaron abolidas en la primera mitad del siglo XIX, mucho antes de la entrada en vigor del Código Civil de 1889”), y la desaparición del precio en el elevado “tren de vida” de que disfrutaba el enfermo, en que “tenía muchos gastos”, y en que “quiso vivir la vida con mayor lujo” (incompatible con el “estado físico del vendedor y la muy grave situación que atravesaba coetáneamente a la última venta”, según se relata en documento del SESCAM).

A.C.G.L.

PRESCRIPCION DE ACCIONES PERSONALES. Eficacia interruptiva de la reclamación de deuda por tercero que va seguida de reconocimiento parcial de deuda por parte del deudor. Concepto de reconocimiento. Audiencia Provincial de Albacete. Sentencia de 26 de marzo de 2008.

La entidad apelante, demandante en un supuesto de daños producidos por accidente de circulación recurre la sentencia de instancia por la que se desestima su demanda con base en el instituto jurídico de la prescripción. La sentencia de instancia había considerado que las reclamaciones extrajudiciales formuladas frente al deudor no habían tenido virtualidad interruptiva dado que fueron realizadas a nombre del tomador del seguro del automóvil siniestrado y no de su propietario, a través de una entidad de asesoramiento jurídico (AYUDA LEGAL S.A.), sin que constase en dichas reclamaciones mención alguna de la entidad demandante, aunque en la reclamación se especificaban todos los datos del accidente, sin que esto pueda considerarse suficiente, en opinión del Juzgador, para entender que se ha producido la interrupción de la prescripción de la acción de reclamación de daños y perjuicios ya que quien reclamó no era el verdadero acreedor. La Sala analiza las consecuencias del carácter restrictivo con que ha de abordarse la interpretación de la existencia de prescripción como institución no basada en criterios de estricta justicia sino de seguridad jurídica, para resolver que el reconocimiento extraprocesal de la deuda ante los requerimientos extrajudiciales del acreedor han de dotarse de eficacia interruptiva por cuanto constituyen un acto propio del deudor que hace surgir una nueva deuda por el importe objeto de reconocimiento.

...”A tenor del art. 1973 CC , la reclamación extrajudicial interrumpe el plazo de prescripción propio de la responsabilidad extracontractual de que se trata en el artículo 1902 , que prescribe por el transcurso de un año (art. 1968 CC). El art. 1973 CC exige que la reclamación extrajudicial sea ejercitada por el acreedor; esto es, debe darse, entre la acción ejercitada y el derecho cuya prescripción se interrumpe, una identidad subjetiva (y objetiva). Los sujetos deben ser los titulares activo y pasivo del derecho, no un tercero, aunque sí puede serlo un representante o incluso un mandatario verbal.

En el presente caso, es lo cierto que las reclamaciones extrajudiciales contenidas en los doc. 5 y 6 de la demanda fueron enviados por AYUDA LEGAL S.A. en nombre del tomador del seguro (PACISA Y GIRALT S.L.) y no del propietario, hoy apelante (GE CAPITAL LARGO PLAZO S.L.). Ahora bien, también lo es que al doc. n. 8 de la demanda figura un reconocimiento de deuda por parte de la apelada, en contestación a los requerimientos extrajudiciales realizados por la apelante, y obrantes a los doc. 6 y 7, reconocimiento parcial pues únicamente se aceptan los daños de la parte trasera del vehículo, reconocimiento que hace surgir nuevamente la deuda.

La STS 18 diciembre 1964 (RJ 1964, 5895) declaró que hay reconocimiento cuando con palabras o por medio de una conducta concluyente se ha afirmado la existencia y vigencia del derecho. El reconocimiento debe ser hecho por el sujeto pasivo (STS 25 junio 1969, RJ 1969, 3638) y frente al titular del derecho, lo que sucede en el presente caso.

Lo anterior no es sino una aplicación de la doctrina de los propios actos (art. 7 CC). En efecto, actúa contra la buena fe el que contradice sin razón objetiva su conducta anterior, sobre la que la otra parte fundó una legítima confianza (en el presente caso, la existencia de una deuda viva), en cuya virtud tomó la iniciativa de reclamar judicialmente los daños sufridos en el vehículo de su propiedad. La jurisprudencia suele exigir el carácter inequívoco de la conducta, susceptible de definir inalterablemente la situación jurídica de su autor (STS 5 marzo 1991, RJ 1991, 1718), requisito que concurre en el presente caso, tras la lectura del doc. n. 8 acompañado a la demanda”.

PRÉSTAMO. Existencia. Requisitos. Carga de la prueba de la obligación de devolución de lo entregado. Prueba de presunciones. Audiencia Provincial de Albacete (Sentencia nº rec. 9 de 2009).

Por la cooperativa demandada se apeló la sentencia de instancia por la que, considerándose probado por el Juzgador el pago de 38.000 euros realizado por los actores a un tercero acreedor de la demandada y por cuenta de ésta sin constar su oposición y estimando la existencia de un contrato de préstamo de 40.000 euros a favor de la demandada derivando éste de la prueba de determinado traspaso dinerario realizado desde la cuenta bancaria de los actores a la de aquélla, condenó a ésta a abonar a los actores la cantidad de 78.000 euros más los intereses legales correspondientes. La recurrente se opone a la consideración como préstamo del traspaso desde la cuenta de los actores a la suya de las cantidades cuyo ingreso el Juzgador ha considerado probada a través de la documental referida a los documentos 3 y 4, alegando que, aunque se produjo el ingreso, no se ha probado que el mismo se realizase por los demandantes (por lo que entiende vulnerado el artículo 217 LEC en lo que respecta a la carga de la prueba) ni existió consentimiento del Consejo Rector en orden a obligarse a su adquisición y posterior devolución conforme a los elementos de este contrato según el artículo 1753 CC. Para ello se basa en dos motivos: vulneración de las reglas sobre la carga de la prueba (art. 217 LEC) y vulneración de los preceptos que establecen los requisitos del contrato de préstamo (art. 1.753 CC).

Respecto de la necesidad de que sea la parte actora quien aporte las pruebas al proceso, la Sala recuerda que el artículo 217 no exige que sea la actora quien necesariamente traiga todas y cada una de las pruebas al proceso, sino que basta con que dicha parte aporte cumplida prueba de los hechos base de una válida presunción (el ingreso en la cuenta de los actores de una cantidad de dinero) para que el demandado cargue con la necesidad de probar el hecho obstativo a la deducción que de los anteriores hechos pueda razonablemente derivar el Juzgador. El demandado no ha aportado ninguna prueba contraria a la disposición por orden de los actores que se deriva en buena lógica del hecho incontestado del ingreso en la cuenta de la demandada inmediatamente posterior a la retirada de la misma cantidad de la cuenta de los actores; es más, en el escrito de recurso, no niega que éste se realizase por los actores, sino que discute la conclusión de que dicho ingreso se realizase en concepto de préstamo y niega por lo tanto que se haya asumido la obligación de devolverlo, por lo que además considera que falta uno de los elementos esenciales del contrato de préstamo. La cuestión se traslada, en opinión de la Sala a determinar si

la asunción de la obligación de devolución insita de forma esencial en el contrato de préstamo constituye un elemento que ha de probarse de forma autónoma por el que reclama el reintegro de una disposición patrimonial a favor de otro sin causa conocida – en cuyo caso, como sostiene la recurrente, la carga de la prueba corresponde a quien la pretende- o si, por el contrario, una vez probada como lo está en este caso la existencia de una transmisión patrimonial, la obligación de devolución sería consecuencia de la falta de prueba por parte del demandado de una causa distinta que la justifique (como el pago o donación). Según la sentencia de alzada que comentamos, la naturaleza real del contrato de préstamo – que exige la entrega de la cosa o el dinero para entenderse perfeccionado- se inclina por esta última tesis, ya que en contraposición a la donación, que exige un animus donandi de beneficiar al donatario que según el Tribunal Supremo no se presume (ej. la jurisprudencia relativa a la propiedad del dinero depositado en cuentas corrientes de titularidad indistinta), en el préstamo bastaría con la entrega del dinero o cosa fungible, resolviéndose posteriormente el problema de la falta de prueba del ánimo de donar y por lo tanto, quedando probada la obligación de devolver como mera consecuencia (como establecieron las STS 6.3.1999 y SAP Rioja 28.2.2001) de la regla interpretativa de la menor transmisión de derechos e intereses que se recoge en el artículo 1.289 CC.

MCGC

PROPIEDAD HORIZONTAL. Art. 7.2 de la Ley 49/1960, de 21 de julio: desarrollo de actividades prohibidas en los estatutos o que contravienen las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas. Cría de perros en chalé adosado. Sentencia de 15 de enero de 2008 de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1ª).

Condenado el demandado en primera instancia a retirar la caseta y cercados, perros y excrementos, de su parcela que colinda con la de los actores, recurre en apelación alegando que “tiene perfecto derecho a mantener los perros en su propiedad, como también a mantener las instalaciones realizadas para los mismos por tratarse de una vivienda ubicada en el medio rural, en la que la tenencia de todo tipo de animales es práctica habitual e incluso ancestral, no constituyendo actividad alguna de tipo nocivo ni molesto, sino

consustancial a la vida en el campo, que según el demandado, las actoras vienen a turbar con una postura intransigente propia de quienes vienen de la gran ciudad a alterar un estado de hecho admitido desde siempre”.

A lo que responde el Ponente que “con habilidad pretende la defensa revestir la situación que nos ocupa de una apariencia de bucólica vida rural, en la que los propietarios de los fundos no sólo habitan en ellos, sino que crían y mantienen en sus propias viviendas gran cantidad de animales domésticos propios de las actividades del campo. Mas un examen somero de las notas simples del Registro nos indica que las propiedades de actores y demandado no son casas de campo dotadas de cuadras, pajares, gallineros, huertos, etc., sino pura y simplemente unos chalets adosados, con una pequeña parcela cada uno, destinados a uso residencial, ubicados en una urbanización en la localidad de Camarena. No se trata cual pretende el recurso, de casas de labranza o casas de campo en el medio rural en las que es habitual la tenencia de todo tipo de animales, sino de una urbanización de chalets adosados, situación esta total y absolutamente distinta y que obliga a contemplar desde una óptica diferente la tenencia de animales domésticos. Y así, teniendo muy en consideración el reportaje fotográfico incorporado a la demanda el cual el demandado reconoció íntegramente en el acto del juicio, como igualmente la prueba testifical, que puso de manifiesto la existencia de ruidos, olores y molestias, la Sala no tiene duda alguna de que nos encontramos ante una actividad cuando menos molesta, no permitida ni por los Reglamentos en la materia ni por el art. 7 de la Ley de Propiedad Horizontal ni tampoco por los propios Estatutos de la comunidad de propietarios a la que pertenecen las viviendas de las partes”.

Conforme al art. 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal, dada la estimación de la demanda, la sentencia hubiera podido disponer, además de la cesación definitiva de la actividad prohibida, la indemnización de daños y perjuicios y la privación del derecho al uso de la vivienda o local por tiempo no superior a tres años, en función de la gravedad de la infracción y de los perjuicios ocasionados a la comunidad.

A.C.G.L.

PROPIEDAD HORIZONTAL. DEBER DE CONTRIBUIR A LOS GASTOS GENERALES. EXISTE DESDE LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD DE LOS GARAJES POR MEDIANTE ESCRITURA PÚBLICA A PESAR DE LA OCUPACIÓN EFECTIVA Y LA ASISTENCIA A LA JUNTA DE PROPIETARIOS DESDE LA FECHA RECLAMADA. Audiencia Provincial de Albacete (secc. 2ª). Sentencia de 25 de enero de 2008

La comunidad de propietarios demandante, apelante en la alzada, solicitó la condena de la propietaria de plazas de garaje demandada al abono de la contribución a los gastos generales correspondientes a las mensualidades de noviembre de 2005 a septiembre de 2006, siendo condenada judicialmente solamente a las mensualidades posteriores al 31.07.2006, pues entendió la sentencia recurrida que hasta dicha fecha, en que se otorgó Escritura Pública de transmisión como consecuencia de una permuta, no hubo entrega o “traditio” traslativa de dominio, por lo que no fue propietaria hasta entonces, ni por ello estaba legitimada pasivamente para el pago reclamado anterior a dicho momento.

La comunidad basa su recurso en la existencia de actos de dominio por parte de la demandada, tales como la ocupación de las plazas y la asistencia de a la junta de propietarios- que en su opinión deberían significar de suyo la transmisión de la propiedad. La Sala desestima el recurso a entender que a falta de entrega material de lo vendido, solamente debe considerarse equivalente a aquélla los supuestos de entrega simbólica previstos en la Ley y que son claros exponentes de aquélla. Y como apoyo de su decisión cita la STS de 19.06.2007 (RJ 2007, 3461) , que establece que “los supuestos de tradición ficticia, por su propia naturaleza, no pueden ser ampliados ni interpretados de forma extensiva, de lo que constituye expresión la sentencia de esta Sala de 20 de julio de 2006 (RJ 2006, 4736) “.

En nuestra modesta opinión, la imposibilidad interpretar analógicamente los supuestos de traditio ficta legalmente establecidos no puede alcanzar a aquellos actos que no son simbólicos, sino que en sí mismos prueban la entrega efectiva. Entender que la ocupación efectiva, seguida de la asistencia a la Junta de propietarios no constituye per se el modo o entrega real que se refiere el art. 609 CC equivale a decir que en nuestro ordenamiento, la escritura pública tiene la doble función de constituir la traditio ficta y, a su vez, la de constituir requisito solemne que ha de acompañar a la entrega efectiva.

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO. Legitimación del responsable civil subsidiario (aseguradoras de los acusados) para recurrir. Matización de la doctrina de la limitación a la procedencia de los daños y perjuicios, a su cualidad de responsables y al nexo causal en que pueda asentarse tal responsabilidad civil. Audiencia provincial de Albacete (sección segunda). Sentencia (penal) de 18 de febrero de 2008.

En un proceso penal que concluye en primera instancia con la condena de los técnicos instaladores de calderas por imprudencia (la deflagración causante de las lesiones personales y daños en las cosas se originó por la acumulación de gas en la cámara de calderas, donde la tarde de autos se llevaba a cabo la instalación y puesta en marcha de la caldera de agua, tras terminarse con la del gas, por los tres condenados), se cuestiona por las aseguradoras la responsabilidad penal con la que concluye la Sentencia recurrida, ante lo cual, por la acusación particular se impugna el recurso por su falta de legitimación. La Sala matiza la interpretación que ha de darse a la limitación del papel del responsable civil subsidiario dentro del proceso penal, y más concretamente, en la apelación de la sentencia condenatoria.

“Es verdad que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (no contrariada por el Tribunal Constitucional, por cierto) indica que el responsable civil tiene delimitada su actuación dentro del proceso penal al área puramente indemnizatoria, sin que le sea posible alegar en su defensa cuestiones de descargo penales, tal como resulta de una interpretación literal, lógica y finalista de los arts. 650, 651 y 854 Ley de Enjuiciamiento Criminal (STS, Sala 2ª, de 19-4-1989 [RJ 1989, 3241], que desarrolla la decisión adoptada tras la celebración del Pleno convocado al efecto, y reiterada en sentencias, entre otras de 5-7-1990 (RJ 1990, 6239) , 12-5-1990 (RJ 1990, 3705) , 5-12-1991 (RJ 1991, 8991) , 13-12-1991, 1-4-1992, 7-5-1994 (RJ 1994, 3890) , 24-11-1995, 16-3-1996, 13-11-1996, 7-6-2000 (RJ 2000, 5097) , 10-7-2001 (RJ 2001, 5151) y 20-6-2003 (RJ 2003, 4250) . Así se puede ver que en la STS, Sala 2ª, de 5-12-1991 (RJ 1991, 8991) se argumenta que “Es doctrina reiterada de esta Sala (sentencias de 10 de noviembre de 1980 [RJ 1980, 4469] , 18 de mayo de 1981 [RJ 1981, 2233] , 11 de marzo de 1983 , 6 de noviembre de 1986 [RJ 1986, 6809] , 7 de abril de 1989 [RJ 1989, 3030] y 1 de febrero de 1990 [RJ 1990, 1030]) y del Tribunal Constitucional (sentencias de 4 de abril de 1984 [RTC 1984, 48] , 13 de mayo de 1988 [RTC 1988, 90] y 20 de febrero de 1989 [RTC 1989, 43]) que la legitimación del responsable civil subsidiario, ha de quedar constreñida a la impugnación de los daños y perjui-

cios surgidos del delito y también a su cualidad de sujeto pasivo de esa responsabilidad, así como a negar el nexo causal en que pueda asentarse tal responsabilidad civil, pero carece de aquella condición procesal para impugnar la responsabilidad penal del autor directo, porque asumiría la defensa de derechos ajenos que le está vedada en este recurso extraordinario”.

Pero dicha doctrina ha de entenderse en sus justos términos, esto es, lo que se viene a indicar es que no cabe la defensa de intereses ni derechos ajenos y que la finalidad procesal y sustantiva de la presencia de una aseguradora en el proceso es la determinación de su obligación civil, pero no más allá. Es por ello que si para dicha determinación es relevante si hubo o no culpa (penal pero a renglón seguido y de modo necesario también civil), y de quién (si del asegurado o de otro), la aseguradora está legitimada para discutir tales extremos que, aunque penales, tienen importancia mayúscula en la responsabilidad civil que garantiza con la póliza y por cuyo motivo está y puede estar en el proceso y con todas las potestades que le confiere la ley, como es para recurrir también, al no privarle de dicho ámbito de defensa y legitimación para recurrir ningún precepto legal. Es por ello que aquella doctrina general y constante permite y se ha visto obligada a reconocer lo que ha llamado “algunas modulaciones”, como las indicadas, en algunos casos concretos, por las sentencias de 7-5-1993 (RJ 1993, 3461) , 7-4-1994 (RJ 1994, 2728) y 27-10-1995 (RJ 1995, 7687) , en aras de evitar a ultranza la indefensión de intereses legítimos, como lo sería el de demostrar la inexistencia de tipicidad, pues si la responsabilidad civil dimana de un hecho que se califica de delito es claro que desaparecido éste se volatiliza aquella, o cuando reconoce una causa de justificación tan específica y singular como la de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20. 7 CP”.

Por lo anterior, no se advierte por la Sala la falta de legitimación de las aseguradoras recurrentes cuando apoyan la falta de su responsabilidad civil en la ausencia de responsabilidad civil, por no tenerla penal, de sus asegurados, aún reprochándola a otros como alegato con dicha finalidad, siempre que no se articule como Acusación Particular, esto es, interesando la condena de éste o éstos otro/s (en aplicación de aquella doctrina), lo que se respeta en el caso.

SEGURO DE ACCIDENTES. Doctrina de los actos propios como motivo de ineficacia de las excepciones que opone la aseguradora: exclusión del riesgo y renuncia a la acción que ejerce el asegurado. Necesaria aceptación y firma de las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados. Sentencia de 29 de abril de 2008 de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2ª).

“El pleito trae causa del accidente de circulación ocurrido el 11 de mayo de 2002 en (...), cuando el demandante circulaba conduciendo una motocicleta y fue embestido por un vehículo cuyo conductor se saltó un stop. El lesionado reclamó a su Compañía de Seguros en base a la póliza de accidentes que obra en las actuaciones y la Cía. abonó en diciembre de 2002, 5.410,08 € por <los> días de incapacidad desde el 11-05-02 al 30-11-02; el 27 de mayo de 2003 en concepto de “Incapacidad temporal” hasta completar 365 días, 4.269,73 €; y el 4 de septiembre de 2003, en concepto de “Incapacidad permanente”, 7.649,25 €, correspondientes al 15% del menoscabo global”.

“El 24 de noviembre de 2004, el asegurado conoció la declaración judicial <por sentencia dictada en esa fecha por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha> de “Incapacidad Permanente Total” para su profesión habitual, <por lo que> reclama a la Cía. el importe de la cobertura correspondiente a “Invalidez Permanente”, indemnización, a cuyo pago condena a la aseguradora la sentencia de instancia, que asciende a la cantidad de 43.345,75 € en concepto de capital asegurado, más los intereses legales de dicha cantidad calculados con arreglo al art. 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, LCS, a partir del día en que fue declarada dicha incapacidad por sentencia judicial.

La aseguradora recurre en apelación, alegando, en primer lugar, la exclusión del riesgo en virtud de cláusula contenida en las Condiciones Particulares, firmadas por el asegurado, que dice así: “el asegurado declara no conducir motocicleta o ciclomotor alguno y/o habiendo declarado conducir, no desea garantizar los accidentes y sus consecuencias derivadas de dicha conducción”. “La sentencia de instancia no da valor a la cláusula de exclusión porque interpreta que sólo opera cuando el asegurado provoque el accidente, pero no cuando lo sufra como mero sujeto pasivo, supuesto de autos en el que el culpable fue el conductor del vehículo que se saltó el stop -interpretación con la que la Sala no está de acuerdo-, y porque la propia Cía., con perfecto conocimiento del accidente y de sus circunstancias, atendió la reclamación y pagó al asegurado las cantidades que han quedado reflejadas, sin ofrecer limi-

tación alguna a su derecho en razón de dicha cláusula -interpretación con la que sí estamos de acuerdo-. El acto de pagar, por tres veces, con un intervalo de tiempo de más de nueve meses entre el primer pago y el último, no se puede atribuir a error, como ahora pretende la Cía. aseguradora. Constituye un acto propio, reiterado, que impide atribuir al alegado error, el valor jurídico que pretende la demandada, porque por tres veces mantuvo un comportamiento contrario. Se trata de proteger la confianza que aquella conducta previa generó fundadamente en la otra parte de la relación, sobre la coherencia de la conducta futura de la Cía. de Seguros (STS de 1 de diciembre de 2006). Para aplicar el efecto vinculante de la doctrina de los actos propios, es preciso que los actos considerados, además de válidos, probados, producto de una determinación espontánea y libre de la voluntad, exteriorizados de forma expresa o tácita, pero de modo indubitado y concluyente, es preciso que tengan una significación jurídica inequívoca, de tal modo que entre dicha conducta y la pretensión ejercitada exista una incompatibilidad o contradicción. Lo que se pretende es que en ningún caso pueden contradecir a los anteriores provocando una situación de incertidumbre que desconcierte a terceros afectados por los mismos y que rompa el principio de confianza y de buena fe que debe presidir las relaciones privadas, determinado en el artículo 7.1 CC”.

La aseguradora alega también en su recurso la interpretación de los tres recibos de los finiquitos, firmados por el asegurado a la entrega de las cantidades mencionadas, como de renuncia de la acción que en el presente procedimiento se ejercita. La sentencia de instancia desestima la alegación de la aseguradora, con base en los art. 1815 CC (“La transacción no comprende sino los objetos expresados determinadamente en ella (...); la renuncia general de derechos se entiende sólo de los que tienen relación con la disputa sobre que ha recaído la transacción”), 8.2 de la LCGC y D.A. 1ª.II.13 LCU (“A los efectos previstos en el art. 10 bis, tendrán el carácter de abusivas (...) la imposición de renunciaciones a la entrega de documento acreditativo de la operación”), “y por aplicación de la teoría de los actos propios, ya que la Cía. de Seguros pagó en tres ocasiones distintas pese a tener la renuncia firmada, en iguales términos, desde el primer pago. Y pagó sucesivamente porque eran pagos por conceptos distintos, luego ahora, que se reclama por otro distinto, debe aplicarse la misma teoría ya expuesta en el Fundamento de derecho anterior”.

En tercer lugar, pretende la aseguradora distinguir el concepto de “Invalidez permanente”, recogido en las Condiciones particulares de la póliza, del de “Incapacidad permanente total para el trabajo habi-

tual”, que aparece en Condiciones generales, para aplicar al caso no la cobertura de la póliza que conoce, acepta y firma el asegurado, sino la que la Cía. barema conforme a las Condiciones generales, que no están expresamente firmadas ni aceptadas por el asegurado, lo cual constituye infracción del art. 3 in fine de la LCS, que establece que “se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito”, y cláusula limitativa es aquella que establece la “suma asegurada o alcance de la cobertura” del art. 8.5 LCS que, por tanto, no puede fijarse en condiciones generales. Ambos pronunciamientos judiciales evitan la pretendida distinción, equiparando tales conceptos con base en el propio Diccionario de la R.A.E., y en el art. 136 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, según el cual “es invalidez permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”.

A.C.G.L.

**RESEÑA NORMATIVA DE
CASTILLA-LA MANCHA**

RESEÑA LEGISLATIVA DE CASTILLA-LA MANCHA

(De 1 de enero a 31 de diciembre de 2009)

Profa. Dra. María Martín Sánchez
Área de Derecho Constitucional.
Universidad de Castilla-La Mancha.

Siguiendo el modelo adoptado ediciones anteriores, a excepción de la edición pasada, en esta ocasión se presenta de nuevo una reseña legislativa de carácter anual, pues se recogen las leyes aprobadas por las Cortes de Castilla-La Mancha durante 2009. 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 a 31 de diciembre de 2009, si bien apuntaremos siquiera a modo enunciativo las leyes aprobadas en 2010 hasta la fecha de la presente publicación, con el fin de seguir de cerca su actividad.

Tal y como tendremos oportunidad de examinar a continuación, dicho periodo de 2009 no se caracteriza por su actividad legislativa, más bien al contrario, dicha actividad no ha sido especialmente abundante durante 2009, caracterizándose por su escasez.

Cronológicamente, las leyes aprobadas por las Cortes de Castilla-La Mancha, durante el citado periodo, han sido las siguientes:

-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

-Ley 3/2009, de 24 de septiembre, de Creación del Colegio Oficial de Profesionales en Ingeniería Química de Castilla-La Mancha.

-Ley 4/2009, de 15 de octubre, de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria de Castilla-la Mancha.

-Ley 5/2009, de 17 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

-Ley 6/2009, de 17 de diciembre, por la que se cre la Agencia del Agua de Castilla-La Mancha.

-Ley 7/2009, de 17 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los Servicios en el Mercado Interior.

-Ley 1/2010, de 11 de marzo, de regulación de la tasa para la concesión de la etiqueta ecológica en Castilla-la Mancha.

A continuación, tal y como es ya habitual en esta reseña, haremos una recapitulación de cada una de las leyes aprobadas, anteriormente mencionadas, siguiendo un orden estrictamente cronológico.

1. 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.

Se trata de una Ley de estructura muy simple, pues consta sólo de tres artículos. Respecto a su contenido, se define de manera expresa el objeto de la Ley, siendo éste “establecer el procedimiento para la integración de los centros docentes de titularidad de las Administraciones locales en la red pública de centros docentes cuya titularidad corres-

ponde a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha” –artículo 1-. Se definen además las condiciones para la integración de los centros de titularidad de las Administraciones locales en dicha red, determinándose: la atención a poblaciones escolares de condiciones socioeconómicas desfavorables, la existencia de acuerdo de la Administración local mediante el que se manifieste voluntad de integrar en la red el centro de su titularidad, la gratuidad en la cesión a la Junta de Comunidades de la propiedad del suelo y del inmueble donde se ubique el centro docente, gratuidad en la cesión a la Junta de Comunidades de la propiedad de los bienes muebles y equipos docentes destinados a la actividad docentes y no docente.

Por último, la Ley se completa con tres Disposiciones Adicionales y dos Disposiciones Finales.

2. 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.123, de 18 de mayo de 2009; DOCLM núm. 98, de 25 de mayo de 2009).

La presente Ley es aprobada para cumplir con tres propósitos principales:

En primer término, modificar el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, con el fin de adaptar la normativa vigente a las necesidades sociales. De esta manera se consolida la idea de que las políticas de suelo y de vivienda deben concebirse de manera conjunta.

En segundo lugar, introduce determinadas modificaciones con el objetivo de dinamizar la producción de suelo para viviendas sujetas a algún tipo de protección pública.

Por último, se introducen determinadas medidas para la agilización de los procedimientos relativos a instrumentos urbanísticos contenidos en el Texto Refundido.

Respecto al aspecto formal, la Ley es de las denominadas de Artículo Único, dedicado a las “Modificaciones del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, aprobado por Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre”, en el que se contienen dichas modificaciones a lo largo de cuatro complejos apartados. Finalmente, completan la Ley varias disposiciones –tres Disposicio-

nes Adicionales, tres Disposiciones Transitorias, Disposición Derogatoria Única y cuatro Disposiciones Finales-.

3. Ley 3/2009, de 24 de septiembre, de Creación del Colegio Oficial de Profesionales en Ingeniería Química de Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 147, de 29 de septiembre de 2009; DOCLM núm. 193, de 2 de octubre de 2009).

La presente Ley es aprobada en respuesta a la solicitud realizada por la Asociación Castellano-Manchega de Ingenieros Químicos (ACMIC). Esta Asociación, en representación de los profesionales de Ingeniería Química en nuestra Comunidad, solicitó la creación del Colegio Oficial de Profesionales en Ingeniería Química 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 –artículo 10-.

La creación del precitado Colegio Profesional puede argumentarse desde la perspectiva del interés público que satisface, ya que está relacionada directamente con otros sectores como el químico, farmacéutico, sanitario, agrícola o el alimentario, de manera que es de necesaria la creación de una instancia superior que represente a estos profesionales ante la Administración Pública y que controle el ejercicio de su profesión, teniendo en cuenta los sectores con los que está vinculado y teniendo en cuenta además su estrecha conexión con valores constitucionales tales como el medio ambiente, la salud o el desarrollo tecnológico.

Respecto a la ley en cuestión, se caracteriza por su sencillez, contando escasamente con seis preceptos, Disposición Transitoria Única y Disposición Final.

En cuanto a su contenido, puede señalarse que se prevé que el Colegio Oficial de Profesionales en Ingeniería Química de Castilla-La Mancha es una Corporación de Derecho Público con personalidad jurídica plena y plena capacidad de obrar –artículo 2-, añadiendo además, como no podría ser de otra manera, que su estructura y funcionamiento internos serán democráticos y que se regirán por la legislación básica estatal, por la normativa autonómica en materia de Colegios Profesionales, por la presente ley y sus Estatutos propios.

Se señalan además los fines del Colegio creado –artículo 3-, determinándose que: “serán los señalados en los artículos 20, 21 y 34 de la Ley 10/1999, de 26 de mayo”. Se define además el ámbito territorial del Colegio creado –artículo 4-, siendo este el territorio de la Comunidad de Castilla-La Mancha.

Respecto al ámbito personal, se prevé que “el Colegio agrupará a las personas que lo soliciten y que posean la titulación oficial regulada en el Real Decreto 923/1992, de 17 de julio, así como la titulación y estudios extranjeros que hayan obtenido el reconocimiento o la homologación de los mismos por autoridad competente (...) –artículo 5-.

4. Ley 4/2009, de 15 de octubre, de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria de Castilla-la Mancha (BOCCLM núm. 152, de 21 de octubre de 2009; DOCLM núm. 211, de 29 de octubre de 2009).

Hasta esta fecha, en la Comunidad de Castilla-La Mancha se habían creado de manera separada las Cámaras Oficiales de Comercio e Industria de Guadalajara (en 1889), de Albacete (en 1899), de Ciudad Real y Toledo (en 1912) y de Cuenca (en 1914). Desde su creación, todas ellas han desarrollado una importante labor de apoyo para la actividad económica de la Región. En este ámbito, se ha contado también con el apoyo del Consejo de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria de Castilla-La Mancha, creado mediante Decreto 4/1997, de 28 de enero.

Sin embargo, a pesar de la competencia de que goza nuestra Comunidad de desarrollo legislativo y ejecución en materia de “Corporaciones de derecho público representativas de intereses económicos y profesionales”, en el marco siempre de la legislación básica del Estado (competencia reconocida en el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, artículo 32.5), en Castilla-La Mancha aún no se había desarrollado dicha competencia.

Esta ley se aprueba en desarrollo de la competencia autonómica anteriormente señalada, con el objetivo de completar el marco básico de actuación en el que se venían desarrollando las Cámaras Oficiales de Comercio e Industria de la Región, para ofrecer estabilidad a su actuación y, sobre todo, crear un cauce de relación con la Administración, aunque respetando la autonomía de cada una de aquéllas. Al mismo tiempo, se consolida el Consejo de Cámaras Oficiales, configurado como instrumento de coordinación entre las diferentes Cámaras en la Región.

La ley presenta un contenido de cincuenta artículos organizados a lo largo de ocho Capítulos, y se completa con varias disposiciones – una Disposición Adicional, una Disposición Derogatoria y tres Disposiciones Finales-.

El Capítulo I, sobre Disposiciones Generales, recoge aspectos como el objeto de la ley, señalado anteriormente, la naturaleza jurídica de las

Cámaras Oficiales o su finalidad. De entre estos aspectos, ha de reseñarse el doble carácter de las Cámaras Oficiales, entendiendo que son organismos de derecho público de base privada, tal y como se explica en su artículo 2: “(...) sin menoscabo de los intereses privados que persiguen”.

El Capítulo II, dedicado al Ámbito Territorial, establece respecto al ámbito territorial de las Cámaras que: “En cada provincia de la Región existirá una cámara oficial de comercio e industria, con sede en su respectiva capital”, respetando así la pervivencia y autonomía de cada una de éstas. Por otra parte, se prevé la denominada “delegación provincial”, como posibilidad de que las Cámaras creen delegaciones dentro de su demarcación territorial en determinadas zonas debido a su situación estratégica o importancia económica.

El Capítulo III se dedica a las Funciones de las Cámaras, ampliándose las funciones públicas previstas en la legislación básica –artículo 6- e incorporando mecanismos de delegación de nuevas competencias –artículo 7-. Incluso se recoge la posibilidad de planificar y coordinar acciones con la Administración –artículos 8 y 9-.

El Capítulo IV, sobre Organización, dada su complejidad, se estructura a su vez en seis secciones dedicadas a: órganos de gobierno, pleno, comité ejecutivo, presidencia, personal y reglamento de régimen interior. Es decir, las cuatro primeras se centran en los órganos de gobiernos, mientras que las dos últimas se regulan aspectos más generales sobre el régimen del personal o los reglamentos de régimen interno.

El Capítulo V regula íntegramente el Régimen Electoral (artículos 23-33). Tal y como reza el artículo 23 de la presente ley, para participar en el proceso electoral de las Cámaras de Comercio se requiere de un requisito previo: “tendrán derecho al sufragio activo y pasivo en las respectivas cámaras oficiales de comercio e industria las personas físicas y jurídicas inscritas en el último censo aprobado por cada corporación, de acuerdo con su respectivo reglamento de régimen interior, siempre que no se encuentren inhabilitadas por alguno de los casos que determine incapacidad con arreglo a lo previsto en la legislación vigente y que, en todo caso, reúnan los requisitos fijados en los artículos 24 y 25 de la presente ley” (los artículos precitados se refieren a los electores, artículo 24, y a los elegibles, artículo 25).

El Capítulo VI, sobre el Régimen Económico y Presupuestario, se divide a su vez en dos secciones claramente diferenciadas: Sección Primera, dedicada al Régimen Económico, y Sección Segunda, dedicada al Régimen Presupuestario.

El Capítulo VII sobre el Régimen Jurídico de las Cámaras, prevé que: “(...) se regirán por lo dispuesto en la legislación básica en materia de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, en la presente Ley, en sus normas de desarrollo y en sus respectivos reglamentos de régimen interior” –artículo 41-. Señalando además que: “(...) Con carácter supletorio y en todo lo no previsto en la normativa anterior, les será de aplicación la legislación referente a la organización y funcionamiento de las Administraciones Públicas, en cuanto sea conforme con su naturaleza y funciones”.

Por último, el Capítulo VIII regula el Consejo de Cámaras Oficiales de Comercio e Industria de Castilla-la Mancha, consolidando este instrumento y su función de coordinación entre las diferentes Cámaras. A este respecto, es importante tener en cuenta que con la aprobación de esta Ley, el Decreto 4/1997, de 28 de enero, de Creación del Consejo de Cámaras de Comercio e Industria de Castilla-La Mancha, queda derogado en todo lo que se oponga a la misma –Disposición Derogatoria-.

5. Ley 5/2009, de 17 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (BOCCLM núm. 166, de 18 de diciembre de 2009; DOCLM núm. 254, de 30 de diciembre de 2009).

La presente Ley centra los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-la Mancha para 2010 en torno a dos ejes principales: combatir la crisis económica y social actual y la cohesión social, previendo políticas redistributivas en beneficio de los menos favorecidos y de su bienestar.

La ley consta de cincuenta artículos estructurados en seis Títulos, con sus respectivos Capítulos, de la siguiente manera:

El Título I, “De la aprobación de los presupuestos y sus modificaciones”, cuenta a su vez de dos Capítulos, el Capítulo I, dedicado a “Créditos iniciales y su financiación” y el Capítulo II, “de los créditos presupuestarios y sus modificaciones”.

El Título II, “De la ejecución y liquidación presupuestaria”, consta de tres Capítulos: el Capítulo I, en el que se regula la “Autorización de gastos”, el Capítulo II, donde se regulan “otras disposiciones en materia de ejecución de gastos”, y el Capítulo III dedicado a la “liquidación de los presupuestos”.

El Título III, “De los créditos de personal”, consta de dos Capítulos: el Capítulo I dedicado a la regulación del “Régimen retributivo” y el Capítulo II a “otras disposiciones en materia de personal”.

El Título IV, “De la gestión de los presupuestos docentes”, cuenta con dos Capítulos: el Capítulo I -“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”-.

El Título V, “De las operaciones financieras”, consta de dos Capítulos: el Capítulo I, denominado “Del endeudamiento” y el Capítulo II “De los avales”.

Finalmente, el Título VI, “De las tasas y otras medidas tributarias”, en el que se regulan las tasas y los tipos de gravamen, especialmente para determinados tipos de actividades que inciden en el medio ambiente.

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.

6. Ley 6/2009, de 17 de diciembre, por la que se crea la Agencia del Agua de Castilla-La Mancha (BOCCLM núm.168, de 22 de diciembre de 2009; DOCLM núm. 254, de 30 de diciembre de 2009).

Una vez más nos encontramos ante una ley cuyo objetivo último no es otro que salvaguardar uno de nuestros intereses más prioritarios, el agua. Sobra explicar la importancia del agua, sus utilidades, beneficios, la dependencia que todos tenemos de ella, especialmente en una Región en la que, como la nuestra, una de sus fuentes principales de economía es la agricultura. Sin agua no habría existencia, el agua es la mayor fuente de riqueza existente y, sin embargo, no es ilimitada. Se trata de un recurso limitado, por lo que debemos cuidar y planificar su uso responsable y sostenible mediante estrategias.

Así lo ha dicho también la Unión Europea en la Directiva Marco del Agua, Directiva 2000/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, expresando que: “el agua es un patrimonio que hay que proteger y defender” y previendo su cuidado mediante el uso sostenible.

Por su parte, el Estatuto de Autonomía de Castilla-la Mancha recoge entre sus competencias, en materia de agua y aprovechamiento hidráulico, –artículo 31.1-: “(...) proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés para la Región; aguas subterráneas cuando discurren íntegramente por el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma; ordenación y concesión de recursos y aprovechamiento hidráulicos cuando las aguas discurren íntegramente por el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma; caza y pesca fluvial, acuicultura; planificación de la actividad económica y fomento del desarrollo económico de la Región, dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional y del sector público económico de Castilla-La Mancha” .

En cumplimiento de estas competencias y atendiendo a las líneas de actuación marcadas desde la Unión Europea, se aprueba esta Ley con el objetivo de fijar una política activa de uso sostenible del agua a través de la creación de la denominada “Agencia del Agua de Castilla-La Mancha”. Para ello, se aprueba la creación, programación y puesta en marcha de infraestructuras hidráulicas en coordinación con las Administraciones públicas.

Hasta la fecha, se contaba con la Ley 12/2002, de 27 de junio, Reguladora del Ciclo Integral del Agua en Castilla-la Mancha, que ha constituido el marco legal de actuación en materia de ordenación del territorio, aprovechamientos hidráulicos de interés regional y preservación y mejora del medio ambiente. Además, se crea la Entidad de derecho público Aguas de Castilla-La Mancha, como órgano de gestión de las infraestructuras de abastecimiento y depuración, principalmente.

La Agencia del Agua de Castilla-la Mancha, creado mediante la actual Ley, se configura como organismo autónomo y administrativo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, integrando competencias de la Junta y de la anteriormente citada Entidad Pública Aguas de Castilla-La Mancha. De esta manera, y dado que la Junta de Comunidades distribuye las competencias relacionadas con el agua en distintas Consejerías, con la creación de esta Agencia se persigue la canalización de todas las competencias relacionadas con el agua atribuidas en un único instrumento dentro de la administración regional, permitiendo una actuación ágil y eficaz.

La Ley consta de diez artículos distribuidos a lo largo de tres Capítulos, y se completa con varias disposiciones – cuatro Disposiciones

Adicionales, tres Disposiciones Transitorias, Disposición Derogatoria Única y cuatro Disposiciones Finales-.

El primero de los Capítulos se dedica a Disposiciones Generales, regulando cuestiones generales tales como la propia creación de la Agencia, su naturaleza jurídica y sus competencias y funciones. El Capítulo II se dedica a la Estructura Orgánica, y regula el régimen de los órganos que componen la Agencia –la Presidencia, el Consejo de Administración, la Dirección-Gerencia-. El Capítulo III regula el Régimen jurídico, económico y financiero.

7. Ley 7/2009, de 17 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los Servicios en el Mercado Interior (BOCCLM núm.166, de 18 de diciembre de 2009; DOCLM núm. 249, de 23 de diciembre de 2009).

La presente Ley se aprueba en respuesta a las exigencias impuestas desde la Unión Europea, en cumplimiento a los objetivos concretos marcados mediante la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 (en vigor desde el 28 de diciembre de 2006), relativa a los Servicios en el Mercado Interior.

El objetivo principal de dicha Directiva, aprobada en el marco de la estrategia marcada por el Tratado de Lisboa no es otra que: “alcanzar un auténtico mercado único de servicios en la Unión Europea, a través de la implantación de un marco regulatorio transparente, predecible y favorable para la actividad económica y las libertades de establecimiento y de prestación de servicios en los Estados miembros, la eliminación de las trabas injustificadas o desproporcionadas, la simplificación de los procedimientos, y en definitiva, el fomento de la confianza recíproca entre estados miembros así como de los prestadores y los consumidores en el mercado interior”.

Para alcanzar este objetivo, es necesario que la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha adopte determinadas medidas para adaptar algunas de sus leyes a la Directiva europea, así como a la legislación dictada por el Estado para su transposición, que también habrá que tenerse en cuenta cuando ésta afecte a sectores de actividad sobre los que la Comunidad ostente competencias exclusivas.

Así las cosas, la presente Ley se aprueba para cumplir con los objetivos previstos en la citada Directiva europea. Respecto a su contenido, consta de cinco artículos, cada uno de ellos referido a la modificación

que se realiza con respecto a alguna de las leyes castellano-manchegas en materias relacionadas con los servicios en el mercado interior, con el objetivo de adecuar el contenido de las mismas a la normativa europea. Así:

El artículo primero modifica la Ley 7/2007, de 15 de marzo, de Calidad Agroalimentaria de Castilla-La Mancha.

El artículo 2 modifica la Ley 3/2008, de 12 de junio, de Montes y Gestión Forestal Sostenible de Castilla-La Mancha.

El artículo tercero modifica la Ley 9/2003, de 20 de marzo, de Vías Pecuarias de Castilla-La Mancha.

El artículo cuarto modifica la Ley 8/1999, de 26 de mayo, de Ordenación del Turismo de Castilla-La Mancha.

El artículo quinto modifica la Ley 2/1997, de 30 de mayo, de Actividades FERIALES de Castilla-La Mancha.

Finalmente, la Ley se completa con dos Disposiciones Adicionales, tres Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria y dos Disposiciones Finales.

Dejando a un lado el repaso de las leyes aprobadas por las Cortes de Castilla-La Mancha durante el año 2009, hemos de señalar que, hasta la fecha (mayo de 2010) tan solo encontramos una ley aprobada en nuestra Región. Así las cosas, la única ley aprobada desde enero hasta mayo de 2010 ha sido la siguiente:

Ley 1/2010, de 11 de marzo, de regulación de la tasa para la concesión de la etiqueta ecológica en Castilla-la Mancha (BOCCLM núm.174, de 12 de marzo de 2010; DOCLM núm. 54, de 18 de marzo de 2010).

El hecho de que ésta sea la única ley aprobada desde enero hasta mayo de 2010 es bastante significativo, ya que, aunque encontramos periodos legislativos en los que la actividad se ha concentrado en uno solo de los semestres, la escasa actividad producida en los primeros meses de 2010 nos hace presagiar que el presente año 2010 seguirá la tendencia de los dos últimos (2008 y 2009) caracterizados por la escasez de producción legislativa.

NOTAS DE ACTUALIDAD

REVISTA JURIDICA DE CASTILLA-LA MANCHA

Notas de actualidad para el Número 48

UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA
XI EDICIÓN CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO

Toledo, del 10 al 27 de enero de 2011

PRESENTACIÓN:

La Universidad de Castilla-La Mancha convoca la XI Edición de los CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO PARA IBEROAMERICANOS.

La XI Edición de los Cursos de Postgrado en Derecho para iberoamericanos se celebrará en la ciudad de Toledo del 10 al 27 de enero de 2011, 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, dirigidos por el Prof. Dr. D. Pedro José Carrasco, tiene como objetivo lograr una capacitación teórica y práctica para el desarrollo profesional vinculado a las áreas jurídicas y fomentar el intercambio de conocimientos y experiencias de profesionales iberoamericanos. En este sentido, La Universidad de Castilla-La Mancha desarrolla programas de intenso intercambio académico con universidades americanas en los más variados ámbitos de la investigación y la docencia, y estos cursos de postgrado responden a la voluntad de potenciar los vínculos en el campo jurídico, habida cuenta del acervo común y el fluido intercambio de conocimientos jurídicos que históricamente han existido y existen entre Iberoamérica y España.

La experiencia acumulada en las ediciones anteriores, con la participación de excelentes profesores e ilustres conferenciantes de universidades europeas y americanas, hace que estos cursos se hayan convertido en un importante lugar de encuentro entre juristas españoles e iberoamericanos. Los temas seleccionados para esta edición son del máximo interés en el actual contexto jurídico internacional, siendo los siguientes:

-Globalización y derecho ambiental: nuevos instrumentos para la protección del medio ambiente y la lucha contra el cambio climático.

-Responsabilidad civil contractual y extracontractual

-La Propiedad Intelectual en la sociedad de la información y del entretenimiento

-Derechos Fundamentales y garantías constitucionales en la perspectiva del Siglo XXI

-Gestión Tributaria

-Gobierno de empresas y sociedades mercantiles

-Derecho penal económico y de la empresa

-Derecho de la abogacía y habilidades profesionales

-Trabajo y Derechos Fundamentales en la crisis económica (eficacia y garantía de los derechos laborales tras el crack de 2008)

-Resolución de conflictos y estrategias de negociación

Más información: <http://www.uclm.es/postgrado.derecho>

Correo electrónico: postgrado.derecho@uclm.es

Telf. 925 256351/ 680 222 319

