



Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid

N.º 19
Julio
Diciembre
2004



Revista JURÍDICA *de la* Comunidad de Madrid



N.º 19 Julio-Diciembre

Año 2004

Estudios

Los principios de prevención y de cautela en el Derecho ambiental, por *Paloma Sanz Baos*.

La ordenación urbanística del suelo no urbanizable de protección en la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, por *José Antonio Domínguez Luis*.

La nulidad de la aprobación provisional del Plan General por sentencia. Alcance y consecuencias sobre la aprobación definitiva (análisis de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de febrero de 2003. El caso de Boadilla del Monte), por *Eduardo Pflueger Tejero*.

Gestión pública y nuevas estrategias directivas, por *Juan B. Lorenzo de Membiela*.

La eliminación de barreras arquitectónicas: el problema de la accesibilidad, por *Mercedes Blanco Toribio*.

La fiscalidad de la vivienda en el sistema impositivo estatal, por *Rosa Galapero Flores*.

Selección de Dictámenes

Memoria de la Dirección General de los Servicios Jurídicos: Año 2003.

R1395

28 FEB. 2005

REVISTA DE FURIA...



REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Nº 19, Julio-Diciembre 2004

El presente número de la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid...

El contenido de este número de la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid...

El presente número de la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid...

151327

28 FEB 2005



NORMAS DE PUBLICACIÓN

Director:
Eugenio López Álvarez
Director General de los Servicios Jurídicos
eugenio.lopez.alvarez@madrid.org

Subdirector:

Javier Cebeda Morás

Podrán ser remitidos para su publicación en la Revista los trabajos jurídicos que no estén publicados en ninguna otra publicación, comunicando al Director General de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid el título del trabajo y su autor. La Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid se relaciona directamente con el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica podrán ser publicados en cualquier otra publicación, previa autorización del Director General de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

La Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid no comparte necesariamente ni se hace responsable de los contenidos de los trabajos que se publican en ella.

N.º 19. Julio-Diciembre 2004

En la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid se publican los trabajos jurídicos que no estén publicados en ninguna otra publicación, comunicando al Director General de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid el título del trabajo y su autor. La Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid se relaciona directamente con el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

No se aceptan trabajos de «Presidencia» o «Presidencia» en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid.

Los autores de los trabajos publicados serán remunerados y recibirán tres ejemplares de la Revista.

Tirada: 830 ejemplares
Edición: 1104
I.S.B.N.: 1132-8817
Depósito legal: M-6-430-1999
IMPRESA: B.O.C.M.

Director:

Eugenio López Álvarez
Director General de los Servicios Jurídicos
eugenio.lopez.alvarez@madrid.org

Subdirector:

Javier Cepeda Morrás
Subdirector de lo Consultivo
javier.cepeda@madrid.org

Edita:

Consejería de Presidencia
de la Comunidad de Madrid
Puerta del Sol, 7. 28013 Madrid

Imprime:

Imprenta del organismo autónomo
Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid

La Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid no comparte necesariamente ni se hace responsable de las opiniones expresadas por sus colaboradores.

La revista está también disponible a través de Internet en la página web de la Comunidad de Madrid:

<http://www.comadrid.es> www.madrid.org

Puede accederse a ella dentro de «Presidencia» o, directamente, en http://www.comadrid.es/pres_serv_juridicos/revista_juridica/index.htm o http://www.madrid.org/pres_serv_juridicos/revista_juridica/index.htm

Y en Intranet

http://infomadrid/pres_serv_juridicos/revista_juridica/index.htm

Tirada: 830 ejemplares
Edición: 11/04
I.S.S.N.: 1139-8817
Depósito legal: M-6.420-1999
IMPRIME: B.O.C.M

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Estudios

Podrán ser remitidos para su publicación en la Revista Jurídica cualesquiera trabajos jurídicos que no estén publicados o pendientes de publicación. La dirección de la Revista decidirá la aceptación de los trabajos y su publicación, comunicando a los autores el número en el que se incluirán. Tendrán preferencia todos aquellos trabajos que directa o indirectamente se relacionen con la Comunidad de Madrid.

Antonio DOMÍNGUEZ LUIS) 37

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica podrán aparecer en cualquier otra publicación, previa autorización de la Dirección de la misma. Los que no se publiquen no serán devueltos, salvo que se solicite por escrito.

Presidencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de febrero de 2003. El caso de Boadilla del Monte)

Los trabajos se remitirán en papel, por una sola cara, y en disquete, preferentemente en el sistema Word, acompañando una hoja aparte en la que se hará constar el título del trabajo, el nombre del autor, profesión, dirección, NIF, número de teléfono, fax y/o correo electrónico.

No se enviarán pruebas de corrección a los autores por lo que los trabajos deben presentarse en su versión definitiva. 125

Los autores de los trabajos publicados serán remunerados en la cuantía que se establezca por la Dirección y conforme a la disponibilidad presupuestaria y recibirán tres ejemplares de la Revista.

Selección de Dictámenes 187

Memoria de la Dirección General de los Servicios Jurídicos: Año 2003. 213

Director:

NORMAS DE PUBLICACIÓN
Eugenio López Álvarez
Director General de los Servicios Jurídicos
eugenio.lopez.alvarez@madrid.org

Subdirector:

Javier Cepeda Morán

Podrán ser remitidos para su publicación en la Revista Jurídica los trabajos jurídicos que no estén publicados o pendientes de publicación. La dirección de la Revista decidirá la aceptación de los trabajos y su publicación, comunicando a los autores el número que se incluirá. Tendrán preferencia todos los trabajos que directa o indirectamente se relacionen con la Comunidad de Madrid.

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica podrán aparecer en cualquier otra publicación, previa autorización de la dirección de la misma. Los que no se publiquen no serán devueltos, salvo que se solicite por escrito.

La Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid no comparte necesariamente ni se hace responsable de las opiniones expresadas por sus colaboradores. Los trabajos se remitirán en papel, por una sola cara, y en duplicado. Deberán ir acompañados de una hoja aparte en la que se hará constar el título del trabajo, el nombre del autor, la dirección, NIF, número de teléfono, fax y correo electrónico.

No se enviarán papeles de corrección a los autores por lo que los trabajos deben presentarse en su versión definitiva.

Los autores de los trabajos publicados serán remunerados en su totalidad que se establece por la dirección y conforme a la responsabilidad presupuestaria y recibirán tres ejemplares de la Revista.

ÍNDICE

Estudios	0
<i>Los principios de prevención y de cautela en el Derecho ambiental</i> (Paloma SANZ BAOS)	11
<i>La ordenación urbanística del suelo no urbanizable de protección en la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid</i> (José Antonio DOMÍNGUEZ LUIS)	37
<i>La nulidad de la aprobación provisional del Plan General por sentencia. Alcance y consecuencias sobre la aprobación definitiva (análisis de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de febrero de 2003. El caso de Boadilla del Monte)</i> (Eduardo PFLUEGER TEJERO)	89
<i>Gestión pública y nuevas estrategias directivas</i> (Juan B. LORENZO DE MEMBIELA)	101
<i>La eliminación de barreras arquitectónicas: el problema de la accesibilidad</i> (Mercedes BLANCO TORIBIO)	125
<i>La fiscalidad de la vivienda en el sistema impositivo estatal</i> (Rosa GALAPERO FLORES)	145
Selección de Dictámenes	187
Memoria de la Dirección General de los Servicios Jurídicos: Año 2003.	213

0	Estudios
11	Los principios de prevención y de cautela en el Derecho ambiental (Paloma Sanz Baos)
37	La ordenación urbanística del suelo no urbanizable de protección en la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid (José Antonio Domínguez Luis)
89	La unidad de la aprobación provisional del Plan General de ordenación urbanística. Alcance y consecuencias sobre la aprobación definitiva (Eduardo Pflüger Teller)
101	Gestión pública y nuevas estrategias directivas (Juan B. Lorenzo de Membrilla)
125	La eliminación de barreras arquitectónicas: el problema de la accesibilidad (Mercedes Blanco Toribio)
145	La fiscalidad de la vivienda en el sistema impositivo estatal (Rosa Galapero Flores)
187	Selección de Dictámenes
213	Memoria de la Dirección General de los Servicios Jurídicos: Año 2003

LOS PRINCIPIOS DE PREVENCIÓN Y DE CAUTELA EN EL DERECHO AMBIENTAL

POR PALOMA SANZ BAOS

LETRADO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

ESTUDIOS

SUMARIO. 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN. 2.1. Origen. 2.2. Significado. 2.3. Manifestaciones. 3. EL PRINCIPIO DE CAUTELA. 3.1. Origen. 3.2. Significado. 3.3. Manifestaciones. 4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Los principios generales del Derecho son verdades jurídicas universales dictadas por la recta razón. Al abordar la cuestión del significado y utilidad de tales principios, deben tenerse a colación dos importantes normas por todos conocidas: el artículo 1.4 del Código Civil, que reconoce su carácter informador del Ordenamiento Jurídico, y el artículo 53.3 CE que dispone respecto de los «principios rectores de la política social y económica» que informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

Como dice BETANCOR los principios jurídicos son reglas jurídicas sucintas cuyo ámbito de aplicación es de amplio alcance precisamente por su laconismo generalista y generalizador; ello hace posible que puedan cumplir su función informadora de la legislación positiva, de la práctica judicial y de la actuación de los poderes públicos.

A partir de un breve análisis en la evolución de las normas del Derecho ambiental, pueden distinguirse varias etapas presididas por diferentes principios:

a) En un primer momento, dichas normas trataban de remediar en lo posible el daño ya producido, imponiendo al causante el pago de indemnizaciones y, en lo posible, actuaciones de reparación de los

¹ Recordamos que el derecho a un medio ambiente adecuado figura en el artículo 45 CE dentro del capítulo III del título I, dedicado a los «principios rectores de la política social y económica».

LOS PRINCIPIOS DE PREVENCIÓN Y DE CAUTELA EN EL DERECHO AMBIENTAL

POR
PALOMA SANZ BAOS
LETRADO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN. 2.1. Origen. 2.2 Significado. 2.3. Manifestaciones. 3. EL PRINCIPIO DE CAUTELA. 3.1. Origen. 3.2. Significado. 3.3. Manifestaciones. 4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Los principios generales del Derecho son verdades jurídicas universales dictadas por la recta razón. Al abordar la cuestión del significado y utilidad de tales principios, deben traerse a colación dos importantes normas por todos conocidas: el artículo 1.4 del Código Civil, que reconoce su carácter informador del Ordenamiento Jurídico, y el artículo 53.3 CE que dispone respecto de los «principios rectores de la política social y económica», que informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos»¹.

Como dice BETANCOR los principios jurídicos son reglas jurídicas sucintas cuyo ámbito de aplicación es de amplio alcance precisamente por su laconismo generalista y generalizador; ello hace posible que puedan cumplir su función informadora de la legislación positiva, de la práctica judicial y de la actuación de los poderes públicos.

A partir de un breve análisis en la evolución de las normas del Derecho ambiental, pueden distinguirse varias etapas presididas por diferentes principios:

a) En un primer momento, dichas normas trataban de remediar en lo posible el daño ya producido, imponiendo al causante el pago de indemnizaciones y, en lo posible, actuaciones de reparación de los

¹ Recordemos que el derecho a un medio ambiente adecuado figura en el artículo 45 CE, dentro del capítulo III del título I, dedicado a los «principios rectores de la política social y económica».

perjuicios causados y restablecimiento del entorno afectado al estado anterior a ese daño. En esta etapa el principio inspirador del Derecho ambiental era «quien contamina paga».

b) El desarrollo científico y tecnológico permitió posteriormente predecir ciertos daños con bastante exactitud, es decir, gracias a la ciencia podía afirmarse con seguridad que ciertas amenazas derivadas de actuaciones humanas se convertirían en daños a la naturaleza. En la medida en que tales predicciones eran fiables, el legislador pudo dictar normas tendentes a la prevención de tales daños. En esta etapa no se trata pues de remediar un daño ya causado, sino de prevenirlo, surge así *el principio de prevención*.

c) Ese principio de prevención que caracterizó la segunda etapa se basaba en la certeza de la predicción del daño, en definitiva en la seguridad de que, dada cierta actividad humana, se producirán determinados daños a la naturaleza. Sin embargo en la tercera etapa se carece de esa certidumbre: dada cierta actividad humana, es probable que sobrevengan ciertos daños, pero no hay una prueba irrefutable de la materialización de esa amenaza; ahora bien, la mera posibilidad, basada en estudios científicos, de que se produzcan ciertos daños, permite al legislador dictar normas cuya aplicación será sin duda controvertida por esa incertidumbre en el riesgo. Su principio inspirador no es el de prevención, sino *el de cautela*, que aconseja no tomar decisiones arriesgadas, en tanto no se esté científicamente seguro de las posibles consecuencias².

2. EL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN

2.1. Origen del principio

Señala NICOLAS de SADELEER que muchos autores han considerado el arbitraje del caso *Trail Smelter* o de la Fundición de *Trail* (1941) como la primera manifestación del principio de prevención³. En ese caso se consideró responsable a Canadá por los daños causados por las emisiones contaminantes arrojadas a la atmósfera por la Fundición de *Trail*, basándose en que su Gobierno debería haberse asegurado de que esa instalación no vulneraba las obligaciones internacionales de Canadá, especialmente la obligación de proteger a otros

² MARTÍN MATEO, Ramón. *Manual de Derecho ambiental*. 3.ª ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, p. 49.

³ SADELLER, NICOLAS DE. *Environmental principles: from political slogans to legal rules*. Oxford University Press, 2002, p. 62 (traducción al inglés por Susan Leubusher).

Estados de las consecuencias dañinas derivadas de los actos realizados por particulares en su territorio. Por tanto ese arbitraje reconocía un principio de Derecho internacional que obligaba a los Estados a *anticiparse* a la contaminación transfronteriza⁴.

Más adelante el principio de prevención se recogió en la Conferencia de las Naciones Unidas de Estocolmo sobre medio ambiente (1972). El principio 21 de esa Declaración afirma que «de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del Derecho Internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explorar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental, y la obligación de asegurarse de que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados, o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional». Declaración que ha sido desarrollada ulteriormente por las propias Naciones Unidas o sus órganos especializados⁵.

Finalmente la Declaración de Río de 1992 sobre medio ambiente y desarrollo establece una obligación más estricta en su segundo principio, afirmando que, a partir de ese momento incumbe a los Estados la responsabilidad de asegurarse de que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o control no perjudican el medio ambiente de otros Estados, o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional.

El principio 21 de la Declaración de Estocolmo se ha plasmado en otros acuerdos internacionales, entre otros cabe citar los siguientes: el Convenio de Ginebra de 13 de noviembre de 1979 sobre contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, el Convenio de Viena de 22 de marzo de 1985 para la protección de la capa de ozono, y el Convenio sobre la diversidad biológica de 5 de junio de 1992 (cuyo artículo tres reproduce literalmente el texto del principio 21 de Estocolmo)⁶. Por su parte, el segundo principio de la Declaración de Río aparece reflejado en el Preámbulo del Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático de 9 de mayo de 1992⁷.

Aunque se acepta comúnmente que el principio de prevención en el Derecho ambiental tuvo sus primeras manifestaciones formales en

⁴ Otros autores entienden que el arbitraje del caso *Trail Smelter* simplemente aplicó el principio del uso diligente del territorio, o de buena vecindad, extendiendo al Derecho ambiental el principio romano *Sic utere tuo ut alterum non laedas*. Véase JIMÉNEZ DE PARGA y MASEDA, Patricia. *El principio de prevención en el Derecho Internacional del Medio Ambiente*. Madrid: La Ley, 2001, p. 64.

⁵ Resolución de la Asamblea General de la O.N.U. núm. 3.129 de 1973. Carta de Derechos Económicos y Deberes de los Estados adoptada el 12 de diciembre de 1974, Resolución de la Agencia Especial para la Protección Ambiental de Nairobi de 1975.

⁶ Convenios ratificados por España mediante sendos instrumentos de 7 de junio de 1982, 13 de junio de 1988 y 16 de noviembre de 1993.

⁷ Ratificado por España mediante instrumento de 16 de noviembre de 1993.

los citados principios 21 de la Declaración de Estocolmo y 2 de Río, NICOLAS DE SADELEER⁸ ha señalado algunas diferencias entre tales normas y el principio que nos ocupa:

- Por un lado, ambas normas internacionales se basan en el respeto al principio de soberanía nacional, mientras que al principio de prevención tan sólo le importa minimizar los daños ambientales.
- Por otro lado, el objetivo esencial de las Declaraciones de Estocolmo y Río es prevenir el abuso de derechos en la explotación de los recursos naturales, mientras que el principio de prevención es mucho más amplio en sus fines: persigue anticiparse a la contaminación y a los daños ambientales, y que los Estados no puedan abusar de su soberanía.

2.2. Significado del principio de prevención

El principio de prevención es bastante complejo, debido a la variedad de instrumentos legales donde se encuentra: puede aparecer en leyes marco, o bien deducirse de normativa más concreta (que a su vez puede ser constitucional, legal o reglamentaria).

SADELEER⁹ considera que el principio de prevención puede estudiarse desde dos perspectivas: las fuentes de contaminación, y el entorno contaminado.

a) *Fuentes de contaminación*: en este caso el principio de prevención puede materializarse en la regulación legal de los procesos de producción (con el fin de hacerlos menos dañinos) o en las evaluaciones de impacto ambiental de algunos proyectos antes de obtener autorización administrativa; así mismo pueden dictarse normas sobre ciertos productos.

b) *Entorno contaminado*: en este caso el principio de prevención se hará valer limitando las cantidades máximas de sustancias contaminantes en el medio ambiente, o bien declarando áreas de especial protección ambiental.

Un camino para entender el significado del principio de prevención es distinguirlo de otros principios de Derecho ambiental, veamos pues, siguiendo también a SADELEER, cuál es la diferencia entre ese

⁸ *Op. cit.* p., 64.

⁹ SADELEER. *Op. cit.* p., 72.

principio y los principios «quien contamina paga», de cautela, y de rectificación en la fuente:

a) *Diferencia entre el principio de prevención y el principio «quien contamina paga»*: como es evidente la diferencia aquí radica en el momento de actuación de cada uno de esos principios: el primero se pone en práctica cuando ya se ha producido el evento contaminante, persiguiendo que el responsable *remedie* esa situación; por el contrario, el principio de prevención actúa cuando el hecho causante aún no se ha producido, e intenta *impedir* la contaminación. Ahora bien, esa diferencia tan radical puede verse matizada si tenemos en cuenta que el principio quien contamina paga admite varias interpretaciones¹⁰:

- En una primera interpretación, este principio exige al contaminador que asuma todas las consecuencias derivadas del daño ambiental. En definitiva se le exige que repare todos los daños y perjuicios causados.
- En una segunda interpretación, no incompatible con la anterior sino complementaria, el principio «quien contamina paga» pasa a tener una finalidad disuasoria más que restitutiva, por cuanto la obligación de restitución actúa, o debería actuar, como *incentivo negativo* respecto de todos aquellos que pretendiesen realizar una conducta igualmente lesiva para el medio ambiente.
- Finalmente, de acuerdo con una tercera interpretación, el principio «quien contamina paga» busca una internalización de los costes ambientales, acercándonos al campo de la ciencia económica, de donde lo ha tomado el Derecho ambiental.

b) *Diferencia entre el principio de prevención y el principio de cautela*: en este caso la diferencia radica en el grado de comprensión y conocimiento del riesgo. La prevención se basa en certezas que descansan en la experiencia acumulada sobre qué grado de riesgo conlleva una acción (por ejemplo jugar a la ruleta rusa implica un riesgo de morir una de cada seis veces). La relación causa-efecto es bien conocida en el ámbito del principio de prevención (por ejemplo los efectos que conlleva la contaminación atmosférica prolongada) y por lo tanto las medidas preventivas se encaminan a *evitar el riesgo*, bien conocido, de que sobrevengan tales efectos nocivos. Por el contrario, el principio de cautela entra en juego cuando el riesgo de que sobrevenga un efecto perjudicial no puede demostrarse irrefutablemente por la ciencia; existe cierto grado de incertidumbre sobre las conse-

¹⁰ JIMÉNEZ DE PARGA y MASEDA, Patricia. *Op. cit.*, p. 72.

cuencias de una acción. Cuanto menor sea ese grado de incertidumbre, más justificación habrá para tomar medidas preventivas, mientras que el principio de cautela se aplicará en aquellos casos en que el desarrollo científico no permite hablar de una mínima certeza en la inocuidad de la acción. KRÄMER sostiene que el principio de cautela refuerza el principio de prevención; dice este autor que mientras el principio de cautela se refiere a la política ambiental en su conjunto, el principio de acción preventiva tiene por objeto las acciones concretas. Por lo tanto el refuerzo se concreta en el refuerzo de las acciones concretas de prevención¹¹.

Finalmente hay que advertir que para otros autores no está tan clara la distinción entre ambos principios, y de hecho en ocasiones se habla de la prevención y cautela como sinónimos.

c) *Diferencia entre el principio de prevención y el principio de rectificación en la fuente*: En este caso difiere el enfoque de ambos principios, así el principio de prevención trata de tomar *todas* las medidas preventivas necesarias para evitar el daño (por ejemplo estableciendo estándares de calidad en el aire, agua o suelo), mientras que el principio de rectificación en la fuente se centra exclusivamente en el agente contaminante, por ejemplo exigiéndole que utilice la mejor tecnología disponible en el mercado para sus actividades.

Otra cuestión que merece analizarse es *el diferente alcance de las limitaciones derivadas del principio de prevención*, que pueden ir desde una prohibición absoluta de realizar ciertas actuaciones, hasta la simple obligación de comunicarlas a la Administración, pasando, como posibilidad intermedia, por la autorización al interesado de un cierto grado de contaminación o de molestias, pero sin cuestionar la legalidad de esa actividad siempre que se someta a ciertos controles administrativos. Este tipo de medidas preventivas (autorización de una actividad dentro de ciertos límites) se basa en el equilibrio entre los conceptos de «contaminación» y «dilución», es decir, se considera que siempre que la contaminación no exceda de cierto grado, puede ser absorbida y dispersada o «diluida» por la naturaleza, la cual sólo quedará dañada cuando la cantidad de sustancias contaminantes o la rapidez con que han llegado al medio ambiente, no permitan su autorregulación o «autolimpieza». Así pues, no es indispensable eliminar por completo la emisión de contaminantes, sino que basta con fijar el nivel exacto que la naturaleza puede asimilar, y autorizar a los intere-

¹¹ KRÄMER, Ludwig. *El Derecho ambiental y el Tratado de la Comunidad Europea*. 3.ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 93. (Traducción al español por Luciano Parejo y Ángel M. Moreno Molina.)

sados a realizar sus actividades sólo hasta ese nivel de contaminación seguro. Por otro lado, este tipo de medidas de prevención, que hemos denominado intermedias, se han favorecido por las Leyes vigentes, dado que permiten compatibilizar el desarrollo económico, generador de riqueza y bienestar social, con la protección ambiental.

SADELEER¹² enumera tres *aplicaciones del principio de prevención*: el establecimiento de umbrales de prevención, la mejor tecnología disponible y la evaluación del impacto ambiental. A tales aplicaciones añade JIMÉNEZ DE PARGA y MASEDA la internalización de los costes ambientales, y BETANCOR la gestión adecuada de los peligros y riesgos. Veamos detenidamente tales aplicaciones.

a) *Establecimiento de umbrales de prevención*: la vida en sociedad impone cierto grado de contaminación, de ruidos y de daños al medio ambiente, por ello la única vía para minimizar esos daños consiste en fijar umbrales más allá de los cuales el daño ambiental se considere inaceptable. Esto requiere, como es obvio, la fijación por las autoridades públicas de niveles seguros en la capacidad de absorción y dilución de contaminantes por la naturaleza. Este tipo de normas que fijan umbrales se han extendido por todo el Derecho ambiental, y su cumplimiento se garantiza mejor cuando su violación conlleva una sanción administrativa (por ejemplo una multa o la revocación de una autorización). El buen funcionamiento de la Unión Europea en este ámbito exige la unificación de los umbrales de contaminación.

b) *Obligación de emplear la mejor tecnología disponible*: Algunos autores consideran el uso de la mejor tecnología disponible como una aplicación del principio de cautela. En todo caso la norma europea donde se refleja con mayor claridad esa obligación de utilizar la mejor tecnología disponible es la Directiva 96/61/CE, del Consejo, de 24 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y control integrados de la contaminación (Directiva IPPC); ahora bien esa obligación no es absoluta, pues los costes económicos que conllevan pueden matizar su aplicación, por ello debe equilibrarse el daño ambiental que se pretende evitar con el coste que ha de asumir la empresa adquiriendo esa tecnología.

c) *Evaluación del impacto ambiental*: La técnica de evaluación de impacto ambiental (EIA en adelante) se recoge en el Principio 17 de la Declaración de Río (1992) según el cual «deberá emprenderse una EIA, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un efecto negativo o considerable en el medio ambiente, y que esté sujeta a la deci-

¹² SADELEER. *Op. cit.*, pp. 82-86.

sión de una autoridad nacional competente.» Se trata, en palabras de Patricia JIMÉNEZ DE PARGA¹³ de la máxima expresión de nuestro espíritu racionalista; nuestra pretensión de comprender y captar los efectos de nuestras conductas a pesar de nuestras graves lagunas de conocimiento sobre nuestro entorno. Esta misma autora eleva la EIA, a la categoría de principio estructural y cuasi-constitucionalizado del Derecho ambiental de la Unión Europea, especialmente tras la revisión de los Tratados instituyentes de las Comunidades Europeas efectuada por el Tratado de Ámsterdam, que entró en vigor el 1 de mayo de 1999.

d) *Internalización de los costes ambientales, o principio «quien contamina paga»*: Apoyándose en las diversas interpretaciones que admite ese principio, y que se han visto anteriormente, considera Patricia JIMÉNEZ DE PARGA que más que ante un principio estructural del Derecho internacional ambiental autónomo o distinto del de la prevención, el principio «quien contamina paga» es una modalidad concreta de acción preventiva, y se subsume por tanto en el principio más general de prevención¹⁴.

e) *Gestión preventiva*: Para BETANCOR¹⁵ la gestión preventiva sucede a la evaluación. Se basa en la certeza de que ciertas actividades o bienes producen daños ambientales, por lo que han de ser eliminados o reducidos. Es el caso de las medidas recogidas en la Ley de Residuos (Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos).

2.3. Manifestaciones del principio de prevención

A) En los Tratados internacionales

En gran número de Tratados internacionales se han plasmado cláusulas relativas a este principio. Cabe citar entre otros los siguientes:

— El Convenio de Espoo, de 1991 obliga a los Estados a prevenir los efectos ambientales significativos que trasciendan las fronteras (art. 2).

¹³ JIMÉNEZ DE PARGA y MASEDA. *Op. cit.*, pp. 70-71.

¹⁴ JIMÉNEZ DE PARGA y MASEDA. *Op. cit.*, p. 74. Aclarando que sólo llega a esa conclusión en el campo del Derecho internacional del medio ambiente universalmente considerado, pero no desde la óptica del Derecho comunitario del medio ambiente, donde sí queda clara la autonomía del principio «quien contamina paga» respecto al principio de prevención.

¹⁵ BETANCOR. *Op. cit.*, p. 158.

— El Convenio de Helsinki para la protección de los cursos de agua internacionales obliga a los Estados a prevenir los efectos que perjudiquen significativamente el medio ambiente de otro país (art. 2).

— El Convenio de Helsinki para la prevención de accidentes industriales.

— Ese criterio también se ha seguido en la Directiva IPPC.

El problema radica en establecer concretamente el umbral de responsabilidad del Estado.

B) En la Jurisprudencia internacional

Consagrado en el Derecho internacional el principio de prevención, la jurisprudencia de los Tribunales internacionales también lo ha invocado con cierta frecuencia; pueden citarse los siguientes ejemplos:

— El caso de la Planta *Mox* (2001) planteado por Irlanda contra el Reino Unido: el Tribunal Internacional para el Derecho del mar consideró que el deber de cooperar en el intercambio de información relativa a riesgos ambientales es un principio fundamental en la prevención de la contaminación marina de acuerdo con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar.

— El caso *Gabcikovo-Nagymaros* (Sentencia de 25 de septiembre de 1997) planteado por Hungría contra Eslovaquia: se refería a un proyecto para construir un embalse en el Danubio. En este caso el Tribunal Internacional de Justicia relacionó directamente el principio de prevención con el concepto de desarrollo sostenible, enfatizando la necesidad de que tal desarrollo económico respetara el medio ambiente.

C) En el Derecho comunitario europeo

Ya el I Programa de Acción sentaba como principio fundamental a seguir el de prevención, diciendo que la mejor política ambiental consiste en prevenir la emisión de la contaminación y agentes nocivos en la fuente, mejor que tratar después de contrarrestar sus efectos. También el II y el III Programa de Acción hicieron hincapié en el principio de prevención, influyendo poderosamente en la legislación comunitaria de los años ochenta.

El principio de prevención fue introducido en el TCE por obra del Acta Única Europea de 1987. En el artículo 130.R.2 sólo se hablaba del principio de acción preventiva. El Tratado de Maastricht de 1993

introduce, anteponiéndolo a aquel principio, el de cautela. El resultado es el que hoy consta en el artículo 174.2 TCE: «la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente (...) se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga». Principios que refuerzan uno de los objetivos de la política europea en la materia, y que recoge el mismo artículo 174 TCE en su párrafo primero: el objetivo de asegurar la utilización prudente y racional de los recursos naturales.

Múltiples Directivas han recogido el principio de prevención.

- Directiva 75/442 sobre residuos, modificada por la Directiva 91/156 (art 3.1).
- Directiva 96/61 IPPC.
- Directiva 96/82 sobre control del riesgo de graves accidentes con sustancias peligrosas (art. 5.1).

Estrechamente relacionado con el principio de prevención se encuentra el principio de rectificación del daño ambiental en la fuente, que ha jugado un importante papel en el control de los movimientos transfronterizos de residuos: cualquier autoridad pública viene obligada, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo a adoptar medidas limitativas del transporte de residuos, y asegurarse de que se depositan lo más cerca posible de su fuente de producción. (Caso C-2/90, de la Comisión contra Bélgica.)

D) En el Derecho español

Cabe citar la normativa reguladora de las EIA como instrumento básico de prevención: así en el ámbito estatal el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, y en la Comunidad de Madrid la Ley 2/2002, de 19 de junio, de Evaluación Ambiental.

También pueden traerse a colación las medidas preventivas recogidas en la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos. Entre ellas pueden citarse las que afectan a los responsables de la puesta en el mercado de productos susceptibles de convertirse en residuos, los cuales están obligados a elaborar productos o utilizar envases que, por sus características de diseño, fabricación, comercialización o utilización, favorezcan la prevención en la generación de residuos (art. 7.1 LR). Por otro lado se somete a autorización administrativa la instalación, ampliación y modificación sustancial o traslado de las industrias o actividades productoras de residuos (art. 9.1 LR).

E) Otras manifestaciones

SADELEER pone de relieve que el principio de prevención se proyecta actualmente en ámbitos no relacionados con la protección ambiental, como la responsabilidad civil, los impuestos ambientales y la responsabilidad penal¹⁶.

3. EL PRINCIPIO DE CAUTELA

3.1. Origen del principio de cautela

Como exponen McINTYRE y MOSEDALE¹⁷ el principio de cautela (también llamado principio de precaución) se basa en los siguientes factores:

- La vulnerabilidad del medio ambiente.
- Las limitaciones de las ciencias para predecir de manera anticipada y con exactitud los daños que puede sufrir el medio ambiente.
- La alternativa de procesos y productos menos dañinos.

El enorme avance científico del siglo xx ha desembocado paradójicamente en un contexto de ausencia de verdad científica, que da pie a un nuevo modelo, no ya preventivo sino anticipativo, cuyo principio estructural es el de cautela o precaución, porque la ausencia de verdad científica tiene que ceder paso a lo que la doctrina denomina «relativismo socio-ambiental»¹⁸. Este relativismo impone la precaución en las actividades humanas con incidencia socio-ambiental.

Considera JUSTE RUIZ¹⁹ que el principio de cautela implica una transformación radical de los planteamientos anteriores a la década de los ochenta del siglo xx. La filosofía que inspiraba los tratados internacionales anteriores a esos años partía de una fe ciega en la ciencia; pero esa actitud cambió a una posición más cautelosa, basada en el hecho de que en ocasiones ciertas premisas científicas podían resultar erróneas, y las consecuencias de las decisiones basadas en ellas podían ser irreversibles.

¹⁶ Op. cit. p., 73.

¹⁷ McINTYRE, O.; MOSEDALE, Th. «The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law» En *Journal of Environmental Law*. Vol. 9, n.º 2, 1997, pp. 220-241.

¹⁸ BETANCOR RODRÍGUEZ, A. *Instituciones de Derecho ambiental*. Madrid: La Ley, 2001. JIMÉNEZ DE PARGA y MOSEDA, P. Op. cit., p. 75.

¹⁹ JUSTE RUIZ, J. *Derecho Internacional Público y Medio Ambiente*. Madrid: McGraw-Hill, 1999, pp. 78-79.

Pueden traerse a colación en este punto una serie de casos en que ciertos problemas de salud, o ambientales, fueron tratados desde el prisma del principio de cautela, incluso muchos años antes de que pudiera hablarse de tal principio²⁰:

- En 1854 el Dr. John Snow publicó una serie de trabajos que recomendaban dejar de utilizar una fuente de la C/ Broad de Londres, con el fin de detener la epidemia de cólera que diezmaba la ciudad. En aquel momento no había pruebas irrefutables de la relación entre el agua contaminada y la epidemia, (de hecho el bacilo de Koch causante de la enfermedad no se descubrió sino treinta años después) y el Colegio de Médicos de Londres disintía de las tesis del Dr. Snow. Ahora bien, los costes de seguir la recomendación de este Dr. (clausurando la fuente) eran muy inferiores al coste de no hacer nada, dejando que la epidemia se extendiera. Por ello, a pesar de la incertidumbre científica, las autoridades decidieron cerrar esa fuente, y consiguieron detener la epidemia.

- El posible agotamiento de las reservas pesqueras fue una preocupación desde la Edad Media, especialmente en Inglaterra, donde los primeros documentos reclamando medidas al respecto datan de 1376-1377. Más recientemente cabe aludir al caso de las pesquerías californianas dedicadas a la captura de sardinas; a mediados de los años veinte del siglo pasado, los científicos propusieron una medida que ejemplificaba el principio de cautela: limitar las capturas hasta que las investigaciones hayan demostrado que es posible detectar la sobreexplotación pesquera con tiempo suficiente para evitar el agotamiento de las reservas. Las autoridades no atendieron esas recomendaciones, y las reservas de sardinas se agotaron en 1942, no recuperándose hasta mediados de la década de los ochenta.

- El descubrimiento de los rayos X por el físico alemán Roentgen en 1895 suscitó un enorme interés mundial por ese nuevo sistema de diagnóstico médico. Sin embargo enseguida se alzaron voces alertando de los riesgos que conllevaba la exposición a los rayos X (p. ej. Thomas Edison, o el periodista neoyorquino John Dennis). Era difícil convencer a la población del peligro que entrañaba una exposición incontrolada a los rayos X, dado que se utilizaba como medio de diagnóstico médico, y además eran imperceptibles para los sentidos. Entre los críticos destacó un odontólogo de Boston, William Rollins, que entre 1900 y 1904 publicó más de 200 trabajos, defendiendo la tesis de que había pequeñas dosis tolerables de rayos X y recomen-

²⁰ Los siguientes ejemplos se han tomado del libro *Late lessons from early warnings: the precautionary principle 1896-2000. Environmental issue report n. 22*, editado por la Agencia Europea del Medio Ambiente. Luxemburgo, 2001, 210 p.

dando a los radiólogos utilizar escudos de protección, incluso entrevió los riesgos que entrañaban los rayos X para mujeres embarazadas. Sus advertencias fueron desechadas por otros científicos durante años; así en 1903 todavía era frecuente que los radiólogos comprobaran la intensidad de los rayos situando su mano entre el tubo catódico y la pantalla fluorescente. Por otro lado, el descubrimiento simultáneo del radio por Becquerel y el matrimonio Curie en 1898, trajo consigo una serie de peligros para la salud que no se reconocieron popularmente mejor que los derivados de los rayos X. Tales peligros se empezaron a tomar en serio a raíz de la muerte de Marie Curie en 1933, y del fallecimiento de más de 200 radiólogos por enfermedades cancerosas causadas por la manipulación de aparatos de rayos X o de elementos radiactivos. Así mismo se documentó la muerte de muchas mujeres norteamericanas que durante los años de la I Guerra Mundial habían trabajado con pintura que contenía ingredientes radiactivos. El cambio definitivo se produjo a partir de un Congreso de especialistas celebrado en Canadá en 1949, donde se reconoció que probablemente había cierto riesgo en cualquier exposición a los rayos X o al radio, y que ese riesgo no podía determinarse con precisión, pero desde luego no era despreciable por pequeño que fuera. El principio de cautela inspira la recomendación principal que derivó de aquel Congreso: debía minimizarse cualquier tipo de exposición radiológica. Esto es, a pesar de la incertidumbre científica sobre los daños derivados de la exposición a rayos X, se recomendaba que el tiempo de exposición fuera el más breve posible.

Centrándonos en el origen del principio de cautela, podemos decir que surge a mediados de la década de los ochenta del siglo XX a partir de un principio de Derecho germánico, el *Vorsorgeprinzip*, cobrando carta de naturaleza a lo largo de la siguiente década en tratados internacionales, así como en el Derecho comunitario europeo, hasta el punto de que ha llegado a ensombrecer otros principios. Es más, la potencialidad del principio de cautela es tal que aunque nacido en el Derecho ambiental, está impregnando otros sectores jurídicos, como la normativa de seguridad alimentaria y salud pública²¹.

Las líneas maestras de lo que más tarde se denominará principio de cautela ya son visibles en el Principio 11 de la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982:

²¹ El origen germánico del principio de cautela está relacionado con el estudio de los daños en los bosques alemanes aparecidos a partir de los años setenta. Empezó a pensarse en la contaminación atmosférica —lluvia ácida— como causa de esos daños, dando lugar a la Ley alemana sobre Aire Puro de 1974, en la que se recogía el *Vorsorgeprinzip* (principio de cautela o precaución).

«Se controlarán las actividades que puedan tener consecuencias sobre la naturaleza, y se utilizarán las mejores técnicas disponibles que reduzcan al mínimo los peligros graves para la naturaleza y otros efectos perjudiciales; en particular:

a) Se evitarán las actividades que puedan causar daños irreversibles a la naturaleza. (Es decir, la mera posibilidad del daño irreversible aconsejaba abandonar la actividad).

b) Las actividades que puedan entrañar grandes peligros para la naturaleza serán precedidas de un examen a fondo, y quienes promuevan esas actividades deberán demostrar que los beneficios previstos son mayores que los daños que puedan causar a la naturaleza, y esas actividades no se llevarán a cabo cuando no se conozcan cabalmente sus posibles efectos perjudiciales.

c) Las actividades que puedan perturbar la naturaleza serán precedidas de una evaluación de sus consecuencias, y se realizarán con suficiente antelación estudios de los efectos que puedan tener los proyectos de desarrollo sobre la naturaleza; en caso de llevarse a cabo, tales actividades se planificarán y se realizarán con vistas a reducir al mínimo sus posibles efectos perjudiciales.»²²

Años más tarde el principio de cautela fue recogido por la OCDE con ocasión de diversas Declaraciones ministeriales que ponían fin a Conferencias Internacionales para la protección del Mar del Norte, así las Declaraciones de Bremen (1984), Londres (1987), La Haya (1990), y Esbjerg (1995). Durante la década de los años noventa el principio de cautela se ha recogido en numerosos tratados internacionales, baste citar como ejemplo el Tratado para la Protección del Medio Ambiente Marino del Noreste Atlántico (1992), así mismo un tratado pesquero internacional auspiciado por las Naciones Unidas recogió por primera vez en su articulado el principio de prevención en 1995²³.

Por otro lado, las incertidumbres que rodean las causas y efectos de la contaminación atmosférica han servido como campo abonado para la aplicación del principio de cautela, dando pie al establecimiento de medidas como la reducción de la emisión de gases de efecto invernadero, o de sustancias que reducen la capa de ozono. Así cabe citar como ejemplo de tratado internacional donde se recoge el principio de cautela el Protocolo de Montreal de 1987 sobre sustancias que disminuyen la capa de ozono, modificado en varias ocasiones

²² Principio 11 de la Carta Mundial de la Naturaleza, cuyo texto puede consultarse en JUSTE RUIZ, J. *Op. cit.*, p. 79.

²³ Este tratado sobre conservación de especies marinas migratorias estableció por primera vez la inversión de carga de la prueba, creando una presunción favorable a la conservación.

con objeto de conseguir la reducción total de gases CFC para 1995. Desde entonces el principio de cautela se refleja en otros tratados sobre contaminación atmosférica.

A partir de esos ámbitos de la contaminación marina y atmosférica, el principio de cautela se extendió en múltiples documentos de *soft law*, alcanzando finalmente reconocimiento universal en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de Río de Janeiro (1992).

Concretamente el principio número 15 de la Declaración de Río de 1992 afirma:

«Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente».

Finalmente cabe añadir que tal principio también se expresa en el Convenio Marco sobre Cambio Climático de 1992 (art. 3), y en el preámbulo del Convenio sobre la Diversidad Biológica (que entró en vigor el 29 de diciembre de 1993). Más recientemente el Protocolo sobre Bioseguridad relativo al transporte, manipulación y utilización seguras de organismos vivos modificados derivados de la moderna biotecnología del año 2000 (art. 10.6).

3.2. Significado del principio de cautela

Este principio se concibió para prevenir daños muy graves o irreversibles, e incita a las Administraciones Públicas a actuar con extrema prudencia en caso de incertidumbre. Así, el principio de cautela aconseja retrasar o incluso abandonar aquellas actividades sospechosas de acarrear graves consecuencias para el medio ambiente, incluso en caso de carecer de pruebas científicas irrefutables que avalen esa sospecha. *A sensu contrario* el principio de cautela ampara decisiones encaminadas a mejorar la protección del medio ambiente, incluso cuando su validez no sea aceptada unánimemente por los expertos.

Dice BETANCOR²⁴ que «la cautela brota de la desilusión de la prevención, alimentada por la desilusión de la ciencia y de sus

²⁴ BETANCOR *Op. cit.*, pp. 154-155.

supuestos poderes taumatúrgicos». Dado que no hay «verdad científica» sólo podemos actuar de acuerdo con una «verdad social», edificada sobre la decisión de los ciudadanos y basada en indicios científicos; de todo ello resulta un «relativismo social» inspirado en el principio de cautela.

En definitiva, si no somos capaces de conocer y solucionar, no debemos ser atrevidos en nuestros comportamientos, porque lo que sí sabemos es que los efectos pueden ser irreversibles. Por lo tanto el relativismo social conduce a la cautela en todas las actividades con incidencia ambiental.

Ahora bien, con ello se corre el riesgo de desembocar en una cautela paralizante basada en la duda absoluta, incluso nihilista respecto de nuestra propia capacidad para prevenir los efectos dañinos, evitarlos, o mitigarlos. Se hace preciso, siguiendo a este mismo autor llegar a un punto de equilibrio en el que la cautela no desplace o invalide nuestra capacidad de actuación: se busca un punto de equilibrio entre el «hiper-activismo industrialista» y el «hiper-inactivismo ecologista».

Las medidas en que puede traducirse el principio de cautela son muy variadas, pues dependen del sector en que se adopten (pesca, contaminación marina o atmosférica, seguridad alimentaria, etc.), así como de la gravedad del riesgo que se sospecha, lo que permitirá adoptar remedios más o menos serios (desde una simple notificación, a la obligación de utilizar la mejor tecnología disponible, moratorias, suspensiones o prohibiciones).

Considera SADELEER²⁵ que el principio de cautela tiene las siguientes aplicaciones prácticas:

a) El principio de cautela pretende ante todo evitar situaciones irreversibles, de manera que *las Autoridades no pueden escudarse en la incertidumbre del riesgo para dejar de tomar una decisión*: decisión que puede ser la prohibición de una actividad, o al menos una moratoria en su ejecución hasta que se conozcan mejor sus consecuencias.

b) El principio de cautela debe servir al menos para generalizar procedimientos de evaluación y reducción de riesgos, incluyendo aquellos de improbable advenimiento; en el seno de estos procedimientos, las Autoridades podrían invocar la mera posibilidad de que sobrevengan daños al medio ambiente para prohibir una determinada actividad, es decir, aunque no haya una prueba científica irrefutable de que dada cierta actividad, se producirán ciertos efectos dañinos, la mera sospecha de que eso ocurra bastará para prohibir, o al menos, suspender la misma. *En definitiva, las decisiones administrati-*

²⁵ SADELEER. *Op. cit.*, pp. 202-221.

vas pueden basarse en meras posibilidades o sospechas de efectos dañinos. En tal sentido las Evaluaciones de Impacto Ambiental (que son el principal instrumento del principio de prevención) deberían evaluar no sólo los riesgos conocidos, sino también la mera sospecha de que sobrevengan otros desconocidos, sirviendo de esa manera también al principio de cautela. Incluso la EIA podría contener alternativas al proyecto original, primando aquéllas que son reversibles frente a las que no lo son.

c) Por otro lado *el principio de cautela es la antítesis de las decisiones irrevocables*: las Autoridades han de ser capaces de revisar sus decisiones a medida que avancen los conocimientos científicos. En el bien entendido de que esa revisión puede ser favorable a la autorización, cuando las investigaciones científicas permiten afirmar que esa actividad no es peligrosa, o por el contrario, la revisión puede desembocar en la revocación de la autorización cuando se sospecha que una actividad produce efectos dañinos antes desconocidos. En tal sentido cabría pensar en la posibilidad de que las Evaluaciones de Impacto Ambiental se repitieran a intervalos razonables, permitiendo a la Administración adaptar sus decisiones a los nuevos resultados. El Derecho comunitario europeo no admite esa posibilidad, sin embargo sí aparece en el Convenio de Espoo de 1991 sobre Evaluaciones de Impacto Ambiental en un contexto transfronterizo, cuyo artículo 7 admite un análisis posterior a la realización del proyecto (que ya fue evaluado inicialmente).

En el Derecho comunitario sí pueden encontrarse algunos mecanismos de seguimiento de actividades peligrosas: Directiva 90/220 sobre introducción de organismos modificados genéticamente (art. 11.6) impone al distribuidor la obligación de notificar a las autoridades cualquier nueva información acerca de riesgos que conlleven tales organismos para la salud o el medio ambiente, y las autoridades deben informar a continuación a la Comisión y a otros Estados miembros. Esto implica que el producto se seguirá a través de su cadena de producción y distribución (*from farm to fork*)²⁶. Otro ejemplo aparece en la Directiva IPPC (96/61), cuyo artículo 13 exige que la Administración reconsidere, y si fuera necesario, actualice las condiciones de la autorización cuando estimen que los cambios producidos en la «mejor tecnología disponible» posibilitan reducir la contaminación significativamente. Por último la Directiva 67/548 sobre clasificación, empaquetado y etiquetado de sustancias peligrosas exige al notificador que alerte a la Administración cuando la cantidad de sustancia en el mercado alcanza cierto umbral (art. 7.2).

²⁶ Adaptación al ámbito alimentario del principio *from cradle to grave*.

d) Se ha dejado para el final la aplicación quizás más relevante del principio de cautela: *la inversión de la carga de la prueba en las autorizaciones administrativas de actividades que conllevan riesgos ambientales*. En un Estado de Derecho, la Administración debe justificar con razones objetivas cualquier prohibición o limitación de actividades de los particulares; en el ámbito del Derecho ambiental, esa norma implica que la Administración debe contar con una prueba científica de la certeza del riesgo para prohibir o limitar una actividad o producto. Ahora bien, cuando no se tiene tal prueba científica entra en juego el principio de cautela, según el cual esa falta de certidumbre en la relación de causalidad que media entre una actividad y ciertos daños ambientales no puede servir de excusa para no tomar decisiones, incluyendo la prohibición o la limitación de esa actividad. Partiendo de un nuevo principio *in dubio pro natura* (que algunos autores deducen del Derecho constitucional a un medio ambiente adecuado) *la ausencia de efectos dañinos es una premisa para autorizar cualquier tecnología que pueda afectar al medio ambiente*. Por lo tanto el principio de cautela sienta una presunción a favor de la protección de la naturaleza, de ahí que en caso de duda, deban limitarse actividades susceptibles de afectar al medio ambiente.

Derivado de lo anterior, el principio de cautela invierte la carga de la prueba de los riesgos ambientales: ya no es la Administración quien debe demostrar la peligrosidad de cierta actividad o producto para prohibirlo o limitarlo, sino que son los interesados en realizar esa actividad, o en comercializar el producto, quienes deben demostrar su inocuidad. Por lo tanto, como dice SADELEER, de un sistema en el que la Administración debía permitir cualquier actividad a menos que demostrase su peligrosidad, se ha pasado, en virtud del principio de cautela, a un sistema donde *la Administración debe prohibir cualquier actividad o producto cuya inocuidad no se haya demostrado por los interesados*. Como ejemplo de esa inversión de la carga de la prueba del riesgo ambiental cabe citar dos Directivas europeas:

— Directiva 67/548/EEC (art. 7)

— Directiva 91/414 (art. 5)

— Directiva 91/689 (art. 1.4).

Cabe preguntarse si este nuevo sistema no desemboca en la exigencia a los interesados de una prueba diabólica: la prueba de la total inocuidad de sus productos o actividades, lo que sería casi imposible de conseguir. Evidentemente, llevado hasta su extremo, el principio de cautela sería inaplicable, por ello entiende SADELEER que al interesado sólo ha de exigírsele que desarrolle investigaciones para reducir

la incertidumbre del riesgo al mínimo, y después demostrar esa escasa posibilidad de que sobrevenga, bastaría pues con que demostrase que el riesgo de que se produzcan daños es casi inapreciable.

JIMÉNEZ DE PARGA²⁷ enumera cuatro elementos que vertebran el principio de cautela: la dimensión intertemporal, la falta de certidumbre científica absoluta, daños graves e irreversibles, y la adopción de medidas de precaución.

a) *Dimensión intertemporal*: el principio de cautela tiene en primer lugar una proyección que va más allá de los problemas asociados a los riesgos a corto o a medio plazo, puesto que se refiere también a riesgos a largo plazo, que podrían incluso afectar al bienestar de las generaciones futuras.

b) *Falta de certidumbre científica absoluta*: el principio de cautela se basa en la falta de certidumbre científica absoluta del riesgo ecológico. Siendo más alta la probabilidad de ese riesgo, no debe aplicarse el principio de cautela sino el de prevención.

c) *Daños graves e irreversible*: el principio de cautela no debe aplicarse cuando se produzca, o haya posibilidad de producirse, cualquier daño ecológico, sino tan solo a los daños graves e irreversibles.

d) *Adopción de medidas de precaución*: el principio de cautela impone seguir un modelo anticipativo, aunque en función de los costos y conforme a las propias capacidades. Por lo que toca a los costos, entiende JIMÉNEZ DE PARGA que deberá haber una combinación de medidas con diferentes costos, las cuales deberán ser utilizadas de un modo progresivo en atención a la gravedad del riesgo o del daño, y sobre la base de los mejores conocimientos disponibles del problema. En cuanto a la adopción de medidas según las propias capacidades, aquéllas se interpretarán de forma menos estricta para los países en desarrollo.

A pesar del estudio que Patricia JIMÉNEZ DE PARGA dedica al principio de cautela, termina concluyendo que se trata de un principio emergente, y no plenamente consolidado. No puede considerarse a su juicio como una fase superior o más avanzada que la prevención desde una perspectiva estrictamente jurídica, sino que debe circunscribirse por completo a los riesgos de daños ambientales muy significativos o importantes, o más estrictamente a los daños irreversibles. Por tanto el principio de cautela, en su opinión, no es más que un

²⁷ JIMÉNEZ DE PARGA. *Op. cit.*, p. 80.

complemento, sin entidad propia, del principio de prevención²⁸. Personalmente no estoy de acuerdo con esta opinión, basta remitirse a lo hasta aquí dicho para afirmar que el principio de cautela goza hoy de entidad propia.

3.3. Manifestaciones del principio de cautela

A) En el Derecho internacional

Ya se han citado algunos ejemplos al tratar el origen del principio.

B) En el Derecho comunitario europeo

La Comunicación de la Comisión COM (2000) 1 final, de 2 de febrero de 2000, sobre el recurso al principio de precaución. El análisis que hace de la misma BETANCOR es el siguiente²⁹:

1. El punto de partida es una hipótesis de riesgo potencial; es decir, una actividad humana sobre la que existe, con cierto fundamento, la sospecha de su capacidad de producir un daño, superando el nivel de riesgo aceptable para la sociedad.
2. Para confirmar o desmentir esa hipótesis de riesgo potencial sólo puede acudir a una evaluación científica de los efectos potencialmente peligrosos.
3. El resultado de esa evaluación puede ser positivo o negativo respecto de la certidumbre de sus conclusiones, es decir, las conclusiones del estudio científico puede ser ciertas o inciertas.
4. En caso de incertidumbre científica, entra en juego el principio de cautela. Se aplica a aquellas actividades que impiden determinar con certeza suficiente sus peligros y sus riesgos.
5. A ese componente de incertidumbre científica se añadirá otro elemento: un componente político-valorativo relativo al nivel aceptable de riesgos y el nivel elegido de protección.
6. La gestión pública del riesgo presidida por el principio de cautela, debe desarrollarse por las autoridades mediante un procedimiento que responda a dos notas básicas: el carácter abierto y la transparencia.
7. Aparece en la Comunicación de la Comisión el concepto de la inversión de la carga de la prueba de la que se ha hablado antes: quien pretenda desarrollar una actividad deberá probar antici-

²⁸ JIMÉNEZ de PARGA. *Op. cit.*, p. 85.

²⁹ BETANCOR. *Op. cit.*, pp. 164-169.

padamente que la acción proyectada no va a causar daños al medio ambiente, y quien se oponga a la adopción de medidas de protección ambiental deberá demostrar que no existen peligros de daños irreversibles.

8. El principio de cautela no exige necesariamente actuar: la decisión de no actuar puede ser también una respuesta adecuada. Se trata en todo caso de una decisión política en el seno de un procedimiento de gestión del riesgo condicionada por factores científico-técnicos.

9. La naturaleza jurídica de la medida puede ser muy variada. No hay un elenco cerrado, sino que cualquier medida que puede razonablemente apoyarse en la precaución.

10. Por último, la decisión de no actuar ha de someterse a evaluación de sus consecuencias para que pueda basarse en el principio de precaución. Mayores cautelas impone la decisión de actuar. Decisión que ha de basarse en los principios siguientes: proporcionalidad, no discriminación, coherencia, análisis de las ventajas y de los inconvenientes y estudio de la evolución científica.

Como conclusión dice BETANCOR que la aplicación del principio de precaución conduce a una suerte de balance entre el riesgo o la probabilidad de que el daño se produzca y los costos económicos de las medidas propuestas, así como respecto de la probabilidad de que las medidas sean efectivas para evitar los daños.

Una referencia explícita al principio de cautela podemos encontrarla en el reciente *Reglamento 1946/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2003, relativo al movimiento transfronterizo de organismos modificados genéticamente* (DOCE L 287, de 5 de noviembre de 2003). Dice su artículo 1 que «de conformidad con el principio de cautela» (...) los objetivos de ese Reglamento son establecer un sistema común de notificación e información sobre los movimientos transfronterizos de organismos modificados genéticamente (OMG) (...) que puedan tener efectos adversos para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana.

Este Reglamento se ha dictado para dar cumplimiento en la Unión Europea al Convenio sobre Diversidad Biológica; por otro lado deja a salvo el contenido de la Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente³⁰.

³⁰ DOCE L 106, de 17-4-2001, p. 1.

En ese Reglamento 1946/2003/CE pueden destacarse dos aspectos: el sistema de notificaciones, y la revisión de las decisiones adoptadas.

- En cuanto al *sistema de notificación* (arts. 4 y siguientes), cuando una persona física o jurídica quiera exportar un OMG destinado a la liberación intencionada en el medio ambiente, deberá remitir una notificación por escrito a la autoridad competente del país de importación antes del primer movimiento transfronterizo (entendiendo por fronteras las de la Unión Europea en su conjunto). La ausencia de acuse de recibo de esa notificación, o de la comunicación de la decisión adoptada no se interpretará como su consentimiento o negativa a la importación de un OMG. Pasados 270 días sin recibir esa decisión, el exportador remitirá a la parte importadora un recordatorio por escrito, con un plazo de respuesta de 60 días desde la recepción, con copia a la Secretaría del CIISB³¹, al país del exportador y a la Comisión Europea. Aplicando el principio de cautela, el exportador no efectuará el primer movimiento transfronterizo intencional de un OMG hasta haber recibido la conformidad expresa del país importador.

- En cuanto a *la revisión de las decisiones*, dice el artículo 7 del Reglamento que un exportador podrá solicitar al país importador que revise una decisión sobre entrada en su territorio de un OMG cuando aquél considere que se han producido un cambio en las circunstancias que pueden influir en el resultado de la evaluación del riesgo en que se basó la decisión, o se dispone de nueva información científica o técnica pertinente. Puede observarse aquí un nuevo ejemplo del principio de cautela, que como decía SADELEER es la antítesis de las decisiones irrevocables.

En la Jurisprudencia Europea puede destacarse la Sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas el 11 de septiembre de 2002. *Caso Pfizer contra el Consejo de la Unión Europea, a propósito del Reglamento 2821/1998*, que revoca la autorización para comercializar en la Comunidad ciertos aditivos, por la fundada sospecha de transferencia de la resistencia a los antibióticos del animal al hombre. Es práctica habitual suministrar a los animales ciertos antibióticos para facilitar su crecimiento y prevenir sus enfermedades, entre tales antibióticos se encuentra la virginiamicina, cuyo único fabricante mundial es la empresa Pfizer animal health S.A.

³¹ CIISB: Centro de Intercambio de Información sobre Seguridad de la Biotecnología creado por el Protocolo de Cartagena, firmado por los países miembros de la Unión Europea para dar cumplimiento al Convenio sobre Diversidad Biológica.

Sin embargo es un hecho demostrado que en los últimos años se han producido numerosos casos de resistencia de las bacterias a ciertos medicamentos, probablemente debidos a un exceso de uso; así, se ha constatado la resistencia de ciertas bacterias que provocan enfermedades en el hombre a los antibióticos de la familia de la virginiamicina, y se cree que esa resistencia ha surgido al ingerir carne de animales tratados con ese producto. Por ello la Comunidad dictó el Reglamento 2821/1998 prohibiendo el uso de la virginiamicina en la alimentación animal. La empresa Pfizer recurrió por considerarlo una norma que le perjudicaba directamente, pero invocando el principio de cautela, el Tribunal de 1.ª instancia falló en su contra.

C) En el Derecho español

Sin perjuicio del Reglamento Comunitario que se ha citado antes, de directa aplicación en España, puede citarse otra norma que, a mi juicio incorpora alguno de los elementos definidores del principio de cautela. Se trata del *Real Decreto 1254/1999, de 16 de julio, por el que se aprueban medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas*³². En su artículo 9.1 obliga a todos los industriales de establecimientos en los que estén presentes sustancias peligrosas (en los términos fijados por el anexo I del mismo RD 1254/99) a elaborar un informe de seguridad que tiene por objeto *demonstrar* que se han elaborado planes de prevención de riesgos, que sus instalaciones presentan un nivel de seguridad fiable y que se han elaborado planes de emergencia interior. Creo que en esa norma está inspirada en el principio de cautela en el sentido de que se ha invertido la carga de la prueba, es decir, es el industrial interesado en obtener las pertinentes autorizaciones administrativas quien debe demostrar que los riesgos inherentes a su actividad se han reducido al mínimo posible; no es la Administración quien debe demostrar el riesgo para denegar la autorización.

Por otro lado, ese mismo artículo 9 en su apartado 8 advierte que esos informes de seguridad deberán ser revisados periódicamente, y en cualquier caso a petición de la autoridad competente, cuando esté justificado por nuevos datos o con el fin de tener en cuenta los nuevos conocimientos técnicos sobre seguridad. Vemos aquí un nuevo ejemplo de la revisión de decisiones que materializa el principio de cautela.

Finalmente en el Derecho español cabe citar el RD 363/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre notificación de

³² BOE n.º 172, de 20 de julio de 1999.

sustancias nuevas y clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas.

4. CONCLUSIONES

La comprensión del Derecho ambiental exige tener en cuenta sus principios inspiradores: los ya conocidos principios «quien contamina paga», y el de prevención, y también el principio de cautela, todavía en fase de configuración pero ya con perfiles propios, y con un potencial capaz de superar en influencia a los dos anteriores, incluso a extra muros del Derecho ambiental.

El principio de prevención se aplica en aquellos casos en que se conoce con certeza el daño que la actividad humana va a producir en el medio ambiente. El hombre se siente seguro de sus conocimientos científicos y técnicos, de manera que con el fin de evitar en lo posible esos daños que sabe que sobrevendrán adopta ciertas medidas: obliga a la elaboración de evaluaciones de impacto ambiental, a utilizar la mejor tecnología disponible, y fija umbrales de prevención más allá de los cuales sabe que la naturaleza no puede absorber o diluir la contaminación derivada de la actividad humana. Este principio, cuyo origen sitúan muchos autores en el arbitraje del caso *Trail Smelter* (1941) adquirió plena carta de naturaleza en el principio 21 de la Declaración de Estocolmo (1972) y en el principio número dos de la Declaración de Río (1992). Se recoge así mismo en el artículo 174.2 TCE redactado por el Tratado de Maastricht (1993), y ha dado lugar a una amplia legislación en materia de Evaluaciones de Impacto Ambiental.

En ámbito del principio de cautela el hombre se siente inseguro frente a las consecuencias de sus actuaciones: teme producir daños irreversibles, o que sólo se perciban a largo plazo en la naturaleza. Esta inseguridad le aconseja abstenerse de actuar, o al menos exigir a los interesados que demuestren la inocuidad de la acción que se proponen (p. ej. comercializar un nuevo producto) dando así lugar a una inversión de la carga de la prueba para obtener una autorización administrativa; asimismo, el principio de cautela permite a las Autoridades revisar sus decisiones en función de los avances científicos y técnicos. Con origen en el *Vorsorgeprinzip* del Derecho alemán, las líneas maestras del principio de cautela se encontraban en la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, y en algunos Tratados pesqueros celebrados entre los países ribereños del Mar del Norte, pero su reconocimiento pleno se halla en el principio número quince de la Declaración de Río de 1992. Como ejemplos de plasmación normativa de este principio cabe citar el reciente Reglamento 1946/2003, del Parla-

mento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2003, relativo al movimiento transfronterizo de organismos modificados genéticamente. En el Derecho español cabe citar el RD 363/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre notificación de sustancias nuevas y clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas. También puede citar el RD 1954/1999, de 16 de julio, por el que se aprueban medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas.

BIBLIOGRAFÍA

- Betancor Rodríguez, Andrés. *Instituciones de Derecho ambiental*. Madrid: La Ley, 2001, XVII, 1517 p.
- European Environment Agency. *Late lessons from early warnings: the precautionary principle 1896-2000. Environmental Issue Report n.º 22*. Luxemburgo: Office for Official Publications of the European Communities, 2001, 210 p.
- Kiss, Alexander Charles. *Los principios generales del Derecho del medio ambiente*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1975, 118 p. (Col.: Cuadernos de la Cátedra J. B. Scott de la Universidad de Valladolid).
- Krämer, Ludwig. *ECC Treaty and environmental protection*. Londres: Sweet and Maxwell, 1990, 116 p.
- Jaquenod de Zsögön, Silvia. *El Derecho ambiental y sus principios rectores*. Madrid: Dykinson, 1991, 525 p.
- Jiménez de Parga y Maseda, Patricia. *El principio de prevención en el Derecho Internacional del Medio Ambiente*. Madrid: La Ley, 2001, 208 p.
- Legislación Sobre Medio Ambiente*. 10.ª ed. Madrid: Civitas, 2003, 1148 p.
- Martín Mateo, Ramón. *Tratado de Derecho ambiental*. Madrid: Trivium, 1991, vol. 1, XVII, 501 p.
- Sadeleer, Nicolas de. *Environmental Principles. From political slogans to legal rules*. Oxford (Reino Unido): Oxford University Press, 2002, 433 p.

A) El marco competencial

La Comunidad de Madrid, con competencia exclusiva en materia de urbanismo de conformidad con lo establecido en el artículo 26.1.4. del Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, aborda la regulación del urbanismo de una manera completa con la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid (en adelante, LSCM).

Publicada en el «Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid» n.º 177, de 27 de julio de 2001. La modificación posterior Ley 14/2001, de 26 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, introduce en el Capítulo XI modificaciones en la LSCM, consistentes, según el Preámbulo de la misma, «en realizar correcciones terminológicas, introduciendo, asimismo, otras de carácter técnico para reordenar correctamente determinados apartados».

LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA DEL SUELO NO URBANIZABLE DE PROTECCIÓN EN LA LEY DEL SUELO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

POR

JOSÉ ANTONIO DOMÍNGUEZ LUIS

DOCTOR EN DERECHO

LETRADO DEL TRIBUNAL SUPREMO

PROFESOR ASOCIADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

SUMARIO: I. LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA EN LA LEY DEL SUELO DE LA COMUNIDAD DE MADRID: A) El marco competencial. B) La ordenación urbanística y el principio de desarrollo sostenible. II EL CONTENIDO URBANÍSTICO DEL DERECHO DE PROPIEDAD DEL SUELO. III LA CLASIFICACIÓN DEL SUELO: A) La clasificación del suelo en la legislación estatal: el suelo no urbanizable. B) La clasificación del suelo en la LSCM: el suelo no urbanizable de protección. IV LA DELIMITACIÓN DEL SUELO NO URBANIZABLE DE PROTECCIÓN. V RÉGIMEN URBANÍSTICO DEL SUELO NO URBANIZABLE DE PROTECCIÓN: A) Derechos del propietario. B) Las actuaciones sujetas a calificación urbanística. b.1) Objeto. b.2.) Competencia y procedimiento. b.3) Efectos. C) Deberes del propietario. VI. LA PROTECCIÓN URBANÍSTICA DEL SUELO NO URBANIZABLE DE PROTECCIÓN: INFRACCIONES Y SANCIONES.

I. LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA EN LA LEY DEL SUELO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

A) El marco competencial

La Comunidad de Madrid, con competencia exclusiva en materia de urbanismo de conformidad con lo establecido en el artículo 26.1.4. del Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, aborda la regulación del urbanismo de una manera completa con la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid (en adelante, LSCM)¹.

¹ Publicada en el «Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid» n.º 177, de 27 de julio de 2001. La inminentemente posterior Ley 14/2001, de 26 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, introduce en el Capítulo XI modificaciones en la LSCM, consistentes, según el Preámbulo de la misma, «en realizar correcciones terminológicas, introduciendo, asimismo, otras de carácter técnico para reordenar correctamente determinados apartados

Con anterioridad, el ejercicio de esta potestad legislativa autonómica ha dado lugar a una serie de normas que, como pone de manifiesto la doctrina², abordaban esta materia de una manera incompleta y fragmentada, a saber: la Ley 4/1984, de 18 de febrero, de Medidas de Disciplina Urbanística; a la que siguió la Ley 10/1984, de 30 de mayo, de Ordenación Territorial; la Ley 8/1985, de 4 de diciembre, por la que quedaban sin aplicación las Delimitaciones de Suelo Urbano reguladas por el Real Decreto-Ley 16/1981; la Ley 9/1985, de 4 de diciembre, Especial para el Tratamiento de Actuaciones Urbanísticas Ilegales; la Ley 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo y, por último, la Ley 20/1997, de 15 de julio, de Medidas Urgentes en Materia de Suelo y Urbanismo³.

Sin duda, la normativa autonómica constituye la pieza fundamental de la ordenación territorial y urbanística, pues no en vano en relación con esta materia las Comunidades Autónomas protagonizan un papel capital en el ejercicio de competencias, tanto en la vertiente de competencia normativa (potestades legislativa y reglamentaria) como en la de competencia de ejecución, si bien esta última función, por lo que se refiere concretamente al ámbito del urbanismo, corresponde fundamentalmente a la instancia municipal⁴. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta también la legislación estatal-general, la otra pieza del orden jurídico relevante en esta materia que permite definir el marco garantizador del engarce de dicho ordenamiento autonómico en el respeto al bloque de la constitucionalidad⁵.

o dar una nueva redacción a los mismos que, sin producir modificación sustancial alguna, sin embargo, evite interpretaciones distintas a las que pretende dar la Ley aprobada». A este respecto, y no sin criticar el reiterativo recurso del legislador a las denominadas «leyes de acompañamiento», ARÉVALO GUTIÉRREZ explica que la celeridad del proceso de tramitación parlamentaria y el «esnobismo» terminológico utilizado por los redactores de la Ley del Suelo respecto de conceptos y técnicas urbanísticas tradicionales «comportaron, como no podía ser de otra forma y no obstante los improbables esfuerzos realizados por todos los actores durante el desarrollo de los trabajos parlamentarios, que el tenor literal de la LSM adoleciera de determinadas incorrecciones o ambigüedades, origen de diversos problemas de interpretación en absoluto despreciables en algún extremo», tratándose con la inmediata posterior reforma de paliar algunos de esos problemas («La configuración jurídica del derecho de propiedad del suelo. Clasificación, categorización y calificación del suelo», en «Derecho Urbanístico de la Comunidad de Madrid», dirigida por E. SÁNCHEZ GOYANES, El Consultor, Madrid, 2002, p. 58).

² Véase SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL: «Régimen urbanístico del suelo», en *Comentarios a la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid*, dirigida por el mismo, Lex Nova, Madrid, 2002, p. 24.

³ Un análisis de las bases de este proceso de evolución normativa en ARÉVALO GUTIÉRREZ, «La configuración jurídica...», en *Derecho Urbanístico...*, op. cit., pp. 41 y ss.

⁴ AROZAMENA SIERRA, JERÓNIMO: «Constitución, Urbanismo y Derecho de Propiedad», en *Urbanismo*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1992, p. 10.

⁵ PAREJO ALFONSO, LUCIANO: «El ordenamiento autonómico de la ordenación territorial y urbanística» en *Derecho urbanístico de la Comunidad de Madrid*, obra colectiva dirigida por el mismo, Marcial Pons-Instituto Pascual Madoz del Territorio, Urbanismo y

En el Preámbulo de la LSCM se reconoce que «El ordenamiento jurídico urbanístico aplicable en el ámbito de la Comunidad de Madrid se encuentra integrado por una pluralidad de normas estatales, entre otras, los preceptos del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 no declarados inconstitucionales, el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 y sus Reglamentos de desarrollo, aplicables con carácter supletorio, los preceptos de aplicación del Real Decreto-Ley 16/1981, la Ley 6/1998 y el Real Decreto-ley 4/2000, y de normas autonómicas, preceptos de aplicación de la Ley 4/1984, Ley 9/1995 y Ley 20/1997».

En este punto, no parece necesario insistir en la repercusión alcanzada en el panorama urbanístico por la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo⁶, recaída en recursos de inconstitucionalidad contra la Ley 8/1990, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo y el propio Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992, la cual, como ya observó PAREJO ALFONSO⁷, aborda y resuelve exclusivamente una controversia de orden competencial, sin perjuicio de la complejidad de ésta. En efecto, la inconstitucionalidad de los preceptos del Texto Refundido de 1992 no lo fue tanto por razones de contenido material cuanto por razones estrictamente competenciales, en la medida en que la regulación de tales contenidos materiales compete, según la meritada sentencia, a la instancia autonómica y no a la estatal, dejando a salvo, por supuesto, aquellas materias que entran dentro de la competencia estatal, por cuya razón parte del articulado del Texto Refundido de 1992 no fue afectado por la declaración de incons-

Medio Ambiente, Madrid, 2001, p. 115. Véase también del mismo autor, «La capacidad autonómica de establecimiento de una ordenación urbanística propia en el marco de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 166, 1999, pp. 17 y ss. Por su parte, SÁNCHEZ MORÓN observa que las novedades sustantivas o de fondo de la LSCM no son muchas, si bien algunas de importancia, y ello porque la capacidad innovativa de las Comunidades Autónomas está muy condicionada por el modelo de la legislación estatal, a título de legislación plena o básica («Principios generales» en *Comentarios...*, op. cit., p. 25).

⁶ Sobre la incidencia de la STC 61/1997 en el marco de la distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas sobre el régimen del suelo puede verse DOMÍNGUEZ LUIS, JOSÉ ANTONIO: «Consideraciones en torno a la STC 61/1997 y el Proyecto de Ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones», *Boletín de Urbanismo, Praxis*, n.º de 5 enero de 1998, pp. 48 y ss. y bibliografía allí citada. También, el posterior «Acercas de la STC 164/2001, de 11 de julio, sobre la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones de 13 de abril de 1998», *Boletín de Información Urbanística-Boletín de Urbanismo, LA LEY*, n.º 105, octubre 2001, pp. 95 y ss.

⁷ «Comentario de urgencia sobre los pronunciamientos básicos de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo; en particular, la regla de la supletoriedad del derecho general-estatal», *Actualidad Administrativa (La Ley)*, 1997-2, pp. 572-573. Es ilustrativo el análisis del autor sobre las dos decisiones fundamentales de la sentencia en relación a dicha controversia competencial: una, la delimitación jurídico-constitucional de la materia «urbanismo» y, otra, el problema de la interpretación de la regla de la supletoriedad del Derecho estatal respecto del propio de las Comunidades Autónomas.

titucionalidad. La referida complejidad está motivada sin duda porque la materia urbanística no es constitucionalmente neutra; por el contrario, se inserta dentro de un orden constitucional sustantivo más amplio concurrendo con otros títulos competenciales, como seguidamente tendremos ocasión de exponer.

Precisamente, en el caso de la Comunidad de Madrid, la mentada Ley 20/1997, de 15 de julio, de Medidas Urgentes en Materia de Suelo y Urbanismo surge como respuesta inmediata al efecto producido por la STC 61/97, que obliga a sumir como legislación propia los aspectos normativos principales del Texto Refundido de la ley estatal de 1992. La justificación de tal medida se encuentra en el Preámbulo de la Ley, que se expresa en los siguientes términos: «La clarificación por Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997 del marco legal general en el que debe inscribirse la legislación urbanística autonómica tiene por consecuencia inevitable también la desaparición, exclusivamente por razón competencial, de las concretas disposiciones del expresado texto legal general-estatal objeto de una declaración de inconstitucionalidad. La aludida Sentencia carece de especial relevancia en el orden de la continuidad del ordenamiento urbanístico y, por tanto, de la seguridad jurídica en los procesos urbanísticos en curso, cuando se proyecta sobre disposiciones dictadas para su aplicación como mero Derecho supletorio. Y ello porque son sustituidas sin solución de continuidad por las correspondientes del Real Decreto Legislativo 1346/1976, de 9 de abril, que están hoy vigentes, en virtud de la declaración parcial de inconstitucionalidad de la Disposición Derogatoria del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, efectuada por el fallo pronunciado por el Tribunal Constitucional. No sucede lo mismo cuando la referida Sentencia afecta a las disposiciones de este último Texto Legal general-estatal dictadas con el carácter de normas de aplicación plena o básica».

Y concluye formulando un propósito: «Por su carácter transitorio y su limitado contenido, no prejuzga esta medida legislativa la definitiva política autonómica en materia de urbanismo, cuya formalización legal, además de requerir un estudio que ha de hacerse con el sosiego necesario, parece oportuno que espere a que se despeje definitivamente el horizonte del marco legal general-estatal condicionante. Será entonces el momento de acometer la elaboración del marco legal en materia de urbanismo en la Comunidad de Madrid con vocación de permanencia y con un contenido tan amplio como requiera el ejercicio de las competencias autonómicas plenas en la materia».

Dicho propósito se ha materializado como sabemos en la LSCM, cuyo Preámbulo pone de manifiesto, en la línea de lo considerado, cómo la STC 61/97 «delimita con precisión el ámbito competencial

que corresponde al legislador estatal y a los legisladores autonómicos en materia de urbanismo. La base de la decisión del Tribunal es la inequívoca atribución constitucional y la estatutaria a las Comunidades Autónomas de la competencia exclusiva en esta materia. Así aparece efectivamente recogido en el artículo 26.1.4 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, sobre cuyo alcance no cabe duda alguna ya tras la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional. Corresponde, pues, esta Ley al ejercicio de esta competencia autonómica plena en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda y, por ello, dispone la Comunidad de Madrid de título competencial bastante para regular, como en efecto se hace, la totalidad del régimen jurídico del urbanismo en la Región».

En definitiva, la LSCM se presenta, como su propio nombre indica, como una ley urbanística en sentido estricto, que no comprende la regulación de las medidas de ordenación territorial de ámbito y carácter supramunicipal, no obstante hallarse en su articulado referencias a actuaciones de esta naturaleza⁸, pues no en vano la propia LSCM deja en vigor los títulos II, III y IV de la Ley 9/1995 relativos a la concertación interadministrativa en la gestión de intereses públicos con relevancia territorial, a los planes que definen la ordenación territorial y a las actuaciones de interés regional, respectivamente (Disposición Derogatoria Única, letra b) de la LSCM).

B) La ordenación urbanística y el principio de desarrollo sostenible

Así pues, con esta Ley la Comunidad de Madrid aborda la regulación integral del urbanismo, comenzando por identificar en su artículo 1 el objeto de esa regulación, que no es otro que la ordenación urbanística del suelo en la Comunidad de Madrid, la cual tiene a su vez por objeto la regulación de la utilización del suelo; los procesos de transformación de éste mediante la urbanización, la edificación y la construcción en general o cualquiera de las otras formas previstas en la Ley; y el uso, la explotación, la conservación y la rehabilitación de las obras, los edificios, las construcciones y las instalaciones.

A continuación, la norma subraya la naturaleza de la actividad urbanística como auténtica función pública, cuya titularidad corresponde a las Administraciones Públicas competentes, que la gestionarán y desarrollarán conforme a una equilibrada y equitativa ponderación de los bienes jurídicos relevantes protegidos por la Constitución

⁸ Así lo hace notar SÁNCHEZ MORÓN: «Principios generales», en *Comentarios...*, op. cit., p. 24.

y para la máxima realización posible en cada caso del orden por ésta definido (art. 2).

Así delimitado el objeto de la ordenación urbanística, la LSCM enuncia los principios rectores que han de presidir la misma, a saber:

- los previstos en los artículos 45, 46 y 47 de la Constitución,
- el de subordinación al interés general de toda la riqueza, cualquiera que sea su forma y titularidad, garantizando la utilización sostenible del territorio y la cohesión social,
- los de ejercicio de las potestades administrativas y los derechos subjetivos de forma tempestiva y conforme a las exigencias de la buena fe y de la confianza legítima, que obliga también a los sujetos privados respecto de las Administraciones urbanísticas,
- el de participación ciudadana, en la medida que la formulación, gestión y ejecución de la actividad urbanística ha de emparejarse con la obligación, que se atribuye como es lógico a la Comunidad de Madrid y a los Ayuntamientos, de fomentar e impulsar la participación, así como velar por los derechos de iniciativa e información de los ciudadanos y de las entidades que les representan.

Sobre la base de estos principios, los fines que se asignan a la ordenación urbanística son los siguientes (art. 3.2):

- el uso racional del recurso natural del suelo de acuerdo con las necesidades colectivas, públicas y privadas, presentes y futuras previsibles, y en el marco de la ordenación del territorio;
- la configuración y organización espaciales de la vida individual y social de modo que proporcione a ésta, en condiciones de desarrollo sostenible, el medio ambiente urbano y rural más adecuado para su desenvolvimiento conforme al orden de derechos, intereses, valores y bienes jurídicos reconocidos y protegidos por la Constitución;
- el aseguramiento, en el medio urbano, de la suficiencia y funcionalidad de los espacios, equipamientos, infraestructuras y servicios públicos y sociales en relación con las edificabilidades y los usos restantes; una densidad adecuada al bienestar individual y colectivo; una distribución territorial razonable de los usos y actividades, que permita un desarrollo armónico efectivo de las dimensiones de la vida humana relativas a la residencia, el trabajo, la educación, la cultura, la sanidad, el bienestar social, el ocio y el deporte y evite en todo caso las concentraciones que repercutan negativamente en la funcionalidad de los

- espacios, equipamientos, infraestructuras y servicios públicos y la fluida movilidad y comunicación;
- la preservación de las características de los espacios naturales protegidos y del suelo excluido del proceso de urbanización;
- la protección, rehabilitación y mejora del medio ambiente urbano y rural, así como del patrimonio histórico-artístico, cultural y arquitectónico;
- impedir la especulación con el suelo;
- asegurar siempre la adecuada participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de las Administraciones Públicas;
- la orientación de las actuaciones públicas y privadas en orden a hacer efectivo el derecho de todos a una vivienda digna y adecuada, especialmente mediante la calificación de suelo para viviendas sujetas a algún régimen de protección pública y la constitución de patrimonios públicos de suelo;
- específicamente, por lo que aquí interesa, constituye también una finalidad de la ordenación urbanística la organización en suelo no urbanizable de protección de los usos, las edificaciones, las construcciones y las instalaciones que, excediendo de su utilización y explotación conforme a su naturaleza, sean autorizables en dicho suelo, de modo que contribuya en mayor medida a la preservación de su carácter rural.

Esta base normativa permite concebir la ordenación urbanística como una actividad sujeta a los principios rectores de la política social y económica recogidos en los artículos 45, 46 y 47 de la Constitución, a la par que se hace referencia expresa al artículo 128.1 que establece el principio de subordinación al interés general de toda la riqueza.

Ciertamente, ya desde el Preámbulo de nuestro texto constitucional se proclama la voluntad de promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida y, precisamente, en la órbita de esta aspiración se sitúan los citados preceptos constitucionales que, en esta perspectiva, sientan las bases que han de garantizar el denominado *capital natural*, eso es, aquel de que disponemos los seres humanos en un momento histórico y ha de ser utilizado en beneficio de su calidad de vida⁹.

En primer lugar, el artículo 45 establece el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así

⁹ MONTORO CHINER, MARÍA JESÚS: «El estado ambiental de derecho. Bases constitucionales», en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Tomo III, p. 3.443.

como el deber de conservarlo, proclamando la obligación por parte de los poderes públicos de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales en aras a proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, con apoyo en la solidaridad colectiva, previendo, finalmente un mandato de tutela penal, sin que sea obstáculo para desarrollar una normativa de este carácter en cuanto a la ordenación territorial, por cuanto ya el siguiente precepto establece la obligación institucional de conservar y promover el enriquecimiento del patrimonio de los pueblos de España, con expresa remisión a la tutela penal en cuanto a los atentados que sobre el mismo recaigan.

Tres notas cabe extraer de este precepto, de acuerdo con MONTORO CHINER¹⁰:

- i) la naturaleza subordinada del medio ambiente respecto de otros derechos, en la medida en que aquél ha de ser adecuado para el desarrollo de la persona y los derechos a ésta inherentes;
- ii) la conservación de los recursos naturales para futuras generaciones, consecuencia de la prescripción relativa al uso racional de los mismos y de la solidaridad colectiva; y
- iii) la protección y mejora de la calidad de vida se erige en elemento finalista que inspira el uso racional y permite la vertebración entre medio ambiente y progreso social.

El contenido normativo del precepto examinado guarda estrecha relación con las disposiciones del artículo 47 del Texto Constitucional que proclama el derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada, así como la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación, sin que puedan pasar inadvertidos los puntos de conexión entre ordenación del territorio, medio ambiente y patrimonio histórico, cultural y artístico, y así lo puso de manifiesto el Tribunal Supremo en la sentencia de 14 de junio de 1989 al señalar que el urbanismo constituye uno de los diversos subsistemas que integran el sistema jurídico —y físico— del medio ambiente.

Precisamente, el mandato ínsito en este precepto dirigido a los poderes públicos para hacer efectivo el mentado derecho a la vivienda, apodera a éstos para establecer el marco normativo pertinente para la

¹⁰ Ídem, p. 3.440.

ordenación urbanística del suelo, engarzando de esta manera con la concepción del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 de la CE) y la necesidad de garantizar la igualdad real y efectiva de los individuos (art. 9.2 de la CE)¹¹.

Por su parte, el artículo 46 de la Constitución se refiere a la actuación de los poderes públicos en el ámbito de la cultura¹², entendida ésta como conjunto de bienes que incorporan una referencia a la historia de la civilización (bienes de interés arqueológico, histórico, artístico, ambiental o paisajístico, documental, bibliográfico, etc., en suma, todos cuantos constituyen testimonio material de los valores de la civilización)¹³ y que ha experimentado una transformación claramente perceptible en los últimos tiempos, superando ya su tradicional dimensión individualista, expresiva de las potencialidades superiores del hombre, para, trascendiendo los contornos estrictos de la persona, adquirir una eficacia social al implicar a todos los elementos individuales que integran la sociedad, actuando como medio de transformación y perfeccionamiento de la condición de estos últimos en cuanto miembros activos de la comunidad.

En este contexto cabe hablar del patrimonio cultural como elemento representativo de la identidad propiamente subjetiva y social del individuo, ya que es en el seno mismo de la sociedad donde el hombre —elemento constitutivo de ésta— adquiere la capacitación que ha de modelar y, asimismo, facilitar el libre desarrollo de su total personalidad. Tal es el dinamismo y la amplitud del concepto de cultura que se propone que perfectamente podemos hoy referirnos a la misma como forma de vida, englobando de este modo sectores cada vez más extensos del campo social y, por ende, de la actividad de los individuos: pensemos que tanto la economía en general como la política social, o la educación, o el urbanismo constituyen hoy en día factores determinativos del comportamiento social comprendidos en el abierto espacio cultural.

La conjunción de estos tres preceptos constitucionales (arts. 45, 46 y 47) al servicio del objetivo que, como sabemos, revela el Preámbulo de la Norma Fundamental en orden a asegurar a todos una

¹¹ AROZAMENA SIERRA, *Constitución, Urbanismo...*, op. cit., p. 19.

¹² Sobre el tratamiento constitucional de la cultura véase PRIETO DE PEDRO, J.: *Cultura, culturas y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales-Cortes Generales, Madrid, 1993. También RUIZ ROBLEDO, AGUSTÍN: «La Constitución cultural española», *La LEY*, 1999, tomo 2.

¹³ Concepto manejado por la Comisión Franceschini en el informe presentado en 1966 sobre los bienes culturales, documento orientador de la ulterior política italiana sobre protección del patrimonio histórico-artístico y que se recoge en GARCÍA DE ENTERRÍA, «Consideraciones sobre una nueva legislación del patrimonio artístico, histórico y cultural», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 39, 1983, p. 582.

digna calidad de vida, permite vislumbrar, en cuanto dichos postulados constitucionales tienen proyección en el urbanismo, un propósito enderezado a la consecución de un *desarrollo urbanístico sostenible*¹⁴.

En efecto, la vinculación de la actividad urbanística con los citados preceptos constitucionales proyecta el engarce del urbanismo con el principio jurídico de *desarrollo sostenible*¹⁵, expresión esta última que, como recuerda MENÉNDEZ REXACH¹⁶, aparece por vez primera en el informe que bajo el título «Nuestro Futuro Común» fue elaborado por la Comisión Mundial del Medio Ambiente y de Desarrollo¹⁷ y que fue adoptada finalmente en la Conferencia de las Naciones Unidas

¹⁴ MENÉNDEZ REXACH, ÁNGEL: «Urbanismo sostenible, clasificación del suelo y criterios indemnizatorios: estado de la cuestión y algunas propuestas», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 200, 2003, p. 349. No obstante, lamenta el autor que la jurisprudencia constitucional no haya elaborado una construcción sustantiva y no meramente competencial del significado de los mandatos contenidos en los citados preceptos constitucionales y, sobre todo, de su interrelación, si bien justifica esa carencia en el hecho de que dicha jurisprudencia seguramente no ha tenido ocasión de abordar frontalmente el problema (p. 351).

¹⁵ Comienza a ser abundante la bibliografía sobre este nuevo principio jurídico y su implicación en la definición de las políticas públicas con el mismo relacionadas, pudiendo destacarse, entre otros, los siguientes trabajos: ALLENDA LANDA, J.: *Medio ambiente, ordenación del territorio y sostenibilidad*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000; MONTES PONCE DE LEÓN, J.: *Medio ambiente y desarrollo sostenible*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2001; AA.VV.: *Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente* (Dirigida por PIÑAR MAÑAS, J.L.), Civitas, 2002; y GUTIÉRREZ-CORTINES CORRAL, C.: *Desarrollo sostenible y patrimonio histórico y natural: una nueva mirada hacia la renovación del pasado*, Fundación Marcelino Botín, Santander, 2002. Afirma PIÑAR MAÑAS que el principio de desarrollo sostenible se ha convertido actualmente en un verdadero principio general del derecho, aplicable e invocable, erigiéndose en título habilitante para que las Administraciones Públicas ejerzan potestades de control e inspección «El desarrollo sostenible como principio jurídico», en *Desarrollo sostenible y protección...*, op. cit., p. 29.

¹⁶ *Urbanismo sostenible...*, op. cit., pp. 343-344.

¹⁷ Conocida como Comisión Brundtland. El mentado informe surgido de ésta es conocido también como «Informe Brundtland», en honor de Gro Harlem Brundtland, política y médico noruega que dirigió dicha Comisión (Véase PIÑAR MAÑAS, op. cit., p. 23). En la Unión Europea también es perceptible la preocupación por garantizar un desarrollo sostenible y buena muestra son los artículos 2 y 6 del TCE en su versión consolidada tras el Tratado de Amsterdam. El primero de ellos sitúa entre los objetivos de la Comunidad la promoción de un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas, así como la consecución de un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida. Por su parte, el artículo 6 alude al fomento del desarrollo sostenible como exigencia de las políticas y acciones de la Comunidad. En este contexto se sitúa también el Quinto Programa de Acción Comunitaria en materia de Medio Ambiente «Hacia un Desarrollo Sostenible» (1993-2000), en el marco del Programa Comunitario de política y actuación en materia de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. También cabe citar la Comunicación de la Comisión, de 15 de mayo de 2001, Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor: estrategia de la Unión Europea en favor del desarrollo sostenible (Propuesta de la Comisión para el Consejo Europeo de Gotemburgo), que señala como objetivo establecer una estrategia a largo plazo que combine las políticas para el desarrollo sostenible desde el punto de vista medioambiental, económico y social.

sobre el mismo tema, celebrada en Río de Janeiro en 1992. Como explicita el autor, la expresión desarrollo sostenible no es huera o meramente retórica, sino que refleja una compromiso de actuación que exige, entre otras demandas, un replanteamiento de las relaciones del hombre con el entorno en que vive, al punto de mudar muchos de los comportamientos vigentes y hacer que el desarrollo económico, verdadero impulsor de la mejora de la calidad de vida, resulte compatible con la protección de los recursos naturales.

En este orden de ideas, el concepto de territorio, desde su particular tratamiento constitucional (arts. 45, 47 y 148.1.3º), no puede contemplarse en un sentido reduccionista como equivalente únicamente a suelo, sino que el término tiene una dimensión mucho más amplia comprendiendo el conjunto de los recursos naturales que integran el medio vital del hombre¹⁸. En este sentido, como ha puesto de relieve la doctrina¹⁹, la expresión francesa «aménagement du territoire» ha sido incorrectamente traducida entre nosotros como «ordenación del territorio», restringiendo de esta manera el más amplio significado de aquélla, el cual, no obstante su difícil delimitación semántica²⁰, puede reconducirse a la idea de una valoración (planificación) del espacio o del territorio desde una perspectiva de política económica, en atención a múltiples enfoques (geográficos, económicos, físicos) y aglutinador de las modernas tendencias (calidad de vida, protección de la naturaleza, medio ambiente, etc.) y que se plasma en un objetivo de integración de la sociedad en ese espacio físico determinando los lugares y las condiciones de establecimiento más favorables para las actividades sociales, los medios de comunicación y los espacios residenciales²¹.

¹⁸ Como señala PAREJO ALFONSO, la referencia que hace el artículo 47 de la CE al suelo no lo es en cuanto cosa definida en sentido jurídico-civil (cosa apropiable como tal), ni tampoco la suma de las cosas denominadas por el Código civil *tierras*; es más bien un nombre genérico con el que se alude a una realidad global, un recurso natural, que, como tal, está en la disposición primaria de la comunidad política organizada por la propia norma fundamental, precisamente para que ordene su utilización conforme a las disposiciones de ésta (*Reivindicación del urbanismo. Liberalización del suelo al servicio del interés general*, Instituto Pascual Madoz, Universidad Carlos III, Madrid, 1997, p. 12).

¹⁹ PAREJO ALFONSO, LUCIANO: «Ordenación del territorio y medio ambiente», *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 146, enero-febr. 1996, p. 154. Por su parte, BASSOLS COMA, citando a LAUBADERE, subraya la modernidad de la expresión francesa observando que la misma era desconocida con anterioridad a la Segunda Guerra Mundial «Ordenación del territorio y medio ambiente: aspectos jurídicos», *Revista Española de Administración Pública*, núm. 95, 1981, p. 46, nota núm. 12).

²⁰ Una exposición ilustrativa acerca del tratamiento doctrinal del concepto «ordenación del territorio» en ÁVILA ORIVE, JOSÉ LUIS: *La ordenación del territorio en el País Vasco: análisis, ejercicio y delimitación competencial*, IVAP-Civitas, Madrid, 1993, pp. 30 y ss. y bibliografía allí citada.

²¹ BASSOLS COMA, *Ordenación del territorio...*, op. cit., p. 47.

Precisamente, la Carta Europea de Ordenación del Territorio²² se refiere a la ordenación del territorio como la expresión física o espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de toda sociedad, destacando su naturaleza funcional compleja pero dirigida siempre al desarrollo equilibrado del territorio o, mejor, de la utilización humana de éste, lo que supone, en definitiva, una organización física de todas las actividades humanas, públicas o privadas, según un concepto rector²³.

En este contexto cobra especial importancia la necesaria articulación que ha de establecerse entre la ordenación del territorio y la ordenación urbanística en tanto que instrumentos —territorio y urbanismo— en modo alguno disociados, cuanto, por el contrario, secuencial y gradualmente unidos en la medida en que la ordenación del territorio implica la organización de la utilización del suelo (el gobierno del territorio como recurso natural), es decir, la ordenación de primer grado que se traduce en una función de dirección y fijación del marco del segundo, que expresa una ordenación de segundo grado²⁴.

En efecto, la ordenación del territorio enmarca un conjunto de políticas específicas que inciden sobre el territorio, en los términos que acabamos de exponer recoge la Carta Europea de Ordenación del Territorio. En consecuencia, la ordenación del territorio tiene un contenido amplio que abarca las grandes magnitudes que condicionan la estructura del territorio y que se dirigen, en forma de directrices o criterios directivos, a todas las Administraciones Públicas en posición coordinada. Por su parte, el urbanismo se ubica en un plano inferior a modo de ordenación de la ciudad, implicando un desarrollo territorial del espacio local, con un contenido preciso y vinculante incluso para los particulares; no en vano, afecta directamente al derecho de propiedad privada sobre el suelo.

²² Aprobada por la Conferencia Europea de Ministros de Ordenación del Territorio el 23 de mayo de 1983.

²³ Invocación expresa a dicha Carta Europea que puede contemplarse en la Exposición de Motivos de la Ley 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo de la Comunidad de Madrid. Definición amplia de territorio en los términos expresados en la Carta Europea que es reflejo de la representación de ese mismo territorio como dimensión espacial de toda actividad, pública o privada (PAREJO ALFONSO: *Ordenación del territorio...*, op. cit., p. 154). Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 de julio, se refiere precisamente a la amplitud del concepto «ordenación del territorio» que establece la Carta Europea en orden a la delimitación competencial de la materia, debiéndose tomar en cuenta a tal efecto, la incidencia territorial de todas las actuaciones de los poderes públicos, a fin de garantizar de ese modo el mejor uso de los recursos del suelo y del subsuelo, del aire y del agua y el equilibrio entre las distintas partes del territorio mismo.

²⁴ En este sentido, PAREJO ALFONSO: *Ordenación del territorio...*, op. cit., p. 160.

II. EL CONTENIDO URBANÍSTICO DEL DERECHO DE PROPIEDAD DEL SUELO

Con carácter general, el contenido urbanístico del derecho de propiedad del suelo viene delimitado por los siguientes factores, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 de la LSCM:

- en primer lugar, por el cumplimiento de la función social de la propiedad, que a su vez delimita el contenido de las facultades urbanísticas susceptibles de adquisición y condiciona su ejercicio; facultades que integran los derechos y los deberes de la propiedad del suelo resultan de su clasificación y, en su caso, calificación urbanística;
- en segundo lugar, el cumplimiento de los deberes es condición previa para el ejercicio de las facultades urbanísticas que se definen y regulan en la presente Ley. Tanto el cumplimiento de los deberes como el ejercicio de las facultades del derecho de propiedad deberán producirse en los términos dispuestos por esta Ley y, en virtud de la misma, por el planeamiento general, con arreglo al régimen de gestión de la actividad de ejecución por éste determinada;
- la clasificación urbanística, la categoría del suelo y la calificación urbanística vinculan los terrenos, las construcciones y las edificaciones a los correspondientes destinos y usos y definen la función social de los mismos, completando la delimitación del contenido del derecho de propiedad;
- la utilización del suelo, y en especial su urbanización y edificación, deberá producirse en la forma y con las limitaciones que la legislación de ordenación territorial y urbanística establezcan, de conformidad con la clasificación urbanística de los predios.

Como ha precisado PAREJO ALFONSO, el régimen del suelo constituye un auténtico estatuto de la propiedad inmobiliaria, independientemente de su titular y de la voluntad del mismo²⁵, que convierte a la propiedad privada más en una situación jurídica que en un derecho subjetivo, en donde confluyen un ámbito de poder —el haz de facultades, o derecho subjetivo de propiedad— y un ámbito de responsabilidad —núcleo de deberes del propietario, con su correspondiente sanción en caso de incumplimiento. Y el instrumento capital que ha de expresar la voluntad comunitaria de configuración de espa-

²⁵ *Derecho urbanístico: Instituciones básicas.*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1986, p. 101.

cios racionales habitables en colectividad es el planeamiento urbanístico, que traduce la ordenación territorial como factor de integración racionalizadora de todas las actividades públicas y privadas en su repercusión física; la constitucionalización de su valor preferente frente a la lógica sectorial de dichas actividades y reafirma dicha ordenación territorial como función pública en el nuevo Estado social y democrático de Derecho²⁶.

La planificación se erige de esta manera, en cuanto forma específica de manifestación de voluntad y de actuación estatales, en la proyección sobre el derecho de propiedad de ese tránsito desde el Estado liberal al Estado social, es decir, el proceso de expansión e intensificación de la acción estatal en la vida social, la aparición y desarrollo de la Administración Pública providente y prestadora de servicios, creándose una verdadera función pública urbanística que integra la *publicatio* del ámbito determinado por la transformación y utilización del suelo más allá del goce y disfrute según sus utilidades naturales²⁷ y que es concedido al derecho de propiedad por la ordenación urbanística.

Se experimenta así el fenómeno de la disociación entre el *ius aedificandi* y los demás usos transformativos no propiamente edificatorios y la titularidad dominical, en el sentido de que aquel derecho no dimana de esta titularidad, sino de una atribución pública de ordenación del suelo, atribución que determina, además, la medida concreta en que ese derecho queda reconocido.

Ello ha provocado la quiebra total que en la actualidad se ha producido en la concepción de la propiedad instalada en el Código Civil,

²⁶ PAREJO ALFONSO, L.: «El urbanismo ante el Derecho», *Revista de Derecho Urbanístico* núm. 71, 1981, pp. 50 y 52.

²⁷ PAREJO ALFONSO: *Derecho Urbanístico*, op. cit., pp. 221 y ss. Sobre este punto insiste el autor destacando la configuración del contenido del derecho de propiedad, en referencia al aprovechamiento urbanístico del suelo, como una resultante de la decisión pública ínsita en la ordenación urbanística. De suerte que se ha experimentado una auténtica *publicatio* del urbanismo, fácilmente observable desde 1956, «pasando de ser la suma aleatoria de las decisiones espontáneas de los diversos titulares del suelo a ser una decisión de la organización colectiva correspondiente, convirtiéndose, así, en una estricta función pública». De este modo, añade el autor, «es la ordenación urbanística (como función pública) la que define (...) el estatuto del derecho de propiedad, confiriendo a éste determinados contenidos». Y todo ello, como así se ha enmarcado, por efecto del nuevo modelo de Estado configurado al amparo del artículo 1.1 de la CE, definiéndolo como «Estado social y democrático de Derecho», lo que comporta «la opción (resultante de la calificación de social) en favor del moderno Estado surgido ya decididamente tras la Segunda Guerra Mundial que, sin renunciar a la conquista histórica del Estado o del poder público por el Derecho, asume un relevante protagonismo en la vida de la sociedad y, por tanto, una responsabilidad de primera magnitud en la satisfacción de las necesidades y en la consecución de los objetivos sociales» (*Régimen urbanístico de la propiedad y responsabilidad patrimonial de la Administración*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982, pp. 27-31 y 46-47).

de suerte que la propiedad no es pues ya un derecho natural previo a la ley, según la concepción clásica del liberalismo, sino un derecho que ésta reconoce, delimita y configura, señalando sus límites, concretando su contenido. De aquí que la operación llevada a cabo por el planeamiento sobre la propiedad no es la de imposición de limitaciones, como era el sistema propio del Código Civil, sino la limitación y configuración de aquel derecho. Es el plan el que determina en cada caso cuáles son las facultades del propietario, porque es éste el instrumento por el que dichas facultades se asignan positivamente²⁸.

Singularmente, la función social de la propiedad y el estatuto jurídico aplicable a cada una de las clases de suelo previstas en la Ley delimitan singularmente el contenido del derecho de propiedad al punto de que dicho contenido no obedece ya únicamente a los intereses del propietario, sino también a los intereses de la colectividad, de suerte que la concreción de la función social de la propiedad de los distintos bienes se produce por la ley y por la secuencia de reglamentos, planes y actos administrativos de aplicación, originando lo que doctrinalmente se denomina el régimen administrativo de la propiedad privada o, también, la propiedad vinculada o estatutaria²⁹.

Esta nueva configuración del derecho de propiedad se asienta en el principio de la funcionalidad social³⁰ del mismo como elemento esencial para la delimitación de su contenido urbanístico. En efecto, como claramente percibe PAREJO ALFONSO³¹ la propiedad no tanto tiene, sirve, desarrolla o cumple una función social cuanto que es en sí misma una función social, en la medida en que la situación jurídica que representa supone una confluencia de facultades y de deberes inordinados no sólo al interés del titular, sino a otros intereses igualmente dignos de tutela. Resulta así que la propiedad inmobiliaria es un bien privado de interés público, por lo que el contenido del derecho de dominio que sobre ella recae es atribuido positivamente por la ordenación urbanística, que constituye la interpretación de aquel interés público.

En este contexto, se significa que la determinación de la naturaleza de los elementos componentes del contenido del derecho de propiedad no es posible hacerla a partir de la perspectiva del interés pri-

²⁸ MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO: «El planeamiento urbanístico», en *Tratado de Derecho Municipal*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 1.730 y 1.732.

²⁹ LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO: «La intervención administrativa sobre la propiedad agraria», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Bosch, Barcelona, 1992, vol. I, p. 523.

³⁰ Véase sobre el tema DOMÍNGUEZ LUIS, JOSÉ ANTONIO: «Sobre la funcionalización del derecho de propiedad», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, n.º 5, 1999, pp. 41 y siguientes.

³¹ *Derecho Urbanístico...*, op. cit., pp. 100-102.

vado del titular de dicho derecho, sino precisamente desde el punto de vista del interés público que está en la base de la fijación de aquel contenido. De aquí que, como señala NATOLI³², tanto el límite como la carga y el deber tienen una misma función: constituir la concomitante tutela de un interés diverso del propietario. En definitiva, es esta identificación entre regulación urbanística del derecho de propiedad y función social de esta última la que garantiza la constitucionalidad de la regulación, sustitutiva de la tradicional consagrada en la legislación civil, pues conforme al artículo 33.2 de la vigente Constitución es la función social la que delimita, de acuerdo con las Leyes, el contenido del derecho de propiedad.

Con todo, ya en la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones (en adelante LRSV) puede observarse una cierta matización del concepto de función social subyacente en la Ley 8/90 y en el Texto Refundido 1/92, textos normativos estos en los que las facultades urbanísticas del derecho de propiedad no pertenecen desde su origen al propietario del suelo, sino que las mismas se obtienen a través de la gradual adquisición de facultades urbanísticas (derecho a urbanizar, derecho al aprovechamiento urbanístico, derecho a edificar y derecho a la edificación). Ahora, en cambio, las facultades urbanísticas se integran desde su origen en el contenido del derecho de propiedad del suelo, de suerte que el cumplimiento de los deberes legalmente impuestos permite alcanzar no ya dicho contenido (la adquisición de las correspondientes facultades urbanísticas), sino la posibilidad de su ejercicio, lo que implica una transformación esencial de los derechos del propietario del suelo³³.

Así lo entiende también la LSCM cuyo artículo 11 contempla las facultades urbanísticas como inherentes al derecho de propiedad en el sentido de que, con carácter general, los derechos que integran la propiedad del suelo están representados por «las facultades reales y actuales de uso, disfrute y explotación normales del bien a tenor de su situación, características objetivas y destino, conformes o, en todo caso, no incompatibles ni contradictorios con la legislación administrativa que sea de aplicación y, en particular, de la ordenación del territorio y la ordenación urbanística», facultades urbanísticas del derecho de propiedad que en todo caso «se ejercerán dentro de

³² Citado por PAREJO ALFONSO, *Ibidem*.

³³ SANTOS y CASTELAO: *Derecho urbanístico (Manual para Juristas y Técnicos)*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2001, p. 44. Ahora bien, como precisan los autores, la desaparición de esa «gradual adquisición de facultades urbanísticas» no significa que en el itinerario del proceso de urbanización no hayan de seguirse necesariamente una etapas: así, urbanizar, edificar y edificación.

los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en las Leyes y en el planeamiento urbanístico».

Paralelamente a este haz de facultades se establecen también una serie de deberes generales de la propiedad del suelo que constituyen el factor condicionante para el ejercicio del derecho de propiedad y que aparecen enunciados de manera pormenorizada en el artículo 12 de la LSCM en los siguientes términos:

- destinar el suelo al uso previsto por la ordenación urbanística, levantando, en su caso, las cargas impuestas por ésta;
- conservar y mantener el suelo natural y, en su caso, su masa vegetal en las condiciones precisas para minimizar riesgos de erosión o incendio, o que afecten a la seguridad o salud pública, o que puedan producir daños o perjuicios a terceros o al interés general, incluido el ambiental. Este deber incluye, asimismo, el de usar y explotar el suelo de forma que no se produzca contaminación indebida de la tierra, el agua y el aire, ni tengan lugar emisiones ilegítimas en bienes de terceros;
- realizar las reforestaciones y los trabajos y obras de defensa del suelo y su vegetación que sean necesarios para mantener el equilibrio ecológico, minimizar los procesos erosivos, impedir la contaminación indebida del suelo y prevenir desastres naturales. En particular, proceder a la reposición de la vegetación en toda la superficie que la haya perdido como consecuencia de incendio, desastre natural o acción humana no debidamente autorizada, en la forma y condiciones prevenidas en la legislación correspondiente y en los planes y programas aprobados conforme a la misma;
- respetar las limitaciones que deriven de la colindancia con bienes que tengan la condición de dominio público natural, en los que estén establecidos obras o servicios públicos o en cuyo vuelo o subsuelo existan recursos naturales sujetos a explotación regulada;
- cumplir los planes y programas sectoriales aprobados conforme a la legislación administrativa reguladora de las actividades de reforestación antes mencionadas, así como los aprobados para la protección de los espacios naturales, la flora y la fauna;
- permitir la realización por la Administración Pública competente de los trabajos de restauración o mejora ambiental que sean necesarios;
- respetar las limitaciones que para la utilización urbanística del suelo supone la determinación de superficies mínimas y características de unidades aptas para la edificación;

- conservar las edificaciones, las construcciones y las instalaciones existentes de modo que cumplan en todo momento los requerimientos mínimos exigibles para la autorización de su uso, procediendo a las obras y los trabajos de mantenimiento, reparación, saneamiento y, en su caso, rehabilitación, quedando sujetos igualmente al cumplimiento de las normas sobre protección de los patrimonios arquitectónicos y arqueológicos;
- solicitar y obtener en la forma dispuesta en la presente Ley las autorizaciones administrativas preceptivas para cualquier acto de transformación o uso del suelo, natural o construido.

III. LA CLASIFICACIÓN DEL SUELO

A) La clasificación del suelo en la legislación estatal: el suelo no urbanizable

La referencia específica a la normativa estatal en esta materia es indefectible pues el carácter de legislación básica que la misma ostenta lo es conforme a lo dispuesto en la Disposición Final Única de la LRSV que ha derogado los preceptos del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 declarados inconstitucionales por la STC 61/1997, de 20 de marzo. Hay que insistir nuevamente en que la norma estatal tiene por objeto definir el contenido básico del derecho de propiedad regulando las condiciones básicas que aseguren la igualdad esencial en su ejercicio en todo el territorio nacional³⁴. Así, la citada STC 61/97 declara explícitamente la competencia del Estado para la clasificación del suelo por ser presupuesto para la determinación del contenido del derecho de propiedad urbana³⁵. En consecuencia, la regulación contenida en la LRSV prefigura las bases del sistema clasificatorio del suelo en virtud de lo prevenido en los artículos 149.1.1, 13, 18 y 23.

La clasificación del suelo se erige de este modo en elemento básico del contenido de la propiedad urbanística en la medida que señala las posibilidades de desarrollo urbanístico de los terrenos que se incluyen en cada uno de los «compartimentos estancos» en que dicha

³⁴ Observa no obstante PAREJO ALFONSO que la regulación contenida en la LRSV a propósito de la clasificación del suelo difícilmente representa una regulación verdaderamente básica y menos aún que se limite a la definición de condiciones básicas para la garantía de la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad del suelo, sino que, por el contrario, al regular todas las decisiones de la clasificación excluye en la práctica la intervención de la legislación autonómica en la materia (*El ordenamiento autonómico de la ordenación territorial...*, op. cit., pp. 118-119).

³⁵ Véase al efecto el Fundamento Jurídico número 14 de la meritada sentencia.

clasificación divide el territorio³⁶, o dicho en otros términos, la clasificación del suelo constituye una técnica para la diversificación del régimen urbanístico del suelo a través de su división en clases por razón del destino urbanístico fundamental del mismo.

Así se establecía ya en los artículos 76 y 87.1 de la Ley del Suelo de 1976, reiterándose posteriormente en los artículos 2 de la Ley del Suelo de 1990 y 8 del TRLS de 1992: en todos ellos la clasificación del suelo se presenta como determinante de su régimen jurídico³⁷ pues, no en vano, su utilización y, especialmente, su urbanización y edificación debe producirse de acuerdo con la forma y las limitaciones establecidas en la ley y en planeamiento urbanístico, siempre «de conformidad con la clasificación y calificación urbanística de los predios», siendo competencia del Estado la regulación de dicha clasificación³⁸, precisamente por tratarse de un presupuesto para la determinación del contenido del derecho de propiedad urbana³⁹.

³⁶ SANTOS y CASTELAO, *Derecho urbanístico...*, op. cit. 336.

³⁷ GONZÁLEZ SALINAS, J.: «Régimen jurídico de la propiedad del suelo», en *Tratado de Derecho Municipal* (dirigido por S. MUÑOZ MACHADO), Civitas, Madrid, 1988, tomo II, p. 1.806.

³⁸ Eso sí, siempre que a tal efecto se entienda que los conceptos clasificatorios son instrumentales y al servicio de las condiciones básicas del derecho de propiedad urbana y sin que en ningún momento quepa inferir de los mismos una concreta configuración o desarrollo de un modelo urbanístico específico que vulnere las competencias urbanísticas de las Comunidades Autónomas, tal como tiene declarado la STC 61/97 al señalar que «No ha de olvidarse, en efecto, que las condiciones básicas a que se refiere el artículo 149.1.1 CE expresan en última instancia una cierta concepción del derecho de propiedad que, por lo que aquí interesa, se resuelve en la determinación, con carácter meramente instrumental y como presupuesto mismo de la propiedad urbana, de las diversas clases de suelo. Bajo este perfil, el artículo 9.1 TRLS dispone tan sólo la existencia de tres supuestos básicos por relación con el derecho de propiedad urbana, a fin de distinguir otros tantos regímenes jurídicos fundamentales: suelo en el que no puede darse esta forma de propiedad (delimitación negativa); suelo en el que sí puede establecerse y, por tanto, se encuentra abierto a un proceso de adquisición; y, en fin, suelo en el que ya se ha consolidado su existencia. Estas hipótesis, por lo demás, no son sino consecuencia necesaria del carácter artificial de esta manifestación del dominio, en cuanto producto histórico del hombre, con las peculiaridades que ello entraña. En efecto, el régimen jurídico de la propiedad del suelo, desde la perspectiva urbanizadora (exclusión; proceso de creación; régimen de consolidación), plantea problemas específicos, que pueden requerir un tratamiento jurídico también propio, según el supuesto de que se trate. La mera distinción operada por el precepto es, pues, compatible con el orden constitucional de distribución de competencias» (FJ 15.a).

³⁹ En este sentido, razona la STC 61/97 que «el art. 3.2, c) TRLS admite una diversa clasificación del suelo por parte del legislador autonómico, aunque exige equivalencia en las clasificaciones, dado que, como alega el Abogado del Estado, tal equivalencia es condición básica para la igualdad en los derechos y deberes inherentes a la propiedad urbanística (artículo 149.1.1 CE). Lo que el precepto establece, en efecto, no es más que el presupuesto de la misma propiedad del suelo, fijando tres posibles clasificaciones, de las que se derivar un régimen jurídico también distinto. Sin esta clasificación previa que, como hemos afirmado, encaja en el artículo 149.1.1 CE, no sería posible regular condición básica alguna del ejercicio del derecho de propiedad urbana que aquel precepto reserva al Estado, puesto que constituye la premisa, a partir de la cual se fijan tales condiciones básicas. Cabe añadir que la citada clasificación constituye también el presupuesto lógico-jurídico para la aplicación del entero sistema de valoraciones a efectos indemnizatorios, por lo que entron-

La alusión al instrumento de la clasificación del suelo como presupuesto mismo de las condiciones básicas del derecho de propiedad urbana lo encontramos en la Exposición de Motivos de la LRSV y, en concreto, en el artículo 2 de la misma, que reproduce básicamente lo dispuesto en los artículos anteriormente citados de las Leyes del Suelo de 1976, 1990 y 1992. Sin olvidar que ya la LS de 1956 se refería, también en su Exposición de Motivos, al esencial papel llamado a desempeñar por la clasificación del suelo como elemento configurador del estatuto jurídico del suelo y, consecuentemente, de las facultades dominicales que sobre el mismo pueden ser ejercidas por sus titulares⁴⁰.

La clasificación urbanística de los predios implica, como declara la STS de 23 de diciembre de 1995, «la atribución de una determinada calidad que opera como presupuesto desencadenante de la aplicación del estatuto jurídico correspondiente, el carácter estatutario del derecho de propiedad inmobiliaria cuyo contenido será, en cada momento, el que deriva de la ordenación urbanística». Su finalidad no es otra pues que, de una parte, señalar las posibilidades de desarrollo urbanístico de los terrenos incluidos en cada una de esas clases o la negación de dichas posibilidades y, de otra parte, conformar el régimen jurídico singular de cada clase de suelo a la vez que se establecen diferentes derechos y deberes entre los propietarios de cada una de ellas⁴¹.

Con base en la doctrina sentada por la STC 61/97, el legislador estatal regula esta materia en el artículo 7 de la LRSV distinguiendo entre «suelo urbano, urbanizable y no urbanizable o clases equivalentes reguladas por la legislación urbanística»⁴². Se hace notar que el

ca con la determinación del presupuesto de hecho que permita el ejercicio de la competencia estatal en la materia (artículo 149.1.1 CE). Ha de rechazarse, en consecuencia, la impugnación dirigida contra el artículo 3.2, c) TRLS en cuanto que esta clasificación no implica la prefiguración por el legislador estatal de modelo urbanístico alguno, pues el único contenido imperativo del precepto consiste en deferir al titular de la potestad de planeamiento la división del ámbito territorial municipal en todas o algunas de las siguientes hipótesis básicas: suelo consolidado urbanísticamente, suelo apto para el proceso urbanizador y suelo preservado de tal proceso; supuestos básicos a los solos efectos de anudar determinadas facultades dominicales y unos criterios de valoración a su vez básicos del derecho de propiedad urbana. Como luego habrá ocasión de explicitar respecto del artículo 9.1 TRLS, la referencia a tales categorías no puede implicar la predeterminación de un concreto modelo urbanístico y territorial. En virtud de cuanto antecede, debe afirmarse que el precepto impugnado tiene su apoyo en el artículo 149.1.1 de la Constitución Española (FJ 14.b). Sobre el tema véase DE ASÍS ROIG, A.E.: «El artículo 149.1.1 de la Constitución como fundamento de la intervención del Estado en materia urbanística», *Actualidad Administrativa*, n.º 29, 1997, pp. 522 y ss.

⁴⁰ QUINTANA LÓPEZ, T.: «Las clases de suelo», en *Derecho urbanístico. Estatal y autonómico* (coord. por QUINTANA LÓPEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 193.

⁴¹ SANTOS DíEZ, R. Y CASTELAO RODRÍGUEZ, J.: *Derecho Urbanístico...*, op. cit., p. 335.

⁴² Precepto que ha sido declarado constitucional por la reciente STC 164/2001, de 11 de julio, partiendo precisamente de la doctrina expresada en la STC 61/97 al insistir en que la cla-

precepto introduce una novedad en relación con sus precedentes normativos de semejante contenido⁴³, a saber: no hace alusión al planeamiento general como instrumento delimitador de las clases de suelo, siendo así que una de las determinaciones⁴⁴ tradicionales de aquél es la de la clasificación (división) del suelo a efectos de su posible urbanización, constituyendo por lo demás una de las incidencias más notables de dicho instrumento urbanístico en el derecho de propiedad privada, cuya concepción liberal como derecho potencialmente absoluto y abstracto quiebra para ser ahora la ley —urbanística por más señas— la que establezca los presupuestos básicos de la regulación de este derecho, encomendando al plan la concreción detallada de las determinaciones del estatuto de la propiedad urbana, al punto que si con arreglo al Código Civil era factible que el propietario pudiera decidir la conversión del suelo rústico en urbano, esta operación ahora sólo es posible con la intervención mediadora del plan⁴⁵.

Pues bien, no obstante esa omisión al planeamiento en el precepto de referencia, ha de entenderse que aquél sigue ocupando el centro del sistema de clasificación tripartita del suelo, pues mantiene ésta entre sus principales determinaciones⁴⁶, si bien ahora crecen las posibilidades que ostentan las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias urbanísticas, para la determinación de los instrumentos de clasificación del suelo a partir de los tipos básicos fijados por el legislador estatal⁴⁷.

Dicho esto, en relación con el suelo no urbanizable la LRSV ha introducido novedades respecto de la regulación preexistente. Así, el artículo 80 de la LS de 1976 señalaba que el suelo no urbanizable estaba constituido por los terrenos que el Plan no incluya en alguno de los otros tipos de suelo regulados por la propia ley, esto es: suelo

sificación tripartita del suelo «tiene perfecto encaje en la competencia del Estado ex artículo 149.1.1 CE», habida cuenta «su carácter instrumental respecto de la regulación de las condiciones básicas de ejercicio del derecho de propiedad urbana». De ahí la constitucionalidad del precepto en cuestión, pues de dicha clasificación no puede «deducirse la prefiguración por el legislador estatal de un concreto modelo urbanístico»; antes al contrario, «en nada limita la competencia de las Comunidades Autónomas para fijar y regular, a efectos de planificación o gestión, otras clasificaciones de suelo distintas y superpuestas a las anteriores» (FJ 12).

⁴³ Por ejemplo, el artículo 9.1 del TRLS de 1992 comenzaba diciendo que «El planeamiento clasificará el territorio en todas o algunas de las siguientes clases...».

⁴⁴ Sobre la distinción entre *determinaciones* y *documentos* de los planes de urbanismo ya presente en la LS de 1976, véase MUÑOZ MACHADO, S.: «EL planeamiento urbanístico», en *Tratado de Derecho Municipal*, op. cit., II, p. 1.721.

⁴⁵ Ídem, p. 1.730 y ss.

⁴⁶ Como señala GONZÁLEZ PÉREZ, «es el Plan el que define el destino del terreno, el que divide el territorio en zonas y determina el destino de cada una, el que delimita los perímetros de las zonas y la reglamentación del uso de cada una de ellas» (*Comentarios a la Ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones (Ley 6/1998, de 13 de abril)*, Civitas, Madrid, 1998, p. 134).

⁴⁷ QUINTANA LÓPEZ, op. cit., p. 198.

urbano y suelo urbanizable. En el mismo sentido se expresaba el artículo 12 del TRLS de 1992, declarado inconstitucional y nulo por la STC 61/97. Regulación ésta que claramente constituía una clasificación residual —discrecional para la Administración competente en materia de planeamiento conforme a un criterio simplemente voluntarista— de esta clase de suelo, si bien con referencia a la categoría del denominado suelo no urbanizable común⁴⁸, pues por lo que se refiere a la otra categoría de suelo no urbanizable de especial protección, su definición era de carácter reglado y positiva en función de la concurrencia de las circunstancias o razones objetivas legalmente previstas para su protección o defensa⁴⁹, condicionando en este caso la potestad de planeamiento porque en tales casos dichos espacios necesariamente debían ser incluidos por el plan en la clase de suelo no urbanizable⁵⁰.

Ahora la LRSV ha invertido el tratamiento y es el suelo urbanizable el que aparece configurado como suelo de carácter residual (art. 10). Por el contrario, como ha destacado la doctrina⁵¹, la definición del suelo no urbanizable en la LRSV es de carácter positivo⁵² y reglado, referido al suelo excluido del proceso urbanizador⁵³ por razones expresamente fijadas por la norma. Concretamente, el artículo 9 LRSV señala que «tendrán la condición de suelo no urbanizable, a los efectos de esta Ley, los terrenos en que concurren alguna de las circunstancias siguientes:

⁴⁸ Es decir, aquel «residuo» del suelo que no había sido clasificado como urbano, urbanizable o no urbanizable de especial protección (SANTOS y CASTELAO, *Derecho urbanístico...*, op. cit., 360).

⁴⁹ Artículo 80,b) de la LS de 1976: «excepcional valor agrícola, forestal o ganadero, de las posibilidades de explotación de sus recursos naturales, de sus valores paisajísticos, históricos o culturales o para la defensa de la fauna, la flora o el equilibrio ecológico».

⁵⁰ Vid. GONZÁLEZ SALINAS, *Régimen jurídico de la propiedad*, op. cit., p. 1.812.

⁵¹ PAREJO ALFONSO, L.: «La capacidad autonómica de establecimiento de una ordenación urbanística propia en el marco de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 166, 1999, pp. 51.

⁵² Precisamente el nuevo tratamiento legal de esta clase de suelo abonaría la opción por la denominación de *rústico* en lugar de la de *no urbanizable*, teniendo en cuenta el abandono de su carácter residual y negativo por una nueva configuración positiva. Éste es el criterio seguido por la Ley 9/1999, de 13 de mayo, de Ordenación del Territorio de Canarias, cuyo artículo 49 clasifica el suelo en: urbano, urbanizable y rústico (art. 49); la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, cuyo artículo 44 también clasifica el suelo en urbano, urbanizable y rústico y, finalmente, la Ley 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo de Galicia amplía la tradicional tripartición clasificatoria distinguiendo los siguientes tipos de suelo: suelo urbano, de núcleo rural, urbanizable y rústico.

⁵³ Sobre el tema en general, véase nuestro trabajo «El suelo excluido del proceso urbanizador: regulación en el nuevo marco competencial», *Boletín de Urbanismo Praxis*, n.º de 5 de octubre de 1999, pp. 228 y ss.

a) que deban incluirse en esta clase por estar sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación de acuerdo con los planes de ordenación territorial o la legislación sectorial, en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos naturales acreditados en el planeamiento sectorial, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público;

b) que el planeamiento general considere necesario preservar por los valores a que se ha hecho referencia en el punto anterior, por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales, así como aquellos otros que considere inadecuados para un desarrollo urbano.

Así pues, la regulación contenida en el artículo 9 LRSV responde a una nueva concepción en la que se conjugan dos elementos esenciales: i) la necesidad de respetar una serie de valores incompatibles con la transformación del suelo; y ii) las posibilidades urbanísticas del suelo en cuestión. Y así, podemos decir que el indicado precepto distingue tres clases de suelo no urbanizable:

— suelo sometido a un régimen especial de protección, incompatible con su transformación, por su vinculación a una serie de valores;

— suelo preservado del proceso urbanizador por vinculado a esos mismos valores;

— suelo inadecuado para el desarrollo urbano.

Por tanto, a partir de ahora la condición de suelo no urbanizable ha de venir positivamente delimitado por el planificador en atención a los valores susceptibles de protección de los que sea portador⁵⁴, lo que en definitiva supone un reduccionismo de la habitual discrecionalidad en la clasificación de esta clase de suelo⁵⁵ y, al mismo tiempo, facilita el control jurisdiccional⁵⁶.

En este orden de ideas, ha de tenerse en cuenta que el artículo 9 LRSV fue modificado parcialmente por el artículo 1.1 del Real Decreto-Ley 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización

⁵⁴ En este sentido, QUINTANA LOPEZ, «Las clases de suelo», en *Derecho urbanístico...*, op. cit., p. 202 y SANTOS DÍEZ y CASTELAO RODRÍGUEZ, *Derecho urbanístico...*, op. cit., p. 361.

⁵⁵ Cfr., por todas, SSTS de 22 de mayo de 1995 y 17 de junio de 1997.

⁵⁶ Así lo entiende GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley sobre Régimen...*, op. cit., p. 166.

en el Sector Inmobiliario y Transportes, que suprime llanamente el último inciso del párrafo 2: «así como aquellos otros que considere inadecuados para un desarrollo urbano». De esta manera se subrayaba el carácter reglado de esta clase de suelo, en la que únicamente tenían cabida los terrenos en los que concurrían alguna de las circunstancias o supuestos enumerados de manera tasada y cerrada en dicho artículo 9, no cupiendo por tanto resquicio alguno para otorgar discrecionalmente esta categoría de suelo, de donde resultaba que todo el suelo restante, residualmente, habría de ser urbanizable.

Empero, constatada la inoperatividad de la reforma legal en el objetivo esencial de flexibilización y liberalización del mercado del suelo, salvada la constitucionalidad del artículo 9 de la LRSV en su redacción originaria por la STC 164/2001, de 11 de julio⁵⁷, pero sobre todo, atendiendo a la reacción crítica de las Administraciones autonómicas y local expresadas en las Conferencias Sectoriales sobre Suelo

⁵⁷ Dos son los argumentos que utiliza la sentencia para defender dicha constitucionalidad: i) los criterios de clasificación contenidos en el artículo 9 de la LRSV (incompatibilidad e inadecuación para el desarrollo urbano) permiten un amplio margen de regulación para cada Comunidad Autónoma; y ii) el listado de valores y fines que incluye dicho precepto en orden a la determinación de regímenes especiales de protección no tiene carácter restrictivo, sino meramente ejemplificativo: corresponde al titular de cada competencia —Estado o Comunidad Autónoma— a quien corresponda identificar y valorar la importancia de un fin o valor para establecer un régimen especial de protección. En concreto, la meritada sentencia declara que: «Al tiempo de tramitarse los presentes recursos, el artículo 9 LRSV ha sido modificado parcialmente por el artículo 1.1 del Real Decreto-Ley 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes, que suprime llanamente el último inciso del párrafo 2.º («así como aquellos otros que considere inadecuados para un desarrollo urbano»). Esta modificación normativa no supone la pérdida de objeto de la impugnación, en lo referido al artículo 9.2 LRSV. A esta conclusión se llega siguiendo los criterios que, en relación con la derogación de preceptos legales impugnados por motivos competenciales, hemos expuesto de forma sintética y sistemática en la STC 233/1999, de 16 de diciembre, sobre la Ley de Haciendas Locales, FJ 3. Por un lado, no se puede excluir «a priori» la eficacia futura del artículo 9.2 LRSV (en la redacción de la Ley 6/1998) conforme a lo dispuesto en las Disposiciones Transitorias 2 y 3 LRSV. Por otro lado, la controversia competencial de fondo permanece, pese a la modificación parcial del artículo 9.2 LRSV: lo cuestionado en relación con el artículo 9.2 LRSV (en la redacción de 1998) era la competencia del Estado a la hora de fijar criterios sobre clasificación del suelo como no urbanizable, reproche éste que es referible por igual a las dos redacciones, la pasada y la presente, del artículo 9.2 LRSV. Dada, pues, la permanencia de la controversia competencial, debemos considerar que también pervive la «vindicatio potestatis» que se nos plantea. El precepto impugnado, en su redacción de 1998, establece, en síntesis, dos criterios directos para la clasificación del suelo como no urbanizable: que el suelo sea incompatible con la transformación y que sea inadecuado para un desarrollo urbano. Estos dos criterios mínimos o elementales de clasificación sirven así como criterios mínimos de igualación de todos los propietarios de suelo. Tal fin igualador atrae en principio la regulación del artículo 9 LRSV a la esfera competencial del Estado ex artículo 149.1.1 CE. Mas queda aún por precisar si con esta regulación instrumental se incide de forma ilegítima en las competencias urbanísticas de las Comunidades Autónomas. A este respecto debemos adelantar que la suma de los dos criterios de clasificación contenidos en el artículo 9 LRSV (incompatibilidad e inadecuación para el desarrollo urbano) permite identificar un amplio margen de regulación para cada Comunidad Autónoma, y de ahí la conformidad constitucional del artículo 9 LRSV».

y Vivienda⁵⁸ ante lo que suponía un evidente recorte en sus competencias introducido por el Real Decreto-Ley 4/2000, de 23 de julio, se aprueba la Ley estatal 10/2003, de 20 de mayo, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario, que vuelve a dar una nueva redacción al apartado 2 del precepto en cuestión, que presenta ahora el siguiente tenor: «2. Que el planeamiento general considere necesario preservar los valores a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, por su valor agrícola, forestal, ganadero, o por sus riquezas naturales, así como aquellos otros que considere inadecuados para el desarrollo urbano, bien por imperativo del principio de utilización racional de los recursos naturales, o bien de acuerdo con criterios objetivos de carácter territorial o urbanístico establecidos por la normativa urbanística»⁵⁹.

En consecuencia, se reintroduce el criterio de la inadecuación de los terrenos para el desarrollo urbanístico como pauta a seguir por el planificador urbanístico en orden a la clasificación de esos terrenos inadecuados para dicho fin como suelo no urbanizable, si bien ahora esa inadecuación debe responder a las exigencias derivadas de la utilización racional de los recursos naturales o a los criterios establecidos por las Comunidades Autónomas, a las que se reconoce un amplio margen de opción para establecer reglas de clasificación del suelo no urbanizable en los términos ya reseñados en la STC 164/2001⁶⁰.

Por su parte, SÁNCHEZ GOYANES considera que la reforma legal ha propiciado que reaparezca expresamente para el planificador urbanístico —y, antes, para el legislador autonómico—, la posibilidad de configurar una modalidad de suelo no urbanizable de carácter común o genérico, en que no haya ningún valor específico a proteger⁶¹.

B) La clasificación del suelo en la LSCM: el suelo no urbanizable de protección

Habida cuenta el ya conocido carácter básico de la LRSV sobre la materia, la regulación que contempla la LSCM al respecto no se apar-

⁵⁸ Concretamente, es en la Conferencia Sectorial sobre Suelo y Vivienda de 19 de septiembre de 2000 y en las posteriores de 17 de diciembre de 2002 y 22 de enero de 2003 donde se fraguan los acuerdos que habrían de converger la nueva disposición legal (SANZ GANDÁSEGUI, F.: «Diagnóstico y situación de la legislación urbanística estatal», en *Derecho y Urbanismo: principios e instituciones comunes*, Cuadernos de Derecho Judicial, X-2003, p. 39).

⁵⁹ En cursiva el nuevo párrafo que introduce la Ley 10/2003.

⁶⁰ QUINTANA LÓPEZ, TOMÁS: «El régimen jurídico básico de la propiedad inmobiliaria. Las clases de suelo», en *Derecho y Urbanismo: principios...*, op. cit., p. 107.

⁶¹ «La reintroducción del suelo no urbanizable común como categoría urbanística y otros aspectos de la Ley estatal 10/2003, de 20 de mayo», *Práctica Urbanística LA LEY*, n.º 19, 2003, especialmente p. 19.

ta en lo sustancial de aquélla: la regulación autonómica no hace sino precisar algunos aspectos de esa regulación estatal.⁶²

Así, el artículo 13 de la LSCM distingue entre clases y categorías de suelo. Las primeras, delimitadas por el planeamiento municipal, son:

- a) Suelo urbano.
- b) Suelo urbanizable.
- c) Suelo no urbanizable de protección.

El contenido de este precepto pareciera diferir del correspondiente de la LRSV, concretamente el artículo 7 de ésta ya examinado; sin embargo, la diferencia sólo alcanza a la denominación del suelo no urbanizable, que en la ley autonómica añade el calificativo «de protección»⁶³, lo que si bien supone no distinguir las dos categorías de suelo no urbanizable que contempla la ley estatal ya conocidas —el suelo no urbanizable «común» (art. 9.2^a) y el suelo no urbanizable de especial protección (art. 9.1^a)—, lo que permite afirmar que la LSCM rompe con esta ya tradicional distinción⁶⁴ al considerar que todo el suelo no urbanizable es «de protección», sin embargo, esta nota diferencial es perfectamente compatible con el tenor del referido artículo 7 de la LRSV que, recordemos, tras enunciar la clásica clasificación tripartita admite «clases equivalentes reguladas por la legislación urbanística»⁶⁵.

En cambio, como se apuntaba anteriormente, el citado precepto autonómico sí difiere de su equivalente de la LRSV al aludir expresamente al planeamiento general municipal como instrumento delimitador de las clases de suelo. En este sentido, el artículo 41.1 de la LSCM atribuye a los Planes Generales⁶⁶ la formulación de las políti-

⁶² SÁNCHEZ MORÓN: «Régimen urbanístico del suelo», en *Comentarios a la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid*, op. cit., p. 38.

⁶³ Cuestión esta que «no es puramente semántica», ídem, p. 44.

⁶⁴ Distinción que encontramos aún en el artículo 1.2 de la Ley 9/95 de la Comunidad de Madrid.

⁶⁵ Así se expresa también ARÉVALO GUTIÉRREZ: «La configuración jurídica...», en *Derecho urbanístico...*, op. cit., p. 99.

⁶⁶ Las determinaciones que establecen esta clase de instrumentos de planeamiento general, junto con las de los demás instrumentos de planeamiento, integran el contenido de la ordenación urbanística municipal (art. 34.1 y 2.a) de la LSCM. En este punto hay que subrayar que la LSCM presenta al Plan General como el único instrumento de ordenación urbanística integral de todo el término municipal, independientemente de la configuración y extensión espacial de éste, prescindiéndose por tanto de la figura de las Normas Subsidiarias como instrumento de planeamiento general municipal, así como de cualquier otro instrumento específico de clasificación del suelo, como es el caso de los Proyectos de Delimitación del Suelo Urbano contemplados en el TRLS de 1976 y en el TRLS de 1992 (Vid. PORTO REY, ENRIQUE: «El Plan General», en *Derecho urbanístico de la Comunidad de Madrid*, El Consultor, op. cit., p. 323).

cas urbanísticas municipales de conformidad con el planeamiento territorial y, en concreto, establecer la clasificación del suelo, a cuyo efecto, en relación con el suelo no urbanizable de protección, dicho instrumento básico del planeamiento urbanístico general habrá de preservar esta clase de suelo de su posible transformación mediante la urbanización y de su deterioro o degradación en cualquier otra forma [artículo 41.3.b)].

Además, ha de tenerse presente la existencia de las denominadas *determinaciones legales* de la ordenación urbanística, es decir, aquellas normas contenidas en la legislación urbanística que establecen prescripciones sobre el uso del suelo o de las construcciones y son directamente aplicables exista o no planeamiento, imponiéndose en su caso a las determinaciones de éste (art. 30.1 LSCM). En este orden de cosas, los actos de uso, urbanización, instalación, construcción y edificación del suelo deben respetar, entre otras reglas, las relativas al régimen urbanístico del suelo, la adaptación al ambiente en que se sitúen o emplacen, la armonización con los bienes declarados de interés cultural y la conservación de la armonía del paisaje urbano y rural tradicional [art. 30.2.a), d) y e) de la LSCM].

Por otra parte, el apartado 2 del artículo 13 de la LSCM prevé la capacidad del planeamiento territorial para clasificar directamente terrenos, con plena y directa eficacia, cuando así lo contemple expresamente la Ley de Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid⁶⁷, resultando esta clasificación vinculante en todo caso para el planeamiento urbanístico.

Además, el citado precepto distingue, dentro de cada clase de suelo, categorías primarias⁶⁸ y, en su caso, secundarias: las primeras sirven para precisar el régimen propio de la clase de suelo correspondiente; las segundas, complementan, cuando proceda, las prescripciones de aquéllas. La categorización del suelo constituye un elemento importante para la determinación del contenido urbanístico del derecho de propiedad del suelo, como establece el artículo 9 de la LSCM anteriormente examinado.

⁶⁷ Considera ARÉVALO GUTIÉRREZ, no sin benevolencia, que esta prescripción «no deja de resultar curiosa», y ello porque se remite expresamente «a una concreta norma jurídica *in fieri*, que no existe ni siquiera en fase de Proyecto de Ley formalizado». Ahora bien, observa el autor que la ya conocida vigencia de los Títulos II, III y IV de la Ley 9/95, de Medidas de Política Territorial, Suelo y urbanismo de la Comunidad de Madrid *ex* Disposición Derogatoria Única, letra b), de la LSCM, habilita la posibilidad de que los instrumentos de ordenación territorial que en aquélla se contemplan puedan proceder a la clasificación del suelo («La configuración jurídica...», en *Derecho Urbanístico...*, pp. 100-101).

⁶⁸ Por ejemplo, el artículo 14.2 de la LSCM distingue, dentro del suelo urbano, las categorías primarias de suelo urbano consolidado y no consolidado; en tanto que el artículo 15.2 lo hace, en relación con el suelo urbanizable, en suelo urbanizable sectorizado y no sectorizado.

Finalmente ha de tenerse en cuenta el régimen transitorio sobre régimen urbanístico del suelo previsto en la LSCM, según el cual: i) al suelo urbanizable no programado y al suelo no urbanizable común se les aplicará el régimen establecido en esta Ley para el suelo urbanizable no sectorizado, prohibiéndose la promoción o aprobación, en todo caso, de Planes de Sectorización en terrenos que, al momento de entrada en vigor de la Ley tengan la clasificación de suelo no urbanizable común, cuando dichos terrenos, de conformidad con la legislación sectorial aplicable, deban estar clasificados como suelo no urbanizable de protección; y ii) al suelo no urbanizable especialmente protegido se le aplicará el régimen establecido en la presente Ley para el suelo no urbanizable de protección⁶⁹.

IV. LA DELIMITACIÓN DEL SUELO NO URBANIZABLE DE PROTECCIÓN

La Ley 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo de la Comunidad de Madrid señalaba en su Exposición de Motivos que «la Ley regula —a partir y en función de determinadas características de los terrenos— los supuestos en que procede la clasificación como suelo no urbanizable, a los efectos justamente de la preservación de aquellas características y, por tanto, de los valores que a través de ellas se manifiestan, sin perjuicio de mantener la cláusula residual referida a todos aquellos que no sean incorporados, cuando menos inmediatamente, al proceso de urbanización y de dejar a salvo la hipótesis de la necesidad del destino de suelo a la realización de obras o infraestructuras o al establecimiento de servicios públicos. Y añade a la tipificación de tales supuestos el deber legal de ponderar la pertinencia, además, de sujetar parte de los terrenos objeto de esta clasificación a un régimen específico de protección y mejora, adecuado desde luego a los valores que en ellos están presentes (especialmente desde el punto de vista de la flora y la fauna)».

Por su parte, la Exposición de Motivos de la LSCM, tras aludir a la Ley 9/1995 como instrumento normativo que «definió el marco específico y necesario de la política territorial y urbanística que las circunstancias y las peculiaridades de la región madrileña demandaban», añadiendo que dicha Ley «no es sólo una Ley Territorial sino también urbanística, en cuanto que regula el régimen urbanístico del suelo no urbanizable», se refiere al suelo no urbanizable de protección como «aquél que tenga algún valor que proteger por estar sometido a

⁶⁹ Disposición Transitoria Primera de la LSCM.

algún régimen especial, de acuerdo con la legislación sectorial o el planeamiento regional territorial, o algún valor que preservar, de conformidad con el planeamiento regional territorial o el planeamiento urbanístico. El planeamiento regional territorial clasificará directamente los terrenos que, en todo caso, deban pertenecer a esta clase de suelo. El establecimiento de dicha categoría encuentra su amparo en el desarrollo del artículo 45 de la Constitución Española que establece el derechos de todos, sin distinciones, a disfrutar de un medio ambiente adecuado, el deber de conservarlo y la obligación de los poderes públicos de velar por la «utilización racional de todos los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva».

Como se ha señalado, el suelo es soporte de vida y junto a esta natural función se apunta otra no necesariamente coincidente: la de ser soporte de las actividades humanas; resultando ya tradicional el protagonismo alcanzado por la función urbanística, expresión típica de aquéllas, frente a la función ambiental que es intrínseca a todos los recursos naturales, incluido por supuesto el suelo⁷⁰. Sin embargo, en el momento presente asistimos a un proceso, si no de inversión de tales planteamientos, sí al menos de profunda modulación de los mismos. En efecto, sin desmerecer la importancia que, ineludiblemente, la función urbanística del suelo aún conserva, se aprecia que el habitual distanciamiento de ésta con la natural función ambiental se ha visto notoriamente reducido por mor de la creciente sensibilización, que encuentra su expresión en los cada vez más numerosos foros internacionales, hacia la necesidad de proteger los espacios naturales, de recuperar el equilibrio frente al desaforado crecimiento en un nuevo contexto conocido como *desarrollo sostenible*, concepto al que hemos tenido ocasión de acercarnos páginas atrás.

En sentido amplio, el suelo no urbanizable es aquél no apto para su urbanización, especialmente protegido o preservado del procedo de desarrollo urbano y, en su caso, también edificatorio, por razones expresamente señaladas⁷¹. Se subraya así la protección frente al desarrollo urbanístico de esta clase de suelo, consecuente por lo demás con su propia denominación —no urbanizable— que enfatiza la perspectiva naturalista del mismo, el estado propio, la condición básica de

⁷⁰ BETANCOR RODRÍGUEZ, ANDRÉS: «Régimen urbanístico del suelo no urbanizable de protección», en *Derecho urbanístico de la Comunidad de Madrid* (dirigida por PAREJO ALFONSO), *op. cit.* pp. 369-371.

⁷¹ SANTOS DÍEZ, R. y CASTELAO RODRÍGUEZ, J.: *Derecho Urbanístico...*, *op. cit.*, p. 360.

esta clase de suelo que es precisamente su no integración en proceso urbanizador alguno y que tiende a la satisfacción de un doble fin:

- i) una finalidad de carácter originario, que se integra por funciones tradicionalmente inherentes a esta clase de suelo, como son la agrícola, la forestal o la pecuaria; y
- ii) una finalidad de carácter derivado que agrupa las diferentes realidades socio-económicas que tienen su asiento precisamente en esta clase de suelo: así, el turismo rural, la protección de zonas de alto valor ambiental, etc.⁷².

Presupuesto lo anterior, la LSCM, en el artículo 16, define esta clase de suelo en función de que en el mismo concurren algunas de las circunstancias siguientes:

- a) que deban incluirse en esta clase de suelo por estar sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación de acuerdo con el planeamiento regional territorial o la legislación sectorial, en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos naturales acreditados en el planeamiento sectorial, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público.
- b) que el planeamiento regional territorial⁷³ y el planeamiento urbanístico consideren necesario preservar por los valores a que se ha hecho referencia en el punto anterior, por sus valores agrícolas, forestales, ganaderos o por sus riquezas naturales.

Señala SÁNCHEZ GOYANES⁷⁴ que al promulgarse la LSCM en un momento en que el artículo 9 de la LRSV configuraba, como se ha examinado anteriormente, un suelo no urbanizable reglado, se quiso ajustar estrictamente a dicho precepto, dando lugar a la única ley autonómica que no contempla más supuestos habilitadores para la delimitación de esta clase de suelo que los contemplados en el menta-

⁷² ROZANOS OLIVA, M. J.: «La utilización edificatoria del suelo no urbanizable», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 174, 1999, pp. 94 y 95.

⁷³ Apunta PAREJO ALFONSO que la referencia a esta clase de instrumento de planeamiento constituye una muestra del amplio espacio reservado por la legislación estatal a la autonómica en la determinación de esta clase de suelo, pues en la medida que la LRSV alude a planes de «ordenación del territorio» y no urbanísticos se abre el protagonismo en esta materia al legislador autonómico, merced a la disposición del mismo sobre el sistema de planificación propio de la materia de la ordenación del territorio («El régimen urbanístico de la propiedad inmobiliaria», en *Derecho urbanístico de la Comunidad de Madrid*, *op. cit.*, p. 276).

⁷⁴ «La reintroducción del suelo no urbanizable común...», *op. cit.*, p. 21.

do precepto estatal. No obstante, considera el autor que el nuevo tenor del apartado 2 *in fine* del artículo 9, *ex* Ley 10/2003, se sobrepone directamente a la norma autonómica, por lo que el planificador urbanístico consigue así una ampliación de su margen de actuación más allá de los términos tasados de la ley madrileña.

En consecuencia, teniendo en cuenta además que, como hemos examinado anteriormente, corresponde a las Comunidades Autónomas la definición de las políticas de ordenación territorial y urbanística en el marco de los principios contenidos en los artículos 45, 46 y 47 de la CE, parece obvio que a las mismas compete la posibilidad de establecer criterios adicionales en relación con la clasificación del suelo no urbanizable. En este sentido, la clasificación de esta categoría de suelo por razones de sostenibilidad territorial constituye una realidad emergente en el panorama de la legislación urbanística autonómica más reciente. Tal es el caso, por ejemplo, de la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra, que prevé una subcategoría de suelo no urbanizable el «suelo de salvaguarda del modelo de desarrollo» (art. 94.3)⁷⁵.

Por otra parte, la clasificación directa de los terrenos que, en todo caso, deban pertenecer a esta clase de suelo no urbanizable de protección se encomienda al planeamiento regional territorial, y dicha clasificación será complementada por la que, en su caso, pueda contemplar el planeamiento general (arts. 5.2.2 y 13.2 de la LSCM).

Además, la norma prevé el supuesto de que el suelo así clasificado pierda el valor que dio lugar a su protección por los daños sufridos por el suelo, la vegetación y la fauna y sus hábitats, como consecuencia de incendio o agresión ambiental, sean cuales fueran sus causas, quedando sujetos desde el mismo momento de la producción del daño a restitución medio ambiental. En todo caso, no podrá incluirse este suelo en ninguna otra clase, dentro de los treinta años siguientes al daño sufrido, salvo su previa autorización por Ley aprobada por la Asamblea de Madrid, en la que quede justificada la imposibilidad de dicha restitución medioambiental⁷⁶.

⁷⁵ Una referencia detallada a la incidencia del desarrollo urbanístico sostenible en la clasificación del suelo, singularmente en relación con el suelo no urbanizable, en las distintas legislaciones urbanísticas autonómicas, en MENÉNDEZ REXACH, *Urbanismo sostenible...*, *op. cit.*, pp. 359 y ss.

⁷⁶ Con esta medida se trata de conjurar conductas lamentablemente no infrecuentes en nuestra época que, precisamente, mediante el incendio forestal o la grave degradación del suelo excluido del proceso urbanizador pretendía la integración del mismo en dicho proceso una vez desaparecidos los valores protegibles que determinaban su inclusión en la clase de suelo no urbanizable. De esta manera, incluso con la colaboración de la propia Administración autorizante de esas nuevas utilidades urbanísticas del suelo afectado por el incendio o la agresión ambiental, se admitían tales comportamientos espurios que, en cambio, hoy la legislación urbanística como vemos y la legislación penal misma no amparan.

Por otra parte, como se ha apuntado, la propia normativa sectorial puede establecer la clasificación como no urbanizable de determinados tipos de terrenos. A título ejemplificativo pueden enunciarse los siguientes supuestos:

— La Ley 16/1995, de 4 de mayo, Forestal y de Protección de la Naturaleza, cuyo artículo 6.2 dispone que «En todo caso todo monte o terreno forestal tiene la calificación de suelo no urbanizable, con la protección que en cada caso se establezca en esta Ley, sin perjuicio de los mecanismos que establece la legislación urbanística para los cambios de calificación del suelo».

— La Ley 6/1990, de 10 de mayo, de Declaración del Parque Natural de la Cumbre, Circo y Lagunas de Peñalara dispone que la Zona Periférica de Protección deberá ser clasificada como Suelo No Urbanizable de Especial Protección, la cual se establecerá al amparo del artículo 18 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, y del artículo 4 de la Ley 6/1990, de 10 de mayo, de Declaración del Parque Natural de la Cumbre, Circo y Lagunas de Peñalara.

— El Decreto 265/2001, de 29 de noviembre, que aprueba el Plan de Actuación sobre Humedales Catalogados, establece en el artículo 4.2 que, de conformidad con lo previsto en el artículo 8 de la Ley 7/1990, de Protección de Embalses y Zonas Húmedas, los terrenos que forman un humedal y su zona periférica de 50 metros, medidos a partir del máximo nivel normal de sus aguas, quedan clasificados a todos los efectos como Suelo No Urbanizable de Protección Especial.

— El Decreto 27/1999, de 11 de febrero, que aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Naturales de Parque Regional en torno a ejes de los cursos bajos de los ríos Manzanares y Jarama establece que los terrenos que forman un humedal catalogado y su zona periférica de protección de 50 metros, medidos a partir del límite del máximo nivel normal de sus aguas, quedan clasificados a todos los efectos como Suelo No Urbanizable de Protec-

Véase en este sentido el artículo 335 del Código Penal sobre medidas complementarias a adoptar por Jueces y Tribunales en relación con estas restricciones del uso de las zonas afectadas por incendios. Estas medidas legislativas atienden a la recomendación contenida en la Resolución de 12 de septiembre de 1991 del Parlamento Europeo sobre incendios estivales y la necesidad de establecer una política global de prevención a nivel comunitario. A este respecto, el punto 7 del apartado H de dicha resolución «... pide a los Estados miembros que tomen las medidas necesarias para la lucha contra las diferentes formas de especulación que pueden constituir el origen de los incendios, manteniendo la utilización forestal de las zonas quemadas».

ción Especial, según lo dispuesto en la citada Ley 7/90 (art. 11.7.3).

— La Resolución 17/2003, de 8 de enero, de la Consejería de Medio Ambiente, por la que se da publicidad al Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Parque Natural de la Cumbre, Circo y Lagunas de Peñalara, establece que todo el territorio de la Zona Periférica de Protección tendrá la calificación de Suelo No Urbanizable de Especial Protección en el planeamiento urbanístico de Rascafría, conforme a lo dispuesto en el apartado 2.º del artículo 4 de la Ley 6/1990, de 10 de mayo, de Declaración del Parque Natural de la Cumbre, Circo y Lagunas de Peñalara.

V. RÉGIMEN URBANÍSTICO DEL SUELO NO URBANIZABLE DE PROTECCIÓN

La clasificación del suelo, como ya conocemos, tiene por objeto la división del territorio integrado en el proceso planificador en compartimentos o clases a efectos de, por una lado, señalar las posibilidades de desarrollo urbanístico —o la negación del mismo— de los terrenos incluidos en cada una de esas categorías y, por otro lado, determinar el régimen urbanístico correspondiente según la legislación urbanística y el propio planeamiento urbanístico⁷⁷. Pues bien, ese régimen urbanístico⁷⁸ está integrado por el conjunto de derechos y deberes que se atribuyen al propietario del suelo.

A) Derechos del propietario

El artículo 28 de la LSCM perfila el estatuto del propietario de suelo no urbanizable de protección señalando, en primer lugar, los derechos que le asisten que son, además de los generales ya conocidos que se contemplan en el artículo 11, los siguientes:

— La realización de los actos precisos para la utilización y explotación agrícola, ganadera, forestal, cinegética o análoga a la que

⁷⁷ SANTOS DÍEZ, R. Y CASTELAO RODRÍGUEZ, J.: *Derecho Urbanístico...*, op. cit., p. 336.

⁷⁸ Véase PAREJO ALFONSO, LUCIANO: «El régimen urbanístico del suelo no urbanizable en la Ley valenciana 4/1992, de 4 de junio», *Revista de Derecho Urbanístico*, número 132, Madrid, 1993, pp. 57 y ss.; PAREJA I LOZANO, CARLES: *Régimen del suelo no urbanizable*, Marcial Pons, Madrid, 1990; GUTIÉRREZ COLOMINA, V.: *Régimen jurídico urbanístico del espacio rural*, Montecorvo, Madrid, 1990; y ARGULLOL MURGADAS, E.: «Régimen jurídico del suelo no urbanizable», en *Derecho urbanístico local*, coordinado por BOQUERA OLIVER, J.M., Civitas, Madrid, 1992, pp. 265 y ss. Y DOMÍNGUEZ LUIS, J. A.: *El suelo excluido del proceso urbanizador: regulación en el nuevo marco competencial*, op. cit., pp. 228 y ss.

estén efectivamente destinados conforme a su naturaleza y mediante el empleo de medios técnicos e instalaciones compatibles con la preservación de los valores que motivan su inclusión en esta clase de suelo. Empero, esta facultad comprende sólo los trabajos y las instalaciones que sean indispensables y estén permitidos o, en todo caso, no prohibidos por las ordenaciones territorial y urbanística, debiendo ejecutarse en los términos de éstas y con sujeción, además y, en todo caso, a las limitaciones impuestas por la legislación civil y la administrativa aplicable por razón de la materia.

— La realización de obras, edificaciones y construcciones y el desarrollo de usos y actividades permitidos expresamente por la legislación urbanística mediante calificación urbanística. Se incluyen por tanto en este apartado los supuestos edificatorios que no resultan incompatibles con esta clase de suelo, teniendo en cuenta, además, que la utilización racional de los recursos naturales, que se erige en verdadera categoría funcional de esta clase de suelo, puede exigir en ocasiones la realización de construcciones e incluso viviendas⁷⁹.

— Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 144, el propietario de esta clase de suelo puede alterar la estructura de la propiedad mediante actos de parcelación rústica, eso sí, siempre que las fincas resultantes cumplan las dimensiones y características mínimas fijadas en la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza, siendo necesario para la obtención de la preceptiva licencia urbanística que informe previamente —y no desfavorablemente— la Consejería competente en materia de agricultura.

B) Las actuaciones sujetas a calificación urbanística

b.1.) Objeto

El artículo 29 de la LSCM prevé que en el suelo no urbanizable de protección puedan autorizarse, siempre con carácter excepcional y, en

⁷⁹ En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1991, que se expresa en los siguientes términos: «Aunque la legislación urbanística estatal utiliza una expresión de contenido negativo —suelo no urbanizable— para denominar el tradicionalmente llamado suelo rústico —alguna normativa autonómica, con acierto, conserva esta terminología—, es claro que este suelo tiene una función positiva que hoy aparece recogida en el artículo 5.º de la Ley 8/1990, de 25 de julio sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo y que consiste en su utilización para fines agrícolas, forestales, ganaderos, cinegéticos o más ampliamente en la utilización racional de los recursos naturales. Y esta utilización puede exigir en ocasiones la realización de construcciones e inclu-

todo caso, a través del correspondiente procedimiento de calificación, actuaciones específicas que necesariamente estén previstas en la legislación sectorial y expresamente permitidas por el planeamiento regional territorial o el planeamiento urbanístico.

Además, podrán realizarse e implantarse con las características resultantes de su función propia y de su legislación específicamente reguladora, las obras e instalaciones y los usos requeridos por las infraestructuras y servicios públicos estatales, autonómicos o locales que precisen localizarse en terrenos con esta clasificación, siendo el régimen de aplicación sobre estas actuaciones el mismo que se regula en los artículos 25⁸⁰ y 161⁸¹ de la LSCM.

La calificación urbanística a que acaba de aludirse se inscribe en el marco de la intervención de la Comunidad de Madrid en los actos de uso del suelo y constituye, como dispone el artículo 147 de la LSCM, una actuación de la Administración dirigida a completar el régimen urbanístico definido por el planeamiento general y, en su caso, los planes de desarrollo, complementando la ordenación por éstos establecida, para una o varias parcelas o unidades mínimas, y autorizando, en su caso, un proyecto de edificación o uso del suelo conforme a lo establecido en dicha Ley, cuando estos actos pretendan llevarse a cabo en el suelo no urbanizable de protección (así como en el suelo urbanizable no sectorizado)⁸².

En relación con la calificación urbanística referida al suelo no urbanizable de protección, la LSCM establece unas normas que han de tenerse en cuenta, a saber:

so viviendas: Cuando es así, cuando la propia dinámica de la utilización racional del suelo rústico demanda una construcción, la legislación urbanística ha de permitirla, limitándose a cuidar de que con ella no se desnaturalice dicho suelo, es decir, cuidando de la preservación de éste del proceso de desarrollo urbano».

⁸⁰ Se refiere este precepto a las actuaciones en suelo urbanizable sectorizado que no requieren cambio en la categoría del suelo.

⁸¹ Se refiere este precepto a los actos promovidos por las Administraciones públicas, concretamente los proyectos de obras y servicios públicos y los de construcción y edificación y de uso del suelo, incluidos los de viviendas de promoción pública, que formulen en ejecución de sus políticas regionales la Administración de la Comunidad de Madrid y las entidades por ella creadas, de ella dependientes o adscritas a la misma, y sean urgentes o de excepcional interés público.

⁸² Redacción dada por el artículo 15, dieciséis, de la Ley 14/2001, de 26 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas que, como ya conocemos, modifica parcialmente la LSCM. La redacción original presenta el siguiente tenor: «La calificación urbanística completa el régimen urbanístico definido por el planeamiento general y, en su caso, el o los planes de desarrollo, complementando la ordenación por éstos establecida, para una o varias parcelas o unidades mínimas, y autorizando, en su caso, un proyecto de edificación o uso del suelo conforme a lo establecido en la presente Ley, cuando estos actos pretendan llevarse a cabo en el suelo no urbanizable de protección y en el suelo urbanizable no sectorizado».

— La contenida en el artículo 35.2.d) relativo a las determinaciones estructurantes en suelo no urbanizable de protección. Se entiende por *determinaciones estructurantes* de la ordenación urbanística aquéllas mediante las cuales se define el modelo de ocupación, utilización y preservación del suelo objeto del planeamiento general, así como los elementos fundamentales de la estructura urbana y territorial y de su desarrollo futuro (art. 35.1). Y sin perjuicio de una mayor concreción mediante desarrollos reglamentarios, son, en todo caso, determinaciones estructurantes de la ordenación urbanística, entre otras, el señalamiento de la clasificación y, en su caso, categoría del suelo⁸³ y el régimen de usos del suelo no urbanizable de protección art. [35.2.a) y d)].

— La contenida en el artículo 42.1.c) relativa al contenido sustantivo del Plan General. Este instrumento de planeamiento establecerá sobre la totalidad del término municipal todas las determinaciones estructurantes de la ordenación urbanística que se enumeran y regulan en el Capítulo II del Título II de la LSCM, para lo cual cumplirá, entre otras, la siguiente precisión: el suelo no urbanizable de protección estará dividido en los espacios que, en función de sus características y requerimientos específicos, resulten necesarios a efectos del establecimiento de condiciones diferenciadas de ordenación. A este respecto, se delimitarán específicamente aquellos que hayan de ser el ámbito de un Plan Especial a fin de completar la ordenación urbanística pormenorizada.

— La contenida en el artículo 42.2, según la cual en el suelo no urbanizable de protección el Plan General establecerá, en principio, todas las determinaciones pormenorizadas de la ordenación urbanística necesarias para garantizar su desarrollo equilibrado, integral y sostenible conforme a las características del espacio rural y para preservar los valores que justifican su protección. En especial, añade el precepto, al establecer las determinaciones señaladas en la letra d) del número 4 del artículo 35

⁸³ Llama la atención a PORTO REY que la clasificación y categorización del suelo se consideren una determinación estructurante pues, dice éste, la clasificación del suelo es ahora en la Comunidad de Madrid una actividad reglada por imperativo de lo dispuesto en los artículos 7 a 11 de la LRSV y 13 a 16 de la LSCM, para agregar a continuación que la simple clasificación del suelo no estructura la ordenación urbana municipal, pues aquélla —con referencia explícita a la STC 164/2001— no llega a imponer un concreto modelo urbanístico, habida cuenta el carácter instrumental de dicha clasificación para la regulación de las condiciones básicas del ejercicio del derecho de propiedad urbana («Determinaciones de la ordenación urbanística», en *Derecho urbanístico*, op. cit., p. 285).

de la LSCM⁸⁴ respecto a los usos e intervenciones admisibles, se fijarán las medidas y condiciones de los diversos grados de actividad e intensidad, tanto normales como excepcionales, en función de las capacidades de acogida de cada parte del territorio. En todo caso, en aquellos ámbitos territoriales que por su complejidad o la concurrencia de circunstancias singulares así lo requieran, el Plan General podrá remitir el establecimiento de algunas determinaciones pormenorizadas a un Plan Especial, señalando los criterios y objetivos que deben observarse en su formulación.

Presupuesto lo anterior, previa calificación urbanística⁸⁵ y dentro de los límites del número 1 del artículo 29⁸⁶, el planeamiento regional territorial o el planeamiento urbanístico podrán prever, en el suelo no urbanizable de protección de la letra b) del número 1 del artículo 16, las siguientes construcciones⁸⁷ e instalaciones con los usos y actividades correspondientes:

- a) Las de carácter agrícola, forestal, cinegético o análogos, así como las infraestructuras necesarias para el desarrollo y reali-

⁸⁴ Se refiere el precepto en este caso a las *determinaciones pormenorizadas* de la ordenación urbanística, esto es, aquellas que tienen el grado de precisión suficiente para legitimar la realización de actos concretos de ejecución material (art. 35.3 LSCM).

⁸⁵ La Resolución de 7 de marzo de 2003 de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes acuerda delegar en el Director General de Urbanismo y Planificación Regional de la citada Consejería, entre otras, el ejercicio de las competencias para resolver los procedimientos incoados para el otorgamiento de las calificaciones urbanísticas en el Suelo No Urbanizable de Protección, previstas en las letras del número 3 del artículo 29 de la LSCM, en los supuestos en los que la finalización de dichos procedimientos se produzca por prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento, desistimiento de la solicitud o desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento. Por su parte, la Orden de 25 de noviembre de 2002 de la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica, por la que se regula la concesión de ayudas al fomento de la economía agraria y mejora del bienestar de los animales en zonas rurales de la Comunidad de Madrid, cofinanciadas por el FEOGA-Garantía, para el período 2003-2006, establece que «Si la inversión o parte de ella consistiera en la ejecución de construcciones, o el desarrollo de usos distintos de los agrarios, en suelo urbanizable no sectorizado o suelo no urbanizable de protección deber aportarse la resolución de calificación urbanística autonómica o proyecto de actuación especial, en su caso, regulados en la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid».

⁸⁶ Recordemos el tenor de este precepto: «En el suelo no urbanizable de protección, excepcionalmente, a través del procedimiento de calificación previsto en la presente Ley, podrán autorizarse actuaciones específicas, siempre que estén previstas en la legislación sectorial y expresamente permitidas por el planeamiento regional territorial o el planeamiento urbanístico».

⁸⁷ Téngase en cuenta que el Anexo IV de la Ley 2/2002, de 19 de junio, de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid, al relacionar los Proyectos y Actividades a estudiar caso por caso por el órgano ambiental de la Comunidad de Madrid, se refiere en el ordinal 74 a «Cualquier construcción en Suelo No Urbanizable con un volumen construido igual o superior a 5.000 metros cúbicos o una ocupación de suelo superior a 2.000 metros cuadrados».

zación de las actividades correspondientes. A este respecto, se explica que los usos agrícolas, forestales, cinegéticos o análogos, que deberán ser conformes en todo caso con su legislación específica, comprenderán las actividades, construcciones o instalaciones necesarias para las explotaciones de tal carácter, incluidas las de elaboración de productos del sector primario, y deberán guardar proporción con la extensión y características de dichas explotaciones, quedando vinculadas a ellas y a las superficies de suelo que les sirvan de soporte. Asimismo, se señala que los usos antes referidos podrán ser autorizados con el accesorio de vivienda, cuando ésta sea necesaria para el funcionamiento de cada explotación e instalación⁸⁸.

b) Las de carácter extractivo. En este caso, el uso extractivo comprenderá las construcciones e instalaciones estrictamente indispensables para la investigación, obtención y primera transformación de los recursos minerales o hidrológicos. Además, se indica que la superficie mínima de la finca soporte de la actividad será la funcionalmente indispensable.

c) Las instalaciones de dominio y uso público destinadas al ejercicio de actividades científicas, docentes y divulgativas relacionadas con los espacios naturales, incluyendo el alojamiento, si fuera preciso. También en estos supuestos, la superficie mínima de la finca será la que funcionalmente sea indispensable.

d) Las actividades que favorezcan el desarrollo rural sostenible, incluyendo las de comercialización de productos agropecuarios y los servicios complementarios de dichas actividades.

e) Los establecimientos de turismo rural en edificaciones rurales tradicionales rehabilitadas al efecto, dentro de los límites superficiales y de capacidad que se determinen reglamentariamente.

⁸⁸ La sentencia del TSJ de Extremadura de 27 de julio de 2001 declara que: «La cuestión que se plantea en este caso por lo tanto es eminentemente fáctica, es decir, debemos de determinar la naturaleza de la construcción. De lo ya expuesto hemos de concluir que la construcción no tiene la naturaleza de las denominadas destinadas a explotación agrícola que guarde relación con la naturaleza y destino de la finca, en tanto que de lo descrito se concluye que solamente existe el suelo y la construcción, en tanto que no existen otras naves para guardar animales, ni tampoco éstos, ni se acredita de forma alguna (cartilla ganadera, fondos comunitarios, subvenciones, créditos, etc.) que exista tal explotación, ni siquiera en proyecto, de ahí que sea conforme a derecho calificar la misma de otro modo y por lo tanto no serle aplicable la normativa urbanística correspondiente a este caso de construcciones de mantenimiento agrícola o ganadero que es la base de la pretensión del recurrente. Difícilmente puede hablarse de vivienda de guarda anexa a explotación agropecuaria cuando no existe la más remota prueba de que exista una explotación agropecuaria actualmente, ni que se encuentre proyectada, no existe en tramitación licencias para otras naves, almacenes, ni se acrediten de forma alguna tales extremos, lo que nos conduce a la desestimación del recurso interpuesto en este pedimento».

f) La rehabilitación para su conservación, incluso con destino residencial, de edificios de valor arquitectónico, aun cuando se encontraran en situación de fuera de ordenación, pudiendo excepcionalmente incluir las obras de ampliación indispensables para el cumplimiento de las condiciones de habitabilidad.

En fin, es en el suelo no urbanizable donde se plasma de manera ostensible el principio de *desarrollo sostenible*, en cuanto es el sustrato en que de modo más acuciante se presenta la necesidad de conciliar las demandas de desarrollo económico y progreso social con la preservación del sistema natural, en orden a lograr un desarrollo «sostenible, equilibrado y racional» (STC 102/1995, de 26 de junio). En este sentido, hay voces que alertan sobre el peligro que encierra una cierta permisividad a la hora de conceder autorizaciones para realizar usos excepcionales en esta clase de suelo cuando, se afirma, de esas autorizaciones ha de hacerse un uso restrictivo y siempre justificado en el interés público⁸⁹. Precisamente, una interpretación del concepto interés público o utilidad pública en el marco de la nueva realidad

⁸⁹ En ese sentido, QUINTANA LÓPEZ: «El régimen jurídico básico...», en *Derecho y urbanismo...*, op. cit., p. 116. La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1991 señala que la construcción de un camping en suelo no urbanizable requiere la calificación de interés social de dicha actividad por la Comisión Provincial de Urbanismo, que constituye requisito o presupuesto para que el Ayuntamiento pueda conceder la licencia solicitada. En esta línea interpretativa del concepto de utilidad pública en orden a autorizar determinados usos en suelo no urbanizable, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1998 dice que: «el concepto de utilidad pública o interés social ha de ir íntimamente ligado a la satisfacción de necesidades generalizadas en la masa de población a que va fundamentalmente dirigida, y la simple instalación del campamento de caravanas pretendido, presenta connotaciones notoriamente perjudiciales a los intereses del vecindario de Munguía al pretenderse tal instalación aguas arriba del núcleo de población que además tiene un acusado déficit en el suministro de agua potable, tal como indicó el Ayuntamiento de Munguía en su Acuerdo de 28 mayo 1988, a lo que cabe agregar que el campamento proyectado, no se sitúa ni en la montaña ni en la inmediata proximidad del mar, que es lo normal en este tipo de instalaciones, en relación con el entorno en que se ubica la aquí proyectada, estando comunicada a escasos minutos de la ciudad de Bilbao, lo que viene a poner de relieve que lo proyectado más que un campamento de caravanas, llega a convertirse en un núcleo urbano de carácter estable, en pugna con lo dispuesto en la legislación sobre campings en el País Vasco, no menos que en lo previsto en la ya citada normativa de la Ley del Suelo». Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1991 declara que no puede autorizarse la construcción de un hipermercado en suelo no urbanizable de protección especial, pues si bien tales centros comerciales pueden considerarse edificaciones o instalaciones de utilidad pública o interés social a los efectos de ubicarse en el medio rural, ello únicamente puede predicarse con referencia al suelo no urbanizable común, más no con respecto del suelo no urbanizable de especial protección. Finalmente, reseñar que abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo —Sentencias de 26 de noviembre de 1990, 22 de mayo y 20 de diciembre de 1991 y 13 de febrero y 7 de abril de 1992, entre otras— declara que teniendo en cuenta el carácter reglado del suelo no urbanizable sometido a un régimen de protección, cualquier modificación a través de planeamiento de las clasificaciones de suelo preexistentes requiere una expresa motivación basada en razones de interés público suficientemente justificada.

social que presenta el medio rural como escenario de abiertas posibilidades para la implantación de actividades relacionadas con el ocio, el turismo rural, etc., puede decantar la solución finalmente a adoptar en atención a estas nuevas demandas sociales⁹⁰, no obstante ponerse el acento que el mentado concepto de utilidad pública debe ser matizado para evitar el abuso indiscriminado para la ocupación de esta clase de suelo. En este sentido, se denuncia que actividades con vocación claramente urbana por su intenso uso colectivo pero que exigen grandes superficies (caso de un circuito de velocidad o un aeropuerto), tienden a situarse en suelo no urbanizable, revistiéndose de un

⁹⁰ Tal es el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Burgos), de fecha 30 de junio de 2001, que frente al criterio expresado en el acto administrativo objeto de impugnación jurisdiccional, consistente en la resolución de la Comisión Territorial de Urbanismo de Segovia adoptada en la sesión celebrada el día 16 de julio de 1999, que consideró que por las circunstancias fácticas concurrentes en el presente caso, y como resultado del conjunto de pruebas documentales y alegaciones, las instalaciones que se pretendían legalizar no responden a un interés social acreditado y lo suficientemente cualificado para estimar que concurra el supuesto excepcional de los citados artículos 85 y 86 de la Ley del Suelo de 1976, y teniendo en cuenta que, a juicio de dicho órgano administrativo, la utilidad pública y el interés social que invoca el promotor a favor de su proyectada actividad, no presenta especial relevancia, debiendo significarse que el referido supuesto legal en se basa la petición de la autorización es excepcional, y por ende, de interpretación restrictiva; y, finalmente, poniendo de relieve que en cualquier caso, no debe confundirse el interés general de los ciudadanos con el meramente económico y particular del solicitante de la autorización, el órgano jurisdiccional estima el recurso con base en el siguiente razonamiento: «Como señala la sentencia de fecha 13 de julio de 1988 del Tribunal Supremo, aun cuando ciertamente en el suelo no urbanizable, al igual que en el urbanizable no programado en tanto no se aprueben Programas de actuación urbanística, sólo se permiten, en principio, las construcciones destinadas a explotaciones agrícolas que guarden relación con la naturaleza y destino de la finca o relacionadas funcionalmente con una obra pública, ello no impide que, por excepción, se autorice la construcción de edificaciones o instalaciones de utilidad pública o interés social que hayan de emplazarse en el medio rural, mediante el procedimiento adecuado y por el órgano competente. La declaración de utilidad pública o interés social puede determinarse en virtud de una habilitación previa y expresa en la normativa específica con base a la cual se pretende efectuar la construcción o, como señalan las SS 13 julio 1984, 25 febrero 1985 y 9 diciembre 1986 de esta Sala, por manifestación expresa de la autoridad que tiene competencia para resolver el procedimiento especial d el artículo 43.3 del citado Texto refundido, en cuyo momento de decisión habrá de valorar la existencia o no de tal presupuesto. Para ello, constituyendo la utilidad pública o interés social conceptos jurídicos indeterminados, excluidos de la discrecionalidad administrativa y por tanto revisables en vía jurisdiccional, habrá de tenerse fundamentalmente en cuenta las circunstancias concretas concurrentes en cada caso a fin de resolver si las mismas son suficientes para justificar la excepcionalidad prevista en aquellos artículos. Y en el presente caso, debe hacerse una interpretación de las normas aplicables ajustadas a la realidad social del tiempo en que deben ser aplicadas, atendiendo al espíritu y finalidad de aquellas, artículo 3.1 del CC. El artículo 85.2 del RD 1346/76, tiene por finalidad proteger el suelo rústico de injerencias urbanísticas descontroladas, pero la rigidez y la interpretación restrictiva de la excepción a la regla general recogida en dicho artículo, debe ser objeto de una interpretación más ajustada a la realidad social reflejada en todo el ordenamiento jurídico, en donde se conjugan las nuevas industrias turísticas, de actividad del ocio, de reactivación económica de zonas deprimidas, con falta de recursos de origen tanto geográficos como de ausencia de materias primas, y sobre todo atendiendo al caso concreto».

interés colectivo contrapuesto a otro igualmente colectivo: la utilización racional del suelo. Además, existen actividades productivas tales como invernaderos, granjas, piscifactorías, entre otras, que a pesar del rótulo de «rural» que a menudo incorporan, no aseguran una utilización adecuada del espacio libre, habida cuenta las intensidades en la explotación y la tecnología que utilizan, convirtiéndose en velados polígonos industriales o en complejos fabriles aislados⁹¹.

b.2.) Competencia y procedimiento

La calificación urbanística corresponde, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 147 de la LSCM:

1. Al Consejero competente en materia de ordenación urbanística cuando se trate de las calificaciones previstas en el número 1 del artículo 29 de la Ley.
2. A la Comisión de Urbanismo de Madrid en el resto.

Por su parte, el procedimiento para la calificación urbanística se ajustará a las siguientes reglas:

1. Sólo podrá iniciarse a instancia de interesado, acompañándose a la solicitud los documentos que acrediten los siguientes extremos, como mínimo: i) la identidad del solicitante; ii) la titularidad de derecho bastante sobre la o las unidades mínimas y completas correspondientes; iii) la justificación de la viabilidad, incluso por razón de su impacto territorial y ambiental; iv) y la determinación de las características del aprovechamiento pretendido y de las técnicas de las obras a realizar.
2. La solicitud se presentará siempre en el Municipio correspondiente, para su informe y elevación del expediente a la Consejería competente en materia de ordenación urbanística en el plazo máximo de un mes. Transcurrido dicho plazo podrá reproducirse la solicitud, acompañando la documentación preceptiva, ante la citada Consejería, entendiéndose evacuado el informe municipal en sentido positivo, sin perjuicio de que pueda remitirse el que se emita efectivamente durante la instrucción de la fase autonómica del procedimiento.
3. Elevado el expediente tramitado por el Municipio o reproducida la solicitud ante la Consejería competente en materia de

⁹¹ Así se expresa ABADÍA PÉREZ, JAVIER: *El fenómeno periurbano en el Área Metropolitana de Barcelona*, Instituto de Estudios Territoriales, Universidad Pompeu Fabra, 2002, p. 138.

ordenación urbanística, ésta practicará simultáneamente los trámites de informes preceptivos o convenientes de todos los Organismos y Administraciones con competencia afectada por el objeto del procedimiento y, en su caso, información pública por plazo mínimo de un mes.

4. La resolución definitiva deberá producirse y notificarse dentro del plazo máximo de seis meses, de celebrarse información pública, o de tres meses, en los restantes supuestos, a contar desde la entrada del expediente o la solicitud reiterando la deducida en sede municipal en el registro de la Consejería competente en materia de ordenación urbanística o, en su caso, desde la subsanación o mejora de la documentación de uno u otra, caso de haberse practicado requerimiento al efecto dentro de los quince días siguientes a dicha entrada. El transcurso del plazo máximo sin notificación de resolución autorizará para entender desestimada la solicitud.

Por otra parte, se establece que en el supuesto de que las obras y los usos o actividades de que se trate requirieran declaración de impacto ambiental o, en su caso, informe o calificación ambientales, no podrá resolverse sobre la calificación urbanística hasta que no se haya producido el correspondiente pronunciamiento ambiental, quedando suspendido entre tanto el plazo para resolver.

b.3) Efectos

El principal efecto que se deriva de la obtención de la calificación urbanística es el legitimador de las obras de construcción o edificación y los usos o las actividades correspondientes, lo que no significa empero que el interesado no esté obligado a solicitar licencia urbanística cuando lo exija la propia LSCM, así como cualesquiera otras autorizaciones administrativas que, conforme a la legislación sectorial aplicable, sean igualmente preceptivas.

La cesación de dicho efecto legitimador tiene lugar por la caducidad de la calificación urbanística, que puede obedecer a cualquiera de las causas siguientes:

1. El transcurso de un año desde su otorgamiento sin que se hubiera solicitado la licencia urbanística y las restantes autorizaciones administrativas que fueran preceptivas.
2. El transcurso de un año desde el otorgamiento de la licencia urbanística para las obras de construcción o edificación sin que se hubiera dado comienzo a éstas.

3. El transcurso de tres años desde el otorgamiento de la licencia urbanística procedente sin que se hayan concluido las obras de construcción o edificación.

4. El transcurso del plazo de vigencia que se hubiera fijado en la propia calificación urbanística. Ello no obstante, cabe la posibilidad de la prórroga de dicho plazo de vigencia.

C) Deberes del propietario

En cuanto a los deberes del propietario de suelo no urbanizable de protección, comprenden, además de los generales recogidos en el art. 12 ya examinado, los siguientes:

— Los que establezcan la legislación sectorial y las ordenaciones territoriales y urbanísticas, en función de las condiciones que el planeamiento fije para realizar las intervenciones y los usos permitidos.

— Los que voluntariamente asuma el propietario para la realización de usos e intervenciones opcionales compatibles con el específico régimen de protección a que estén sometidos los terrenos.

Por su parte, el artículo 144 de la LSCM prohíbe expresamente que en suelo no urbanizable de protección —y en suelo urbanizable no sectorizado— se realicen parcelaciones urbanísticas. A este respecto, téngase en cuenta la equiparación que establece el artículo 23.2 entre ambas clases de suelo en tanto no tenga lugar la sectorización del suelo urbanizable⁹².

Tampoco hay que olvidar que estarán sujetos al derecho de tanteo y, en su caso, retracto, los bienes ubicados en las zonas de suelo no urbanizable de protección que se delimiten a tal fin por los instrumentos de la ordenación del territorio y el planeamiento urbanístico o, en su defecto, por acuerdo municipal o resolución de la Consejería competente en materia de ordenación urbanística, previa información pública por plazo de veinte días (art. 182.1.4 de la LSCM)⁹³,

⁹² Dicho precepto dispone lo siguiente: «Mientras no se produzca el cambio de categoría a que se refiere el artículo siguiente, en el suelo urbanizable no sectorizado será de aplicación el régimen del suelo no urbanizable de protección en todo lo no previsto en este Capítulo».

⁹³ El Decreto 121/2002, de 5 de julio, por el que se a prueba la Revisión del Plan de Ordenación del Embalse de Valmayor, establece que «En aplicación de la Disposición Adicional Quinta de la Ley 7/1990, la Comunidad de Madrid gozará de los derechos de tanteo

norma ésta que se configura como un instrumento de incidencia en el mercado inmobiliario.

Finalmente, señalar que, al igual que en cualquier otra clase de suelo, las transmisiones de las fincas están sujetas a determinadas obligaciones como resulta de lo dispuesto en el artículo 21.1 de la LRSV, en virtud del cual «La transmisión de fincas no modificará la situación del titular de las mismas respecto de los deberes establecidos por la legislación urbanística aplicable o exigibles por los actos de ejecución derivados de la misma. El nuevo titular quedará subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos, así como en los compromisos que éste hubiera acordado con la Administración urbanística competente y hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales compromisos se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real».

VI. LA PROTECCIÓN URBANÍSTICA DEL SUELO NO URBANIZABLE DE PROTECCIÓN: INFRACCIONES Y SANCIONES

La protección de esta clase de suelo, como la de las otras clases básicas de suelo urbano y suelo urbanizable, se inscribe en el marco de un conjunto de medidas de control que las Administraciones Públicas ejercen sobre la actuación de los particulares relacionada con las diversas formas de uso del suelo y que integran la denominada *disciplina urbanística*, que a su vez se encuadra en la actividad administrativa de policía o de intervención consistente en el conjunto de medidas utilizables por las Administraciones Públicas competentes en orden a que la actuación de los ciudadanos u otros sujetos públicos se adecue al marco de la legalidad vigente, incluyendo por tanto medidas coactivas o reaccionales cuando, en este último caso, de produzca una vulneración de dicha legalidad⁹⁴.

La intervención de control de la Administración puede adoptar distintos registros⁹⁵:

- i) Un control preventivo de la actuación de los particulares en el ámbito urbanístico consistente en el sometimiento de ésta a la previa y preceptiva licencia urbanística⁹⁶.

y retracto en las transmisiones onerosas «inter vivos» que tengan por objeto la enajenación total o parcial de terrenos situados dentro del ámbito de aplicación del Plan de Ordenación que tengan la consideración de suelo no urbanizable» (art. 20).

⁹⁴ SANTOS DíEZ y CASTELAORODRÍGUEZ: *Derecho Urbanístico...*, op. cit., p. 999.

⁹⁵ Cfr. «Memento Práctico Urbanismo 2002-2003» (Director Técnico MELÓN MUÑOZ, ALFONSO), Ediciones Francis y Taylor, Madrid, p. 871.

⁹⁶ Según GARCÍA RUBIO, frente a la doctrina que contempla solamente como meca-

- ii) Un control posterior a la obra realizada por el titular de la licencia, en cuanto al cumplimiento de los deberes urbanísticos y de las órdenes provenientes de la Administración municipal.

- iii) Un control frente a situaciones legalizables en el marco de la protección de la legalidad urbanística.

- iv) Un control frente a la comisión de ilícitos urbanísticos, mediante el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración dirigida a la depuración de las responsabilidades administrativas en que incurrieran los infractores.

Es a este último tipo de control al que nos referiremos y, particularmente, en relación con el suelo no urbanizable de protección.

Previamente señalar que no faltan las denuncias sobre la escasa protección que, en general, ha recibido el suelo no urbanizable (o rústico). Sin duda, una de las más certeras y esclarecedoras de la magnitud del problema es la que formula PECES MORATE⁹⁷ y que nos permitimos aquí recoger no obstante su extensión, pero que se justifica por lo que instruye. Dice el autor que «nuestra reciente ordenación urbanística atiende fundamentalmente a preservar, en el mejor de los casos, un cierto equilibrio urbano sin procurar una auténtica protección del campo, que sufre sistemáticamente la degradación fruto de una desmedida, incontrolada y errónea expansión urbana, siempre tolerada y, en ocasiones, amparada por las Administraciones obligadas a velar por el estricto cumplimiento de las normas urbanísticas, que, habitualmente, se eluden o defraudan cuando de proteger el suelo rústico se trata, sobre todo el denominado no urbanizable común, sin que la práctica judicial sea tampoco ejemplar en este ámbito».

Y prosigue el autor con expresa referencia al artículo 12 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992: «cuando este precepto se refiere al suelo rústico, denominado de especial protección, emplea un lenguaje directo y realista, al mencionar el excepcional valor agrícola, forestal o ganadero, la explotación de recursos naturales, los valores paisajísticos, históricos o culturales, la fauna, la flora o el equilibrio ecológico. No obstante, cabría preguntarse si, ante la agresividad del ser humano (en la actualidad sin distinción entre habitantes del campo

nismos de preservación del ordenamiento jurídico urbanístico los referidos a la restauración del orden alterado y la represión del infractor; la prevención como elemento de control es esencial («La protección de la legalidad urbanística», en *Derecho urbanístico de la Comunidad de Madrid*, El Consultor, op. cit., p. 884).

⁹⁷ PECES MORATE, JESÚS: «Régimen urbanístico de la propiedad del suelo: clasificación del suelo y régimen de las distintas clases», *Cuadernos de Derecho Judicial, Urbanismo II*, Madrid, 1993, pp. 74-77.

y de la ciudad, dado que los usos urbanos se han generalizado por doquier) y la imperiosa necesidad de contar con espacios naturales no contaminados, no sería más acertada y realista una única categoría de suelo rústico a fin de impedir cualquier utilización del mismo que implique transformación de su naturaleza o infrinja su régimen propio. La actual dicotomía propicia que el suelo no urbanizable común se encuentre realmente desprotegido. Basta salir al campo para comprobar los desmanes, plenamente aceptados cuando no favorecidos por las Administraciones Públicas, que se cometen: destrucción de vegetación, escombreras, vertidos incontrolados, construcciones degradantes, urbanizaciones insidiosas, paulatino aumento del casco urbano sin ordenación alguna, etc. En cualquier caso resulta meridianamente clara y tajante la obligación, impuesta por el artículo 45.2 de nuestra Constitución a los poderes públicos, de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, estableciendo el apartado 3 del mismo precepto que para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije, se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado, mientras que el artículo 53.3 de la misma declara que el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero (entre los que están los antes referidos) informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos».

Y concluye categórico: «Si el destino previsto por la ley (art. 15 del vigente Texto Refundido) para el suelo no urbanizable es el de ser destinado a fines agrícolas, forestales, ganaderos, cinegéticos y, en general, a los vinculados a la utilización racional de los recursos naturales, no es ocioso recordar que cualquier actividad que directa o indirectamente, de forma clara o encubierta, defraude tal finalidad ha de ser, por imperativo constitucional, ejemplarmente impedida por las Administraciones Públicas y eficazmente controlada por los juzgados y tribunales».

Es evidente, pues, que el incumplimiento de las previsiones legales en materia urbanística constituye una alteración del ordenamiento jurídico que exige la inmediata reacción de las autoridades encargadas de velar por dicho cumplimiento, pues no en vano la conducta transgresora —por acción u omisión— es especialmente enervante de los fines de la ordenación y la acción urbanística de los entes públicos⁹⁸, resultando así gravemente afectado el interés general que pre-

⁹⁸ ARREDONDO GUTIÉRREZ, J. M.: *Las infracciones urbanísticas*, Comares, Granada, p. 5.

side toda acción administrativa urbanística. A este respecto, se ha subrayado que, en general, los fenómenos de indisciplina urbanística responden a causas heterogéneas, si bien pueden todas ellas reconducirse a tres supuestos básicos: i) las propias deficiencias de la legislación aplicable; ii) la pasividad de las Administraciones responsables del cumplimiento de la legalidad urbanística; y iii) la falta de solidaridad colectiva⁹⁹.

Todo ello contribuye sin duda a aumentar la ya instalada perplejidad acerca del grado de eficacia del Derecho administrativo sancionador en general¹⁰⁰ y en materia urbanística en particular. Precisamente, el fracaso de la legislación urbanística, no sólo para perseguir conductas conculcadoras de la propia legalidad urbanística, sino incluso para evitar la progresión de éstas, está en el origen de la incriminación de ciertas conductas relacionadas con el urbanismo, como son las que se agrupan bajo la denominación de «delito urbanístico» y que se encuentran hoy tipificadas en los artículos 319 y 320 del Código penal¹⁰¹.

En fin, considerando la competencia urbanística de las Comunidades Autónomas, como se reconoce por la STC 61/1997, corresponde a éstas establecer el marco normativo sancionador en materia de disciplina urbanística y de protección de la legalidad urbanística¹⁰², presupuesta la potestad sancionadora genérica que a las mismas compete en su calidad de Administraciones de carácter territorial y que en

⁹⁹ Véase sobre el tema FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: «Presupuestos de la eficacia de la disciplina urbanística», *Revista de Derecho Urbanístico*, n.º 35, 1973, pp. 13 y ss.

¹⁰⁰ Es contundente NIETO GARCIA cuando afirma que «la potestad sancionadora de la Administración —y su aparato técnico y jurídico, el Derecho Administrativo Sancionador— es, en definitiva, un montón de despropósitos en el que todos los Poderes están implicados» (*Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 26).

¹⁰¹ Sobre el particular puede verse DOMÍNGUEZ LUIS, JOSÉ ANTONIO y FARRÉ DÍAZ, ESTEBAN: «Los delitos relativos a la ordenación del territorio», Ediciones *Revista General de Derecho*, Valencia, 1998 y DOMÍNGUEZ LUIS, J. A. y otros: *Los delitos relativos a la ordenación del territorio y protección del patrimonio histórico, medio ambiente y contra la seguridad colectiva (delitos de riesgo catastrófico e incendios)*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 11 y ss.

¹⁰² Ello no obstante, son también de aplicación, en su caso, los preceptos de la legislación estatal sobre la materia contenidos en el Texto Refundido de 1992, no afectados por la declaración de inconstitucionalidad de la STC 61/97, y que constituyen la legislación básica en la materia, así como la normativa de aplicación supletoria estatal contenida en el Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, y en el Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística; en este sentido se expresa CARCELLER FERNÁNDEZ, quien precisamente subraya el que la Ley madrileña 4/1984, de 19 de febrero, sobre Medidas de Disciplina Urbanística, fuera la más madrugadora, después de la Ley catalana 9/1981, de 8 de abril, en regular esta materia (*Derecho urbanístico sancionador*, Atelier, Barcelona, 2004, p. 18 y nota n.º 4). Por su parte, COSCULLUELA MONTANER señala que la densidad normativa de la legislación autonómica en esta materia no deja resquicio para la aplicación de la normativa supletoria («Infracciones y Sanciones», en *Derecho urbanístico de la Comunidad de Madrid*, El Consultor, op. cit., p. 902).

el caso de la Comunidad de Madrid expresamente viene atribuida por el artículo 36.1.c) del Estatuto de Autonomía, al disponer que «En el ejercicio de sus competencias ejecutivas, la Comunidad de Madrid gozará de las potestades y privilegios propios de la Administración del Estado, entre las que se comprenden (...). La potestad de sanción, dentro de los límites que establezca el ordenamiento jurídico». Además, ha de tenerse en cuenta el criterio reiterado del Tribunal Constitucional (por todas, STC 85/1985, de 16 de julio) en virtud del cual la competencia sancionadora corresponde al titular de la «materia sustantiva», de la que aquélla viene a ser un anejo.

Así las cosas, la LSCM regula el ejercicio de esta competencia específicamente referida al ámbito urbanístico en los artículos 201 y siguientes, enunciando el primero de ellos el concepto de infracción urbanística en los siguientes términos: «Son infracciones urbanísticas las acciones y omisiones que vulneren o contravengan esta Ley, los Planes y las Ordenanzas, y estén sujetas a sanción y tipificadas en la presente Ley».

Señala PAREJO ALFONSO¹⁰³ que la vulneración de la ordenación urbanística comporta un triple efecto: i) la reintegración del orden conculcado, que tiene lugar tanto mediante la anulación o revocación de los actos ilegales como por la restitución de las cosas a su estado anterior a la alteración sufrida; ii) la retribución punitiva de la conducta presente en la transgresión, en el supuesto de su ilicitud típica y a través del ejercicio de la correspondiente potestad sancionatoria; y iii) la exigencia de la responsabilidad patrimonial para la indemnización de los daños y perjuicios efectivamente causados.

Para hacer efectivo dicho planteamiento es preciso arbitrar, añade el citado autor, un sistema de protección de la legalidad urbanística que englobe las distintas medidas legalmente previstas, dirigidas fundamentalmente a conseguir la restitución del orden jurídico-urbanístico conculcado, a través de la atribución a la Administración urbanística de las potestades y procedimientos específicos para su ejercicio en orden a: a) la suspensión de la eficacia y la anulación de actos o acuerdos administrativos que estén en contradicción con la ordenación urbanística aplicable; b) el impedimento de la consolidación de situaciones materiales —amparadas o no formalmente en actos administrativos— contradictorias asimismo con la ordenación urbanística; y c) la restitución de la realidad física a la situación anterior a su alteración o transformación por actuaciones ilegales¹⁰⁴.

¹⁰³ «La disciplina urbanística», en *Tratado de Derecho Municipal*, op. cit., II, pp. 1994 a 1996.

¹⁰⁴ Véanse los artículos 193 y siguientes de la LSCM sobre protección de la legalidad urbanística.

Este es el planteamiento que sigue la LSCM, cuyo artículo 202 establece precisamente las consecuencias legales de toda acción u omisión tipificada como infracción urbanística, abarcando la adopción de las medidas siguientes:

1. la restauración del orden jurídico infringido y de la realidad física alterada o transformada como consecuencia de la actuación ilegal, a través de las medidas reguladas en la Ley;
2. la iniciación de los procedimientos de suspensión y revocación o anulación de los actos administrativos en los que presuntamente pudiera ampararse la actuación ilegal;
3. las que procedan para la exigencia de la responsabilidad sancionadora, así como, en su caso, penal; y
4. la exigencia de resarcimiento de daños e indemnización de los perjuicios a cargo de quienes sean declarados responsables.

A este respecto, dos son los principios básicos que recoge la LSCM: en primer lugar, que siempre y en todo caso la Administración deberá adoptar las medidas tendentes a reponer los bienes afectados al estado anterior a la producción de la situación ilegal (art. 202.2) y, en segundo término, que las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística son independientes de las sanciones cuya imposición proceda por razón de la comisión de infracciones tipificadas en la Ley (art. 203) y, por tanto, perfectamente compatibles como tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia¹⁰⁵.

¹⁰⁵ En este sentido, la STS de 30 de junio de 2000 dice que: «La observancia de la ordenación urbanística es ajena al derecho sancionador que se invoca, ya que la medida de demolición acordada no constituye una sanción propiamente dicha, sino el mecanismo adecuado para el restablecimiento de la legalidad urbanística vulnerada. La medida de demolición como restauradora del ordenamiento jurídico perturbado es compatible, y distinta, de la imposición de sanciones a los responsables, previa tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, sin perjuicio —incluso— de las posibles responsabilidades de orden penal en que hubieran incurrido, como se desprende claramente de lo establecido en el artículo 51.1., apartados 1 y 3 del Reglamento de Disciplina Urbanística de 23 de junio de 1978. Ocurre que, como explicamos en las sentencias de 28 de abril y 31 de junio de 2000, la coercibilidad de la norma urbanística se disocia en dos mecanismos de protección conectados entre sí y compatibles entre ellos, sin que su dualidad infrinja el principio *non bis in idem* (sentencias de 15 de diciembre de 1983, 3 de noviembre de 1992 y 24 de mayo de 1995)». En términos análogos se expresa la STS de 25 de noviembre de 2002 al declarar lo siguiente: «La misma parcelación urbanística en suelo no urbanizable constituye un acto ilícito que ha dado origen —como ya hemos adelantado y es obligado conforme a los artículos 225 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 y 51 y siguientes del Reglamento de Disciplina urbanística— a dos expedientes paralelos y perfectamente compatibles destinados, respectivamente, a la restauración del orden jurídico infringido y restauración de la realidad física alterada por la actuación ilegal y a la imposición de sanciones a los responsables de tal actuación». Y añade más adelante: «Las normas urbanísticas pertenecen a la categoría de las *plusquamperfectae* y su coercibilidad se disocia, así, en dos mecanismos de protección conectados entre sí y compatibles entre ellos

Entrando en la regulación concreta de las infracciones, la LSCM clasifica éstas en muy graves, graves y leves (art. 204)¹⁰⁶.

Pues bien, en relación con el suelo no urbanizable de protección la norma prevé un régimen de protección urbanística reforzada en la medida en que todas aquellas infracciones tipificadas como graves, siempre que afecten a terrenos que ostenten dicha clasificación, se agravan y se consideran infracciones muy graves¹⁰⁷, como expresa el artículo 204.2.a) de la LSCM. Al no establecer exclusión alguna, la formulación del precepto es genérica en cuanto a las infracciones graves que afecten a dicha clase de suelo, esto es, todas y cada una de las infracciones tipificadas como graves, en cuanto se proyecten sobre suelo no urbanizable de protección, automáticamente tendrán la consideración de infracciones muy graves. En consecuencia, la aplicación del precepto exige un proceso hermenéutico integrado por dos fases: de una parte, se ha de proceder a determinar la conducta en función del grado de gravedad de la infracción cometida —en este caso, leve o grave— y, de otra parte, presupuesta la existencia de una conducta infractora tipificada como grave, se ha de señalar la clase de suelo sobre el que opera dicha conducta, concretamente la eventual proyección de la misma sobre un suelo clasificado como no urbanizable de protección, lo que determina finalmente la realización del tipo agravado que contempla la norma¹⁰⁸.

(sentencias de 28 de abril y 19 de mayo de 2000)». Por su parte, COSCULLUELA MONTANER se refiere a un concepto amplio de disciplina urbanística que abarca «tanto los procedimientos y mecanismos exclusivamente dirigidos a restituir el ordenamiento urbanístico, como aquellos otros que son independientes de éstos y regulan específicamente la potestad sancionadora en este ámbito previa tipificación de las infracciones y sanciones urbanísticas. No se desconoce, sin embargo, que ambos no tienen el mismo origen y justificación, pues es claro que se sustentan en la existencia de dos potestades diferentes (intervención y sancionadora), absolutamente independientes entre sí, aunque a la postre el legislador venga a integrarlas en el mismo Título, («Disciplina Urbanística», en la obra colectiva *Ordenamientos urbanísticos. Valoración crítica y perspectivas de futuro*, Jornadas Internacionales de Derecho urbanístico celebradas en Santiago de Compostela el 2 y 3 de julio de 1998, M. Pons, Madrid, 1998, pp. 215 y ss.).

¹⁰⁶ Así lo prescribe el artículo 129.1 de la Ley 30/1992, de 26 de diciembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común.

¹⁰⁷ Ha de tenerse en cuenta que el artículo 200.2 de la LSCM reputa nulas de pleno derecho, a los efectos de lo dispuesto en el número 1 del artículo 199, las licencias que legitimen y las órdenes de ejecución que impongan actos o usos que constituyan, de acuerdo con dicha Ley, infracciones urbanísticas muy graves y, en todo caso, las que afecten a zonas verdes y espacios libres. El referido artículo 199, relativo a la revisión de licencias u órdenes de ejecución, dispone en el apartado 1 que «Si las obras estuvieran terminadas, las licencias u órdenes de ejecución cuyo contenido constituya o legitime alguna de las infracciones graves o muy graves definidas en la presente Ley deberán ser revisadas por el órgano municipal correspondiente en los términos y condiciones y por los procedimientos previstos al efecto en la legislación reguladora del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común».

¹⁰⁸ En términos análogos se expresan GÁMEZ MEJÍAS, M. y GONZÁLEZ RAMOS, C.: «Las infracciones y las sanciones urbanísticas», en *Derecho urbanístico de la Comunidad de Madrid* (dirigida por PAREJO ALFONSO), *op. cit.*, p. 763.

La sanción prevista para las infracciones muy graves es la multa de 600.001 a 3.000.000 de euros [art. 207. c)].

Además, se tipifica también como infracción muy grave las parcelaciones en suelo no urbanizable de protección (art. 204.2.c) de la LSCM), en cuyo caso se establece un régimen específico sancionatorio consistente en la imposición de multa del 20 al 25 por 100 del valor de los terrenos afectados, calculado conforme a la legislación vigente en cada caso, sanción que se podrá incrementar hasta el 30 por 100 del valor del suelo si la división realizada lesiona el valor específico que, en su caso, proteja el ordenamiento urbanístico (art. 213).

En materia de incumplimiento de planeamiento, respecto a obras y usos realizados sin la cobertura de los actos administrativos que deban legitimarlos, el artículo 217 de la LSCM dispone que se sancionará con multa equivalente al importe de las obras de urbanización e implantación de servicios, a quienes las realicen sin la cobertura del o de los actos administrativos precisos para su legitimación en suelo no urbanizable de protección y en suelo urbanizable no sectorizado, siempre que en este último caso el suelo no cuente con ordenación pormenorizada o las obras sean disconformes con la que exista. La sanción que se imponga nunca podrá ser inferior a 3.000 euros.

En cuanto a los sujetos responsables de las infracciones, el artículo 205 de la LSCM distingue dos supuestos:

1) Obras, instalaciones, construcciones, edificaciones, actividades o usos del suelo ejecutados o desarrollados sin concurrencia de los presupuestos legales para su legitimidad o contraviniendo sus condiciones. En este caso serán responsables:

— los técnicos facultativos autores de los proyectos o documentos técnicos, así como los técnicos facultativos, si las obras proyectadas fueran incompatibles con el planeamiento urbanístico;

— los promotores y constructores de las obras o instalaciones y los titulares, directores o explotadores de los establecimientos, las actividades o los usos, así como los técnicos directores de las obras y de su ejecución y los directores de las instalaciones¹⁰⁹.

¹⁰⁹ En relación con los conceptos de promotor, constructor y técnico-director de las obras puede verse DOMÍNGUEZ LUIS, J. A. y FARRÉ DÍAZ, E.: *Delitos sobre la ordenación del territorio*, *op. cit.*, pp. 110 y ss., y DOMÍNGUEZ LUIS, JOSÉ ANTONIO: «El agente de la edificación como sujeto activo del ilícito penal urbanístico», *Boletín de Información Urbanística-Boletín de Urbanismo*, LA LEY, n.º 95, noviembre 2000, pp. 45 y ss., pues aun cuando estos trabajos están referidos al ámbito del denominado delito urbanístico, no hay que

2) Obras, instalaciones, construcciones, edificaciones, actividades o usos del suelo ejecutados o desarrollados al amparo de actos administrativos ilegales, en cuyo caso la responsabilidad de la infracción cometida corresponde a:

- las personas enumeradas en los dos apartados del punto anterior;
- el titular del órgano administrativo unipersonal que haya otorgado las aprobaciones, autorizaciones o licencias sin los preceptivos informes o en contra de los emitidos en sentido desfavorable por razón de la infracción, los miembros de los órganos colegiados que hayan votado a favor de dichas aprobaciones, autorizaciones o licencias en idénticas condiciones y el Secretario del Ayuntamiento que no haya advertido de la omisión de alguno de los preceptivos informes técnico y jurídico, así como el o los funcionarios facultativos que hayan informado favorablemente con conocimiento de la vulneración del orden jurídico.

A los efectos de la responsabilidad por la comisión de infracciones, se considerará también como promotor al propietario del suelo en el cual se cometa o se ha cometido la infracción siempre que haya tenido conocimiento de las obras, instalaciones, construcciones, edificaciones, actividades o usos infractores. En este sentido, se presumirá ese conocimiento¹¹⁰ cuando por cualquier acto haya cedido el uso del suelo, para los expresados fines, al responsable directo o material de la infracción.

Finalmente, se prevé la responsabilidad de las personas jurídicas respecto de las infracciones cometidas por sus órganos o agentes y a ellas corresponde asumir el coste de las medidas de restablecimiento del orden jurídico perturbado y de las indemnizaciones por daños y perjuicios a terceros a que haya lugar.

olvidar empero que esta figura delictiva precisa singularmente del Derecho administrativo para la adecuada integración de los tipos penales contemplados. Esto es, los señalados conceptos de promotor, constructor o técnico-director exigen recabar de la norma administrativa su precisa configuración, pues a ésta presta cobertura el Derecho penal.

¹¹⁰ Presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario.

LA NULIDAD DE LA APROBACIÓN PROVISIONAL DE PLAN GENERAL POR SENTENCIA. ALCANCE Y CONSECUENCIAS SOBRE LA APROBACIÓN DEFINITIVA (ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE 5 DE FEBRERO DE 2003. EL CASO DE BOADILLA DEL MONTE)

POR

EDUARDO PFLUEGER TEJERO

LETRADO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SOBRE EL CONTENIDO Y EFECTOS DE LA PROPIA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID. 3. SOBRE LA PROPIA NATURALEZA DEL ACTO DE APROBACIÓN PROVISIONAL. 4. LA ACTUACIÓN DEL ENTE AUTONÓMICO DE TUTELA. 5. EL PROBLEMA DE LA ADAPTACIÓN A LA LEY 9/2001 DE 17 DE JULIO DEL SUELO DE LA COMUNIDAD DE MADRID. 6. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El procedimiento de aprobación de los instrumentos de planeamiento se compone de un conjunto de actos de trámite que se configuran como una garantía esencial del administrado, así como del interés público, que darán lugar a un acto administrativo definitivo.

En el ámbito de la aprobación de instrumentos de planeamiento cobra mayor importancia el respeto a las normas y requisitos del procedimiento, ya que se trata de actos que participan de la naturaleza de disposiciones generales, con lo que debe acatarse con especial rigor, pudiendo producirse en caso contrario la nulidad de pleno derecho del instrumento de que se trata.

Cuando la nulidad del acto de aprobación provisional ha sido declarada en Sentencia, resulta necesario deslindar y examinar los distintos efectos del pronunciamiento judicial, así como las consecuencias que de esa nulidad de la aprobación provisional se derivan respecto de la aprobación definitiva.

Tanto la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 como el Reglamento de Planeamiento, Real Decreto 2159/1978 de 23 de junio, recogen el procedimiento de aprobación de los Planes Generales, con distinción de sus distintas fases (al igual que el art. 5 de la Ley 9/2001 de 17 de julio del Suelo de la Comunidad de Madrid).

Las fases de aprobación inicial y de aprobación provisional, constituyen la iniciación del procedimiento la una y la preparación o esquema del acto final de aprobación definitiva, la otra, y si bien en principio es incuestionable que son actos de trámite del acto final, no es posible desconocer su importancia en la formación de la voluntad de las Administraciones implicadas en el procedimiento de aprobación de desarrollos urbanísticos.

No son así meros actos formales sino de carácter sustantivo pues en el mismo se plasma una manifestación de voluntad del órgano instructor, y se basa por tanto en «un juicio sobre la legalidad del proyecto de plan pero también en un juicio sobre la conveniencia y oportunidad del modelo de ordenación propuesto.»¹

Sin embargo, como todo procedimiento, éste puede estar viciado en alguno de sus actos, lo que da lugar sin duda a una serie de consecuencias jurídicas respecto al acto definitivo.

Éste es el caso resuelto en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de febrero de 2003 en proceso seguido por los trámites del proceso especial de protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la persona, que en su Fallo «declara la nulidad de la convocatoria de la Comisión Informativa de Urbanismo del Ayuntamiento de Boadilla del Monte celebrada el 23 de julio de 2001 y del dictamen de la misma, así como de la convocatoria del Pleno de 27 de julio de 2001, y el acuerdo tomado en dicho Pleno, por vulneración del artículo 23 de la Constitución».

Tal pronunciamiento supone la declaración judicial de la nulidad de la aprobación provisional del Plan General de Boadilla del Monte y tiene su fundamento en considerar vulnerado el artículo 23 CE al denegarse por parte del Alcalde una petición sobre conocimiento e información sobre determinados extremos de interés que pudieran ser útiles para ejercer las funciones de fiscalización y control que corresponden a los Concejales respecto de los acuerdos a tomar en el Pleno.

Tales documentos se concretan fundamentalmente en los referidos al aprovechamiento tipo de las fincas a expropiar y de la indemnización que corresponde a los propietarios, aspectos que la Sala ha con-

¹ DESDENTADO DAROCA, EVA: *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbano*. Edit. Aranzadi. 2.ª edic.

siderado esenciales para que los miembros de la Corporación municipal ejerciesen su derecho de voto con todas las garantías, respecto del acto sometido al Pleno, que no era otro que la aprobación provisional del Plan General.

La Sentencia que anula el precitado acto se pronuncia una vez adoptada la aprobación definitiva del Plan General por parte de la Comunidad de Madrid, lo que nos lleva a analizar diversos aspectos para determinar las consecuencias y actuaciones que sobre esta aprobación definitiva se pueden producir.

2. SOBRE EL CONTENIDO Y EFECTOS DE LA PROPIA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

Se trata de un Fallo dictado en el proceso especial de protección de los derechos fundamentales, regulado en los artículos. 114 y siguientes de la Ley 29/98 de Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Su propia configuración limita su objeto a la defensa de los Derechos Fundamentales contenidos en los artículos. 14 a 29 CE, en cuanto se haya producido una vulneración de los mismos, de manera que el examen de los aspectos de legalidad ordinaria queda vedado en este proceso.

Por otra parte, no cabe duda de la posibilidad de aplicar la protección de este procedimiento especial a los actos de mero trámite, a pesar del criterio general de su irrecurribilidad (salvo los supuestos tasados), ya que lo que se pretende es crear una protección inmediata de esos derechos. Este fin resulta contradictorio con «tener que esperar a que la Administración dicte un acto definitivo para ver si los actos anteriores o intermedios afectan a uno de esos derechos fundamentales, constitucionalmente protegibles», como señala la STS de 15 de diciembre de 1987, Secc. 5.^a)².

El pronunciamiento judicial no entra, por la propia naturaleza y finalidad del proceso, en analizar el contenido sustantivo del acuerdo de aprobación provisional, limitándose a declarar la nulidad de la convocatoria del órgano municipal, del Dictamen del mismo, así como de la convocatoria del Pleno y el acuerdo tomado en dicho Pleno por vulneración del artículo 23 CE.

Con ello se deja patente que la nulidad de la aprobación provisional que nos ocupa lo es por defecto de forma (en la convocatoria del

² En el mismo sentido de aceptar el recurso de protección de derechos fundamentales contra actos de trámites las STS 9-12-85, 22-4-85, 14-1-89, entre otras muchas.

Pleno llamado a aprobarla), y sin que se haya analizado por el Fallo judicial el contenido material de la misma, aspectos que, a los efectos que luego veremos, conviene dejar sentado.

3. SOBRE LA PROPIA NATURALEZA DEL ACTO DE APROBACIÓN PROVISIONAL

El carácter bifásico de la aprobación de los planes generales municipales da lugar a la existencia de actos de diferente naturaleza: las aprobaciones inicial y provisional de una parte, y la aprobación definitiva de otra. Las primeras son de la competencia de los municipios, a través del pleno de la corporación, mientras que la aprobación definitiva corresponde a la Comunidad Autónoma correspondiente (arts. 57 a 66 de la Ley 9/2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid)³.

La Jurisprudencia es constante y uniforme en el sentido de calificar de acto de trámite la aprobación provisional de un Plan de Ordenación Urbana. Así, tanto la aprobación inicial como provisional del proyecto urbanístico, integran actos de mero trámite, según la interpretación dada por el T. S. en SS., entre otras, 20 enero 1978 de 5 de junio de 1.998, 29 de septiembre de 1.999, pues «aunque las fases de aprobación inicial y provisional, son actos perfectos en sí mismos, están condicionados en su eficacia a la aprobación definitiva».

El carácter de acto de trámite se acentúa con la imposibilidad de su impugnación en vía contencioso administrativa excepto si se encuentra viciado por nulidad de pleno derecho. Así, los actos inicial y provisional no son impugnables en la vía jurisdiccional en aplicación rigurosa de la Ley 30/92 y de la Ley Jurisdiccional, y por el contrario, sí lo son, considerados aisladamente, cuando los actos deciden la no aprobación inicial o provisional al constituir entonces actos de trámite que impiden la continuación del procedimiento, o incurren en vicio de nulidad de pleno derecho. En aplicación de los artículos citados las Sentencias, entre otras, de 14 de abril y 18 de noviembre de 1971, 17 de abril, 30 de junio y 30 de diciembre de 1975, 30 de enero, 2 de julio y 6 de diciembre de 1976, 20 de enero y 13 de octubre de 1978, 26 de enero y 26 de febrero de 1979, 25 de enero, 26 de febrero, 13 de marzo y 17 de junio de 1980.

³ El artículo 57 de la Ley madrileña establece como procedimiento de tramitación y aprobación de los Planes Generales, sucintamente: a) Aprobación inicial por el Pleno del Ayuntamiento; b) Información pública por plazo no inferior a un mes y simultáneamente requerimiento de los informes preceptivos; c) Aprobación provisional por el Pleno del Ayuntamiento; d) Aprobación definitiva por el órgano competente de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio.

Su impugnabilidad ante la Jurisdicción contencioso administrativa viene posibilitada, además, por el criterio jurisprudencial de «admitir con la mayor amplitud las pretensiones frente a cualquier tipo de actuación de la Administración»⁴, y, en el caso que nos ocupa la vulneración de un derecho fundamental prima, como no puede ser de otra manera, respecto de la naturaleza de acto de trámite de la aprobación provisional.

Su carácter de acto de trámite no desmerece su importancia, máxime en un procedimiento de aprobación de un acto de naturaleza reglamentaria como son los planes generales, de manera que debe observarse el respeto estricto al procedimiento, pudiendo incurrir en caso contrario en nulidad de pleno derecho, si bien éste efecto se predica fundamentalmente de la ausencia de trámites de información pública y audiencia.

La naturaleza reglamentaria de los planes es sostenida por la inmensa mayoría de la doctrina y de la Jurisprudencia⁵.

No obstante, y sin desconocer el carácter reglado de las distintas fases que conforman el procedimiento de aprobación de instrumentos urbanísticos, existen fundamentos para sostener que la nulidad del acto de aprobación provisional no produce automáticamente en este caso la nulidad de la aprobación definitiva realizada con posterioridad.

Y ello por una serie de razones, algunas ya expuestas, como los limitados efectos de la Sentencia sobre el contenido sustantivo de la aprobación provisional y el carácter de trámite que ésta tiene.

A ello puede añadirse el principio de conservación de los actos jurídicos. En principio, la nulidad de un acto de los que integran el procedimiento determina la de los actos sucesivos del mismo, como consecuencia de la propia naturaleza del procedimiento cuyos actos que lo componen están vinculados entre sí. Se limitan los efectos de esta regla con la aplicación del principio de *favor acti*, de manera que la invalidez de un acto de trámite no implicará la de los sucesivos que sean independientes del primero y tampoco afectará a aquellos que, sin ser independientes del anulado, su contenido se hubiese mantenido igual de no haberse cometido la infracción (arts. 64 y 66 de la Ley 30/92).

⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*.

⁵ Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1986, 20 de mayo de 1999, 9 de febrero de 2000, entre otras muchas. Así como del propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 13 de mayo de 1986.

Esta línea han seguido las STS de 28 de julio de 1986 (RJ 1986/6897), 5 de marzo de 1988 (RJ 1988/1784), 9 de febrero de 1988 (RJ 1988/801) entre otras muchas.

Tal principio de conservación de los actos y trámites cuyo contenido se hubiese mantenido igual de no haberse cometido la infracción ha de aplicarse tanto en los casos de nulidad absoluta como de anulabilidad (STS de 4 de marzo de 2002).

Tiene tal principio como fundamentos tanto el criterio restrictivo en materia de nulidades, como las reglas de economía procesal, celeridad e interés público que son contrarias a dictar la retroacción de un procedimiento y exigir una nueva tramitación cuando, subsanada la falta, el acto definitivo permanecería el mismo.

Por otra parte, una aplicación rigurosa del requisito de la independencia del acto haría imposible la aplicación del principio de conservación, toda vez que el *iter* administrativo supone de por sí una cadena de actos para la consecución de un fin, por lo que debe ser atemperado por el principio de economía procesal e interés público.

Así, las SSTs de 14 de junio de 1993, 11 de mayo de 1983, y 10 de mayo de 1989, establecen que «es doctrina jurisprudencial la que, basándose en el principio de economía procesal, advierte sobre la improcedencia de declarar nulidades cuando el nuevo acto que se dicte una vez subsanado el posible defecto formal, haya de ser idéntico en sentido material al anterior, pues en la esfera administrativa ha de ser tratada la nulidad de actuaciones con mucha ponderación y mesura.»

Diversa Jurisprudencia establece los límites y requisitos de la apreciación de la conservación de los actos viciados. Así se ha apreciado respecto de los actos aplicativos y derivados de la disposición general que se declaró nula (S. Tribunal Superior de Justicia Cataluña núm. 123/2000 Sección 4.ª), de 19 diciembre, de la revocación de la resolución del expediente sancionador por defectos de forma (Sentencia Tribunal Superior de Justicia Andalucía, Sevilla), Sección 2.ª de 19 enero 2001, Defectos de forma en el Decreto de Alcaldía de aprobación de los presupuestos STS Sección 4.ª de 11 septiembre 1991, Actos dictados en aplicación de un Reglamento nulo pero cuya validez no necesitaba de desarrollo reglamentario, (S. Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª de 26 noviembre 1991), validez de una expropiación viciada una vez que las construcciones están completamente realizadas S. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª de 22 junio 1992) sobre vulneración del principio de irretroactividad en la concesión de licencias STS (Sección 4.ª de 5 marzo 1993), convocatoria de plazas para una fundación pública antes de la publicación Estatutaria Sentencia Tribunal Supremo Sección 7.ª de 25 abril 1994.

Ilustrativa de esta tesis resulta la Sentencia del TS de 27 de marzo de 1985; en ella el TS analiza la posible nulidad del acuerdo de dene-

gación de la aprobación provisional de un plan especial, tomado por el Pleno del Ayuntamiento, concluyendo que el acuerdo resulta válido aún sin el debido *quórum* legalmente exigido. Y ello porque «en la esfera administrativa ha de ser aplicada con mucha parsimonia y moderación la teoría jurídica de las nulidades, advirtiéndose que en la apreciación de supuestos vicios de nulidad debe ponderarse la importancia que revista, el derecho a que afecte, las derivaciones que motive, la situación y posición de los interesados en el expediente, y, en fin, cuantas circunstancias concurren».

Considera igualmente la Sentencia que se evita así una retroacción de actuaciones no aconsejable cuando de ella se prevén más pérdidas que beneficios pues conviene tener en cuenta la naturaleza del acto sometido a votación; las derivaciones que produciría una nulidad del mismo por razones de forma; más el material disponible para poder resolver la cuestión de fondo, con la convicción de que una reproducción de tal votación no alteraría el resultado final de la controversia.

Es presupuesto necesario por tanto la existencia de un acto posterior no viciado, que sustituya al acto de trámite que ha sido anulado. En nuestro caso el Ayuntamiento podría dictar una nueva aprobación provisional, subsanando las deficiencias en la convocatoria que fueron la causa de la nulidad del acuerdo tomado, debiendo permanecer el mismo contenido.

En otra ocasión, el propio Tribunal Supremo ha considerado que no existiría consecuencia directa entre la invalidez de los actos de aprobación inicial y provisional, como actos de trámite que son, con una nulidad de la subsiguiente aprobación definitiva. Así, en su Sentencia de 6 de abril de 1983 considera que:

«... y por lo que afecta al de la definitiva, no sólo tampoco resultaba impugnado, sino que, por otra parte, la circunstancia de ser su autor Órgano distinto de aquel frente al que exclusivamente se ejercitaba la acción, impedía e impide que, siquiera por vía de consecuencia, aunque prosperase el ataque a dichos actos de mero trámite, pudiera producirse la invalidez de los auténticamente resolutorios, creados por la Comisión Provincial de Urbanismo, a quien previamente no se demandaba.»

4. LA ACTUACIÓN DEL ENTE AUTONÓMICO DE TUTELA

La Comunidad Autónoma, a través del órgano que corresponda, está llamada a otorgar la aprobación definitiva, en el ejercicio de la facultad de control, pues aprobado provisionalmente el Plan General,

el expediente completo derivado de la instrucción del procedimiento en fase municipal será remitido a la Consejería competente en materia de ordenación urbanística a los efectos de su aprobación definitiva, si procede, por el órgano competente, conforme establece la Ley 9/2001 de 17 de julio del Suelo de la Comunidad de Madrid.

Su facultad de examen se extiende a los aspectos reglados del plan en todo caso y los aspectos discrecionales y de oportunidad en la esfera del interés supralocal.

Las determinaciones del plan que no inciden en materias de interés comunitario y sin trascendencia para intereses superiores pertenecen al ámbito estrictamente local, en virtud de su autonomía que proclama el propio artículo 140 CE.

Se trata así de un acto resolutorio, en el que la aprobación definitiva se configura como un control de legalidad, de acomodo del plan al ordenamiento urbanístico, y un control de oportunidad en relación con la coordinación con el resto de las Administraciones Públicas, de manera que el interés supralocal es la base del control de las Comunidades Autónomas respecto a los aspectos discrecionales⁶.

Son viables los controles tendentes a evitar la vulneración de las exigencias del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos tal como en este terreno las viene concretando la jurisprudencia —sentencias de 1 y 15 de diciembre de 1986, 19 de mayo y 11 de julio de 1987, 18 de julio de 1988, 23 de enero y 17 de junio de 1989, 20 de marzo, 30 de abril y 4 de mayo de 1990, etc.— mientras que no serán en cambio admisibles revisiones de pura oportunidad: en este terreno ha de prevalecer el modelo físico que dibuja el Municipio con la legitimación democrática de que le dota la participación ciudadana que se produce en el curso del procedimiento.

En cuanto a las determinaciones del planeamiento que tienen conexión con algún aspecto de un modelo territorial superior la relación entre el interés local y el supralocal es claramente predominante este último (STC 170/1989) resulta admisible un control de oportunidad en el que prevalece la apreciación comunitaria.

Con base en todo ello, el control de la aprobación definitiva se extiende a los aspectos formales del plan, es decir, al cumplimiento por parte de la entidad municipal del procedimiento que el ordenamiento jurídico establece para la aprobación de instrumentos urbanísticos, cuyo vicio podrá dar lugar a la denegación de la aprobación definitiva.

⁶ SSTS 24 de diciembre de 1990 (RJ 1990/10191), 12 de marzo de 1991 (RJ 1991/1988), 7 de octubre de 1997 (RJ 1997/7486), 15 de febrero de 1999 (RJ 1999/1473).

Así, en la cuestión que nos ocupa, la Comunidad de Madrid a través de la aprobación definitiva aprecia la incidencia del vicio formal sobre la validez del acto, de modo que puede concluirse que el nuevo acuerdo del Ayuntamiento aprobando una nueva aprobación provisional convocada en forma y con el mismo contenido sustantivo, se somete como tal acto al examen de la Comunidad Autónoma, que puede entender subsanado el defecto o no, pues entra dentro de la esfera de sus facultades de control.

La Comunidad Autónoma podría pronunciarse en sentido negativo, es decir, no dar validez al nuevo acuerdo municipal de aprobación provisional, decisión que tendría su base en los propios efectos de la Sentencia dictada y en el rigor legal de la nulidad de la anterior aprobación provisional, dictada violando derechos fundamentales.

Sin embargo, defendemos la tesis contraria, que está sustentada no solamente por el principio de conservación de actos y trámites, sino además por propias razones de economía procesal, habida cuenta que si, como sucede en este caso, una decisión administrativa de fondo es correcta no obstante la existencia de defectos de forma o inadecuación de los trámites que condujeron a la misma, carecería de sentido repetir el procedimiento viciado o improcedente sabiendo de antemano que la decisión final es ajustada a Derecho, ya que la eficacia con que actúa la Administración Pública (art. 103.1 de la Constitución) y la celeridad a la que está sometida expresamente el procedimiento administrativo por el artículo 74.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, son los pilares del principio de economía procesal y el propio interés público, al que es contraria la repetición inútil de la tramitación de un expediente.

Con ello entendemos que no se violenta el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes, es decir, que no supone un fraude a la Sentencia la aprobación de un nuevo acto, convocado en forma, que sustituya al anulado judicialmente, y que tenga el mismo contenido.

Sin embargo las Sentencias se dictan para que produzcan efectos jurídicos, de manera que, por una parte, se priva de tales efectos si el Fallo judicial ha anulado un acto y se dicta un nuevo acto que lo sustituya. Según esta tesis, cuando la anulación se produce por Sentencia no se puede otorgar efectos retroactivos al acto dictado en sustitución del anulado y con el mismo contenido que éste, pues ello supone dejar vacío de contenido el efecto anulador de la Sentencia, privando de efectividad al Fallo⁷.

⁷ En este sentido María José Alonso Mas, «La ejecución de las Sentencias anulatorias de actos administrativos por falta de motivación» (comentario a la Sentencia TC 83/2001 de 26 de marzo), en *Revista de Administración Pública*, núm. 160.

No obstante entendemos que no puede en nuestro caso aplicarse tal doctrina, y negar la posibilidad de dictar un acto administrativo en sustitución de otro anulado. La aprobación provisional se anula en Sentencia por la vulneración del derecho fundamental contenido en el artículo 23 CE, por no remitir a los Concejales toda la información precisa para ejercer su derecho de voto en los asuntos públicos. La interpretación del Fallo ha de hacerse conforme a las propias pretensiones de los recurrentes, a la finalidad del propio objeto del proceso, que no es proceder a la nulidad del acto, lo cual es la consecuencia, sino respetar su derecho fundamental atacado, que constituye la causa.

La aprobación de un nuevo acto que sustituya al anterior, realizado esta vez por los cauces legales y con todas las garantías no supone la quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva ni debe dar lugar a la imposibilidad de otorgar validez, dentro del procedimiento de aprobación de instrumentos urbanísticos, al nuevo acto dictado.

5. EL PROBLEMA DE LA ADAPTACIÓN A LA LEY 9/2001 DE 17 DE JULIO DEL SUELO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

La Disposición Transitoria Tercera de la Ley 9/2001 establece que: «Los proyectos de Planes Generales de Ordenación Urbana o de Normas Subsidiarias del Planeamiento Municipal, así como sus modificaciones o revisiones, que en el momento de entrada en vigor de la presente Ley, habiendo cumplido los trámites exigidos por la legislación aplicable, estuvieran ya aprobados provisionalmente y estuvieran pendientes únicamente de su aprobación definitiva, podrán ser objeto de ésta conforme a la legislación a tenor de la cual fueron elaborados».

No cabe duda que, en rigor, la nulidad declarada por la Sentencia sobre la aprobación provisional hace este acto inexistente, y por tanto, la nueva aprobación provisional será un acto *ex novo* que debería encontrarse adaptado a la nueva Ley ya que se dicta en el período de su vigencia.

No obstante, y siendo exigible al Ayuntamiento la adaptación de la aprobación provisional que pretenda aprobar a la legislación de suelo vigente, un criterio de coherencia posibilitaría que la Comunidad Autónoma admita el acuerdo municipal de aprobación provisional que, convocado en forma, tuviera el mismo contenido que el que en su día sirvió de base a la vigente aprobación definitiva del PG del municipio.

Y ello porque resultaría contradictorio sostener admisible la conservación de la aprobación definitiva acordada en su día, una vez dictado un nuevo acto de aprobación provisional respetando los trámites

legales y con idéntico contenido, con la exigencia de adaptación de la aprobación provisional a la nueva Ley del Suelo, pues ello supondría la ineficacia sobrevenida del Plan General, y la necesidad de tramitarlo de nuevo.

6. CONCLUSIONES

La nulidad de la aprobación provisional del plan general acordada en la Sentencia no produce de manera automática una nulidad sobrevenida de la aprobación definitiva del mismo Plan, dictada con anterioridad al Fallo judicial.

Resulta necesario ponderar y valorar las circunstancias de cada caso, que, en el presente, se concretan en dos fundamentales. Primero, en la propia naturaleza de la Sentencia, dictada en materia de protección de derechos fundamentales, y que procede a anular un acto por vicio de forma sin entrar en su contenido. Y en segundo lugar, la ponderación del interés público, que llama a una aplicación del principio de conservación de los actos jurídicos, de manera que, producida la anulación del acto de aprobación provisional por los motivos expuestos, es posible sustituirla por un nuevo acuerdo que tenga el mismo contenido sustancial que el anulado y que respete el derecho fundamental conculcado (es decir, convocado en forma el órgano para su adopción), evitando así la necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de aprobación del Plan General.

Con ello no se quebranta el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes, que han visto cómo su pretensión ha dado lugar a la anulación del acto, y cómo, igualmente, se ha respetado en el nuevo acto dictado su derecho fundamental que la Sentencia consideró infringido.

Por último, la Comunidad de Madrid, como ente de tutela en el ámbito urbanístico, tiene plena potestad para considerar ajustado a Derecho el nuevo acuerdo de aprobación provisional que venga a sustituir al anterior anulado, pues siendo competente para adoptar la aprobación definitiva, también lo es para ejercer sus facultades de tutela respecto del procedimiento de aprobación del Plan General.

legales y con idéntico contenido, como consecuencia de la declaración de nulidad de la aprobación provisional del Plan General de Ordenación del Territorio por sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo, que anuló la Sentencia por la vulneración del derecho fundamental de información previsto en el artículo 23 CE por no remitir a los Concejales toda la información precisa para ejercer su derecho de voto en los asuntos públicos. La interpretación del Fallo ha de hacerse conforme a las conclusiones de las sentencias de los recurrentes, a la finalidad propia del proceso, a la naturaleza de la aprobación provisional del Plan General de Ordenación del Territorio y a la naturaleza de los actos administrativos que se dictan en virtud de la aprobación definitiva del mismo Plan, dictada conforme a la Ley 17/1987, de 13 de junio, de acceso a la información pública.

La nulidad de la aprobación provisional del Plan General de Ordenación del Territorio conlleva la nulidad de los actos administrativos que se dictan en virtud de la aprobación provisional del Plan General de Ordenación del Territorio, en tanto que estos actos administrativos se dictan en virtud de la aprobación provisional del Plan General de Ordenación del Territorio, y no en virtud de la aprobación definitiva del mismo Plan, dictada conforme a la Ley 17/1987, de 13 de junio, de acceso a la información pública.

La nulidad de la aprobación provisional del Plan General de Ordenación del Territorio conlleva la nulidad de los actos administrativos que se dictan en virtud de la aprobación provisional del Plan General de Ordenación del Territorio, en tanto que estos actos administrativos se dictan en virtud de la aprobación provisional del Plan General de Ordenación del Territorio, y no en virtud de la aprobación definitiva del mismo Plan, dictada conforme a la Ley 17/1987, de 13 de junio, de acceso a la información pública.

No cabe duda que, en rigor, la nulidad declarada por la Sala IV del Tribunal Supremo, la Comunidad de Madrid, como consecuencia de la declaración de nulidad de la aprobación provisional del Plan General de Ordenación del Territorio, conlleva la nulidad de los actos administrativos que se dictan en virtud de la aprobación provisional del Plan General de Ordenación del Territorio, en tanto que estos actos administrativos se dictan en virtud de la aprobación provisional del Plan General de Ordenación del Territorio, y no en virtud de la aprobación definitiva del mismo Plan, dictada conforme a la Ley 17/1987, de 13 de junio, de acceso a la información pública.

Y ello porque resultaría contradictorio sostener admisible la conservación de la aprobación definitiva acordada en su día, una vez dictado un nuevo acto de aprobación provisional respetando los trámites

GESTIÓN PÚBLICA Y NUEVAS ESTRATEGIAS DIRECTIVAS

POR
JUAN B. LORENZO DE MEMBIELA

DOCTOR EN DERECHO
LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

SUMARIO: I. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO. II. EL PRINCIPIO DE EFICACIA COMO FUNDAMENTO DE LA ORGANIZACIÓN Y DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA. LA potestad organizativa. III. EL PRINCIPIO DE JERARQUÍA COMO SUSTRATO DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA. Principio de jerarquía y la teoría de las situaciones administrativas de los funcionarios públicos. IV. EL DEBER DE OBEEDIENCIA DEL FUNCIONARIO Y LA GRAVE DESCONSIDERACIÓN AL SUPERIOR COMO MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTORIDAD. LA OBEEDIENCIA DEBIDA Y LA GRAVE DESCONSIDERACIÓN A LOS SUPERIORES. 1. Aspecto penal. 2. Aspecto administrativo-disciplinario de la desobediencia al superior. 3. Aspecto administrativo-disciplinario de la desconsideración con los superiores. a) Elementos del ilícito administrativo. b) Cualificación de la culpabilidad. c) Grave desconsideración y derecho a la libertad de expresión. d) El exceso en la crítica como cualificación del ilícito. e) Desconsideración a los superiores por medio del correo electrónico.

I. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO

Hoy en día la gestión pública se haya mediatizada por la explosión del *management directivo*, intentando superar anquilosados modos gestores yuxtaponiéndose a un curioso fenómeno cual es la creciente devaluación del principio de autoridad, teóricamente recocado a los responsables públicos. Este hecho es palpable con mayor virulencia en la Administración periférica en donde los he podido verificar, y en donde, en ocasiones, la *razón del derecho* se somete a la *razón de la oportunidad* en pos del mantenimiento del *buen orden gestor* o del mantenimiento de la *apariencia de la normalidad gestora*.

Se produce en esos supuestos una colisión de intereses evidente, en donde el interés público residenciado en el titular del órgano administrativo se enfrenta a situaciones particularizadas reacias a cambios que supongan una pérdida o devaluación de su influencia o estatus dentro de la organización. Todo cambio estructural implica una modificación del medio y, ante ello, los sujetos afectados pueden

adoptar distintas actitudes, desde la omisiva, prácticamente constituyendo una dejación de funciones, sin mayor repercusión administrativa aunque parezca insólito, hasta la más activa, que podrá ser ofensiva y grosera, persiguiendo crear una *alarma* en el centro laboral. La solución a estos conflictos individuales o plurales, según los casos y, dependiendo del ámbito subjetivo de aplicación, no suele ser otra, en el mayor número de ocasiones, que declinar la decisión directiva adoptada y retrotraer actuaciones con la consiguiente pérdida de autoridad y credibilidad —liderazgo— en la dirección del organismo administrativo. Ésta es una solución pragmática no jurídica. Oportunista pero no efectiva. Retrógrada que no progresista. Deslegitimadora y preliminar de una progresiva descomposición de los fines de toda Administración.

Ante esta situación existirán directivos que afronten estos desafíos pero la gran mayoría replegarán las ansias modernizadoras entregándose al paio de la burocracia organizacional, dejándose llevar por el dulce aroma de la *normalidad gestora* e impidiendo con ello los cambios incentivadores de la eficiencia y eficacia del servicio público, tanto desde un prisma administrativo¹ como del elemento humano de la organización. Ello frustrará, ralentizará en todo caso, la evolución de la Administración en beneficio y provecho de los ciudadanos. Y es que no debemos olvidar que la forma de provisión de los puestos directivos es la libre designación, que si bien posee indudables ventajas², tiene como inconveniente su frágil estabilidad.

Este artículo persigue fundamentar y potenciar la potestad directiva como mecanismo esencial de modificación de formas anticuadas de organización y como cauce de transformación de estructuras implantando nuevos retos directivos que exigen una Administración moderna.

II. EL PRINCIPIO DE EFICACIA COMO FUNDAMENTO DE LA ORGANIZACIÓN Y DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA

Desde un aspecto jurídico-constitucional, el problema de la eficacia de la Administración está atribuido al Parlamento. Es esta institución la que en representación de los ciudadanos puede demandar esta exigencia, particularmente en lo referente a los medios financieros

¹ En la acepción empleada por COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 33, que engloba las actividades gestora, ejecutiva, normativa y jurisdiccional.

² LORENZO DE MEMBIELA, «La libre designación como medio de optimizar la eficiencia y eficacia de los servicios públicos», *Actualidad Administrativa*, 2004, 5, pp. 531 y ss..

que facilite a la Administración para la consecución de esos fines³. El Parlamento proporciona los medios y el Gobierno los organiza para alcanzar una óptima gestión. Como apunta el profesor MORELL OCAÑA, la fiscalización de la eficacia administrativa no está atribuida a los ciudadanos, no se encuentra en el sistema de garantías que el Derecho público instaura al servicio de los mismos. Esa responsabilidad únicamente es exigida por el Congreso y es enteramente política pues el interés del ciudadano es *simple* no susceptible de amparo jurisdiccional ante los órganos contenciosos administrativos⁴.

Desde un aspecto directivo, dentro de lo que es la responsabilidad del Gobierno, la eficacia de la Administración no es un problema de recursos financieros sino, principalmente, de talentos humanos: de gestores comprometidos con la implantación de nuevas estrategias directivas y de funcionarios motivados con la idea de servicio al ciudadano.

El artículo 103.1º de la CE sanciona la eficacia como principio organizativo de la Administración perteneciendo a lo que se ha denominado ética de la Administración Pública como institución⁵. Sin embargo, en la forma de incentivar esa eficacia diferenciamos en la doctrina una distinta valoración: frente a la tesis mantenida por CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR⁶ apuntando que el servicio a los intereses generales, a los que está llamada constitucionalmente toda organización administrativa, condiciona de manera esencial el mismo significado y contenido de la eficacia aplicada a la actuación de la Administración y la hace insusceptible de ser equiparada, sin más, a la eficacia en el funcionamiento de las organizaciones privadas. MARTÍN MATEO⁷, entre otros⁸, admite la aplicación de técnicas empresariales privadas como medio de optimizar la eficacia administrativa, ese cauce se haya en el empleo de la estrategia de la calidad total emprendidas en la Administración General a partir de 1991 por medio del Plan de Modernización de la Administración del Estado y que están culminando estos

³ MORELL OCAÑA, *Derecho de la Organización Administrativa*, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1988, p. 15 y MARTÍN MATEO, *Manual de Derecho Administrativo*, 12.ª Edic., Trivium, Madrid, 1989, pp. 82-3.

⁴ Sin olvidar los daños ocasionados por esa ineficacia administrativa y que generen responsabilidad patrimonial a la Administración.

⁵ MORELL OCAÑA, «La objetividad de la Administración Pública y otros componentes de la ética pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2001, 111, pp. 347 y ss. y COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, cit., p. 175.

⁶ CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, «Sobre la potestad autonómica de autoorganización», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1991, 71, pp. 317 y ss..

⁷ MARTÍN MATEO, *Manual de Derecho Administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 58.

⁸ Cabe destacar lo señalado por García-Trevijano-Fos, en *Tratado de Derecho Administrativo*, t.I, EDERSA, Madrid, 1964, p. 185, que la Administración Pública y la empresa privada se rigen por unos mismos principios: eficacia y productividad.

últimos años con la implantación progresiva del EFQM en diversas Administraciones, principalmente en los organismos dependientes de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, entre otros. En este sentido la LOFAGE de 1997 avanza significativamente en la acotación de lo que debe entenderse como eficacia administrativa enumerando algunos principios de funcionamiento esenciales contenidos en su artículo 3.2.⁹

Cabe distinguir entre un *principio de eficacia*, artículo 103.1.º de la CE, artículo 3.1.º de la Ley 30/1992 y 3.2.º.a) de la LOFAGE y un *principio de eficiencia*¹⁰, artículo 3.2.º de la Ley 30/1992 y artículo 3.2.º.b) de la LOFAGE referido a una adecuada política de gasto en relación con el servicio prestado, concretamente la Ley utiliza la perífrasis: *Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos*. La eficiencia y la eficacia son conceptuados como principios de funcionamiento por la LOFAGE, mientras que en la Ley 30/1992, el artículo 3.1.º califica a la eficacia como principio y en el artículo 3.2.º la eficiencia como criterio.

La eficiencia, según algunos autores, es sucesora del antiguamente denominado *principio de economía* rescatado por la LOFAGE y ubicándolo como *principio de funcionamiento*¹¹. Sin embargo hoy, a la vista de las nuevas tendencias gestoras, la eficiencia debe poseer un contenido más amplio comprensivo no sólo del aspecto financiero, sino de cualesquiera otros procedimientos que contribuyan a la consecución de la eficacia administrativa, entre ellos, los afectantes a las técnicas gestoras que mejoren la productividad del servicio y la calidad del mismo. Junto a éstos, las políticas de motivación del personal que inciden muy directamente en el rendimiento laboral y en la forma y modo en que los diferentes servicios son dispensados.

Por obvio, y en tanto pertenece a la propia gnoseología de la Administración Pública, no debe desconocerse que la eficiencia y eficacia deben ser adjetivos del sustantivo principal: el servicio para el ciudadano en función de sus necesidades colectivas consecuencia de constituirnos en un Estado social y democrático conforme al artículo 1.1.º de la CE. Como apunta RODRÍGUEZ-ARANA, la Administración ya no es dueña del interés público sino que está llamada, por su inserción

⁹ LORENZO DE MEMBIELA, *Eficacia y organización en la estructura burocrática de la Administración Pública*, 2003, 26, pp. 651 y ss..

¹⁰ Alejándonos de los planteamientos muy acertados contrastados por González Pérez y González Navarro, en *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, t. I, 3.ª Edic., Civitas, Madrid, 2003, p. 301, en torno a considerar a la eficacia como *principio* (calificado así por la CE y la Ley 30/1992) y como *criterio de actuación* (calificado de este modo por el art. 3 de la LOFAGE).

¹¹ COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, cit., p. 175.

en el Estado social y democrático de Derecho, a articular una adecuada intercomunicación con los agentes sociales para redefinir las políticas públicas¹².

La Exposición de Motivos de la LOFAGE es determinante al declarar que el servicio a los ciudadanos es el principio básico que justifica la existencia de la Administración y que debe presidir su entera actividad. Pero también, el artículo 3.1.º *in fine* y 5.º de la Ley 30/1992 en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, declara como principios generales informadores de la actuación administrativa los de confianza legítima de los ciudadanos, de transparencia y de participación.

El interés social de los ciudadanos radica en que la gestión administrativa sea de calidad¹³, término éste que engloba diversos aspectos pertenecientes al modo y forma en cómo los servicios son dispensados, persiguiendo, en suma, que la Administración se sitúe en una misma posición horizontal y no vertical con el administrado o cliente, ofreciendo productos y tramitándolos óptimamente.

Tanto en la Unión Europea como en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, las Administraciones Públicas de los países integrantes propusieron la modificación de sus políticas gestoras a través de la adopción de la calidad como vehículo para avanzar en la mejora de sus servicios. Esta gestión se orienta a la obtención de resultados acordes con lo que los ciudadanos esperan, pero también en la mejora continua del servicio ofertado a partir de la evaluación de los resultados obtenidos en función de los objetivos establecidos y del servicio dispensado a los usuarios.

Lo que se persigue, según apunta la Exposición de Motivos del Real Decreto 1259/1999, de 16 julio, que Regula las cartas de servicios y los premios a la calidad en la Administración General del Estado, es conseguir una organización administrativa más flexible adaptándose a las necesidades de los ciudadanos, obligando a los responsables de los órganos a su transformación dinámica para una mejor prestación del servicio.

¹² RODRÍGUEZ ARANA, *Reforma Administrativa y Estado de bienestar*, Actualidad Administrativa, VII, en http://authn.laley.net/ra_admoc/admo.html.

¹³ El término *calidad* tal y como señala VILLORIA MENDIETA, en *La modernización de la Administración como instrumento al servicio de la democracia*, Inap, Boe, Madrid, 1996, pp. 137-8, admite diversas definiciones: Para Juran y Gryna —*Juran's Quality Control Handbook*, McGraw Hill, New York, 1988— consiste en satisfacer los objetivos de las distintas personas a las que va dirigido el servicio. Para la Organización Europea para el Control de la Calidad y la Sociedad Americana de Control de la Calidad, es la capacidad para satisfacer las necesidades declaradas o implícitas. Para Tribus, citado por Bovaird, en «Gestión de la calidad total e indicadores del rendimiento en el sector público: Un enfoque internacional», en *La productividad y la calidad en la gestión pública*, Escuela Gallega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1995, no ofrece una definición positiva de la calidad sino negativa, referida a su ausencia, entendiéndose que debe ir vinculada a una *participación emocional del cliente* en el producto o servicio que se le ofrece.

Interesa resaltar el importante papel que *todos* los gestores administrativos poseen en la perseguida y ansiada modificación de esa actividad.

Cuando se proclama, apunta SAINZ MORENO, la necesidad de una Administración eficaz y eficiente se indica que la Administración debe estar organizada y dotada de medios jurídicos y materiales para el mejor, más rápido y económico servicio de los intereses generales definidos por el ordenamiento jurídico¹⁴. La eficacia como principio pertenece a las relaciones internas de la Administración y por ello su íntima conexión con su potestad organizativa.

La potestad organizativa

Esta potestad es un poder de creación, configuración, modificación y supresión de entes y órganos; determinación de sus capacidades y competencias y relaciones recíprocas, así como su dotación en medios personales y materiales¹⁵. O bien, como el conjunto de facultades que cada Administración ostenta para configurar su estructura, de autoorganizarse¹⁶. Descriptivamente, GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS¹⁷, definen la potestad organizativa en estrecha conexión con el principio de eficacia del artículo 103.1º de la CE, definiéndola como la capacidad de las Administraciones para estructurar su organización —manifestación estructural— y gestionar los medios al servicio de la misma —manifestación funcional— para el más eficaz cumplimiento de su función de servicio a los intereses generales. Sin embargo estas definiciones, no debemos creer que el ejercicio de esta potestad se encuentra libre de condicionantes, por ello, esta potestad es más simbólica que efectiva: La Administración Pública es ante todo un resultado histórico, producto de una evolución. Ya Santamaría Pastor¹⁸ denunciaba la limitación autoorganizativa que posee la Administración en cuanto a su estructura y a su elemento humano, pues ello ocasionaría problemas insolubles. La

¹⁴ SAINZ MORENO, «Principios y ámbito de aplicación de la LAP», en *Administraciones Públicas y Ciudadanos* (Estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), coord. Pendás García, Praxis, Barcelona, 1993, p. 131.

¹⁵ PAREJO ALFONSO, *La Organización administrativa en general*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 1982, p. 28.

¹⁶ PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, t. II, en «Organización y empleo público», Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 15.

¹⁷ GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 114.

¹⁸ SANTAMARÍA PASTOR, *El personal al servicio de la Administración Pública*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 1982, pp. 77-8.

opción ofrecida es la de hacer simples *reajustes* que permitan adecuar el personal existente en cada momento a los fines volubles de la Administración Pública.

De los amplios matices de esta potestad organizativa, quiero concretarla en la reconocida a los órganos administrativos periféricos, estructura directiva básica (mucho más reducida en potestades que la atribuida a los órganos superiores de la Administración), y concretarla a las funciones que forman su núcleo de responsabilidad: dirección, planificación, coordinación y control.

III. EL PRINCIPIO DE JERARQUÍA COMO SUSTRATO DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

La jerarquía es un principio de organización que establece una ordenación específica de diversos órganos con la misma competencia material en el seno de una organización produciendo relaciones orgánicas de subordinación y dependencia entre ellos¹⁹. Opera en las relaciones internas de una organización.

Su origen deriva del Derecho canónico en el que se perfila como gradación entre los sujetos eclesiásticos con determinada potestad de orden, magisterio o jurisdicción. Una vez instaurado el constitucionalismo se implanta en el poder ejecutivo como principio organizativo.

Ha sido admitida por la doctrina la definición del principio dada por ENTRENA CUESTA definiéndolo como la especial estructuración que se efectúa de los distintos órganos de un mismo ramo de la Administración dotados de competencia propia, mediante su ordenación escalonada, en virtud de la cual los superiores podrán dirigir y fiscalizar la conducta de los inferiores, resolviendo, en su caso, los conflictos entre los mismos, al objeto de conseguir la unidad en la actuación de todos ellos²⁰.

La organización jerárquica consiste en un doble orden de operaciones, unas atinentes a dividir entre las unidades orgánicas que integran cada escalón o nivel horizontal (departamentalización) y entre los puestos de trabajo que integran cada unidad (distribución o reparto de tareas); otras, que establecen relaciones de autoridad-responsabilidad (jerarquización)²¹.

¹⁹ PAREJO ALFONSO, *La Organización administrativa en general*, cit., p. 75-6.

²⁰ Vid. ENTRENA CUESTA, «Curso de Derecho Administrativo», en *Organización administrativa*, v. I/2, 12.ª Edic., Tecnos, Madrid, 1998, p. 75 y CAZORLA PRIETO, *Temas de Derecho Administrativo*, 3.ª Edic., Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1983, p. 526.

²¹ GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, cit., pp. 331-2.

Los presupuestos de la jerarquía son: a) pluralidad de órganos con competencia material coincidente de modo total o parcial y escalonados por razón del grado en la estructura organizativa; y b) reconocimiento de la prevalencia de la voluntad del órgano de grado superior sobre la del grado inferior en relación con un mismo asunto.

Dado el objeto de estudio centraremos la problemática en ese segundo aspecto: la determinación de las relaciones de autoridad-responsabilidad; lo que obliga a definir el contenido de la relación jerárquica, desplegándose un amplio elenco de facultades, entre ellas destacamos²²:

- a) El poder de impulso de la actividad de los órganos inferiores y la dirección de la misma, artículo 21 de la Ley 30/1992.
- b) El poder de inspección y de vigilancia sobre la actividad de los inferiores, artículo 79 de la Ley 30/1992.
- c) El poder de suplir a los titulares de los órganos inferiores.
- d) El poder de operar transferencias en el ejercicio de competencias respecto a los órganos inferiores, artículos. 13 y 14 de la Ley 30/1992.
- e) El poder de control sobre la actuación de los órganos inferiores, artículo 79 de la Ley 30/1992.
- f) El poder de resolución sobre conflictos de atribuciones de los órganos inferiores, artículo 20 de la Ley 30/1992²³.
- g) La facultad disciplinaria sobre los titulares y funcionarios de su órgano²⁴.

Todas estas facultades tienen su reverso en el deber de respeto, obediencia y acatamiento de las órdenes dadas a los inferiores.

Sin embargo, en los últimos años somos testigos de una profunda devaluación del principio de jerarquía con un desprecio nada disimulado a preservar su operatividad. Las razones obedecen a distintas causas: sociológicas, políticas o sindicales. Una inercia difícil de tratar por lo que supone de vigorizar lo que *a priori* se presume rechazable obviando que la Administración es una organización jerárquica, en donde la estructura piramidal de mando es innata a su propia existencia y a sus antecedentes históricos. El resultado no puede ser otro que remitirse a los imperecederos y confortables modos gerenciales clásicos

²² Cfr. MORELL OCAÑA, Derecho de la Organización Administrativa, cit., pp. 96-7 y GONZÁLEZ PÉREZ Y GONZÁLEZ NAVARRO, Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, cit., pp. 335-6.

²³ PAREJO ALFONSO, La Organización administrativa en general, cit., p. 78 y Entrena Cuesta, Curso de Derecho Administrativo, cit., pp. 76-7.

²⁴ Vid., PARADA VÁZQUEZ, Derecho Administrativo, cit., p. 38.

cos en donde el director más que gestor y titular ejercita una práctica delegación de sus funciones a los mandos intermedios del órgano.

Parada Vázquez, referencia este fenómeno determinando como motivo el rechazo de lo jerárquico en beneficio de la coordinación y cooperación buscando el consenso. Junto a ello la debilidad de una potestad disciplinaria inoperativa e incluso en ocasiones, deficiente, lo que ocasiona un atentado a la existencia de esta potestad y proporciona, para el estudioso de la organización, de modo significativo, una idea de lo que el principio de jerarquía importa a los titulares del mismo.

GONZÁLEZ PÉREZ²⁵ recogiendo la tesis de Alejandro Nieto denuncia la ignorancia existente hoy entre *jerarquía* y *dictadura* confusión explicada por el rechazo que causa aquella, proscrita implacablemente del mundo de los valores en uso.

Esta situación queda evidenciada en nuestro ordenamiento, concretamente en el CP: los antecedentes legislativos del ilícito penal que castiga la desobediencia de funcionario público, vigente artículo 410, se inclinaban más hacia el principio de autoridad o jerarquía que el de legalidad junto a una tolerancia con el funcionario que cumple órdenes sabedor que éstas son ilegales²⁶. Hoy en cambio, el sometimiento al principio de legalidad es un mandato constitucional, artículo 25 de la CE, habiéndose desbordado su interpretación jurídica y judicial con un preocupante quebranto al principio jerárquico del artículo 103 de la CE.

Bajo esta situación la búsqueda de acuerdo entre las partes puede resultar en ocasiones peligroso, si a eficacia nos referimos, cuando el mismo no se alcanza y cuando la psicología del funcionario rechaza *a priori* las órdenes dadas por el superior, máxime cuando ve frustradas sus expectativas o intereses. No olvidemos que cualquier organización, en el ámbito periférico, cualquier Dirección, Delegación o Jefatura Provincial —sirva como ejemplo clarificador—, está compuesta por diversas unidades administrativas con un número determinado de personal adscrito a las mismas. Esa diversificación de unidades no favorece concebir y asumir a la Dirección como órgano único sino como suma de distintas unidades estancas con gestiones diferenciadas. Esta premisa, muy frecuente, y la imposibilidad de integrarlas en un proyecto unitario —sobre todo cuando el gestor carece de compe-

²⁵ GONZÁLEZ PÉREZ Y GONZÁLEZ NAVARRO, Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, cit., pp. 333 con remisión a Alejandro Nieto, en La jerarquía administrativa, Documentación Administrativa, 1992, 229, p. 12.

²⁶ Vid. QUINTERO OLIVARES Y VALLE MUÑIZ, Comentarios a la parte especial del Derecho Penal, 1.ª Edic., Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 1153.

tencias para ordenar la composición de su equipo directivo, caso frecuente en la Administración periférica como sabemos— es causa del fracaso directivo y del fracaso de las estrategias desplegadas para alcanzar los objetivos públicos asignados.

La jerarquía refuerza el principio de autoridad protegiendo el interés general. No es extraño entonces que frente al marco jurídico de los trabajadores sometidos al Estatuto de los Trabajadores, a los funcionarios, que poseen garantías plenas de permanencia en su empleo, se les impongan límites a sus actuaciones subordinando lo que podría calificarse como *derechos particulares* a la obligación de gestionar objetivamente los intereses generales o el llamado *deber público cualificado* como previene el artículo 103.1º de la CE a través de la jerarquía.

La jerarquía, según GARCÍA TREVIJANO es un criterio general de aplicación y estructuración de la función pública. Presupuesto de orden orgánico de coordinación y subordinación permanente, se erige en sustrato de la relación de sujeción especial del funcionario público, que fundamenta posteriormente la potestad disciplinaria. No olvidemos que la determinación del régimen funcional, con los derechos y deberes de los funcionarios públicos es una cuestión de organización. Se derivan de estas definiciones dos vertientes esenciales para calibrar la dimensión de este principio: la primera, vertebrada el principio de eficacia administrativa como elemento teleológico de cualquier organización pública; segunda: justifica la potestad organizativa y directiva de la Administración Pública.

Principio de jerarquía y la teoría de las situaciones administrativas de los funcionarios públicos

Una justificación más del principio de jerarquía en la organización administrativa es la que la une a la especial situación del funcionario dentro de la Administración: la teoría de las *sujeciones especiales*. Como apunta Fleinner, el fin público que fundamenta toda relación especial de poder supone, automáticamente, la restricción de los derechos personales y cívicos de todo interesado. Por ello, la jerarquía da soporte a la relación de especial sujeción que posee el funcionario, siempre, con sus superiores.

Hoy en día, sin embargo, la teoría de las sujeciones especiales causa intensos debates dada la eficacia de los derechos fundamentales reconocidos en la CE: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ sostiene una nueva construcción sobre la concurrencia de los preceptos constitucionales; MOREY OCAÑA, inspirándose en los postulados de MAYER,

defiende la subsistencia de estas relaciones especiales si bien acotándolas a un campo propio de actuación y reconociendo sus limitaciones de concepción; GALLEGO ANABITARTE reconoce la influencia decisiva de los principios de legalidad y de reserva material de ley; GARCÍA MACHO defiende la continuidad de la categoría de relaciones de especial sujeción ya que de este modo se desprende de las limitaciones o restricciones que en materia de derechos fundamentales introduce la Constitución Española en relación a determinados colectivos pero también fundamenta su existencia. FUERTES SUÁREZ, que si bien admite la existencia de derechos fundamentales de los funcionarios públicos, aquéllos se encuentran matizados, no limitados por el principio de jerarquía normativa. Por último, MARTÍNEZ DE PISÓN, las justifica por el hecho de que las necesidades organizativas no suponen una restricción de derechos fundamentales. Los derechos constitucionalmente garantizados no suponen un bloque homogéneo aplicable apriorísticamente a todos por igual, dado que el principio constitucional de igualdad debe ponderarse con otras posiciones jurídicas dignas también de protección.

Quizás sea ésta la posición ecléctica necesitada para fundamentar la pervivencia de todas las instituciones que se derivan de ese acto condición, entre ellas, los principios de autoridad y jerarquía. Esta tesis también es compartida por Embid Irujo con remisión, en el específico estudio citado, a la STC de 10 de octubre de 1983, cuyo FD segundo dice:

«El fondo del asunto consiste en la ponderación del ejercicio que un funcionario público ha hecho de determinados derechos que la Constitución le reconoce. En una primera etapa del constitucionalismo europeo, simultánea a la construcción de un modelo de burocracia creciente, pero no debidamente racionalizada, solía exigirse a los funcionarios públicos una fidelidad silente y acrítica respecto a instancias políticas superiores y, por consiguiente, una renuncia (cuando no se regulaban prohibiciones expresas) al uso de determinadas libertades y derechos, todo lo cual había de admitirse si no quería el funcionario caer en la temida situación del cesante. En la actualidad, y en concreto en nuestro país, al menos a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, la situación es muy distinta. Conquistas históricas como la racionalización del ingreso en la función pública, como la inamovilidad del funcionario en su empleo, así como la consagración constitucional de los principios del artículo 103.1 y 3 y la de los derechos de los artículos 23.2, 20.1, a), y 28.1 CE, que luego analizaremos, son factores que de forma convergente contribuyen a esbozar una situación del funcionario en orden a la libertad de opinión y a la de sindicación mucho más próxima a la del simple ciudadano. También éste en el ejer-

cicio de sus derechos fundamentales y libertades públicas encuentra límites, pues ningún derecho carece de ellos, pero el funcionario se encuentra, además, con otros límites derivados de su condición de tal [...]».

IV. EL DEBER DE OBEDIENCIA DEL FUNCIONARIO Y LA GRAVE DESCONSIDERACIÓN AL SUPERIOR COMO MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTORIDAD

El artículo 79 de la LF de 1964 prevé que los funcionarios deben respeto y obediencia a las autoridades y superiores jerárquicos y acatar sus órdenes con exacta disciplina [...]. Dos son los aspectos que encierra este artículo; uno objetivo, obedecer las órdenes dadas por el superior y otro subjetivo, el respeto y la consideración debida que debe el inferior al superior. Ambos elementos cooperan a que la jerarquía y la autoridad sean operativos en la organización pública.

La obediencia y respeto del funcionario queda plasmada en el estatuto jurídico de los funcionarios públicos poseyendo una doble protección: una disciplinaria, con un doble aspecto, a través del RRDFAE de 1986, considerando falta grave: artículo 7.1º.a): *La falta de obediencia debida a los superiores y autoridades* y artículo 7.1º.e): *La grave desconsideración con los superiores, compañeros o subordinados*.

Otra protección de carácter penal, a través del artículo 410.1º del CP, conminando a la eficacia de la obediencia debida, y que castiga a *las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales*, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

La obediencia debida y la grave desconsideración a los superiores

Se ha discutido doctrinalmente el contenido del deber de obediencia²⁷. Para MAX WEBER²⁸, la obediencia debe ser absoluta sin que el

²⁷ La antigua jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sentencias de 21 de enero de 1941 y 23 de noviembre de 1950, declaraba que la obediencia debida en los funcionarios no es equiparable a la subordinación doméstica de los hijos con respecto a sus padres, MORELL OCANA, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 334.

²⁸ MAX WEBER, *Economía y Sociedad*, t. II, 2.ª Ed., México 1964, p. 1076.

funcionario obligado deba plantearse la legalidad de la orden recibida: «Sin esta disciplina moral, en el sentido más alto del vocablo, y sin esta abnegación todo el aparato se vendría abajo». Como señala GEORG LUKÁCS²⁹, «la elevación a Weltanschauung del espíritu burocrático tiene como consecuencia que ante la objetividad del mandato todas las inclinaciones y opiniones individuales sean degradadas al nivel de mera subjetividad». En suma, como defiende MUÑOZ MACHADO³⁰, el deber de obediencia condiciona la libertad del funcionario, que no puede prevalecer sobre la orden jerárquica.

Para DUGUIT y CARRE DE MALBERG³¹, en cambio, el deber de obediencia únicamente era debido a la Ley no existiendo una obediencia al superior jerárquico únicamente a la Ley y a los Reglamentos por incidencia del principio de legalidad. Este criterio posteriormente fue rebatido por HAURIOU³² para quien la organización jerárquica significa superposición de grados en una organización de agentes de tal suerte que los agentes inferiores cumplen sus funciones no por obligación directa y única de observar la Ley, sino, como se deduce del estudio de MUÑOZ MACHADO, por la necesidad de que la Administración Pública cumpla sus objetivos y las obligaciones del servicio que gestiona³³.

1. Aspecto penal

Penalmente, el principio de obediencia jerárquica se sitúa bajo el principio de legalidad, lo que causa la aplicación del artículo 25 de la CE en relación con el artículo 103.1º de la CE que somete a la Administración Pública a la Ley y al Derecho.

La doctrina penalista si bien en un primer momento determinó que el bien jurídico protegido era el principio jerárquico de la organización administrativa, posteriormente ha evolucionado hacia la protección del ejercicio legítimo de la autoridad, como apunta VIVES ANTÓN, conforme a los principios y criterios del artículo 103.1º de la CE para ser-

²⁹ GEORG LUKÁCS, *Marxismus und Stalinismus. Politische Aufsätze, Ausgewählte Schriften IV*, Hamburgo, 1970 y García Pelayo, *Burocracia y tecnocracia*, Madrid, 1974.

³⁰ MUÑOZ MACHADO, *Notas sobre la libertad de opinión y la actividad política de los funcionarios públicos*, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1976, 607, pp. 607 y ss.

³¹ DUGUIT, en sus obras: *Traité de Droit Constitutionnel*, t. III, 1923, pp. 285 y ss. y *Etudes de droit publique: l'état, le gouvernement et les agents*, t. II, 1903, pp. 619 y ss. y CARRE DE MALBERG, *Contribution a la théorie générale de l'état*, Paris, 1920, t. I, pp. 516 y ss.

³² HAURIOU, *Les idées de M. Duguit*, *Rec. de l'Académie de Législation de Toulouse*, 1911, p. 1.

³³ Vid. MACHADO, *Notas sobre la libertad de opinión y la actividad política de los funcionarios públicos*, cit., pp. 607 y ss.

vir los intereses generales, ÁLVAREZ GARCÍA, que son los que justifican la existencia de funcionarios y autoridades, pues sólo entonces merece la consideración de legítimo el ejercicio de la autoridad³⁴.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo concreta el bien protegido en la buena marcha y orden de la Administración en todas sus esferas, como establecen las SSTS de 6 de marzo de 1987³⁵; 15 de febrero de 1990³⁶; 5 de diciembre de 1990³⁷; 14 de octubre de 1992³⁸ y 14 de marzo de 1994³⁹, cuyo FD segundo establece:

«[...] El bien jurídico protegido penalmente en este tipo delictivo es la buena marcha del orden de la Administración en todas sus esferas, el servicio público que es obligación debida a la dignidad de todos los ciudadanos y, en definitiva, la legitimidad de toda la función administrativa. Es indudable que el incumplimiento de las decisiones de los Tribunales constituye una vulneración de este bien jurídico y que en el presente caso no concurre ninguna causa que la justifique».

Para ser apreciado el delito de desobediencia se exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

- Existencia de una relación jerárquica y funcional entre el funcionario y la autoridad ordenante, SSTS 10 de octubre de 1990⁴⁰ y 7 de junio de 1995⁴¹.
- Existencia de una orden dada por el superior jerárquico competente por razón de la materia, SSTS de 23 de septiembre de 1994⁴² y 20 de junio de 1995⁴³. El Tribunal Supremo reitera la necesidad de la existencia de una orden legítima emanada de autoridad competente, cumpliendo todos los requisitos y que vincule al que se recibe por caer dentro de los deberes de su cargo, SSTS 25 de febrero de 1994⁴⁴ y de 28 de abril de 1995⁴⁵.

³⁴ ORTOS BERENGUER, «Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995», en *Consideraciones sobre los delitos de abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos y de desobediencia y denegación de auxilio*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1996, 30, s.p. [pero 337-60].

³⁵ (RJ 1987, 2020).

³⁶ (RJ 1990, 1548).

³⁷ (RJ 1990, 9428).

³⁸ (RJ 1992, 8193).

³⁹ (RJ 1994, 3152).

⁴⁰ (RJ 1990, 7946).

⁴¹ (RJ 1995, 4548).

⁴² (RJ 1994, 7217).

⁴³ (RJ 1995, 4834).

⁴⁴ (RJ 1994, 1566).

⁴⁵ (RJ 1995, 3386).

c) Negativa del funcionario a cumplir abiertamente el contenido de las órdenes de la autoridad superior; negativa abierta, patente y categórica, STS de 16 de marzo de 1993⁴⁶.

La negativa se produce cuando se exterioriza verbalmente, por escrito o gestualmente, la voluntad opuesta al acatamiento de aquellas decisiones, como cuando se produce una pasividad callada, la interposición de trabas o impedimentos delatadores de la voluntad rebelde del agente. En este sentido inveterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sentencias de 9 diciembre 1964⁴⁷; 16 de marzo de 1993⁴⁸; 18 de abril de 1997⁴⁹ y 11 de octubre de 1997⁵⁰, interpretan el vocablo *abiertamente*, en el FD segundo señalando:

«En la interpretación que de ese vocablo ha hecho la jurisprudencia, en relación naturalmente al artículo 369 del antiguo Código (RCL 1973/2255 y NDL 5670), que también la emplea, hemos de destacar las Sentencias de 9 diciembre 1964 (RJ 1964/5277), 16 marzo 1993 (RJ 1993/2311) y la muy reciente de 18 abril 1997 (RJ 1997/2991). Todas ellas, en su conjunto, nos enseñan que la palabra «abiertamente» que emplea el precepto para calificar la negativa a obedecer órdenes recibidas, ha de interpretarse, no en el sentido literal de que haya de manifestarse de forma explícita y contundente, empleando frases o realizando actos que no ofrezcan dudas sobre la actitud desobediente del sujeto activo del delito, sino también puede existir cuando se adopte «una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento a la referida orden», es decir, aun sin oponerse o negar la misma, tampoco realiza la actividad mínima necesaria para llevarla a cabo (no se olvide que estamos en presencia de un verdadero delito de «omisión»), máxime cuando la obligación de su cumplimiento es reiteradamente requerida por la autoridad competente para ello; es decir, cuando esa pertinaz postura de pasividad se traduzca lógicamente en una palpable y reiterada negativa a obedecer. O lo que es lo mismo, este delito se caracteriza, no sólo porque la desobediencia adopte en apariencia una forma abierta, terminante y clara, sino también es punible «la que resulte de pasividad reiterada o presentación de dificultades y trabas que en el fondo demuestran una voluntad rebelde» [...].»

⁴⁶ (RJ 1993, 2311).

⁴⁷ (RJ 1964, 5277).

⁴⁸ (RJ 1993, 2311).

⁴⁹ (RJ 1997, 2991).

⁵⁰ (RJ 1997, 7218).

d) El destinatario de la orden son autoridades o funcionarios públicos sometidos jerárquicamente y relacionados con su superior a través del Derecho Administrativo y disciplinario. El funcionario o la autoridad deben tener el deber de dar el debido cumplimiento a la orden recibida.

2. Aspecto administrativo-disciplinario de la desobediencia al superior

El RRDFAE de 1986 considera la desobediencia al superior como falta grave al amparo del artículo 7.1º.a): *La falta de obediencia debida a los superiores y autoridades*. Son elementos básicos para apreciar la infracción administrativa⁵¹:

- a) Existencia de un mandato claro, expreso y terminante.
- b) El mandato sea conforme a Derecho, emitido por autoridad competente y con fuerza de obligar.
- c) Existencia de un requerimiento con las formalidades legales de aplicación dirigido al funcionario obligado. La orden puede ser verbal o escrita no siendo preciso que sea formulada de forma directa y personal⁵² pero sí que sean órdenes precisas y concretas, lo que justifica que la orden sea clara, congruente y lógica. Es indistinto, como apuntan la STSJ de Andalucía de 21 de mayo de 1994 y la STSJ de Madrid de 27 de mayo de 1994, que la orden sea dada a través de mandos intermedios.
- d) Obstinada oposición por el funcionario que incumple la orden recibida. Elemento subjetivo del ilícito pudiendo ser apreciada mediante una actitud explícita y abierta o simplemente mediante una conducta renuente y pasiva.

3. Aspecto administrativo-disciplinario de la desconsideración con los superiores.

El artículo 7.1º.e) del RRDFAE de 1986 considera falta grave *la grave desconsideración con los superiores [...]*. Si se trata de mera

⁵¹ Vid. doctrina consolidada SSTs de 12 de enero de 1956 (RJ 1956,184); 6 de junio de 1956 (RJ 1956, 2342); 8 de febrero de 1966 (RJ 1966,709) y 10 de abril de 1967 (RJ 1967,2159), entre otras.

⁵² MARINA JALVO, *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 340 con remisión a su nota al pie núm. 106 a la STSJ de Andalucía de 21 de mayo de 1994.

incorrección nos hallaríamos ante una falta leve del artículo 8.c) del RRDFAE de 1986. La desconsideración significa falta de urbanidad y respeto, que en el marco de la relación jurídica funcional son debidos al superior jerárquico. La falta de respeto —desconsideración— la ha definido el Tribunal Supremo como un concepto sociológico, que implica la correcta apreciación de la condición y actuación de una persona, la atención, miramiento o consideración debidos hacia ella. Este ilícito estaría centrado, entre la conducta injuriosa causada dolosamente, constitutiva de la infracción contenida en el artículo 7.1º.c): *conductas constitutivas de delito doloso relacionadas con el servicio [...]*, la simple incorrección, constitutiva de falta leve del artículo 8.b) del RRDFAE de 1986 y *la simple expresión de disgusto, malestar o de crítica exenta de tal intencionalidad*, que carece de cualquier antijuridicidad, como señala la STS 15 de diciembre de 1989⁵³.

La distinción entre falta grave y leve estará motivada por circunstancias objetivas y subjetivas que concurran en la desconsideración cometida así como elementos que modifiquen la antijuridicidad de la acción, entre otros, la finalidad perseguida, medios utilizados, especialmente la publicidad.

a) Elementos del ilícito administrativo

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de diciembre de 1989⁵⁴, FD segundo, ha determinado como elementos valorables en la apreciación del ilícito: la condición de las personas, lugar, tiempo y ocasión, requiriendo en todo caso un específico ánimo o intención de minusvaloración personal. Esta minusvaloración deberá ser apreciada bien se haya realizado de forma procaz como utilizando sarcasmo, mordacidad o ironía.

Requiere una actitud de desprecio o descrédito llevada a cabo con ánimo ofensivo, STSJ de Valencia de 27 de junio de 1998⁵⁵. Por ejemplo, llamar mentiroso a un superior delante de compañeros es constitutivo de falta grave, SAN de 4 de mayo de 1998⁵⁶. O la actitud de extender entre los funcionarios o entre la vecindad el rumor de una eventual dedicación al tráfico o consumo de drogas, STSJ de Las Palmas de Gran Canaria de 30 de enero de 1998⁵⁷. No es admisible esta infracción cuando se emplean términos genéricos no referibles a

⁵³ (RJ 1990, 10353).

⁵⁴ (RJ 1990, 10353).

⁵⁵ (RJCA 1998, 2371).

⁵⁶ (RJCA 1998, 1664).

⁵⁷ (RJCA 1998, 129).

interlocutores concretos, STSJ de Santa Cruz de Tenerife de 6 de julio de 1998⁵⁸.

b) Cualificación de la culpabilidad

Como elementos que cualifican la acción u omisión ilícita en falta grave o leve se encuentra la publicidad. La STSJ de Navarra de 10 de febrero de 2003⁵⁹, en su FD cuarto, rechaza la misma en unas expresiones vertidas en voz alta ante público en un local oficial considerando que los actos realizados con publicidad implican un ánimo o voluntad de que llegue a conocimiento de una pluralidad de personas que no puede apreciarse, por el simple hecho de realizarse en un sitio u oficina pública donde puedan oírlo una pluralidad indeterminada de personas, sino que viene determinada por el empleo de medios idóneos y eficaces:

«Sobre este punto tenemos que indicar que no se puede identificar el término «con publicidad» con el de «lugares públicos» pues mientras el primero viene determinado por la propagación o divulgación de un hecho o noticia por medios idóneos para ello o ante una generalidad o pluralidad de personas, al segundo le resulta indiferente esta circunstancia; asimismo es intransigente para determinar si concurre publicidad la circunstancia de que se expresara en voz alta, haciendo partícipes a los presentes de sus opiniones y expresiones, pues en otro caso, de no haber trascendido, por no ser oído, ni salir sus opiniones del ámbito personal de quien las emite, no cabría hablar de infracción alguna. Los actos realizados con publicidad implican un ánimo o voluntad de que llegue a conocimiento de una pluralidad de personas que no puede apreciarse, por el simple hecho de realizarse en un sitio u oficina pública donde puedan oírlo una pluralidad indeterminada de personas, sino que viene determinada por los medios empleados «con publicidad», entendiéndose por tales cualquier medio de difusión o de eficacia semejante, como pudiera acontecer en asambleas o reuniones públicas en las que concurren una pluralidad de personas[...]».

Ilustrativa y manifiesta es la desconsideración que sanciona la STSJ de Andalucía, Granada, de 3 de febrero de 1997⁶⁰, en donde se aprecia como elemento que incide en la antijuridicidad del hecho la intencionalidad frustrada del funcionario de difundir por la radio y la prensa un escrito verdaderamente soez.

⁵⁸ (RJCA 1998, 2856).

⁵⁹ (RJCA 2003, 594).

⁶⁰ (RJCA 1997, 213).

En esta misma orientación la STS 11 de febrero de 2003⁶¹ cualifica la desconsideración grave en atención no al contenido de las manifestaciones sino al medio empleado para ello con afectación al principio de jerarquía. Su FD séptimo establece:

«[...] Si implica «desconsideración», dejar de considerar o de respetar a quienes vienen protegidos en aquel precepto, superiores, compañeros y subordinados, como destinatarios de los hechos de desconsideración o de respeto, porque, a falta de las previas comunicaciones, informes o audiencias que pudo —y debió— dirigir a quienes se mencionaron, e incluso a falta de una meditada reflexión sobre la procedencia de someterse a unas reglas jerárquicas y de funcionamiento propias, expidió el escrito de que se viene haciendo mención, así como los informes, atribuyendo graves hechos, sin extremar esa «reflexión» sobre la conveniencia de averiguarlos y de informarse sobre ellos con relación a quienes, por razón de la propia organización, debieron «considerarlos» previamente para no alterar, ni obstaculizar, ni obviar tal organización jerárquica, ni eludir o ignorar o romper la jerarquía que correspondía a sus superiores en el contexto de relaciones internas de aquella Administración, y, obviamente, no se está exigiendo aquí la necesidad de que «pusiera sobre aviso» de su decisión a quienes atribuía en parte las irregularidades a que se refirió, pues hubiera podido bastar, y no lo hizo, con que, al menos, se les advirtiera de que actuaría el recurrente en la forma en que lo hizo si no se satisfacían sus pretensiones, o si no se le atendía, al no haber urgencia alguna en su actuación y al no requerir una solución absolutamente inmediata, máxime cuando tampoco la Presidenta hubiera podido hacerlo sin previos asesoramientos [...]».

c) Grave desconsideración y derecho a la libertad de expresión

Es práctica habitual en la defensa procesal del funcionario sancionado por *desconsideración con los superiores* del artículo 7.1º.e) del RRDAE de 1986 oponer el derecho constitucional de la libertad de expresión del artículo 20 de la CE, provocando, con ello, frecuentes tensiones con el derecho al honor del artículo 18 de la CE. Sin embargo, es frecuente que en los fallos de los Tribunales prepondere el derecho a la información sobre el derecho al honor, lo que supone patetizar una crisis evidente y fragante de este derecho que coincide, como

⁶¹ (Actualidad Administrativa 2003, 429).

ya dijimos, con la crisis de otro principio esencial a la organización como es el principio de autoridad⁶².

La libertad de expresión es un derecho fundamental proclamado en el artículo 20 de la CE que comprende tanto la *libertad de expresión sensu stricto*: expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, artículo 20.1º.a) y la *libertad de información* en sus dos vertientes: comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, artículo 20.1º.d)⁶³. Derecho consagrado en Tratados internacionales válidamente suscritos por España: artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y artículo 10.1º del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950.

Esta libertad significa el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental que es la opinión pública libre, ligada íntimamente con el pluralismo político, considerado valor fundamental y requisito del funcionamiento del Estado democrático⁶⁴. Pero también a la circunstancia de que sin comunicación pública libre quedarían sin contenido real otros derechos que la Constitución consagra, resultando reducidas a formas vacías las instituciones representativas distorsionando el principio de legitimidad democrática plasmado en el artículo 1.2º de la CE, base de nuestra ordenación jurídico-política⁶⁵. Por estos motivos esta libertad aparece como uno de los fundamentos indiscutibles del orden constitucional español, colocada en una posición preferente y objeto de especial protección.

No obstante, si bien la libertad de expresión está constitucionalmente protegida tiene diversos límites como ha reconocido numerosas sentencias del Tribunal Constitucional: entre ellos, el insulto y la

⁶² Puede profundizarse más en esta cuestión en SUÁREZ OJEDA, «Recensión al libro «La degradación del derecho al honor» de Jesús González Pérez (honor y libertad de información)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1994, 84, p. 680 y ss., en el mismo se expone la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los derechos al honor y a la libertad de expresión:

1.º Preferencia del derecho al honor sobre el derecho a la información.

2.º Ponderación de los bienes en pugna.

3.º Preeminencia de la libertad de expresión y de información.

⁶³ Vid. BUENO ARÚS, «Libertad de expresión y Administración de justicia», en *Estudios sobre el Código Penal de 1995* (Parte Especial), Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1996, 2, s.p. [pero 207-38].

⁶⁴ STC de 31 de marzo de 1982 (RTC 1982, 12).

⁶⁵ SSTC 16 de marzo de 1981 (RTC 1981, 6); 15 de febrero de 1990 (RTC 1990, 20) y 15 de noviembre de 1993 (RTC 1993, 336).

⁶⁶ SSTC 20 de diciembre de 1999 (RTC 1999, 241), 8 de junio de 1988 (RTC 1988, 107); 6 de junio de 1988 (RTC 1990, 105); 12 de noviembre de 1990 (RTC 1990, 172) y ATC de 21 de enero de 1993 (RTC 1993, 20), entre otros.

descalificación⁶⁶, doctrina ésta que entronca directamente con el ilícito que estudiamos, como es la grave desconsideración hacia los superiores.

La libertad de expresión de los funcionarios ha sido frecuentemente estudiada por jurisprudencia pues genera conflictos con su régimen estatutario⁶⁷. MARINA JALVO⁶⁸ defiende una interpretación restrictiva por esta razón. Y lo cierto es que el funcionario, que está sometido al interés general por medio de una organización pública y jerárquica no debe disfrutar de ese derecho en idéntica intensidad que los particulares cuando perjudique a su esfera pública. Sobre esta situación el Tribunal Constitucional se pronuncia en la Sentencia de 10 de octubre de 1983⁶⁹, FD segundo, declarando que si bien en una primera etapa del constitucionalismo europeo solía exigirse a los funcionarios públicos una fidelidad silente y acrítica respecto a instancias políticas superiores y, por consiguiente, una renuncia al uso de determinadas libertades y derechos, tras la Constitución de 1978 hay factores que «contribuyen a esbozar una situación del funcionario en orden a la libertad de opinión mucho más próxima a la del simple ciudadano».

Desde esta tesis el Tribunal Constitucional comenzó a ponderar determinados hechos para modular el reconocimiento de esta libertad al funcionario público y su reconocimiento de amparo constitucional, entre ellos, la clase de funcionario de que se trate⁷⁰, que el funcionario haya actuado en su acción u omisión sancionada en calidad de tal o de ciudadano, la concurrencia de publicidad y que comprometa el buen funcionamiento del servicio público, por todas la STC de 2 de junio de 2003⁷¹.

d) El exceso en la crítica como cualificación del ilícito

Deberá ser ponderado otro criterio más a examinar y ponderar: El exceso en la crítica y en la desconsideración causada más allá del motivo que lo produce. Ese exceso por lo que supone de antijurídico no tiene nada que ver con la libertad de expresión sino cualificar la sanción a imponer dada la concurrencia de un dolo o intencionalidad con la finalidad de dañar el honor o la imagen y en todo caso afectar gravemente a la organización. En esta orientación puede estudiarse la SAN de 3 de julio de 2002⁷², FD Tercero:

⁶⁷ STS 3 de julio de 1982 (RJ 1982, 4278).

⁶⁸ MARINA JALVO, *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, cit., p. 349.

⁶⁹ (RTC 1983, 81).

⁷⁰ SSTC 13 de diciembre de 1993, FD cuarto (RTC 1993, 371) y 31 de enero de 2000, FD quinto (RTC 2000, 29).

⁷¹ (RTC 2003, 101).

⁷² (Recurso de Apelación núm. 92/2002).

«Sin embargo, como se dice en la resolución administrativa originariamente impugnada, tales escritos contienen una serie de afirmaciones que si bien están enmarcadas en un contexto de crítica al funcionamiento del centro de trabajo y a la labor del Director Provincial responsable del mismo, contienen extremos que suponen una extralimitación de dicha crítica, es decir, que son innecesarios para el propósito de crítica expresado en los mismos, pasando a constituir un verdadero y grave trato desconsiderado hacia un superior en detrimento del principio de jerarquía administrativa que rige las relaciones de sujeción especial en el ámbito de la función pública, y que por ello excede del ejercicio del derecho a la libertad de expresión amparado en el artículo 20.1 a), CE (RCL 1978/2836), máxime cuando en la instrucción del expediente el expedientado no llegó a concretar el origen de las actuaciones objeto de queja y que constituyen el hecho de cargo examinado.

En efecto, el derecho a expresar libremente los pensamientos, ideas y opiniones tiene su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el Título I de la C.E. (art. 20, CE). Ya la STC 120/1983 (RTC 1983/120) advierte que en la relación de trabajo se genera un complejo de derechos y obligaciones que condiciona el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas, no tienen por qué serlo necesariamente dentro del ámbito de dicha relación. Lo que en el ámbito de las relaciones administrativas de sujeción especial se encuentra cualificado por exigencias del respeto debido a los superiores y del buen funcionamiento del servicio.

Así, la queja sustanciada a través del escrito de 21/12/1999 (folio 112 y siguientes del expediente) fue contestada mediante escritos de 3 y 4 de febrero de 2000 (folio 149 y 150), frente a los cuales el interesado presentó su escrito de 14-2-2000 (folio 157 y siguientes), en el que la legítima crítica de funcionamiento de la unidad administrativa, tal y como se señala en la sentencia apelada, se realiza introduciendo afirmaciones como las subrayadas en el hecho de cargo de que se trata, que resultan innecesarias para el ejercicio de tal derecho y que entrañan la conculcación del respeto debido a los superiores, por exigencia del principio de jerarquía administrativa (art. 103.1, CE [RCL 1978/2836]), como singularización el derecho genéricamente garantizado por el artículo 10.1 CE.

La misma falta de consideración o respeto cabe apreciar en el escrito elaborado por el expedientado con fecha de 29/2/2000, atendido el objeto y contenido del mismo, y los deberes que al funcionario impone el artículo 79 de la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado (RCL 1964/348)».

e) Desconsideración a los superiores por medio del correo electrónico

La implantación de las tecnologías de la información en la Administración General del Estado, concretamente; la creación de *intranets* corporativas y la existencia de listas de distribución que permiten enviar correos electrónicos a toda una organización provoca un salto cualitativo y cuantitativo en el *modus operandi* de esta infracción administrativa, debido, por un lado, a su publicidad cualificada, ya que puede ser dirigido a todos los funcionarios, superiores e inferiores del lesionado y, en segundo lugar, porque la recepción del mensaje enviado por el correo queda garantizada al ser remitido a la dirección de correo personal de cada uno.

Es cada vez más frecuente el empleo de este medio para criticar o denunciar órdenes de los superiores o injuriar gratuitamente so pretexto de criticar la misma. Es algo constatable, igualmente, que la regulación administrativa del empleo y uso de estos medios es inexistente, de forma incomprensible, máxime cuando tiene constancia del uso indebido. Hecho que difiere con la situación en la empresa privada en donde el empleo del correo electrónico es frecuentemente reglamentado sobre dos premisas: a) el legítimo derecho de la empresa de controlar el uso adecuado del correo electrónico; y b) salvaguardar el derecho a la intimidad del trabajador⁷³. Por ello no es extraño verificar la existencia de despidos procedentes por la utilización de este medio para usos distintos de los profesionales. A la sazón, esta sanción es aceptada por diversas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo⁷⁴.

Los problemas de accesibilidad no se limitan a la población minusválida (constituida en España por cerca de tres millones y medio de personas) sino que se extienden a otros perjudicados, tales como mujeres embarazadas o personas con muletas, así hasta alcanzar al 9 % de la población española.

Diversos organismos especializados tales como la ONCE o la OCU han abordado el tema a través de diversos estudios.

Un reciente estudio de la OCU revela que la mitad de los edificios de uso público tienen problemas de accesibilidad, por ejemplo por no tener cerca de la entrada de paso accesos adecuados para sillas de ruedas. Tan sólo una tercera parte de los edificios dispone de plazas de aparcamiento reservadas para minusválidos frente a la plaza principal. En definitiva, el estudio concluye que el 39 % de los

⁷³ Ratificando este criterio la STS 28 de marzo de 2003 (RJ 2003, 7134).

⁷⁴ Vid., STSJ de Madrid de 13 de mayo de 2003 (AS 2003, 3649) y SSTSJ de Cataluña de 15 de noviembre de 2003 (Actualidad Laboral, 8, 2004) y 14 de noviembre de 2000, (caso Deutsche Bank), entre otras.

LA ELIMINACIÓN DE BARRERAS ARQUITECTÓNICAS: EL PROBLEMA DE LA ACCESIBILIDAD

POR
MERCEDES BLANCO TORIBIO
LETRADA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA ACCESIBILIDAD Y DE LA ELIMINACIÓN DE LAS BARRERAS ARQUITECTÓNICAS. III. NORMAS GENERALES EN MATERIA DE ACCESIBILIDAD. IV. REGULACIÓN AUTÓNOMICA SOBRE LA MATERIA. V. PARTICULAR ESTUDIO DE LA LEY 8/1993, DE 22 DE JUNIO, DE PROMOCIÓN DE ACCESIBILIDAD Y SUPRESIÓN DE BARRERAS ARQUITECTÓNICAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los principales problemas que se plantean, desde el punto de vista arquitectónico, en la sociedad actual es el problema de la accesibilidad, tanto arquitectónica, como urbanística, como en el transporte.

Los problemas de accesibilidad no se limitan a la población minusválida (constituida en España por cerca de tres millones y medio de personas) sino que se extienden a otros perjudicados, tales como mujeres embarazadas o personas con muletas, así hasta alcanzar al 9 % de la población española.

Diversos organismos especializados tales como la ONCE o la OCU han abordado el tema a través de diversos estudios.

Un reciente estudio de la OCU revela que la mitad de los edificios de uso público tienen problemas de accesibilidad, por ejemplo por no tener cerca de la entrada de paso accesos adecuados para sillas de minusválidos. Tan sólo una tercera parte de los edificios dispone de plazas de aparcamiento reservadas para minusválidos frente a la puerta principal. En definitiva, el estudio concluye que el 39 % de los edificios de uso público analizados son poco o nada accesibles.

Otro de los aspectos a destacar es el problema de los ascensores, que a pesar de ser el instrumento esencial de las personas discapaci-

La accesibilidad a los edificios por medio del correo electrónico...

La accesibilidad a los edificios por medio del correo electrónico...

La accesibilidad a los edificios por medio del correo electrónico...

La accesibilidad a los edificios por medio del correo electrónico...

La accesibilidad a los edificios por medio del correo electrónico...

tadas, en muchos casos carecen de las condiciones adecuadas para su uso por estas personas, hasta el extremo de que el 13 % de los ascensores son difícilmente utilizables por un minusválido, debido principalmente a su estrechez o escasas dimensiones interiores.

Mención aparte merece el tema de las barreras arquitectónicas y las personas mayores, máxime si se tiene en cuenta que España ha experimentado uno de los procesos más rápidos de envejecimiento del mundo durante las últimas décadas del siglo xx. Hoy en día parece confirmarse la tendencia, generalizada en otros países con una amplia trayectoria en el tratamiento y cuidado del mayor, de lo que se ha venido a denominar *aging in place*, en expresión de Leonard Heumann, esto es, envejecer en comunidad. El anglicismo, justificado por la expresión denota una tendencia coherente con las demandas de un colectivo que precisa no solo de una vivienda digna, sino adecuada a sus necesidades. Y es justamente esta adecuación normativa, tipológica y asistencial la que se exige a las Administraciones Públicas en la edificación de viviendas.

II. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA ACCESIBILIDAD Y LA ELIMINACIÓN DE BARRERAS ARQUITECTÓNICAS

El régimen competencial diseñado por el Título VIII de la Constitución Española complica el análisis de la regulación normativa de las condiciones de accesibilidad a las tecnologías de la información y las comunicaciones. En la medida en que la mayor parte de materias afectadas por estas tecnologías en el mayor grado de competencia corresponde al Estado, éste debe liderar todo el proceso normativo con el fin de obtener el resultado de garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad a los servicios de la sociedad de la información.

La regulación autonómica se centra en la accesibilidad del medio físico, en la accesibilidad de la información institucional que se presta al ciudadano y en garantizar la accesibilidad a los medios de comunicación de titularidad pública autonómica.

La Ley 8/1993, de 22 de junio, de promoción de accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas de la Comunidad de Madrid cita en su preámbulo el deseo de favorecer la integración de todas las personas a través de los mecanismos legislativos haciendo constar que la sociedad, en general y los poderes públicos en particular, tienen el deber de facilitar la accesibilidad al medio de todos los ciudadanos; deber que se extiende a aquellos ciudadanos con o sin minusvalías que se encuentren en situación de limitación en relación con el medio,

poniendo especial énfasis respecto de aquellos cuya dificultad de movilidad y comunicación sea más grave. Sobre este colectivo ha recaído, de forma genérica la atención del Estado a través del artículo 49 de la Constitución.

El fundamento constitucional de la accesibilidad se encuentra recogido en el artículo 49 de la Carta Magna conforme al cual:

«los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos».

También debe destacarse el mandato constitucional recogido en el artículo 9.2 de encomendar a todos los poderes públicos *«la creación de las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean efectivas y reales, eliminando los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, el fomento de la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social o cultural.»*

Tratándose de personas de la tercera edad debe señalarse como fundamento específico el artículo 50 de la Constitución que establece:

«los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas de salud, vivienda, y ocio».

Por lo tanto, este artículo debe ponerse en relación con el artículo 47 del mismo texto que consagra el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

Ambas previsiones constitucionales nos sitúan en el contexto de la prestación de Servicios Sociales especializados al mayor, como en la normativa sobre la vivienda. Nuestro Ordenamiento Jurídico, en el mandato de estos principios rectores de la política social y económica han permitido una profusa producción normativa. De un lado, el mandato dirigido a los poderes públicos, previa atribución competencial en las materias implicadas exigirá el protagonismo de las Administraciones Públicas, de otro, la materialización de estas exigencias tendrá un desarrollo dispar, coincidente con la pluralidad

autonómica y social, tal y como ha analizado ya Retuerto Buades en su «Dimensión constitucional de protección a la tercera edad».

En otro orden de ideas la normativa autonómica sobre servicios sociales es abundante, como lo es la atribución competencial derivada de los estatutos de autonomía y es preciso recordar, tal y como hace Gómez Jiménez que es en el examen de estas disposiciones autonómicas donde encontramos por primera vez referencias expresas a la necesaria supresión de las barreras arquitectónicas, son alusiones a barreras edificatorias, de comunicaciones o en el transporte y en todo caso respecto de colectivos con movilidad reducida, sean o no personas de avanzada edad. Disposiciones que en nada obstaron la aplicación de la Ley estatal 15/1995, de 30 de mayo sobre los límites del dominio sobre inmuebles para eliminar las barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad norma que, por primera vez y con carácter básico, abordó el problema al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución y que sólo introdujo específica referencia a la edad, para reconocer los mismos derechos a los minusválidos que a las personas mayores de setenta años.

Las normas en materia de accesibilidad tratan de hacer efectivo el derecho que ostentan las personas minusválidas a disfrutar de una vivienda digna y adecuada así como a cubrir las necesidades de espacio que requieren para realizar las actividades de la vida cotidiana las personas con movilidad reducida, especialmente las consideradas usuarias de silla de ruedas.

Nuestra sociedad, en aras a mejorar la calidad de vida de toda la población, experimenta en la actualidad una continua evolución hacia la integración de las personas con discapacidad.

La Organización de Naciones Unidas en su Declaración de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, establece la libertad y la igualdad en dignidad y derechos para todos los seres humanos en su artículo 1, el derecho a igual protección contra la discriminación en su artículo 7 y el derecho a tomar parte en la vida de la comunidad en su artículo 27.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 48/46, de 20 de diciembre de 1993, adoptó las normas estándar en materia de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad.

Dentro de la normativa vigente en el ámbito que nos ocupa cabe distinguir de una parte las normas generales en la materia, aplicables en todo el territorio nacional, y de otro las normas que cada Comunidad Autónoma ha elaborado en el ejercicio de sus competencias. A continuación realizaremos un breve estudio sobre cada una de ellas.

III. NORMAS GENERALES EN MATERIA DE ACCESIBILIDAD

Como normas más importantes en esta materia desde el punto de vista estatal deben destacarse las siguientes:

- Real Decreto 556/1989, de 19 de mayo, de Medidas Mínimas sobre los edificios: mediante este Real Decreto se establecen de forma genérica una serie de exigencias mínimas, que afectando a la accesibilidad y desplazamientos en los edificios, el cual tiene carácter supletorio de las disposiciones que dicten las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias.
- Ley 13/1982, de 23 de marzo de Integración Social de los Minusválidos que señaló que las Administraciones Públicas en el ámbito de sus respectivas competencias, aprobarían las normas urbanísticas y arquitectónicas básicas conteniendo las condiciones a que deben ajustarse los distintos proyectos, el catálogo de edificios a que serán aplicables y el procedimiento de autorización, control y sanción, con el fin de que resulten accesibles.
- Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos: que establece el régimen aplicable a los arrendamientos de viviendas urbanas que se destinen a vivienda o a usos distintos del de vivienda.
- Ley 15/1995, de 30 de mayo: Ley que tiene por objeto hacer efectivo a las personas minusválidas el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, de conformidad con lo establecido en la Constitución Española y en la Ley de integración Social de los Minusválidos.
- Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal: Ley que tiene por objeto la regulación de la forma especial de propiedad contemplada en el artículo 396 del Código Civil (Propiedad Horizontal).
- Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación: ley que tiene por objeto regular aspectos esenciales, estableciendo las obligaciones y responsabilidades de los agentes que intervienen en el proceso de edificación, así como las garantías necesarias para el adecuado desarrollo del mismo con el fin de asegurar la calidad mediante el cumplimiento de los requisitos básicos y la adecuada protección de los intereses de los usuarios.
- Real Decreto 355/1980, de 25 de enero, de Viviendas de Protección: contempla la reserva y situación de las viviendas de esta clase destinadas a minusválidos estableciendo una cantidad mínima de viviendas protegidas, reservadas por los promotores

en cada promoción para personas con minusvalía así como las características que deberán reunir las mismas.

- Real Decreto 1631/1980, de 18 de julio, de Viviendas de Protección: que contempla la adjudicación de las viviendas promovidas por el Instituto Nacional de la Vivienda y de cualesquiera otras de promoción pública cuya titularidad corresponda al Estado o a sus Organismos Autónomos: regulando la selección y designación de adjudicatarios de las viviendas de esta clase promovidas por el Instituto Nacional de Vivienda, así como la adjudicación de cualesquiera otras viviendas de promoción pública cuya titularidad corresponda al Estado o sus organismos autónomos.

IV. REGULACIÓN AUTONÓMICA SOBRE LA MATERIA

Las distintas Comunidades Autónomas según las materias que les han sido transferidas en virtud de sus Estatutos Autonómicos, han aprobado sus Leyes sobre accesibilidad y Supresión de Barreras.

En el artículo 1 de cada una de estas Leyes Autonómicas se dispone que el objeto de cada una de ellas es garantizar la accesibilidad al medio físico y a la utilización de los bienes y servicios a todas las personas, eliminando barreras y evitando su aparición con medidas de fomento, control y sanción. Establecen como ámbito de aplicación el propio de cada Comunidad Autónoma, en todas las actuaciones referidas al planeamiento, gestión y ejecución en materia de edificación, urbanismo, transporte y comunicación, referidas tanto a la nueva construcción como a la ampliación, rehabilitación o reforma.

Las distintas Leyes autonómicas definen con mayor o menor amplitud los conceptos de persona con discapacidad, accesibilidad y barreras, distinguiendo entre barrera arquitectónica urbanística, barrera arquitectónica en edificios, barreras en los transportes y barreras en la comunicación, calificando los espacios, instalaciones, edificaciones y servicios según su nivel de accesibilidad, en adaptados, practicables y convertibles.

En las disposiciones referentes a la accesibilidad en la comunicación sensorial se regula para discapacidades auditivas y en alguna para discapacidades visuales. La accesibilidad en los transportes se regula con independencia de su carácter público o privado.

La accesibilidad urbanística obliga a distinguir entre elementos urbanísticos y mobiliario urbano.

La accesibilidad en la edificación clasifica los edificios en edificios de uso privado o destinados a vivienda, y los edificios de uso público,

destinados a la concurrencia de público por ofrecer algún bien o servicio. Los museos, templos y demás dependencias de la Iglesia, por tanto están integrados en esta clasificación de edificios de uso público, que explícitamente nombran algunas de estas leyes al enumerar los edificios de uso público.

Respecto a estos edificios, las Leyes autonómicas analizadas disponen que se reservarán plazas de aparcamiento en zonas específicas para vehículos que transporten personas discapacitadas. Al menos uno de los accesos al interior del edificio deberá ser accesible, desprovisto de barreras arquitectónicas y obstáculos que impidan o dificulten la accesibilidad. Al menos uno de los itinerarios que comuniquen horizontalmente todas las dependencias y servicios del edificio entre sí y con el exterior, deberá ser accesible. Al menos uno de los itinerarios que una las dependencias y servicios en sentido vertical será accesible. Al menos uno de los aseos que se dispongan en estos edificios de uso público deberá de ser accesible, disponiéndose sus elementos de manera que puedan ser utilizados por cualquier persona.

A pesar de las buenas intenciones de la normativa reseñada, la realidad es que el 47 % de los cuartos de baño de edificios de uso público son inaccesibles para personas en sillas de ruedas y otro 17 % son difíciles de usar, bien porque las puertas sean estrechas, o porque se abran hacia dentro en vez de hacia fuera, bien por la altura de los lavabos o por la ausencia de barras de transferencia.

Algunas de estas Leyes autonómicas establecen que los Órganos de Gobierno elaborarán planes de actuación que potencien la accesibilidad y que deben contemplar:

- la información y mentalización dirigida a la población en general y especialmente a la escolar;
- el asesoramiento técnico dirigido a los responsables institucionales y profesionales y,
- la formación e investigación dirigida a estudiantes y profesionales de las carreras técnicas relacionadas con la accesibilidad.

También, cada Órgano de Gobierno, deberá consignar en su ámbito respectivo y con carácter anual, en sus presupuestos, los fondos destinados a facilitar la accesibilidad en los edificios y espacios urbanos, transportes y medios de comunicación, así como la eliminación de las barreras existentes.

En la mayoría de las Leyes Autonómicas se crea una Comisión o Consejo asesor para la mejora de la accesibilidad y la supresión de barreras arquitectónicas, que en cada Comunidad Autónoma en la que está establecida, colaborará con las Administraciones Públicas en

las funciones de asesoramiento, información, colaboración, propuestas de criterio, y fomento de accesibilidad, y en algunas se regula explícitamente su composición, estando integrado por representantes de las distintas Consejerías competentes por razón de la materia, así como expertos, entidades, y representantes de asociaciones de personas con discapacidad.

Asimismo, estas leyes regulan diversas medidas de control y seguimiento con el fin de lograr la efectividad de la accesibilidad, y en relación con estas medidas, todas las Leyes autonómicas establecen un régimen sancionador imponiendo sanciones y multas (de distinta gravedad y cuantía según cada Comunidad Autónoma), clasificándose las infracciones en leves, graves y en algunas Comunidades Autónomas hasta de muy graves.

Con el fin de lograr la gradual adaptación de edificios de uso público ya existentes y no accesibles, algunas Comunidades Autónomas han fijado plazo para la elaboración de un Plan de Actuación de los mismos.

Finalmente, hay que destacar que la accesibilidad a los monumentos declarados de interés histórico artístico (catedrales, iglesias, museos...) deberá hacerse de manera que las modificaciones no se opongan a la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español. En este sentido, alguna de las leyes autonómicas facultan al Órgano de Gobierno de la Comunidad para fomentar el uso de las ayudas técnicas y potenciar su investigación por ser elementos que aportan soluciones a situaciones no resueltas, como por ejemplo el acceso a edificios de valor histórico artístico.

Las distintas Comunidades Autónomas han dictado normas en esta materia, podemos destacar como principales las siguientes:

ANDALUCÍA: en su ámbito normativo debe destacarse el Decreto 72/1992, de 5 de mayo sobre Normas de accesibilidad y eliminación de barreras arquitectónicas cuyo objeto es establecer los criterios básicos tendentes a facilitar a las personas afectadas por cualquier tipo de discapacidad orgánica, funcional o circunstancial, la accesibilidad y utilización de los bienes y servicios, suprimiendo las barreras y obstáculos (físicos o sensoriales) que impidan su normal desenvolvimiento.

ARAGÓN: dispone una amplia normativa en esta materia dentro de la cual deben destacarse:

- Decreto 89/1991, de 16 de abril, de Supresión de Barreras Arquitectónicas cuyo objeto es regular la Normativa Técnica y de diseño de los diversos elementos arquitectónicos y urbanísticos que

facilite el desenvolvimiento de personas con minusvalías físicas, psíquicas o sensoriales, orgánicas o circunstanciales, en los espacios exteriores en los que se desarrolla la actividad humana. Estas disposiciones serán de aplicación a todos los espacios públicos, ya sean de titularidad pública o privada.

- Ley 3/1997, de 7 de abril sobre promoción de la accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas, urbanísticas, de transporte y de la comunicación. Esta Ley tiene por objeto garantizar a las personas con dificultad la accesibilidad y la utilización de los servicios de la sociedad, así como promover la utilización de ayudas adecuadas que permitan el desarrollo normal de la vida física o sensorial mediante el establecimiento de medidas de fomento y de control.

- Decreto 227/1997, de 18 de septiembre por el que se aprueba el Reglamento de accesibilidad y supresión de barreras físicas y de la comunicación, este Decreto desarrolla la ley territorial 8/1995, de 6 de abril, definiendo y estableciendo las dimensiones mínimas que han de respetarse en todas las actuaciones que en materia de urbanismo, edificación, transportes, edificación y sistemas de comunicación tienden a garantizar el acceso al entorno urbano, evitar y suprimir barreras, así como la producción e investigación de productos que faciliten el desenvolvimiento personal.

- También en el ámbito municipal se han dictado diversas Ordenanzas en la materia, podemos citar a modo de ejemplo: la Ordenanza de supresión de barreras arquitectónicas y urbanísticas de Zaragoza dirigida a velar por el cumplimiento de las normas sobre accesibilidad.

- La Ordenanza Municipal de Huesca sobre el estacionamiento de minusválidos que tiene por objeto facilitar el desplazamiento de las personas de movilidad reducida, permitiendo el estacionamiento de sus vehículos en lugares en los que, aún estando prohibido el estacionamiento de otros vehículos no se ocasione una grave interrupción a la circulación, así como regular la creación de plazas de aparcamiento y estacionamiento de personas con movilidad reducida, así como tarjetas de estacionamiento de los mismos.

ASTURIAS también dispone de una completa normativa, a destacar:

- Ley 5/1995, de 6 de abril, de promoción de la accesibilidad y eliminación de barreras, cuyo objeto es establecer las normas y

criterios básicos de la accesibilidad y la supresión de barreras y obstáculos en el diseño de las vías y espacios libres públicos, en el mobiliario urbano, en la reestructuración de edificios y medios de transporte tanto de titularidad pública como privada.

- Decreto 39/1998, de 25 de junio sobre normas de diseño en edificios destinados a viviendas, que tiene por objeto aprobar las normas de diseño aplicables a los proyectos y construcciones destinados a viviendas, tanto libres como de protección oficial.
- Decreto 180/1999, de 30 de diciembre de creación de la tarjeta de estacionamiento de vehículos de personas con movilidad reducida, que además de crear la mencionada tarjeta de estacionamiento establece los requisitos mínimos para su obtención, características y procedimiento.
- Decreto 42/2000, de 18 de mayo reguladora de ayudas y prestaciones sociales en la materia.
- Resolución de 17 de abril de 2000 por la que se crea el Registro de Centros Especiales.

BALEARES, dentro de su regulación específica destaca:

- Ley 5/1999, de 31 de marzo de Perros Guía, cuyo objeto es garantizar el ejercicio del derecho al libre acceso de las personas afectadas por disfunciones visuales, totales o parciales, acompañadas de perros guía, en igualdad de condiciones con las personas que no padecen esta deficiencia visual, tanto en lugares públicos como en aquellos de titularidad privada que estén abiertos al público.
- Decreto 96/1994, de 27 de julio por el que se aprueba el Reglamento para la mejora de la accesibilidad y supresión de las barreras arquitectónicas.
- Decreto 20/2003, de 28 de febrero, que completa la Ley 3/1993 así como el Decreto 96/1994 mejorando la normativa sobre la supresión de barreras arquitectónicas.

CANARIAS cuenta con las siguientes normas:

- Ley 8/1995, de accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas y de comunicación. Hay que destacar que esta Ley pretende fomentar la colaboración de las distintas Administraciones Públicas para la promoción de la total supresión de barreras en la comunicación así como el establecimiento de mecanismos y alternativas técnicas que hagan accesible los sistemas de comunicación y señalización a toda la población.

- Decreto 286/1995, de 22 de septiembre, de ordenación de atención de alumnos con necesidades educativas especiales, dirigido al alumnado con necesidades especiales inmersos en un proceso de aprendizaje desajustado debido a carencias o dificultades en su entorno social.
- Decreto 227/1997, de 18 de septiembre, que establece las disposiciones necesarias para garantizar la accesibilidad en el entorno urbano, edificaciones, y alojamientos turísticos a las personas, que, por cualquier razón, tengan limitadas sus posibilidades de desplazamiento, movimiento y comunicación, así como suprimir las barreras de todo tipo que impidan o dificulten el normal desenvolvimiento de las personas.

CANTABRIA dentro de su regulación destacan:

- Ley 3/1996, de 24 de septiembre de accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas, urbanísticas y de la comunicación. Esta Ley establece y crea ayudas técnicas para facilitar la vida de las personas con movilidad reducida o cualquier otra disfunción psíquica o sensorial, estableciendo las normas para suprimir y evitar cualquier otro tipo de barrera u obstáculo físico o sensorial.
- Decreto 106/2001, de 20 de noviembre por el que se regula el estacionamiento para personas con discapacidad, esta norma regula el procedimiento de otorgamiento de la tarjeta de estacionamiento de vehículos de estas personas en el territorio de Cantabria.
- En el ámbito municipal existen Ordenanzas en la materia, como por ejemplo sucede en el Ayuntamiento de Mazcuerras que cuenta con Ordenanzas reguladoras del servicio de ayuda a domicilio de personas de la tercera edad y discapacitados, así como otras que regulan la creación y reserva de plazas de aparcamiento para vehículos minusválidos.

CASTILLA-LA MANCHA: la Ley 1/1994 de Accesibilidad y Eliminación de Barreras Arquitectónicas es su principal norma.

CASTILLA-LEÓN: ha aprobado una importante Ley en la materia: Ley 3/1998, de 24 de junio, de Accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas.

CATALUÑA, en su regulación destacan dos textos completos y minuciosos:

- Ley 20/1991, de 25 de noviembre, de promoción de accesibilidad y eliminación de barreras arquitectónicas, tendente a garantizar a las personas con movilidad reducida o cualquier otra limita-

ción la accesibilidad y la utilización de bienes y servicios de la sociedad, mejorando la calidad de vida de dichas personas mediante el establecimiento de las medidas de fomento y control en el cumplimiento de la normativa.

- Ley 10/1993, de 8 de octubre, reguladora del acceso al entorno de las personas con disminución visual acompañadas de perros lazarillo que tiene por objeto garantizar el acceso de estas personas a todo tipo de alojamientos, establecimientos, locales, y demás espacios de uso público.

EXTREMADURA, dentro de su normativa destaca una Ley:

- Ley 8/1987, de 18 de junio, de promoción de la accesibilidad. Esta Ley regula las ayudas técnicas tendentes a mejorar la calidad de vida de las personas con minusvalías físicas, psíquicas o sensoriales fijando los criterios básicos tendentes a suprimir y evitar los obstáculos de carácter físico o sensorial y las medidas de evaluación y cumplimiento de las mismas.

GALICIA, en su regulación merecen una especial mención tres normas:

- Ley 5/1996, de 6 de junio, sobre el acceso al entorno de las personas con deficiencia visual que garantiza a estas personas el acceso a los lugares y establecimientos públicos.
- Ley 8/1997, de 20 de agosto, de accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas que además de establecer los medios para lograr la plena integración de las personas con movilidad reducida fijan el correspondiente régimen sancionador.
- Decreto 35/2000, de 28 de enero que desarrolla la Ley 8/1997 y además define los parámetros de accesibilidad recogidos en el código de accesibilidad que haya que de tenerse en cuenta en cada caso.

LA RIOJA cuenta con dos Leyes:

- Ley 5/1994, de 19 de julio, de supresión de barreras arquitectónicas.
- Ley 1/2000, de 31 de mayo, de Perros Guía Acompañantes de Personas con deficiencia visual. Esta Ley garantiza a estas personas el derecho de acceder con perros guía a cualquier lugar o transporte de uso público, con independencia de su titularidad pública o privada.

MURCIA: ha desarrollado una amplia normativa, debiendo destacarse:

- Ley 3/1994, de 26 de julio, de los disminuidos visuales usuarios de silla de ruedas.
- Ley 5/1995, de 7 de abril, de condiciones de habitabilidad de viviendas y promoción de la accesibilidad general. Su objeto es la eliminación de las barreras existentes y evitar la aparición de otras, así como promover ayudas técnicas adecuadas para mejorar las condiciones de accesibilidad de todo tipo de espacios, bienes y servicios, tanto públicos como privados.
- Decreto 39/1987, de 4 de junio sobre supresión de barreras arquitectónicas y que tiene por objeto establecer los criterios de supresión de barreras en los espacios y edificios de acceso público o susceptibles de ser utilizados públicamente con independencia de su titularidad o dominio.
- Decreto 50/1996, de 3 de julio que regula el derecho de admisión, ingreso y traslado a Centros Ocupacionales de la Administración Regional para personas con deficiencia intelectual.
- Orden de 17 de noviembre de 1997, de la Consejería de Sanidad por la que se desarrolla el artículo 15 del Decreto 66/1996, por el que se adapta el procedimiento para la valoración y calificación de minusválidos. La Orden desarrolla además el procedimiento para la tramitación y la resolución de los expedientes de reconocimiento de la condición de minusválido, así como el procedimiento para la determinación del grado de minusvalía o enfermedad crónica.

NAVARRA, cuenta con dos importantes normas:

- Ley Foral 4/1988, de 11 de julio, sobre barreras físicas y sensoriales.
- Decreto Foral 57/1990, de 15 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la eliminación de barreras físicas y sensoriales en los transportes públicos.

PAÍS VASCO, dentro de su regulación destacan las siguientes normas:

- Ley 17/997, de 21 de noviembre, de Perros Guía que garantiza el derecho al libre acceso de las personas con deficiencia visual, total o parcial, acompañadas de perros guía, a edificios de uso

público en igualdad de condiciones con quienes no padecen dicha deficiencia.

- Ley 20/1997, de 4 de diciembre, para la promoción de accesibilidad.
- Decreto 16/1983, de 19 de diciembre que define la normativa precisa para conseguir que los elementos arquitectónicos componentes de la edificación no dificulten el libre desenvolvimiento de aquellas personas que sufran cualquier tipo de minusvalía permanente o circunstancial incluyendo en ésta última a niños, mujeres gestantes, personas cargadas, etc en lugares de acceso público.

VALENCIA: la Generalitat Valenciana cuenta en la materia con la Ley 1/1998, de 5 de mayo de supresión de barreras arquitectónicas con el fin de garantizar la accesibilidad al medio físico de todas las personas en condiciones de igualdad.

La Comunidad de Madrid en sintonía con la regulación de las Comunidades Autónomas que se acaba de exponer ha abordado esta materia a través de los siguientes instrumentos legales:

- Ley 8/1993, de 22 de junio, de Promoción de la Accesibilidad y supresión de las barreras arquitectónicas cuyo objeto es garantizar la accesibilidad a todas aquellas personas que, por una u otra razón, de forma permanente o circunstancial se encuentren en una situación de limitación o movilidad reducida en el territorio de la Comunidad de Madrid.
- Ley 23/1998, de 21 de diciembre, sobre el acceso de las personas ciegas o, afectadas por deficiencias visuales de carácter grave o severo a lugares públicos o de uso público, independientemente de su titularidad en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid.
- Decreto 153/1997, de 13 de noviembre que regula el conjunto de créditos aprobados anualmente por la Comunidad de Madrid destinados a la supresión de barreras y promoción de la accesibilidad.
- Decreto 71/1999, de 20 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo del régimen sancionador en materia de promoción de la accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas.

V. PARTICULAR ESTUDIO DE LA LEY 8/1993, DE 22 DE JUNIO, DE PROMOCION DE ACCESIBILIDAD Y SUPRESIÓN DE BARRERAS ARQUITECTÓNICAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID

La Ley 8/1993, de 22 de junio, constituye el primer y principal mecanismo legal del que dispone la Comunidad de Madrid para promover la accesibilidad y suprimir las barreras arquitectónicas en su territorio, cumpliendo así el mandato recogido en el artículo 49 de la Constitución.

Esta Ley se dicta con el fin de facilitar la accesibilidad al medio de todos los ciudadanos, con o sin minusvalías, que se encuentren en situación de limitación, temporal o permanente, con el medio, poniendo especial énfasis respecto de aquellos cuya dificultad de movilidad y comunicación sea mas grave. Como limitaciones mas frecuentes cabe citar a título de ejemplo las dificultades de maniobra, para salvar desniveles, dificultades de alcance a determinados objetos o dificultades de percepción visuales o auditivas.

Asimismo, la Ley viene a desarrollar la Ley 11/1984, de 6 de junio, de Servicios Sociales, para favorecer la integración de todas las personas a través de una serie de mecanismos legislativos, modificando la realidad social conjugando principios de actuación con parámetros técnicos básicos.

Con el objeto de garantizar la accesibilidad, la Ley no solo pretende eliminar las barreras arquitectónicas y obstáculos existentes, sino también evitar la aparición de nuevas barreras tanto en los espacios libres públicos, como en los medios de transporte, pasando por el mobiliario urbano y la construcción o reestructuración de edificios públicos y privados.

De la Ley se extraen las definiciones de dos conceptos fundamentales en esta materia, ambos recogidos en el artículo 3:

— **ACCESIBILIDAD:** característica del urbanismo, de las edificaciones, del transporte y de los sistemas y medios de comunicación sensorial que permite el acceso a cualquier persona con independencia de su condición física, psíquica o sensorial.

— **BARRERA ARQUITECTÓNICA:** todo impedimento, traba u obstáculo que limite o impida el acceso, la libertad de movimiento, la estancia y la circulación con seguridad de las personas.

En la Comunidad de Madrid, las barreras arquitectónicas se clasifican en cuatro categorías:

1. **BAU:** Barreras Arquitectónicas Urbanísticas que son las existentes en las vías públicas, así como en los espacios libres de uso público.

Estas barreras pueden originarse bien en elementos de urbanización, bien en el mobiliario urbano.

Se considera como elemento de urbanización cualquier componente de las obras de urbanización, como por ejemplo las obras referentes a pavimentación, alcantarillado, alumbrado público, abastecimiento y distribución de agua y en general todas aquellas que materializan las indicaciones del Planeamiento Urbanístico.

Por otro lado, el mobiliario urbano puede definirse como el conjunto de objetos existente en las vías y espacios públicos, superpuestos o adosados a los elementos de la urbanización o edificación, de forma que su modificación o traslado no genera alteraciones sustanciales de aquellas, tales como semáforos, postes de señalización y similares, cabinas telefónicas, fuentes públicas, papeleras, veladores, toldos, marquesinas, kioscos, y cualesquiera otros de naturaleza análoga.

La Ley contiene las especificaciones técnicas del diseño y trazado de los itinerarios peatonales, y pasos de peatones, características del pavimento, diseño y trazado de vados y escaleras, aseos públicos y rampas.

2. BAE: Barreras Arquitectónicas en la Edificación que son las existentes en el interior de los edificios, tanto públicos como privados.

A los efectos de la supresión de Barreras Arquitectónicas en la Edificación se consideran tres tipos de espacios, instalaciones o servicios en función de su accesibilidad para personas en situación de limitación o con movilidad reducida:

- a) *Adaptados*. Se considera un espacio, una instalación o un servicio adaptado, cuando se ajusta a los requisitos funcionales y dimensiones que garantizan su utilización, de forma autónoma y con comodidad, por parte de las personas en situación de limitación o con movilidad reducida.
- b) *Practicables*. Se considera un espacio, una instalación o un servicio practicable, cuando, sin ajustarse a todos los requisitos anteriormente citados, no impida su utilización de forma autónoma a las personas en situación de limitación o con movilidad reducida.
- c) *Convertibles*. Se considera un espacio, una instalación o un servicio convertible, cuando mediante modificaciones que no afecten a su configuración esencial, pueda transformarse, como mínimo en practicable.

Estas disposiciones son de aplicación a edificios públicos y de servicios de las Administraciones Públicas, Centros Sanitarios y Asisten-

ciales, Estaciones Ferroviarias, de Metro y autobuses, Puertos, Aeropuertos y Helipuertos, Centros de Enseñanza, Garajes y Aparcamientos, Museos y Salas de Exposiciones, Teatros, Salas de Cine y Espectáculos, Instalaciones deportivas, establecimientos comerciales a partir de 500 metros de superficie, centros religiosos, instalaciones hoteleras, y centros de trabajo.

3. BAT: Barreras Arquitectónicas en los Transportes, que son las existentes en los medios de transportes.

La Ley distingue a estos efectos entre transportes públicos y privados.

Tratándose de transportes públicos debe destacarse la obligación de las Administraciones Públicas de elaborar y mantener anualmente actualizado un Plan de supresión de barreras y de utilización y adaptación progresiva de los transportes públicos colectivos.

También debe destacarse la necesidad de que los proyectos de nueva construcción, reestructuración o adaptación de las estaciones de metro, ferrocarril y autobuses se ajusten a las previsiones de la Ley, por ejemplo, señalizando el borde de los andenes con una franja de pavimento antideslizante, instalando equipos de megafonía además de sistemas de información visual.

Por su parte, en el caso de los transportes privados la accesibilidad se garantiza a través de diversas medidas, por ejemplo, permitir a las personas en situación de movilidad reducida aparcar sus vehículos más tiempo del autorizado en los lugares de tiempo limitado, proveer a estas personas de una tarjeta de estacionamiento para minusválidos adaptada a las recomendaciones de la Comisión de las Comunidades europeas, o reservar a estas personas plazas de aparcamiento en los lugares en donde se compruebe sea necesario.

4. BACS: Barreras en las Comunicaciones Sensoriales, entendiéndose por tales todas aquellas barreras o impedimentos que dificulten o imposibiliten la expresión o recepción de mensajes a través de los medios o sistemas de comunicación sean o no de masas. A este respecto, debe señalarse que el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid impulsará la formación de profesionales intérpretes de signos mímicos y guías de sordo-ciegos, a fin de facilitar cualquier tipo de comunicación directa a las personas en situación de limitación que lo precisen.

Las medidas previstas se concretan en:

- Subtitulación en las emisiones televisión.
- Disponibilidad de intérpretes de lengua de signos, en especial de la Administración Pública.
- Definición de las características técnicas y diseño ergonómico de cabinas telefónicas.

La Disposición Novena de la Ley garantiza a los deficientes visuales acompañados de perros guía el libre acceso a los lugares, alojamientos, establecimientos, locales y transportes públicos, considerándose incluidos entre los establecimientos de referencia los centros hospitalarios públicos y privados, así como aquellos que sean de asistencia ambulatoria.

No se prevén en la Ley más medidas específicas para las personas con deficiencias visuales; así no se articulan iniciativas tendentes a enriquecer el mensaje que reciben las personas con deficiencias visuales. En este sentido es particularmente interesante al respecto el servicio de la Radiotelevisión Italiana RAI en la que la emisión de películas y otros programas a los diálogos se acompañan descripciones orales.

En España, la práctica demuestra que el 47 % de los edificios son poco o nada accesibles para discapacitados sensoriales, tratándose de discapacitados auditivos, casi no hay edificios que cuenten con medios de comunicación específicos para ellos, tales como teléfonos de texto o la intervención de personas familiarizadas con el lenguaje de los signos. Tratándose de personas con graves deficiencias visuales se aprecian problemas de carencia de indicadores acústicos.

La Ley establece dos tipos de medidas para garantizar el cumplimiento de sus previsiones: las medidas de fomento y las de control. Las primeras tienden a potenciar el cumplimiento de la Ley a través de ayudas y subvenciones, las segundas fiscalizan su cumplimiento mediante la exigencia de ciertas condiciones en los proyectos y obras.

Dentro de las medidas de fomento previstas por la Ley, hay que subrayar la creación del denominado Fondo para la Supresión de Barreras Arquitectónicas.

El Fondo destina cada año un porcentaje de su presupuesto para subvencionar los programas específicos de los Entes Locales, gozando de prioridad aquellos Entes que, mediante Convenio se comprometan a asignar una partida presupuestaria similar o igual en porcentaje a la de la Comunidad de Madrid, para la eliminación de barreras.

En cuanto a las medidas de control, se dirigen principalmente a verificar las condiciones de accesibilidad de ciertas obras. En este sentido, los colegios profesionales que tengan atribuida la competencia en el visado de los proyectos técnicos necesarios para la obtención de licencias, denegarán los visados cuando los proyectos no se adecuen a las disposiciones de la Ley.

Estas medidas de control afectan igualmente a los pliegos de condiciones de los contratos administrativos que deberán contener las correspondientes cláusulas de adecuación a la Ley reguladora de la

accesibilidad, así como a los Ayuntamientos y demás órganos competentes para la aprobación de los instrumentos de planeamiento urbanístico.

El incumplimiento de estas medidas podrá dar lugar a la correspondiente infracción. La Ley distingue entre infracciones leves, graves y muy graves. Destaca el largo plazo de prescripción de estas últimas que es de diez años.

Desde el punto de vista orgánico debe hacerse mención del Consejo para la Promoción de la Accesibilidad y la Supresión de Barreras, configurado por la Ley como un órgano de participación externa y de consulta. Sus funciones serán, con carácter general, de asesoramiento, información, propuestas de criterios de actuación y fomento de la accesibilidad. En concreto, el artículo 46 de la Ley le atribuye las siguientes funciones:

- a) Recibir información de las distintas Consejerías, así como de la Federación Madrileña de Municipios, con el fin de actuar como coordinador en la materia de los distintos programas a la hora de proponer actuaciones concretas relacionadas con el tema.
- b) Emitir informe sobre los créditos presupuestarios del anteproyecto de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid destinados al cumplimiento de las previsiones contenidas en la Ley.
- c) Emitir informe previo a la aprobación de los criterios de organización y funcionamiento del Fondo para la Supresión de las Barreras Arquitectónicas.
- d) Emitir informe sobre los proyectos de disposiciones reglamentarias de desarrollo de la Ley.
- e) Recibir información anual sobre las realizaciones y grado de cumplimiento de las previsiones contenidas en la Ley, para la evaluación de los resultados de todas las actuaciones, tanto de la propia Comunidad de Madrid como de los Ayuntamientos.

Finalmente y con el fin de garantizar el acceso a la vivienda de las personas con movilidad reducida, la Ley regula la reserva de viviendas destinada a las mismas. De esta forma, en los programas anuales de promoción pública se reservará un porcentaje no inferior al 3 % del volumen total con el fin de garantizar el acceso a la vivienda de las personas con movilidad reducida permanente.

En las promociones de Viviendas de Protección Oficial, los promotores, ya sean sociales o privados, deberán reservar, en los proyectos que presenten para su aprobación, la porción mínima que se establezca reglamentariamente y, en todo caso, respetando el mínimo del 3 % establecido para personas con movilidad reducida permanente.

Todos los proyectos privados que programen, al menos en un 3 % del total, viviendas adaptadas a las necesidades de personas con movilidad reducida permanente, tendrán preferencia en la obtención de subvenciones, ayudas económicas, créditos, o avales concedidos por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid.

Como es lógico, los edificios en que existan viviendas para personas con movilidad reducida permanente deberán tener adaptados los elementos comunes de acceso a dichas viviendas, las dependencias de uso comunitario del servicio de las mismas y un itinerario personal, al menos, que una la edificación con la vía pública.

La importancia que la Ley concede a ésta reserva de viviendas se traduce en la calificación de infracción muy grave el incumplimiento de la misma.

En el ámbito de la Comunidad de Madrid hay que destacar que ésta concede ayudas individuales para personas con discapacidad destinadas a mejorar su calidad de vida, así se conceden ayudas de hasta 3.000 euros para eliminar barreras arquitectónicas en el propio domicilio.

Expuesto el problema de la accesibilidad y su normativa, debe concluirse con el deseo de que cada vez sean menos los problemas que se planteen en este entorno, para lo cual será indispensable armonizar las normas actuales de accesibilidad bajo unos criterios de homogeneidad legislativa, desarrollar las leyes expuestas mediante los reglamentos precisos, poner en marcha los distintos Planes de Accesibilidad y demás mecanismos legales y sobre todo asegurar un escrupuloso cumplimiento de la Legislación vigente en la materia, llegando, en su caso a imponer las sanciones que fuera preciso en aras a garantizar su aplicación.

FISCALIDAD DE LA VIVIENDA EN EL SISTEMA IMPOSITIVO ESTATAL

POR

ROSA GALAPERO FLORES

PROFESORA TITULAR E.U. DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO DE LA UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. CARÁCTER CONSTITUCIONAL DEL SUELO Y DEL DERECHO A LA VIVIENDA. III. SISTEMA IMPOSITIVO ESTATAL. III.1. FISCALIDAD DE LA VIVIENDA EN EL IRPF, IMPUESTO CEDIDO A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. 1. Introducción. 2. Transmisión de la vivienda. 2.1. Determinación de los valores de adquisición y transmisión. 2.1.1. Determinación de los valores de adquisición y transmisión en las transmisiones a título oneroso. 2.1.2. Determinación de los valores de adquisición y transmisión en las transmisiones a título lucrativo. 2.1.3. Actualización del valor de adquisición. 3. Exención por reinversión. 3.1. Delimitación del concepto «vivienda habitual». 3.2. Estudio del beneficio fiscal de la exención por reinversión de las ganancias patrimoniales obtenidas en la transmisión de vivienda habitual. 4. Deducciones en la cuota por adquisición de vivienda. Cuentas vivienda. 5. Titularidad de vivienda. Imputación de rentas inmobiliarias. III.2. OPERACIONES INMOBILIARIAS EN EL IVA. III.3. EL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS Y LA ACTIVIDAD INMOBILIARIA. IMPUESTO CEDIDO A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. III.4. RÉGIMEN ESPECIAL EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES DE LAS ENTIDADES DEDICADAS AL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDAS.

I. INTRODUCCIÓN

Si existe algún asunto en nuestra sociedad que nos afecte prácticamente a todos es el de la vivienda. Materia sobre la que se escribe y se habla en todos los elementos, y una cuestión aparejada a la vivienda es la fiscalidad de la misma. En este trabajo me voy a dedicar a analizar el gravamen de la vivienda en los impuestos estatales que le afectan, pero he de señalar que tanto la imposición autonómica como la local establecen en sus materias imponibles la vivienda y la actividad inmobiliaria. Donde mayores conflictos se plantean es en el ámbito del Impuesto sobre el Valor Añadido y el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que actualmente se resuelven en la Ley General Tributaria aprobada en el año 2003. Existen aún en nuestro ordenamiento tributario muchas cuestiones y problemas carentes de regulación.

Y con lo que realmente nos encontramos es con un gravamen excesivo sobre la vivienda, especialmente en los supuestos de transmisión entre particulares.

El ejercicio de la actividad urbanística por determinados entes pone de relieve una determinada capacidad económica, por la aparición de esta capacidad económica se tipifican diversos hechos imponibles objeto de gravamen de diversos impuestos tal y como tratamos de exponer en este trabajo. La capacidad económica como principio basilar del ordenamiento tributario está recogida en el artículo 31 de la Constitución Española.

La materia inmobiliaria es en sí misma de gran importancia tanto para las instituciones públicas como para las empresas privadas y para las personas físicas; a cada uno de estos entes el régimen del suelo les afecta de distinta forma. Para las Administraciones Públicas, las líneas de actuación consisten en obligar a los agentes particulares a urbanizar y vender suelo a precios asequibles o estas Administraciones deben protagonizar por sí mismas la acción urbanizadora; los particulares, personas físicas o jurídicas, pueden ocupar distintas posiciones en relación con el urbanismo, bien como propietarios de terrenos, dueños de obras, constructores; y también como personas que ocupan una vivienda o son titulares de solares o de inmuebles con los cuales realizan distintas operaciones.

Cuando los particulares, entendiendo por particulares cualquier ente que no sea una Administración Pública, realizan una actuación en relación con la actividad urbanística, actividad que encierra dentro de sí muchas posibilidades de actuaciones, y a su vez manifiesta capacidad económica, se devengan distintos tributos.

Desde el punto de vista del Derecho tributario, el análisis aspecto en el que exclusivamente nos centramos en este trabajo, no siendo nuestra finalidad analizar ni interpretar conceptos y situaciones reguladas expresamente por las distintas normas que se agrupan dentro del derecho urbanístico y que exceden a nuestro propósito que es únicamente el estudio de los aspectos fiscales, puede enfocarse desde diversas perspectivas.

Hacemos una referencia global a los impuestos estatales cedidos o no que afectan a la vivienda y a las operaciones inmobiliarias y nos detenemos específicamente en la fiscalidad de la vivienda en el IRPF y a continuación las operaciones inmobiliarias en el IVA, donde realizamos una guía fundamentada jurídicamente de la tributación por este impuesto de las operaciones con bienes inmuebles; para terminar con el ITPAJD.

Si bien nuestro trabajo se refiere a la fiscalidad inmobiliaria, debemos siquiera someramente determinar qué entendemos por fis-

calidad inmobiliaria, y siguiendo a PAGÈS I GALTES¹, con esta expresión nos referimos a las figuras financieras en cuyo presupuesto de hecho o cuantificación se toman en consideración aspectos relacionados con los inmuebles; de la misma forma, entendemos que la fiscalidad urbanística viene referida a las figuras tributarias en cuyo presupuesto de hecho o cuantificación se consideran aspectos relacionados con el urbanismo, si bien este concepto es mucho menos conciso que el primero, por cuanto el propio concepto de urbanismo es más amplio, a los efectos que a nosotros nos interesa, que la fiscalidad inmobiliaria.

II. CARÁCTER CONSTITUCIONAL DEL SUELO Y DEL DERECHO A LA VIVIENDA

El engarce constitucional de la fiscalidad inmobiliaria lo encontramos en los siguientes artículos de la Constitución Española, donde se establecen las líneas generales en que deben materializarse las soluciones del urbanismo español:

- Artículo 47: «Utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación». «La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos».
- Artículo 33: se establece la función social de la propiedad.
- Artículo 38: prevé el reconocimiento del mercado y la libertad de empresa.

Conforme a estos preceptos, y como ha manifestado ENRIQUE OLMEDILLAS: «El suelo y la vivienda son productos del mercado de bienes y servicios, sus características de bienes de primera necesidad y el hecho de que su oferta y demanda tengan un carácter marcadamente local, explica que el urbanismo español haya intentado compatibilizar el contenido de la propiedad urbana como los objetivos públicos de asegurar que la producción del suelo urbanizado para usos residenciales y de actividad económica se ajuste a las necesidades de los ciudadanos y garanticen la producción de infraestructuras públicas y la calidad del medio ambiente urbano».

¹ «Aspectos novedosos de la fiscalidad inmobiliaria local para 1999», Impuestos, 1999, tomo II, pág. 367.

III. SISTEMA IMPOSITIVO ESTATAL. INCIDENCIA EN EL URBANISMO

Hagamos en primer lugar una breve referencia a los tributos implicados:

- Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF).
- Impuesto de Sociedades (IS).
- Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA).
- Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD).

IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS E IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

1. Vivienda habitual.

- a) Concepto.
- b) Inexistencia de gravamen sobre la titularidad de la vivienda.
- c) Exención por reinversión.
- d) Deducción por inversión en la adquisición de la vivienda.
- e) Compensación por inversión en vivienda.

2. Inmuebles desocupados: renta imputada por la titularidad de inmuebles urbanos distintos a la vivienda habitual.

3. Inmuebles arrendados.

- a) Rendimiento íntegro del capital inmobiliario.
- b) Gastos deducibles.

4. Actividad económica inmobiliaria. Se ha creado un nuevo régimen especial en el Impuesto sobre Sociedades para entidades cuyo objeto sea el alquiler de viviendas y siempre que se cumplan determinados requisitos contenida el Capítulo III del Título VII del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (arts. 53 y 54). El régimen consiste en la concesión de importantes bonificaciones en la cuota del Impuesto sobre Sociedades, que afectan a las rentas derivadas del arrendamiento y a las ocasionadas por la transmisión de las viviendas.

5. Renta procedente de la transmisión de inmuebles.

- a) Ganancia o pérdida de patrimonio.

- b) Valor de adquisición: coeficientes de actualización bienes afectos/no afectos.
- c) Valor de transmisión.
- d) La nueva deducción en la cuota del IS por reinversión de beneficios extraordinarios.

IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO E IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

1. La transmisión de inmuebles.

- a) Incompatibilidad entre el IVA y el ITPAJD; excepciones.
- b) IVA: base imponible y tipos impositivos.
- c) ITPAJD.

Valoración y tipos impositivos en las transmisiones patrimoniales onerosas (TPO).

Formalización de los negocios jurídicos transmisivos: los actos jurídicos documentados (AJD).

2. El arrendamiento de inmuebles:

- a) IVA.
- b) Exención del arrendamiento de la vivienda habitual.
- c) Tipos impositivos.

III.1. FISCALIDAD DE LA VIVIENDA EN EL IRPF

1. Introducción

La Constitución Española declara en el artículo 47 el derecho a una vivienda digna y adecuada para todos los españoles, y hace partícipe a los poderes públicos para que los ciudadanos puedan acceder a su vivienda en las condiciones señaladas. Esta declaración constitucional hace que la importancia de la vivienda se justifique por sí misma, esta relevancia se pone de manifiesto en los supuestos de titularidad, adquisición, alquiler de vivienda y transmisión, situaciones jurídicas que tienen gran envergadura a efectos fiscales.

Son varios los tributos que gravan las distintas situaciones de hecho en relación con el elemento patrimonial conocido como vivien-

da. Si atendemos, por ejemplo, a la transmisión de la vivienda, se trata de una operación inmobiliaria que está sujeta a gravamen en varios tributos, como son el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, el Impuesto sobre el Valor Añadido.

De la misma forma, la titularidad de una vivienda es objeto de gravamen por parte tanto de la imposición estatal como local.

En consecuencia, un gran elenco de normas tributarias tienen como materia imponible la vivienda, que se erige como uno de los bienes económicos más importantes de la economía, entre otros motivos, porque afecta a un gran número de sujetos pasivos, y porque es necesario determinar hasta qué límite se ven afectados los principios constitucionales cuando un sujeto pasivo soporta el efecto de ser gravado por las distintas situaciones jurídicas que pueden producirse en torno a la vivienda.

Pues a toda esta relevancia de tipo fiscal, hay que añadir la trascendencia social que tiene la vivienda en la economía de un país, más aún si esta constituye la vivienda habitual del sujeto pasivo, por todo ello, consideramos que se trata de un aspecto crucial en todo sistema tributario.

En esta parte del trabajo nos vamos a dedicar al estudio de la tributación de la vivienda en el ámbito del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, a la luz del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Real Decreto 1775/2004, de 30 de julio, que aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Uno de los aspectos que presenta especial importancia en torno a la vivienda, son indudablemente los beneficios fiscales que se arbitran desde la regulación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, especialmente la exención por reinversión en vivienda habitual y, por otro lado, la deducción en la cuota por inversión en vivienda habitual.

El IRPF es un impuesto cedido parcialmente a las Comunidades Autónomas, se cede a la Comunidad Autónoma el 33 por 100 del rendimiento del IRPF que corresponda a los sujetos pasivos que tengan su residencia habitual en su territorio, determinado según las reglas previstas en los artículos 18.2.a) y 22 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las CC.AA. de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía. Esta cesión también implica otorgar a las Comunidades Autónomas ciertas

competencias normativas en materia de tarifas y deducciones. Sobre los aspectos de ese impuesto que pueden regular las Comunidades Autónomas, nos remitimos al contenido de los artículos 19.2.a) de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas y 38.1 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las CC.AA. de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía.

2. Transmisión de vivienda

En el RD Leg. 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (a partir de ahora Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas) el gravamen de la transmisión de vivienda tiene su regulación en la sección cuarta, que regula las ganancias y pérdidas patrimoniales, concretamente los artículos 31 y siguientes.

Conforme a esta Ley la transmisión de la vivienda es considerada uno de los supuestos que configuran el hecho imponible del IRPF, el señalado en el artículo 6.1 d): «Las ganancias y pérdidas patrimoniales». El artículo 31 indica que: «Son ganancias y pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél, (...)».

Conforme a esta definición indudablemente la transmisión de una vivienda supone una variación en el valor del patrimonio del contribuyente y una alteración en la composición del mismo.

La determinación de la cuantía a computar en concepto de ganancia o pérdida patrimonial está regulada en el artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que establece:

«1. El importe de las ganancias o pérdidas patrimoniales será:

- a) En el supuesto de transmisión onerosa o lucrativa, la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión de los elementos patrimoniales.
- b) En los demás supuestos, el valor de mercado de los elementos patrimoniales o partes proporcionales, en su caso.

2. Si se hubiesen efectuado mejoras en los elementos patrimoniales transmitidos, se distinguirá la parte del valor de enajenación que corresponda a cada componente del mismo».

Este precepto contiene la norma general sobre la cuantificación de las ganancias y pérdidas patrimoniales.

El precepto se refiere a las dos posibilidades que pueden dar origen a una alteración patrimonial:

— Transmisión onerosa o lucrativa de cualquier elemento patrimonial perteneciente al contribuyente, determinándose en este caso la ganancia o pérdida patrimonial por la diferencia entre los valores de transmisión y adquisición. Éste será el supuesto más común en los casos de transmisión de vivienda.

— En los demás supuestos, esto es, cuando la ganancia provenga de la incorporación de bienes o derechos al patrimonio del contribuyente, su cuantía coincidirá con el valor de mercado de los bienes o derechos adquiridos².

No obstante, recoge en su apartado 2 la referencia a los supuestos en que se hubiesen efectuado mejoras en el elemento patrimonial transmitido.

2.1. Determinación de los valores de adquisición y transmisión

Si bien el importe de las ganancias y pérdidas patrimoniales que tienen su origen en la variación del valor de los elementos que integran el patrimonio se determina por la diferencia entre el valor de transmisión y de adquisición del elemento que sale del patrimonio, es necesario estudiar el significado de estos conceptos y analizar las partidas que los integran; la determinación de estos términos viene a ser el núcleo central a la hora de cuantificar las ganancias y pérdidas patrimoniales que se ponen de manifiesto en la transmisión de la vivienda.

La Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se refiere al valor de adquisición y transmisión, distinguiendo entre transmisiones a título oneroso y transmisiones a título lucrativo³.

² PÉREZ ROYO advierte de los problemas que se pueden plantear cuando se incorporan al patrimonio del contribuyente bienes o derechos, en los que hay que estar al valor de mercado. *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 297.

³ CALERO GALLEGO abogó por la determinación de estos conceptos por separado, según que la adquisición o la transmisión hubiesen sido a título oneroso o a título lucrativo. «Comentarios a los artículos 46 y 47 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», en la obra con AA.VV. *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y a la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio*. Libro Homenaje a Luis Mateo Rodríguez, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 760-761.

2.1.1. Determinación de los valores de adquisición y transmisión en las transmisiones a título oneroso

a) Valor de adquisición

En las transmisiones a título oneroso tal y como establece el artículo 33 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el valor de adquisición está formado por:

a) El importe real por el que dicha adquisición se hubiere efectuado.

CALERO GALLEGO⁴, considera que la Ley no se refiere al valor real del bien adquirido sino a «las cantidades realmente satisfechas por el adquirente», por lo que se obvia cualquier alusión al valor normal de mercado. En consecuencia, según este autor debemos entender por importe real el precio efectivamente satisfecho en la adquisición⁵.

No son de la misma opinión las posiciones doctrinales⁶ que consideran que el valor real se corresponde con el valor de mercado o el valor que se hubiera decidido entre sujetos independientes en condiciones normales de competencia.

Es necesario, en una referencia a las ganancias y pérdidas patrimoniales aludir, aunque sea de forma breve, a la determinación del

⁴ Comentarios a los artículos 46 y 47 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», en la obra con AA.VV. *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y a la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio*, ob. cit., p. 761. De la misma opinión es PÉREZ ROYO, que señala que «no tiene ningún sentido sustituir la referencia a lo efectivamente satisfecho por el valor objetivo o de mercado del bien que se adquiere», en *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, ob. cit., p. 299.

⁵ En este mismo sentido ya se manifestó con anterioridad CAYON GALIARDO, que además señaló que identificar importe real con el precio satisfecho en la adquisición supone que se mantenga la posibilidad de «manejar precios históricos reales muy diferentes de los valores que pudieron declararse a la Administración Tributaria o, incluso, inscribirse en documentos públicos». «Comentarios al artículo 46 de la Ley 18/1991», en la obra con AA.VV. *Comentarios a la Ley del IRPF y Reglamento del Impuesto*, Colex, Madrid, 1993, p. 425.

⁶ Entre otros, TEJERIZO LÓPEZ, «Valoración en las alteraciones patrimoniales», XXXV Semana de Estudios de Derecho Financiero, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1990, p. 76; SANTIDRIÁN ALEGRE y MORENO ROYES, *Los nuevos Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio*, ob. cit., p. 179; CALVO ORTEGA, *Impuesto sobre las Donaciones*, en la obra con AA.VV., *Fiscalidad de las Sucesiones y las Donaciones*, Lex Nova, Valladolid, 1991, p. 602; ESCRIBANO LÓPEZ, F., «Seis novedades en el Impuesto sobre el Patrimonio», *Civitas, Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 75, 1992, p. 568; ESPEJO POYATO, «Valoración unitaria o estanqueidad de valoraciones. ¿Es ésta la cuestión?»; *Carta Tributaria, Monografía* n.º 109, 1990, p. 10; VARONA ALABERN, en «Comentarios al artículo 10 de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio», en la obra con AA.VV. *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y a la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio*. Libro Homenaje a Luis Mateo Rodríguez, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 1562.

término valor real, y puesto que se trata de un concepto jurídico indeterminado debe ser concretado por el interesado en su declaración y eventualmente por la Administración a través del expediente de comprobación⁷.

b) El legislador establece además que una vez determinado el valor real de la operación, hay que añadir a esta cuantía el coste de las inversiones y mejoras efectuadas en los bienes adquiridos y los gastos y tributos⁸ inherentes a la adquisición, excluidos los intereses, que hubieran sido satisfechos por el adquirente. Los intereses son gastos deducibles en los casos que se establezca legalmente, pero no forman parte del valor de adquisición.

La suma de estas dos partidas (señaladas en los apartados a y b) que integran el valor de adquisición, se minorará en el importe de la amortización en las condiciones que se establezcan reglamentariamente⁹. El artículo 38 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (RD1775/2004, de 30 de julio) determina que estas amortizaciones serán las fiscalmente deducibles, computándose en todo caso la amortización mínima, con independencia de la efectiva consideración de ésta como gasto.

Considerándose como amortización mínima la resultante del período máximo de amortización o el porcentaje fijo que corresponda según cada caso.

⁷ Véanse al respecto: AGULLO AGÜERO, «Base imponible y comprobación de valores» en la obra con AA.VV. *Comentarios a la nueva Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, La Ley, Madrid, 1998, p. 86; ARRANZ DE ANDRÉS en su trabajo: «Las transmisiones lucrativas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, n.º 245, 1997, p. 602.

⁸ EL ITPAJD, ISD o IVA que gravará la adquisición de los bienes o derechos por parte del contribuyente. De todas formas hay que tener presente que en el caso de activos empresariales o profesionales el IVA sólo aumentará el valor de adquisición de los mismos en la medida en que no resulte deducible del IVA repercutido por el titular en el ejercicio de su actividad.

⁹ Se ha eliminado la alusión legal a la amortización mínima a que se refería la ley 18/1991, lo que daba lugar a problemas de interpretación especialmente en relación con las transmisiones de inmuebles. CALERO GALLEGO puso de manifiesto en torno a esta cuestión que si atendíamos al tenor literal del precepto se debían tener en cuenta las amortizaciones sólo en los casos en que la ley las admitía como gasto fiscalmente deducible, es cuando había que computarse la amortización mínima, independientemente que el sujeto las haya practicado o no en su momento las amortizaciones legalmente previstas, o lo haya hecho por importe inferior al normativamente establecido. Pero, tal y como señala el autor citado, no tendría sentido que el sujeto hubiese de descontar del valor de adquisición unas amortizaciones no practicadas porque no procedían en virtud de las previsiones legales. La tesis de este autor se ve corroborada por el artículo 8 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. En «Comentarios a los artículos 46 y 47 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», en la obra con AA.VV. *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y a la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio*, ob. cit., p. 764.

b) Valor de transmisión

El valor de transmisión, regulado en el artículo 33.3 de la Ley del IRPF¹⁰, será el importe real por el que la enajenación se hubiese efectuado, disminuido con el importe de los gastos y tributos inherentes a la transmisión, excluidos los intereses, que hubieran sido satisfechos por el transmitente. El importe real del valor de enajenación es el efectivamente satisfecho siempre que no resulte inferior al normal de mercado, en cuyo caso prevalecerá este.

El artículo 32.2 de la Ley del IRPF advierte: «Si se hubiesen efectuado mejoras en los elementos patrimoniales transmitidos, se distinguirá la parte del valor de enajenación que corresponda a cada componente del mismo». Ahora bien, la Ley no señala cómo debe hacerse tal distinción.

Al igual que sucede en la determinación del valor de adquisición, el valor de transmisión se equipara con el importe real por el que se hubiera llevado a cabo la enajenación, lo que supone como ya señalara CAZORLA PRIETO¹¹ que: «De una forma acompasada al principio de capacidad económica, se prima el criterio de la realidad económica que haya prevalecido en cada acto o negocio jurídico en particular». Pero el autor citado pone de manifiesto la incongruencia existente entre la identificación del valor de enajenación y el importe real de la operación, con el hecho de que si el valor normal del mercado del bien difiere del importe real satisfecho, prevalecerá el valor normal del mercado, lo que supone que «tras establecer acertadamente el criterio del importe real en cada caso, le sobrepone el del valor de mercado, que puede ser distinto del realmente satisfecho, y que, a la postre, puede resultar atentatorio al principio constitucional de capacidad económica»¹².

Se podrán deducir la totalidad de los tributos inherentes a la transmisión, lo que supone que el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana disminuirá en su totalidad el importe de la enajenación, y no sólo el 25% de este Impuesto. Este

¹⁰ Es una norma desafortunada desde todos los puntos de vista, tal y como ha indicado PÉREZ ROYO, *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, ob. cit., p. 305.

¹¹ Lecciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, p. 142. En el mismo sentido, PÉREZ ROYO en *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, ob. cit., p. 306.

¹² *Lecciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, ob. cit., p. 142. En el mismo sentido se manifestaron, entre otros: PÉREZ ROYO en su obra *La nueva regulación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Marcial Pons, Madrid, 1991, p. 154; PÉREZ HERRERO, «El nuevo régimen de imposición de los incrementos y disminuciones de patrimonio en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», *Impuestos*, n.º 21, Noviembre, 1996, p. 15.

hecho atiende a que la deducción de la cuota del IRPF de la cuantía satisfecha por el transmitente por el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana se ha eliminado, y ello como se debe según podemos leer en el Libro Blanco, «al hecho de que este impuesto, si se satisface auténticamente por quien transmite una propiedad inmueble, representa un coste derivado de esa transmisión y como tal debería reconocerse a la hora de computar las ganancias o pérdidas patrimoniales correspondientes».

2.1.2 Determinación de los valores de adquisición y transmisión en las transmisiones a título lucrativo

El artículo 34 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas establece qué debemos entender por valor de adquisición y transmisión, cuando la enajenación se realiza a título gratuito o lucrativo.

Las ganancias y pérdidas patrimoniales surgidas como consecuencia de la realización de transmisiones lucrativas se determinarán por la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión de los elementos patrimoniales de que se trate, tal y como establece el artículo 32 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Si bien estos valores por mandato expreso del artículo 34 de la Ley citada serán los que resulten de la aplicación de las normas del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Esta opción legislativa ha sido bien vista por la doctrina¹³, que considera que esta remisión a las normas del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones para la determinación de los valores de adquisición y transmisión supone homogeneizar las reglas de valoración, evitando de esta forma que según estemos en uno u otro impuesto los mismos elementos patrimoniales tengan asignadas diferentes valoraciones. En esta misma línea hay autores¹⁴ que han señalado que defender otra postura supondría atentar contra el principio de segu-

¹³ CAYON GALIARDO ha señalado al respecto: «La remisión es correcta por la función de impuesto cierre del sistema de imposición directa que desempeña actualmente el I.S.D. y que se traduce incluso en la no sujeción al IRPF de los incrementos de patrimonio sometidos a aquel tributo», en «Comentarios al artículo 47 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», en la obra con AA.VV. *Comentarios a la Ley del IRPF y Reglamento del Impuesto*, ob. cit., p. 429; LÓPEZ BERENGUER, *Manual del Impuesto sobre la Renta*, Aranzadi, Pamplona, 1980, p. 28; ELÍAS OSTUA en «Incrementos de patrimonio y otras cuestiones», *Crónica Tributaria*, n.º 35, 1981, p. 29.

¹⁴ Véase, en este sentido: MUÑOZ DEL CASTILLO, «Tributación de las Plusvalías en el Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas», *Civitas Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 11, 1976, p. 466.

ridad jurídica y asimismo supondría una transgresión del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos.

No obstante, existen posiciones doctrinales¹⁵ que consideran que más que unificar las valoraciones de los elementos patrimoniales en los distintos tributos, lo que se debe perseguir es unificar los criterios materiales de valoración, siendo la ley propia de cada tributo la que adapte a su propio hecho imponible los criterios de valoración previamente delimitados.

Hay que poner de manifiesto el artículo 18 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones para la determinación del valor real; este precepto otorga a la Administración la posibilidad de comprobar el valor real de los bienes y derechos transmitidos, que han sido consignados por los sujetos pasivos en sus respectivas liquidaciones, por los medios de comprobación admitidos en la Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre).

Si el valor comprobado por la Administración resulta mayor al declarado por el sujeto pasivo, siempre que este haya aplicado la correspondiente regla del Impuesto sobre el Patrimonio, prevalecerá el valor comprobado, y no procederán sanciones.

Sobre si esta norma es aplicable a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, hemos de señalar lo que en su momento puso de manifiesto CAYON GALIARDO¹⁶, que consideró que no puede afirmarse que se pueda aplicar esta norma en el ámbito del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, teniendo en cuenta que el artículo 18 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se remitía al Impuesto Extraordinario del Patrimonio de las Personas Físicas y no al Impuesto sobre el Patrimonio de las Personas Físicas vigente, en el que no se menciona la regla general de valoración que contenía el Impuesto Extraordinario del Patrimonio de las Personas Físicas en su artículo 10 que aludía «al valor real de los bienes y derechos que sean atribuibles al sujeto pasivo». El actual Impuesto sobre el Patrimonio regulado por la Ley 19/1991, de 6 de junio, no menciona esta regla general sino que cada elemento patrimonial se valora conforme a una regla específica y existe una cláusula residual de «valor de mercado».

El autor concluye señalando que no deben aplicarse sanciones cuando la comprobación administrativa obtenga uno diferente por la aplicación de alguno de los medios previstos la Ley General Tribu-

¹⁵ CAAMAÑO ANIDO, *Régimen fiscal de las Donaciones*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 171 y 172.

¹⁶ «Comentarios al artículo 47 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», en la obra con AA.VV. *Comentarios a la Ley del IRPF y Reglamento del Impuesto*, ob. cit., pp. 429-430.

ria. En su opinión, con la que coincidimos, el elemento clave está en concretar qué se debe entender por valor real¹⁷.

a) Valor de adquisición

Por tanto, en el supuesto de ganancias y pérdidas patrimoniales que tengan su origen en transmisiones lucrativas, el valor de adquisición se determinará conforme a las normas del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, si el elemento que ahora se transmite se incorporó al patrimonio a través de un negocio jurídico gratuito, mientras que si se incorporó al patrimonio mediante un negocio jurídico oneroso la determinación de este valor se hará conforme a la regla contenida en el artículo 33.1 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

En consecuencia, si el bien que se transmite se adquirió a título gratuito, para determinar el valor de adquisición hay que tener en cuenta el valor neto de los bienes y derechos adquiridos, entendiéndose como tal el valor real de los bienes y derechos minorado por las cargas y deudas que fueren deducibles, tanto si la transmisión es *mortis causa* como *inter vivos*, tal y como señala el artículo 9 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Esta primera partida debe ser corregida mediante la aplicación de las previsiones legales establecidas en el artículo 33.1 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, esto es, se sumará el coste de las inversiones y mejoras efectuadas en los bienes adquiridos y los gastos y tributos inherentes a la adquisición, excluidos los intereses que hubieran sido satisfechos por el adquirente. Si no se procediera a esta corrección se vulneraría como ya señalara SIMÓN ACOSTA¹⁸ «el principio de capacidad contributiva al gravarse como renta o incremento las mejoras realizadas en sus bienes por el sujeto pasivo».

El resultado de esta operación se minorará en el importe de las amortizaciones.

b) Valor de transmisión

Por su parte el valor de enajenación de los bienes transmitidos a título gratuito, a efectos del cómputo de la plusvalía producida, se

¹⁷ En este mismo sentido véase también ARRANZ DE ANDRÉS, en «Las transmisiones lucrativas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», ob. cit., p. 602.

¹⁸ «Comentarios al artículo 20 de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas» en la obra con AA.VV. *Comentarios a la Leyes Tributarias y Financieras*, Tomo III, Edersa, Madrid, 1983, p. 316.

determinará conforme a las normas del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones; de este valor se deducirán los gastos y tributos inherentes a la transmisión siempre que hubieran sido satisfechos por el transmitente.

2.1.3. Actualización del valor de adquisición

El valor de adquisición determinado conforme a las normas señaladas se actualizará exclusivamente en el caso de los bienes inmuebles, mediante la aplicación de los coeficientes que se establezcan en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Estos coeficientes se aplicarán de la siguiente manera:

- a) Sobre el valor de adquisición y el importe de las mejoras, atendiendo al año en que se hayan satisfecho.
- b) Sobre las amortizaciones, atendiendo al año que correspondan.

Esta norma, artículo 33.2, supone la eliminación con carácter general de la corrección del efecto inflacionario sobre los elementos patrimoniales, que se pone de manifiesto cuando se produce la transmisión de estos elementos patrimoniales, tan sólo se mantiene la corrección para los bienes inmuebles. El establecimiento de esta técnica, la actualización del valor de adquisición, fue introducido por el Real Decreto-Ley 7/1996, de esta forma se pretendía someter a gravamen únicamente las plusvalías reales y no las puramente nominales, esto es, los incrementos de patrimonio que tienen su origen exclusivamente en el aumento del nivel de precios.

A la eliminación de la actualización del valor de adquisición con carácter general y el mantenimiento de esta medida únicamente para los bienes inmuebles se refiere el Informe de la Comisión para el Estudio y Propuestas de Medidas para la Reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (Libro Blanco), que estableció al respecto: «El argumento a favor de la corrección monetaria o deflatación de las ganancias puede sin embargo, mantenerse con fundamento sobre todo cuando se trata de activos para los que no existe habitualmente una demanda continuada como, por ejemplo, suele ocurrir con los inmuebles. En ese caso, los efectos de la inflación en el tiempo es posible que se hayan acumulado en contra de los deseos del titular del activo, al no haber podido encontrar salida oportuna para el mismo».

En consecuencia, esta Comisión propuso «que para el cálculo de las ganancias y pérdidas patrimoniales a largo plazo se aplique correc-

ción monetaria en la actualización de los valores de adquisición, en los que la inflación pueda tener incidencia efectiva».

3. Exención por reinversión

El desarrollo de este beneficio fiscal nos lleva a tener que delimitar en primer lugar, qué debemos entender por el término «vivienda habitual», para estudiar a continuación su régimen jurídico.

3.1. Delimitación del concepto «vivienda habitual»

El artículo 69.1 de la Ley del Impuesto se refiere a este término a efectos de la deducción en la cuota por inversión en vivienda habitual, que es definido con más exactitud en el artículo 53 del Reglamento del Impuesto (RD 1775/2004, de 30 de julio)¹⁹.

El RIRPF indica qué se debe entender por vivienda habitual²⁰ mediante el establecimiento de los requisitos que debe reunir una vivienda para ser considerada habitual:

- Debe ser una edificación.
- Que constituya la residencia del contribuyente durante un plazo continuado mínimo de tres años. Se exime del cumplimiento de este plazo cuando existan circunstancias que exijan el cambio de domicilio²¹ o se produzca el fallecimiento del contribuyente.
- La vivienda debe haber constituido la residencia del contribuyente en un plazo de doce meses²², contados a partir de la fecha de adquisición o terminación de las obras; esta regla general

¹⁹ Sobre la interpretación de este concepto véase GONZÁLEZ GARCÍA, E.: «Interpretación de los términos «vivienda habitual» y «competencia desleal», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, n.º 12/2001.

²⁰ LÓPEZ DÍAZ entiende que: «...la vivienda habitual, desde un punto de vista físico, exige una construcción unida permanentemente al suelo, separada e independiente. Por esta razón no puede considerarse como vivienda un vehículo o remolque caravana, ni tampoco la adquisición de un yate, aun cuando el sujeto pretenda destinarlos a su residencia habitual, pues no cumplen en ningún caso los requisitos de las edificaciones, por lo que son considerados como bienes muebles». En su trabajo, «La deducción por adquisición de vivienda habitual en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», *Revista de Contabilidad y Tributación. Centro de Estudios Financieros*, n.º 142, 1995, p. 87.

²¹ Estas circunstancias son: Celebración del matrimonio; separación matrimonial; traslado laboral; obtención de primer empleo u otras análogas.

²² Este plazo de doce meses no debe ser interpretado en sentido literal sino como ha señalado PÉREZ ROYO el legislador cuando establece este plazo, «no pretende en realidad concretar el concepto de vivienda habitual. Es simplemente una cautela adoptada por el Reglamento para controlar con un rasero objetivo la veracidad de la declaración de intenciones efectuada por el contribuyente cuando, al adquirir una vivienda normalmente en

cuenta con dos clases de excepciones, por un lado, cuando se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurren circunstancias específicas²³, y, por otro lado, la aplicable a los contribuyentes que por razón de cargo o empleo disfruten de vivienda habitual y la vivienda adquirida no sea objeto de otra utilización, en cuyo caso el plazo indicado comenzará a contarse a partir de la fecha de cese en el cargo o empleo.

En torno al número de viviendas habituales de que puede disfrutar una persona, consideramos, al igual que un sector doctrinal²⁴, que conforme a la definición legal un contribuyente sólo puede tener una vivienda habitual.

LÓPEZ DÍAZ²⁵ mantiene una postura ecléctica al respecto. Considera que «independientemente de que se tribute conjunta o separadamente, cada sujeto que obtenga rentas puede tener su propia vivienda habitual, y practicar la deducción por las cantidades invertidas, siempre que resulte posible demostrar su residencia habitual en la misma. Y, al mismo tiempo, en los supuestos de tributación conjunta, basta la residencia habitual de alguno de los miembros de dicha unidad familiar para que la deducción sea viable». Señalando a continuación, y en esto estamos totalmente de acuerdo: «Lo que (...), no resulta posible es que un sujeto pasivo pueda disfrutar de más de una vivienda habitual durante un mismo período de tiempo y practicar las correspondientes

construcción, empieza a deducir sobre la base de que la misma va a ser su residencia habitual». En *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, ob. cit., p. 472. Además creemos muy acertada las conclusiones del mismo autor, que considera que para definir el término vivienda habitual, no hay que referirse a este plazo de doce meses pudiendo considerarse habitual «la vivienda que se hubiese habitado por el contribuyente durante un plazo continuado de al menos tres años, cualquiera que fuese el tiempo que tardase en ocuparla desde la adquisición». *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, ob. cit., p. 291.

²³ Celebración del matrimonio; separación matrimonial; traslado laboral; obtención de primer empleo u otras análogas.

²⁴ En este mismo sentido, entre otros, BORJA SANCHÍS, en su trabajo, «La vivienda habitual y sus beneficios fiscales en el IRPF», *Tribuna Fiscal* n.º 53, 1995, p. 56.

Por el contrario, no son de esta misma opinión: PÉREZ ROYO, en *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, ob. cit., p. 473 y PÉREZ DE AYALA argumenta su opinión en los siguientes extremos: «Puede plantearse el caso en que una persona tenga más de una vivienda habitual por razones de trabajo. Aunque las normas no niegan expresamente la posibilidad de deducir por dos viviendas, ello me parece contrario, sin embargo, al régimen de esta deducción. Así por ejemplo, sería contradictorio con la limitación según la cual en la adquisición de sucesivas viviendas habituales sólo se puede deducir por la diferencia entre el precio de la nueva y la anterior o anteriores, en la medida que hubiesen sido objeto de deducción». «Comentarios al artículo 78 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», en la obra colectiva, *Comentarios a la Ley del IRPF y Reglamento del Impuesto*, Colex, Madrid, 1993, p. 534.

²⁵ «La deducción por adquisición de vivienda habitual en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», ob. cit., pp. 88-89.

deducciones por ambas, ya que la habitualidad de la residencia conlleva una cierta exclusividad, lo que impide que se pueda compartir tal condición entre dos viviendas. De forma semejante a lo que ocurre con el domicilio, la adquisición de una nueva residencia habitual supondrá la pérdida de la anterior. Por otra parte, admitir lo contrario chocaría con lo dispuesto para los casos de adquisición sucesiva de viviendas habituales, en los que sólo se permite deducir lo que la segunda exceda del valor que ya haya sido objeto de deducción al adquirir la primera.»

3.2. Estudio del beneficio fiscal de la exención por reinversión de las ganancias patrimoniales obtenidas en la transmisión de vivienda habitual

El artículo 36.1²⁶ de la Ley del Impuesto establece la posibilidad de la exención de gravamen de ganancias patrimoniales obtenidas por la transmisión de la vivienda habitual, siempre que el importe total obtenido se reinvierta en la adquisición de una nueva vivienda habitual en las condiciones que reglamentariamente²⁷ se determinen. Asimismo también es posible la exención cuando el importe reinvertido sea inferior al total de lo percibido en la transmisión, en cuyo caso, únicamente se excluirá de tributación la parte proporcional de la ganancia patrimonial obtenida que corresponda a la cantidad reinvertida.

Se asimila a la adquisición de nueva vivienda habitual, tal y como establece el artículo 54.1 del Reglamento del IRPF, a efectos de aplicación de este mismo beneficio fiscal los supuestos de rehabilitación²⁸, pero también y aunque no aluda a ello expresamente el citado precepto la construcción y ampliación de la misma, por cuanto, el artículo 54

²⁶ Como bien señala FERNÁNDEZ JUNQUERA, una de las novedades que se recogen en este precepto es que «no estamos ante una norma imperativa, sino potestativa». Esto es, será el contribuyente el que decida si la aplica o no, por tanto no es, en contra de una enmienda del Grupo Socialista, una exención ambigua, y tal y como continúa diciendo la autora citada, «lo que sucede es que existe la fácil convicción de que el contribuyente siempre se querrá acoger a las exenciones, pero en estos supuestos las previsiones futuras pueden hacer que el contribuyente prefiera tributar por la ganancia que le corresponda y beneficiarse, por ejemplo, de la deducción por inversión prevista en el artículo 55». En la obra colectiva *El nuevo Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 143.

²⁷ El Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, contiene el desarrollo de este beneficio fiscal en el artículo 39.

²⁸ El artículo 54.5 del Reglamento del IRPF establece que se considerará rehabilitación de vivienda las obras en que cumplan cualquiera de los siguientes requisitos:

a) Que hayan sido calificadas o declaradas como actuación protegida en materia de rehabilitación de viviendas en los términos previstos en el Real Decreto 1186/1998, de 12 de junio.

del Reglamento del IRPF asimila a la adquisición de vivienda, la construcción y ampliación²⁹, a efectos de la deducción en la cuota, no entendemos por qué se establece para este supuesto y no para la exención por reinversión.

Las condiciones de esta reinversión están previstas en el artículo 39 del Reglamento del Impuesto:

a) Importe a reinvertir

El importe objeto de reinversión puede ser, bien toda la cuantía obtenida en la transmisión, bien una parte de la misma; en este último supuesto solamente se excluirá de gravamen la parte proporcional de la ganancia patrimonial que corresponda a la cantidad efectivamente invertida en las condiciones establecidas para la reinversión.

En los supuestos en los que en la adquisición de la vivienda transmitida el contribuyente hubiera utilizado financiación ajena, se considerará, exclusivamente a estos efectos, como importe total obtenido el resultante de minorar el valor de transmisión en el principal del préstamo que se encuentre pendiente de amortizar en el momento de la transmisión.

b) Plazos para efectuar la reinversión

4. La reinversión de las cantidades obtenidas en la transmisión de la vivienda habitual deberá realizarse de una sola vez, o sucesivamente, en un período no superior a dos años.

Se entenderá que la reinversión no se efectúa fuera de plazo cuando la venta se hubiese efectuado a plazos o con precio aplazado, siempre que el importe de los plazos se destine a la finalidad indicada dentro del período impositivo en que se vayan percibiendo.

Si la reinversión no se realiza en el mismo año de la enajenación, el sujeto pasivo vendrá obligado a hacer constar en la declaración del Impuesto del ejercicio en que se obtenga el incremento de patrimonio su intención de reinvertir en las condiciones y plazos señalados.

b) Que tengan por objeto la reconstrucción de la vivienda mediante la consolidación y el tratamiento de las estructuras, fachadas o cubiertas y otras análogas siempre que el coste global de las operaciones de rehabilitación exceda del 25 por 100 del precio de adquisición si se hubiese efectuado ésta durante los dos años anteriores a la rehabilitación o, en otro caso, del valor de mercado que tuviera la vivienda en el momento de su rehabilitación.

²⁹ Este sería el supuesto de un contribuyente que tiene dos viviendas, una de ellas constituye su vivienda habitual y la otra no, transmite la vivienda habitual y la cuantía obtenida en la transmisión la reinvierte en la rehabilitación o ampliación de la otra vivienda, que no era habitual pero a partir de ahora si lo va a ser, consideramos que esta cuantía estaría exenta de gravamen.

Si la vivienda se hubiera adquirido con dos años de antelación a la enajenación, las cantidades obtenidas que se destinen a satisfacer el precio de esta nueva vivienda habitual también pueden acogerse a la exención por reinversión.

c) Tipo de vivienda en que se materializa la reinversión

Hemos de precisar que la vivienda que vaya a constituir la vivienda habitual, en que se reinvierta la cuantía obtenida en la transmisión puede ser tanto nueva, esto es, a estrenar por el contribuyente, como usada, a pesar de que ni la ley ni el reglamento del Impuesto establecen nada al respecto.

d) Incumplimiento de las condiciones establecidas

El incumplimiento de cualquiera de las condiciones establecidas en este artículo determinará el sometimiento a gravamen de la parte de la ganancia patrimonial correspondiente.

En este caso, el contribuyente imputará la parte de la ganancia patrimonial no exenta al año de su obtención, practicando declaración-liquidación complementaria, con inclusión de los intereses de demora, y se presentará en el plazo que medie entre la fecha en que se produzca el incumplimiento y la finalización del plazo reglamentario de declaración correspondiente al período impositivo en que se produzca dicho incumplimiento.

Por lo tanto, es necesario que se den las siguientes circunstancias:

- que se transmita la vivienda habitual,
- que se reinvierta la ganancia patrimonial obtenida,
- y que esa reinversión se materialice en una vivienda que cumpla las condiciones para ser considerada vivienda habitual.

Sobre la regulación legal nos viene una primera crítica: La Ley fue muy parca para regular un aspecto tan esencial para los contribuyentes, como es la compra de una vivienda³⁰, ha sido el desarrollo reglamentario más prolijo en este sentido.

e) Régimen de incompatibilidad

Por su parte, el artículo 69.1 apartado 2.º de la Ley del IRPF regula el supuesto en que se dan conjuntamente esta exención y la deduc-

³⁰ Véase en el mismo sentido CAYON GALIARDO, «Comentarios al artículo 50 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», en la obra colectiva, *Comentarios a la Ley del IRPF y Reglamento del Impuesto*, ob. cit., p. 446.

ción en la cuota del impuesto por adquisición o rehabilitación de la vivienda habitual, siguiendo el criterio de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1998 (RJ 1998, 3656), que declaró nulo el artículo 10.5 del Reglamento del IRPF de 1991. Este artículo establecía que la exención del incremento de patrimonio derivado de la transmisión de la vivienda habitual era incompatible «para los mismos bienes e importes en que se materialice la reinversión con la deducción en la cuota por adquisición de vivienda». El Tribunal Supremo declaró nulo este artículo por vulnerar el mandato de la Ley 18/1991, ya que, de acuerdo con el artículo 78 apartado 4 b) de la misma, la incompatibilidad de la deducción en la cuota por adquisición de vivienda habitual con la exención afectaba exclusivamente al incremento de patrimonio no gravado por reinvertirse en la adquisición de una nueva vivienda habitual y no con el importe de la reinversión. El TS consideró que el artículo 10.5 del Reglamento era contrario a Derecho porque obligaba «a sustraer de la base de la deducción todo el importe obtenido en la venta de la anterior vivienda habitual y no sólo el incremento patrimonial exento. Es patente que el precio de venta de la anterior vivienda no es el incremento no gravado por la reinversión, sino la cantidad que ha habido que reinvertir para que se produzca el efecto de exoneración del incremento».

4. Deducciones en la cuota por adquisición de vivienda habitual. Cuentas vivienda

La deducción por inversión en vivienda habitual³¹ se encuadra dentro de las deducciones por inversión de carácter personal³², cons-

³¹ GARCÍA NOVOA se cuestiona si la constitución de un usufructo sobre vivienda habitual legítima la práctica de la deducción prevista en el artículo 78, 4b) de la Ley 18/1991, llegando a la conclusión de que sí es posible la aplicación de la denominada deducción por adquisición de vivienda habitual, en el caso de adquisición de un usufructo sobre viviendas. «Tratamiento fiscal de la vivienda y derecho de usufructo en el IRPF», *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, n.º 230, Marzo-Abril 1994, pp. 396 a 400.

LÓPEZ DÍAZ considera que esta deducción también es aplicable para el caso de otros negocios distintos de la compraventa como es el caso de la permuta, adquisiciones a través de un contrato de renta vitalicia. «La deducción por adquisición de vivienda habitual en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», ob. cit., pp. 115 a 118.

Por el contrario, GÓMEZ-ACEBO Y SOLAR considera que para poder aplicar esta deducción debe tratarse de una vivienda que sea o vaya a ser propiedad del sujeto pasivo. Por tanto, para este autor, no basta con adquirir el usufructo o el derecho de uso y habitación, ni se admite la titularidad indirecta a través de una sociedad en la obra con AA.VV.: *Comentarios a las Leyes Tributarias*. (Dir. M. Cruz Amorós). Tomo I-Vol. 2.º. *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Edersa, Madrid, 1998, pág. 950.

³² SÁNCHEZ GALIANA matiza la distinción que existe entre la deducción por inversiones de carácter personal y las que la ley denomina deducciones en actividades empresa-

tituyendo una de las más importantes tanto por su relevancia cuantitativa como social³³, junto a ello hay que señalar que se trata de una deducción muy arraigada en nuestro sistema impositivo³⁴.

Conforme a la normativa establecida en el artículo 69 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, se mantiene la deducción en la cuota íntegra para el supuesto de inversión en vivienda habitual, así el contribuyente podrá exclusivamente aplicar una de las siguientes modalidades, atendiendo cada una de las posibilidades a la forma de financiar la adquisición:

a) El 10,05 por 100 de las cantidades satisfechas, por «cantidades satisfechas» debe entenderse que incluye todos las partidas que forman el precio de adquisición³⁵, en el período de que se trate por adquisición o rehabilitación de la vivienda que vaya a constituir o constituya la residencia habitual del contribuyente.

La base máxima de esta deducción será de 9.015,18 euros anuales y estará constituida por las cantidades satisfechas para la adquisición o rehabilitación de la vivienda, incluidos los gastos originados que hayan corrido a cargo del adquirente y, en el caso de financiación ajena, la amortización, los intereses y demás gastos derivados de la misma.

b) Cuando la adquisición o rehabilitación de la vivienda habitual se financie mediante un préstamo, en las condiciones y requisitos que se establezcan reglamentariamente, los porcentajes de deducción, aplicables a las cantidades que constituyan la base citada en el apartado a), serán los siguientes:

riales o profesionales, que responden a una finalidad distinta y presentan diferencias en su regulación. «Comentarios al artículo 78 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», en la obra colectiva *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y a la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio*. Homenaje a Luis Mateo Rodríguez, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 1043.

³³ En este sentido ha señalado LÓPEZ DÍAZ que: «Desde un punto de vista cuantitativo, y a pesar de la progresiva reducción del porcentaje de las deducciones frente a las cifras de la cuota íntegra, de la deducción por inversión en vivienda habitual se beneficia un número muy considerable de contribuyentes (...), situándola en la cabeza de las deducciones más practicadas, (...). Pero por si fuera poco, junto al aspecto cuantitativo, la deducción por adquisición de vivienda habitual repercute también en el comportamiento del tributo como instrumento de progresividad». «La deducción por adquisición de vivienda habitual en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», ob. cit., p. 85.

³⁴ Véase GÓMEZ-ACEBO Y SOLAR, en «Artículo 78. Deducciones», ob. cit., p. 949.

³⁵ En este mismo sentido, LÓPEZ DÍAZ en su trabajo «La deducción por adquisición de vivienda habitual en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», ob. cit., p. 112; SÁNCHEZ GALIANA, «Comentarios al artículo 78 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», en la obra colectiva *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y a la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio*. Homenaje a Luis Mateo Rodríguez, ob. cit., p. 1053.

— Durante los dos años siguientes a la adquisición, el 16,75 por 100 sobre los primeros 4.507,59 euros y el 10,05 por 100 sobre el exceso hasta 9.015,18 euros.

— Una vez que hayan transcurrido los dos años siguientes a la adquisición, los porcentajes serán el 13,4 por 100 y el 10,05 por 100, respectivamente.

c) En el caso de cuentas viviendas, será deducible el 10,05 por 100 de las cantidades que se depositen en entidades de crédito, en cuentas que cumplan los requisitos de formalización y disposición que se establezcan reglamentariamente, y siempre que se destinan a la primera adquisición o rehabilitación de la vivienda habitual, con el límite de 9.015,18 euros anuales.

Se aplicará para esta deducción el contenido del artículo 79 la LIRPF, que regula el tramo autonómico o complementario de la deducción por inversión en vivienda habitual, donde se establece:

— El tramo autonómico de la deducción por inversión en vivienda habitual regulada en el artículo 69.1 de esta Ley, será el resultado de aplicar a la base de deducción, de acuerdo con los requisitos y circunstancias previstas en el mismo, los porcentajes que, conforme a lo dispuesto en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, hayan sido aprobados por la Comunidad Autónoma.

— Si la comunidad Autónoma no hubiese aprobado los porcentajes a que se refiere el apartado anterior, serán de aplicación los siguientes:

a) Con carácter general el 4,95%.

b) Cuando se utilice financiación ajena, los porcentajes incrementados a que se refiere el artículo 69.1.1. b) de esta Ley, serán del 8,25% y 6,6%, respectivamente.

El Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (art. 54) determina los supuestos que se asimilan a la adquisición de vivienda:

— la construcción de vivienda cuando el contribuyente satisfaga directamente los gastos derivados de la ejecución de las obras, o entregue cantidades a cuenta al promotor de aquéllas, siempre que finalice en un plazo no superior a cuatro años desde el inicio de la inversión;

— la ampliación de vivienda, cuando se produzca el aumento de su superficie habitable, mediante cerramiento de parte descubierta o por cualquier otro medio, de forma permanente y durante todas las épocas del año.

No se equipara a la adquisición de vivienda:

— La conservación o reparación. A estos efectos se considerarán gastos de conservación y reparación:

- los efectuados regularmente con la finalidad de mantener el uso normal de los bienes materiales, como el pintado, revoco y similares;
- los de sustitución de elementos cuya utilización sea consecuencia del funcionamiento o uso normal de los bienes en que aquellos estén integrados, como el arreglo de calefacción, ascensor, bajadas de agua, fontanería y similares;
- La mejora, como es el caso del mobiliario, puertas de seguridad, instalación de contraventanas y similares;
- La adquisición de garajes, jardines, parques, piscinas e instalaciones deportivas, y en general, los anexos o cualquier otro elemento que no constituya la vivienda propiamente dicha, siempre que se adquieran independientemente de ésta.

La normativa contenida tanto en la Ley del Impuesto como en el Reglamento, regulan los siguientes aspectos en relación con esta deducción:

a) Anterior disfrute de la deducción

Cuando se adquiera una vivienda habitual habiendo disfrutado de la deducción por adquisición de otras viviendas habituales anteriores, no se podrá practicar deducción por adquisición o rehabilitación de la nueva en tanto las cantidades invertidas en la misma no superen las invertidas en las anteriores, en la medida en que hubiesen sido objeto de deducción.

Cuando la enajenación de una vivienda habitual hubiera generado una ganancia patrimonial exenta por reinversión, la base de deducción por la adquisición o rehabilitación de la nueva se minorará en el importe de la ganancia patrimonial a la que se aplique la exención por reinversión. En este caso, no se podrá practicar deducción por la adquisición de la nueva mientras las cantidades invertidas en la misma no superen tanto el precio de la anterior, en la medida en que haya sido objeto de deducción, como la ganancia patrimonial exenta por reinversión.

No realización de la construcción y paralización de las obras, previsto en el artículo 54.3 RIRPF:

— Cuando por incumplimiento de lo establecido en la normativa se pierda el derecho a las deducciones practicadas, el contribuyente vendrá obligado a sumar a la cuota del impuesto devengada en el ejercicio en que se haya incumplido el plazo las cantidades deducidas, más los intereses de demora a que se refiere la Ley General Tributaria.

— Si como consecuencia de hallarse en situación de concurso, el promotor no finalizase las obras de construcción antes de transcurrir el plazo de cuatro o no pudiera efectuar la entrega de las viviendas en el mismo plazo, este quedaría ampliado a otros cuatro años. En estos casos el plazo de doce meses a que se refiere el artículo 53.2 del RIRPF comenzará a contarse a partir de la entrega.

Para que esta ampliación surta efecto el contribuyente deberá presentar declaración por el impuesto correspondiente al período impositivo en que se hubiese incumplido el plazo inicial y acompañar a la misma tanto los justificantes que acrediten sus inversiones en vivienda como cualquier documento justificativo, de haberse producido alguna de las referidas situaciones.

En estos supuestos el contribuyente no estará obligado a efectuar ingreso alguno por razón del incumplimiento del plazo general de cuatro años de finalización de las obras de construcción.

— Si por circunstancias excepcionales no imputables al contribuyente las obras se paralizan y no pueden finalizarse antes de transcurrir el plazo de cuatro años desde el inicio de la inversión, el contribuyente podrá solicitar de la Administración la ampliación del plazo.

Esta solicitud tiene que atender a los siguientes aspectos:

— Debe presentarse en la delegación o administración de la Agencia Estatal de Administración Tributaria correspondiente a su domicilio fiscal durante los treinta días siguientes al incumplimiento del plazo.

— Debe contener los motivos que han provocado el incumplimiento del plazo y el período de tiempo que se considera necesario para finalizar las obras de construcción, que no podrá ser superior a cuatro años.

— Debe aportar la justificación correspondiente.

Resolución de la solicitud de ampliación.

A la vista de la documentación presentada el Delegado o Administrador de la Agencia Estatal de Administración Tributaria decidirá:

- a) sobre la procedencia de la ampliación solicitada,
- b) sobre el plazo de ampliación, que no tendrá que ajustarse necesariamente al solicitado por el contribuyente.

Si la Administración no resuelve la solicitud en el plazo de tres meses, el silencio debe ser interpretado en sentido negativo.

Si mediante la resolución de la Administración se concede la ampliación del plazo para realizar las obras, este comenzará a contarse a partir del día inmediato siguiente a aquel en que se produzca el incumplimiento.

La normativa no dice nada al respecto, pero entendemos, y así lo estableció la normativa precedente, que si la Administración no concede la ampliación del plazo, se perderá el derecho a las deducciones practicadas y el contribuyente tendrá que sumar a la cuota del impuesto devengada en el ejercicio en que se haya incumplido el plazo, las cantidades deducidas más los intereses de demora a que se refiere la Ley General Tributaria (Ley 58/2003).

La Ley (art. 69) establece la posibilidad de aplicar esta deducción por los contribuyentes minusválidos que efectúen obras e instalaciones de adecuación en la vivienda habitual, incluidos los elementos comunes del edificio y los que sirvan de paso necesario entre la finca y la vía pública, esto es, se amplía el ámbito de aplicación de esta medida a los supuestos de realización de obras e instalaciones de adecuación.

El artículo citado establece una serie de condiciones que se pueden resumir en las siguientes: la Administración competente deberá certificar las obras e instalaciones de adecuación necesarias para que las personas con minusvalía puedan desenvolverse en el desarrollo de su actividad diaria; puede tratarse de realización de obras e instalaciones de adecuación tanto de la vivienda habitual propia como de viviendas arrendadas, subarrendadas o aquellas de las que el contribuyente sea usufructuario, siempre que vaya a constituir su vivienda habitual.

La base de deducción en estos supuestos se amplía a 12.020,24 euros anuales, mientras que los porcentajes a aplicar son los mismos que para los supuestos de adquisición o rehabilitación, con la distinción también si las obras se realizan con financiación ajena.

Debemos referirnos a la *Incompatibilidad por deducción por otras viviendas habituales anteriores*. En este sentido, cuando se adquiera una vivienda habitual habiendo disfrutado de la deducción por otras

viviendas habituales anteriores, no se podrá practicar deducción por la adquisición o rehabilitación de la nueva en tanto las cantidades invertidas en la misma no superen las invertidas en las anteriores, en la medida en que hubiesen sido objeto de deducción.

Cuando la enajenación de una vivienda habitual hubiera generado una ganancia patrimonial exenta por reinversión la base de deducción por la adquisición o rehabilitación de la nueva se minorará en el valor de transmisión de la anterior. En este caso, no se podrá practicar deducción por la adquisición de la nueva mientras las cantidades invertidas en la misma no superen el valor de transmisión de la anterior.

Si concurren todas las circunstancias señaladas, las limitaciones establecidas se aplicarán de manera sucesiva.

Por último, debemos detenernos en la constitución de las denominadas cuentas vivienda, reguladas en el artículo 56 del Reglamento del Impuesto. Se equiparan a la adquisición o rehabilitación de la vivienda que constituya o vaya a constituir la vivienda habitual³⁶ del contribuyente las cantidades que se depositen en Entidades de Crédito, en cuentas separadas de cualquier tipo de imposición, siempre que los saldos de las mismas se destinen exclusivamente a la primera adquisición o rehabilitación de la vivienda habitual del contribuyente.

El derecho a la deducción se perderá en los siguientes supuestos:

- Cuando el contribuyente disponga de cantidades depositadas en la cuenta vivienda para fines diferentes a la primera adquisición o rehabilitación de su vivienda habitual. Si dispone de parte de las cantidades destinadas a la cuenta vivienda se entenderá que las cantidades dispuestas son las primeras depositadas³⁷.
- Cuando transcurran cuatro años, a partir de la fecha en que fue abierta la cuenta, sin que se haya adquirido o rehabilitado la vivienda.

³⁶ Queremos llamar la atención sobre la nueva redacción de este precepto, por cuanto la normativa anterior establecía: «Se considerará que se han destinado a la adquisición o rehabilitación de la vivienda que constituya o vaya a constituir la residencia habitual...», que inducía al error porque el legislador no empleaba adecuadamente el término «residencia habitual», queremos señalar con esta apreciación que hablar de residencia habitual, concepto que venía determinado a efectos fiscales en el artículo 12 de la LIRPF (18/1991), se hacía referencia a los requisitos que debe cumplir el contribuyente para fijar la modalidad de sujeción al impuesto.

³⁷ PÉREZ ROYO considera que la inmovilización de las cantidades impuestas no debe entenderse con absoluta rigidez, sino en el sentido de no disposición definitiva de dichas cantidades para una finalidad distinta, por lo que si se utilizan reponiéndose durante el mismo ejercicio, no hay que considerar que se haya incumplido el requisito. *La nueva regulación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, ob. cit., p. 219.

— Cuando la posterior adquisición o rehabilitación de la vivienda no cumpla las condiciones que determinen el derecho a la deducción por este concepto.

— Cuando la cuenta vivienda no contenga los siguientes datos, que son un contenido mínimo:

— Entidad donde se ha abierto la cuenta.

— Sucursal.

— Número de la cuenta.

Cada contribuyente sólo podrá mantener una cuenta vivienda, que deberá identificarse separadamente en la declaración del Impuesto.

Como es fácil apreciar, la normativa sobre cuentas viviendas se ha endurecido con respecto a la legislación anterior, por cuanto únicamente se prevén cuentas viviendas para la primera adquisición de vivienda habitual, lo que implica que una persona sólo podrá contratar una cuenta vivienda a lo largo de su vida, y por otro lado, y una de las medidas que afecta de forma negativa al contribuyente, es la disminución del plazo de cinco a cuatro años.

5. Titularidad de vivienda. Imputación de rentas inmobiliarias

El gravamen de la titularidad de la vivienda cambia radicalmente³⁸; para referirnos al nuevo régimen jurídico, vamos a distinguir entre en el supuesto de vivienda habitual y otras viviendas que no constituyan la vivienda habitual del contribuyente.

Cuando estamos ante la vivienda habitual, se eliminó el gravamen establecido en la Ley 18/1991 que suponía la existencia de un rendimiento ficticio³⁹. Para el supuesto de titularidad de cualquier otra vivienda, será de aplicación uno de los regímenes especiales previstos en el artículo 87 de la Ley del Impuesto, que regula la imputación de rentas inmobiliarias.

Para el supuesto de la vivienda habitual el contribuyente al no computar ningún rendimiento no podrá deducir ninguna cantidad en

³⁸ Cfr. MERINO JARA, en la obra colectiva *El nuevo Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 284.

³⁹ SÁNCHEZ GALIANA tras argumentar que la deducción por alquiler no iba a producir las expectativas que en principio parecía para los sujetos pasivos del IRPF, puso de manifiesto «la necesidad de la supresión de la imputación de la renta presunta en la vivienda propia, renta no real sino ficticia». «Comentarios al artículo 78.1, 2, 3 y 4 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», en la obra colectiva, *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*. Homenaje a Luis Mateo Rodríguez, ob. cit., p. 1039.

concepto de intereses por financiación ajena. Si bien, hay que señalar que para paliar esta medida se establece que cuando en la adquisición o rehabilitación de la vivienda habitual se utilice financiación ajena se aumenta la cuantía a deducir en comparación con la normativa anterior.

Y como ya hemos señalado al principio de este epígrafe, el artículo 87 se ocupa de la imputación de rentas inmobiliarias, conforme al cual, los bienes inmuebles urbanos están sujetos a gravamen por este concepto cuando se dé alguna de las siguientes condiciones:

- que no estén afectos a actividades económicas,
- que no generen rendimientos del capital inmobiliario, esto es, que no estén arrendados. También consideramos que no se encuentra dentro de esta imputación de rentas inmobiliarias los supuestos de subarriendo.

En consecuencia, estas rentas siguen siendo de carácter ficticio por cuanto el contribuyente no obtiene ningún rendimiento real que tenga su origen en la titularidad de las mismas, si bien el legislador considera que la mera titularidad —que resulte de aplicación de la regla contenida en el artículo 7 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, de 1991— de estos elementos patrimoniales supone la manifestación de capacidad económica por parte del contribuyente⁴⁰.

El régimen tributario que se aplica en estos supuestos consiste:

- con carácter general, en la aplicación del 2 por 100 al valor catastral;
- y en el caso de inmuebles cuyos valores catastrales hayan sido revisados o modificados conforme a los procedimientos regulados en los artículos 70 y 71 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales y hayan entrado en vigor a partir del 1 de enero de 1994, la renta imputada será el 1,1 por 100 del valor catastral;
- para los inmuebles incluidos en el ámbito de aplicación de la norma cuyo valor catastral no estuviera determinado a la fecha de devengo del impuesto o no hubiese sido notificado al titular, se tomará como base de imputación de los mismos el 50 por 100 de aquel por el que deban computarse a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio, esto es, la regla contenida en el artículo

⁴⁰ Cfr. VV.AA. en la obra *Guía de la Ley del Impuesto sobre la Renta*, Ciss, Bilbao, 1999, p. 553.

lo 10 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, reguladora de este Impuesto. A esta base de imputación se aplicará el 1,1 por 100.

Este régimen tributario no se aplicará en los siguientes supuestos:

- a) Titularidad de vivienda habitual del contribuyente.
- b) Inmuebles rústicos.
- c) Inmuebles urbanos afectos a actividades económicas.
- d) Suelo no edificado.
- e) Los bienes inmuebles urbanos que generen rendimientos del capital inmobiliario.
- f) Bienes inmuebles urbanos en construcción.
- g) Bienes inmuebles urbanos que por razones urbanísticas no sean susceptibles de uso.
- h) Titularidad de derechos reales de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles cuando su duración no exceda de dos semanas por año.

Por último, la Ley prevé que en los supuestos de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles la imputación se efectuará al titular del derecho real prorrateando la base liquidable del Impuesto sobre Bienes Inmuebles en función de la duración anual del período de aprovechamiento. Cuando no pueda determinarse la base liquidable, se tomará como base de imputación el precio de adquisición del derecho de aprovechamiento.

Desde nuestro punto de vista, consideramos que esta regulación a través del establecimiento del artículo 87 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas perjudica al contribuyente, por cuanto sigue computando una renta ficticia al igual que establecía la Ley de 1991, pero, por el contrario, el contribuyente no puede deducir ninguna cuantía en concepto de gasto deducible.

Por el contrario, se sujetan a gravamen como rendimientos del capital inmobiliario el arrendamiento de bienes inmuebles tanto urbanos como rústicos, así como la constitución o cesión de derechos o facultades de uso o disfrute sobre estos inmuebles, regulados en el artículo 20 de la Ley del IRPF, que deberá tributar en concepto de rendimiento íntegro por todos los conceptos que reciba del arrendatario, los cuales reducirá en la cuantía de los gastos deducibles⁴¹ que serán:

— Todos los gastos necesarios para la obtención de los rendimientos, dentro de los cuales se consideran los intereses de capitales

⁴¹ Véase artículo 21 de la Ley del IRPF.

ajenos y demás gastos de financiación que no podrán exceder de la cuantía de los rendimientos íntegros obtenidos⁴².

— El importe del deterioro sufrido por el uso o por el transcurso del tiempo en los bienes de los que procedan los rendimientos, en las condiciones que reglamentariamente⁴³ se determinen.

También se prevé la reducción de los rendimientos netos cuyo período de generación sea superior a dos años, así como los que se califiquen reglamentariamente⁴⁴ como obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo. Se reducirán en un 30 por 100.

III.2. OPERACIONES INMOBILIARIAS EN EL IVA

En primer lugar, realizamos un cuadro resumen⁴⁵ de las principales operaciones con bienes inmuebles y su tributación por IVA o Transmisiones Patrimoniales.

Antes de entrar en el tratamiento tributario a efectos del IVA de las operaciones inmobiliarias, hay que recordar⁴⁶:

a) El artículo 4 de la Ley del IVA que establece que están sujetas al impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional.

b) El artículo 5 que define el concepto de empresario o profesional, incluyéndose a quienes efectúen la urbanización de terrenos o la promoción, construcción o rehabilitación de edificaciones destinadas, en todos los casos, a su venta, adjudicación o cesión por cualquier título, aunque sea ocasionalmente.

⁴² El desarrollo reglamentario de los gastos necesarios está regulado en el artículo 12 del RIRPF.

⁴³ Véase artículo 13 del RIRPF.

⁴⁴ El artículo 14 del Reglamento considera rendimientos del capital inmobiliario obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo, exclusivamente los siguientes, cuando se imputen en un único período impositivo:

- a) Importes obtenidos por el traspaso o la cesión del contrato de arrendamiento de locales de negocio.
- b) Indemnizaciones percibidas del arrendatario subarrendatario o cesionario por daños o desperfectos en el inmueble.
- c) Importes obtenidos por la constitución o cesión de derechos de uso o disfrute de carácter vitalicio.

⁴⁵ VV.AA., *Gestión Fiscal de Patrimonios*, CISS, Bilbao 1999, pp. 407 y 408.

⁴⁶ Cfr. La obra de AA.VV., *El Impuesto sobre el Valor Añadido. Comentarios a sus normas reguladoras*, Editorial Comares, Granada, 2001, pp. 111 a 113.

La condición de sujeto pasivo también la ostentan las Administraciones Públicas cuando realizan entregas de terrenos o inmuebles distintos de terrenos en el ejercicio de una actividad empresarial o profesional, tal y como sucede en los siguientes supuestos:

- Cuando los bienes inmuebles transmitidos estuviesen afectos a una actividad empresarial o profesional desarrollada por la entidad pública.
- Cuando los terrenos transmitidos fuesen terrenos cuya urbanización se hubiera promovido por la entidad pública.
- Cuando la realización de las propias transmisiones de parcelas efectuadas por el ente público determinasen por sí mismas el desarrollo de una actividad empresarial, al implicar la ordenación de un conjunto de medios personales y materiales, con independencia y bajo su responsabilidad, para intervenir en la producción o distribución de bienes o de servicios, asumiendo el riesgo y ventura que pueda producirse en el desarrollo de la actividad.

c) Las transmisiones de inmuebles mediante ejecuciones forzosas se entienden realizadas en el desarrollo de una actividad empresarial, situación que se deduce del artículo 8.dos.3.º de la LIVA que incluye dentro del concepto de entrega de bienes a efectos de la sujeción del IVA las transmisiones de bienes en virtud de una norma o de una resolución administrativa o jurisdiccional, incluida la expropiación forzosa.

d) El artículo 6 de la LIVA establece el concepto de edificación, considerándose como tales las construcciones unidas permanentemente al suelo o a otros inmuebles, efectuadas tanto sobre la superficie como en el subsuelo, que sean susceptibles de utilización autónoma e independiente. Establece una relación de construcciones que se consideran edificaciones, siempre que estén unidas a un inmueble de una manera fija, de suerte que no puedan separarse de él sin quebranto de la materia ni deterioro del objeto. Y excluye de este concepto otra serie de construcciones.

Cuadro.

Operaciones inmobiliarias gravadas por el IVA.

Venta de terrenos

Rústicos	Exento (sujeto a TP)
No edificables	Exento (sujeto a TP)

Urbanizados	Tributa 16%
En curso de urbanización	Tributa 16%
Solares	Tributa 16%
Terrenos aptos para edificación	Tributa 16%
Juntas de compensación	
Entrega	Exento
Adjudicación	Exento

Venta de viviendas

Viviendas	
Primera transmisión	Tributa 7%
Segunda y ulteriores transmisiones	Exento (sujeto a TP)
Transmisiones para su inmediata transmisión	Tributa 7%

Viviendas de protección oficial	
Primera transmisión	Tributa 4%
Segunda y ulteriores transmisiones	Exento (sujeto a TP)

Viviendas libres	Tributa 7% (incluido intereses)
Leasing	

Venta de locales de negocio

Primera transmisión	Tributa 16%
Segunda y ulteriores transmisiones	Exento (sujeto a TP)

Arrendamiento de terrenos

Arrendamiento de terrenos de carácter agrario	Exento
Arrendamiento de terrenos para depósito o almacén	Tributa 16%
Arrendamiento de terrenos para publicidad	Tributa 16%
Arrendamiento de terrenos para aparcamiento	Tributa 16%

Arrendamiento de edificaciones

Arrendamiento de edificaciones exclusivamente destinadas a viviendas con anexos y garajes	Exento
---	--------

Arrendamiento de viviendas con opción a compra Tributa 7%

Arrendamiento de locales de negocio

Arrendamiento de locales de negocio Tributa 16%

Arrendamiento de apartamentos o bungalows amueblados cuando se obligue a los servicios de hostelería Tributa 16%

Ejecuciones de obra

Construcción y rehabilitación de viviendas

Contrato entre promotor y contratista Tributa 7%

Contrato entre contratista y subcontratista Tributa 16%

Anticipo a cuenta Tributa 7% o al 16%

Determinadas operaciones inmobiliarias sujetas y exentas de IVA están sujetas a la modalidad de gravamen de ITP. Están sujetas por las Transmisiones Patrimoniales onerosas las entregas y arrendamientos de bienes inmuebles, así como la constitución de derechos reales de goce o disfrute que recaigan sobre los mismos, cuando estén exentos de IVA, salvo en los casos en que el sujeto pasivo renuncie a la exención en el IVA, y sin perjuicio de la tributación que proceda por Actos Jurídicos Documentados.

La incompatibilidad entre el IVA y la modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITPAJD está establecida en los artículos 4.4 de la LIVA y 7.5, primer párrafo del Reglamento del ITPAJD, en los cuales se establece que toda operación sujeta al IVA no lo estará a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITPAJD. Pero en los supuestos establecidos en el artículo 20.Uno 20.º a 22.º de la LIVA, que recoge operaciones realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad exentas del IVA, al tratarse de operaciones sujetas pero exentas de IVA se devenga la modalidad de Transmisiones Patrimoniales del ITPAJD.

Existe la posibilidad de *renuncia a la exención*, artículo 20.Dos de la LIVA, que afecta a las exenciones relativas a terrenos no edificables, juntas de compensación y segundas y ulteriores entregas de edificaciones.

La renuncia a la exención se puede efectuar siempre que ambos sujetos intervinientes sean empresarios y concurren además las siguientes condiciones (art. 8 del Reglamento del IVA):

- a) Que el adquirente sea un sujeto pasivo que actúe en el ejercicio de sus actividades empresariales o profesionales y tenga

derecho a la deducción total del IVA soportado por las adquisiciones.

- b) La renuncia debe ser comunicada fehacientemente al adquirente con carácter previo o simultáneo a la entrega de los bienes. Dicha renuncia se ha de practicar operación por operación. Debe justificarse también con una declaración suscrita por el adquirente en la que éste haga constar su condición de sujeto pasivo con derecho a deducción total del IVA soportado por las adquisiciones de los inmuebles.

Respecto a los requisitos formales de la renuncia a la exención de las segundas o ulteriores entregas de edificaciones en el IVA, la Sentencia del TSJ Aragón de 5 de febrero de 2002, establece que cuando en la escritura de compraventa no consta de forma expresa la renuncia, el requisito no se cumple, la renuncia no es válida y por tanto la operación estará exenta y deberá tributar por el concepto de ITP y AJD. Frente a esta doctrina formalista existe otra vertiente jurisprudencial que da prioridad a la voluntad de las partes frente a los aspectos estrictamente formales, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 20 de marzo de 2002⁴⁷.

Por tanto, se ofrece al contribuyente la posibilidad de optar por tributar por IVA o por ITPAJD, modalidad transmisiones patrimoniales onerosas, si el transmitente renuncia a la exención puede deducir las cuotas soportadas en la adquisición del bien que va a entregar, mientras que el adquirente soportará las cuotas del IVA, que podrá deducirlas. Si no se renuncia a la exención, el transmitente no podrá deducir las cuotas, como el adquirente al satisfacer la modalidad transmisiones patrimoniales onerosas del ITPAJD, no podrá deducirlo al no ser deducible su importe, junto con la diferencia de tipos de gravamen de los impuestos, el IVA puede ser el 7 o el 16%, y en la modalidad transmisiones patrimoniales onerosas del ITPAJD es el 6%.

III.3. EL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS Y LA ACTIVIDAD INMOBILIARIA. IMPUESTO CEDIDO A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, regulado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24

⁴⁷ Cfr. PALACIO ENCINAR, R., «Los requisitos formales de la renuncia a la exención de las segundas o ulteriores entregas de edificaciones en el IVA», *Jurisprudencia Tributaria*, n.º 19, enero 2003, págs. 21 y ss.

de septiembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, grava los siguientes hechos imponible relacionados con la actividad inmobiliaria:

Transmisiones de inmuebles sujetas y no exentas en el IVA.

Ciertos arrendamientos sujetos y no exentos en el IVA.

Declaraciones de obra nueva y división horizontal.

Agrupaciones de fincas.

Agregaciones y segregaciones.

Condiciones resolutorias explícitas, dependiendo de la persona que las constituya.

Préstamos sujetos a IVA con garantía hipotecaria.

Primeras copias de escrituras y actas notariales, cuando tengan por objeto cantidad o cosa valuable, contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil y de la Propiedad Industrial y no sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o a los conceptos comprendidos en los apartados 1 y 2 del artículo 1 de esta Ley (art. 31.2 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados).

III.4. RÉGIMEN ESPECIAL EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES DE LAS ENTIDADES DEDICADAS AL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDAS

El artículo 53 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones establece el ámbito de aplicación.

1. Podrán acogerse al régimen previsto en este capítulo las sociedades que tengan por objeto social exclusivo el arrendamiento de viviendas situadas en territorio español. Esta exclusividad será compatible con la inversión en locales de negocio y plazas de garaje para su arrendamiento, siempre que su valor contable conjunto no exceda del 20 % del valor contable total de las inversiones en vivienda de la entidad.

A estos efectos, únicamente se entenderá por arrendamiento de vivienda el definido en el artículo 2 de la Ley 29/1994, de 24 de

noviembre, de Arrendamientos Urbanos, siempre que se cumplan los requisitos y condiciones establecidos en dicha Ley para los contratos de arrendamiento de viviendas.

2. La aplicación del régimen fiscal especial regulado en este capítulo requerirá el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Que el número de viviendas arrendadas u ofrecidas en arrendamiento por la entidad sea en todo momento igual o superior a 10. El valor contable del conjunto de las viviendas adquiridas por la entidad en fase de construcción, incluidas las compradas sobre plano, no podrá exceder del 20 % del valor contable total de las viviendas de la entidad.
- Que al menos un tercio de las viviendas arrendadas incorporen en el contrato de arrendamiento una opción de compra de la vivienda a favor del arrendatario.
- El reconocimiento de la opción no deberá suponer para el arrendatario el abono de contraprestación alguna y deberá especificar el precio de ejercicio de la propia opción, ejercicio que será siempre facultativo. En ningún caso podrá estipularse que el no ejercicio del derecho de prórroga del contrato de arrendamiento durante los cinco primeros años o la falta de ejercicio del derecho de opción determine para el arrendatario la obligación de abonar indemnización alguna al arrendador.

En el caso de que las viviendas arrendadas u ofrecidas en arrendamiento por la entidad no estén calificadas como de protección oficial o declaradas protegidas habrán de cumplirse, además, los siguientes requisitos:

- Que las viviendas se adquieran por la entidad a valor de mercado y que no tengan en el momento de su compra una antigüedad superior a tres años desde la finalización de su construcción o desde la rehabilitación integral del edificio en el que se hallen. A estos efectos, se entenderá por rehabilitación integral de edificios lo señalado en el artículo 37 del Real Decreto 1/2002, de 11 de enero, sobre medidas de financiación de actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo del Plan 2002-2005, o la normativa que lo sustituya.
- En el caso de viviendas ya adquiridas en el momento de acogerse al régimen, la antigüedad se computará a la fecha de inicio del período impositivo en el que se comunique la opción por el régimen.

• Que la superficie construida de cada vivienda no exceda de 110 metros cuadrados, pudiendo llegar hasta un máximo de 135 metros cuadrados en el 20 % del total de las viviendas gestionadas bajo este régimen por cada entidad. El arrendamiento podrá incluir un máximo de dos plazas de garaje y los anexos situados en el mismo edificio, excluidos los locales de negocio, siempre que unos y otros se arrienden conjuntamente con la vivienda.

• Que durante los cinco primeros años de vigencia del contrato de arrendamiento la actualización anual de la renta regulada en el apartado 1 del artículo 18 de la Ley 29/1994 se realice aplicando, como máximo, la variación porcentual experimentada por el Índice General Nacional del Sistema de Índices de Precios de Consumo en un período de 12 meses inmediatamente anteriores a la fecha de cada actualización reducida en 0,75 puntos porcentuales.

• Que el derecho de opción reconocido al arrendatario, de conformidad con lo previsto en el párrafo b anterior, sea ejercitable dentro de los seis meses anteriores a la fecha de finalización del arrendamiento. En todo caso, el ejercicio de dicha opción tendrá efecto al día siguiente de la finalización del arrendamiento, salvo que las partes, de común acuerdo, pacten otra fecha.

En el caso de que las viviendas arrendadas u ofrecidas en arrendamiento por la entidad estén calificadas como de protección oficial o declaradas protegidas, que el derecho de opción reconocido al arrendatario de conformidad con lo previsto en el párrafo b anterior sea ejercitable en el plazo máximo de seis meses, contados una vez transcurrido el plazo de protección establecido en la normativa estatal o autonómica correspondiente, siempre que el contrato de arrendamiento siga vigente. A tal efecto, el arrendatario podrá prorrogar el contrato durante dichos seis meses adicionales.

3. La opción por este régimen deberá comunicarse a la Administración tributaria. El régimen fiscal especial se aplicará en el período impositivo que finalice con posterioridad a dicha comunicación y en los sucesivos que concluyan antes de que se comunique a la Administración tributaria la renuncia al régimen.

Reglamentariamente se podrán establecer los requisitos de la comunicación y el contenido de la información a suministrar con ella.

4. Cuando a la entidad le resulte de aplicación cualquiera de los restantes regímenes especiales contemplados en este título VII, excepto el de transparencia fiscal internacional, y el de las fusiones, escisiones, aportaciones de activo y canje de valores, no podrá optar por

el régimen regulado en este capítulo III, sin perjuicio de lo establecido en el párrafo siguiente.

Las entidades a las que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 108 de esta Ley, les sean de aplicación los incentivos fiscales para las empresas de reducida dimensión previstos en el capítulo XII de este título VII, podrán optar entre aplicar dichos incentivos o aplicar el régimen regulado en este capítulo III.

5. La aplicación del régimen regulado en este capítulo III será incompatible con la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios prevista en el artículo 42 de esta Ley.

El artículo 54 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones establece el contenido de las Bonificaciones.

1. Las entidades que cumplan los requisitos previstos en el artículo anterior podrán aplicar las siguientes bonificaciones en la cuota íntegra:

El 85 % de la parte de la cuota íntegra que corresponda a las rentas derivadas del arrendamiento o de la transmisión de viviendas que cumplan los requisitos del artículo anterior.

En los casos de transmisión de las viviendas deberá cumplirse, además, lo siguiente:

Que hayan sido arrendadas por la entidad durante al menos cinco años en el caso de las viviendas a que se refiere el apartado 2.c del artículo anterior y, al menos en el plazo de protección establecido en la normativa estatal o autonómica correspondiente, en el caso de las viviendas a que se refiere el apartado 2.d del artículo anterior.

Que el importe obtenido se reinvierta, en el plazo de tres años desde la transmisión, en otras viviendas que cumplan los requisitos establecidos en el artículo anterior.

El 97 % de la parte de la cuota íntegra que corresponda a las rentas derivadas del arrendamiento o de la transmisión de viviendas cuando, además de los requisitos del artículo anterior, se cumplan los siguientes:

En el caso de que las viviendas arrendadas u ofrecidas en arrendamiento por la entidad no estén calificadas como de protección oficial o declaradas protegidas.

Que la renta anual inicial que deba satisfacer el arrendatario no exceda del resultado de aplicar un 4 % al precio legal máximo de venta de las viviendas protegidas en arrendamiento, calculado según establezca la normativa en cada momento vigente de los planes estatales de vivienda.

Que el contrato de arrendamiento incorpore la opción de compra de acuerdo con lo previsto en los párrafos *b* y *c* del apartado 2 del anterior artículo.

En el caso de que las viviendas arrendadas u ofrecidas en arrendamiento por la entidad estén calificadas como de protección oficial o declaradas protegidas, que el contrato de arrendamiento incorpore una opción de compra de acuerdo con lo previsto en el párrafo *d*) del apartado 2 del artículo anterior.

En los casos de transmisión de las viviendas deberá cumplirse, además, lo siguiente:

Que hayan sido arrendadas por la entidad durante al menos cinco años en el caso de las viviendas a que se refiere el apartado 1 anterior y, al menos en el plazo establecido en la normativa aplicable para poder ofrecer en venta las viviendas a los arrendatarios, en el caso de las viviendas a que se refiere el párrafo 2 anterior.

Que el importe obtenido se reinvierta, en el plazo de tres años desde la transmisión, en otras viviendas que cumplan los requisitos establecidos en el artículo anterior.

2. La renta a bonificar derivada del arrendamiento estará integrada para cada vivienda por el ingreso íntegro obtenido, minorado en los gastos directamente relacionados con la obtención de dicho ingreso y en la parte de los gastos generales que correspondan proporcionalmente al citado ingreso.

3. Si la entidad hubiera adquirido la vivienda mediante transmisión derivada de operaciones de fusión, escisión o aportación de activos, y la renta generada en aquella transmisión no se hubiera integrado en la base imponible del transmitente en virtud de lo dispuesto en el régimen especial relativo a dichas operaciones, la renta a bonificar derivada de su transmisión posterior de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1 será exclusivamente la que exceda del valor de mercado en la fecha de la adquisición.

4. Las bonificaciones previstas en el apartado 1 de este artículo serán incompatibles entre sí para las mismas rentas y se practicarán una vez aplicadas, en su caso, las restantes bonificaciones reguladas en la normativa de este impuesto.

5. A los socios de las entidades que opten por el régimen regulado en este capítulo les será de aplicación la deducción para evitar la doble imposición regulada en el apartado 1 del artículo 30 de esta Ley para los casos de distribución de beneficios y transmisión de las participaciones.

6. El régimen fiscal previsto en este capítulo también podrá ser aplicado, con las especialidades previstas en este apartado, por las

entidades a que se refiere el apartado 1 del artículo 53 de esta Ley que arrienden u ofrezcan en arrendamiento viviendas que hayan construido, promovido o adquirido. En estos casos, habrán de cumplirse los siguientes requisitos:

Que el número de viviendas arrendadas u ofrecidas en arrendamiento por la entidad sea en todo momento igual o superior a 10.

Que el contrato de arrendamiento no incorpore opción de compra.

En el caso de viviendas no calificadas como de protección oficial ni declaradas protegidas, los requisitos segundo y tercero del párrafo *c* del apartado 2 del artículo 53. Tratándose de viviendas adquiridas, deberá cumplirse, además, el requisito primero del mencionado párrafo *c*.

Que las viviendas permanezcan arrendadas u ofrecidas en arrendamiento durante al menos 15 años a contar desde la fecha en que fueron arrendadas u ofrecidas en arrendamiento por primera vez por la entidad.

En el caso de viviendas que figuren en el patrimonio de la entidad antes del momento de acogerse al régimen, el plazo se computará desde la fecha de inicio del período impositivo en que se comunique la opción por el régimen.

Las entidades que cumplan los requisitos previstos en este apartado podrán aplicar en la cuota íntegra una bonificación del 85 % de la parte de la cuota íntegra que corresponda a las rentas derivadas del arrendamiento o de la transmisión de viviendas que cumplan los requisitos establecidos en este apartado. La aplicación de esta bonificación en los casos de transmisión de las viviendas exigirá, además, el cumplimiento de los siguientes requisitos:

Que la vivienda no sea adquirida por el arrendatario, su cónyuge o parientes, incluidos los afines, hasta el tercer grado inclusive.

Que el importe obtenido se reinvierta, en el plazo de tres años desde la transmisión, en otras viviendas que cumplan los requisitos establecidos en este apartado.

que el contrato de arrendamiento incorpore la opción de compra o que el contrato de arrendamiento incorpore la opción de compra o que el contrato de arrendamiento incorpore la opción de compra...

En el caso de que las viviendas arrendadas u ofrecidas en arrendamiento o ofrecidas en arrendamiento o ofrecidas en arrendamiento...

En el caso de viviendas no calificadas como de protección oficial, en el caso de viviendas no calificadas como de protección oficial...

Que hayan sido arrendadas por la entidad durante al menos cinco años en el caso de que se refiere el apartado 1 anterior...

Que el importe obtenido se reintegre, en el plazo de tres años desde la transmisión, en otras viviendas que cumplan los requisitos antes del momento de escoger el régimen de compra...

2. La renta a bonificar derivada del arrendamiento estará integrada por el importe de los gastos de adquisición, imputado en los gastos de adquisición de la vivienda...

En la parte de los gastos de adquisición que correspondan al propietario de la vivienda en el momento de la transmisión...

Que el importe obtenido se reintegre, en el plazo de tres años desde la transmisión, en otras viviendas que cumplan los requisitos antes del momento de escoger el régimen de compra...

4. Las bonificaciones previstas en el apartado 1 de este artículo serán incompatibles entre sí para las mismas rentas y se practicarán una vez aplicadas, en su caso, las restantes bonificaciones reguladas en la normativa de este impuesto.

5. A los socios de las entidades que opten por el régimen regulado en este capítulo les será de aplicación la deducción para evitar la doble imposición regulada en el apartado 1 del artículo 30 de esta Ley para los casos de distribución de beneficios y transmisión de las participaciones.

6. El régimen fiscal previsto en este capítulo también podrá ser aplicado, con las especialidades previstas en este apartado, por las

INFORME SOBRE LEGITIMACIÓN PARA RECLAMAR LOS INTERESES DE DEMORA DE LAS CERTIFICACIONES DE OBRA QUE HAN SIDO ENDOSADAS

Se ha recibido en este Servicio Jurídico procedente de la Secretaría General Técnica una solicitud de informe respecto a la legitimación para reclamar los intereses de demora de las certificaciones de obra...

SELECCIÓN DE DICTÁMENES

Examinados los antecedentes recibidos este Servicio Jurídico emite el siguiente

INFORME

I

La solicitud de informe plantea, ante las dudas suscitadas a la Oficina Presupuestaria, la necesidad de determinar quién ostenta la legitimación para reclamar los intereses de demora de las certificaciones de obra que hayan sido endosadas, habida cuenta del contenido de la sentencia de 11 de noviembre de 2003 de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Con carácter previo debemos hacer una referencia, siquiera sea sucinta, a la naturaleza de las certificaciones de obra y a su posibilidad de transmisión.

En este sentido conviene recordar que las certificaciones de obra son documentos justificativos de la obra realizada, siendo un derecho del contratista que le permite obtener el abono de lo convenido en función del grado de ejecución de la obra STS 20 de mayo de 1992, entendiendo el Consejo de Estado que sería el título que legitima al contratista a hacer efectivos los derechos económicos derivados del pago de su prestación. Es por ello que el Tribunal Supremo tiene reiteradamente declarado que son liquidaciones parciales y provisionales de las obras que la Administración realiza en vista de la debida ejecución de las obras STS 12 de noviembre de 1990 y STS 27 de enero de 2003.

Su finalidad esencial es favorecer la financiación del contratista para lo cual se permite la transmisión de las mismas a terceros tal y como recoge el actual artículo 100 del Texto Refundido de la Ley de

INFORME SOBRE LEGITIMACIÓN PARA RECLAMAR
LOS INTERESES DE DEMORA DE LAS
CERTIFICACIONES DE OBRA QUE HAN SIDO
ENDOSADAS

Se ha recibido en este Servicio Jurídico precedente de la Secretaría General Técnica una solicitud de informe respecto a la legitimación para reclamar los intereses de demora de las certificaciones de obra que han sido endosadas.

Examinados los antecedentes recibidos este Servicio Jurídico emite el siguiente

INFORME

I

La solicitud de informe plantea, ante las dudas suscitadas a la Oficina Presupuestaria, la necesidad de determinar quién ostenta la legitimación para reclamar los intereses de demora de las certificaciones de obra que hayan sido endosadas, habida cuenta del contenido de la sentencia de 11 de noviembre de 2003 de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Con carácter previo debemos hacer una referencia, siquiera sea sucinta, a la naturaleza de las certificaciones de obra y a su posibilidad de transmisión.

En este sentido conviene recordar que las certificaciones de obra son documentos justificativos de la obra realizada, siendo un derecho del contratista que le permite obtener el abono de lo convenido en función del grado de ejecución de la obra STS 20 de mayo de 1992, entendiéndose el Consejo de Estado que sería el título que legitima al contratista a hacer efectivos los derechos económicos derivados del pago de su prestación. Es por ello que el Tribunal Supremo tiene reiteradamente declarado que son liquidaciones parciales y provisionales de las obras que la Administración realiza en vista de la debida ejecución de las obras STS 12 de noviembre de 1990 y STS 27 de enero de 2003.

Su finalidad esencial es favorecer la financiación del contratista para lo cual se permite la transmisión de las mismas a terceros tal y como recoge el actual artículo 100 del Texto Refundido de la Ley de

Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio pero sin que ello suponga que puedan entenderse como un título valor que funcionaría de una manera abstracta desconectado del contrato causal (como por ejemplo ocurre con las letras de cambio) tal y como señala la STS 12 de noviembre de 1990 pese a alguna tesis doctrinal minoritaria, acogida por alguna jurisprudencia STSJ Comunidad Valenciana 26 de septiembre de 1996.

Esta posibilidad de cesión, que la Jurisprudencia apoya igualmente en la posibilidad genérica de transmisión de las obligaciones del artículo 1112 CC —STS 31 de octubre de 1992— plantea el problema de determinar cuál es la naturaleza de esa cesión. Siguiendo a Quirós Roldán, Estella López y Arenas Salvatierra (Las Certificaciones de Obras, Régimen Jurídico y Fiscal, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 1998) podemos distinguir:

a) *Endoso como comisión de cobranza.*

Esta tesis parte de negar toda posibilidad de considerar a las certificaciones como títulos abstractos por lo que su cesión va a tener un carácter causal, pudiendo oponerse al cesionario las mismas excepciones que al cedente y permitiendo su embargo por deudas del contratista, así la STS 10 de diciembre de 1981 que niega que puedan ser objeto de verdaderos endosos en los términos del Derecho mercantil, de tal manera que estos «endosos» serían meras comisiones de cobranza sin una transmisión plena de la obligación que reflejan STS 12 de noviembre de 1990.

b) *Endoso como cesión abstracta.*

Ha sido defendida esta tesis por las entidades bancarias y se recogió en algunas sentencias del Tribunal Supremo como las de 12 de marzo y 31 de octubre de 1992.

Naturalmente no faltan teorías mixtas pero, en cualquier caso, la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo opta por considerar la cesión, al menos en cuanto a lo que se refiere al pago de intereses como una comisión de cobranza, en este sentido las sentencias de 12 de noviembre de 1990, 11 de mayo de 1999 (que insiste en el carácter causal del endoso) o 2 de julio de 2002.

II

Examinada la naturaleza jurídica de la transmisión de las certificaciones de obra procede abordar la concreta cuestión planteada en la

solicitud de informe, relativa a la legitimación para reclamar los intereses de demora derivados del retraso en el pago de las mismas una vez endosadas.

A este respecto ha existido un claro cambio jurisprudencial que se pone de manifiesto por cuanto se ha pasado de atribuir la legitimación del endosatario al endosante.

A favor del endosatario se pronunciaban sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1986, 26 de abril de 1988 o 20 de diciembre de 1994, sentencia esta última que señala «Cualquiera que sea la naturaleza y alcance que se quiera atribuir a la cesión de las certificaciones de obras, extremos sobre los que las partes han argumentado con profusión, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, es lo cierto que los intereses moratorios —que, en definitiva, constituyen el objeto de la reclamación— tienen como finalidad resarcir los perjuicios derivados del retraso en el cumplimiento de la obligación principal, configurándose, por tanto, aquéllos como obligación accesoria de ésta, de manera que una vez establecida, legal o voluntariamente, la obligación de intereses sigue, en principio, la suerte de la obligación principal; de ahí que caso de modificarse la persona del acreedor, subsiste la misma obligación y, consiguientemente, el mismo crédito con idénticas garantías accesorias. Criterio al que, en definitiva, responden, además de los artículos 1203.3.º y 1212 del Código Civil, citados en la sentencia apelada, los artículos 1112 y 1528 del mismo texto legal, así como las Sentencias de la antigua Sala 4.ª de 13 julio 1985 (RJ 1985/5102) y de la actual 3.ª de 31 octubre 1992 (RJ 1992/8373).»

Frente a esta línea jurisprudencial se ha ido abriendo paso otra que, partiendo del hecho de que el perjudicado por el retraso en el pago de las certificaciones es el endosante y no el endosatario, establece la legitimación del primero para reclamar dichos intereses. Así podemos citar las sentencias de 28 de septiembre de 1993, 24 de septiembre de 1999 (Ponente: Excmo. Sr. Manuel Goded Miranda) que establece que «El motivo debe ser desestimado, estando la cuestión resuelta por la Sentencia de esta Sala de 28 de septiembre de 1993 (citada por la Sentencia impugnada como fundamento de su criterio), en la que, modificando el criterio expuesto en anterior Sentencia de 11 de enero de 1990, mantiene que, en estos casos, es el endosante el que se ve perjudicado por la demora en el pago de la certificación, aun cuando el mismo se realice a la entidad endosataria, ya que ésta descuenta una cantidad de dinero variable en función de la cuantía de la certificación y del tiempo de demora, resultando así que el perjuicio por el retraso en el pago de las certificaciones recae en el endosante y no en el endosatario. Desde esta perspectiva —continúa diciendo la Sentencia de 28 de septiembre de 1993— el verdadero perjudicado por la posible demora en

el pago de las certificaciones de obras es el endosante, no la entidad endosataria, por lo que dicho endosante tiene un interés legítimo directo en la reclamación de los posibles intereses devengados por la demora en el pago de la certificación, ya que van a paliar los perjuicios sufridos por tal retraso, pese a que la certificación haya sido endosada».

Esta jurisprudencia se encuentra hoy plenamente consolidada como lo demuestran sentencias como las de 3 y 10 de octubre de 2000 (esta última en unificación de doctrina), 9 de octubre, 14 y 17 de diciembre de 2001 (también la última en unificación de doctrina), 2 de julio de 2002, 25 de noviembre de 2003 (también en unificación) o 2 de febrero de 2004.

Todas estas sentencias reiteran la doctrina citada en el sentido de considerar los «endosos» de certificaciones de obra como meras comisiones o apoderamientos de cobranza y entender que puesto que la entidad endosataria descuenta unas cantidades variables en función de la cuantía de las certificaciones y de los tiempos de demora, ello perjudica a la endosante en cuanto titular de los intereses ocasionados por la demora, manteniendo así su derecho a paliar esos perjuicios mediante el cobro de los intereses, cumpliendo así éstos su finalidad esencial.

Esta jurisprudencia ha tenido su lógica repercusión en la doctrina de tribunales inferiores y así podemos citar la sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de noviembre de 2002, sentencia de 21 de julio de 2003 de la Sala de lo Contencioso (Granada) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (que señala que sólo tendría derecho a los intereses el endosatario si se hubiera pactado expresamente) y —de mayor importancia para la Comunidad de Madrid—, las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de abril de 2001, 12 de marzo de 2002 y la reciente sentencia de 11 de noviembre de 2003 que se acompaña a la petición de informe.

Puesto que la solicitud de informe plantea si existe jurisprudencia suficiente, lo anteriormente expuesto nos conduce a una respuesta forzosamente positiva, habida cuenta que el artículo 1.6 CC establece que la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina reiterada que establezca el Tribunal Supremo, habiendo considerado la Jurisprudencia de la Sala 1.^a que para ello no basta una sola sentencia sino que se exigirían al menos dos fallos en idéntico sentido, sentencias Sala 1.^a 23 de junio de 1990, 2 de diciembre de 1991 o 31 de enero de 1992. A mayor abundamiento varias de las sentencias citadas han recaído en recursos de casación para la unificación de doctrina, indicando la sentencia de 10 de diciembre de 2002 que «El recurso de casación para la unificación de doctrina es un recur-

so extraordinario, cuya única finalidad es impedir que se consolide una doctrina jurisprudencial contraria a la dictada por el propio Tribunal en sentencias precedentes o a la declarada por este Tribunal Supremo» y más claramente la sentencia de 7 de julio de 1993 «el motivo rescisorio establecido en el antiguo artículo 102.1 apartado b) tiene por finalidad homogeneizar y unificar los criterios judiciales discrepantes, para convertirlos en doctrina legal, dentro de la función complementaria del ordenamiento jurídico que a la jurisprudencia asigna el Código Civil en su artículo 1.6 y en beneficio del principio de seguridad jurídica».

En suma podemos concluir —como hace la sentencia de 2 de febrero de 2004— que esta jurisprudencia se encuentra plenamente consolidada.

ALEGACIONES

I. LA SUSPENSIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA LEY

Se solicita asimismo en la petición de informe si, a la luz de esta jurisprudencia, convendría cambiar el criterio actual, estimando las reclamaciones de intereses de demora de las certificaciones de obra.

Como señalan las sentencias de 30 de junio de 1989 y 3 de septiembre de 1992 la jurisprudencia obliga a los Jueces y Tribunales al interpretar y aplicar las normas jurídicas por lo que parece lógico que también vincule a los órganos administrativos que están sometidos a la totalidad del ordenamiento jurídico artículo 9.1 CE.

Por último indicar que mantener un criterio contrario podría dar lugar a condenas en costas a la Comunidad de Madrid por incurrir en temeridad artículo 139 LJCA que el Tribunal Supremo considera que existe —sentencia de 15 de mayo de 2001— cuando se obliga al recurrente a iniciar un proceso que no tenía el deber jurídico de soportar y que podía y debía haberse evitado.

Por todo lo expuesto procede formular las siguientes,

CONCLUSIONES

PRIMERA. Existe ya una jurisprudencia reiterada que considera que el derecho al cobro de los intereses de demora de las certificaciones de obra endosadas corresponde al contratista endosante por cuanto, al ser las certificaciones objeto de descuento, los perjuicios derivados del retraso en el pago afectan al contratista y no a la entidad endosataria sin que frente a ello se pueda oponer el artículo 1528 CC al ser el «endoso» de las certificaciones una mera comisión de cobranza.

SEGUNDA. En función de esa Jurisprudencia y dado lo dispuesto en el artículo 1.6 CC que establece el carácter de complemento del

ordenamiento jurídico es necesario aplicar la doctrina jurisprudencial citada en la resolución de las reclamaciones de intereses de demora que se formulen a esta Consejería.

Es cuanto tiene el honor de informar, no obstante VI resolverá.

Todas estas sentencias reiteran la doctrina citada en el anterior considerando los expedientes de certificación de obra como meras comisiones o apoderamientos de fianza y entender que puestas en sus respectivos lugares correspondientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no cabe su aplicación a los expedientes de certificación de obra.

Como señalan las sentencias de 30 de junio de 1999 y 3 de septiembre de 1992 la jurisprudencia obliga a los jueces y Tribunales a interpretar y aplicar las normas jurídicas por lo que parece lógico que también vincule a los órganos administrativos que están sometidos a la totalidad del ordenamiento jurídico artículo 9.1 CE.

Por último indicar que mantener un criterio contrario podría dar lugar a condonas en costas a la Comunidad de Madrid por un error de interpretación artículo 139 LEC A que el Tribunal Supremo considera que existe —sentencia de 17 de mayo de 2001— cuando se obliga al recurrente a iniciar un proceso que no tenía el deber jurídico de someterlo a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Comunidad de Madrid de 27 de abril de 2001 y que debía haberse evitado. Por todo lo expuesto procede formular las siguientes conclusiones:

Puesto que la solicitud de información si existe jurisprudencia suficiente, lo anteriormente expuesto nos conduce a una respuesta afirmativa. Exista una jurisprudencia reiterada que considere que debe aplicarse el ordenamiento de intereses de demora de las certificaciones de obra.

LA COMUNIDAD DE MADRID, al amparo de lo dispuesto en el artículo 18. 1 de la Ley Orgánica 3/1980 de 22 de abril del Consejo de Estado, y evacuando el trámite de audiencia conferido por el Excmo. Sr. Presidente del Consejo de Estado por oficio de 24 de mayo del presente año, respecto del Proyecto de Real Decreto por el que se establece el calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo establecida por la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, formula las siguientes

ALEGACIONES

1. LA SUSPENSIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE CALIDAD DE LA EDUCACIÓN INVADE Y DESCONOCE LAS COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID

El artículo 29 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid aprobado por Ley Orgánica 3/83 de 25 de febrero, en la redacción fijada por la Ley Orgánica 10/94, de 24 de marzo, establece la competencia de la misma en cuanto al 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 Española y leyes orgánicas que conforme el 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 de la Constitución y de la Alta Inspección para su cumplimiento y garantía.

La disposición adicional primera de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (en adelante LOCE) establece que el Gobierno, previa consulta con las Comunidades Autónomas, aprobará el calendario de aplicación de la Ley en un **ámbito temporal de cinco años, aludiendo expresamente a un carácter gradual, acorde además con la propia noción de calendario.** En su desarrollo se dictó el Real Decreto 827/2003, de 27 de junio, que aprobó dicho calendario estableciendo una aplicación progresiva de la LOCE desde el año académico 2004-2005 hasta el 2007-2008.

Para posibilitar esa implantación el Estado dictó una serie de normas reglamentarias de carácter básico, que a su vez fueron desarrolladas por la Comunidad de Madrid en el ejercicio de su competencia de desarrollo legislativo y ejecución.

El proyecto de Real Decreto sometido a dictamen, que modifica el Real Decreto 827/2003, de 27 de junio, establece una moratoria en la

aplicación de la LOCE que vulnera las competencias de la Comunidad de Madrid al privar de efectos a su normativa de desarrollo y, al mismo tiempo, impedir la aplicación por la Comunidad de Madrid, tanto de su normativa, como de la normativa básica estatal. Se produce así un vaciamiento de la competencia autonómica que priva de efectos a las normas autonómicas e impide su aplicación por la Administración educativa de la Comunidad de Madrid.

Se vulnera así la posibilidad de la Comunidad de Madrid de introducir sus propias opciones en materia educativa (Sentencia del Tribunal Constitucional 131/96 de 11 de julio) llegando a un vaciamiento de las mismas al impedir en la práctica su aplicación (SsTC 227/88 de 29 de noviembre, 103/89 de 8 de junio, 170/89 de 19 de octubre). Es cierto que el Estado puede modificar su normativa básica, lo cual obliga a las Comunidades Autónomas a adecuar sus normas de desarrollo, pero **lo que no es posible es que mediante esa modificación se impida la aplicación de las normas autonómicas que son acordes con esa legislación básica y que, al mismo tiempo, introducen su propia política educativa dentro del marco constitucional y estatutario. Se produce así un desapoderamiento a la Comunidad de Madrid de sus propias competencias que quedan así sometidas a los designios políticos, no ya de las Cortes Generales en el ejercicio de sus competencias de desarrollo legislativo del derecho a la educación, sino del Gobierno de la Nación con vistas al futuro desarrollo de su programa político.**

Inciden en esa vulneración de las competencias constitucionales de la Comunidad de Madrid dos aspectos a tener en cuenta

El primero es la concepción constitucional de lo básico. Como ha señalado este Consejo de Estado la función propia de lo básico consiste en delimitar el campo legislativo autonómico, lo que no supone vaciamiento de sus competencias, sino la obligación de éstas de atenerse al sentido, amplitud y fines de la legislación básica, sin que ello implique privar a las Comunidades Autónomas de sus competencias estatutariamente asumidas (Dictamen 1076/1991 de 31 de octubre), indicando el Dictamen 3067/2000 de 28 de septiembre que «*para que un precepto reglamentario tenga carácter básico es preciso que sea complemento indispensable de la Ley*», criterio que reitera el Dictamen 6270/1997 de 23 de septiembre con cita de la STC 69/88 de 19 de abril.

Esta doctrina legal del Alto Órgano Consultivo trae causa, como no podía ser menos, de la jurisprudencia constitucional. Así el Tribunal

Constitucional ha analizado las nociones material y formal de bases recogiendo dos requisitos esenciales del concepto:

- 1.º Que no se agote la regulación de la materia vaciando y cercenando las competencias autonómicas, y
- 2.º Que en la definición de las bases se observe la necesaria seguridad jurídica. Por todas, la STC 13/89 de 26 de enero.

Para ello, y desde un punto de vista formal, el Tribunal Constitucional ha establecido que la normativa básica debería, preferentemente, recogerse en una norma con rango de ley sin excluir, no obstante, la posibilidad de normas reglamentarias básicas. Respecto de estas últimas, ya la temprana STC 1/82 de 28 de enero, señaló que tendrían un carácter complementario de la ley y recogió especiales cautelas respecto de la utilización por el Gobierno de su potestad reglamentaria para la determinación de lo básico, así la STC 69/88, ya citada, recoge de una forma contundente que *«la función de defensa del sistema de distribución de competencias que a este Tribunal confieren los artículos 161.1 c) de la Constitución y 59 de su Ley Orgánica tiene que venir orientada por dos esenciales finalidades: procurar que la definición de lo básico no quede a la libre disposición del Estado en evitación de que puedan dejarse sin contenido o inconstitucionalmente cercenadas las competencias autonómicas y velar porque el cierre del sistema no se mantenga en la ambigüedad permanente que supondría reconocer al Estado facultad para oponer sorpresivamente a las Comunidades Autónomas como norma básica, cualquier clase de precepto legal o reglamentario, al margen de cuál sea su rango y estructura»*. En idéntico sentido la STC 203/93 de 17 de junio.

Por tanto la competencia estatal en cuanto a la determinación de lo básico no puede suponer en ningún caso un vaciamiento o un bloqueo de las competencias autonómicas, como ha señalado la STC 188/2001 de 20 de septiembre: *«Nuestra doctrina ya ha apreciado que la garantía de la eficacia de la normativa estatal ha de cohererarse con el respeto al principio de autonomía, de modo que, en tal sentido, las "dificultades que pudieran existir ... no pueden ser alegadas para eludir competencias que constitucionalmente correspondan a una Comunidad Autónoma, pues en tal caso, bastaría que en el diseño de una legislación estatal reguladora de una materia se dificultara artificialmente su ejecución autonómica para justificar la negación o supresión de esa competencia (STC 106/1987, FJ 4)" (STC 186/1999, de 14 de octubre, FJ 10)»*.

Aplicando esta doctrina al presente caso vemos cómo el proyecto de Real Decreto sometido al examen de este Alto Órgano Consultivo

no permite a las Comunidades Autónomas el ejercicio de sus competencias de desarrollo y ejecución de la LOCE sino que, por el contrario, persigue suspender la aplicación de esta Ley y paralizar el desarrollo legislativo que en el caso de la Comunidad de Madrid ya se ha producido mediante una serie de Decretos Autonómicos, como los Decretos 63/2004 de 15 de abril que aprueba el procedimiento para la selección, nombramiento y cese de directores de centros docentes públicos de la Comunidad de Madrid en los que se impartan enseñanzas escolares, 71/2004 de 22 de abril por el que se establece para la Comunidad de Madrid el currículo de la Educación Infantil, según la ordenación regulada en la Ley Orgánica 10/2002 de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, 72/2004 de 22 de abril por el que se establece el currículo de la Educación Primaria, 73/2004 de 22 de abril por el que se establece el currículo de la Educación Secundaria Obligatoria y 74/2004 de 22 de abril por el que se establece el currículo del Bachillerato así como también mediante una serie de Órdenes que se publican en el «Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid» del día de hoy, como son las Órdenes 1885/2004 de 21 de mayo relativa al horario semanal para las enseñanzas de educación primaria, Orden 1886/2004 de 21 de mayo por la que se regula la organización de las asignaturas, los itinerarios, el horario semanal, la oferta y la elección de las asignaturas optativas, y las medidas de esfuerzo y apoyo en la Educación Secundaria Obligatoria, Orden 1887/2004 de 21 de mayo por la que se regula la organización académica de las enseñanzas del bachillerato y Orden 1905/2004 de 21 de mayo relativa a la ordenación académica y la organización de los programas de iniciación profesional y del mismo modo se impide la ejecución del sistema educativo recogido en la Ley Orgánica cuya ejecución ya ha comenzado asimismo la Comunidad de Madrid mediante las Órdenes de la Comunidad de Madrid que se publicarán en el «Boletín Oficial» del día 26 de mayo como son la Orden 1916/2004 de 24 de mayo por la que se autoriza la implantación de enseñanzas de formación profesional para el curso 2004-2005 en centros públicos de educación secundaria, Orden 1917/2004 de 24 de mayo por la que se autoriza la implantación de enseñanza de Bachillerato para el curso 2004-2005 en centros públicos de educación secundaria y Orden 1918/2004 de 24 de mayo por la que se autoriza a determinados centros públicos de educación secundaria la impartición en el curso 2004-2005 de los programas de iniciación profesional, obligando por el contrario a la Comunidad de Madrid a aplicar el sistema educativo recogido en la Ley Orgánica 1/1990 de 3 de octubre de Ordenación General del Sistema Educativo, expresamente derogada por la LOCE. De esta forma el Proyecto de Real Decreto impide la aplicación de normas y actos de la Comunidad

de Madrid dictados con anterioridad, con lo cual produciría **efectos retroactivos** en contra de lo dispuesto en el artículo 2.3 del Código Civil, de tal forma que, una vez más, estaría vulnerando los principios constitucionales de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad.

De igual forma el Tribunal Constitucional al admitir la posibilidad de normativa básica contenida en un reglamento ha recordado que dicha normativa debe ajustarse siempre y en todo caso a lo dispuesto en la Ley, debiendo así señalarse la STC 220/92 de 11 de diciembre que establece: «...la función de establecer normas básicas —se dijo en la citada STC 86/1989— corresponde a las Cortes Generales pero, en determinados supuestos, también a la potestad reglamentaria, dada la naturaleza de lo que es sin duda una operación técnicamente compleja, aunque lógicamente esa labor gubernamental sea revisable por este Tribunal en lo que atañe a su dimensión competencial (fundamento jurídico 2.). Y en esta **tarea de control puede ser empleado como criterio orientador la adecuación entre los objetivos básicos perseguidos y las normas efectivamente establecidas.** En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley 33/1984, de Ordenación de los Seguros Privados, afirma que el fin de esta normativa está en garantizar la solvencia de las entidades aseguradoras y proteger los intereses de los asegurados y beneficiarios y, a la par, mantener las características más congruentes con la finalidad de instituciones cuales son las mutualidades (Ibidem). **Es patente que definidos los objetivos básicos en la Ley, el Reglamento ahora discutido debe respetarlos. Y no sólo existe esa limitación, ya que, por otro lado, tal y como se dijo en la STC 35/1992 (fundamento jurídico 3.), existiendo una Ley que ordena la materia y que ha definido ya que debe entenderse como básico, «no puede el Reglamento invocar tal calificación más allá de lo previsto en esa Ley previa».**

Además, es evidente que, entre otras infracciones, el proyecto sometido a informe también genera una completa inseguridad jurídica a la Comunidad de Madrid en cuanto al ejercicio de sus competencias estatutarias al mantener el Gobierno central una indefinición absoluta del modelo educativo a aplicar, indefinición que reconoce el propio proyecto de Real Decreto cuando menciona que su finalidad es, no la aplicación de la LOCE, sino todo lo contrario, permitir su modificación.

Si el Dictamen 1709/2002 de 27 de junio de este Alto Órgano a propósito del Anteproyecto de Ley Orgánica de Calidad de la Educación recordaba la necesidad de que las reformas educativas se acometan con una vocación de permanencia, no parece conforme a lo expuesto sobre el concepto de lo básico en la Constitución y el principio de seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.3 de la Norma funda-

mental que, por medio de un reglamento, se pretenda, no el desarrollo de la ley, sino su paralización.

El principio de seguridad jurídica aparece formulado en el artículo 9.3 de la Constitución como un principio técnico jurídico garantizado por la propia Norma Fundamental. El Tribunal Constitucional en la STC 27/81 de 20-7 lo definió como «suma de certeza y de legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad», habiendo sido utilizado por el Alto Tribunal como un parámetro para decidir la constitucionalidad de las normas.

Si anteriormente destacábamos cómo el Tribunal Constitucional ha señalado que la legislación básica en las competencias compartidas no puede generar una indefinición continua del modelo, el mismo Tribunal no ha vacilado en utilizar el principio de seguridad jurídica como parámetro para decidir la constitucionalidad de las leyes. Así la STC 71/82 de 30 de noviembre destaca cómo la seguridad jurídica requiere certeza en la regla de Derecho y proscribire fórmulas proclives a la arbitrariedad debiendo considerarse, por tanto, inconstitucionales aquellas normas que estén desprovistas de un estándar mínimo de seguridad o como señala la STC 142/93 de 22-4 que produzcan una «incertidumbre razonablemente insuperable».

Con base en este principio de seguridad jurídica, esencial en un Estado de Derecho —artículo 1.1 de la Constitución—, en el que todos los poderes están sometidos a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico —artículo 9.1 de la Constitución—, no puede admitirse la utilización de una norma reglamentaria para eludir la aplicación de una ley a la que supuestamente pretendió complementar y, so pretexto de su carácter básico, entorpecer e impedir el ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias.

Esta necesaria seguridad jurídica fue tenida en cuenta por el Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de la Ley Canaria 14/87 de 29 de diciembre de modificación de la Disposición final 3.ª de la Ley de Aguas Canaria y la Ley Canaria 6/89 de 22 de mayo de ampliación del plazo de suspensión establecido en la Ley 14/87. Así en la STC 46/90 de 15-3 el Tribunal declara que «Incurrir en inconstitucionalidad porque el legislador canario, mediante esta técnica legislativa, ha infringido el principio de sumisión de todos los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1), ha tratado de impedir la eficacia de las disposiciones normativas sobre la materia y ha infringido el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3). La vulneración de la obligación de todos los poderes públicos (incluidos naturalmente los autonómicos) de acatar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, que implica un

deber de lealtad de todos ellos en el ejercicio de sus propias competencias de modo que no obstaculice el ejercicio de las ajenas, la ha efectuado el legislador canario por la vía de pretender aplazar sine die en el tiempo (y a través de la promulgación de sucesivas leyes de suspensión) la entrada en vigor de una Ley estatal, válidamente promulgada y con respecto a la cual este Tribunal, además, ha declarado su plena conformidad con nuestra Ley fundamental.» añadiendo que «el Parlamento canario ha excedido los límites de su potestad legislativa al legislar con una pretendida fuerza normativa superior a la que le corresponde, ya que nunca un legislador autonómico puede disponer nada acerca del ámbito legislativo propio del legislador estatal, ni puede decir nada sobre el momento de entrada en vigor de las leyes del Estado. No ha respetado, pues, el legislador canario los límites y las relaciones entre los ordenamientos estatal y autonómico, y, por invadir aquél, sus leyes han incurrido en inconstitucionalidad al pretender la inaplicación más allá del plazo razonable previsto en la Ley estatal de Aguas de una Ley aprobada por las Cortes Generales con la consiguiente violación de la voluntad del legislador estatal y vulneración de la eficacia de la potestad legislativa del Estado (art. 66.2 de la Constitución).

Finalmente ha infringido también el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución) al generar una situación de incertidumbre jurídica en todo lo referente a la legislación de aguas aplicable en el territorio insular. La exigencia del 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas como la que sin duda se genera en este caso dado el complicadísimo juego de remisiones entre normas que aquí se ha producido. Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no, como en el caso ocurre, provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes incluso cuáles sean éstas. La vulneración de la seguridad jurídica es patente y debe ser declarada la inconstitucionalidad también por este motivo».

Aplicando esta jurisprudencia constitucional al proyecto de Real Decreto objeto de consulta, nos encontramos ante un reglamento por el cual el Gobierno de la Nación pretende diferir la aplicación de una Ley Orgánica en vigor, aprobada por las Cortes Generales y, por tanto, expresión de la voluntad popular (art. 66 de la Constitución) median-

te una norma de rango reglamentario dictada por el Consejo de Ministros que, además, impide la aplicación de la normativa de desarrollo dictada por la Comunidad de Madrid y asimismo impide que ésta pueda poner en práctica el sistema educativo diseñado por dicha Ley Orgánica y respecto del cual ya ha adoptado medidas para su aplicación.

Dicho Real Decreto se dictará, además, prácticamente concluido el año académico 2003-2004 y cuando el siguiente año debía comenzar la aplicación de la LOCE, aplicación dicho año por el hecho evidente de la imposible aplicación de la LOCE (cuya entrada en vigor se produjo en enero de 2003) al año académico siguiente, habida cuenta de la necesidad de dictar la normativa de desarrollo de la misma, tanto estatal como autonómica.

Esta suspensión de la aplicación de la Ley invade por tanto, en cuanto vacía de contenido, las competencias de desarrollo legislativo y ejecución de la Comunidad de Madrid, competencias ejercitadas mediante los Decretos y Órdenes anteriormente citados y que el proyecto de Real Decreto pretende, aun cuando no se atreva a decirlo expresamente, suspender y condicionar a los proyectos legislativos del Gobierno.

En el sistema diseñado por la Constitución de 1978 se establece, entre otros, el principio de legalidad que, con importantes raíces históricas, busca reservar a la decisión del Parlamento materias especialmente importantes como las relativas a los derechos individuales. Este sistema volaría en pedazos si, como se pretende, el Gobierno pudiese suspender la aplicación de una Ley Orgánica (categoría de leyes que desarrollan los derechos fundamentales, claves en un Estado democrático que se definen como «*elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la Comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho... apareciendo como un elemento unificador, como un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, estableciendo una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actuando como fundamento de la unidad política sin mediación alguna*» STC 25/81 de 14 de julio) generando así una situación de **inseguridad jurídica y arbitrariedad administrativa**, habida cuenta que no se sabe si el Gobierno conseguirá que las Cortes Generales aprueben sus proyectos de ley (de los que se desconoce absolutamente su posible contenido) para los cuales necesita, además, de una mayoría absoluta parlamentaria de la que no dispone, de tal forma que la consecuencia forzosa del presente proyecto es una situación de inseguridad jurídica que se genera a las Comunidades Autónomas a las cuales se les plantea la pregunta de

para qué dictar normas de desarrollo y aplicativas que pueden quedar sin efecto por las decisiones del Consejo de Ministros; asimismo se impide la necesaria planificación de su acción administrativa en materia de educación (presupuestos, personal, medios materiales, etcétera), se genera inseguridad asimismo a los distintos sujetos que actúan en el proceso educativo (vgr. editoriales, profesorado, padres de alumnos y alumnos mismos, destinatarios últimos de la acción educativa), los cuales no sabrán cuáles serán las opciones que les ofrecerá el sistema educativo, impidiéndoles que puedan planificar mínimamente su futuro y afectando al «*mínimo de continuidad*» que la STC 5/81 de 13 de febrero integraba en la definición del derecho fundamental a la educación del artículo 27 de la Constitución.

Dicha sentencia exigía igualmente «*unas garantías mínimas de calidad*» que el Proyecto de Real Decreto parece querer suspender en el tiempo, forzando la aplicación de una legislación formalmente derogada y que las Cortes Generales consideraron que no había dado los resultados de calidad educativa necesarios, de tal forma que, como señalaba la memoria del Proyecto de Ley Orgánica, la falta de exigencia del sistema educativo había propiciado una desmotivación del esfuerzo que requiere todo proceso de enseñanza y aprendizaje, generando desconfianza en las familias con respecto a la eficacia del sistema educativo.

Pues bien, el Proyecto de Real Decreto, obviando las Disposiciones derogatorias y de entrada en vigor de la Ley Orgánica, quiere volver —en lo que parece ser una resurrección de las normas formalmente derogadas— a este sistema desacreditado. No cabe duda que un Gobierno tiene derecho a tratar de sacar adelante su programa legislativo en materia educativa pero ello no puede hacerse ni por encima de la Constitución, de los Estatutos de Autonomía y de la Ley, ni por encima de las competencias de las Comunidades Autónomas.

Otro aspecto esencial es la lealtad constitucional que debe presidir las relaciones entre los distintos entes territoriales, esencial en un Estado compuesto como el que diseña la Constitución de 1978.

Si la STC 64/90 de 5 de abril, señala que «*todos los poderes públicos deben observar en el sistema autonómico... un comportamiento leal en uso de sus atribuciones*», de tal forma que «*El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias, se abstengan de adoptar decisiones o realizar actos que perjudiquen o perturben el interés general y tengan, por el contrario, en cuenta la comunidad de intereses que les vincula entre sí y que no puede quedar disgregada o menoscabada a consecuencia de una gestión insolidaria de sus propios intereses*», añadiendo las SsTC 11/86 de 28 de enero, y 96/86 de 10 de

julio, que existe un deber de recíproco apoyo y mutua lealtad como expresión del deber general de fidelidad a la Constitución, deber que en el campo de la determinación de la legislación básica es obvio que obliga singularmente al Gobierno (STC 209/90 de 20-12 en cuanto a la transferencia de competencias). La Comunidad de Madrid entiende que, en el presente caso, el Gobierno de la Nación obra con deslealtad constitucional al pretender mediante la promulgación de una norma reglamentaria básica impedir la aplicación de una Ley Orgánica y el ejercicio de las competencias autonómicas de desarrollo y ejecución de la misma.

Este deber de lealtad se ha recogido expresamente en nuestro ordenamiento en el artículo 4 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tras la modificación operada por la Ley 4/99 de 13 de enero, recogiendo como contenido en su apartado a) «*respetar el ejercicio legítimo por las otras Administraciones de sus competencias*». No parece, a la luz del contenido y los fines del proyecto de Real Decreto, que se respeten las competencias de las Comunidades Autónomas.

Si en el debate de la LOCE se puso en duda por algún grupo parlamentario la constitucionalidad de establecer un calendario de aplicación a la Ley que vinculase a las Comunidades Autónomas (Diario de Sesiones del Congreso, n.º 602, páginas 19667-19668) la aplicación que de la disposición adicional primera de la LOCE pretende realizar el presente proyecto rebasa con creces los límites del respeto constitucional a las competencias de las Comunidades Autónomas.

2. NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LA MODIFICACIÓN PROYECTADA DEL RD 827/2003 DE 27 DE JUNIO, POR VULNERAR LA LEY ORGÁNICA DE CALIDAD DE LA EDUCACIÓN (INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA, DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS Y LA DESVIACIÓN DE PODER)

Con carácter general puede señalarse que en el ámbito temporal las normas surten efectos por tiempo indefinido hasta que sobreviene su derogación por otra norma con rango suficiente. Se suele citar por la doctrina (Santamaría Pastor) como excepciones a esta regla general los casos de predeterminación de la vigencia (normas temporales y coyunturales), de prolongación de la vigencia (prórroga de la vigen-

cia y la ultractividad) y de suspensión de la vigencia (privación transitoria de su efectividad).

El proyecto de Real Decreto objeto de dictamen, se encuentra en este último supuesto, actuando como una auténtica «moratoria» (así se le ha calificado política y periodísticamente) en la aplicación de la Ley Orgánica de Calidad de la Educación, es decir, una verdadera interrupción temporal de vigencia, su suspensión privándola transitoriamente de efectividad.

La lógica del sistema de fuentes en un Estado de Derecho, entre cuyos presupuestos estructurales la Constitución sitúa en lugar preeminente el principio de legalidad, de jerarquía normativa y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (arts. 9.1 y 3 de la Constitución), impide que la interrupción temporal de la vigencia de una norma pueda realizarse por una norma de inferior rango jerárquico que la norma suspendida, salvo que ésta lo permita expresamente.

Es evidente que el proyecto de Real Decreto no contiene una modificación del calendario de aplicación de la Ley Orgánica de Calidad de la Educación, en base a la disposición adicional primera de la misma, que impone un calendario con sus caracteres de gradualidad y progresividad en la implantación del nuevo sistema educativo. Antes al contrario, incluye una moratoria de dos años académicos en su implantación, un retraso, una demora en su aplicación, una moratoria en suma, sin alternativa modificativa; es decir, materialmente constituye e integra una auténtica interrupción o suspensión de la vigencia de la LOCE y de sus normas de desarrollo, sin proceder de acuerdo con las normas de competencia y procedimientos necesarios.

El proyecto de Real Decreto afecta radical y esencialmente a la eficacia innovativa y derogatoria de la propia Ley Orgánica de Calidad de la Educación a través de una norma reglamentaria y, por tanto, insuficiente. Frente a la vocación de permanencia y de aplicación inmediata de acuerdo con un calendario gradual y progresivo, se encuentra una deliberada voluntad de no aplicar la Ley vigente (más explícita en el preámbulo del primer borrador y menos en el objeto de dictamen, pero en ambos casos evidente y así manifestado por la Ministra de Educación y Ciencia en diversas manifestaciones públicas y en la reunión de la Conferencia Sectorial celebrada el 17 de mayo de 2004).

En definitiva, acudir al expediente técnico de demorar en dos años (computados en años académicos) la efectiva aplicación de normas (estatales y autonómicas; básicas y de desarrollo; legales y reglamentarias, incluso orgánicas) todas vigentes y sin una

habilitación terminantemente explícita de una norma con rango suficiente que no encontramos en la Ley Orgánica de Calidad de la Educación, y actuar por medio de Real Decreto, constituye un auténtico fraude al sistema de fuentes en un Estado de Derecho, con evidente infracción de los principios constitucionales de legalidad, jerarquía normativa e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (arts. 9.1 y 3 de la Constitución y concordantes), en suma, un fraude al sistema constitucional español de fuentes de Derecho, en el sentido de una actuación normativa reglamentaria que se pretende realizar al amparo de la disposición adicional primera de la Ley Orgánica de Calidad de la Educación y que persigue un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario al él, es decir, la suspensión de su vigencia por norma con rango insuficiente no habilitada explícitamente por ella.

La disposición adicional primera de la LOCE contiene una remisión a la potestad reglamentaria del Gobierno para que establezca el calendario de aplicación de la Ley dentro de los parámetros que establece, no sólo dicha disposición adicional, sino el resto de la Ley que, conviene recordar, establece su entrada en vigor a los veinte días de su publicación en el «BOE».

Como todo reglamento está sometido al principio de jerarquía normativa sin que, en ningún caso, pueda establecer una regulación contradictoria ya que ello determinaría su nulidad de pleno derecho artículo 9.3 de la Constitución y el artículo 51 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Como señalan las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1991 y 18 de marzo 1998 *«el reglamento en cuanto norma jurídica de carácter general emanada de la Administración tiene un valor subordinado a la ley, a la que complementa. Por ser el reglamento norma básica de colaboración, debe distinguirse entre la normación básica de las cuestiones fundamentales que siempre corresponde a la ley, y aquellas normas secundarias pero necesarias para la puesta en práctica de la ley que son los reglamentos. La potestad reglamentaria es, pues, un poder jurídico que participa en la elaboración del ordenamiento, de suerte que la norma jurídica queda integrada en el mismo. Pero la potestad reglamentaria no es incondicionada, sino que está sometida a la Constitución y a las leyes (...) el reglamento ejecutivo, como complemento indispensable de la ley, puede explicitar reglas que en la ley estén simplemente enunciadas y puede aclarar conceptos que sean imprecisos. Así pues, el reglamento puede ir más allá que ser puro ejecutor de la ley, a condición de que el comportamiento de la*

Administración sea acorde con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico en los términos dichos.»

En este caso, la norma reglamentaria no va dirigida a desarrollar la ley sino, todo lo contrario, a impedir su aplicación. La finalidad del calendario que prevé la disposición adicional primera es posibilitar un tránsito adecuado entre el sistema educativo anterior y el que establece la LOCE. Así lo recuerda el Dictamen del Consejo de Estado de 12 de junio de 2003 (que acompañamos como documento n.º 1) que señala que la finalidad del Real Decreto «de calendario» es conjugar la necesidad de dar cumplimiento a la LOCE en el plazo más breve posible, dando pronta respuesta a las deficiencias advertidas en el sistema educativo con las limitaciones de orden normativo, organizativo y docente que concurren. Ninguna de estas necesidades concurre en el proyecto de Real Decreto, que antes al contrario, manifiesta explícitamente en el preámbulo del primer texto de proyecto de Real Decreto que su finalidad es «dilatarse la aplicación de algunas medidas contenidas en el Real Decreto “con la finalidad de no obstaculizar innecesariamente el desarrollo de los trámites que conduzcan a la adopción del Proyecto de Ley por parte del Gobierno”».

Esta finalidad confesada en el Preámbulo del primer texto se trata de disfrazar en el Proyecto sometido a consulta con la insuficiente excusa del supuesto retraso de algunas Comunidades Autónomas en el cumplimiento de sus deberes de desarrollo de la LOCE, lo cual conduce al absurdo de penalizar a aquellas Comunidades Autónomas que, como la de Madrid, han cumplido con lealtad constitucional sus competencias de desarrollo y ejecución.

Se observa así que la reforma proyectada no se dirige a dar cumplimiento a la LOCE sino, más bien todo lo contrario, a suspender su aplicación con vistas a una futura reforma, impidiéndose así por vía reglamentaria la aplicación de la ley.

Estas afirmaciones del preámbulo, tanto del primer texto como del proyecto definitivo, suponen que, en este caso, el ejercicio de la potestad reglamentaria no se dirige a actuar como complemento de la ley que posibilite su aplicación sino a una finalidad distinta de carácter esencialmente político y dirigida explícitamente a desconocer la propia Ley, operando materialmente una suspensión generalizada de la aplicación de la Ley durante dos años al momento inicialmente previsto (esto es, una auténtica moratoria).

En este sentido la STS 23 de mayo de 2002 recuerda que procede la nulidad de una disposición reglamentaria *«si, como aquí sucede, el precepto anulado por la sentencia de instancia no encuentra el*

pertinente amparo o la obligada cobertura en la Ley, e incluso se aparta de las bases en que ésta se apoya, la consecuencia inevitable ha de ser la de anulación, sin que a ello obste una legítima aspiración en orden a sustituir la legalidad vigente por otra de signo distinto».

Por decirlo en palabras del Profesor García de Enterría todo reglamento es «una norma necesitada de justificación, su sumisión a la ley es absoluta, no puede intentar dejar sin efecto los preceptos legales o contradecirlos, no puede suplir a la ley allí donde ésta es necesaria para cumplir un determinado efecto o regular un cierto contenido.»

Igualmente se vulnera la exigencia de la Disposición Adicional 1.ª en cuanto al trámite de previa consulta a las Comunidades Autónomas.

La Disposición Adicional 1.ª exige que se realice la aprobación del calendario previa consulta a las Comunidades Autónomas. Trámite que el Dictamen de este Alto Órgano de fecha 12 de junio de 2003 a propósito del Real Decreto 827/2003 consideró que se cumplía mediante las consultas efectuadas en el seno de la Comisión General de Educación (en la cual se celebraron dos sesiones) y la Conferencia de Educación, en las cuales, como señala el Dictamen, se permitió a las Comunidades Autónomas la realización de alegaciones por escrito, alegaciones que el citado Dictamen recomienda incorporar al expediente.

Todo ello ha sido omitido en el presente caso. En efecto, según el certificado de la Secretaría de la Conferencia de Educación, se hace constar que «La Presidencia de la Conferencia remitió, en el plazo establecido, la convocatoria, la documentación correspondiente (el borrador del Acta de la sesión anterior y el texto del proyecto de Real Decreto citado) para su estudio previo por las Comunidades Autónomas y el orden del día fijado para la reunión, a cuyo punto segundo correspondía el mencionado proyecto».

Tal afirmación parece no ajustarse a la realidad, y ello por cuanto que **en el orden del día de la Conferencia de Educación** (que se adjunta como documento n.º 2), **no figuraba someter a consulta de las Comunidades Autónomas el proyecto de Real Decreto, sino un informe sobre el calendario de aplicación de la LOCE.**

En este sentido, la lectura del borrador del Acta de la Conferencia de Educación celebrada el 17 de mayo de 2004 pone de manifiesto la queja de la mayor parte de las Comunidades Autónomas;

1) El Sr. Consejero de Educación de la Comunidad de Madrid manifiesta que «El Orden del Día de esta de la Conferencia Sectorial, incluye como punto segundo el Informe de la Presidencia

sobre el calendario de aplicación de la LOCE. Por tanto, no podemos hoy informar ni ser consultados sobre un Proyecto de Real Decreto que modifique el calendario de la LOCE y que no figura en el Orden del Día...

2) También el Sr. Consejero de Educación y Ordenación Universitaria de Galicia, advierte que «... tampoco su Comunidad se considera consultada...»

3) El Sr. Consejero de Educación, Cultura y Deporte de La Rioja considera que «el planteamiento hecho por el Ministerio vulnera los procedimientos formales previstos en el Reglamento de la Conferencia, así como en el de la Comisión General, al no convocar previamente a ésta, para tratar la propuesta de orden del día de la Conferencia.»

4) El Sr. Consejero de Cultura, Educación y Deporte de la Comunidad Valenciana pone de manifiesto que «De hecho no se ha comunicado hasta ahora la intención del Gobierno de modificar la LOCE. La misma consulta del proyecto no aparece formulada en el orden del día de la sesión.»

5) El Sr. Consejero de Educación y Cultura de las Islas Baleares hace constar que «La propuesta debería haber sido considerada previamente por la Comisión General, según se establece en el Reglamento que ha sido incumplido. El orden del día, no recoge explícitamente la consulta del Real Decreto.»

6) El Sr. Consejero de Educación y Cultura de la Región de Murcia se suma a lo expresado por otras Comunidades, «... en el sentido de no darse por consultado sobre el proyecto de Decreto...».

Todo lo cual nos conduce a un incumplimiento más de la Disposición Adicional 1.ª en cuanto no se ha producido una consulta real y efectiva a las Comunidades Autónomas, sino que se les ha puesto ante una política de hechos consumados con la entrega directa del proyecto de Real Decreto y sin permitirles realizar alegaciones.

Por último y en particular, el proyecto de Real Decreto también infringe el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos e incurre en desviación de poder.

Como consecuencia de lo anterior e íntimamente relacionado con ello (el art. 9.3 de la Constitución garantiza de forma explícita «la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos»), la potestad reglamentaria está limitada por este principio técnico y objetivo que forma, además, parte de la cláusula de sometimiento pleno de la Administración, y por tanto de sus reglamentos, a la Ley y al Derecho

(art. 103.1 de la Constitución). En efecto, como señalan Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández «el poder reglamentario debe estar subordinado a los principios generales del Derecho, en tanto que éstos expresan los pensamientos jurídicos básicos de la comunidad, las ideas sustanciales que articulan y animan el ordenamiento en su conjunto». Por consiguiente, la utilización de la potestad reglamentaria habilitada por la disposición adicional primera de la LOCE precisamente para desconocer, ignorar y derogar temporalmente la norma legal habilitante, no puede sino suponer una actuación arbitraria del titular de la potestad reglamentaria, máxime cuando se reconoce su utilización como mecanismo para «ganar tiempo» (permítase la expresión) ante iniciativas y procedimientos legislativos de desconocido alcance y contenido (no se conoce aún anteproyecto alguno, ni borrador siquiera, de ley orgánica de modificación de la LOCE cuyo contenido pudiera servir de contraste con el proyecto de Real Decreto objeto de dictamen y permitiera apreciar la proporcionalidad de tan drástica paralización de todas las normas vigentes).

Del mismo modo, atendiendo a un contraste material con el principio de interdicción de la arbitrariedad (arts. 9.3 y 103.1 de la Constitución), la jurisprudencia permite el control de los reglamentos a través de la técnica de la desviación de poder. Y no cabe duda que constituye arbitrariedad y desviación de poder que la reforma proyectada no se dirige a dar cumplimiento a la LOCE sino, más bien todo lo contrario, a suspender su aplicación con la mira puesta en su futura reforma, impidiéndose así, por una reglamentaria, la aplicación de una Ley formal. Además, esta motivación se expresa en el preámbulo de los dos borradores conocidos del proyecto de Real Decreto que constan en el expediente (sin rubor alguno en el primero y más matizada aunque igual de evidente en el segundo). Esta motivación explícita, en este caso supone que el ejercicio de la potestad reglamentaria **no se dirige a actuar como complemento de la ley que posibilite su aplicación sino a una finalidad distinta de carácter esencialmente político y dirigida explícitamente a desconocer la propia Ley**. Se incurre así en la desviación de poder que define el artículo 70.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa como la utilización de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico.

Si la STS 25-9-2000 recuerda que la desviación existe cuando se forma en el Tribunal la convicción de que las autoridades administrativas que intervienen en los actos impugnados actuaron ajustándose externamente a la legalidad vigente pero con una finalidad distinta de la pretendida por la norma aplicable. No hay duda de que eso acontece en el presente caso en el cual **el Proyecto de Real Decreto no**

busca establecer el calendario para la aplicación de la LOCE sino precisamente demorar su aplicación ante una posible futura reforma de la misma.

En suma, el presente proyecto de Real Decreto vulnera la disposición adicional primera de la LOCE por cuanto: 1.º No establece un calendario de aplicación de la LOCE sino que simplemente demora su aplicación con la finalidad confesada en su Preámbulo de permitir así su modificación; 2.º Vulnera la disposición final décimo primera sobre la entrada en vigor de la Ley en cuanto trata, en fraude de ley, de impedir la aplicación de la LOCE; 3.º Vulnera las disposiciones derogatorias de la misma al forzar la continuación en la aplicación de una normativa derogada que debería dejar de aplicarse gradualmente en cada año académico, como establece el Real Decreto 827/2003, de 27 de junio y 4.º No se ha producido la consulta a las Comunidades Autónomas que exige la Disposición Adicional y cuya importancia fue destacada por el Dictamen de 13 de junio de 2003 de este Consejo.

Nada impide que el Gobierno de la Nación presente un proyecto de ley en las Cortes para modificar la LOCE pero lo que no puede el Gobierno es valerse de su potestad reglamentaria conferida por el artículo 97 de la Constitución, y a la cual se remite la propia LOCE para que el Gobierno dicte los reglamentos que actúen como «complemento indispensable», a los efectos de lograr su plena aplicación con la finalidad contraria explicitada en el Preámbulo, esto es, impedir precisamente dicha aplicación.

Este fue el criterio que, con mayor rigor jurídico y respeto constitucional, se siguió en la Ley Orgánica General del Sistema Educativo, cuya disposición adicional primera fue modificada por diversas normas con rango de Ley, como las contenidas en las Leyes 66/97 de 30 de diciembre y 24/2001 de 27 de diciembre.

Por todo lo expuesto, la Comunidad de Madrid, evacuando el trámite de audiencia conferido en defensa de sus competencias estatutariamente asumidas, así como de la legalidad vigente considera que el proyecto de Real Decreto por el que se establece el calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo establecida por la LOCE, **vulnera las competencias de la Comunidad Autónoma de Madrid y es nulo de pleno derecho en cuanto infringe los principios constitucionales de legalidad, jerarquía normativa, seguridad jurídica, e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, incurriendo en desviación de poder.**

Es cuanto tiene el honor de exponer

El presente informe tiene por objeto analizar el cumplimiento de los principios de legalidad, jerarquía y eficacia en el ejercicio de las funciones de los servicios jurídicos de la Comunidad de Madrid. En primer lugar, se examina el marco normativo que regula la actividad de los letrados, destacando la importancia de la Ley 24/1999, de 27 de diciembre, de Ordenación de los Servicios Jurídicos. Posteriormente, se analiza la estructura organizativa de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, así como el procedimiento de selección y promoción de los funcionarios. Finalmente, se valoran los aspectos de gestión y eficacia de los servicios, concluyendo que, en general, se cumple con los principios mencionados, aunque existen áreas que requieren mejora.

MEMORIA DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID AÑO 2003

Excmo. Sr.:

Tengo el honor de elevar a VE la memoria anual de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid correspondiente al año 2003.

MEMORIA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS AÑO 2003

La representación y defensa en juicio de la Comunidad de Madrid (con todas sus Consejerías y Direcciones Generales), sus organismos autónomos y entidades públicas dependientes es, en principio, una función exclusiva de los Letrados de la Comunidad de Madrid, con algunas excepciones que la propia Ley contempla (básicamente que el Consejo de Gobierno acuerde la actuación de un abogado privado o que el Consejo de Presidentes le habilite a un funcionario para actuar como Letrado). La Ley prevé también la posibilidad de que los Letrados de la Comunidad de Madrid asuman la representación y defensa en juicio de las empresas públicas de la Comunidad de Madrid constituidas como sociedades anónimas, mediante la suscripción del oportuno convenio al efecto, en el que se determinará la compensación económica a abonar a la Hacienda de la Comunidad de Madrid. Además, esta Dirección General puede autorizar que los Letrados de la Comunidad de Madrid asuman la representación y defensa en juicio de autoridades, funcionarios y demás personal de la Comunidad de Madrid, previa solicitud del correspondiente Director General o cargo superior o equiparado a éste. Para ello es preciso, ante todo, que se trate de procedimientos judiciales que se sigan por razón de actos u omisiones relacionadas directa o inmediatamente con el ejercicio de sus respectivas funciones y que exista coincidencia de intereses. Por otra parte, los Letrados ejercen también el asesoramiento jurídico de los órganos, organismos y entidades de la Comunidad de Madrid, aunque, en este caso, sin perjuicio de las funciones de otros

MEMORIA DE LA DIRECCIÓN
GENERAL DE LOS SERVICIOS
JURÍDICOS AÑO 2003

MEMORIA DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS
DE LA COMUNIDAD DE MADRID
AÑO 2003

Excmo. Sr.:

Tengo el honor de elevar a VE la memoria anual de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid correspondiente al año 2003.

I. INTRODUCCIÓN

Los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, a través de los Letrados que los integran, prestan los servicios propios de los abogados, esto es, la representación y defensa en juicio y el asesoramiento jurídico, todo ello de conformidad con la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos (modificada por la Ley 24/1999, de 27 de diciembre).

La representación y defensa en juicio de la Comunidad de Madrid (con todas sus Consejerías y Direcciones Generales), sus organismos autónomos y entidades públicas dependientes es, en principio, una función exclusiva de los Letrados de la Comunidad de Madrid, con algunas excepciones que la propia Ley contempla (básicamente que el Consejo de Gobierno acuerde la actuación de un abogado privado o que el Consejero de Presidencia habilite a un funcionario para actuar como Letrado). La Ley prevé también la posibilidad de que los Letrados de la Comunidad de Madrid asuman la representación y defensa en juicio de las empresas públicas de la Comunidad de Madrid constituidas como sociedades anónimas, mediante la suscripción del oportuno convenio al efecto, en el que se determinará la compensación económica a abonar a la Hacienda de la Comunidad de Madrid.

Además, esta Dirección General puede autorizar que los Letrados de la Comunidad de Madrid asuman la representación y defensa en juicio de autoridades, funcionarios y demás personal de la Comunidad de Madrid, previa solicitud del correspondiente Director General o cargo superior o equiparado a éste. Para ello es preciso, ante todo, que se trate de procedimientos judiciales que se sigan por razón de actos u omisiones relacionados directa e inmediatamente con el ejercicio de sus respectivas funciones y que exista coincidencia de intereses.

Por otra parte, los Letrados ejercen también el asesoramiento jurídico de los órganos, organismos y entidades de la Comunidad de Madrid, aunque, en este caso, sin perjuicio de las funciones de otros

órganos, principalmente las Secretarías Generales Técnicas. Hay una serie de supuestos en que se ha de solicitar informe jurídico con carácter preceptivo y que taxativamente se contemplan en el artículo 4.1 de la Ley 3/1999, redactado por la Ley 24/1999, de 27 de diciembre.

Con carácter potestativo pueden solicitar cualesquiera otros informes jurídicos de los Servicios Jurídicos: el Gobierno, los Consejeros, los Viceconsejeros, los Secretarios Generales Técnicos, los Directores Generales y los titulares de los órganos de gobierno de los organismos y entidades de la Comunidad de Madrid.

Y, aparte de la emisión de informes, los Letrados de los Servicios Jurídicos pueden prestar su asesoramiento a través de la asistencia a órganos colegiados e incluso en la elaboración de decisiones administrativas o la participación en la redacción de textos normativos, si bien estas últimas funciones son habitualmente desarrolladas por las Secretarías Generales Técnicas y otros servicios técnicos.

Los Letrados de la Comunidad de Madrid son funcionarios de la misma, con una elevada preparación profesional en el ámbito jurídico, e integran un cuerpo especial en el que se ingresa a través de oposición libre entre Licenciados en Derecho.

Los Servicios Jurídicos se estructuran en un Servicio Jurídico Central, en la sede central de la Dirección General, en la que se centralizan los pleitos y juicios, salvo excepciones como IRIS, IVIMA, IMMF, y un Servicio Jurídico en cada una de las Consejerías (que, a su vez, en algunas de ellas cuenta con dependencias y letrados en distintos edificios, organismos o entidades dependientes de la Consejería), que realizan la función consultiva. Todos los Letrados de la Comunidad de Madrid están integrados en la Dirección General de los Servicios Jurídicos, sea en el Servicio Jurídico Central o en los Servicios Jurídicos en las Consejerías. En estos últimos, por su carácter de servicios comunes, las Secretarías Generales Técnicas coordinan tales servicios con los de la Consejería, como ratifica el artículo 3.3 de la Ley de Ordenación de los Servicios Jurídicos y artículo 9.2 del Decreto 273/2001.

Actualmente por Decreto 273/2001, de 20 de diciembre, la Dirección General de los Servicios Jurídicos se estructura en las siguientes unidades administrativas, con nivel orgánico de Servicio:

- Servicio Jurídico Central.
- Servicio Jurídico en la Consejería de Presidencia.
- Servicio Jurídico en la Consejería de Hacienda.
- Servicio Jurídico en la Consejería de Justicia y Administraciones Públicas.
- Servicio Jurídico en la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica.

- Servicio Jurídico en la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes.
- Servicio Jurídico en la Consejería de Educación.
- Servicio Jurídico en la Consejería de Medio Ambiente.
- Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad.
- Servicio Jurídico en la Consejería de Las Artes.
- Servicio Jurídico en la Consejería de Servicios Sociales.
- Servicio Jurídico en la Consejería de Trabajo.

Si bien dicha estructura ha sido adaptada a la nueva organización de la Administración Autonómica operada por el Decreto 61/2003, de 21 de noviembre.

II. ACTUACIONES A DESTACAR DURANTE EL AÑO 2003

Durante el año 2003, junto al trabajo diario, y al que se hará referencia en el apartado siguiente (relativo a la estadística anual de asuntos consultivos y contenciosos), se han desarrollado diversas actuaciones a destacar especialmente, bien directamente por los Servicios Jurídicos o bien por otros órganos pero en relación con los Servicios Jurídicos.

En primer lugar hay que reseñar que, durante el año 2003, no se ha producido el ingreso de ningún nuevo integrante en el Cuerpo de Letrados, si bien, de acuerdo con la Oferta de Empleo Público de la Comunidad de Madrid para el año 2003, por Orden de 1 de abril de 2003, de la Consejería de Justicia y Administraciones Públicas, se han convocado pruebas selectivas para cubrir doce plazas en el Cuerpo de Letrados, de Administración Especial, Grupo A, de la Comunidad de Madrid, lo que supone una importante aportación a los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, que se ven desbordados por el incremento de la litigiosidad debido, entre otras causas, a la transferencia de competencias del Estado a la Comunidad de Madrid. Este proceso selectivo ha comenzado el 14 de octubre de 2003.

Se han producido diversas modificaciones de las Relaciones de Puestos de Trabajo, principalmente del personal administrativo y auxiliar, dada la necesidad de funciones auxiliares en previsión de los nuevos puestos de Letrado.

En el año 2003, gracias al apoyo de las Consejerías de Presidencia y de Hacienda, así como a la colaboración de los organismos autónomos «Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid» e Informática y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid (ICM), se ha seguido publicando (en papel y a través de Internet) la *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, con tres números correspondientes al año 2003, en concreto se han editado los números 15 y 16, encontrándose en elaboración el número 17.

Dentro del ámbito del estudio del Derecho, la Dirección General de los Servicios Jurídicos, alentó la asistencia de sus Letrados a jornadas de estudio, cursos y seminarios de índole jurídica desarrollados por otras instituciones y organismos, como el curso de postgrado en Alta Dirección Pública, impartido por el Instituto Ortega y Gasset en colaboración con el IMAP, así como la adquisición de material bibliográfico (libros y revistas jurídicas) imprescindible no sólo para el estudio del Derecho sino también para el trabajo diario de los Sres. Letrados de la Comunidad de Madrid.

Finalmente destacar la vigencia del Convenio existente con la Universidad Carlos III de Madrid para la realización del Máster en Política Territorial y Urbanística por dos Letrados de la Comunidad de Madrid durante cada curso académico. Dados los resultados ampliamente satisfactorios del citado Convenio, en julio de 2002 se firmó una ampliación de su objeto a todos los Másters que desarrolle la Universidad Carlos III, siempre dentro del límite de la partida presupuestaria dotada al efecto, lo que ha permitido que durante el curso académico 2002-2003, dos Letrados cursen el Máster en Política Territorial y Urbanística y un tercer Letrado curse el Máster en Derecho de la Unión Europea. Para el curso académico 2003-2004 han accedido a esta formación de postgrado dos Letrados, matriculándose en el Máster en Política Territorial y Urbanística y en el Máster en Derecho de las Telecomunicaciones.

III. ESTADÍSTICA ANUAL DE ASUNTOS CONSULTIVOS Y CONTENCIOSOS

Como anexos I y II se acompañan a la presente memoria la estadística anual de los asuntos consultivos en los que han intervenido los Letrados de la Comunidad de Madrid y los asuntos contenciosos de nueva entrada en los Servicios Jurídicos de la Comunidad, durante el año 2003.

1. ASUNTOS CONSULTIVOS

En relación con los asuntos consultivos hay que comenzar por decir que no están todas las actuaciones en las que se hace efectivo el asesoramiento jurídico prestado por los Letrados de la Comunidad de Madrid, como asistencia a órganos como el Jurado Territorial de Expropiación, la Junta Superior de Hacienda, o las Comisiones Informativas de Reclamaciones Previas a la vía civil y/o laboral, comisiones y reuniones diversas (sólo se incluyen las mesas de contratación). Ni tampoco se incluye el asesoramiento verbal o incluso por escrito mediante notas que no constituyen, en rigor, informes jurídicos pero en

las que se ejerce también una actividad consultiva (imprescindible, por otra parte), ni la redacción de actos y disposiciones para la cual sean precisos especiales conocimientos jurídicos, principalmente procesales.

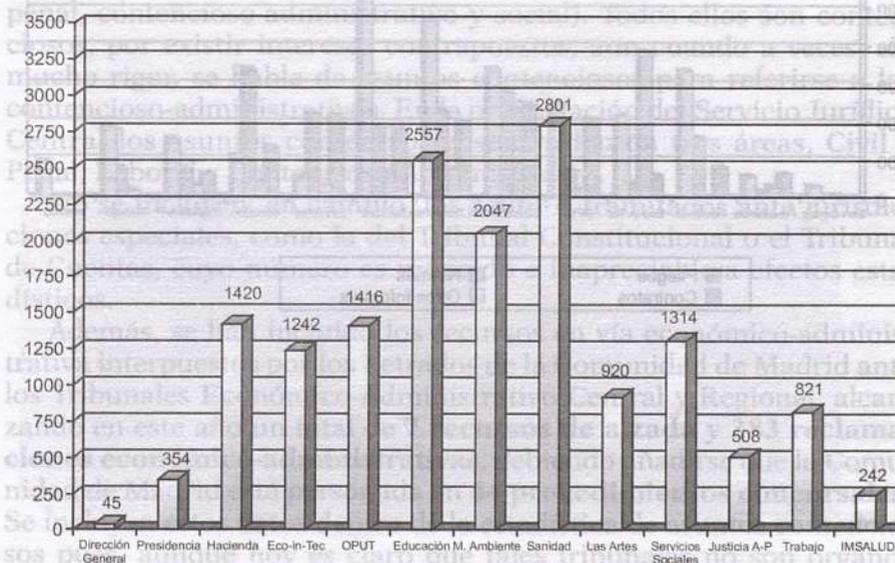
En materia consultiva, se distinguen diversas categorías: bastantes, asistencia a mesas de contratación, informes sobre devolución de fianzas e ingresos indebidos, informes sobre pliegos de cláusulas administrativas particulares, pliegos de general aplicación y pliegos tipo, informes sobre contratos y convenios, informes de normas: proyectos de Ley y Decretos, acuerdos de Consejo de Gobierno y otros informes. Asimismo, se diferencia entre las actuaciones del Director General y los distintos Servicios Jurídicos en las diferentes Consejerías. Las actuaciones de los letrados ubicados en el IVIMA y en el IRIS figuran dentro de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes. Entre los que no se incluyen los informes preceptivos relativos al ejercicio de acciones que se evacúan por la Dirección General de los Servicios Jurídicos.

Con estos parámetros encontramos **un total de 15.687 actuaciones consultivas realizadas durante el año 2003, un 3,12 % menos que en el año 2002**. Los datos que se ofrecen se plasman en gráficos que, además de ofrecer una visión global, desglosan por Consejerías y por actividades la actuación consultiva.

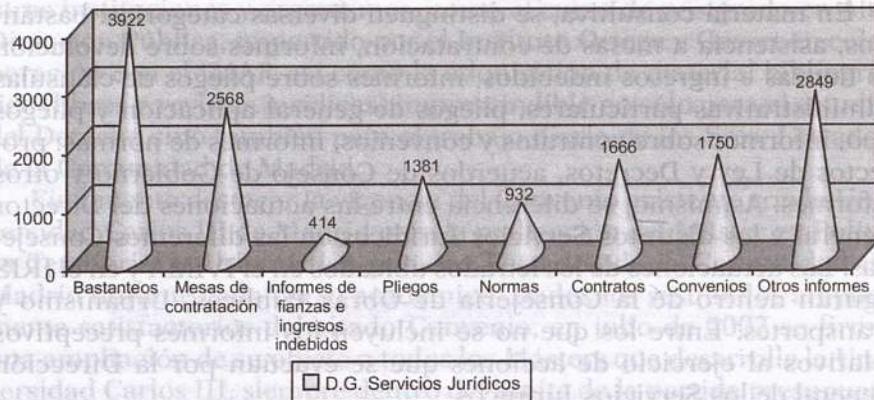
Estadística Asuntos Consultivos

por Consejerías.

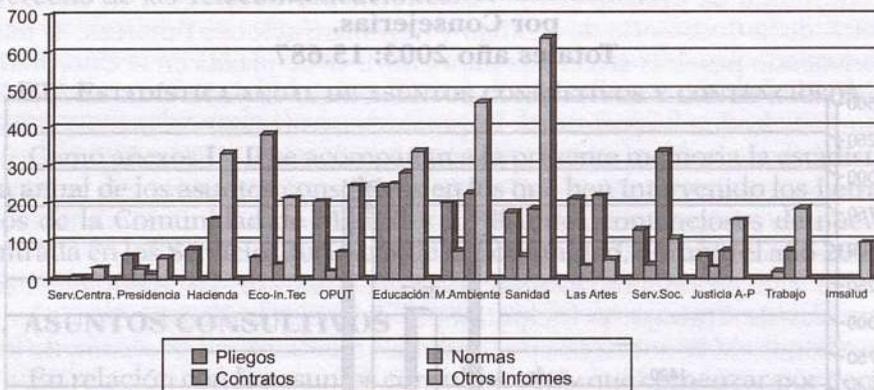
Totales año 2003: 15.687



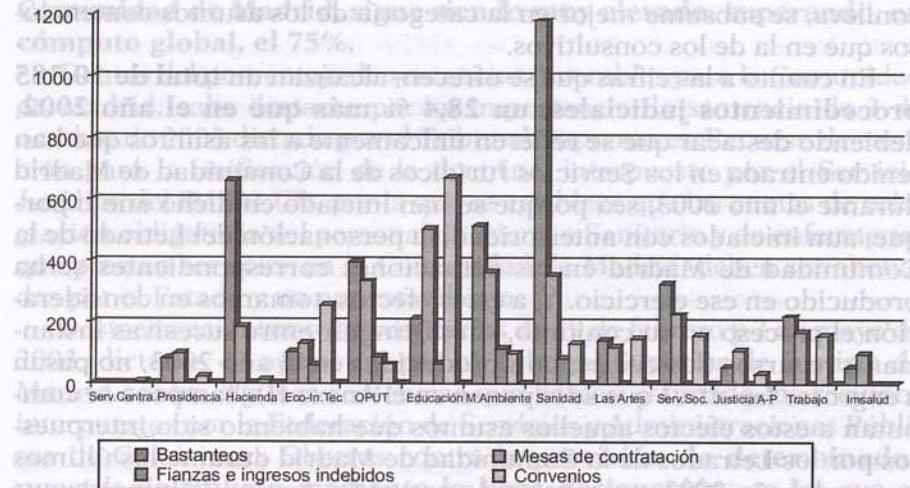
Desglosado por Actividades.
Totales año 2003



Desglosado por Consejerías (I)



Desglosado por Consejerías (II)



2. ASUNTOS CONTENCIOSOS

Los asuntos contenciosos incluyen las actuaciones ante los juzgados y tribunales de justicia de todos los órdenes jurisdiccionales (civil, penal, contencioso-administrativo y social). Todos ellos son contenciosos, por existir intereses contrapuestos, aun cuando a veces, sin mucho rigor, se hable de asuntos contenciosos para referirse a los contencioso-administrativos. En la organización del Servicio Jurídico Central los asuntos contenciosos se dividen en tres áreas, Civil y Penal, Laboral y Contencioso-Administrativo.

No se incluyen, en cambio, los asuntos tramitados ante jurisdicciones especiales, como la del Tribunal Constitucional o el Tribunal de Cuentas, cuyo número es reducido e inapreciable a efectos estadísticos.

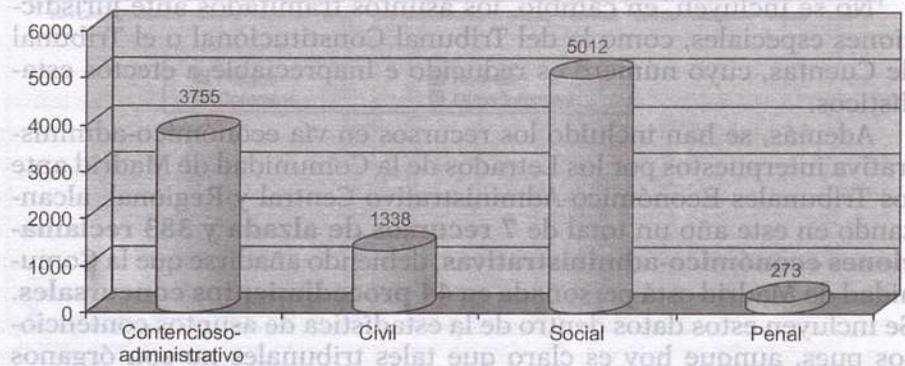
Además, se han incluido los recursos en vía económico-administrativa interpuestos por los Letrados de la Comunidad de Madrid ante los Tribunales Económico-Administrativo Central y Regional, alcanzando en este año un total de **7 recursos de alzada y 383 reclamaciones económico-administrativas**, debiendo añadirse que la Comunidad de Madrid está personada en **44 procedimientos concursales**. Se incluyen estos datos dentro de la estadística de asuntos contenciosos pues, aunque hoy es claro que tales tribunales no son órganos

jurisdiccionales sino administrativos, ejercen una función cuasijurisdiccional y la preparación de tales recursos, por razón del trabajo que conlleva, se subsume mejor en la categoría de los asuntos contenciosos que en la de los consultivos.

En cuanto a las cifras que se ofrecen, alcanzan un **total de 10.385 procedimientos judiciales, un 28,4 % más que en el año 2002**, debiendo destacar que se refieren únicamente a los asuntos que han tenido entrada en los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid durante el año 2003, sea porque se han iniciado en dicho año o porque, aun iniciados con anterioridad, la personación del Letrado de la Comunidad de Madrid en las actuaciones correspondientes se ha producido en ese ejercicio. Y, a estos efectos, tomamos en consideración el proceso en su conjunto, sin distinguir entre sucesivas instancias o recursos (las cuales, aun producidas en el año 2003, no pasan a engrosar las cifras que se exponen en el Anexo II). Tampoco se computan a estos efectos aquellos asuntos que habiendo sido interpuestos por los Letrados de la Comunidad de Madrid durante los últimos meses del año 2003, no hayan sido proveídos por los Tribunales, que serán tenidos en cuenta en el ejercicio 2004, ascendiendo dichos asuntos a 400.

Por tanto, debido a la larga duración de los procesos (incluyendo primeras o únicas instancias y recursos sucesivos), el volumen de pleitos, causas, recursos y juicios en los que actúan los Letrados de la Comunidad de Madrid, cumulativamente, es muy superior al reflejado.

Memoria 2003
Total procedimientos judiciales
Año 2003: 10.378



Por lo demás, **el porcentaje de sentencias favorables para los intereses cuya postulación tienen atribuidos los Letrados de la Comunidad de Madrid, sigue siendo muy elevado, superando, en cómputo global, el 75%.**

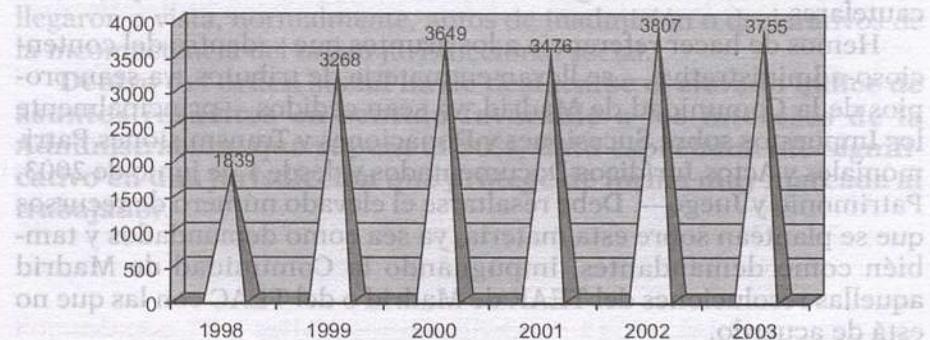
Dentro del porcentaje de sentencias favorables para la Comunidad de Madrid, cabe destacar por su importancia, la sentencia de 3 de octubre de 2003 dictada por el Tribunal Supremo en Recurso de casación para la unificación de la doctrina, interpuesto por el Servicio Jurídico del IMSALUD, por la que se establece que las cuotas de colegiación obligatoria del personal de Técnico Sanitario y de enfermería, que prestan servicios en la Comunidad de Madrid, deben ser abonadas por el Estado y no por esta última.

Destacan así mismo las sentencias de 19 de febrero y 7 de mayo de 2003, dictadas en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid contra algunas sentencias que habían estimado los recursos interpuestos por la Federación de Servicios y Administraciones Públicas de Comisiones Obreras contra la **provisión de determinados puestos de trabajo mediante la libre designación**, en las que se estiman los recursos de apelación interpuestos por la Comunidad de Madrid.

Entrando ya en los datos concretos que se han recopilado, hemos de separarlos por órdenes jurisdiccionales.

2.1. Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo

Memoria 2002
Evolución del orden contencioso-administrativo
Años 1998-2003



Dentro del total de actuaciones judiciales cabe destacar la predominancia del orden jurisdiccional Contencioso-administrativo, con un total de **3.755 procedimientos contencioso-administrativos iniciados en este año 2003.**

A 31 de diciembre de 2003 se han notificado 2.842 sentencias, de las cuales, el 75,9% se han resuelto en sentido favorable a los intereses de la Comunidad de Madrid y un 24,1% en sentido desfavorable.

Este número de procedimientos nuevos no es indicativo del total de actuaciones judiciales realizadas, pues un solo procedimiento conlleva varios trámites sucesivos: (demanda/contestación a la demanda, prueba y conclusiones, tasación/impugnación de costas judiciales, e incidentes como el relativo a la adopción de medidas cautelares, dentro del que destaca la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo impugnado) y puede comprender varias actuaciones orales ante el órgano judicial que tramita el procedimiento: vista, práctica de pruebas y ratificación o aclaración de las realizadas, conclusiones orales, vista relativa al incidente de impugnación de costas...

Tampoco se recogen dentro de los 3.755 asuntos nuevos, los recursos de súplica, apelación o casación interpuestos por los Letrados de la Comunidad de Madrid.

El elevado número de los recursos contencioso-administrativos se debe, sobre todo, a la ampliación del ámbito de competencias y de actuaciones de la Administración autonómica. Conforme la Comunidad de Madrid va asumiendo competencias en diversos ámbitos, se produce, lógicamente, un incremento de los recursos contencioso-administrativos. En segundo lugar, también cabe considerar una mayor litigiosidad surgida con ocasión de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, que facilita al ciudadano la impugnación del actuar administrativo, a través de la creación de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, la existencia de un procedimiento abreviado o una regulación más generosa de las medidas cautelares.

Hemos de hacer referencia a los asuntos que —dentro del contencioso-administrativo— se llevan en materia de tributos, ya sean propios de la Comunidad de Madrid, ya sean cedidos —principalmente los Impuestos sobre Sucesiones y Donaciones y Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y desde 1 de junio de 2003, Patrimonio y Juego—. Debe resaltarse el elevado número de recursos que se plantean sobre esta materia, ya sea como demandados y también como demandantes, impugnando la Comunidad de Madrid aquellas resoluciones del TEAR de Madrid o del TEAC con las que no está de acuerdo.

Además, junto los recursos en los que se podría decir que se representa a la Comunidad de Madrid, Dirección General de Tributos, existen otros recursos en los que se asume la representación de organismos como, por ejemplo, el IVIMA, en los que se impugnan actos de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (sobre todo en materia del I.V.A) o de los Ayuntamientos.

Desde el 1 de enero de 2003, en materia tributaria se han iniciado **457 procedimientos contencioso-administrativos**, ya sea como recurrentes o como demandados.

Se han notificado un total de **726 sentencias**, de las cuales **606** han sido favorables a los intereses de la Comunidad de Madrid y **118** desfavorables, resultando un **83,47%** de resultados favorables.

2.2. Orden Jurisdiccional Social

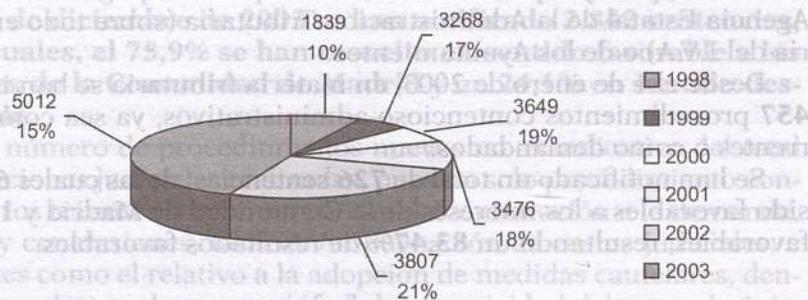
En cuanto a los procedimientos ante el orden social se ha mantenido el número de pleitos respecto al año 2002, en el que se produjo un incremento del 134% con relación al año 2001, debiendo recordar que del año 2000 al 2001 los pleitos sociales se incrementaron en un 70 %. En el año 2003, a fecha **31 de diciembre encontramos un total de 5.012 procedimientos laborales nuevos registrados, con lo que se supera el número de asuntos sociales respecto al año 2002.**

Resaltar que de los 5.012 procedimientos laborales nuevos, 1.872 se han seguido por los letrados del IMSALUD.

Al igual que en el resto de órdenes jurisdiccionales este número siempre es inferior al de los trámites en que los Letrados intervienen, de forma que, durante el año 2003, a los citados 5.012 recursos nuevos hay que añadir los asuntos fuera de registro informático, que no llegaron a vista, normalmente, autos de inadmisión o declarativos de la incompetencia del orden jurisdiccional social.

Dentro del orden social ha de destacarse el elevado índice de asuntos resueltos en sentido favorable a los intereses de la Administración, que supera el 50%, dato especialmente significativo en una jurisdicción que protege de forma muy marcada al trabajador.

Memoria 2003
Evolución del orden social
Años 1998-2003



2.3. Órdenes Jurisdiccionales Civil y Penal

Se han incrementado, también de forma notable, los procesos civiles y penales, manteniendo unas cifras similares a las del orden jurisdiccional social. Durante el año 2003 se dieron de alta un total de **1.338 procedimientos civiles y 256 penales**, pudiendo desglosarlos como sigue:

- En el Servicio Jurídico Central: 24 procedimientos judiciales civiles y 73 penales, a lo que habría que añadir 430 impugnaciones de resoluciones de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, 392 ante el orden civil y 38 ante el orden penal.
- En el Servicio Jurídico de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes y en concreto en el IVIMA: **649 procedimientos civiles y 92 penales**. Los Letrados destinados en el IVIMA han asistido a un total de **517 vistas judiciales orales**.
- En el Servicio Jurídico de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes y en concreto en el IRIS: **239 procedimientos judiciales civiles y 2 penales**. La Letrada destinada en el IRIS ha asistido a un total de **145 vistas judiciales orales**.
- En el Instituto Madrileño del Menor y la Familia: **17 procedimientos judiciales civiles, 14 penales y 5 piezas de responsabilidad civil**.
- En el IMSALUD, **12 procedimientos civiles y 37 penales**.

Entre los procesos civiles existen diversos procedimientos de responsabilidad extracontractual, de extinción de fundaciones, así como pleitos singulares, junto a un elevado número de juicios de desahucio de viviendas propiedad de la Comunidad de Madrid, fundamentalmente del IVIMA y del IRIS, como parte de las actuaciones llevadas a cabo para regularizar el pago y evitar la morosidad en los arrendamientos de viviendas propiedad de estos organismos.

En el año 2003 cabe destacar en relación con el IRIS el desmantelamiento del barrio de tipología especial de «Las Liebres» en el distrito de Fuencarral, y el consiguiente realojo de esas familias en viviendas de altura en la Comunidad de Madrid.

En el ámbito penal, los procedimientos se han venido refiriendo, principalmente, a tres órdenes de supuestos: asuntos en los que sea parte un empleado público (sea en posición pasiva o en posición activa), asuntos referentes a menores tutelados por la Administración autonómica y ocupaciones ilegales. Desde el año 2001 se han visto notablemente incrementados debido a la asunción de la defensa del personal docente tras el traspaso de competencias en la materia. Con una única excepción, pendiente de confirmación por la Audiencia Provincial, en todos los procedimientos penales en que se ventilaban acusaciones dirigidas contra maestros se ha logrado la absolución o sobreseimiento, ya sea en primera instancia o en vía de recurso.

Personación en los supuestos más graves de violencia doméstica:

Cabe destacar especialmente la personación de la Comunidad de Madrid en los supuestos más graves de violencia doméstica ocurridos en nuestra Comunidad mediante el ejercicio de la acción popular. El Letrado de la Comunidad de Madrid asume un papel de activo protagonismo en la averiguación y futura punición del delito, participando en la instrucción, solicitando medidas cautelares en orden a la protección de la víctima y aseguramiento del castigo del culpable, proponiendo las pruebas necesarias para garantizar la acusación y solicitando la pena que corresponda en el juicio oral.

Por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, de 6 de septiembre de 2001, se aprueba el Programa de Acciones contra la violencia de género de la Comunidad de Madrid 2001-2004, en cuya Área 3 «Medidas de cooperación y coordinación social e institucional» se fija como objetivo el potenciar la cooperación y la coordinación institucional y social, contando con el «Ejercicio de la Acción Popular por parte de la Administración autonómica en los casos más

graves de violencia de género producidos en el territorio madrileño, cuando el interés público así lo aconseje», siendo organismo implicado la Consejería de Presidencia a través de la Dirección General de los Servicios Jurídicos.

El preámbulo de tal Acuerdo expresa que:

«El fenómeno de la violencia doméstica que afecta principalmente a las mujeres, constituye un problema social de primera magnitud, siendo tarea de todos los poderes públicos actuar con decisión y responsabilidad dentro del ámbito de sus competencias. La violencia contra la mujer es un asunto que se intenta atajar desde el ámbito internacional, comunitario, nacional y autonómico.»

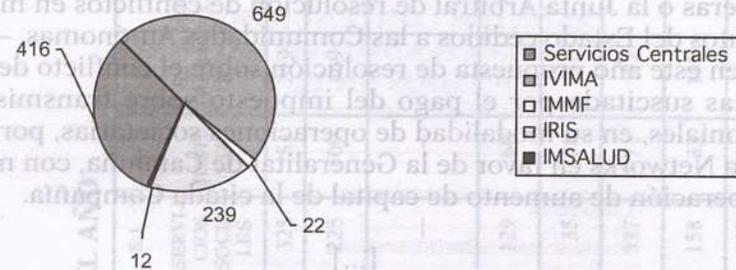
A través de la acción popular, la Comunidad de Madrid, por medio de sus Servicios Jurídicos, puede tener una participación plena en la causa, tanto en la fase de instrucción, tomando parte en las diligencias de investigación y solicitando medidas cautelares sobre la persona responsable, como en el juicio oral, en el que se puede ejercitar la acusación solicitando la condena correspondiente de quien aparezca como culpable.

La Dirección General de los Servicios Jurídicos, en ejecución del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 6 de septiembre de 2001, que aprobó el Programa de Acciones contra la violencia de género de la Comunidad de Madrid para los años 2001 a 2004, incluyendo entre las actuaciones a promover la personación de la Administración Autónoma, a través de sus Servicios Jurídicos, en los casos más graves de violencia de género producidos en el territorio madrileño, se ha personado en el presente año en el único caso de fallecimiento como consecuencia de un acto de violencia doméstica en nuestra Comunidad Autónoma. Ello supone una disminución de las actuaciones ante los Tribunales de Justicia en casos semejantes con respecto a años anteriores, que hay que achacar a la fortuna de que no se hayan producido más asesinatos por dicha causa en nuestra región.

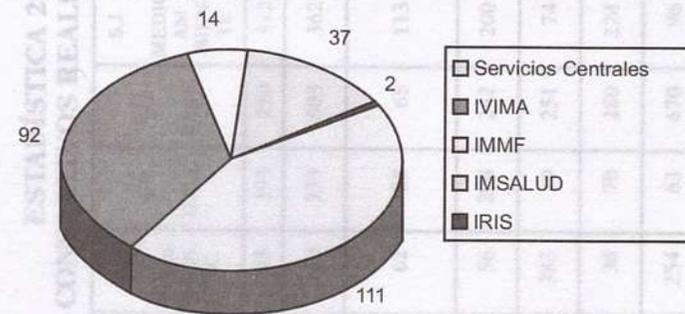
En cuanto a los procedimientos en que la Comunidad de Madrid se había personado en años precedentes, durante el año 2003 se ha celebrado el juicio oral y se han sentenciado tres de ellos, en todos los casos con exitosa participación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

[...]

Civil 2003
Total de Procedimientos Civiles
Año 2003: 1.338



Penal 2003
Total de Procedimientos Penales
Año 2003: 256



3. OTROS ASUNTOS

Junto al grueso fundamental de asuntos consultivos y contenciosos han de destacarse otro tipo de actuaciones realizadas por los Letrados de la Comunidad de Madrid que no pueden desconocerse como su intervención, normalmente en calidad de Vocales, en órganos como la Junta Superior de Hacienda o el Jurado Territorial de Expropiación Forzosa, a lo que puede añadirse la intervención de la Directora General en la Comisión de Urbanismo, la Comisión de Seguimiento y Desarrollo para el Plan Estratégico de Simplificación de la Gestión Administrativa, la Comisión Bilateral de Cooperación, la

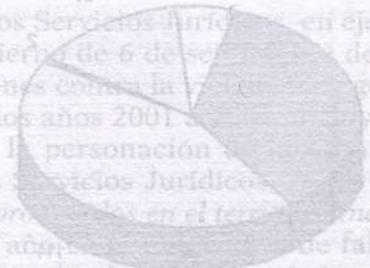
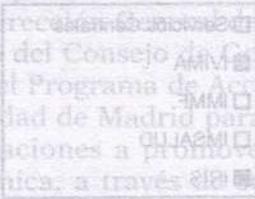
Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación, el Consejo de Administración del Instituto Regional de Arbitraje de Consumo, el Consejo Asesor de Asuntos Europeos, el Consejo de Protección de Datos, el Consejo para la promoción de la accesibilidad y supresión de barreras o la Junta Arbitral de resolución de conflictos en materia de tributos del Estado cedidos a las Comunidades Autónomas, —emitiendo en este año propuesta de resolución sobre el conflicto de competencias suscitado por el pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales, en su modalidad de operaciones societarias, por parte de Terra Networks en favor de la Generalitat de Cataluña, con motivo de la operación de aumento de capital de la citada Compañía.

[...]

Madrid, 5 de noviembre de 2003.

LA DIRECTORA GENERAL:

Fdo: Rosario López Ródenas



La Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, en ejecución del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 6 de septiembre de 2001, que aprobó el Programa de Acciones contra la violencia de género de la Comunidad de Madrid para los años 2001 y 2002, y en cumplimiento de las actuaciones a realizar por la Administración Autonómica, a través de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, se ha personado en el presente año, en el territorio madrileño, en casos más graves de violencia de género por parte de la mujer, en el territorio de la Comunidad Autónoma. Ello supone una disminución de las actuaciones ante los Tribunales de Justicia en casos semejantes con respecto a años anteriores, que hay que achacar a la fortuna de que no se hayan producido más asesinatos por dicha causa en nuestra región.

ANEXO I

ESTADÍSTICA 2003
ASUNTOS CONSULTIVOS REALIZADOS EN EL AÑO

	DTOR. GRAL. S.J. CENTRAL	S.J. PRESID.	S.J. HACIENDA	S.J. ECON. E INN. TEC.	S.J. O.U.T.	S.J. EDUC.	S.J. MEDIO AMBIENTE	S.J. SANIDAD.	S.J. ARTES	S.J. SERVICIOS SOCIALES	S.J. JUSTICIA	S.J. TRABAJO	IMSALUD	Total DGSJ
Bastanteos	—	83	659	105	393	210	512	1.181	142	325	53	219	53	3.935
Mesas de contratación	—	97	184	130	333	503	362	353	119	225	109	169	96	2.680
Informes de devolución de fianzas e ingresos indebidos	—	—	—	62	88	65	113	83	—	—	—	—	—	411
Informes de pliegos	—	61	77	56	204	242	200	175	210	129	60	—	—	1.414
Informes de normas	5	27	—	383	19	251	74	58	33	35	28	18	—	931
Informes de contratos	3	11	158	38	70	280	224	182	218	337	71	72	—	1.664
Informes de convenios	8	21	12	254	63	670	96	131	148	158	33	159	—	1.753
Otros informes	29	54	330	214	246	336	466	638	50	105	154	184	93	2.899
Total asuntos consultivos	45	354	1.420	1.242	1.416	2.557	2.047	2.801	920	1.314	508	821	242	15.687

ANEXO II

ESTADÍSTICA 2003
ASUNTOS CONTENCIOSOS Y
ECONÓMICO-ADMINISTRATIVOS
INICIADOS EN EL AÑO

Civiles	1.338
Penales	273
Laborales	5.012
Contencioso-Administrativos	3.842
Económico-Administrativos	383
Total asuntos contenciosos	10.848

contenciosos	42	324	1.450	1.545	1.419	3.221	3.041	5.801	630	1314
Contenciosos	56	24	330	314	349	339	469	638	20	102
Contenciosos	8	51	15	524	03	630	66	131	148	128
Contenciosos	3	11	128	39	10	380	534	185		
Contenciosos	2	51	—	383	16	371	14	28		
Contenciosos	—	91	11	28	504	545	500	152		
Contenciosos	—	—	—	93	88	92	113	83		
Contenciosos	—	61	184	130	333	203	305	329		
Contenciosos	—	83	628	102	363	510	215	1.180		
Contenciosos	144	210	64	130	611	271	271	271		
Contenciosos	21	658	114	130	611	271	271	271		
Contenciosos	21	21	21	21	21	21	21	21		

VISIONES CONCEPTUALES REVISADAS EN EL VIBO
 ESTADÍSTICA 2003
 ANEXO I

