



Revista Jurídica de la **Comunidad de Madrid**

N.º 25
Enero-
Junio
2007



Revista JURÍDICA *de la* Comunidad de Madrid

N.º 25 Enero-Junio

Año 2007

Estudios

Responsabilidad Patrimonial en materia de urbanismo tras la nueva Ley del Suelo de 2007, por *Francisco García Gómez de Mercado*

El Estatuto Básico del Empleado Público y el personal de Administración y Servicios de las Universidades Públicas, por *José Luis Gómara Hernández*.

Naturaleza y alcance en el nuevo IRPF de las rentas exentas susceptibles de ser percibidas por las personas discapacitadas. Su análisis a la luz de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, por *Juan Calvo Vérguez*.

La Red Supramunicipal de Viviendas de la Comunidad de Madrid: Naturaleza y posibles fórmulas de construcción y explotación, por *Laura Cebrián Herránz*.

Los privilegios Procesales del Estado, por *Dolores Vargas Sánchez*.

Los Derechos de los Pacientes en la Comunidad de Madrid, por *Luis Sarrato Martínez*.

Comentarios

La Ley Estatal de Publicidad y Comunicación Institucional: análisis de algunos aspectos interesantes, por *Paloma Sanz Baos*.

Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, por *Eduardo Díaz Abellán*.

Leyes y Decretos de la Comunidad de Madrid.
Primer y Segundo trimestre 2007

R1395

18 DIC 2007



REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

N.º 25. Enero-Junio 2007

Director:

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

Subdirector:

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

Edita:

Vicepresidencia Primera y Portavocía del Gobierno
 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.madrid.org>

Puede accederse a ella dentro de «Vicepresidencia Primera y Portavocía del Gobierno» o, directamente, en
http://www.madrid.org/revista_juridica

Y en Intranet

http://infomadrid/revista_juridica

Tirada: 780 ejemplares
 Edición: 08/07
 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.

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.

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.

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.

Comentarios

La Ley Estatal de Publicidad y Comunicación Institucional: análisis de algunos aspectos internacionales (Paloma SANZ BADO) 219

Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social (Eduardo DÍAZ ABELLÁN) 235

Leyes y Decretos de la Comunidad de Madrid. Primer y Segundo trimestre 2007 243

Redacción:

Los trabajos que se publican en la Revista Jurídica deben ser originales y no haber sido publicados anteriormente en ninguna otra revista o periódico. La responsabilidad de la veracidad de los datos y de la exactitud de los hechos que se exponen en los trabajos es de los autores. Los trabajos que se publican en la Revista Jurídica deben ser originales y no haber sido publicados anteriormente en ninguna otra revista o periódico. La responsabilidad de la veracidad de los datos y de la exactitud de los hechos que se exponen en los trabajos es de los autores.

Los trabajos que se publican en la Revista Jurídica deben ser originales y no haber sido publicados anteriormente en ninguna otra revista o periódico. La responsabilidad de la veracidad de los datos y de la exactitud de los hechos que se exponen en los trabajos es de los autores.

Los trabajos que se publican en la Revista Jurídica deben ser originales y no haber sido publicados anteriormente en ninguna otra revista o periódico. La responsabilidad de la veracidad de los datos y de la exactitud de los hechos que se exponen en los trabajos es de los autores.

Los trabajos que se publican en la Revista Jurídica deben ser originales y no haber sido publicados anteriormente en ninguna otra revista o periódico. La responsabilidad de la veracidad de los datos y de la exactitud de los hechos que se exponen en los trabajos es de los autores.

Los trabajos que se publican en la Revista Jurídica deben ser originales y no haber sido publicados anteriormente en ninguna otra revista o periódico. La responsabilidad de la veracidad de los datos y de la exactitud de los hechos que se exponen en los trabajos es de los autores.

Los trabajos que se publican en la Revista Jurídica deben ser originales y no haber sido publicados anteriormente en ninguna otra revista o periódico. La responsabilidad de la veracidad de los datos y de la exactitud de los hechos que se exponen en los trabajos es de los autores.

Los trabajos que se publican en la Revista Jurídica deben ser originales y no haber sido publicados anteriormente en ninguna otra revista o periódico. La responsabilidad de la veracidad de los datos y de la exactitud de los hechos que se exponen en los trabajos es de los autores.

Los trabajos que se publican en la Revista Jurídica deben ser originales y no haber sido publicados anteriormente en ninguna otra revista o periódico. La responsabilidad de la veracidad de los datos y de la exactitud de los hechos que se exponen en los trabajos es de los autores.

Los trabajos que se publican en la Revista Jurídica deben ser originales y no haber sido publicados anteriormente en ninguna otra revista o periódico. La responsabilidad de la veracidad de los datos y de la exactitud de los hechos que se exponen en los trabajos es de los autores.

Los trabajos que se publican en la Revista Jurídica deben ser originales y no haber sido publicados anteriormente en ninguna otra revista o periódico. La responsabilidad de la veracidad de los datos y de la exactitud de los hechos que se exponen en los trabajos es de los autores.

Los trabajos que se publican en la Revista Jurídica deben ser originales y no haber sido publicados anteriormente en ninguna otra revista o periódico. La responsabilidad de la veracidad de los datos y de la exactitud de los hechos que se exponen en los trabajos es de los autores.

Los trabajos que se publican en la Revista Jurídica deben ser originales y no haber sido publicados anteriormente en ninguna otra revista o periódico. La responsabilidad de la veracidad de los datos y de la exactitud de los hechos que se exponen en los trabajos es de los autores.

Los trabajos que se publican en la Revista Jurídica deben ser originales y no haber sido publicados anteriormente en ninguna otra revista o periódico. La responsabilidad de la veracidad de los datos y de la exactitud de los hechos que se exponen en los trabajos es de los autores.

Los trabajos que se publican en la Revista Jurídica deben ser originales y no haber sido publicados anteriormente en ninguna otra revista o periódico. La responsabilidad de la veracidad de los datos y de la exactitud de los hechos que se exponen en los trabajos es de los autores.

Los trabajos que se publican en la Revista Jurídica deben ser originales y no haber sido publicados anteriormente en ninguna otra revista o periódico. La responsabilidad de la veracidad de los datos y de la exactitud de los hechos que se exponen en los trabajos es de los autores.

Los trabajos que se publican en la Revista Jurídica deben ser originales y no haber sido publicados anteriormente en ninguna otra revista o periódico. La responsabilidad de la veracidad de los datos y de la exactitud de los hechos que se exponen en los trabajos es de los autores.

Los trabajos que se publican en la Revista Jurídica deben ser originales y no haber sido publicados anteriormente en ninguna otra revista o periódico. La responsabilidad de la veracidad de los datos y de la exactitud de los hechos que se exponen en los trabajos es de los autores.

Los trabajos que se publican en la Revista Jurídica deben ser originales y no haber sido publicados anteriormente en ninguna otra revista o periódico. La responsabilidad de la veracidad de los datos y de la exactitud de los hechos que se exponen en los trabajos es de los autores.

Los trabajos que se publican en la Revista Jurídica deben ser originales y no haber sido publicados anteriormente en ninguna otra revista o periódico. La responsabilidad de la veracidad de los datos y de la exactitud de los hechos que se exponen en los trabajos es de los autores.

Los trabajos que se publican en la Revista Jurídica deben ser originales y no haber sido publicados anteriormente en ninguna otra revista o periódico. La responsabilidad de la veracidad de los datos y de la exactitud de los hechos que se exponen en los trabajos es de los autores.

Los trabajos que se publican en la Revista Jurídica deben ser originales y no haber sido publicados anteriormente en ninguna otra revista o periódico. La responsabilidad de la veracidad de los datos y de la exactitud de los hechos que se exponen en los trabajos es de los autores.

Los trabajos que se publican en la Revista Jurídica deben ser originales y no haber sido publicados anteriormente en ninguna otra revista o periódico. La responsabilidad de la veracidad de los datos y de la exactitud de los hechos que se exponen en los trabajos es de los autores.

Los trabajos que se publican en la Revista Jurídica deben ser originales y no haber sido publicados anteriormente en ninguna otra revista o periódico. La responsabilidad de la veracidad de los datos y de la exactitud de los hechos que se exponen en los trabajos es de los autores.

Los trabajos que se publican en la Revista Jurídica deben ser originales y no haber sido publicados anteriormente en ninguna otra revista o periódico. La responsabilidad de la veracidad de los datos y de la exactitud de los hechos que se exponen en los trabajos es de los autores.

Los trabajos que se publican en la Revista Jurídica deben ser originales y no haber sido publicados anteriormente en ninguna otra revista o periódico. La responsabilidad de la veracidad de los datos y de la exactitud de los hechos que se exponen en los trabajos es de los autores.

Los trabajos que se publican en la Revista Jurídica deben ser originales y no haber sido publicados anteriormente en ninguna otra revista o periódico. La responsabilidad de la veracidad de los datos y de la exactitud de los hechos que se exponen en los trabajos es de los autores.

Los trabajos que se publican en la Revista Jurídica deben ser originales y no haber sido publicados anteriormente en ninguna otra revista o periódico. La responsabilidad de la veracidad de los datos y de la exactitud de los hechos que se exponen en los trabajos es de los autores.

Estudios

Responsabilidad Patrimonial en materia de urbanismo tras la nueva Ley del Suelo de 2007 (Francisco GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO)..... 9

El Estatuto Básico del Empleado Público y el Personal de Administración y Servicios de las Universidades Públicas (José Luis GÓMARA HERNÁNDEZ) 67

Naturaleza y alcance en el nuevo IRPF de las rentas exentas susceptibles de ser percibidas por las personas discapacitadas. Su análisis a la luz de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre (Juan CALVO VÉRGEZ)..... 95

La Red Supramunicipal de Viviendas de la Comunidad de Madrid: Naturaleza y posibles fórmulas de construcción y explotación (Laura CEBRIÁN HERRÁNZ) 145

Los Privilegios Procesales del Estado (Dolores VARGAS SÁNCHEZ) 165

Los Derechos de los Pacientes en la Comunidad de Madrid (Luis SARRATO MARTÍNEZ) 197

Comentarios

La Ley Estatal de Publicidad y Comunicación Institucional: análisis de algunos aspectos interesantes (Paloma SANZ BAOS)..... 219

Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social (Eduardo DÍAZ ABELLÁN)..... 235

Leyes y Decretos de la Comunidad de Madrid. Primer y Segundo trimestre 2007 243

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN MATERIA DE URBANISMO TRAS LA NUEVA LEY DEL SUELO DE 2007

POR
FRANCISCO GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO
ABOGADO
DOCTOR EN DERECHO
ABOGADO DEL ESTADO EXCLENTE

Sumario: 1. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN URBANÍSTICA: REGULACIÓN. 2. EL PRINCIPIO DE NO INDEMNIZACIÓN POR LA DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO DE PROPIEDAD: RÉGIMEN ESTATUTARIO DE LA PROPIEDAD PRIVADA. 3. LA ALTERACIÓN DE CONDICIONES COMO SUPUESTO INDEMNIZATORIO. 3.1. Planteamiento. 3.2. Cambio en la ordenación o del acto o negocio de adjudicación. 3.2.1. Cambio en la ordenación. 3.2.2. Cambio en el acto o negocio de adjudicación. 3.3. Cambio de condiciones. 3.4. Exclusión de las situaciones de fuera de ordenación. 3.5. Plazos no agotados o demora de la Administración. 3.6. Legitimación. 3.7. Fecha a efectos de prescripción y valoración. 4. LAS LIMITACIONES SINGULARES COMO SUPUESTO INDEMNIZATORIO. 4.1. Planteamiento. 4.2. Requisitos y supuestos. 4.3. Conservación de edificios. 4.4. Restricciones de edificabilidad o uso. 5. INDEMNIZACIÓN DE LA FACULTAD DE PARTICIPAR EN ACTUACIONES DE NUEVA URBANIZACIÓN. 5.1. Planteamiento. 5.2. Requisitos. 5.3. Indemnización. 6. INDEMNIZACIÓN DE LA INICIATIVA Y LA PROMOCIÓN DE ACTUACIONES DE URBANIZACIÓN O DE EDIFICACIÓN. 6.1. Gastos y coste a indemnizar. 6.2. Indemnización en caso de actuaciones iniciadas. 6.3. Reglas especiales. 6.3.1. Retribución del promotor en dinero. 6.3.2. Propietarios incumplidores. 7. MODIFICACIÓN O EXTINCIÓN DE LICENCIAS. 7.1. Planteamiento. 7.2. Requisitos. 7.3. Procedimiento. 7.4. Indemnización. 8. ANULACIÓN, DEMORA INJUSTIFICADA O DENEGACIÓN IMPROCEDENTE DE LICENCIAS. 8.1. Planteamiento. 8.2. Excepción: culpa del perjudicado. 8.3. Anulación de licencias. 8.4. Demora injustificada. 8.5. Denegación improcedente. 9. OTRAS INDEMNIZACIONES. 9.1. Planteamiento. 9.2. Otros supuestos indemnizatorios sobre licencias. 9.3. Demora en instrumentos de ordenación o ejecución. 9.4. Otros casos.

1. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN URBANÍSTICA: REGULACIÓN

La regulación general de la responsabilidad patrimonial de la Administración es completada, en cuanto a las Administraciones urbanísticas se refiere, por el artículo 30 de la nueva Ley del Suelo de 28 de mayo de 2007 (LS), bajo la rúbrica de «supuestos indemnizatorios», en sustitución de los artículos 41 y ss. de la Ley del Suelo y Valoraciones, de 13 de abril de 1998 (LSV)¹

¹ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley sobre régimen del Suelo y Valoraciones*, Ed. Civitas, págs. 703 y ss.; GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, «La responsabilidad patrimonial de la Administración: especial consideración del ámbito urbanístico», *Revista de*

Esta normativa cumple el papel de «especificación del principio general de responsabilidad patrimonial reconocido constitucionalmente en el artículo 106.2 CE, ... singularización que debe entenderse en el sentido de precisión de dicho régimen» general (STS 15-2-1994, Ar. 1448; 6-7-1995, Ar. 5527; y 31-1-1997, Ar. 275). Por ello, en lo no previsto, serán de aplicación las reglas generales de los artículos 106.2 CE y 139 y ss. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (LAP), así como el Reglamento de Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto de 26 de marzo de 1993 (RPRP).

Así, GONZÁLEZ PÉREZ² apunta que «cualquiera que sea, por tanto, la manifestación de la actuación administrativa en el ámbito urbanístico, si concurren los requisitos generales de la LAP nacerá la responsabilidad de la Administración pública a la que pueda imputarse el daño patrimonial que los administrados no tengan el deber de soportar».

La competencia estatal respecto del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración viene establecida en el art. 149.1.18 de la Constitución.

En particular, en relación con el urbanismo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997 (que declaró la inconstitucionalidad parcial del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992) confirmó la constitucionalidad de los preceptos relativos a la responsabilidad de la Administración urbanística, aunque sin un criterio claro. Así, en su fundamento jurídico trigésimo tercero comienza por justificar la competencia estatal en el carácter básico de los preceptos (cuando, como hemos visto, al Estado corresponde el sistema, no las bases). Dice así: «la nota de generalidad de estos preceptos responde a la estructura de una regulación básica que se resuelve en contenidos mínimos o incompletos según los casos, susceptibles de desarrollos diversos».

CHINCHILLA PEINADO³ pone de manifiesto la incorrección de fundamentar los preceptos relativos a la responsabilidad de las Administraciones urbanísticas por ser preceptos generales o básicos, «por

Derecho Urbanístico n.º 182, diciembre 2000, págs. 11 y ss.; LASO BAEZA, «El nuevo régimen de los supuestos indemnizatorios en la Ley 6/1998, de 13 de abril», *Revista de Derecho Urbanístico* n.º 163, julio-agosto 1998, págs. 137 y ss.; y CHINCHILLA PEINADO, «Urbanismo y responsabilidad patrimonial», *Revista de Derecho Urbanístico* n.º 162, junio 1998, págs. 55 y ss.

A su vez, como indica LASO BAEZA, las alteraciones introducidas por la LSV respecto a la Ley del Suelo de 1992 afectan básicamente y salvo algunos aspectos que sí son importantes a la adopción de una nueva sistemática y a una alteración material más aparente que real.

² Ob. Cit., pág. 780.

³ «Urbanismo y responsabilidad...», Ob. Cit., págs. 55 y ss.

que el tenor de tales artículos no es establecer principios generales sobre la responsabilidad de la Administración urbanística, sino que aplica los principios generales contenidos en la Ley 30/1992 a un sector material concreto, regulando en toda su extensión supuestos concretos y específicos de responsabilidad». Estando de acuerdo con esta afirmación, no podemos sino tachar de inexacta la consideración de la disposición final de la LSV en el sentido de que los artículos 41, 42, 43 y 44.1 tienen el carácter de legislación básica. Deberían, por el contrario, haberse incluido entre aquellos que corresponden a la competencia exclusiva del Estado. Como significa GONZÁLEZ-BERENGUER⁴, se «trata del derecho indemnizatorio por alteración del planeamiento [y otros supuestos] aplicable por igual a toda España».

Con mejor criterio, la propia Sentencia 61/1997, más adelante, atiende al sistema de responsabilidad como normativa común, considerando que «el artículo 149.1.18.º CE no puede excluir que, además de esa normativa común que representa el sistema de responsabilidad para todo el territorio, las Comunidades Autónomas puedan establecer otros supuestos indemnizatorios en concepto de responsabilidad administrativa, siempre que, naturalmente, respeten aquellas normas estatales con las que en todo caso habrán de coherarse y sirvan de desarrollo de una política sectorial determinada. En ese sentido, la eventual regulación de nuevos supuestos indemnizatorios en el ámbito de las competencias exclusivas autonómicas constituye una garantía —indemnizatoria— que se superpone a la garantía indemnizatoria general que al Estado compete establecer».

En esta línea, según la Sentencia del Tribunal Constitucional 164/2001, de 11 de julio, que resuelve sobre la constitucionalidad de la LSV, todos los supuestos indemnizatorios que contempla la LSV «tienen clara incardinación competencial en el artículo 149.1.18.º CE, que tanto se refiere a la legislación de expropiación forzosa como al sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas», si bien, como ya estimó la STC 61/1997, «más allá de la regulación estatal, las Comunidades Autónomas también pueden establecer otros supuestos indemnizatorios en concepto de responsabilidad administrativa, siempre que, naturalmente, respeten aquellas normas estatales...». Podemos citar, como ejemplo, el artículo 109 de la Ley catalana del Urbanismo, de 14 de marzo de 2002, que establece ciertas reglas especiales sobre el particular, si bien sobre la base de que, como se establece en su apartado 2, «los supuestos de indemnización por razones urbanísticas se regulan en la legislación de aplicación [la LSV, funda-

⁴ «Sobre la alteración del planeamiento», *Revista de Derecho Urbanístico* n.º 163, julio-agosto 1998.

mentalmente] y en la presente Ley», que incluye sólo algunas previsiones adicionales.

2. EL PRINCIPIO DE NO INDEMNIZACIÓN POR LA DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO DE PROPIEDAD: RÉGIMEN ESTATUTARIO DE LA PROPIEDAD PRIVADA

Antes de entrar a estudiar los supuestos indemnizatorios previstos en la legislación vigente, hay que partir, en todo caso, de la declaración del artículo 3 LS, cuyo apartado primero dispone que la determinación de «las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste... no confiere derecho a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes», puesto que se trata de la delimitación normal del derecho de propiedad (STS 12-2-1996, Ar. 903), que no genera responsabilidad indemnizatoria a cargo de los poderes públicos.

En igual sentido, el artículo 10.1 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, de 17 de julio de 2001 (LSCM), estatuye que «la ordenación urbanística de los terrenos, las edificaciones y construcciones, así como de sus usos, no confiere a los propietarios afectados por ella derecho alguno a indemnización, salvo por infracción del principio de prohibición de las vinculaciones singulares y en las condiciones y supuestos determinados por la Ley»; y el artículo 5.1 de la Ley del Urbanismo de Cataluña, Texto Refundido de 26 de julio de 2005 (LUC), dispone que «en el marco de la legislación aplicable en materia de régimen de suelo y de valoraciones, el ejercicio de las facultades urbanísticas del derecho de propiedad debe someterse al principio de la función social de este derecho, dentro de los límites impuestos por la legislación y el planeamiento urbanísticos y cumpliendo los deberes fijados por éstos».

La nueva LS, de forma no muy distinta a la legislación precedente, basa este principio en el llamado carácter estatutario de la propiedad (la propiedad concede las facultades urbanísticas que dispone el estatuto urbanístico y no más). Literalmente, el art. 7.1 previene que «el régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística».

Así pues, a tenor del art. 8.1 LS, «el derecho de propiedad del suelo comprende las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo conforme al estado, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento, de acuerdo con la legislación aplicable por razón de las características y situación del bien».

No existe, pues, un «*ius aedificandi*» como facultad insita en el derecho de todo propietario (tal y como era configurado tradicionalmente el dominio), sino que la titularidad de esta facultad, sus condiciones, o incluso la falta de dicha facultad, dependen del estatuto urbanístico (la legislación y el planeamiento urbanístico).

Volviendo al principio de no indemnización por razón de la ordenación territorial y urbanística, BELTRÁN AGUIRRE⁵, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1991 (Ar. 3431), que reconoce la lógica desigualdad del planeamiento, «en cuanto al clasificar y calificar el suelo el plan no atiende a los intereses de los propietarios, [por lo que] es claro que éstos verán sometidos sus terrenos a muy diferente suerte urbanística», apunta que «la diferente clasificación y calificación urbanística de los predios son, por tanto, vinculaciones generales que no originan derechos indemnizatorios». Asimismo, Pedro GONZÁLEZ SALINAS⁶ observa que «en cuanto la ordenación urbanística implica <<meras limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad>>, no confiere derechos indemnizatorios».

Así lo ha proclamado la doctrina jurisprudencial; la Sentencia de 12 de mayo de 1987 (Ar. 5255) formula este principio general en los siguientes términos: «este carácter estatutario de la propiedad inmobiliaria significa que su contenido será en cada momento el que derive de la ordenación urbanística siendo pues lícita la modificación de ésta, modificación que, por otra parte, no debe dar lugar a indemnización en principio dado que como ya se ha dicho las facultades propias del dominio, en cuanto creación del ordenamiento, serán las concretadas en la ordenación urbanística vigente en cada momento». Doctrina que se reitera, entre otras muchas, en las Sentencias de 3 de junio de 1987 (Ar. 5923), 29 de junio de 1987 (Ar. 6594), 27 de junio de 1989 (Ar. 4902), 5 de febrero de 1992 (Ar. 2299) y 11 de febrero de 1992 (Ar. 2302).

En cambio, como advierte la Sentencia de 6 de julio de 1995 (Ar. 5527), cuando «una determinación del plan implica una limitación singular o una vinculación de tal carácter para un propietario que no puede ser objeto de distribución equitativa entre los demás propietarios de la zona o polígono, se está privando a aquel propietario de una parte del contenido normal del derecho de propiedad que incluye ese derecho de reparto, cuya privación resulta por consiguiente indemnizable»⁷.

⁵ En la obra colectiva *Comentarios a la Ley sobre régimen del Suelo y Valoraciones, Ley 6/1998, de 13 de abril*, ENÉRIZ OLAECHEA y otros, Ed. Aranzadi, págs. 685 y ss.

⁶ «La responsabilidad patrimonial por funcionamiento de la Administración urbanística», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid* n.º 24, enero 2003, págs. 149 y ss.

⁷ A la indemnización de las limitaciones singulares se refiere, en particular, el art. 43 LSV, que examinaremos más adelante.

Como nos ilustra CARCELLER FERNÁNDEZ⁸, ya «la Ley del Suelo de 1956 alude expresamente en su preámbulo a la función social de la propiedad, reconociendo que el régimen jurídico del suelo, encaminado a asegurar su utilización conforme a la función social que tiene la propiedad, resulta el cometido más delicado y difícil que ha de afrontar la ordenación urbanística, y se impone, sin embargo, precisamente porque si la propiedad privada ha de ser reconocida y amparada por el poder público, también debe armonizarse el ejercicio de sus facultades con los intereses de la colectividad». Ahora bien, a partir de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la anterior (que dio lugar a la Ley del Suelo, Texto Refundido de 9 de abril de 1976, en lo sucesivo «LS de 1976»), «la delimitación del derecho de propiedad pasó a depender de la clasificación del suelo», pues con dicha reforma se niega al propietario del suelo no urbanizable (antes rústico) cualquier facultad de trascendencia urbanística, esto es, de desarrollo urbano.

Este principio, sin perjuicio de ciertas matizaciones a lo largo de la evolución legislativa, se mantiene en nuestra legislación vigente, que consagra la delimitación del derecho de propiedad inmobiliaria por el planeamiento urbanístico, de acuerdo con la clasificación del suelo, y parte de la regla de no permitir el uso urbanístico del suelo clasificado como no urbanizable sino sólo su uso rústico. En este sentido, cabe citar los preceptos ya mencionados (arts. 3.1, 7 y 8.1 LS), y, especialmente, el art. 13.1 LS, a cuyo tenor «los terrenos que se encuentren en el suelo rural se utilizarán de conformidad con su naturaleza, debiendo dedicarse, dentro de los límites que dispongan las leyes y la ordenación territorial y urbanística, al uso agrícola, ganadero, forestal, cinegético o cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales», con ciertas excepciones que no vienen al caso⁹.

De este modo, como indica MARTÍN MATEO¹⁰, «los contenidos económicos de la propiedad urbana son fruto del plan que crea el núcleo económico-dominical de estas modalidades de titularidad, la Ley, sobre la base de la delimitación del derecho de propiedad por la sucesiva

⁸ CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio, *Instituciones de Derecho Urbanístico*, 3ª Edición, Ed. Montecorvo, págs. 254 y ss.

⁹ En esta misma línea, el art. 20.1 LSCM dispone que «Los propietarios del suelo clasificado como no urbanizable tendrán derecho a usar, disfrutar y disponer de su propiedad de conformidad con la naturaleza de los terrenos, debiendo destinarla a fines agrícolas, forestales, ganaderos, cinegéticos u otros vinculados a la utilización racional de los recursos naturales, y dentro de los límites que, en su caso, establezcan las leyes o el planeamiento», con algunas excepciones; y el art. 47.1 LUC que «los propietarios de suelo no urbanizable tienen el derecho de uso, de disfrute y de disposición de sus propiedades de acuerdo con la naturaleza rústica de los terrenos...».

¹⁰ MARTÍN MATEO, Ramón, «Las valoraciones en las expropiaciones urbanísticas. La Ley 8/90», *Documentación Administrativa* n° 222, abril-junio 1990, pág. 90; recordando la frase de BALLBE de que «en la luna no hay solares».

adquisición de facultades urbanísticas, cuantifica ope legis, con arreglo a baremos e indicadores convencionales, enriquecimientos sucesivamente reconocidos a partir de la materia prima, suelo rústico, con los inherentes a su transformación en solar, tras pasar por las fases de suelo urbanizable...» y urbano (o rústico y urbanizado en la terminología de la LS de 2007).

Desde luego, la concepción de la propiedad inmobiliaria que hemos expuesto no sólo repercute en las facultades que el propietario ostenta, sino también en la valoración del suelo, especialmente a efectos expropiatorios¹¹ así como por lo que hace a la posible responsabilidad patrimonial de la Administración urbanística, pues en ambos casos la inexistencia de determinadas facultades justifica la reducción de los conceptos de valoración del justiprecio o indemnización.

Con todo, esta concepción de la «propiedad estatutaria no está exenta de críticas.

Así, GALLEGO ANABITARTE¹² rechaza «la tesis de que la única propiedad normal de los fundos es el aprovechamiento cinegético, ganadero, agrícola o forestal... este es el contenido normal de la propiedad, que es el valor rústico, llamado inicial», frente a lo que aduce que el propietario tiene también potencialmente el derecho a edificar como facultad que es contenido de su derecho de propiedad (facultad que, como pone de relieve el propio autor¹³, parecía reconocer la reforma operada en el artículo 16 LSV por el Real Decreto-ley 4/2000, de 23 de junio, y luego por la Ley 10/2003, al reforzar el derecho del propietario a promover la urbanización).

Por el contrario, la nueva Ley del Suelo supone una clara limitación en los derechos de los propietarios, más allá de la doctrina estatutaria que ya venía de la reforma de la Ley del Suelo en 1975. Su exposición de motivos dice que «esta Ley abandona el sesgo con el que, hasta ahora, el legislador estatal venía abordando el estatuto de los derechos subjetivos afectados por el urbanismo... que reservó a la propiedad del suelo el derecho exclusivo de iniciativa privada en la actividad de urbanización. Una tradición que... ha provocado la simplista identificación de tales derechos y deberes con los de la propiedad» (lo que más que simplista es, a nuestro juicio, simple o normal).

¹¹ Sobre la valoración del justiprecio, con especial consideración de las expropiaciones urbanísticas, Cfr. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco, *El justiprecio de la expropiación forzosa*, Ed. Comares, 7ª edición, 2007.

¹² GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, «Régimen urbanístico de la propiedad del suelo. Valoraciones. Expropiaciones y venta forzosa», *Revista de Derecho Urbanístico* n° 134, julio-septiembre 1993, pág. 18.

¹³ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, «Reducción del suelo no urbanizable y derecho subjetivo de los propietarios a transformar el suelo», *Expansión*, 25 de julio de 2000, pág. 51.

Continúa el preámbulo justificando el intervencionismo de la nueva norma y la actuación de empresarios privados no propietarios así como el desconocimiento de los derechos de los propietarios, que ya ha provocado serias llamadas de atención por las instituciones europeas (especialmente por la aplicación de la figura del agente urbanizador privado no propietario), señalando que «el régimen de la iniciativa privada para la actividad urbanística... es una actividad económica de interés general que afecta tanto al derecho de la propiedad como a la libertad de empresa. En este sentido, si bien la edificación tiene lugar sobre una finca y accede a su propiedad —de acuerdo con nuestra concepción histórica de este instituto¹⁴—, por lo que puede asimismo ser considerada como una facultad del correspondiente derecho, la urbanización es un servicio público...», afirmación que es inexacta. El urbanismo nunca ha sido un servicio público en el sentido propio de la palabra, como actividad reservada a la titularidad de la Administración (como exige la legislación de contratos públicos para la aplicación del contrato de gestión de servicio público). Existe una función pública urbanística, no un servicio público más que en términos amplios o genéricos (servicio público como actividad administrativa). De hecho, ni siquiera la Ley declara ese servicio público formalmente.

Sobre esa base, la exposición de motivos añade que su «gestión puede reservarse a la Administración o encomendarse a privados, y... suele afectar a una pluralidad de fincas, por lo que excede tanto lógicamente como físicamente de los límites propios de la propiedad. Luego allí donde se confíe su ejecución a la iniciativa privada, ha de poder ser abierta a la competencia de terceros». La justificación de que afecte a más de una finca es un argumento de poco peso. Que haya varios propietarios no significa que salgamos del ámbito de la propiedad.

Antes al contrario, en nuestra opinión, el derecho fundamental a la propiedad privada del art. 33 de la Constitución debería conllevar una preferencia de la iniciativa privada de los propietarios en la ejecución del planeamiento frente a la expropiación forzosa¹⁵, en cuyo seno puede actuar un tercero como concesionario de la Administración (función que es realmente la del agente urbanizador pri-

¹⁴ Referencia al carácter histórico del derecho de propiedad que pretende, claramente, devaluarlo, como si fuese un residuo del pasado y no fuese una institución civil básica (arts. 348 y siguientes del Código Civil) y un derecho fundamental, bien que evidentemente delimitado por su función social (art. 33 de la Constitución).

¹⁵ La Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997 declaró inconstitucional (por ser materia urbanística propia de las CCAA) la preferencia que el Texto refundido de 1992 otorgó a la expropiación frente a la iniciativa privada, sin entrar en el fondo del asunto, el derecho de propiedad.

vado no propietario a pesar de su vestimenta formal de iniciativa privada).

En fin, la exposición concluye en este punto afirmando que «el estatuto de la propiedad del suelo, definido —como es tradicional entre nosotros— como una combinación de facultades y deberes, entre los que ya no se cuenta el de urbanizar... aunque sí el de participar en la actuación urbanizadora de iniciativa privada en un régimen de distribución equitativa de beneficios y cargas». Con todo, se admite que la legislación autonómica reserve a la propiedad la iniciativa de la urbanización «en determinados casos», «de acuerdo con esta Ley, que persigue el progreso pero no la ruptura» (apartado III in fine de la exposición).

Así, el art. 6 establece que «la legislación sobre ordenación territorial y urbanística regulará: a) El derecho de iniciativa de los particulares, sean o no propietarios de los terrenos, en ejercicio de la libre empresa... sin perjuicio de las peculiaridades o excepciones que ésta prevea a favor de la iniciativa de los propietarios del suelo...» y «c) El derecho del propietario a realizar en sus terrenos, por sí o a través de terceros, la instalación, construcción o edificación permitidas, siempre» que se cumplan las condiciones precisas. De este modo, la iniciativa urbanística privada se desliga claramente de la propiedad, y aunque se sigue manteniendo el derecho a edificar lo que permita el planeamiento y cumpliendo con todas las condiciones, esa referencia al propietario por sí o por terceros no parece limitarse a contratistas de obras sino a terceros que impongan o consigan imponer esa edificación al propietario.

A nuestro juicio, no es rigurosamente cierto que la única propiedad normal de los terrenos sea el aprovechamiento cinegético, ganadero, agrícola o forestal, de suerte que todo lo que sea aprovechamiento urbano es artificial y viene conferido por el planeamiento urbanístico (concepción estatutaria), si bien tampoco puede admitirse un verdadero derecho a edificar en cualquier tipo de suelo. Es también discutible que las «plusvalías» las dé exclusivamente el plan y es cierto que cabría admitir de lege ferenda una clara expectativa e incluso un derecho eventual de reclasificación, en función de las previsiones razonables de desarrollo urbano. Y sin promover el desarrollo urbanístico donde ello resulte inadecuado, ni, desde luego, premiar la especulación, parece discutible el ajuste con nuestro sistema constitucional y jurídico del pretendido desgaje entre propiedad y desarrollo urbanístico e inmobiliario. Según nuestro criterio, los derechos a urbanizar y a edificar constituyen un derecho eventual, que es el que no existe actualmente, pues su nacimiento depende de la llegada de uno o varios elementos exigidos por la Ley (mejor cuanto más regla-

dos y objetivos), pero que tiene su base en una situación jurídica preexistente, que le confiere su valor patrimonial¹⁶.

De hecho, si no fuese así no se entendería en absoluto en régimen indemnizatorio por alteración del estatuto urbanístico que la nueva Ley mantiene en la letra a) de su art. 30, si bien concretado en su aspecto indemnizatorio por los arts. 24 y 25.

3. LA ALTERACIÓN DE CONDICIONES COMO SUPUESTO INDEMNIZATORIO

3.1. Planteamiento

El primer supuesto indemnizatorio que considera el art. 30 LSV es el siguiente: «*Dan lugar en todo caso a derecho de indemnización las lesiones en los bienes y derechos que resulten de los siguientes supuestos: a) La alteración de las condiciones de ejercicio de la ejecución de la urbanización, o de las condiciones de participación de los propietarios en ella, por cambio de la ordenación territorial o urbanística o del acto o negocio de la adjudicación de dicha actividad, siempre que se produzca antes de transcurrir los plazos previstos para su desarrollo o, transcurridos éstos, si la ejecución no se hubiere llevado a efecto por causas imputables a la Administración.*».

Se exigen, pues, tres órdenes de requisitos:

- 1º. Que se produzca un cambio en la ordenación territorial o urbanística o en el acto o negocio de la adjudicación de dicha actividad.
- 2º. Que con el señalado cambio se alteren las condiciones de ejercicio de la ejecución de la urbanización o de las condiciones de participación de los propietarios en ella.
- 3º. Que todo lo anterior se produzca sin haber agotado los plazos correspondientes o la demora sea imputable a la Administración.

La regulación es semejante aunque no idéntica a la del art. 41 LSV, a cuyo tenor «la modificación o revisión del planeamiento sólo podrá dar lugar a indemnización por reducción de aprovechamiento si se produce antes de transcurrir los plazos previstos para su ejecución en el ámbito en el que a dichos efectos se encuentre incluido el terreno,

¹⁶ Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil de España, común y foral*, tomo 1, vol. II, pág. 52.

o transcurridos aquéllos, si la ejecución no se hubiere llevado a efecto por causas imputables a la Administración». Esta redacción, que se completaba con el art. 42 LSV para los supuestos de licencia en vigor (que correspondería actualmente con la letra c) del art. 30 LSV), contemplaba sólo el supuesto de cambio de ordenación con reducción de aprovechamiento, siendo los términos de la nueva regulación, al menos en apariencia, más amplios y complejos.

3.2. Cambio en la ordenación o del acto o negocio de adjudicación

El primer requisito necesario es que se produzca un cambio en la ordenación o en el acto o negocio de adjudicación.

3.2.1. Cambio en la ordenación

Desde luego, partimos de que la Administración puede alterar el planeamiento urbanístico, potestad reconocida por nuestra legislación y jurisprudencia y que puede ejercitarse a través de una revisión general o de simples modificaciones puntuales o concretas, con el amplio margen de discrecionalidad que se reconoce en este ámbito¹⁷, sin perjuicio de los elementos reglados de preceptiva observancia¹⁸.

En cualquier caso, la alteración del planeamiento supone la preexistencia de algún planeamiento, por lo que si antes no existía plan, la aprobación del mismo no puede dar lugar, lógicamente, a indemnización por «cambio» del mismo.

Así, CHINCHILLA PEINADO¹⁹ advierte que «*como requisito previo e ineludible para que se genere la responsabilidad patrimonial por alteración de la ordenación urbanística aplicable a un terreno, se exige obviamente que la modificación o revisión del planeamiento se haya*

¹⁷ Cfr. DESDENTADO DARCO, Eva, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, Ed. Aranzadi.

¹⁸ La Sentencia Tribunal Supremo de 22 diciembre 1997 (Ar. 9617), declara, a este respecto, en su fundamento jurídico tercero: «Hemos de recordar que la discrecionalidad característica del planeamiento, siempre usada en aras del interés general, precisamente se manifiesta con toda evidencia en el momento de establecer las categorías de suelo urbanizable y no urbanizable, a diferencia del carácter reglado del suelo urbano — artículo 78, a) Ley del Suelo de 9 abril 1976—. Dentro del referido ámbito discrecional en la clasificación del suelo como no urbanizable o urbanizable solamente cabe una revisión jurisdiccional de tal facultad discrecional en los supuestos en que tal clasificación de suelo implique un desajuste o contradicción a lo dispuesto legal o reglamentariamente, o una desviación de poder o una arbitrariedad o irracionalidad apreciables en tales determinaciones del planeamiento».

¹⁹ Ob. Cit., pág. 59.

aprobado definitivamente, puesto que en caso contrario el aprovechamiento urbanístico seguirá siendo el atribuido por el planeamiento en vigor. Pero también se exige que el planeamiento que se dice modificado o revisado, y que atribuía tales aprovechamientos, sea un planeamiento en vigor».

La ordenación se cambia puede ser territorial o urbanística. Al amparo de la normativa precedente BELTRÁN AGUIRRE²⁰ entendía que la LSV no excluye ningún tipo de planes urbanísticos, por lo que el resarcimiento también procede si lo que se altera es el plan general, al igual que si lo que se altera es uno especial u otro. Ahora bien, según el citado autor, quedaban excluidos los planes de ordenación del territorio, pues éste constituye un ámbito material perfectamente diferenciado del urbanismo, afirmación que no compartimos (o, al menos, no lo hacemos con la misma rotundidad) no sólo porque la Ley no distingue sino, sobre todo, porque debemos evitar que una mera ubicación formal de un instrumento en la ordenación del territorio y no en el urbanismo (cuya diferencia no es siempre fácil por más que en teoría pueda establecerse) lleve a negar la indemnización al perjudicado²¹. De hecho, como hemos avanzado, la vigente LS emplea el término «ordenación territorial o urbanística», por lo que es claro que la responsabilidad puede generarse por la alteración de la ordenación territorial y no sólo la urbanística. Es más, a nuestro juicio, en la medida en que la ordenación territorial vincule a la urbanística, una planificación territorial, aunque no sea nueva, que altere lo establecido por un plan urbanístico también generaría responsabilidad de la Administración.

Por otro lado, a nuestro juicio, este «cambio», además de por alteración del planeamiento territorial o urbanístico propiamente dichos, puede ser debido al planeamiento medioambiental, que altere la clasificación del suelo o que, sin alterarla, modifique su calificación, los usos posibles del suelo, en particular en caso de una zona verde, siendo también resarcibles los gastos conceptuales como lesión indemnizable, de acuerdo con la interpretación de la legislación anterior.

²⁰ Ob. Cit., págs. 663 y 664.

²¹ En este sentido, la STC 164/2001, en su fundamento jurídico 14, señala que «debemos declarar que las referencias del art. 9 LSV a los «planes de ordenación territorial», «legislación sectorial», «planeamiento general» y «planeamiento sectorial», si bien pudieran ser interpretadas como la imposición de concretos instrumentos urbanísticos a las Comunidades Autónomas, de lo que resultaría una vulneración del orden constitucional de competencias, también permiten una interpretación conforme con la Constitución. Es posible entender, en este sentido, que el art. 9.1 LSV traslada al ámbito de la clasificación del suelo, y a los efectos de esta Ley, lo ya dispuesto en otros actos jurídicos que tienen por fin la protección de ciertos bienes naturales o culturales; se puede entender, entonces, que las referencias a la «legislación sectorial», «planes de ordenación territorial», y «planeamiento sectorial» tienen únicamente valor orientativo y ejemplificativo».

Así, GALERA RODRIGO²² cita la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 1 de junio de 1999, que resuelve el recurso interpuesto contra un Decreto autonómico que aprueba un Plan de Ordenación de Recursos Naturales (PORN), y la Sentencia del TSJ de Baleares, de 11 de junio de 1994, que resuelve la impugnación de un Decreto autonómico de declaración de parque natural.

Asimismo, el cambio de ordenación puede producirse por acto legislativo, como la declaración de área natural protegida, caso en que es indemnizable el derecho al aprovechamiento urbanístico ya adquirido y, en su caso, los gastos realizados (STS 17-2-1998, Ar. 1677; 27-9-1999, Ar. 7930; 13-6-2000, Ar. 5995; y 16-5-2000, Ar. 5487).

De hecho, el art. 20.2 c) LS, permite un concepto muy amplio del instrumento que determina el cambio productor del daño, en la medida en que valora éste «al momento de la entrada en vigor de la disposición o del comienzo de la eficacia del acto causante de la lesión», en términos, pues, muy amplios (disposición o acto, sin cualificar en ninguno de los dos casos).

La alteración del planeamiento aplicable podría plantearse, finalmente, por la anulación judicial del plan. En verdad, desde un punto de vista técnico-jurídico, no es lo mismo anulación que modificación o derogación normativa, pero no es menos cierto que las normas urbanísticas aplicables se alteran, cambian. Sin embargo, la Sentencia de 27 de septiembre de 1999 (Ar. 7930) rechaza la reclamación de gastos e inversiones realizados en consideración a una actividad urbanizadora desarrollada en base a un plan parcial cuya aprobación fue anulada en vía jurisdiccional, por implicar ello la anulación de todos los actos derivados de aquél, entre los que se incluyen los acuerdos municipales que aprobaron el proyecto de urbanización para la ejecución del plan parcial anulado, causa próxima de la efectiva realización parcial de la obra urbanizadora.

3.2.2. Cambio en el acto o negocio de adjudicación

Alternativamente al cambio de ordenación, la nueva Ley admite también como hecho generador de responsabilidad de la Administración el cambio en el acto o negocio de adjudicación de la actividad urbanística, como podría ser el cambio en el sistema de ejecución

²² GALERA RODRIGO, Susana, «Responsabilidad derivada del planeamiento ambiental. A propósito de la STSJ de Cantabria de 1 de junio de 1999», *Revista de Derecho Urbanístico* n.º 181, noviembre 2000, págs. 141 y ss. Sobre otros supuestos de responsabilidad de la Administración en materia medioambiental. Cfr. la obra de la misma autora, *La responsabilidad de las Administraciones Públicas en la prevención de daños ambientales*. Ed. Montecorvo.

(p.ej. se pasa a un sistema de ejecución público, por expropiación forzosa, en lugar de un sistema de ejecución privado por compensación) o en el titular de la adjudicación (una modificación del acto o convenio por el cual se adjudicaba la urbanización a un determinado sujeto).

Las posibilidades de indemnización son, pues, más amplias que con la normativa anterior.

3.3. Cambio de condiciones.

Por aplicación de las reglas generales (arts. 106.2 CE y 139.1 LAP), debe existir una lesión, daño o perjuicio. Y, en este ámbito, la lesión se ha de derivar, según el art. 30 a) LS, de una «alteración de las condiciones de ejercicio de la ejecución de la urbanización, o de las condiciones de participación de los propietarios en ella».

Esta redacción, tan amplia, comprende desde luego el supuesto de reducción de aprovechamiento, único contemplado por la legislación anterior²³.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1991 (Ar. 2226), recoge la «reiterada jurisprudencia —así SS. de 20 de marzo y 17 de junio de 1989 (Ar. 2240 y 4732); 4 de mayo de 1990 (Ar. 3799); 11 de febrero de 1991, etc.— [que] viene poniendo de relieve que en este tipo de indemnización la lesión indemnizable ... se configura por dos elementos: a) una restricción singular del aprovechamiento urbanístico del suelo, y b) la imposibilidad de su distribución equitativa».

Al amparo de la legislación anterior, GONZÁLEZ PÉREZ²⁴ planteaba la conveniencia de que se indemnizaran también los supuestos de cambio de destino del suelo (p.ej. de suelo de uso residencial o suelo de uso industrial) o incluso de aumento del aprovechamiento, si la nueva ordenación desnaturaliza completamente las características del suelo, degradando las condiciones de vida (p.ej. si se compró un terreno en una urbanización de viviendas aisladas y con zonas verdes, y se eliminan éstas y se permite la construcción de altos bloques de pisos).

Desde luego, es indemnizable y lo es más claramente con la nueva legislación el cambio de uso (y no sólo la reducción de edificabilidad), por el distinto valor de mercado de los diferentes usos e incluso por virtud de los coeficientes de ponderación que aplica el planeamiento y que determinan que ciertos usos «valgan» menos que otros (p.ej. un

²³ Sin perjuicio de que proceda también la indemnización de gastos del proceso urbanizador, que examinaremos al tratar de otros supuestos indemnizatorios.

²⁴ *Comentarios a la Ley sobre régimen del suelo y valoraciones*, Ob. Cit., pág. 762.

uso terciario puede valer el 60% de un uso residencial, si a éste se le aplica el coeficiente 1 y al anterior el 0,6). La indemnización sería admisible, entonces, incluso con aumento teórico de la edificabilidad (más m²/m²) que en términos unitarios o ponderados (aplicando los anteriores coeficientes para llevar a unidades de aprovechamiento homogéneas) suponga una reducción del aprovechamiento. No tanto, en nuestra opinión, por una cuestión puramente subjetiva si el valor es superior (si se adquirió una finca para vivienda unifamiliar en gran parcela y la edificabilidad crece hasta el punto en que el precio de venta es mayor no hay perjuicio patrimonial, aunque lo pueda haber desde el punto de vista sentimental, muy difícilmente indemnizable).

Cabe destacar, de acuerdo con la jurisprudencia, que, dado que sólo se indemnizan derechos consolidados y no meras expectativas (STS 16-5-2000, Ar. 5487), para que sea indemnizable la reducción del aprovechamiento, es necesario que se haya ya adquirido el derecho al mismo, que se hayan patrimonializado los derechos del propietario, para lo que no basta la simple aprobación del planeamiento (STS 12-5-1987, Ar. 5225; 19-2-1991, Ar. 959; 27-3-1991, Ar. 2024; y 22-5-1995, Ar. 3807). En esta línea, la Sentencia de 12 de mayo de 1982 (Ar. 3981) declara que no es bastante un plan para atribuir un derecho ya que el mismo sólo se adquiere cuando el propietario cumple sus deberes y contribuye a hacer físicamente su ejercicio.

Y es que, como indica LASO BAEZA²⁵, «no toda alteración del planeamiento con reducción del aprovechamiento, acaecida antes del transcurso de los plazos previstos para su ejecución, o bien con posterioridad a los mismos, cuando la inexecución se debiera a la Administración, dará derecho a indemnización, sino que además requerirá la incorporación sobreañadida de nuevos valores al dominio, que se producirá con el cumplimiento de los sucesivos deberes, que en un proceso lineal de ejecución del plan se produce de modo escalonado». Con todo, este claro escalonamiento sólo se contemplaba en la ya derogada Ley del Suelo de 1992 (a partir del texto de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo, de 25 de julio de 1990). Sobre este particular, su art. 15.1 disponía que «el derecho al aprovechamiento urbanístico se adquiere por el cumplimiento de los deberes de cesión, equidistribución y urbanización en los plazos fijados...».

En cambio, como indica BELTRÁN AGUIRRE²⁶, la LSV no fijó los momentos en que el propietario adquiere sus derechos y, en particular, el derecho al aprovechamiento urbanístico, pudiendo entender

²⁵ Ob. Cit., pág. 143.

²⁶ Ob. Cit., pág. 666.

aplicable, en principio, la jurisprudencia anterior, que considera adquirido el aprovechamiento urbanístico cuando el planeamiento ha llegado a la fase final de realización.

La más reciente Sentencia de 30 de junio de 2001 (Ar. 8220) recoge la siguiente doctrina:

«esta Sala ha venido insistiendo en la necesidad, para que pueda entenderse procedente el derecho a ser indemnizado por el cambio de planeamiento, de que existan derechos consolidados (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1992 [Ar. 3221], recurso número 4729/1990), lo cual ocurre: a) cuando existe un plazo de ejecución del planeamiento modificado no precluido o se ha producido el transcurso de éste sin ejecución del planeamiento por causas imputables a la Administración (sentencias de 1 de febrero de 1982 [Ar. 773] y 16 de diciembre de 1985 [Ar. 654]); b) cuando el plan parcial se encuentra en la fase final de realización y la modificación afecta a una parte de los propietarios que han cumplido los requisitos o cargas de la anterior ordenación, sin haber obtenido beneficio equivalente y resultar, por ello, discriminados con el resto de los propietarios del sector (sentencias de 29 de septiembre de 1980 [Ar. 3463], 30 de junio de 1980 [Ar. 3382], 24 de noviembre de 1981 [Ar. 5299], 1 de febrero de 1982 [Ar. 773], 6 de julio de 1982 [Ar. 5345], 20 de septiembre de 1982 [Ar. 5467], 28 de marzo de 1983 [Ar. 1629], 25 de abril de 1983 [Ar. 2275], 14 de junio de 1983 [Ar. 3506], 10 de abril de 1985 [Ar. 2197], 12 de mayo de 1987 [Ar. 5255], 24 de abril de 1992 [Ar. 3995] y 26 de enero de 1993 [Ar. 451], recurso número 4017/1990); y c) cuando el cambio de calificación del suelo respecto de una finca individualizada comporta que sólo sea factible, por la imposibilidad de integrarla en un polígono en razón al desarrollo urbanístico derivado de la aplicación del plan precedente, realizar el pago de la indemnización pertinente en el momento de ejecución del nuevo planeamiento (sentencia de 20 de mayo de 1986 [Ar. 3262])».

A este respecto, por ejemplo, la Ley catalana de Urbanismo, ya citada, aclara en su artículo 109.3 que «las modificaciones o revisiones del planeamiento urbanístico que reduzcan el aprovechamiento sobre ámbitos de suelo urbanizable delimitado que no cuenten con un planeamiento derivado definitivamente aprobado no dan lugar a

indemnización, sin perjuicio de la viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial por los gastos de redacción del correspondiente proyecto». Por tanto, la reducción del aprovechamiento sólo sería indemnizable en suelo urbanizable delimitado que cuenta con dicho planeamiento, o en suelo urbano.

En cambio, el art. 7.2 LS ordena que «la previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística», con lo que parece confundirse el derecho al aprovechamiento con el que la Ley de 1990 regulaba en su art. 25, bajo la rúbrica de «derecho a la edificación», señalando que «la edificación concluida al amparo de una licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística queda incorporada al patrimonio de su titular».

¿Significa esto que a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley sólo se indemniza la reducción de edificabilidad si ésta se ha materializado? Aparte de que ello ignoraría la existencia de una clara lesión al interesado, sería incoherente con la amplia formulación del art. 30 a) LS y con la regla general de no indemnización de la situación de fuera de ordenación que luego examinaremos (y que sería la situación propia si la edificación se ha materializado y cambia la ordenación).

Por ello, habrá que entender que la patrimonialización del derecho a la edificabilidad que contempla el referido precepto no contradice (aunque lo parezca literalmente) la jurisprudencia comentada sobre la adquisición del derecho al aprovechamiento. Y a lo que se refiere el precepto es a establecer un principio de no plena patrimonialización de la edificabilidad hasta su materialización efectiva.

De hecho, la propia Ley de 2007 contempla la indemnización del propietario en el proceso urbanizador por la pérdida de la facultad de participar en actuaciones urbanísticas según éstas estén pendiente de iniciarse o se hayan iniciado ya, cuestiones reguladas por los arts. 24 y 25.2, que examinaremos más adelante.

En cierto modo, se da la razón a algún autor, como PERALES MADUENO²⁷, que ha defendido una cierta gradación, según que la

²⁷ PERALES MADUENO, Francisco, «El derecho de propiedad y los derechos adquiridos ante la alteración de los planes parciales y especiales», *Revista de Derecho Urbanístico* n° 91, págs. 34 y ss.

alteración del planeamiento se produjera durante la fase de ejecución de la urbanización o con posterioridad a la finalización de la misma, a efectos de anudar unas consecuencias indemnizatorias diferenciadas, lo que nos parece muy lógico. El salto, el tremendo salto, entre la situación no indemnizable y la indemnizable por haber adquirido un solo derecho en un momento determinado no responde ni a la realidad del valor de los terrenos cuyo aprovechamiento o uso aunque futuro se perjudica, ni a la debida configuración de estos derechos como eventuales y no meras expectativas.

No falta, por lo demás, algún autor, como MENÉNDEZ REXACH²⁸ que defiende la no indemnización en caso de desclasificación de suelos como urbanos, en aras a garantizar un desarrollo sostenible (planeamiento que sin embargo no puede tener acogida ni con la legislación anterior ni con la vigente).

3.4. Exclusión de las situaciones de fuera de ordenación

Expresamente, de forma semejante a la LSV (art. 41.2), el art. 30 a) LS, en su segundo párrafo, excluye de indemnización «las situaciones de fuera de ordenación producidas por los cambios en la ordenación territorial o urbanística» que «no serán indemnizables, sin perjuicio de que pueda serlo la imposibilidad de usar y disfrutar lícitamente de la construcción o edificación incurrida en dicha situación durante su vida útil».

En opinión de LASO BAEZA²⁹, cabe entender que la no indemnización se corresponde con la permanencia de la situación, fuera de ordenación, por lo que la indemnización sólo procedería cuando se procediese a la demolición de la edificación en dicha situación legal y el nuevo aprovechamiento permitido fuera inferior al autorizado por el anterior planeamiento, de suerte que se pudiera seguir usando y disfrutando de la construcción o edificación en toda su vida útil. Y es que, como observa BELTRÁN AGUIRRE³⁰, la clasificación de unas edificaciones como fuera de ordenación no produce por sí misma ninguna lesión, pues no conlleva necesariamente ni expropiación ni demolición de los edificios e instalaciones ilegales.

²⁸ Cfr. MENÉNDEZ REXACH, Ángel, «Urbanismo sostenible, clasificación del suelo y criterios indemnizatorios: estado de la cuestión y algunas propuestas», *Revista de Derecho Urbanístico*, n.º 200, marzo 2003, págs. 155 y ss.

²⁹ Ob. Cit., pág. 156.

³⁰ Ob. Cit., pág. 672.

Por ejemplo, el artículo 64 b) de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid de 17 de julio de 2001, previene, como efecto de la alteración del planeamiento:

«La declaración en situación de fuera de ordenación de las instalaciones, construcciones y edificaciones erigidas con anterioridad que resulten disconformes con la nueva ordenación, en los términos que disponga el Plan de Ordenación Urbanística de que se trate. A los efectos de la situación de fuera de ordenación deberá distinguirse, en todo caso, entre las instalaciones, construcciones y edificaciones totalmente incompatibles con la nueva ordenación, en las que será de aplicación el régimen propio de dicha situación legal, y las que sólo parcialmente sean incompatibles con aquella, en las que se podrán autorizar, además, las obras de mejora o reforma que se determinen. Son siempre incompatibles con la nueva ordenación, debiendo ser identificadas en el Plan de Ordenación Urbanística, las instalaciones, construcciones y edificaciones que ocupen suelo dotacional o impidan la efectividad de su destino».

3.5. Plazos no agotados o demora de la Administración

De forma muy semejante al artículo 41 LSV, la nueva LS exige que el cambio se produzca «antes de transcurrir los plazos previstos para su desarrollo o transcurridos éstos, si la ejecución no se hubiere llevado a efecto por causas imputables a la Administración».

No obstante, puede notarse, de acuerdo con BELTRÁN AGUIRRE³¹, que la legislación estatal no establece ni parece prever la imposición de plazos para la ejecución del planeamiento, lo que puede parecer incongruente. Lo que sucede, sin embargo, es que la fijación de tales plazos no corresponde al legislador estatal sino a la legislación urbanística autonómica y, en especial, al planeamiento.

Así, por ejemplo, el artículo 21.1 de la Ley de Urbanismo de Castilla y León, de 8 abril de 1999, previene que «el instrumento de planeamiento urbanístico que establezca la ordenación detallada de los terrenos podrá señalar plazos para el cumplimiento de los deberes... en su defecto, el plazo será de ocho años desde la aprobación definitiva del instrumento», con la admisión de ciertas prórrogas. Por su parte, el artí-

³¹ Ob. Cit., pág. 665.

culo 109, apartados 4 y 5, de la ya citada Ley catalana de Urbanismo significa que «los plazos de ejecución, a efectos de la indemnización por reducción de aprovechamiento urbanístico en suelo urbano, son establecidos directamente por el plan de ordenación urbanística municipal o por el programa de actuación urbanística para los polígonos de actuación y los determinados por los planes de mejora urbana; en suelo urbanizable, son los establecidos por el plan parcial»; y estos plazos comprenden tanto la urbanización como la edificación, si el planeamiento establece expresamente que existan. En todo caso, el incumplimiento del plazo de urbanización no interrumpe el cómputo del plazo de edificación.

Asimismo, es posible apreciar un plazo implícito en la ejecución del planeamiento. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1993 (Ar. 10115), ponente Excmo. Sr. DELGADO BARRIO, sienta la doctrina de que la indemnización

«opera no sólo en los supuestos en que se hayan previsto expresamente los plazos para su ejecución [la del plan] sino también cuando no exista esa previsión: el plan ... implica la necesidad de desarrollar una compleja actividad de ejecución que reclama siempre un cierto lapso de tiempo, de suerte que hay que entender que en el plan existe un plazo implícito que abarcará el tiempo razonablemente necesario para su ejecución, lo que justifica una confianza legítima³² en que el plan va a mantenerse vigente durante ese tiempo. Sólo así puede esperarse que los particulares hagan gastos para su ejecución. Y si la modificación se produce antes del agotamiento de dicho plazo implícito, podrá entrar en juego la indemnización derivada de una modificación anticipada».

Por otro lado, como supuesto diferente de la alteración del planeamiento antes del transcurso del plazo explícito o implícito para ejecutar el planeamiento, como hemos visto, la Ley contempla el supuesto de alteración del planeamiento una vez transcurridos esos plazos, si la ejecución no se hubiera llevado a cabo por causas imputables a la Administración, esto es, sin que intervenga pasividad o negligencia alguna de los propietarios.

Lógicamente la jurisprudencia niega la responsabilidad de la Administración si el daño se debe a causas imputables al propietario,

³² El principio de confianza legítima se ha consagrado legalmente en el artículo 3.1 LAP, con la redacción conferida por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

de suerte que es preciso, para exigirla, que el propietario haya desarrollado las actuaciones oportunas (STS 15-2-1994, Ar. 1448; y 9-12-1997, Ar. 667)³³. Más aún, se exige que el daño derive exclusivamente de la pasividad administrativa (STS 26-1-1993 y 25-5-1993, Ar. 451 y 3507) y que el administrado haya obrado diligentemente, incluso denunciando la demora de la Administración (STS 29-10-1991, Ar. 8182). A nuestro juicio, sin embargo, estas últimas exigencias se han de suavizar en línea con la evolución jurisprudencial observada al tratar de la concurrencia de causas: una relativa «culpa de la víctima» puede moderar pero no debe excluir la responsabilidad de la Administración cuya acción u omisión esté causalmente enlazada con el daño.

3.6. Legitimación

Evidentemente, puede reclamar el perjudicado y hacerlo a la Administración responsable. Pero la cuestión no es tan sencilla como aparenta.

Por lo que se refiere a la legitimación activa, entendemos que no es aquí aplicable la acción pública que reconoce el artículo 4 f) de la nueva Ley del Suelo. Es cierto que dicha acción pública «no alcanza sólo a la anulación de los actos administrativos contrarios a la normativa urbanística sino, en general, a la observancia de esta normativa, en lo que se incluye desde luego la de solicitar todas aquellas medidas que exija el restablecimiento de la legalidad urbanística» (STS 29-11-1995, Ar. 8559); pero sólo será acreedor de una indemnización de daños y perjuicios el que efectivamente los haya soportado (art. 139.2 LAP), en este caso por reducción del aprovechamiento.

Por otro lado, aunque la legislación vigente hable de particulares o ciudadanos, la indemnización puede también reclamarse por otra entidad pública, sujeta a las potestades urbanísticas de la Administración responsable, como ha admitido la jurisprudencia (STS 24-2-1994, Ar. 1235, y 2-7-1998, Ar. 6059).

Ya en relación con la legitimación pasiva y debido a la concurrencia normal de la Administración municipal, que aprueba inicial y provisionalmente el planeamiento o su revisión, y la Administración autonómica, que lo aprueba definitivamente, es destacable la Senten-

³³ A este respecto, puede traerse a colación el artículo 73.2 de la Ley madrileña del Suelo, a cuyo tenor «los incumplimientos de las obligaciones de ejecución de la Administración darán lugar a petición de los afectados, a las pertinentes compensaciones o indemnizaciones, de acuerdo a lo previsto en la Ley».

cia de 15 de noviembre de 1993 (Ar. 10115)³⁴. Parte la citada resolución de que «la indemnización debe pesar sobre aquella Administración, autonómica o municipal, a la que corresponde la competencia para la gestión del interés, autonómico o municipal, en atención al cual se traza la nueva ordenación urbanística determinante de la lesión... Siendo desde luego posibles supuestos en los que la doble naturaleza de los intereses beneficiados imponga una responsabilidad de ambas Administraciones».

A efectos de delimitar responsabilidades, en principio, el «ius variandi» del planeamiento urbanístico viene atribuido a la Administración municipal, si bien la Administración autonómica, en la aprobación definitiva del plan, debe velar por la observancia de los elementos reglados y la protección de los intereses supralocales (p.ej. STS 28-11-2000, Ar. 10505).

Ahora bien, debido a la dificultad del ciudadano en apreciar la imputación de una u otra Administración, la meritada Sentencia de 15 de noviembre de 1993 atiende al principio de que «en los supuestos de actuación de varias Administraciones será necesaria una solución de solidaridad que opere en el ámbito externo de la relación del ciudadano con la Administración, independientemente de que en el aspecto interno de la relación de ambas Administraciones las circunstancias de cada caso concreto permitan la imputación a una sola de ellas o a ambas con cuantificación de la participación. Solución está de solidaridad que ya cuenta con tradición en el campo de la responsabilidad extracontractual y que resulta coherente con la doctrina jurisprudencial de la titularidad compartida de la potestad de planeamiento —SS. de 20 de marzo de 1990 (Ar. 2244), 12 de febrero de 1991 (Ar. 948), 13 de febrero de 1992 (Ar. 2828), etc.—: el plan general no deja de ser municipal, aunque la Comunidad Autónoma introduzca modificaciones en la aprobación definitiva y tampoco deja de ser autonómico en cuanto tal aprobación se produce pura y simplemente, por lo que el Tribunal Supremo viene destacando la doble legitimación pasiva del Municipio y de la Comunidad Autónoma en la impugnación de los planes —SS. de 20 de marzo y de 10 de abril de 1990 (Ar. 3593), de 21 de septiembre de 1993 (Ar. 6623), etc.».

Es más, la responsabilidad solidaria de las Administraciones concurrentes es hoy un principio general proclamado por el artículo 140 LAP, tras la reforma llevada a cabo por Ley 4/1999, aunque sea como regla supletoria.

³⁴ Citada y comentada por GONZÁLEZ PÉREZ en *Comentarios a la Ley sobre régimen del Suelo y Valoraciones*, Ob. Cit., págs. 721 y ss.

3.7. Fecha a efectos de prescripción y valoración

En otro orden de cosas, por lo que se refiere al dies a quo de la reclamación de la indemnización por cambio del planeamiento (art. 30 a) LS), a efectos del plazo prescriptivo de un año (art. 142.5 LAP), LASO BAEZA³⁵, estima que «lo lógico sería computar el plazo de un año para ejercitar la acción de responsabilidad desde el momento de la aprobación del plan, teniendo en cuenta que en cualquier momento, durante el mismo, podría accederse a la demolición de lo edificado».

En términos más amplios, CHINCHILLA PEINADO³⁶ pone de manifiesto que, «con carácter general, se afirma por la doctrina³⁷ y la jurisprudencia [STS 3-10-1988, Ar. 7422; 11-7-1990, Ar. 6033; 31-10-1990, Ar. 8435; 27-3-1991, Ar. 2226; 26-6-1991, Ar. 5266; 23-1-1995, Ar. 315; 6-7-1995, Ar. 5527; 23-12-1995, Ar. 9113; 11-12-1997, Ar. 9464; y 9-12-1997, Ar. 667/98] que únicamente cabe ejercitar dicha pretensión [indemnizatoria por alteración del planeamiento o por vinculación singular] en la fase de gestión y no en la de planeamiento, puesto que será allí donde se verifique efectivamente la inexistencia o insuficiencia de las técnicas redistributivas de los beneficios y las cargas del planeamiento... En otros términos, serán en el momento de la ejecución del planeamiento cuando la lesión al particular será efectiva y evaluable económicamente y no un simple daño potencial... Pero tal posición quiebra cuando del planeamiento mismo deriva ya la imposibilidad de una corrección de la limitación singular a través de mecanismos distributivos». Así, por ejemplo, «si existe un plan especial cuyas determinaciones individualicen y concreten tanto la limitación singular como la lesión patrimonial subsiguiente, no será necesario esperar a la fase de gestión, puesto que existirá desde la aprobación del correspondiente plan la lesión efectiva», criterio afirmado por las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1988 (Ar. 6086), 20 de marzo y 29 de noviembre de 1989 (Ar. 2240 y 8370), 29 de abril y 18 de diciembre de 1991 (Ar. 3431 y 9752), 26 de febrero de 1992 (Ar. 3016) y 6 de julio de 1995 (Ar. 5527).

Respecto de la fecha a la que deba retrotraerse la valoración existe una regla especial, precisamente en el ámbito de la responsabilidad de las Administraciones urbanísticas, concretamente en la indemni-

³⁵ Ob. Cit., pág. 156.

³⁶ Ob. Cit., págs. 76-78.

³⁷ Con cita de VICENTE DOMINGO, *Las alteraciones del planeamiento urbanístico*, 1994, pág. 93; MERELO ABELA, *Régimen jurídico del suelo y gestión urbanística*, 1995, pág. 572, y GIL IBÁÑEZ, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por las vinculaciones singulares en la jurisprudencia», *Praxis Urbanística* n.º 15, 1997, pág. 9.

zación por cambio del planeamiento, que, a tenor del artículo 20.2 LS dispone que «las valoraciones se entienden referidas: ... d) Cuando la valoración sea necesaria a los efectos de determinar la indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, al momento de la entrada en vigor de la disposición o del comienzo de la eficacia del acto causante de la lesión», regla lógica por más que en ocasiones no acabe de manifestarse sino en fase de gestión.

Cabe señalar que la normativa anterior hacía referencia a la publicación del planeamiento, siendo más correcta la referencia a su entrada en vigor. En cuanto a la dualidad entre disposición y acto, se trata sólo del empleo de términos más generales, que cubrirán todas las normas (no sólo las del planeamiento urbanístico) y actos, especialmente en este segundo caso en relación a los supuestos de «cambio del acto o negocio de la adjudicación» de la actividad urbanística.

En suma, si bien la fecha de valoración es la de la lesión, producida por la alteración planificadora (arts. 141.3 LAP y 20.2 LS), la prescripción se computa desde que la acción pudo ejercitarse, al manifestarse el efecto lesivo, por no ser susceptible de equidistribución el menoscabo sufrido (arts. 1969 CC y 142.5 LAP).

4. LAS LIMITACIONES SINGULARES COMO SUPUESTO INDEMNIZATORIO

4.1. Planteamiento

Ya hemos expuesto anteriormente que las limitaciones que entraña el planeamiento son, en principio, limitaciones generales, no indemnizables (arts. 139.2 LAP y 3.1 LS), pero sí son indemnizables las llamadas limitaciones singulares. Pues bien, el art. 30 de la vigente Ley del Suelo prevé sobre este particular que «dan lugar en todo caso a derecho de indemnización las lesiones en los bienes y derechos que resulten de los siguientes supuestos: ... b) las vinculaciones y limitaciones singulares que excedan de los deberes legalmente establecidos respecto de construcciones y edificaciones, o lleven consigo una restricción de la edificabilidad o el uso que no sea susceptible de distribución equitativa».

La redacción es, pues, muy semejante a la precedente del artículo 43 LSV, a cuyo tenor «las ordenaciones que impusieron vinculaciones o limitaciones singulares en orden a la conservación de edificios en lo que excedan de los deberes legalmente establecidos, o que lleven consigo una restricción del aprovechamiento urbanístico del suelo que no

pueda ser objeto de distribución equitativa entre los interesados, conferirán derecho a indemnización».

Como indica CHINCHILLA PEINADO³⁸, «por lo que respecta a la reducción de aprovechamiento ha de diferenciarse, con carácter inicial, entre aquella ordenación urbanística que impone una limitación singular de aquellas otras determinaciones generales que imponen limitaciones y deberes propios de la ordenación urbanística, dado que las segundas, de conformidad con el artículo 2.2 de la Ley 6/1998 [la LSV, actualmente art. 3.1 LS], no confieren derecho a indemnización alguna por ser simplemente expresión de la función social de la propiedad», con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1997 (Ar. 275) y 18 de diciembre de 1996 (Ar. 9525).

Así, GONZÁLEZ PÉREZ³⁹ observa que en cuanto ciertas limitaciones configuran el contenido normal del derecho de propiedad, «no darán lugar a derecho de indemnización. Pero en cuanto se aparten de aquel contenido y se singularicen en bienes concretos, si tuvieran que soportar los propietarios de éstos las consecuencias patrimoniales de unas vinculaciones impuestas para garantizar intereses públicos, se infringiría el principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas» (art. 31 CE).

En esta línea, BELTRÁN AGUIRRE⁴⁰ cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1991 (Ar. 3431), que después de negar la indemnización por la delimitación del derecho de propiedad por la clasificación y calificación del suelo, observa que «junto a estas vinculaciones generales ... el ordenamiento también prevé vinculaciones o limitaciones singulares establecidas en beneficio de un determinado interés público que se trata de proteger (valores monumentales, paisajísticos, etc.), que perjudican singularmente a concretos propietarios por imponerles una particular restricción del aprovechamiento urbanístico o un exceso de deberes determinantes de desequilibrios comparativos de los contenidos patrimoniales definidos por la ordenación urbanística». Pues, como advierte la Sentencia de 6 de julio de 1995 (Ar. 5527), cuando «una determinación del plan implica una limitación singular o una vinculación de tal carácter para un propietario que no puede ser objeto de distribución equitativa entre los demás propietarios de la zona o polígono, se está privando a aquel propietario de una parte del contenido normal del derecho de propiedad que incluye ese derecho de reparto, cuya privación resulta por consiguiente indemnizable».

³⁸ Ob. Cit., pág. 71.

³⁹ Ob. Cit., pág. 771.

⁴⁰ Ob. Cit., págs. 685 y ss.

El principio de referencia viene también acogido en la legislación urbanística autonómica, caso del ya citado el artículo 10.1 de la LSCM así como el artículo 109.6 de la LUC, el cual establece que «el reconocimiento por un instrumento de ordenación urbanística de usos y edificabilidades preexistentes no tiene en caso alguno la consideración de limitación o vinculación singular», lo que parece evidente, si bien cabe también deducir que el desconocimiento por un instrumento de ordenación urbanística de usos y edificabilidades preexistentes tampoco tiene la consideración de limitación o vinculación singular.

Nos remitimos, por lo demás, a lo ya expuesto sobre la ausencia de indemnización por consecuencia de la delimitación legal del derecho de propiedad.

4.2. Requisitos y supuestos

Volviendo al artículo 30 b) LS, de acuerdo con CHINCHILLA PEINADO⁴¹ y con base en la jurisprudencia, se pueden señalar los siguientes requisitos para que una limitación del dominio pueda configurarse como singular (y, por ende, indemnizable) al amparo de la normativa urbanística:

1º. En primer lugar, es preciso que se trate de una limitación que proceda de la ordenación urbanística, no de cualquier otra ordenación pública, en cuyo caso la existencia o no de indemnización habría de buscarse en la normativa correspondiente.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1997 (Ar. 275) niega la concurrencia de una limitación singular en relación con el Decreto 103/1987, de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, que únicamente regulaba características arquitectónicas de las instalaciones hoteleras, exigiendo un cierto número de metros cuadrados por plaza hotelera, sin alterar, por tanto, la edificabilidad ni el uso.

Tampoco son indemnizables por este concepto (aunque lo puedan ser en sí mismas), las limitaciones que la cercanía de las carreteras impone a la edificabilidad de los predios vecinos, que la jurisprudencia ha considerado en general indemnizables en suelo urbano o urbanizable pero no en suelo rústico (STS 24-3-1998, Ar. 3291; y 13-2-2003, Ar. 2091)⁴².

⁴¹ Ob. Cit., págs. 74 y 75.

⁴² Cf. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco, *El justiprecio de la expropiación forzosa*, Ed. Comares, 6ª ed., y *Legislación de expropiación forzosa. Comentarios y jurisprudencia*, 2ª ed.

2º. Es necesario, desde luego, que esa limitación ocasione una restricción del aprovechamiento urbanístico (de forma más precisa, según la nueva Ley, a la edificabilidad o al uso), cuya prueba compete al que la alega, y que ello conlleve un verdadero perjuicio patrimonial al titular del terreno (STS 26-2-1992, Ar. 3016; y 6-7-1995, Ar. 5527).

3º. Y, por último, se exige que no sea posible compensar esa limitación singular mediante las técnicas de distribución de beneficios y cargas del planeamiento (STS 18-12-1996, Ar. 9525; 25-9-1997, Ar. 7317; 23-10-1997, Ar. 7628; y 11-12-1997, Ar. 9461)⁴³.

Como señala la Sentencia de 17 de junio de 1989 (Ar. 4732), «ciertamente el planeamiento da lugar a importantes desigualdades pero las corrige mediante los mecanismos de distribución de los beneficios y cargas. Cuando estos mecanismos se muestran incapaces para reestablecer la igualdad, ha de entrar en juego el remedio excepcional y subsidiario de la indemnización, es decir, de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Ello implica que... la figura de la responsabilidad de la Administración se configura por dos elementos: a) una restricción singular del aprovechamiento urbanístico del suelo y b) la imposibilidad de su distribución equitativa».

En esta misma línea, las Sentencias de 26 de febrero de 1992 (Ar. 3016) y 6 de julio de 1995 (Ar. 5527)⁴⁴ declaran que «si una determinación del plan implica una limitación singular o una vinculación de tal carácter para un propietario que no puede ser objeto de distribución equitativa, entre los demás propietarios de la zona o polígono, se está privando a aquel propietario de una parte del contenido normal del derecho de propiedad que incluye ese derecho de reparto, cuya privación resulta por consiguiente indemnizable».

Ahora bien, el artículo 30 b) LS contempla dos órdenes de supuestos: a) las limitaciones singulares en orden a la conservación de edificios y b) las limitaciones que lleven consigo una restricción del aprovechamiento urbanístico; que pasamos a examinar por separado. El primero de los supuestos fue consagrado legalmente por la Ley del Suelo de 1976 (art. 87.3), siendo la jurisprudencia la que, interpretando el precepto en un sentido amplio y finalista, incluyó también la cobertura de los deberes extraordinarios de conservación de los edificios⁴⁵.

⁴³ En particular, en su caso, la compensación puede producirse mediante la aplicación de la expropiación forzosa, cuyo justiprecio no debe confundirse con la indemnización por responsabilidad patrimonial.

⁴⁴ Citada por GONZÁLEZ PÉREZ, Ob. Cit., págs. 777-779.

⁴⁵ GARRIDO FALLA, Fernando, «El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada», *Revista de Administración Pública* nº 81.

4.3. Conservación de edificios

En el primer caso, es preciso, para que sean indemnizables, que las limitaciones, aparte de ser singulares, excedan de los deberes legalmente establecidos.

En este sentido, la Sentencia de 11 de febrero de 1985 (Ar. 1019) declara que «las cargas que imponen la conservación de los edificios no dan lugar a indemnización, siempre que se mantengan dentro de los límites de la normalidad, siendo, no obstante, indemnizables las que excedan de tal límite, esto es, las que no sean encuadrables como de conservación (art. 182.2 y 3 de la Ley —del Suelo de 1976—) del edificio», criterio que reitera la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1995 (Ar. 5527).

¿Y qué es lo normal? La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1990 (Ar. 6011) nos ilustra al decir que «se viene considerando daño de reparación normal aquel que, aun suponiendo obra de reconstrucción que afecte a algún elemento estructural, sea de alcance parcial, de coste no excesivo y se realice en edificio en buen estado general de conservación sin síntomas de agotamiento estructural».

En suma, como aclara GONZÁLEZ PÉREZ⁴⁶, «la línea divisoria entre lo que es y no es indemnizable no es otra que ésta: que rebase o no el límite del deber de conservación... por medios normales, y no en los supuestos en que procediera la declaración de ruina», puesto que las actuaciones precisas en caso de ruina son también obligatorias para los propietarios y no indemnizables⁴⁷.

Por otra parte, BELTRÁN AGUIRRE⁴⁸ observa que la dicción del artículo 43 LSV (actualmente art. 30 b) LS) no es todo lo correcta que debiera, pues no se trata de que se «excedan... los deberes legalmente establecidos», sino que se excedan los deberes normales de conservación, pues los que van más allá de los normales también vienen legal-

⁴⁶ Ob. Cit., pág. 773.

⁴⁷ Así, por ejemplo, el artículo 190 LUC dispone que «si una construcción o parte de una construcción está en estado ruinoso, el ayuntamiento, de oficio o a instancia de cualquier persona interesada, debe declararlo, previa audiencia de los propietarios y residentes, salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera». A este respecto, la LUC precisa que «se declara el estado ruinoso de una construcción o parte de una construcción en los siguientes supuestos: a) Si los daños suponen la necesidad de una verdadera reconstrucción del edificio porque no son reparables técnicamente por los medios normales. b) Si el coste de las obras de reparación necesarias para cumplir las condiciones mínimas de habitabilidad, en el caso de viviendas u otras similares para otros usos, es superior al 50% del coste de una construcción de nueva planta de características similares a la existente, en cuanto a tamaño y uso. c) Si es preciso ejecutar obras imprescindibles para la estabilidad de la edificación y seguridad de las personas, no autorizables en virtud del ordenamiento urbanístico en vigor».

⁴⁸ Ob. Cit., pág. 687.

mente establecidos, si bien conllevan indemnización (fuera del caso de la ruina).

En efecto, ya al amparo de la Ley del Suelo de 1976, su artículo 181 preveía que los Ayuntamientos pudiesen ordenar a los propietarios la ejecución de las obras necesarias para conservar los edificios en condiciones de seguridad, salubridad y ornato públicos (sin compensación ni indemnización), y el artículo 182 de la misma Ley admitía, en su primer apartado, que la Administración pudiese también ordenar la ejecución de obras de conservación en fachadas o espacios visibles desde la vía pública, sin que estén previamente incluidas en plan de ordenación alguno y por motivos de interés turístico o estético. A tenor de su apartado segundo, «las obras se ejecutarán a costa de los propietarios si se contuvieren en el límite del deber de conservación que les corresponde, y con cargo a fondos de la entidad que lo ordene cuando lo rebasaren para obtener mejoras de interés general», admitiendo, finalmente, el apartado tercero, la cooperación de otras Administraciones. En cambio, en caso de declaración del estado ruinoso, la ejecución de la reparación que puede acordar la Administración si el propietario no cumpliera lo acordado por el Ayuntamiento es a costa del obligado (art. 183 LS de 1976), pues entra dentro del límite normal de conservación.

De forma semejante, hoy tenemos el artículo 9.1 LS, que impone a los propietarios de toda clase de suelo «conservarlo en las condiciones legales para servir de soporte a dicho uso y en todo caso, en las de seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato legalmente exigibles; así como realizar los trabajos de mejora y rehabilitación hasta donde alcance el deber legal de conservación», teniendo en cuenta también las normas sobre protección del medio ambiente y de los patrimonios arquitectónicos y arqueológicos⁴⁹. En cuanto al costeamiento de las obras sigue vigente el artículo 246.2 LS de 1992 (que mantiene vigente la nueva Ley a la espera de su refundición), que, bajo la rúbrica de «órdenes de ejecución por motivos turísticos o culturales», establece que «las obras se ejecutarán a costa de los propietarios si se contuvieren en el límite del deber de conservación que les corresponde, y con cargo a fondos de la entidad que lo ordene cuando lo rebasare para obtener mejoras de interés general». Y el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 61/1997, para reputar constitucional el precepto, estimó que se trataba de fijar las condiciones básicas del ejercicio del derecho de propiedad urbana, obligando a su titular a soportar el coste eco-

⁴⁹ Cfr. Ley de Conservación de los Espacios naturales y de la Flora y Fauna Silvestre, de 27 de marzo de 1989, Ley de Patrimonio Histórico Español, de 25 de junio de 1985, y una ya numerosa legislación autonómica.

nómico de la conservación siempre que no rebase el límite razonablemente exigible por virtud de la función social de la propiedad.

En suma, no pueden reclamar los vecinos los gastos que implica mantener en buen estado las edificaciones, pues ello entra dentro del ámbito normal del deber de conservación, pero cuando a unos determinados propietarios la normativa les obliga a ir más allá, asumiendo gastos en beneficio de la comunidad por circunstancias especiales (p.ej. dar sus fachadas a determinadas calles o parajes de interés turístico), la sociedad, y en nombre de ella, la Administración, debe compensarles.

Como explica FRÍAS LÓPEZ³⁰, los preceptos citados imponen «un deber genérico a todos los propietarios, habilitando al efecto una potestad administrativa que se ejercerá, de forma compartida e indistinta, por la Administración autonómica y local, estableciendo en cada caso concreto una específica obligación de hacer, la realización de las obras que se consideren necesarias para mantener el nivel de seguridad, salubridad y ornato exigible. La determinación del contenido concreto del deber de conservación vendrá dada en las Ordenanzas municipales, que son las llamadas a precisar» tales condiciones.

Asimismo, debemos tener en cuenta las vinculaciones o limitaciones singulares derivadas de la inclusión de la edificación en el catálogo de protección del bien conforme a la legislación de patrimonio histórico (sea estatal o autonómica). Por ejemplo, por la imposición al titular de una finca catalogada de la obligación de conservación del jardín, y del estado y configuración del edificio (STS 18-3-1999, Ar. 2348).

La catalogación puede venir también contenida en el planeamiento urbanístico. Así, otro ejemplo viene contenido en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de septiembre de 2002, citada por FRÍAS LÓPEZ³¹ y referida a la impugnación del acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid por el que se aprobó definitivamente el Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, que incluía en el catálogo de elementos protegidos un edificio situado en la calle Fernando VI, respecto al cual el Plan impone a los propietarios la obligación de conservar su volumetría —sin disfrutar, por ende, del aprovechamiento urbanístico de la zona— así como conservar también los elementos arquitectónicos más destacados.

³⁰ FRÍAS LÓPEZ, Alejandra, «Indemnización por limitaciones singulares: estudio del artículo 43 de la Ley del Régimen del Suelo y Valoraciones», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid* n.º 18, enero-abril 2004, págs. 149 y ss.

³¹ Ob. Cit., págs. 159 y 160.

En ocasiones, sin embargo, el planeamiento general se remite a un plan especial, que es, en su caso, el determinante de la lesión (Cfr., p.ej. STS 11-2-1985, Ar. 1019, y 6-7-1995, Ar. 5527).

Por lo que se refiere a la cuantía de los perjuicios, a juicio de GONZÁLEZ PÉREZ³², «no resultará difícil probar el importe de la cuantía de la indemnización. Vendrá dada por la diferencia entre el coste de las obras de conservación y los beneficios patrimoniales que se hubiesen percibido», admitiendo que se compense por los beneficios que resulten de aplicación, como expresamente establecía el artículo 239.1 LS de 1992. El mismo criterio es compartido por BELTRÁN AGUIRRE³³, para el cual «conforme al régimen de la responsabilidad patrimonial, sólo son indemnizables los daños reales y efectivos, esto es, los que de una forma cierta y real se han producido. Por consiguiente, la indemnización sólo alcanzará a aquellos gastos no compensados por las ayudas o beneficios obtenidos en aplicación de la legislación que los regula. Esto es algo indubitado lo diga o no expresamente la Ley».

A título de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1996 (Ar. 9525) rechaza el derecho a indemnización por inclusión de varios edificios propiedad de los demandantes en el Plan Especial de Protección del Patrimonio Arqueológico de Sabadell sobre la base de que el propio Plan ya preveía los mayores costes de conservación que la inclusión en el catálogo determinaba para los propietarios, al decir literalmente que «la Corporación Municipal aprobará una ordenanza reguladora de las ayudas y subvenciones a los propietarios de bienes catalogados, regulando entre otros aspectos, las ayudas a aquellos propietarios que se vean obligados a realizar obras que excedan del deber de conservación».

Si estos deberes limitan también la edificabilidad o el uso (caso de la citada Sentencia del Tribunal de Madrid de 30 de septiembre de 2002) deberá indemnizarse, asimismo, el perjuicio causado por la disminución del aprovechamiento respecto del que hubiera correspondido si el edificio no hubiera sido catalogado, lo que nos lleva ya al siguiente apartado.

4.4. Restricciones de edificabilidad o uso

Junto a los deberes «anormales» de conservación, también se indemnizan las limitaciones singulares que lleven consigo restricción

³² Ob. Cit., págs. 772 y 774.

³³ Ob. Cit., pág. 689.

del aprovechamiento urbanístico, la cual no pueda ser objeto de distribución equitativa entre los interesados, por ejemplo, a través de la aplicación de un aprovechamiento medio o tipo o de una reparcelación (ATS 22-3-1988, Ar. 2243).

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1996 (Ar. 9525) niega la indemnización pretendida por la obligación de conservación de un edificio catalogado, por prever el plan mecanismos compensatorios, al paso que reconoce el resarcimiento del propietario por la vinculación singular derivada de la pérdida de parte del aprovechamiento urbanístico, al deber conservar la volumetría del edificio, con restricción respecto del aprovechamiento del entorno. Como pone de manifiesto el Supremo, el plan especial correspondiente no establece una ordenación aplicable a todas las edificaciones ni limitaciones para todos los edificios de un ámbito o sector, sino que refiere su regulación a ciertos edificios aislados, a los que somete a unas restricciones de aprovechamiento no aplicables a todas las demás edificaciones del ámbito o sector correspondiente, de forma que alguno de los edificios en cuestión constituyen el único de la manzana, el ámbito, sector o barrio que queda sometido a la limitación del aprovechamiento, mientras que los colindantes y todos los demás permanecen en el tráfico urbanístico con todo su aprovechamiento intacto, lo que contradice la exigencia de justa distribución de beneficios y cargas.

La legislación anterior hacía referencia exclusivamente al aprovechamiento, como objeto de la pérdida o restricción, mientras que la vigente LS, en términos más amplios, incluye no sólo la limitación de la edificabilidad (sinónimo de aprovechamiento) sino también la relativa al uso, pues la edificabilidad puede ser la misma pero restringirse un determinado uso, con pérdida de valor para la propiedad. Tal es el caso de un edificio catalogado que mantiene su edificabilidad pero no puede destinarse a usos que sí son admisibles en su entorno, sean residenciales, comerciales u otros, como, por ejemplo, un edificio que sólo se puede destinar a teatro o cine.

Debe destacarse en todo caso que la nueva LS, al igual que la legislación precedente, parte del principio de equidistribución, o distribución equitativa, de beneficios y cargas derivados del planeamiento entre todos los propietarios afectados por cada actuación urbanística, en proporción a sus aportaciones (art. 9.3). De hecho, aquí la imposibilidad de equidistribución y el carácter singular de la limitación son una misma cosa, pues si es posible aquella distribución, la limitación ya no es singular⁵⁴.

⁵⁴ Así, GONZÁLEZ PÉREZ, Ob. Cit., pág. 776.

Por ello, como aclara la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1992 (Ar. 3016), «es preciso que quien pida la indemnización haya agotado, sin éxito, todas las vías legalmente establecidas al efecto, porque sólo así quedará acreditado el carácter no discutible de la carga o vinculación impuesta».

En el mismo sentido, la Sentencia de 11 de febrero de 1985 (Ar. 1019) recuerda que «el propietario urbano encuentra en una situación jurídica de interdependencia con los otros propietarios (en especial con los encuadrados en el mismo polígono o unidad urbanística de actuación) en razón de una correlación necesaria e indispensable u efectos del cumplimiento de las obligaciones o cargas consustanciales al ordenamiento urbanístico (distribución de beneficios y cargas), y sólo en el caso en que la efectividad del daño resulte de imposible compensación a través de las técnicas prescritas por la ley para lograr la equitativa distribución de beneficios y cargas (aprovechamiento medio, reparcelación, indemnización sustitutoria, compensación, etc.) cabe acudir a este procedimiento singular dado que para que el daño sea real y actual, esto es, indemnizable, es preciso que quien pida la indemnización haya agotado, sin éxito, todas las vías legalmente establecidas al efecto, porque sólo así quedará acreditado el carácter de no distribuible de la carga o vinculación impuesta (los daños eventuales o presumibles no son indemnizables, dictámenes del Consejo de Estado de 26 de junio de 1969 y 6 de julio de 1966, etc.) a todo tipo de suelo urbano (edificado o no)».

La prueba de la imposibilidad del juego de los instrumentos de equidistribución de beneficios y cargas corresponde a quien reclama la indemnización, sobre la base del antiguo artículo 1214 del Código Civil (actualmente, art. 217 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil), que da lugar a que cada parte soporte la carga de acreditar el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor.

Así lo declara la Sentencia de 20 de marzo de 1989 (Ar. 2240), al tiempo que afirma que «normalmente tal prueba exigirá la espera a la fase de ejecución»,⁵⁵ si bien en el caso concreto, atendiendo a las pruebas practicadas, que hagan presumir la imposibilidad de la distribución mencionada, y a la luz del principio de buena fe, es admisible la inversión de la carga de la prueba «trasladando la necesidad de probar a quien tenía más facilidad para ello» (la Administración)⁵⁶.

⁵⁵ Respecto, precisamente, al hecho de que a menudo haya que esperar a la fase de gestión para que la lesión pueda apreciarse y la reclamación pueda ser ejercitada, nos remitimos a lo expuesto al tratar de la alteración del planeamiento.

⁵⁶ Dice así: «cuando para una de las partes resulta más fácil que para la otra el acreditamiento de un hecho, ello ha de repercutir sobre aquella carga trasladando la necesidad de

En cualquier caso, la indemnización exige la valoración pormenorizada de todas las circunstancias concurrentes. Como explican las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1985 (Ar.1019), 26 de febrero de 1992 (Ar. 3016) y 6 de julio de 1995 (Ar. 5527): «Debe afirmarse con carácter general, la necesidad de una valoración pormenorizada de las circunstancias concurrentes en cada caso para apreciar la existencia o no de lesión o perjuicio indemnizable, dado que la restricción en el uso o en la intensidad del aprovechamiento no tiene por qué generar, sin más, una menor valoración en el mercado (conservación de formas y fachadas, mantenimiento del mismo volumen, etc.), unido a que el importe de una eventual indemnización dependerá de varios factores y entre ellos del nivel de aprovechamiento del sector de situación y del número de los inmuebles afectados singularmente por este tipo de limitaciones, ya que en el caso de una cierta flexibilidad en los unos, manteniendo el volumen, eliminará en gran parte la posibilidad de indemnización».

5. INDEMNIZACIÓN DE LA FACULTAD DE PARTICIPAR EN ACTUACIONES DE NUEVA URBANIZACIÓN

5.1. Planteamiento

Fuera del art. 30, relativo a los supuestos indemnizatorios, los arts. 24 y 25 de la nueva Ley regulan, según sus rúbricas, la indemnización de la facultad de participar en actuaciones de nueva urbanización y la indemnización de la iniciativa y la promoción de actuaciones de urbanización o de edificación.

Tales indemnizaciones son aplicables no sólo en caso de expropiación sino también, desde luego, a los supuestos de responsabilidad patrimonial, pues están incluidos en el título III, de las valoraciones, aplicable tanto a la expropiación y ventas forzosas como a la responsabilidad patrimonial, así como, de forma supletoria, a los procesos de equidistribución.

Pero téngase en cuenta que no son supuestos indemnizatorios sino reglas valorativas, esto es, deben partir de una expropiación o de un supuesto de responsabilidad patrimonial.

En particular, estas indemnizaciones, que parten de que se impida el ejercicio de esta facultad o se alteren las condiciones de su ejercicio

probar a quien tenía más facilidad para ello: la imposibilidad de la justa distribución de los beneficios y cargas del planeamiento es un hecho negativo y el positivo contrario: la posibilidad de aquella distribución no tendría que resultar difícil para un Ayuntamiento que cuenta con la importante organización del apelante».

modificando los usos del suelo o reduciendo la edificabilidad (art. 24.1 b) LS), serán aplicables al supuesto de la letra a) del art. 30, ya examinado, relativo a una alteración de las condiciones de ejercicio de la ejecución de la urbanización o de las condiciones de participación de los propietarios, así como al supuesto de la letra b) del mismo artículo, por vinculaciones o limitaciones singulares que conlleven restricción de edificabilidad o uso, no susceptible de redistribución. Razón esta por la que ubicamos su estudio detrás de dichos supuestos.

5.2. Requisitos

Pues bien, conforme al art. 24.1 LS, «procederá valorar la facultad de participar en la ejecución de una actuación de nueva urbanización cuando concurren los siguientes requisitos»:

«a) Que los terrenos hayan sido incluidos en la delimitación del ámbito de la actuación y se den los requisitos exigidos para iniciarla o para expropiar el suelo correspondiente, de conformidad con la legislación en la materia».

Es preciso así que exista una actuación ya delimitada (ámbito, sector, polígono, etc.), lo que en la legislación vigente a la entrada en vigor de la nueva LS supone, al menos, un suelo urbanizable delimitado o sectorizado. Y, además, que se den los requisitos necesarios para iniciar la actuación (o expropiar el suelo).

Según el art. 14.2 de la propia Ley, «a los solos efectos de lo dispuesto en esta Ley, las actuaciones de urbanización se entienden iniciadas en el momento en que, una vez aprobados y eficaces todos los instrumentos de ordenación y ejecución que requiera la legislación sobre ordenación territorial y urbanística para legitimar las obras de urbanización, empiece la ejecución material de éstas». Esto es, no sólo exige plan general, plan de sectorización en su caso, plan parcial, reparcelación cuando proceda y proyecto de urbanización sino también la iniciación de las obras en su sentido físico o material. De forma que, si entendemos que el inicio de la actuación a los efectos del art. 24 es el referido en el art. 14.2, la indemnización exigiría todos los pasos expuestos salvo el inicio de las obras, regla que, sin embargo, nos parece excesiva (pues dejaría sin indemnizar supuestos bien cercanos, p.ej. a la espera únicamente de la aprobación definitiva del proyecto de urbanización, con una diferencia que no parece justifique el distinto trato) y sería, por otro lado, de escasa aplicación, pues atendería úni-

camente a aquellos supuestos en que el inicio material de la actuación está plenamente autorizado pero no se ha producido todavía.

Por ello, entendemos que una interpretación lógica debe llevar a considerar que la actuación es susceptible de ser iniciada cuando, delimitado o sectorizado ya el ámbito correspondiente, concurre también la ordenación pormenorizada (que fija ya unos aprovechamientos concretos en el sector) y abre su ejecución, aunque ésta dependa todavía de algunas actuaciones jurídicas (como la designación o constitución del urbanizador, la reparcelación o el proyecto de urbanización). Esto es, cuando terminada la fase de planeamiento puede ya iniciarse la fase de ejecución o gestión del mismo. Dos fases claramente diferenciadas en la legislación urbanística, tanto en la legislación estatal aprobada en su día (Ley del Suelo de 1976 y, respectivamente, Reglamento de Planeamiento y Reglamento de Gestión) como en la vigente legislación autonómica.

De hecho, la propia LS contempla también como «dies a quo» el momento en que el suelo pueda ser expropiado, lo que la Ley no concreta. El art. 28.2 de la LS recoge la tradicional declaración implícita de utilidad pública y necesidad de ocupación por la aprobación del planeamiento, por lo que «las actuaciones previstas en los planes urbanísticos no necesitan, a efectos de la legitimación de las expropiaciones necesarias, ninguna declaración expresa y específica de utilidad pública o interés social» (STS 28-5-1997, Ar. 3949). Es más, en principio, cualquier plan urbanístico goza de eficacia legitimadora, por lo que, con los requisitos que en cada caso correspondan, la eficacia legitimadora de las expropiaciones puede predicarse tanto de los planes parciales y los planes especiales como incluso, directamente, del plan general (Cfr. STS 17-6-1985, Ar. 4130, y 24-10-1983, Ar. 4946).

«b) Que la disposición, el acto o el hecho que motiva la valoración impida el ejercicio de dicha facultad o altere las condiciones de su ejercicio modificando los usos del suelo o reduciendo su edificabilidad».

Aquí tendríamos, aparte de la expropiación forzosa y como ya hemos señalado, los supuestos indemnizatorios de las letras a) y b) del art. 30 de la nueva LS.

«c) Que la disposición, el acto o el hecho a que se refiere la letra anterior surtan efectos antes del inicio de la actuación y del vencimiento de los plazos establecidos para dicho ejercicio, o después si la ejecución no se hubiera llevado a cabo por causas imputables a la Administración».

En esta letra c) se exige que el motivo de la indemnización surta efectos antes del inicio de la actuación. Si la actuación ya está iniciada, no es que no proceda la indemnización sino que será la prevista en el art. 25.2, que luego examinaremos, y es notoriamente superior.

Asimismo, como en otras reglas (p.ej. art. 30 a) LS) si el plazo ha transcurrido por demora imputable a la Administración se asimila al supuesto de que el plazo todavía no haya vencido. Nos remitimos a lo ya expuesto, bastando recordar lo difícil que es que los tribunales admitan que la demora es imputable a la Administración.

«d) Que la valoración no traiga causa del incumplimiento de los deberes inherentes al ejercicio de la facultad».

Con lo que quedan excluidos los supuestos de expropiación forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad.

5.3. Indemnización

De conformidad con el art. 24.2 LS, «La indemnización por impedir el ejercicio de la facultad de participar en la actuación o alterar sus condiciones será el resultado de aplicar el mismo porcentaje que determine la legislación sobre ordenación territorial y urbanística para la participación de la comunidad en las plusvalías de conformidad con lo previsto en la letra b) del apartado primero del artículo 16 de esta Ley:

a) A la diferencia entre el valor del suelo en su situación de origen y el valor que le correspondería si estuviera terminada la actuación, cuando se impida el ejercicio de esta facultad.

b) A la merma provocada en el valor que correspondería al suelo si estuviera terminada la actuación, cuando se alteren las condiciones de ejercicio de la facultad».

Esto es, se aplica el mismo porcentaje de participación de los Ayuntamientos en las plusvalías, porcentaje que la nueva LS fija, como regla general, entre un 5 y un 15% (y que, en general, las Comunidades Autónomas tienen establecido en el tradicional 10%). Pero es una pura coincidencia, pues este porcentaje es el que se abona al propietario que no puede continuar con el desarrollo del proceso urbanizador. Y por ser pura coincidencia (ya que nada tiene que ver la participación de la Comunidad en las plusvalías con la indemnización por

la pérdida de la expectativa no del 10 sino del 90% de las plusvalías), se genera una cierta desigualdad en la determinación de estas indemnizaciones en función de las distintas Comunidades Autónomas que, si bien puede tener sentido en cuanto a un aspecto urbanístico como es el porcentaje de aprovechamiento a favor del Ayuntamiento (que no puede fijar de forma exacta el Estado según la STC 61/1997), no tiene igual sentido cuando hablamos de las garantías de la expropiación forzosa o el sistema común de responsabilidad de la Administración (que son claras competencias estatales al amparo del art. 149.1.18 de la Constitución).

En cualquier caso, ese porcentaje se aplica bien al cien por cien de la diferencia entre el valor del suelo con la actuación terminada (determinado por el método residual o el de comparación, conforme al art. 23 LS para el suelo urbanizado) y el valor de origen (esto es, como rústico conforme al art. 22 LS), si se pierde completamente la facultad de promover la urbanización, sea por pérdida total de edificabilidad o cambio de sistema que deje fuera al interesado, o bien a la merma correspondiente cuando no hay pérdida total sino sólo restricción.

6. INDEMNIZACIÓN DE LA INICIATIVA Y LA PROMOCIÓN DE ACTUACIONES DE URBANIZACIÓN O DE EDIFICACIÓN

6.1. Gastos y costes a indemnizar

El art. 25 de la nueva Ley del Suelo regula, en su primer apartado, la indemnización de gastos y costes que deben indemnizarse por devenir inútiles, sea por expropiación o por algún supuesto de responsabilidad patrimonial (p.ej. supresión o reducción del aprovechamiento, cambio de uso, cambio del sistema de ejecución, etc.).

Así, dispone que «cuando devengan inútiles para quien haya incurrido en ellos por efecto de la disposición, del acto o del hecho que motive la valoración, los siguientes gastos y costes se tasarán por su importe incrementado por la tasa libre de riesgo y la prima de riesgo:

a) Aquéllos en que se haya incurrido para la elaboración del proyecto o proyectos técnicos de los instrumentos de ordenación y ejecución que, conforme a la legislación de la ordenación territorial y urbanística, sean necesarios para legitimar una actuación de urbanización, de edificación, o de conservación o rehabilitación de la edificación.

b) Los de las obras acometidas y los de financiación, gestión y promoción precisos para la ejecución de la actuación.

c) Las indemnizaciones pagadas» (como las que deben abonarse a los titulares de derechos en el ámbito o sector que deban extinguirse).

Esta regla no distingue según que la actuación esté iniciada o no (art. 24 y 25.2, respectivamente). Ni siquiera, a diferencia del art. 24, reclama que la actuación puede ser ya iniciada, aunque lógicamente los gastos y costes estarán en función del grado de desarrollo del proceso urbanístico.

El importe del gasto o coste se incrementa por dos conceptos empleados por la nueva Ley para valorar la anticipación de gastos (tasa libre de riesgo, como medida del riesgo sistemático, asociado al riesgo del mercado como un todo, siendo en el ámbito mundial la tasa libre de riesgo por excelencia la que ofrecen los bonos del tesoro de los Estados Unidos) y el riesgo en sí mismo de acometer un gasto sin tener seguridad de su resultado (prima de riesgo, que es la rentabilidad incremental que un inversor exige a una determinada inversión por encima de la renta fija sin riesgo, p.ej. bonos del tesoro). Tasas o primas que se supone vendrán desarrolladas reglamentariamente (disposición final tercera LS), pero que, entretanto, podrán determinarse conforme a la supletoria Orden del Ministerio de Economía 805/2003 (disposición transitoria tercera.3), conforme a la cual la tasa o tipo libre de riesgo es el tipo de interés nominal adecuado al riesgo del proyecto de inversión y que atienda, en particular, a su volumen y grado de liquidez, a la tipología del inmueble, a sus características y ubicación y al riesgo previsible en la obtención de rentas, mientras que la prima de riesgo será determinada a partir de la información sobre promociones inmobiliarias de que se disponga, mediante la evaluación del riesgo de la promoción, teniendo en cuenta el tipo de activo inmobiliario, su ubicación, liquidez, plazos de ejecución así como el volumen de inversión necesario (arts. 32 y 38).

La precedente LSV contenía una redacción más sencilla, en su artículo 44.1, al establecer que «serán en todo caso indemnizables los gastos producidos por el cumplimiento de los deberes inherentes al proceso urbanizador, dentro de los plazos establecidos al efecto, que resulten inservibles como consecuencia de un cambio de planeamiento o por acordarse la expropiación».

Esta indemnización por haber incurrido en gastos inservibles en el proceso urbanizador había sido ya admitida por la jurisprudencia (STS de 17-6-1989, Ar. 4770; y 19-6-1991, Ar. 5259), sobre la base de

las reglas generales de la responsabilidad administrativa; y puede tener lugar como consecuencia de un cambio de planeamiento o por acordarse la expropiación.

Así, en primer lugar, en caso de cambio de la ordenación (actual art. 30 a) LS), se han considerado indemnizables los gastos de preparación de los instrumentos urbanísticos, aun sin haber adquirido todavía el derecho al aprovechamiento, por el principio de buena fe y confianza legítima aplicables al supuesto del particular que colabora con la Administración (art. 3.1 LAP) y la exigencia de equilibrio de prestaciones (STS 16-5-2000, Ar. 5487), lo que no es aplicable a todos los propietarios sino sólo a los que hayan desarrollado ciertas actuaciones sobre la base de la confianza en el plan (STS 21-3-1989, Ar. 2257; 9-12-1997, Ar. 667; y 17-2-1998, Ar. 1677).

Asimismo son indemnizables los gastos llevados a cabo en ejecución de un planeamiento anulado (STS 27-9-1999, Ar. 7930).

Debe precisarse que la legislación vigente a diferencia de la precedente, no limita los gastos abonables por la Administración a los relativos al proceso urbanizador, pues incluye también los del subsiguiente proceso de edificación. Ahora bien, mientras que los gastos inservibles propios del proceso de urbanización constituyen un concepto indemnizable que será imputable desde luego a la Administración, los que se correspondan con el proceso edificatorio se indemnizarán en principio por el conjunto de los propietarios si el ámbito respectivo se desarrolla por un sistema de compensación o cooperación y sólo se abonarán por la Administración en caso de expropiación o, si existe equidistribución urbanística, en defecto de ésta.

LASO BAEZA³⁷ concibe como gastos inservibles, a estos efectos, «todos aquellos en los que se pudiera incurrir en ejecución del planeamiento aplicable, cualquiera que fuera su naturaleza, es decir, tanto los gastos de elaboración y tramitación del planeamiento de desarrollo, como los específicos de la ejecución material de la urbanización, cuanto los de ejecución jurídica del planeamiento, esto es, los relativos a las operaciones de equidistribución», siempre, claro está, que exista una relación directa de causa a efecto entre los gastos y el planeamiento.

En cualquier caso, los gastos en cuestión deberán justificarse suficientemente (STS 22-12-1992, Ar. 10411).

A juicio de GONZÁLEZ PÉREZ³⁸, «si en el supuesto de cambio de planeamiento tiene sentido limitar la indemnización a los gastos que se hubieren hecho y fueren inútiles, no lo tiene en el supuesto de expropiación. Pues, al expropiarse y privarse al propietario del terre-

³⁷ Ob. Cit., págs. 162 y 163.

³⁸ Ob. Cit., pág. 783.

no, todos los realizados hasta ese momento serán inútiles para él, aunque pueden ser útiles para el beneficiario de la expropiación». Por ello, el carácter inútil o inservible del gasto ha de entenderse en un sentido subjetivo (para el propietario del terreno) y no en sentido objetivo (atendiendo al gasto en sí mismo, con independencia del propietario del terreno).

Agrega BELTRÁN AGUIRRE³⁹ que «la doctrina jurisprudencial viene exigiendo que los gastos se hayan realizado en la confianza de la subsistencia de la ordenación urbanística, pues de lo contrario, esto es, de conocerse o tenerse noticia de una próxima modificación que pudiera hacer inservibles los gastos, no procederá indemnización por quebrarse el requisito de la buena fe», con cita de la Sentencia de 16 de octubre de 1991 (Ar. 8372)⁴⁰.

También en este caso debe entenderse que es preciso que estos gastos inservibles a indemnizar se produzcan dentro de los plazos correspondientes o bien, si son extemporáneos, que el retraso sea imputable a la Administración.

6.2. Indemnización en caso de actuaciones iniciadas

A tenor del art. 25.2 LS, «Una vez iniciadas, las actuaciones de urbanización se valorarán en la forma prevista en el apartado anterior o en proporción al grado alcanzado en su ejecución, lo que sea superior, siempre que dicha ejecución se desarrolle de conformidad con los instrumentos que la legitimen y no se hayan incumplido los plazos en ellos establecidos. Para ello, al grado de ejecución se le asignará un valor entre 0 y 1, que se multiplicará:

a) Por la diferencia entre el valor del suelo en su situación de origen y el valor que le correspondería si estuviera terminada la actuación, cuando la disposición, el acto o hecho que motiva la valoración impida su terminación.

b) Por la merma provocada en el valor que correspondería al suelo si estuviera terminada la actuación, cuando sólo se alteren las condiciones de su ejecución, sin impedir su terminación.

³⁹ Ob. Cit., págs. 698 y 699.

⁴⁰ En caso de expropiación, sería concurrentemente aplicable el art. 36.2 LEF, sobre las mejoras anteriores, que no son indemnizables cuando se hubieran realizado de mala fe, esto es, con conocimiento de la próxima expropiación. Cfr. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, *El justiprecio...*, Ob. Cit., págs. 141 y ss.

La indemnización obtenida por el método establecido en este apartado nunca será inferior a la establecida en el artículo anterior y se distribuirá proporcionalmente entre los adjudicatarios de parcelas resultantes de la actuación».

Esta indemnización, que puede ser muy importante, tiene como mínimo el abono de los gastos del proceso urbanizador conforme a la regla anteriormente expuesta (como se señala al principio del precepto) y, al mismo tiempo, la indemnización prevista para las actuaciones no iniciadas como se precisa en el último párrafo del art. 25.2), de suerte que, para las actuaciones ya iniciadas, se aplicará la valoración superior que resulte de la aplicación del art. 24, 25.1 ó 25.2.

El inconveniente es que, precisamente, se exige que la actuación se haya iniciado, se encuentre ya en fase de ejecución, planteándose de nuevo si, por una interpretación sistemática (en una ley tan poco sistemática) con el art. 14.2 es necesario que las obras hayan comenzado físicamente⁶¹. Pues si es así habrá poco espacio para esta regla indemnizatoria: sólo sería aplicable a sectores en obras.

Al igual que en el supuesto de actuaciones no iniciadas (art. 24), el porcentaje o coeficiente que se toma en consideración (en este caso en función del grado de ejecución) se aplica bien al cien por cien de la diferencia entre el valor del suelo con la actuación terminada y el valor de origen (si se pierde completamente la facultad de promover la urbanización, sea por pérdida total de edificabilidad o cambio de sistema que deje fuera al interesado) o bien a la merma correspondiente (cuando no hay pérdida total sino sólo restricción).

Pero aquí no es un 10%, ni un 5 ni un 15 ni un 25% sino un coeficiente establecido en función del grado de ejecución que podría llegar al 100% (si se aplica el 1 por ejecución completa), con lo que en este supuesto, aparentemente, se podría obtener el 100% de la plusvalía, apreciación que debe corregirse con deducción del aprovechamiento que corresponda al Ayuntamiento (conforme al art. 16 b) LS).

Por lo demás, también en este caso es preciso que la ejecución se haya desarrollado en los plazos establecidos (o pasados los mismos por demora imputable a la Administración) y, por supuesto, de conformidad con los instrumentos que la legitimen.

⁶¹ Recordemos cómo esta cuestión (si la ejecución de la urbanización exige operaciones materiales o se inicia con operaciones jurídicas) ha sido también debatida en materia fiscal, habiendo prevalecido al final la exigencia de operaciones materiales (STS 19-4-2003, Ar. 4010); si bien se trata de reglas muy distintas, que obedecen a finalidades también distintas, por lo que no procede ninguna analogía, sólo poner de manifiesto que esta misma discusión se ha producido en otro ámbito.

6.3. Reglas especiales

La regla general consiste en el reparto de esta indemnización entre todos los propietarios, en función del principio de equidistribución. Pero existen, además, dos reglas especiales.

6.3.1. Retribución del promotor en dinero

La primera es la relativa al supuesto que se produce «cuando el promotor de la actuación no sea retribuido mediante adjudicación de parcelas resultantes, [en cuyo caso] su indemnización se descontará de la de los propietarios y se calculará aplicando la tasa libre de riesgo y la prima de riesgo a la parte dejada de percibir de la retribución que tuviere establecida» (art. 25.3 LS).

Esto es, si el «agente urbanizador» no es retribuido mediante parcelas, que retienen los propietarios, a estos se les debe descontar la indemnización de aquél. Y esta indemnización se calcula aplicando a la retribución esperada (o la parte dejada de percibir si percibe otra parte) la tasa libre de riesgo y la prima de riesgo, conceptos a los que ya hemos hecho referencia al tratar del cómputo de los gastos y costes de urbanización.

6.3.2. Propietarios incumplidores

Por otro lado, «los propietarios del suelo que no estuviesen al día en el cumplimiento de sus deberes y obligaciones, serán indemnizados por los gastos y costes a que se refiere el apartado 1, que se tasarán en el importe efectivamente incurrido» (art. 25.4 LS).

Esto es, los incumplidores no perciben nunca la importante indemnización contemplada en el art. 25.2 LS. Con todo, entendemos que, a pesar de la literalidad del precepto, el incumplimiento debería ser sustancial. Un pequeño retraso en una pequeña cantidad no debería impedir el abono de dicha indemnización (con los descuentos que procedan), salvo que queramos incurrir en grave infracción del principio de proporcionalidad.

Por otro lado, si los incumplidores sólo tienen derecho al resarcimiento de los gastos, en la parte en que los hayan cubierto, la indemnización de los demás propietarios sigue pudiendo ser el mayor de los siguientes valores: (i) el abono de los gastos sufragados, proporcionalmente, o (ii) el incremento de valor en los términos señalados y referidos a la propiedad de cada interesado, por lo que la exclusión de los incumplidores no les perjudica ni beneficia.

7. MODIFICACIÓN O EXTINCIÓN DE LICENCIAS

7.1. Planteamiento

En otro orden de cosas, el artículo 30 c) LS contempla la indemnización derivada de «La modificación o extinción de la eficacia de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, determinadas por el cambio sobrevenido de la ordenación territorial o urbanística».

Su inmediato precedente venía constituido por el art. 42 LSV, que trataba, según su rúbrica, de la «indemnización por alteración del planeamiento, con licencia en vigor», en el que, junto a lo previsto en general respecto de la alteración del planeamiento (antiguo art. 41 LSV, actualmente letra a) del art. 30 LS), contemplaba también las consecuencias de la repercusión del cambio de ordenación en las licencias en vigor.

Siguen siendo fundamentalmente licencias los ahora llamados, de forma más genérica, «títulos administrativos habilitantes de obras y actividades», en cuanto la licencia urbanística es un acto administrativo de autorización cuyo objeto y finalidad es comprobar si la actuación proyectada por el interesado se ajusta a las exigencias del interés público urbanístico, previstas y reguladas en la ordenación vigente (STS 8-6-1999), si bien la nueva redacción, más amplia, puede incluir en su literalidad autorizaciones y permisos (que no son distintos conceptualmente de las licencias) e incluso aprobaciones, proyectos o concesiones administrativas. Con todo, la finalidad de la norma (elemento interpretativo preponderante al amparo del art. 3.1 del Código Civil) ya permitía incluir tales supuestos.

7.2. Requisitos

En el presupuesto de la regla que ahora vamos a estudiar, se parte de la titularidad de una licencia (o, en términos más genéricos, título administrativo habilitante de obras o servicios) al tiempo de la entrada en vigor de la nueva ordenación, pues el cambio es «sobrevenido». Y, lógicamente, que el proyecto de edificación sobre el que recayó la licencia sea disconforme con la nueva ordenación⁶², pues si la nueva ordenación ampara la licencia anterior no habría lugar a indemnización alguna.

⁶² GONZÁLEZ PÉREZ, Ob. Cit., págs. 768 y 769.

No lo especifica el art. 30 c) de la LS pero es preciso que la edificación no esté concluida pues si está concluida habrá una situación fuera de ordenación, que es sólo indemnizable si no puede continuarse con el uso, en los términos antes expuestos (art. 30 a), segundo párrafo, LS de 2007, y 64 b) LSCM) de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid).

De otro lado, como apunta BELTRÁN AGUIRRE⁶³, también es preciso que no haya transcurrido el plazo para edificar, esto es, que la licencia esté en vigor, pues en caso contrario se extingue el derecho a edificar y ya no procede indemnización alguna.

La LSV, a diferencia de la nueva Ley, distinguía entre los supuestos en que la edificación se hubiera iniciado o no, lo que no diferencia la Ley vigente. Con la LSV, en los supuestos de edificación no iniciada se imponía la extinción o modificación, mientras que si la edificación ya estaba iniciada existía un margen de discrecionalidad a favor de la Administración, que podía extinguir o modificar la licencia. Pero estas cuestiones parecen más propias del legislador urbanístico (autonómico) que del sistema de responsabilidad común de las Administraciones urbanística y, seguramente por ello, la nueva Ley no entra en esta disquisición.

7.3. Procedimiento

Para este supuesto, el artículo 159 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid previene que «cuando las licencias urbanísticas resulten sobrevenidamente disconformes con el planeamiento urbanístico, en virtud de la aprobación de un nuevo Plan de Ordenación Urbanística o de la revisión o modificación del vigente al tiempo del otorgamiento de aquéllas, y las obras no hubieran aún concluido, el Ayuntamiento, de oficio o a petición de la Consejería competente en materia de ordenación urbanística: a) Declarará, motivadamente, la disconformidad; declaración, que conllevará la inmediata suspensión de las obras o de los usos por plazo máximo de dos meses. b) Dentro del período de vigencia de la suspensión legal y previa audiencia del interesado o interesados, revocará la licencia en todo o en parte, determinando, en su caso, los términos y condiciones en que las obras ya iniciadas o los usos que venían desarrollándose puedan ser terminadas o continuar desarrollándose, respectivamente, con fijación, en

⁶³ Ob. Cit., pág. 679.

su caso, de la indemnización a que por los daños y perjuicios causados hubiera lugar».

La Ley madrileña, tomada como ejemplo, habla de revocación total o parcial, que equivaldrían, respectivamente, a los términos extinción y modificación de la nueva LS. A este respecto, convenimos con LASO BAEZA⁶⁴ en que la modificación de la licencia debe corresponderse con supuestos de discrepancia no sustancial entre la nueva y la anterior ordenación, mientras que la extinción correspondería en los supuestos de radical incompatibilidad.

Siguiendo a LASO BAEZA⁶⁵, podemos observar que este caso tiene la peculiaridad de que, por lo general, la procedencia o no de la indemnización se determinará en el mismo procedimiento de revisión/extinción/modificación (acumulación de procedimientos que también imponía expresamente la LSV pero sobre la que la nueva LS guarda silencio). Siendo así, nos encontraríamos ante un procedimiento iniciado de oficio por la Administración (el de revisión/extinción/modificación). Pueden, no obstante, existir situaciones en las que la Administración no reaccione debidamente ante las consecuencias que debería ocasionar la nueva ordenación, en cuyo caso queda la acción pública (art. 4 f) LS). En cuanto al procedimiento administrativo, GONZÁLEZ PÉREZ⁶⁶ estima que el procedimiento a seguir es el propio de la determinación de la responsabilidad patrimonial (arts. 142 y 143 LAP y RPRP), porque «éste es un procedimiento formalizado», por lo que habría que seguir «los trámites en él previstos, si bien ampliándose la instrucción a acreditar los presupuestos de la indemnización que establece el artículo comentado». También entiende aplicable dicho procedimiento BELTRÁN AGUIRRE⁶⁷.

A nuestro juicio, lo que la doctrina jurisprudencial exige (pues la Ley ya no impone la acumulación) es únicamente que el derecho a la indemnización se reconozca como requisito para la revocación de la licencia (STS 26-2-1982 y 2-3-1982, Ar. 1653 y 1687), no que se siga un determinado procedimiento, por lo que al tener la indemnización un carácter accesorio respecto de la extinción o modificación de la licencia no tiene por qué aplicarse el procedimiento de responsabilidad patrimonial sino el aplicable para la declaración de ineficacia de aquélla.

Respecto de la naturaleza jurídica de la pérdida de eficacia de las licencias en estos supuestos, podría considerarse que estamos ante

⁶⁴ Ob. Cit., pág. 154.

⁶⁵ Ob. Cit., pág. 153.

⁶⁶ Ob. Cit., pág. 769.

⁶⁷ Ob. Cit., págs. 680 y 681.

una revisión de licencias por su ilegalidad sobrevenida, con indemnización, pero la mejor doctrina prefiere englobar estos supuestos en el concepto de revocación⁶⁸.

En torno a esta cuestión, BELTRÁN AGUIRRE⁶⁹ considera que la regulación del artículo 42 LSV (y ahora el art. 30 c) LS), como más especial, desplaza la del artículo 16 RSCL⁷⁰, que devendría inaplicable en el ámbito urbanístico⁷¹. A tal efecto cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 1990 (Ar. 6831), la cual considera el supuesto del artículo 16 RSCL como de revocación por razones de oportunidad, compatible con las reglas generales de procedimiento administrativo por su especialidad, pero lo limita en el ámbito urbanístico, precisamente, al supuesto de alteración del planeamiento, diciendo que «la adopción de nuevos criterios de apreciación en el ámbito urbanístico exige su plasmación en el plan: es la modificación o revisión del planeamiento la que habilita para la revocación de las licencias anteriores. Estas licencias, en cuanto actos declarativos de derechos que son, subsisten aunque se produzca una alteración del plan pero ésta permita la revocación de aquellas —SS. 17 marzo 1989, 12 junio 1990, etc.—».

En particular, cabe destacar que frente al carácter potestativo del artículo 16 RSCL, el art. 159 LSCM (al igual que el art. 42 LSV precedente para la edificación no comenzada) impone la revocación cuando proceda, pudiendo considerarse aplicables al primer caso y no al segundo los límites del artículo 106 LAP para la revisión de los actos de la Administración.

7.4. Indemnización

En todo caso, procede la correspondiente indemnización. La correspondiente a la reducción del aprovechamiento o edificabilidad o los usos ya vendrá compensada por la letra a) del mismo art. 30 de la Ley del Suelo, con independencia de la titularidad de la licencia u otro título habilitante.

⁶⁸ Cfr. LLISET BORRELL, LÓPEZ PELLICER y ROMERO HERNÁNDEZ, *Ley del Suelo. Comentarios al Texto Refundido de 1992*, Ed. Abella, El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, Madrid, 1993, vol. II, pág. 417. Cfr. también lo expuesto en el Capítulo XXVI.

⁶⁹ Ob. Cit., págs. 677 y 678.

⁷⁰ Cfr. Capítulo XXVI.

⁷¹ En cuanto a qué licencias tengan carácter urbanístico, habrá que estar a la correspondiente legislación de este ámbito. Cabe citar, por ejemplo, el artículo 151 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, de 17 de julio de 2001.

Para BELTRÁN AGUIRRE⁷², si la reducción del aprovechamiento es total, la indemnización deberá ser equivalente al contenido económico del derecho a edificar ya adquirido por la obtención de la licencia que ahora se revoca, siendo el perjuicio indemnizable la diferencia existente entre el valor de la parcela sobre la que se proyectaba la edificación antes y después de la modificación del planeamiento de acuerdo con las normas de valoración de la LSV⁷³, mientras que si es parcial, consistirá en el beneficio industrial de la parte de la construcción que no puede ejecutarse por la reducción del aprovechamiento. Y, en caso de edificación comenzada, habrá que añadir el coste de la obra ejecutada y no utilizable, el coste del material que ya no pueda ser aprovechado para otro objetivo o su demérito y los gastos de demolición, con el de las obras que sean necesarias para evitar posibles daños derivados de la demolición. Por su parte, GONZÁLEZ PÉREZ⁷⁴ afirma que pueden incluirse aquí las inversiones realizadas cuando la edificación hubiese comenzado tales como los gastos del proyecto, los honorarios por la dirección de las obras, los pagos hechos a los contratistas por las obras ejecutadas y la indemnización por la rescisión de los contratos⁷⁵.

8. ANULACIÓN, DEMORA INJUSTIFICADA O DENEGACIÓN IMPROCEDENTE DE LICENCIAS

8.1. Planteamiento

La última letra (d) del art. 30 de la nueva Ley del Suelo prescribe como supuesto indemnizatorio «la anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, así como la demora injustificada en su otorgamiento y su denegación improcedente. En ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado». Redacción prácticamente idéntica a la del anterior artículo 44.2 LSV, según el cual «cuando se produzca la anulación de una licencia, demora injustificada en su otorgamiento o su denegación improcedente, los perjudicados podrán reclamar

⁷² Ob. Cit., págs. 681 y 682.

⁷³ GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, *El justiprecio...*, Ob. Cit., págs. 145 y ss.

⁷⁴ Ob. Cit., pág. 770.

⁷⁵ Por su parte, Pedro GONZÁLEZ SALINAS, Ob. Cit., pág. 160, incluye: «gastos del proyecto, dirección de las obras, pagos hechos a los contratistas por las obras ejecutadas, indemnización por la rescisión de los contratos... adaptación del proyecto técnico a la nueva ordenación, coste de la obra ejecutada y no utilizable, coste del material que ya no pueda ser aprovechado para otro objetivo y su demérito...».

de la Administración el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, en los casos y con la concurrencia de los requisitos establecidos en las normas que regulan con carácter general dicha responsabilidad. En ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado».

Prácticamente el único cambio es hablar de títulos administrativos habilitantes de obras y actividades», esto es, ordinariamente licencias, al igual que en el supuesto anterior.

Adicionalmente, para los casos de anulación de una licencia, demora injustificada en su otorgamiento o denegación improcedente de la misma, la LSV se remite expresamente a las normas generales de la responsabilidad patrimonial de la Administración, remisión que no añadía nada y cuya falta no modifica el régimen normativo aplicable.

8.2. Excepción: culpa del perjudicado

Tanto la ley anterior como la nueva añaden que «en ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado». No procede, pues, aquí, plantear una moderación de la responsabilidad por la concurrencia de culpas sino que, por mandato expreso de la ley, queda excluida la responsabilidad patrimonial de la Administración en tales supuestos, limitados, sin embargo, al dolo o culpa grave, de suerte que, como apunta BELTRÁN AGUIRRE⁷⁶, la concurrencia de culpa no grave por parte del peticionario de la licencia puede limitar la responsabilidad de la Administración pero no la excluye (STS 17-11-1988, Ar. 9128; y 30-10-1990, Ar. 8338), de acuerdo con la doctrina jurisprudencial sobre concurrencia de causas o culpas.

Por lo que se refiere a la gravedad de la conducta del perjudicado, es preciso que «sea tan intensa que la licencia no se hubiera dado sin ella y que se proyecte sobre el procedimiento de concesión, puesto que las normas urbanísticas obligan a la Administración y a los administrados y el Ayuntamiento no puede prescindir de un examen acabado para comprobar si el proyecto está o no conforme con el plan» (STS 22-11-1985, Ar. 473; y 30-9-1987, Ar. 6552).

De acuerdo con la Sentencia de 30 de enero de 1987 (Ar. 2032), la prueba de la existencia de dolo o culpa grave ha de correr a cargo de quien la alegue, como causa de exoneración. «Y si es cierto que

⁷⁶ Ob. Cit., págs. 702 y 703.

cuando se otorga una licencia que infrinja el ordenamiento, lo es a petición del interesado y como regla de conformidad con el proyecto presentado, por lo que hace difícil la posibilidad de alegar desconocimiento de la infracción (salvo en casos de ordenaciones urbanísticas incompletas o confusas, etc.). Sin embargo, ello no es suficiente ... sino que exige la existencia de dolo o culpa grave imputable al administrado, no bastando que el peticionario tuviera conocimiento de la infracción o ilegalidad en que incurriera el proyecto presentado para que produzca la exención de responsabilidad, sino que estos conceptos haya que entenderlos en relación con la conducta o actuación del particular-peticionario dentro del procedimiento de concesión de licencia ya que la conciencia de ilegalidad por parte del interesado resulta insuficiente a estos efectos, por cuanto que la Administración municipal al otorgar la licencia no puede prescindir de un estudio completo de la petición para ver si se adecua o no al plan o norma urbanística aplicable en razón de los informes de sus propios técnicos».

Para GONZÁLEZ PÉREZ⁷⁷, sólo si el proyecto se presenta de tal modo que pueda inducir a error a la Administración cabe hablar de dolo, pero no lo sería y únicamente daría lugar a culpa grave presentar un proyecto en flagrante contradicción con un plan, aunque no sería tan flagrante cuando la Administración actuó en sentido estimatorio, salvo que existiera algo más grave —prevaricación—, incurriendo en responsabilidad penal.

Con todo, es necesario distinguir entre los supuestos de anulación de licencia, en los cuales se anula una licencia que era ilegal, y los de denegación improcedente o demora injustificada de la licencia, en los cuales, en principio, procedía conceder la licencia.

8.3. Anulación de licencias.

Por lo que se refiere a la anulación de licencias ilegales y la no indemnización de perjuicios hipotéticos, el artículo 38 del hoy supletorio Reglamento de Disciplina Urbanística, de 23 de junio de 1978, establece que «la procedencia de indemnización por causa de anulación de licencias en vía administrativa o contencioso-administrativa se determinará conforme a las normas que regulan con carácter general la responsabilidad de la Administración». Como sabemos, en general, la simple anulación de un acto no conlleva la existencia de perjuicios indemnizables de forma necesaria (art. 142.4 LAP).

⁷⁷ Ob. Cit., pág. 793.

No obstante, como dice la Sentencia de 30 de enero de 1987 (Ar. 2032), «la anulación de una licencia ocasiona a su titular unos daños y perjuicios ciertos y determinables, porque, en todo caso, supone la imposibilidad de continuar realizando la actividad autorizada e incluso puede llegarse a la demolición de lo realizado». En cuanto a la determinación de los perjuicios, la Sentencia de 20 de marzo de 1987 (Ar. 9845/89) expone que «las Sentencias de la Sala 4ª del TS de 20 de junio de 1976 (Ar. 4111), 14 de abril de 1981 (Ar. 1843) y 13 de octubre de 1981 (Ar. 4147) ... tienen establecida una doctrina ... que predica que cuando se emiten licencias de obras erróneas o indebidamente concedidas, debe satisfacerse al propietario o promotor de la edificación el valor de lo construido o el valor de la inversión económica realizada al amparo de las licencias después anuladas».

Más recientemente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1997 (Ar. 4412) considera que no debe resarcirse «la pérdida de beneficios derivada de la no explotación de la edificación que no pudo levantarse como consecuencia de la anulación de la licencia... de tal suerte que sólo son indemnizables los perjuicios consistentes en los gastos que las expectativas suscitadas por el otorgamiento indebido de la licencia pudo ocasionar».

8.4. Demora injustificada

Por otro lado, en el caso de demora injustificada en el otorgamiento de la licencia, hay que tener en cuenta que, si bien el interesado puede hacer uso del silencio administrativo positivo que en tales casos consagran los artículos 43 LAP, 178.3 LS de 1976 y 9 RSCL, en ocasiones no le puede ser exigible llevar a cabo la actuación, bajo el escaso cobijo del silencio administrativo, máxime teniendo en cuenta que la jurisprudencia niega la existencia del silencio positivo cuando la licencia hubiera debido denegarse (Cfr. STS 30-4-1991, Ar. 3437; 18-10-1994, Ar. 7524; y 28-10-1997, Ar. 8196).

Así, BELTRÁN AGUIRRE⁷⁸ afirma que «desde estos presupuestos (silencio administrativo positivo) muy difícilmente puede hablarse de demora injustificada en el otorgamiento de licencias de edificación a efectos de postular una indemnización. No obstante lo anterior, también se ha convenido en que el otorgamiento de la licencia fuera del plazo habilitado por la vía del acto presunto positivo supone un retraso injustificado que puede causar daños y perjuicios al peticionario».

⁷⁸ Ob. Cit., pág. 704.

A este respecto es de interés, asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2000 (Ar. 2731) que niega que la Administración pueda oponer la prescripción derivada de haberse producido el perjuicio al tiempo del silencio administrativo (en tal caso negativo).

En cualquier caso, hay que subrayar que la demora ha de ser injustificada, de suerte que, siguiendo la fundamentación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1997 (Ar. 8196), no procede el resarcimiento cuando «las resoluciones municipales recaídas a raíz de las distintas peticiones del recurrente se produjeron con notable celeridad y que las sucesivas derogaciones o condicionamientos impuestos fueron debidamente razonados y obedecieron a una dificultad objetiva derivada de la aplicación de una norma urbanística» compleja. Y la negligencia de la Administración puede quedar compensada con la del peticionario (STS 19-10-1981, Ar. 4482; y 18-10-1988, Ar. 7853) o por la intervención de un tercero, como la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma (Cfr. STS 10-6-1986, Ar. 6761).

8.5. Denegación improcedente

Finalmente, parece que los casos de denegación improcedente de la licencia requieren una declaración administrativa o jurisdiccional de esa improcedencia, si bien, como es sabido, en el sistema de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ambas declaraciones (la de nulidad de la denegación de la licencia y la de la responsabilidad patrimonial) pueden reclamarse en el mismo proceso.

Si se reclama exclusivamente contra la denegación improcedente de la licencia, se dispondrá entonces de un año a contar desde la notificación de la Sentencia firme para reclamar la correspondiente indemnización (art. 142.5 LAP).

En estos casos, según MONTORO CHINER⁷⁹, la indemnización comprendería el mayor coste de la obra edificatoria o el beneficio económico dejado de percibir, siempre y cuando sean demostrables.

De conformidad con las Sentencias de 10 de junio de 1986 (Ar. 6761) y 15 de noviembre de 1989 (Ar. 8336), «si bien es cierto que toda denegación de una solicitud [en este caso de licencia urbanística] ocasiona siempre algún perjuicio al interesado, no procede apreciar responsabilidad de la Administración si no concurre una flagrante desatención normativa». En la misma línea se pronuncia la Sentencia de

⁷⁹ *La responsabilidad patrimonial de la Administración por actos urbanísticos*, 1983, pág. 185.

23 de noviembre de 1993 (Ar. 10050), aunque a ello cabe oponer el carácter objetivo de la responsabilidad extracontractual pública (art. 106.2 CE).

Además, la jurisprudencia entiende, a menudo, que no procede la indemnización en cuanto el peticionario puede repercutir los mayores costes en mayores expectativas de precios de venta (STS 4-4-1983, Ar. 551; 27-11-1987, Ar. 9323; y 10-5-1990, Ar. 4058); pero esta tesis es discutible, sobre todo si no estamos ante un negocio aislado sino un negocio en masa, en cadena (Cfr. STS 30-4-1991, Ar. 3437).

9. OTRAS INDEMNIZACIONES

9.1. Planteamiento

Los supuestos y reglas que se acaban de exponer no agotan la totalidad de los posibles supuestos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones urbanísticas, «ya sea —según apunta LASO BAEZA⁸⁰— porque coexistirán con regulaciones positivas que en estos momentos contemplan específicos supuestos indemnizatorios ... ya porque, junto a ellos, se darán todos aquéllos que, aun no regulados expresamente, sean encuadrables en el régimen general de la responsabilidad patrimonial de la Administración».

9.2. Otros supuestos indemnizatorios sobre licencias

De acuerdo con CHINCHILLA PEINADO⁸¹, entre otros supuestos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones urbanísticas, puede citarse, además, en primer lugar, la indemnización por la suspensión del otorgamiento de licencias que, como medida cautelar, prevé nuestra legislación urbanística en los procedimientos de modificación o revisión del planeamiento urbanístico, para evitar situaciones discrepantes con el nuevo planeamiento (art. 27.2 LS de 1976).

Aquí, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1996 (Ar. 5137), «lo trascendente para la procedencia del derecho a la indemnización es la imposibilidad de obtener una licencia por causa de una modificación del planeamiento posterior a la solicitud de aquélla». Ahora bien, de acuerdo con el citado autor, no en todo caso el solicitante tendrá derecho a la indemnización, pues si el pro-

⁸⁰ Ob. Cit., pág. 161.

⁸¹ Ob. Cit., págs. 80 y ss.

yecto presentado es manifiestamente contrario a la ordenación urbanística todavía en vigor no habrá lugar a ella si la propuesta de resolución de la solicitud ha sido ya adoptada cuando el acuerdo de suspensión sea publicado (STS 28-5-1996, Ar. 5479), apreciando tal circunstancia (STS 27-4-1989, Ar. 3299; 20-3-1990, Ar. 2246; y 4-6-1996, Ar. 5137).

En relación con esta cuestión, el artículo 109.7 de la Ley catalana de Urbanismo previene que en los supuestos de suspensión de tramitaciones y licencias por la tramitación de un nuevo planeamiento, sea la suspensión potestativa o preceptiva, «puede plantearse la indemnización del coste de los proyectos y, en su caso, el reintegro de las tasas municipales, si los proyectos resultan ineficaces, en todo o parte, como consecuencia de las nuevas determinaciones que pueda contener el planeamiento urbanístico que se apruebe definitivamente».

Todavía en relación con las licencias, GONZÁLEZ PÉREZ⁶² pone de manifiesto que no sólo puede derivarse una responsabilidad de la Administración por denegar indebidamente una licencia (art. 44.2 LSV) sino también por otorgarla pero condicionarla indebidamente (Cfr. STS 16-11-1982, Ar. 7277). Y que, asimismo, «la inactividad de la Administración o su pasividad ante las denuncias, reclamaciones e instancias de los administrados da lugar a que se consumen y materialicen —a veces de forma irreversible— infracciones urbanísticas, [por lo que] es indudable que tal conducta, en cuanto ocasione una lesión patrimonial, determinará el nacimiento de responsabilidad administrativa, que podrá exigirse a través del procedimiento general».

Asimismo, pueden derivar responsabilidades de las consultas urbanísticas (contempladas por el artículo 4 d) LS), pues la falta de vinculación de la información no libera a la Administración de su deber de facilitarla veraz y completa, por virtud del principio de confianza legítima (consagrado en el artículo 3.1 LAP, redactado por la Ley 4/1999). En caso de que la información no fuese veraz, cabría reclamar los perjuicios ocasionados por haber seguido sus indicaciones, lo que incluye el coste del proyecto basado en tal información y que resulta inviable (STS 29-9-1980, Ar. 3459; y 12-3-1996, Ar. 2211) e incluso otros perjuicios que puedan ser debidamente acreditados (STS 31-10-1981, Ar. 4004), en especial si como consecuencia de la información inexacta es denegada posteriormente la licencia (STS 8-5-1986, Ar. 4393; y 7-3-2000, Ar. 2731), así como, según CHINCHILLA PEINADO, los ocasionados por el desistimiento del proyecto motiva-

⁶² Ob. Cit., págs. 786, 787, 796 y 797.

do por la información inexacta. En cualquier caso, los perjuicios pueden ser sufridos y ser susceptibles de ser reclamados no sólo por el solicitante de la consulta sino también por otros interesados, dado el carácter real y no personal de las consultas (STS 12-3-1996, Ar. 2211; y 7-3-2000, Ar. 2731). Eso sí, si los terrenos, aun siendo inidóneos para el fin pretendido, fueren aptos para otra clase de aprovechamiento, sólo es indemnizable la diferencia (STS 7-3-2000, Ar. 2731).

9.3. Demora en instrumentos de ordenación o ejecución

Hemos visto anteriormente la posible responsabilidad de la Administración por la demora injustificada en el otorgamiento de licencias, sin que a estos efectos fuera excusa el silencio administrativo.

Un supuesto semejante, que constituye precisamente una de las novedades de la LS de 2007, es la previsión del art. 11.4, a cuyo tenor «cuando la legislación urbanística abra a los particulares la iniciativa de los procedimientos de aprobación de instrumentos de ordenación o de ejecución urbanística, el incumplimiento del deber de resolver dentro del plazo máximo establecido dará lugar a indemnización a los interesados por el importe de los gastos en que hayan incurrido para la presentación de sus solicitudes, salvo en los casos en que deban entenderse aprobados o resueltos favorablemente por silencio administrativo de conformidad con la legislación aplicable».

Aquí, más de licencias, normalmente sujetas al silencio administrativo, nos encontraremos con la iniciativa de tramitación de planes urbanísticos y de instrumentos de ejecución (p.ej. proyectos de urbanización o reparcelación), en los que el silencio puede ser negativo, en cuyo caso, como sanción al incumplimiento del deber de resolver de la Administración, ésta debe abonar los gastos en que se haya incurrido en la presentación de solicitudes. Gastos que, en cambio, no se abonan si el silencio es positivo.

9.4. Otros casos

Asimismo, el propio CHINCHILLA cita, como otros supuestos en que la actuación de la Administración urbanística puede generar responsabilidad patrimonial, los de la limitación de accesos⁶³, paraliza-

⁶³ Así, la Sentencia de 14 de diciembre de 2001 (Ar. 1481) declara la responsabilidad de la Administración pues la parcela ha quedado aislada y sin acceso directo, como consecuencia de la nueva configuración de la vía pública colindante, en ejecución de un plan par-

ción ilegal de obras y demolición de inmuebles, respecto de los cuales, a falta de normas especiales, habrá que estar al régimen general de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas contenido en los artículos 139 y ss. LAP.

cial del que el propietario está excluido, daño que no deriva de un acto ilícito pero que el propietario no está obligado a soportar.

EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO Y EL PERSONAL DE ADMINISTRACIÓN Y SERVICIOS DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS

POR
 JOSÉ LUIS GÓMARA HERNÁNDEZ
 DIRECTOR ASesoría JURÍDICA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
 ABOGADO DEL ESTADO

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN 2. NECESIDAD DE UN ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO. 2.1. Líneas esenciales de su regulación. 2.2. Consolidación de un modelo de Estado Descentralizado y su repercusión en el Empleo Público. 2.3. Coexistencia de un modelo dual de Empleo Público Funcionario-Laboral. 2.4. Inexistencia de un Cuerpo Normativo Sistemático y Completo. 2.5. Necesidad de instaurar un modelo que prime la Modernización Administrativa y la Excelencia en el Sector Público. 2.5.1. Evaluación del Empleado Público. 2.5.2. Evaluación del Personal Directivo. 2.6. Existencia de un mandato constitucional para aprobación de un Estatuto de la Función Pública. 3. EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO COMO NORMA JURÍDICA. 3.1. El EBEP como Legislación Básica. 3.1.1. Las Bases del Régimen Estatutario de los Funcionarios Públicos. 3.1.2. Bases y Coordinación General de la Planificación General de la Actividad Económica. 3.1.3. Legislación Laboral. 3.2. El Estatuto Básico del Empleado Público como Norma Directamente Aplicable. 3.3. El EBEP como Ley aplicable a todas las Administraciones Públicas. Ámbito de aplicación. 3.4. El Estatuto Básico del Empleado Público como Ley a desarrollar. 4. EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO Y LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS. 4.1. El Personal de Administración y Servicios Universitario y la LOU. Legislación Básica y Autonomía Universitaria. 4.2. ¿Deroga el EBEP los preceptos de la LOU relativos al personal de Administración y Servicios? 4.3. El EBEP y su desarrollo por las Universidades Públicas.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril (BOE núm 89, de 13 de abril), en los aspectos generales de su aplicación, sus principales novedades, así como su incidencia sobre el Personal de Administración y Servicios de las Universidades Públicas. Excede, por lo tanto, del objetivo pretendido el estudio de toda la regulación contenida en el mismo, que será, sin duda alguna, objeto de necesarios análisis monográficos en profundidad.

El EBEP parte de los trabajos de la Comisión de Expertos creada por Orden APU/3018/2004, de 16 de septiembre, por la que se constituyó la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, presidida por el Catedrático de Derecho Administrativo Miguel Sánchez Morón, siguiendo el modelo propio de los paí-

ses anglosajones de creación de comisiones, presididas por una personalidad de prestigio e independiente que elaboran un informe para el Parlamento¹.

Esta Comisión, a su vez, tuvo como precedentes más inmediatos el estudio elaborado por la Comisión de expertos para la realización de un informe sobre las principales líneas de reforma de las Administraciones Públicas, creada en la anterior legislatura por Orden de 25 de abril de 2003, y presidida por D. Fernando Sainz Moreno, así como el «Proyecto de ley sobre el Estatuto de la Función Pública», cuyo texto fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 5-7-1999 y que no llegó a ser aprobado.

Los trabajos de la Comisión de Expertos de 2004 tuvieron su plasmación en el Informe de 25 de abril de 2005, que dio lugar a los sucesivos anteproyectos de Ley del EBEP elaborados en el Ministerio para las Administraciones Públicas, que cuajaron en el Proyecto de Ley del EBEP aprobado por el Gobierno y presentado ante el Congreso de los Diputados en septiembre de 2006.

El Proyecto de Ley del EBEP ha sido objeto de una ardua tramitación parlamentaria, con la presentación de un total de 545 enmiendas a su articulado en el Congreso de los Diputados, y de 287 enmiendas en el Senado, así como una propuesta de veto; el texto definitivo ha sido aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados de 29 de marzo de 2007, con la aceptación de todas las enmiendas aprobadas por el Senado en su sesión de

21 de marzo del mismo año y publicado en el Boletín Oficial del Estado número 89, de 13 de abril, con una vacatio legis de un mes a contar desde dicha publicación.

No obstante, por su propia condición de legislación básica, el EBEP supone un punto y seguido en la regulación de la función pública en nuestro país, por cuanto que exige un adecuado desarrollo legislativo de conformidad con sus propias disposiciones, tanto por el Estado como por las distintas Comunidades Autónomas, e incluso por las distintas Administraciones Públicas incluidas en su ámbito de aplicación.

Así, y hasta que se produzca dicho desarrollo legal ha sido preciso el dictado de sendas Instrucciones por la Secretaría General para la Administración Pública del Ministerio de Administraciones Públicas fijando los criterios de interpretación en la determinación de los preceptos del EBEP que están en vigor y son directamente aplicables, así como para dictar las normas para la aplicación del artículo 25 del

¹ La carrera de los funcionarios en el Estudio del Estatuto Básico del Empleado Público. JOSÉ IGNACIO SARMIENTO LARRAUL. Actualidad Administrativa. Número 2, enero 2006.

Estatuto que establece el reconocimiento de trienios a los funcionarios interinos².

2. NECESIDAD DE UN ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

2.1. Líneas esenciales de su regulación

El EBEP trata de configurar un nuevo modelo de empleo público con la finalidad de dotar a las distintas Administraciones de los factores organizativos propios que les permitan satisfacer el derecho de los ciudadanos a una buena administración, flexibilizando el actual régimen legal estatal en aspectos tales como la carrera administrativa, régimen retributivo y la evaluación del desempeño del puesto de trabajo.

La diversidad de Administraciones y organizaciones públicas determina que se ofrezcan distintas alternativas y soluciones, pero siempre dentro de unos mínimos que se articulan como legislación básica, directamente aplicable en concretos aspectos como en el refundido, y menos novedoso de lo que se pretende, catálogo de derechos y deberes de los empleados públicos, régimen de permisos o principios rectores en el acceso al empleo público, así como en su consideración de normativa a desarrollar, tanto por las Cortes Generales, como por las Asambleas Legislativas de las distintas Comunidades Autónomas, en la mayor parte de su contenido.

Por otra parte, el EBEP contiene aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas, más las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio.

Agrupamos las razones que han llevado a la elaboración, y próxima aprobación, de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en las siguientes:

- a) La consolidación del modelo de Estado descentralizado y su repercusión en el empleo público.
- b) Coexistencia de un modelo dual de Empleo Público funcionario-laboral.
- c) Inexistencia de un vigente cuerpo normativo sistemático y completo.

² Nos referimos a la Instrucción de 5 de junio de 2007 de la Secretaría General para la Administración Pública del Ministerio de Administraciones Públicas, y a la Instrucción de 25 de mayo de 2007 conjunta de la misma Secretaría General y el Secretario General de Presupuestos y Gastos del Ministerio de Economía y Hacienda.

d) Necesidad de instaurar un modelo que prime la modernización administrativa y la excelencia en el sector público.

e) Existencia de un mandato constitucional para aprobación de un Estatuto de la función pública.

2.2. Consolidación de un modelo de Estado descentralizado y su repercusión en el empleo público.

El modelo autonómico creado a partir del Título VIII de la Constitución Española ha tenido un gran desarrollo plasmado en los sucesivos procesos de transferencias y correlativa asunción de competencias por las Comunidades Autónomas que ha derivado en una descentralización política, con un evidente reflejo en el mapa de la Administración Pública española en general y en el empleo público en particular.

En este sentido, el EBEP viene a dar respuesta a una situación de hecho derivada no ya del nacimiento del Estado Autonómico, al que se atendió legislativamente en materia de función pública con la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, sino del profundo desarrollo de la descentralización política y que, desde el punto de vista de los efectivos, ha provocado que la Administración General del Estado pierda la hegemonía como empleador público en beneficio no sólo de las Comunidades Autónomas, que aglutinan más del 50% de todo el empleo público, sino también de las Entidades Locales.

A éstos efectos nótese en el siguiente cuadro la evolución del empleo público, en número de empleados por Administración desde el año 1983 hasta el año 2006:

	Año 1983	Año 2006
Administración del Estado	1.357.000 (80%)	546.716 (22,44%)
CCAA	107.000 (6%)	1.223.129 (50,21%)
Entidades Locales	232.000 (14%)	572.319 (23,49%)
Universidades		94.008 (3,86%)
TOTAL	1.696.000	2.436.172

Fuente: INAP (1983) y Registro Central de Personal (2006)

Por otra parte, en los últimos años se ha producido una enorme transformación en el panorama organizativo público que ha supuesto todo un proceso de descentralización funcional con la proliferación

en las Administraciones Territoriales de instituciones y entidades públicas, como los Organismos Autónomos, Entidades Públicas Empresariales, Agencias Públicas³ o incluso de entidades privadas de base pública integradas en el sector público, como las sociedades públicas y las fundaciones de origen público, que forman parte del proceso denominado de «huida del Derecho Administrativo» y que requieren de unas nuevas bases, tanto en la definición de su régimen jurídico, más estable, como para el desarrollo de sus políticas de recursos humanos.

2.3. Coexistencia de un modelo dual de empleo público funcionario-laboral

La uniformidad y rigidez del régimen jurídico de la función pública en España ha motivado su sustitución parcial por el Derecho Laboral y la consolidación de un modelo dual de empleo público.

Así, y con la finalidad de eludir el rigor de las normas sobre función pública, se aprecia una tendencia creciente hacia la contratación de personal en régimen de Derecho Laboral, así como a una mayor temporalidad en el empleo público.

El Tribunal Constitucional, en su ya clásica Sentencia 99/1987, de 11 de junio (RTC 1987/99) afirmó que la Constitución Española otorga preferencia a la relación estatutaria en el empleo público «con carácter general», sin que ello suponga una prohibición de la existencia de contratados laborales en las Administraciones Públicas.

En todo caso, la necesidad de uniformar y homogeneizar, en lo posible, el régimen jurídico de ambas modalidades de empleo deriva de la sujeción, en todo caso, de las Administraciones Públicas a los principios y mandatos constitucionales que establecen la obligatoriedad para éstas de servir con objetividad los intereses generales y actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, de conformidad con lo previsto en el artículo 103.1 CE.

El EBEP parte de un nuevo concepto de «empleados públicos», en su artículo noveno, como aquellas personas que han accedido al desempeño retribuido de una función o de un puesto de trabajo en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales,

³ Las Agencias Públicas, como último hito en la descentralización funcional, se encuentran reguladas en la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos.

englobando tanto a los funcionarios de carrera, los funcionarios interinos, el personal laboral, ya sea fijo o temporal y al personal eventual.

Dentro del mínimo común aplicable a todos los empleados públicos, funcionarios, laborales y eventuales, se incluye el catálogo de derechos, individuales y colectivos (artículos 14 y 15 EBEP), a excepción de la inamovilidad reservado a quien ostente la condición de funcionario de carrera; los deberes integrados en el Código de Conducta (artículos 52 a 54 EBEP), así como los principios rectores en el acceso al empleo público (arts. 55 y ss EBEP), entre otros.

No obstante, se refuerza la posición de los funcionarios públicos, habiéndose incluido una limitación y reserva general a favor de los funcionarios públicos, contenida en el artículo 9.2 EBEP, al afirmar que:

«En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas, corresponde exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca»

Esta inclusión deriva de las recomendaciones hechas por el Comité de Expertos al afirmar que *«no deja de ser sintomático de la tendencia a la huida del régimen general de la función pública que las leyes de creación de algunas de estas entidades o autoridades independientes (CNMV, Comisión Nacional de la Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, etc) atribuyan a su personal, incluido el superior o técnico, el carácter de empleados laborales, cuando las funciones que se les asignan son típicamente administrativas, ya sean de regulación pública, inspección, control o sanción»*

Esta previsión puede plantear, en el ámbito de la Administración General del Estado, el problema de su compatibilidad con el actual diseño de los Organismos Públicos (como la CMT, CNE, CNMV, entre otros) que tienen atribuidas facultades públicas de inspección y potestad de sancionar y que están nutridas fundamentalmente por personal laboral.

Ello es así, por cuanto que el EBEP se aplicará, en su integridad, a estos Organismos, de conformidad con lo previsto en su artículo 2.1 para su ámbito de aplicación, por lo que, salvo que se establezca alguna exclusión o disposición transitoria en su aplicación, pudiera determinar la imposibilidad de ejercer estas funciones por personal laboral de dichos organismos.

En todo caso, la consideración de legislación básica del EBEP determina que sean las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas las que habrán de aprobar, en el ámbito de sus competencias, las Leyes reguladoras de la Función Pública de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas, mientras que el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas y del sector público se regirá, además de los preceptos del EBEP que así lo dispongan, por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables.

2.4. Inexistencia de un cuerpo normativo sistemático y completo

La regulación actualmente vigente de la función pública en España se encuentra dispersa en distintos textos normativos, con cierto carácter fragmentario.

El núcleo del régimen estatutario de la función pública se reside en el preconstitucional Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero, así como en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para Reforma de la Función Pública.

La Ley 30/84, según su Exposición de Motivos no pretendió el cambio de modelo, que debería ser objeto de un futuro Estatuto, sino la modernización de los sistemas existentes para abordar problemas inmediatos de la Administración Pública, como era la propia existencia de las Comunidades Autónomas.

La Ley 30/84 adoptó un modelo de función pública parcialmente diferente al de la Ley de Funcionarios de 1964. Así el sistema no bascula sobre los «cuerpos de funcionarios» con funciones propias, sino sobre los puestos de trabajo y las Relaciones de Puestos de Trabajo (RPT) como instrumento esencial, sin perjuicio de conservar el concepto de Cuerpo a los efectos de selección de los empleados públicos, pero desvinculando los puestos de los Cuerpos salvo en supuestos tasados (Carrera Diplomática, Abogados del Estado, Inspectores de Hacienda); en el resto los puestos vienen siendo de adscripción indistinta, siendo la función de las Relaciones de Puestos de Trabajo la de determinar qué Cuerpos de funcionarios pueden desempeñar los diferentes puestos de trabajo.

Además, el núcleo normativo se asienta sobre la base de una legislación estatal, que regula el régimen jurídico de la función pública estatal, y que determina la normativa básica aplicable al resto de Administraciones Públicas.

El régimen legal se completa con la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas y la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

Por otra parte, y en relación al personal al servicio de las Comunidades Autónomas, las Asambleas Legislativas de las distintas Comunidades han elaborado sus respectivas leyes sobre función pública, reiterando los principios y bases de la legislación estatal; asimismo, y respecto a la función pública local, rige en esta materia lo previsto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, así como la normativa sobre régimen local de las Comunidades Autónomas que han regulado esta materia.

El nuevo modelo propuesto por el EBEP fija las bases y remite a su desarrollo ulterior, tanto para la Administración del Estado mediante Ley de las Cortes Generales, como para las Comunidades Autónomas y Entidades Locales a través de la legislación a aprobar por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

Como novedad más importante, desde el punto de vista de la técnica legislativa elegida el EBEP, salvo determinados preceptos que tienen el carácter de normativa directamente aplicable, necesita de un desarrollo ulterior, incluso para la Administración General del Estado, rompiendo con la tradición legislativa anterior que establecía las bases dentro de la propia legislación estatal sobre función pública; es por ello que el modelo propuesto se demorará en su concreción y puesta en funcionamiento a la espera de la legislación de desarrollo que han de aprobar las Cortes y las Asambleas autonómicas.

2.5. Necesidad de instaurar un modelo que prime la modernización administrativa y la excelencia en el sector público

El EBEP no pretende ser un texto refundido de las normas preexistentes sobre función pública, si no crear un nuevo modelo que permita que las Administraciones y entidades públicas de todo tipo cuenten con los factores organizativos suficientes para satisfacer el derecho de los ciudadanos a una buena administración, que se va consolidando en el espacio europeo, y contribuir al desarrollo económico y social. Entre esos factores el más importante es, sin duda, la organización del personal al servicio de la Administración.

Para ello se trata de adoptar una normativa que suponga la apertura de mayores espacios a la autonomía organizativa en materia de

personal, acorde con las nuevas realidades sociales y organizativas de la Administración.

A estos efectos, junto a la tradicional carrera administrativa vertical, basada en la promoción y el cambio de puesto de trabajo, se introduce la novedosa carrera profesional horizontal, que tendrá lugar mediante la progresión o avance de grados, de categorías u otras clases de escalones de ascensos, sin necesidad de cambiar de puestos de trabajo, vinculada al desarrollo de las competencias de dicho puesto y al rendimiento evaluado y acreditado.

2.5.1. Evaluación del empleado público

Uno de los elementos fundamentales de la nueva regulación es la evaluación del desempeño de los empleados públicos, como factor para modernizar y mejorar el cumplimiento de las funciones de las Administraciones Públicas que éstas deberán establecer a través de procedimientos fundados en los principios de igualdad, objetividad y transparencia.

La evaluación periódica deberá tenerse en cuenta a efectos de la promoción en la carrera, la provisión y el mantenimiento de los puestos de trabajo y para la determinación de una parte de las retribuciones complementarias, vinculadas precisamente a la productividad o al rendimiento.

La evaluación del desempeño trata de introducir un factor de motivación personal y un control interno, definiéndose, en el artículo 20 EBEP, como el procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados.

Se contienen tres modalidades o ámbitos de la evaluación: la valoración de la conducta profesional, el rendimiento y la valoración de los resultados.

Los sistemas de evaluación del desempeño se adecuarán, en todo caso, a criterios de transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación y se aplicarán sin menoscabo de los derechos de los empleados públicos.

Las Administraciones Públicas determinarán los efectos de la evaluación en la carrera profesional horizontal, la formación, la provisión de puestos de trabajo y la percepción de retribuciones complementarias.

La continuidad en un puesto de trabajo obtenido por concurso quedará vinculada a la evaluación de acuerdo con los sistemas de evaluación que cada Administración Pública determine.

La Exposición de Motivos del EBEP afirma que la «continuidad misma del funcionario en su puesto de trabajo alcanzado por concurso

se ha de hacer depender de la evaluación positiva de su desempeño, pues hoy resulta ya socialmente inaceptable que se consoliden con carácter vitalicio derechos y posiciones profesionales por aquellos que, eventualmente, no atiendan satisfactoriamente a sus responsabilidades».

Esta remoción requiere la aprobación previa de sistemas objetivos que permitan evaluar el desempeño del puesto de trabajo.

Esta evaluación como eje central del EBEP planteará, no obstante, variados problemas en su aplicación, como es el diseño de los métodos de valoración, la propia formación de los evaluadores, así como la, por el momento, escasa cultura de valoración que existe en nuestras Administraciones, que determinará unas inercias de resistencia a su aplicación real y efectiva.

2.5.2. Evaluación del personal directivo

El EBEP trata de conseguir un sistema de empleo público que permita afrontar el reto de atraer a los profesionales que la Administración necesita, estimulando a los empleados para el cumplimiento eficiente de sus funciones y responsabilidades, proporcionándoles la formación adecuada y brindando suficientes oportunidades de promoción profesional, al tiempo que facilite una gestión racional y objetiva, ágil y flexible del personal, atendiendo al continuo desarrollo de las nuevas tecnologías.

A estas finalidades responde la novedosa regulación de los directivos como aquel personal que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, siendo designados atendiendo a criterios de mérito y capacidad y al principio de idoneidad.

Se trata, como indica el Informe del Comité de Expertos, de acomodar el régimen retributivo al mercado y evitar la descapitalización profesional de las Administraciones públicas y evitar que los buenos profesionales acudan al sector privado; asimismo responde a la paradoja de que el directivo público negocia con los sindicatos en nombre de la Administración condiciones laborales que, en parte, le van a ser aplicadas personalmente; se trataría no de crear un nuevo Cuerpo, sino de una clase de personal, siendo necesario buscar un proceso de selección por razones de mérito y capacidad, así como de confianza.

Al personal directivo se refiere ya el artículo 23 de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales para la Mejora de los Servicios Públicos, como aquellos que, fijados en sus Estatutos, ocupen puestos de trabajo de las mismas en atención a la especial responsabilidad, competencia técnica y relevancia de las tareas a ellos asignadas.

Según la Exposición de Motivos del EBEP el personal directivo está llamado a constituir en el futuro un factor decisivo de moderni-

zación administrativa, puesto que su gestión profesional se somete a criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad y control de resultados en función de los objetivos.

En la tramitación ante el Senado del Proyecto de Ley del EBEP se ha suprimido, acertadamente, la consideración del personal directivo como una categoría diferente dentro de los empleados públicos, por cuanto que no parecía lógico clasificarlo por contraposición a los funcionarios de carrera, interinos, personal laboral y eventual, siendo de estas categorías, y principalmente los funcionarios de carrera, así como los laborales, de las que se nutrirá la novedosa figura del personal directivo profesional.

Asimismo, se ha producido, en la tramitación ante el Senado, la deslegalización del régimen jurídico del personal directivo, atribuyendo la competencia para establecer el régimen específico de este personal, así como los criterios para determinar su condición, al Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, siendo así que inicialmente esta facultad venía siendo atribuida a los órganos legislativos con la forma de ley.

El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados.

La determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva. Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección.

2.6. Existencia de un mandato constitucional para aprobación de un Estatuto de la función pública

El artículo 103.3 CE recoge un mandato dirigido al legislador afirmando que *«la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.»*

Como indican ENRIQUE LINDE PANIAGUA y JOAQUÍN PÉREZ VAQUERO⁴ *«la Constitución no exige al legislador que dicte una única*

⁴ El Estatuto de la Función Pública a debate. AAVV. Directores: ENRIQUE LINDE PANIAGUA y JOAQUÍN PÉREZ VAQUERO. 2003. Colex.

Ley singular que se denomine Estatuto que contenga agrupadas todas las normas concernientes a la función pública.»

En este sentido no puede considerarse inconstitucional la circunstancia de que, cerca de un cuarto de siglo después de aprobada la CE, la materia que nos ocupa esté regulada en un conjunto de normas dispersas, unas preconstitucionales y otras posteriores a la Constitución. Pero, aunque la dispersión normativa no pueda considerarse inconstitucional, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, y desde el tenor literal del artículo 103.3 de la Constitución, puede sostenerse la conveniencia de que se apruebe un único texto en que se contenga el entero régimen jurídico básico de los empleados públicos.

De hecho, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 37/2002, de 14 de febrero (RTC 2002\37), analizando el carácter básico de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, que rechaza, en su Fundamento de Derecho Séptimo, tilda de «aparentemente completa» la legislación post-constitucional sobre función pública, sin que hasta la fecha se haya aprobado el mentado Estatuto.

Sin embargo, no podemos dejar de hacer notar que el EBEP se excede en el mandato constitucional que dice cumplir, al incluir en dicho ámbito al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, con la finalidad ya analizada de establecer una normativa común a los trabajadores ligados mediante una relación laboral y aquellos otros ligados mediante una relación de sujeción especial estatutaria o funcionarial.

Esta opción legislativa, que pudiera conllevar una más racional y completa ordenación de los Recursos Humanos de las Administraciones, al menos en hipótesis, puede dar lugar a confusiones de régimen y de aplicación.

En este sentido el modelo seguido en el anterior «Proyecto de Ley de Estatuto de la Función Pública» de 1999, limitaba su ámbito de aplicación al personal funcionario y estatutario de las Administraciones Públicas, remitiendo a la legislación laboral y los convenios colectivos para la relaciones jurídico-laborales con presencia de la Administración, sin perjuicio de la aplicación de los preceptos de dicha Ley cuando así expresamente se dispusiera.

3. EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO COMO NORMA JURÍDICA

El EBEP adopta la forma de ley aprobada por las Cortes Generales que se integra en el ordenamiento jurídico estatal, pero que por su condición de legislación básica su ámbito de aplicación se extiende no

solo al empleo público de la Administración General del Estado, sino también al de las Comunidades Autónomas y al resto de Administraciones Públicas, así como, parcialmente, al personal empleado en el sector público.

A su vez, es necesario diferenciar determinados preceptos que serán directamente aplicables, desde su entrada en vigor, de aquellos otros que exigirán un ulterior desarrollo por los órganos políticos competentes de las Administraciones destinatarias de su regulación.

3.1. El EBEP como legislación básica

El EBEP pretende establecer las bases del régimen jurídico del personal funcionario y estatutario del conjunto de las Administraciones Públicas, así como determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

Conforme tiene dicho el Tribunal Constitucional, entre otras Sentencias 69/1988 y 141/1993, corresponde al legislador estatal la concreción de lo básico, sin alterar el orden constitucional y estatutario de distribución de competencias y con observancia de las garantías de certidumbre jurídica necesarias para asegurar que las Comunidades Autónomas puedan conocer cuál es el marco básico al que deben someter su competencia de desarrollo legislativo.

Todo ello sin perjuicio de que el Tribunal Constitucional pueda revisar la calificación hecha por el legislador estatal de una norma como básica y decida si la misma puede ser considerada formal y materialmente como tal, estándole, sin embargo, vetado la ampliación del alcance y contenido de lo definido inicialmente como básico por el legislador estatal.

Sin embargo, y sin necesidad de hacer aventuradas elucubraciones al respecto, resulta previsible que la ley que apruebe el EBEP será objeto de recursos de inconstitucionalidad que, aún sin discutir los títulos competenciales estatales para su dictado, traten de limitar su contenido básico, a los efectos de permitir la elaboración de una auténtica política de personal propia por las Administraciones Públicas distintas a la estatal.

A los efectos de realizar un mayor acercamiento o aproximación a esta cuestión, debe realizarse un análisis de los títulos competenciales en los que se sustenta el EBEP, indicados en su Disposición Final Primera, cuando afirma:

«Las disposiciones de este Estatuto se dictan al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución, constituyendo aquellas bases del régimen

estatutario de los funcionarios; al amparo del artículo 149.1.7.º de la Constitución, por lo que se refiere a la legislación laboral, y al amparo del artículo 149.1.13.º de la Constitución, bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.»

3.1.1. Las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos

El artículo 149.1.18.º reconoce como competencia exclusiva del Estado las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios.

De la interpretación del citado precepto se desprende, según el Tribunal Constitucional, entre otras, Sentencias 57/1982, 85/1985, 235/1991, 385/1993, que al Estado le corresponde el establecimiento de las bases del régimen estatutario de los funcionarios de las distintas Administraciones Públicas, siendo así que a las distintas Comunidades Autónomas, en función de la asunción estatutaria de competencias, les corresponderá el desarrollo legislativo y la ejecución de las bases de dicho régimen estatutario en lo que se refiere a los funcionarios al servicio de la Comunidad Autónoma y al servicio de las Corporaciones locales radicadas en su ámbito territorial.

Esta última conclusión respecto a los funcionarios al servicio de las Corporaciones locales ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional, en las Sentencias de 16 de diciembre de 1999 (RTC 1999/233), y de 14 de febrero de 2002 (RTC 2002/37) por considerar, dentro de los concretos Estatutos de Autonomía analizados, que la asunción de competencias por las Comunidades Autónomas en materia de régimen local (a su vez facilitada por el confuso artículo 148.2.º CE), comprende la totalidad de los aspectos que se refieren a la Administración local, como título competencial de carácter globalizador, incluida por tanto la función pública local, siempre dentro de las bases fijadas por el Estado.

En relación con el contenido de la expresión «régimen estatutario de los funcionarios públicos» empleada por el artículo 149.1.18.º, y por el artículo 103.3. ambos de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar (entre otras Sentencias 99/1987, 56/1990, 235/1991 y 37/2002), que sus contornos no pueden definirse en abstracto y «a priori», debiendo entenderse comprendida en su ámbito, en principio, la regulación sobre:

- Adquisición y pérdida de la condición de funcionario.
- Condiciones de promoción de la carrera administrativa.
- Situaciones administrativas.

- Derechos y deberes de los funcionarios.
- Responsabilidad de los funcionarios y su régimen disciplinario.
- Creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales.
- Modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas.

3.1.2. Bases y coordinación general de la planificación general de la actividad económica

El Estado, de acuerdo con el artículo 149.1.13.º ostenta la competencia exclusiva en la determinación de las bases y coordinación general de la planificación general de la actividad económica.

El Estado en ejercicio de esta competencia puede fijar límites o topes máximos de carácter global a los incrementos retributivos del personal al servicio de las Administraciones Públicas, tal y como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional, entre otras, en las Sentencias 148/2006 de 11 de mayo y 195/2006, de 22 de junio, con lo que ello supone de limitación de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas en su vertiente de poder de gasto, debiendo reconducirse tanto al título competencial contenido en el artículo 149.1.13.º CE, como al principio de coordinación al que se refiere el artículo 156.1 CE, en este último caso con el alcance previsto en la LOFCA.

No puede, sin embargo, el Estado fundamentar la fijación de estos límites en la competencia otorgada por el artículo 149.1.18.º CE, porque en lo que se refiere a la competencia estatal, el régimen estatutario de los funcionarios no puede hacerse extensivo a una simple medida coyuntural y de eficacia limitada en el tiempo que, aunque produzca su efecto directo sobre la cuantificación de los derechos económicos de los funcionarios, tiene un fundamento y una finalidad extraños a la relación de servicio, en cuanto constituye una medida económica general de carácter presupuestario dirigida a contener la expansión relativa de uno de los componentes esenciales del gasto público.

3.1.3. Legislación laboral

El Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas, de conformidad con lo previsto en el artículo 149.1.7.º CE.

3.2. El Estatuto Básico del Empleado Público como norma directamente aplicable

A lo largo del articulado del EBEP encontramos distintos preceptos que son directamente aplicables sin necesidad de desarrollo legal por el Estado o por las CCAA, entre otros:

- Retribuciones básicas y pagas extraordinarias completas (art. 22).
- Régimen de permisos y su duración, en defecto de legislación aplicable y como previsión de mínimos (art. 48)
- Catálogo de derechos y deberes de los empleados públicos (arts. 14, 15 y 52)

En esta materia la novedad fundamental es el tratamiento integral de los derechos y deberes, así como la inclusión del personal laboral, sin perjuicio de especificar el derecho de los funcionarios de carrera a la inamovilidad en su condición, que no debe contemplarse como un privilegio corporativo sino como la garantía más importante de su imparcialidad.

Junto a derechos más tradicionales, se incluyen otros de reciente reconocimiento, como los relativos a la objetividad y transparencia en los sistemas de evaluación, el respeto de su intimidad personal, especialmente frente al acoso sexual o moral (ya introducido en la Ley de Funcionarios del Estado por la Ley 62/2003), y a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Se agrupan los derechos individuales, en el artículo 14 y los derechos individuales ejercidos colectivamente en el artículo 15.

Destaca como novedad la letra f) del artículo 14 el derecho a «la defensa jurídica y protección de la Administración Pública en los procedimientos que se sigan ante cualquier orden jurisdiccional como consecuencia del ejercicio legítimo de sus funciones o cargos públicos».

Es una previsión que no va a resultar fácil en su aplicación, por cuanto que las Asesorías Jurídicas no están, actualmente, preparadas para ello, y que deberá ser desarrollado adecuadamente para su correcta aplicación, así como deslindar los supuestos en los que pudiera aparecer un conflicto de intereses Administración-empleado público.

En cuanto al Catálogo de Deberes, por primera vez se establece en nuestra legislación una regulación general de los deberes básicos de los empleados públicos, fundada en principios éticos y reglas de comportamiento, que constituye un auténtico Código de Conducta.

Estas reglas se incluyen en el Estatuto con finalidad pedagógica y orientadora, pero también como límite de las actividades lícitas, cuya infracción puede tener consecuencias disciplinarias, dado que la condición de empleado público no sólo comporta derechos, sino también una especial responsabilidad y obligaciones específicas para con los ciudadanos, la propia Administración y las necesidades del servicio.

— Principios rectores en el acceso al empleo público (arts. 55 y ss). En esta regulación destaca, como novedad, la disminución de la edad mínima de acceso a los 16 años, así como la posibilidad de que los extranjeros con residencia legal en España puedan acceder a las Administraciones Públicas, como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles.

3.3. El EBEP como Ley aplicable a todas las Administraciones Públicas. Ámbito de aplicación

El EBEP se declara aplicable a todas las Administraciones Públicas, recogiendo la legislación básica aplicable al personal funcionario y estatutario del conjunto de Administraciones.

De esta forma se rompe con la tradición legislativa en nuestro país consistente en dictar la legislación estatal, directamente aplicable a su Administración e indicando los preceptos declarados básicos para el resto de Administraciones, como realizó la Ley 30/84 de Medidas de Reforma de la Función Pública.

Por el contrario el EBEP opta por un modelo que incluye toda la normativa básica, remitiendo a su desarrollo legal tanto por las Cortes Generales, en lo relativo a la Administración del Estado, como por las Leyes de las Comunidades Autónomas en cuanto a su Administración propia y a las entidades locales incluidas en su ámbito territorial.

En cuanto a su ámbito de aplicación, el artículo 2 del EBEP expresa:

«1. Este Estatuto se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes Administraciones Públicas:

- La Administración General del Estado
- Las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla
- Las Administraciones de las Entidades Locales
- Los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas.

— *Las Universidades Públicas.* »

No obstante, esta aparente universalidad debe ponerse en entredicho por lo siguiente:

1) El artículo 4 EBEP, bajo la rúbrica de «personal con legislación específica propia», condiciona su propia aplicación a lo que disponga precisamente dicha legislación específica para el personal funcionario de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las CCAA, el personal funcionario de los demás Órganos Constitucionales del Estado y de los Órganos Estatutarios de las CCAA, Jueces, Magistrados, Fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia; Personal militar de las Fuerzas Armadas, Personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Personal retribuido por arancel, Personal del Centro Nacional de Inteligencia; Personal del Banco de España y Fondos de Garantía de Depósito.

La justificación de esta excepción se encuentra en su especificidad, así como la remisión constitucional a la aprobación de su régimen jurídico mediante Ley Orgánica. No obstante, se recomienda por el Informe de la Comisión de Expertos de 25 de abril de 2005 que en su legislación específica pudiera incluirse, cuando menos, su aplicación supletoria.

2) Asimismo, en el artículo 2.2 EBEP se establece la previsión para el Personal Investigador de normas singulares para adecuarlo a sus peculiaridades.

Igualmente el personal docente y al personal estatutario de los Servicios de Salud se regirá por la legislación específica dictada por el Estado y por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo dispuesto en el EBEP con determinadas excepciones expresas.

El personal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos se regirá por sus normas específicas y supletoriamente por lo dispuesto en el EBEP.

3) Sobre el personal de las entidades que integran el llamado Sector Público, que están parcialmente sujetas al EBEP.

Estas entidades revisten formas jurídicas de Derecho Privado, como Fundaciones o sociedades, pero forman parte del Sector Público en su sentido económico por cuanto que son creadas por una Administración u organismo público, se financian mayoritariamente con recursos públicos y dependen de su Administración matriz, y por ende, así son contempladas en la Ley General Presupuestaria.

En este sentido, su Disposición Adicional primera dispone que:

«Los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica.»

Los citados artículos, a cuyos principios se remite el EBEP para las entidades del sector público, se dedican a la regulación de los «deberes de los empleados públicos. Código de Conducta» (art. 52); «principios éticos» (art. 53); «principios de conducta» (art. 54); «principios rectores» (art. 55), donde se regulan los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo, así como los de publicidad y transparencia de las convocatorias; imparcialidad, independencia y discrecionalidad técnica de los órganos de selección y agilidad de los procesos selectivos y, por último la reserva de los cupos a las personas con discapacidad (art. 59).

El resto del EBEP, una vez respetados estos principios, únicamente les será aplicable con carácter supletorio, de acuerdo con lo previsto en su artículo 2.5

En este aspecto, el EBEP se aparta de las propuestas recogidas en el Informe del Comité de Expertos de 25 de abril de 2005, que recomendaba que el Estatuto se aplicase, con las necesarias matizaciones, a estas entidades, de naturaleza privada, pero integradas en el Sector público, sin perjuicio de la flexibilidad requerida, por cuanto que «no es aceptable que este tipo de opciones organizativas persiga o tenga como consecuencia la inaplicación de los principios constitucionales.»

Concretamente, en las sociedades de capital íntegra o mayoritariamente público dedicadas al ejercicio de funciones intrínsecamente administrativas, como, por ejemplo, la contratación de obras públicas o la gestión del patrimonio público, se propone, por el Comité de Expertos, la aplicación del EBEP, con el mismo criterio que determina la aplicabilidad del régimen jurídico de contratación pública, esto es, a aquellas sociedades creadas por una Administración o Ente Público para satisfacer específicamente necesidades de interés general, que no tengan carácter industrial o mercantil, que dependan o estén controladas por la Administración matriz y que estén mayoritariamente financiadas con fondos públicos.

Por el contrario, en aquellas sociedades públicas, aun participadas mayoritariamente por una Administración Pública, cuando por las funciones de producción de bienes y servicios, y por ende por tener un carácter industrial o mercantil, se asemejan a las actividades de una

empresa privada, resulta justificable la no aplicación de las reglas del EBEP, «a salvo de alguna alusión general a la observancia de principios de publicidad e igualdad en la contratación de su personal.»

3.4. El Estatuto Básico del Empleado Público como ley a desarrollar.

El artículo 6 del EBEP, bajo la rúbrica de «Leyes de Función Pública» dispone que:

«En desarrollo de este Estatuto, las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas aprobarán, en el ámbito de sus competencias, las Leyes reguladoras de la Función Pública de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas.»

El fundamento se encuentra, como indica su propia Exposición de Motivos, en que el régimen de la función pública no puede configurarse hoy sobre la base de un sistema homogéneo que tenga como modelo único de referencia a la administración del Estado. Por el contrario, cada Administración debe poder configurar su propia política de personal, sin merma de los necesarios elementos de cohesión y de los instrumentos de coordinación consiguientes.

A este respecto debemos detenernos a analizar tres cuestiones:

- 1) ¿Resulta exigible, en todo caso, el desarrollo por una ley en sentido formal?
- 2) ¿Cuál será el régimen jurídico aplicable en el interin entre la aprobación del EBEP y el desarrollo legislativo adaptado al mismo por el Estado y las Comunidades Autónomas?
- 3) ¿Supone ello la exclusión a un desarrollo de las bases por los Estatutos de las Universidades Públicas o el resto de normativa que se pueda adoptar por las Universidades?

1) Para dar cumplida respuesta a la primera cuestión, debemos acudir a la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2002, de 14 de febrero (RTC 2002\37), cuando afirma, con cita de la precedente 99/1987, que el estatuto de los funcionarios públicos, en virtud de la reserva de Ley *ex* artículo 103.3 CE, queda sustraído a la normación reglamentaria, más no en el sentido de que las disposiciones del Gobierno no puedan, cuando así lo requiera la Ley, colaborar con ésta

para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia, pues esta colaboración no será contraria a la Constitución cuando la remisión al reglamento lo sea, estrictamente, para desarrollar y complementar una previa determinación legislativa.

Esto es, en esta materia, habrá de ser sólo la Ley la fuente introductoria de las normas reclamadas por la CE, con la consecuencia de que la potestad reglamentaria no podrá desplegar aquí innovando o sustituyendo a la disciplina legislativa, no siéndole tampoco posible al legislador disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites.

2) Sobre la segunda de las cuestiones planteadas, efectivamente debemos hacer una reflexión sobre las consecuencias que la aprobación del EBEP tiene sobre las distintas leyes de la función pública del Estado y de las respectivas Comunidades Autónomas aprobadas con anterioridad a la definición de las bases por la legislación estatal y que resulten contrarias a la misma.

La colisión entre las leyes autonómicas y la ley básica estatal aprobada después de aquéllas obliga, en primer lugar, a llevar a cabo una labor hermenéutica de ambos cuerpos normativos o preceptos, los autonómicos y los estatales declarados básicos con la finalidad de obtener su aplicabilidad coordinada interpretando las leyes conforme a la Constitución y a la distribución de competencias.

En el caso de que el conflicto sea irresoluble por esta vía previa, habrá de acudir a la doctrina del desplazamiento de la legislación autonómica por la legislación básica estatal con lo que se consigue una aplicación de la norma racional y sin dilaciones.

Si las dudas sobre aplicación e interpretación llegan a los Tribunales de Justicia y el titular del órgano judicial estimara que la Ley estatal no es realmente básica, a pesar de declararse como tal, vulnerando según su criterio el orden de distribución de competencias, deberá elevar la cuestión de inconstitucionalidad; no obstante, si el Juez estima que la ley estatal tiene la condición de básica, tanto material como formalmente, deberá fallar según la legislación estatal, inaplicando la ley autonómica que resulta incompatible con ella, actuando de la misma forma que si la Ley de una Comunidad Autónoma contradijera disposiciones del Derecho Comunitario. SS.T.C. 28/1991, de 14 de febrero (RTC 1991\28) y 64/1991, de 22 de marzo (RTC 1991\64).

En relación con esta cuestión la Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2003, de 16 de enero (RTC 2003\1), analiza una ley extremeña sobre función pública que en el momento de aprobarse no vulneraba la

legislación básica en la materia, pero que resulta contraria a la legislación estatal básica dictada con posterioridad, concluyendo la anulación por inconstitucionalidad sobrevenida. No obstante esta doctrina no contradice, a nuestro juicio, los criterios interpretativos expuestos.

3) En cuanto a la tercera cuestión, esto es, la aplicación del EBEP a las Universidades Públicas, pasamos a analizar esta cuestión en el epígrafe siguiente.

4. EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO Y LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS

En lo atinente a las Universidades Públicas, dos son los preceptos que, dentro del Título I del EBEP «Objeto y Ámbito de aplicación» se refieren a las mismas.

En primer lugar el artículo 2.1 afirma que el Estatuto se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las Universidades Públicas, y por su parte el mismo artículo 2, en su párrafo tercero, al disponer que:

«El personal docente y el personal estatutario de los Servicios de Salud se regirán por la legislación específica dictada por el Estado y por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto en el presente Estatuto, excepto el Capítulo II del Título III y los artículos 22.3, 24 y 84.»

Sin embargo resulta criticable el olvido, sea involuntario o no, que padece el EBEP en cuanto al Personal de Administración y Servicios, por cuanto que no lo incluye entre los sujetos a su «legislación específica propia» (como si hubiera una legislación específica «no propia» o ajena), siendo así que la LOU dedica los artículos 73 a 78 a su regulación.

Esta omisión tiene mayor trascendencia por cuanto que los preceptos que la LOU dedica a esta materia no están incluidos entre las derogaciones expresas de la Disposición Derogatoria Única del EBEP.

El precedente más cercano en el tiempo del anteproyecto del EBEP, esto es el Proyecto de 1999, resultó más acertado, a mi juicio, en este aspecto, por cuanto que su artículo 4.2 disponía que:

«El presente Estatuto se aplicará al personal docente, al personal investigador, al de administración y servicios de las Universidades (...) con las especificidades previstas en la disposición adicional sexta.»

A su vez, esta Disposición Adicional Sexta establecía que «el personal de Administración y Servicios de las Universidades se regirá por la presente Ley, por las normas de desarrollo dictadas por las correspondientes Administraciones Públicas y por los Estatutos de su Universidad.»

Es por ello que consideramos que, desde el punto de vista de técnica legislativa, hubiera sido más correcta la inclusión del Personal de Administración y Servicios en el artículo 4 del EBEP, como personal con legislación específica.

4.1. El personal de administración y servicios universitario y la LOU. Legislación básica y autonomía universitaria

El artículo 73.3 LOU, como decimos no estando prevista su derogación, determina que:

«El personal funcionario de administración y servicios se regirá por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, por la legislación general de funcionarios y por las disposiciones de desarrollo de ésta que elaboren las Comunidades Autónomas, y por los Estatutos de su Universidad.»

En cuanto al personal laboral de administración y servicios se indica en el apartado 4º del citado artículo 73 LOU que «además de las previsiones de esta Ley y sus normas de desarrollo y de los Estatutos de su Universidad, se regirá por la legislación laboral y sus convenios colectivos aplicables.»

No podemos olvidar, en todo caso, como ya indicara GÓMEZ-PANTOJA⁵ en relación con el régimen previsto en la Ley de Reforma Universitaria (LRU) que pese a que la normativa universitaria, actualmente el artículo 73.3 LOU, declare tajantemente que el Personal de Administración y Servicios se rige por dicha ley y sus disposiciones de desarrollo, esta mención arroja poca luz respecto de cuál sea dicho régimen, puesto que su articulado contiene pocos preceptos referidos a esta cuestión, y los que contiene no permiten configurar dicho régimen.

⁵ GÓMEZ-PANTOJA CUMPLIDO, JOAQUÍN, «El régimen de la función pública aplicable al personal de Administración y Servicios de las Universidades: Conciliación y aplicabilidad de las disposiciones estatales, autonómicas, Ley de Reforma Universitaria y Estatutos Universitarios», ponencia presentada en el IV Curso sobre Régimen Jurídico de las Universidades Públicas y publicada en la obra colectiva «Las Universidades Públicas y su Régimen Jurídico», Lex Nova, Valladolid, 1999.

Asimismo, se añade por GÓMEZ-PANTOJA, en una apreciación que tiene actualmente toda la vigencia y que compartimos plenamente, que los preceptos de la LOU referidos al régimen de función pública del PAS ostentan una situación privilegiada en el orden de prelación normativa, de tal forma que serían de aplicación con prioridad a las declaraciones contenidas en los restantes textos legales, siempre que estas no tengan el carácter de bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, ya que tendrán prioridad, en cualquier caso, las referidas normas básicas.

No podemos considerar que la aplicación del EBEP, como legislación básica suponga una vulneración de la autonomía universitaria reconocida por la Constitución y que, según MUÑOZ MACHADO⁶ comparte bastantes caracteres con la autonomía local, y en la que tampoco la CE se entretiene en establecer una regulación pormenorizada de los contenidos de poder que caracterizan a esta autonomía. Se entrega su delimitación a la ley, a la que no se le pone más límite aparente que el que resulta de la autonomía universitaria como una institución constitucionalmente protegida.

Ello, sin perjuicio de la existencia de una diferencia fundamental debido a la ubicación del reconocimiento de la autonomía universitaria en el artículo 27.10 CE, en la Sección 1ª, Capítulo II, del Título I de la CE dedicada a los derechos fundamentales y libertades públicas: la autonomía universitaria es también un derecho fundamental. Así el T.C. en su Sentencia 26/1987 dice que *«la ubicación de la autonomía universitaria entre los derechos fundamentales es una realidad de la que hay que partir para determinar su concepto y alcance»*.

El mismo MUÑOZ MACHADO afirma que las Universidades no están en la posición constitucional de las CCAA. Las normas que contribuyen a la definición de la autonomía tampoco tienen la misma rigidez. De manera que sería incorrecta la afirmación de que las atribuciones de las Universidades se concretan en una única pareja de normas, como sería la LOU y los Estatutos de las Universidades. Por el contrario, encomienda en diferentes ocasiones al Gobierno el desarrollo de algunas de sus prescripciones, cada vez que esto ocurre, se habilita una competencia secundaria de delimitación del contenido de la autonomía.

Asimismo, BAÑO LEÓN⁷ considera que la autonomía universitaria, tanto en la CE como en la ley, tiene hoy en día un contenido mucho más

⁶ MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, «La intervención del Gobierno en la delimitación de la Autonomía Universitaria». III Curso sobre Régimen Jurídico de las Universidades Públicas. Ed. Universidad Politécnica de Madrid, 1997.

⁷ BAÑO LEÓN, JOSÉ MARÍA, «La potestad normativa de las Universidades». V Jornadas sobre Régimen Jurídico de las Universidades Públicas.

amplio que el de ser un mero reflejo institucional de las libertades académicas. Las potestades normativas que reconoce la LRU, y hoy la LOU, a las Universidades exceden con mucho del ámbito que concierne a la libertad de investigación y de enseñanza, que constituyen el núcleo duro de la libertad de cátedra. La autonomía universitaria que configura la LUR (hoy la LOU) tiene una dimensión mucho más amplia que la insita a las libertades académicas tradicionales.

Si se remite por la ley a la voluntad de las Universidades la regulación de aspectos que no afectan a las libertades académicas, la autonomía de la Universidad no puede enjuiciarse adecuadamente bajo el único paradigma de aquellas libertades, sino que tendrá que analizarse desde una perspectiva mucho más general, como expresión de una auténtica «descentralización funcional» en la que el Estado atribuye a las Universidades unas competencias normativas que aquél renuncia a regular, no porque la CE lo imponga, sino porque la ley así lo ha considerado oportuno.

En todo caso, no resulta cuestionable la aplicación del EBEP al personal de administración y servicios de las Universidades Públicas, por tratarse de una norma básica aplicable a todas las Administraciones, surgiendo la problemática en la determinación de si se ha de permitir un desarrollo del citado Estatuto por los órganos universitarios o si, por el contrario, habrán de ser los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas correspondientes, las que desarrollen dicho régimen, cuestión esta que conlleva el necesario análisis sobre los efectos del EBEP en la LOU.

4.2. ¿Deroga el EBEP los preceptos de la LOU relativos al Personal de Administración y servicios?

Surge la cuestión de si la aprobación del EBEP supone la derogación tácita de los artículos 73 a 78 de la LOU. La respuesta a esta cuestión entiendo que debe ser negativa, por cuanto que en nuestro Ordenamiento Jurídico las leyes solo se derogan por otras posteriores, siendo así que, de conformidad con el artículo 2.2 del Código Civil *«la derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la Ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior.»*, no conteniendo el EBEP ninguna referencia a una derogación expresa.

La no derogación de estos preceptos contenidos en la LOU no se puede hacer derivar del argumento de la inclusión formal en una Ley Orgánica, puesto que dichos preceptos no ostentan carácter de tal, como hace referencia la Disposición Final Cuarta de la misma LOU.

Pudiera, sin embargo, plantearse que los preceptos de la LOU y las remisiones a la legislación de universidades, así como a los Estatutos de la respectiva Universidad son legislación especial, que no se considera *ipso iure* derogada por la legislación general.

No obstante, el principio de ley especial-ley general hay que analizarlo con mucha cautela, en primer lugar porque se trata de un principio de escasa o nula positivación en nuestro Derecho, ya que no se encuentra formulado en ningún texto de nuestro Ordenamiento Jurídico; incluso en el caso concreto, podría entenderse que las previsiones contenidas en la LOU sobre el Personal de Administración y Servicios son normas específicas, pero también puede entenderse fundamentalmente que el carácter de norma específica corresponde al EBEP por cuanto que se refiere, y con esa finalidad se aprobará, a la específica materia consistente en el régimen del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Por último, es comúnmente aceptado que la relación ley especial-ley general a favor de la aplicación de aquella decae cuando se pretende establecer una regulación *ex novo* de una determinada materia, como es el caso, dado que el EBEP contiene una regulación, formulada con pretensiones de generalidad y uniformidad, del régimen del personal al servicio de la totalidad de las Administraciones Públicas.

Por lo tanto, habrá que realizar una labor de interpretación conjunta, salvo que exista contradicción entre ambas regulaciones y, en caso de que tal contradicción sea insalvable por las técnicas de interpretación conjunta o sistemática, habrá que acudir a la técnica de la derogación y a la aplicación de la legislación estatal, que no olvidemos tiene el carácter de básica.

Por otra parte, no puede desconocerse la circunstancia de la aprobación de la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, publicada, al igual que el EBEP en el BOE núm. 89 del 13 de abril, que ninguna salvedad o mención especial de verse afectada por las disposiciones de este último.

4.3. El EBEP y su desarrollo por las Universidades Públicas

El EBEP se articula sobre la técnica normativa de legislación básica a desarrollar por la legislación estatal y de las respectivas Comunidades Autónomas, como establece su artículo sexto.

Surge, al hilo de lo expuesto, la cuestión de si las Universidades Públicas, que no disponen obviamente de potestad legislativa pero sí normativa a través de su potestad reglamentaria, pueden aprobar nor-

mativa que, respetando la legislación básica contenida en el EBEP, realice una planificación y regulación de su función pública propia.

A estos efectos, el desarrollo del EBEP por las Universidades Públicas se llevaría a cabo con apoyo en la LOU, en virtud de la remisión que a la regulación contenida en los Estatutos de las Universidades se contiene en la misma y que consideramos seguirá siendo válida, con los límites de la legislación básica estatal, y dentro de las limitaciones presupuestarias que se aprueben por el Estado y las Comunidades Autónomas, pero que, en todo caso, permitiría una cierta normación propia.

Los Estatutos de las Universidades, como manifestación del poder autonormativo emanación de la autonomía de las Universidades, constituyen un límite para los reglamentos y para las remisiones normativas que las leyes estatales o autonómicas pretenden hacer a favor de las autoridades administrativas distintas de las universitarias.

No obstante, como ya indicó BAÑO LEÓN, los Estatutos tienen como límite más preciso las normas de la LOU, pues la autonomía se ejerce precisamente en el marco de lo que esta Ley delimita. Además, en todos los aspectos no regulados en la L.O. no siempre los Estatutos disponen de una absoluta libertad, pues éstos, sin duda alguna, han de respetar, además de la CE, las normas que desarrollan derechos fundamentales, y todas aquellas que disciplinan el régimen jurídico básico de las AAPP, conforme al artículo 149.1.18ª CE; por lo demás también les es de aplicación, y deben ser observadas por los Estatutos, las normas autonómicas que desarrollan las normas básicas del régimen jurídico administrativo (procedimiento, contratos, empleo público, responsabilidad).

En este sentido, siguiendo las disposiciones de la LOU, la Universidad, principalmente a través de sus Estatutos, podrán normar, sin perjuicio de la sujeción a la legislación básica contenida en el futuro EBEP, sobre los siguientes aspectos:

- Selección, formación y promoción del PAS, así como la determinación de las condiciones en que han de desarrollar sus actividades (Art. 2.2. e) y 75.2)
- Establecimiento y modificación de sus relaciones de puestos de trabajo (Art. 2.2. i)).
- Establecimiento del régimen retributivo del personal funcionario, dentro de los límites máximos que determine la Comunidad Autónoma y en el marco de las bases que dicte el Estado. (Art. 74.2)
- La creación de escalas de personal propio, de acuerdo con los grupos de titulación exigidos de conformidad con la legislación general de la función pública (Art. 75.1)

— Provisión de puestos de personal de administración y servicios, que se realizará por el sistema de concursos, y determinación de los que se cubrirán por el sistema de libre designación, así como las normas para la provisión de vacantes y el perfeccionamiento y promoción profesional del personal. (Art. 76.1, 2 y 3)

— Adoptar las decisiones sobre situaciones administrativas y régimen disciplinario que se reserva el Rector, a excepción de la separación del servicio. (Art. 77)

— La participación del PAS en los órganos de gobierno y representación de las Universidades.

Se entiende por quien suscribe que en estas materias debe reconocerse a las Universidades Públicas la potestad de normarse y de organizarse, dado que el régimen contenido en la LOU tiene un carácter preferente e intangible, a salvo que la legislación básica contenida en el EBEP no pueda compatirse en modo alguno con dichos preceptos, y, en todo caso, con prevalencia sobre la legislación de las Comunidades en materia de función pública que tiene una finalidad de desarrollo de la competencia, universitaria por un lado y de función pública por otro.

En efecto, insistimos, resulta obvio la sujeción de las Universidades, y de su Personal de Administración y Servicios a la legislación básica en materia de función pública, la actualmente vigente y la que se recoja en el EBEP, pero ello no obsta a que se permita un régimen de adaptación de la misma a sus especificidades por los Estatutos de cada Universidad e incluso, por las propias normas de desarrollo de los mismos en el ámbito universitario; quedará únicamente por deshojar la incógnita del desarrollo que se haga por la legislación de las distintas Comunidades Autónomas, y en qué medida afectará al Personal de Administración y Servicios de las Universidades incluidas en su ámbito territorial.

Las diversas Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas también podrán aprobar Leyes que contengan normas especiales para el PAS de las Universidades, o someterlos a la normativa general aprobada para su función pública, o no regular al respecto, siempre que no estén en contradicción con la legislación básica y no lesionen el contenido esencial del derecho a la autonomía universitaria plasmado en cuanto a dicho régimen, a salvo una derogación expresa, en los citados artículos 73 a 78 de la LOU.

NATURALEZA Y ALCANCE EN EL NUEVO IRPF DE LAS RENTAS EXENTAS SUSCEPTIBLES DE SER PERCIBIDAS POR LAS PERSONAS DISCAPACITADAS. SU ANÁLISIS A LA LUZ DE LA LEY 35/2006, DE 28 DE NOVIEMBRE

POR

JUAN CALVO VÉRGEZ

DOCTOR EN DERECHO, PROFESOR AYUDANTE DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO,
UNIVERSIDAD DE LEÓN

SUMARIO: 1. LA TRASCENDENCIA DE LA DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO DEL DERECHO TRIBUTARIO. 2. ESTRUCTURA GENERAL DEL NUEVO IRPF A LA LUZ DE LA NUEVA LEY 35/2006, DE 28 DE NOVIEMBRE. 3. RENTAS EXONERADAS DE GRAMEN EN EL IRPF SUSCEPTIBLES DE SER PERCIBIDAS POR LOS DISCAPACITADOS. 3.1. Exenciones que hacen referencia expresa a la condición de Discapacitado del Sujeto Pasivo. 3.2. Exenciones susceptibles de aplicarse a aquellos Sujetos Pasivos que padecen un determinado grado de minusvalía.

1. LA TRASCENDENCIA DE LA DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO DEL DERECHO TRIBUTARIO

Sin lugar a dudas, es un hecho incontestable la importancia adquirida en los últimos tiempos por el conjunto de personas que sufren distintos grados de discapacidad, quienes persiguen alcanzar su integración en un plano de igualdad con el resto de los ciudadanos. Esta igualdad no debe ser sólo de carácter nominal, sino que ha de proyectarse sobre todas aquellas situaciones de discriminación originadas por la posición inicial de clara desventaja en la que estos sujetos se encuentran, en aras de lograr una igualdad de oportunidades real.

Como es sabido, nuestra Constitución de 1978 reconoce en su art. 14 el principio de igualdad o de no discriminación, al disponer que «*todos los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o por cualquier otra condición o circunstancia personal o social*». Al mismo tiempo, se encarga de precisar el art. 9.2 de la Norma Fundamental que «*corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciu-*

dadanos en la vida política, económica, cultural y social». Y el art. 10.1 de la Constitución (CE) afirma que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

La aplicación de todos estos preceptos, sin perjuicio de su alcance general, adquiere especial importancia en el ámbito de la discapacidad, al promover la erradicación de toda discriminación por razón de las minusvalías físicas, psíquicas o sensoriales de cualquier clase que pueda padecer un individuo.

Por otra parte establece el art. 49 CE, encuadrado dentro del Capítulo III del Título I (cuya denominación es «De los principios rectores de la política social y económica»), que *«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».* Incluso, dentro de esta misma línea, cabría aludir a la incidencia del art. 41 CE, en virtud del cual, *«los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y las prestaciones complementarias serán libres».*

Lo dispuesto en todos estos preceptos constitucionales debe ponerse además, dentro del marco específico de la fiscalidad, en conexión con el art. 31.1 de la Norma Fundamental, en virtud del cual *«todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio».*

Señala la Exposición de Motivos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad de las Personas con Discapacidad que estas personas *«precisan de garantías suplementarias para vivir con plenitud de derecho o para participar en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos en la vida económica, social y cultural del país».* Por su parte el art. 1 de la citada Ley, que sirve de complemento a la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, se encarga de precisar que el objeto de la misma lo constituye *«establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad».*

La Ley 51/2003 tuvo por objeto establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las per-

sonas con discapacidad, conforme a lo dispuesto en los arts. 9.2, 10, 14 y 49 CE. A estos efectos, se entiende por «igualdad de oportunidades» la ausencia de discriminación, directa o indirecta, que tenga su causa en una discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social.

Refiriéndose al ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, su art. 1.2 dispone que tendrán la consideración de personas con discapacidad aquéllas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33%, añadiéndose a continuación que, en todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33% los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Sucedo no obstante que, ya desde la entrada en vigor de la citada Ley, se han producido decisiones administrativas heterogéneas y, en algunas ocasiones, contradictorias, emanadas de los distintos órganos de las Administraciones Públicas, en relación con la forma de acreditar la asimilación al grado de minusvalía prevista en el citado artículo. Pues bien, al objeto de precisar el alcance de la equiparación del grado de minusvalía prevista en el art. 1.2 de la Ley 51/2003 y de fijar unos criterios homogéneos de actuaciones para todo el Estado, se ha dictado recientemente el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003. Dicho Real Decreto toma además en consideración lo dispuesto en el citado precepto, de conformidad con el cual la acreditación del grado de minusvalía se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional.

¿Cómo deben actuar los poderes públicos en el ámbito de la discapacidad? De conformidad con lo previsto en el art. 2.f) de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, la actuación de los poderes públicos ha de inspirarse en el llamado «principio de transversalidad», comprendiendo *«las políticas y líneas de acción de carácter general en cualquiera de los ámbitos de la actuación pública, donde se tendrán en cuenta las necesidades y demandas de las personas con discapacidad».*

Pues bien, dentro de las políticas a través de las cuales se plantea la posibilidad de prestar especial atención a este colectivo se encuentra la política fiscal. En efecto, la normativa tributaria ha de tener

bien presente la específica problemática de los discapacitados. Y todo estudio que pretenda llevarse a cabo acerca de la protección de los discapacitados en ámbitos tales como los del Derecho de la Seguridad Social o el Derecho Tributario ha de partir de un dato que, no por obvio, deja de ser esencial: la existencia de una desigualdad entre las personas discapacitadas y quienes no padecen discapacidad alguna. Ahora bien, desde un punto de vista jurídico, estas diferencias (ya sean físicas, psíquicas, sensoriales o de cualquier otra clase), no pueden provocar que los discapacitados resulten discriminados, en cualquier ámbito, por razón de su minusvalía. La razón es bien sencilla: tienen los mismos derechos y deberes que el resto de los ciudadanos.

En consecuencia, estimamos que el Estado debe ejercer una acción represora sobre todas aquellas conductas ilegales que puedan originarse, prestando así una especial tutela a los derechos de las personas discapacitadas en aras de impedir que estos resulten menoscabados.¹

Ahora bien, al mismo tiempo, y debido a las diferencias esenciales que caracterizan la situación personal de las personas discapacitadas en relación con el resto de ciudadanos, el Estado debe adoptar además todas aquellas medidas que estime oportunas (tanto desde un ámbito normativo, como financiero o incluso desde el punto de vista del desarrollo de la función pública), con la finalidad de lograr reducir al máximo tales diferencias e igualar, en la medida de lo posible, a unos y otros ciudadanos en el disfrute de sus derechos.

Dicha diferencia de trato resulta plenamente justificada, no vulnerando en ningún caso el principio de igualdad o la prohibición de discriminación, dadas las circunstancias concurrentes a que nos referimos.

La atención a las personas en situación de dependencia y la promoción de su autonomía personal constituye uno de los principales retos de la política social de los países desarrollados. El principal objetivo que se persigue no es otro que atender las necesidades de aquellos sujetos que, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía.

Esta es además la razón de ser que justifica la aprobación de la reciente Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependen-

¹ En este sentido deben destacarse las medidas contra este tipo de discriminación, ya sea directa o indirecta, recogidas en los arts. 6 y 7 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad.

cia. El origen remoto de esta Ley podemos situarlo en octubre de 2003, fecha en la que tuvo lugar la aprobación de la Renovación del Pacto de Toledo a través de la creación de una Recomendación Adicional 3.ª, en la que se disponía que «*resulta por tanto necesario configurar un sistema integrado que aborde desde la perspectiva de globalidad el fenómeno de la dependencia, y la Comisión considera necesaria una pronta regulación en la que se recoja la definición de dependencia, la situación actual de su cobertura, los retos previstos y las posibles alternativas para su protección*».

Por otra parte, conviene no olvidar que el reconocimiento de los derechos de las personas en situación de dependencia ha sido puesto de relieve por numerosos documentos y decisiones de organizaciones internacionales tales como la Organización Mundial de la Salud, el Consejo de Europa y la Unión Europea. Esta última, en el año 2002 y, precisamente, bajo la presidencia española, adoptó un conjunto de criterios que debían regir las políticas de dependencia de los Estados miembros, a saber: universalidad, alta calidad y sostenibilidad en el tiempo de los sistemas que se implanten. Las conclusiones del Informe elaborado por la Subcomisión sobre el estudio de la situación actual de la discapacidad, con fecha de 13 de diciembre de 2003, coincidían en la necesidad de configurar un sistema integral de la dependencia desde una perspectiva global con la participación activa de toda la sociedad.

Dentro de nuestra sociedad, el conjunto de cambios demográficos y sociales están produciendo un incremento progresivo de la población en situación de dependencia. Baste citar el importante crecimiento experimentado de la población de más de 65 años, que se ha duplicado en los últimos 30 años, para pasar de 3,3 millones de personas en 1970 (un 9,7% de la población total) a más de 6,6 millones en 2000 (16,6%). A ello hay que añadir el fenómeno demográfico denominado «envejecimiento del envejecimiento», expresión con la que se designa al aumento del colectivo de población con edad superior a 80 años, que se ha duplicado en sólo veinte años. Asistimos por tanto a la existencia de una nueva realidad de la población mayor que conlleva problemas de dependencia en las últimas etapas de la vida para un colectivo de personas cada vez más amplio.

Son múltiples además los estudios llevados a cabo en los últimos años destinados a poner de manifiesto la clara correlación existente entre la edad y las situaciones de discapacidad. Téngase presente que más del 32% de las personas mayores de 65 años padecen algún tipo de discapacidad, mientras que este porcentaje se reduce a un 5% para el resto de la población. A esta realidad, derivada del envejecimiento, se suma la dependencia por razones de enfermedad y otras causas de

discapacidad o limitación, que se ha incrementado en los últimos años por los cambios producidos en las tasas de supervivencia de determinadas enfermedades crónicas y alteraciones congénitas, así como por las consecuencias derivadas de los índices de siniestralidad vial y laboral.²

Queda claro por tanto que la atención a este colectivo de población constituye un reto ineludible para los poderes públicos que requiere una respuesta firme, sostenida y adaptada al actual modelo de nuestra sociedad. No hay que olvidar que, hasta ahora, han sido las familias, y en especial las mujeres, las que tradicionalmente han asumido el cuidado de las personas dependientes, constituyendo lo que ha dado en llamarse el «apoyo informal». Los cambios en el modelo de familia y la incorporación progresiva de casi tres millones de mujeres, en la última década, al mercado de trabajo introducen asimismo nuevos factores en esta situación que hacen imprescindible una revisión del sistema tradicional de atención para asegurar una adecuada capacidad de prestación de cuidados a aquellas personas que los necesitan.

Como ya hemos precisado nuestra Constitución, a través de sus arts. 49 y 50 fundamentalmente, proclama la necesidad de prestar especial atención a las personas con discapacidad y a las personas mayores a través de un sistema de servicios sociales promovido por los poderes públicos para el bienestar de los ciudadanos. Y si ya en el año 1978 los elementos fundamentales de ese modelo de Estado del bienestar se centraban, para todo ciudadano, en la protección sanitaria y de la Seguridad Social, el desarrollo social llevado a cabo desde entonces ha venido a situar a un nivel de importancia fundamental a los servicios sociales, desarrollados fundamentalmente por las Comunidades Autónomas, con la colaboración especial del llamado Tercer sector.

Hasta ahora el conjunto de las distintas necesidades de las personas mayores y, en general, de los afectados por situaciones de dependencia, han sido atendidas por las Administraciones Públicas fundamentalmente desde los ámbitos autonómico y local, en el marco del Plan Concertado de Prestaciones Básicas de Servicios Sociales, en el que participa también la Administración General del Estado. Dentro del ámbito estatal hemos de referirnos a los Planes de Acción para las

² Concretamente, según la Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud realizada en 1999, un 9% de la población española presentaba alguna discapacidad o limitación que le causaba o podía llegar a causar una dependencia para las actividades de la vida diaria o necesidades de apoyo para su autonomía personal en igualdad de oportunidades. Ello explica el hecho de que, pensando en este colectivo, se acometiera la creación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad.

Personas con Discapacidad y para Personas Mayores. Por otra parte, el sistema de Seguridad Social ha venido asumiendo algunos elementos de atención, tanto en la asistencia a personas mayores como en situaciones vinculadas a la discapacidad: gran invalidez, complementos de ayuda a tercera persona en la pensión no contributiva de invalidez y de la prestación familiar por hijo a cargo con discapacidad, así como prestaciones de servicios sociales en materia de reeducación y rehabilitación a personas con discapacidad y de asistencia a las personas mayores.

Las entidades del Tercer sector de acción social vienen participando desde hace años en la atención a las personas en situación de dependencia, apoyando el esfuerzo de las familias y de las Corporaciones Locales en este ámbito. Estas entidades desarrollan una importante labor de prevención de los riesgos de exclusión de las personas afectadas.

Pues bien, la necesidad de garantizar a los ciudadanos, y a las propias Comunidades Autónomas, un marco estable de recursos y servicios para la atención a la dependencia y su progresiva importancia lleva al Estado a intervenir en este ámbito con la regulación contenida en la nueva Ley de Dependencia, configurándola como una nueva modalidad de protección social destinada a ampliar y complementar la acción protectora del Estado y del Sistema de la Seguridad Social.

Lo que se persigue no es sino la configuración de un nuevo desarrollo de los servicios sociales que amplíe y complemente la acción protectora de este sistema, potenciando el avance del modelo de Estado Social que consagra la Constitución, así como el compromiso de todos los poderes públicos en promover y dotar los recursos necesarios para hacer efectivo un sistema de servicios sociales de calidad, garantista y plenamente universal. En este sentido, el Sistema de Atención de la Dependencia constituye uno de los instrumentos fundamentales destinados a mejorar la situación de los servicios sociales en nuestro país, respondiendo a la necesidad de la atención a las situaciones de dependencia y a la promoción de la autonomía personal, la calidad de vida y la igualdad de oportunidades.

A través de la nueva Ley de Dependencia se busca regular las condiciones básicas de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas. El citado Sistema tiene por finalidad principal la garantía de las condiciones básicas y la previsión de los niveles de protección a que se refiere la nueva Ley.

La Ley ha de servir de instrumento de apoyo para fomentar la colaboración y participación de las Administraciones Públicas y para optimizar los recursos públicos y privados disponibles. De este modo, se configura un derecho subjetivo fundamentado en los principios de universalidad, equidad y accesibilidad, desarrollando un modelo de atención integral al ciudadano, al que se reconoce como beneficiario su participación en el Sistema y que administrativamente se organiza en tres niveles.

Es la competencia exclusiva del Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (artículo 149.1 CE), la que justifica la regulación por parte de la nueva Ley de Dependencia de las condiciones básicas de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia mediante la creación del citado Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas y con pleno respeto de las competencias que las mismas hayan asumido en materia de asistencia social en desarrollo del artículo 148.1.20 CE.

En suma, sin perjuicio de la necesidad de que el Estado adopte una política represiva de todas aquellas conductas que discriminen a los discapacitados por razón de su minusvalía, debe asumir también una posición de tutela activa destinada a eliminar plenamente el conjunto de obstáculos que se oponen a la plena integración del discapacitado en la sociedad.

Dichas acciones de los poderes públicos podrán encaminarse al establecimiento de medidas de discriminación positiva que deben ser justificadas (en aras de la minusvalía padecida) y proporcionadas (en función de la finalidad perseguida), de manera que no resulten contrarias a Derecho³. Y entre estas medidas positivas de acción susceptibles de ser adoptadas por los poderes públicos se sitúan las contenidas en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario.

Así las cosas, el legislador fiscal debe proceder, en primer lugar, a aplicar el principio de acción positiva, otorgando aquellos beneficios que compensen la situación de desventaja de partida. Y, en segundo término, ha de lograr que la tributación de los discapacitados sea justa y se corresponda con su verdadera capacidad económica, una vez cubiertas sus especiales necesidades. Coincidimos con CUBILES

³ El art. 8 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, define expresamente las citadas medidas como «aquellos apoyos de carácter específico destinados a prevenir o compensar las desventajas o especiales dificultades que tienen las personas con discapacidad en la incorporación y participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad».

SÁNCHEZ-POBRE⁴ en que «sólo así se logrará una igualdad de trato efectiva pues es evidente que, si para compensar las minusvalías que padecen deben hacer frente a unos gastos superiores, las cantidades destinadas a sufragar tales gastos no pueden ser entendidas como una capacidad económica mayor».

¿Y qué medidas tributarias deben ser adoptadas en aras de garantizar la integración real de los discapacitados? A nuestro juicio, las normas tributarias han de responder a las necesidades de las personas discapacitadas o de su entorno cercano, esto es, de los familiares de los cuales dependan. Deben establecerse normas que incentiven la realización de actividades o actitudes que mejoren la situación de los discapacitados en nuestra sociedad.

Es cierto que, con carácter general, la legislación tributaria no se limita a utilizar un único término para referirse a las personas con discapacidad. Es más, en ocasiones, dentro de una misma norma el legislador emplea distintas expresiones a través de las cuales alude a una misma realidad.

Así, por ejemplo, mientras la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, alude en su art. 151.1 a la «persona con discapacidad o con movilidad reducida», el antiguo Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se refería en su art. 58.6 a los contribuyentes «discapacitados», y a las «personas minusválidas» en su art. 61.1. Como es sabido, en la actualidad hemos de remitirnos a lo dispuesto en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. Pues bien, la nueva Ley se refiere, entre otros, en sus arts. 53 y 60 a las «personas con discapacidad».

Por su parte la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido utiliza el término «minusválidos» en su art. 91.dos.4, si bien previamente, en su art. 45, emplea la expresión «personas física o mentalmente disminuidas».

El Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, alude en su art. 41 a los «trabajadores minusválidos». Y especialmen-

⁴ CUBILES SÁNCHEZ-POBRE, P. «La tributación de las personas con discapacidad en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en el Impuesto sobre Sociedades. Visión crítica de la normativa actual y propuestas para su modificación», en *Revista Técnica Tributaria*, núm. 72, 2006, pág. 23.

te significativa resulta la variada terminología empleada por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales; mientras su art. 82.1.f) se refiere a los «disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales», en su art. 93.1.e) se mencionan a los «vehículos para personas de movilidad reducida», «vehículos matriculados a nombre de minusválidos» y «vehículos conducidos por personas con discapacidad»; asimismo, su art. 103.2.e) se refiere, en términos más genéricos, a los «discapacitados».

No cabe duda de que, de *lege ferenda*, resultaría más conveniente proceder a unificar esta variada terminología empleada por el legislador fiscal teniendo en cuenta que, desde un punto de vista estrictamente tributario, la expresión más correcta sería la de «persona con discapacidad». Ahora bien, con independencia de reconocer la existencia de una falta de concreción terminológica estimamos que, a través del empleo de estas distintas expresiones, el legislador se está refiriendo siempre a un mismo supuesto de hecho.

A mayor abundamiento, dentro de los dos principales impuestos de nuestro sistema tributario (IRPF e IVA), se contiene una definición de «discapacidad» a la que resulta posible recurrir con la finalidad de poder interpretar adecuadamente los términos utilizados en los restantes textos legales. Como ha señalado CARBAJO VASCO⁵, «las clasificaciones de discapacidad, conceptos, sistemas de acreditación, etc., contenidos en el IRPF se trasladan *pari passu* a otros gravámenes».

Al amparo de lo dispuesto por el apartado seis del art. 58.6 del antiguo RDLeg 3/2004, de 5 de marzo⁶, se venía afirmando que tienen la consideración de discapacitados aquellos contribuyentes con un grado de minusvalía igual o superior al 33% a la fecha del devengo, esto es, a 31 de diciembre. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, en determinadas ocasiones el citado TRLIRPF demandaba la existencia de un porcentaje superior (concretamente del 65%), al objeto de poder acceder al disfrute de ciertos beneficios⁷.

⁵ CARBAJO VASCO, D., «La familia y la reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», en *Tribuna Fiscal*, núm. 12, 2003, pág. 21.

⁶ En idénticos términos se pronunciaba el artículo 47 quinquies de la antigua Ley 40/1998, de 9 de diciembre, reguladora del Impuesto. No obstante, la primera vez que se hizo uso de esta definición en el IRPF fue en el art. 5.bis de la antigua Ley 18/1991, de 6 de junio. Dicho precepto venía a especificar el grado de minusvalía recogido en el art. 28.2 de la Ley el cual se refería, dentro del concepto «otros gastos deducibles», al «15 por 100 sobre el importe de los ingresos íntegros, excluidas las contribuciones que los promotores de Planes de Pensiones imputen a los partícipes, con un máximo de 600.000 pesetas, para los sujetos pasivos que sean invidentes, mutilados o inválidos, físicos o psíquicos, congénitos o sobrevenidos; en el grado reglamentariamente establecido».

⁷ En efecto, dentro del art. 58 del RDLeg. 3/2004 se señalaba que las reducciones por discapacidad del contribuyente y de los ascendientes o descendientes incrementan su cuan-

Estos mismos parámetros son utilizados por la nueva Ley reguladora del IRPF, la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, en su art. 60.3. Cuando el legislador alude a «personas con discapacidad» se está refiriendo, de acuerdo con lo previsto en el citado precepto, a aquellos contribuyentes que acrediten, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, un grado de minusvalía igual o superior al 33%, circunstancia que se considera probada respecto de los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, y de los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. En cambio, se estima acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65% tratándose de personas cuya incapacidad sea declarada judicialmente, aunque no alcancen dicho grado.⁸

Así las cosas, a efectos de este Impuesto habremos de diferenciar entre dos tipos de discapacitados: aquellos que cuenten con un porcentaje de minusvalía igual o superior al 33%; y los que presenten un porcentaje igual o superior al 65%.

Y dentro del ámbito de la imposición indirecta, el art. 91.Dos.1.4º de la LIVA señala que «a efectos de esta Ley, se considerarán personas con minusvalía a quienes tengan esta condición legal en grado igual o superior al 33 por 100, de acuerdo con el baremo a que se refiere la Disposición Adicional Segunda de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre». Esta redacción fue introducida en su día por la Ley 41/1994, de 30 de diciembre. Téngase presente además que la citada Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecían en la Seguridad Social prestaciones no contributivas, resultó derogada por la vigente Ley General de la Seguridad Social. Por tanto, en la actualidad, el baremo al que alude el referido art. 91.Dos.1.4º de la LIVA se halla regulado en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento

tía legal en aquellos supuestos en los que el grado de minusvalía fuese igual o superior al 65%; y su art. 61 contemplaba la aplicación de una reducción específica para las aportaciones a planes de pensiones realizadas a favor de personas con un grado de minusvalía igual o superior al 65%.

⁸ Señala concretamente el citado precepto de la nueva Ley que «a los efectos de este Impuesto, tendrán la consideración de personas con discapacidad los contribuyentes que acrediten, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento. En particular, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento en el caso de los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez y en el caso de los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Igualmente, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento, cuando se trate de personas cuya incapacidad sea declarada judicialmente, aunque no alcancen dicho grado».

para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.⁹

Nótese como el legislador tributario ha optado por calificar al discapacitado en función del grado de minusvalía existente y no de otros criterios tales como el empleado en numerosas ocasiones en el ámbito del Derecho del Trabajo relativo a la incapacidad temporal o permanente existente de cara a desarrollar un empleo. Desde nuestro punto de vista, se trata de una opción que resulta lógica, ya que la discapacidad a efectos tributarios no sólo ha de venir determinada por la existencia de limitación en el ámbito laboral, sino que puede abarcar además otros aspectos de la vida social¹⁰.

A la hora de proceder a valorar la existencia de un determinado grado de minusvalía, no sólo han de tenerse en cuenta las deficiencias físicas o psíquicas que pueda padecer el sujeto en cuestión, sino también diversos factores sociales complementarios relativos a su entorno familiar o a su situación laboral, educativa o cultural que puedan llegar a dificultar la integración social del discapacitado.

En suma, siempre que una determinada norma tributaria se refiera, de un modo u otro, a las personas con discapacidad, habremos de recurrir a la definición expuesta. Y es que sólo tendrán la condición legal de discapacitados, a efectos tributarios, aquellas personas con un grado de minusvalía igual o superior al 33%. Ahora bien, ello no impide en ningún caso que, en determinadas circunstancias, la propia norma establezca un grado diferente al indicado. Y, de cualquier manera, si no lo hace, deberá estimarse que el grado de minusvalía igual o superior al 33% es el que determina la asunción de la citada condición.

2. ESTRUCTURA GENERAL DEL NUEVO IRPF A LA LUZ DE LA NUEVA LEY 35/2006, DE 28 DE NOVIEMBRE

Señala el art. 2 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, reguladora del IRPF, que *«constituye el objeto de este Impuesto la renta del contri-*

⁹ La calificación del grado de minusvalía responde además a diversos criterios técnicos unificados fijados mediante los baremos descritos en el Anexo I del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. Señala la citada norma que serán objeto de valoración, tanto aquellas discapacidades que presente la persona como, en su caso, los factores sociales complementarios que puedan incidir al respecto relativos, entre otros, a su entorno familiar y a su situación laboral, educativa y cultural que dificulten su integración social.

¹⁰ Piénsese, por ejemplo, en las obras que sea necesario realizar para la adecuación de la vivienda habitual, en la adquisición de un vehículo adaptado asimismo a la condición de minusválido, etc.

buyente, entendida como la totalidad de sus rendimientos, ganancias y pérdidas patrimoniales y las imputaciones de renta que se establezcan por la ley, con independencia del lugar donde se hubiesen producido y cualquiera que sea la residencia del pagador».

Como es sabido, la nueva Ley del IRPF tiene como objetivos fundamentales: mejorar la equidad; favorecer el crecimiento económico; garantizar la suficiencia financiera para el conjunto de las Administraciones Públicas; y favorecer la tributación homogénea del ahorro abordando, desde una perspectiva fiscal, los problemas derivados del envejecimiento y la dependencia.

Ya en su Título preliminar se define como objeto del Impuesto la renta del contribuyente, considerando como tal la suma de todos sus rendimientos, ganancias y pérdidas patrimoniales e imputaciones de rentas. Así, frente a la noción del antiguo TRLIRPF de considerar como objeto del Impuesto la renta disponible, es decir la resultante de disminuir las rentas totales obtenidas en el importe de las reducciones por circunstancias personales y familiares¹¹, la nueva Ley toma en consideración estas circunstancias en el momento del cálculo del Impuesto, eliminándose determinadas discriminaciones.

Como es sobradamente conocido, el IRPF constituye un impuesto directo, personal y subjetivo en el que, para calcular el importe a pagar, no sólo debe atenderse a los ingresos obtenidos en el período impositivo sino que, además, han de tomarse en consideración diversos factores determinantes de la verdadera capacidad económica del sujeto pasivo tales como la edad, el número de hijos, etc. Pues bien, entre estas circunstancias se encuentra la discapacidad del mismo o de las personas que de él dependan.

Nos hallamos ante un Impuesto destinado a gravar, en términos generales, los ingresos menos los gastos y las pérdidas que hayan tenido lugar en el patrimonio del contribuyente. Y, al objeto de poder computar tales ingresos, gastos y pérdidas, el legislador procede a diferenciar hasta cinco tipos distintos de renta que pueden producirse en la esfera patrimonial de una persona física, a saber: rendimientos del trabajo, rendimientos del capital (mobiliario o inmobiliario), rendimientos de actividades económicas, ganancias y pérdidas patri-

¹¹ En efecto, disponía el art. 2.1 del antiguo TRLIRPF que el objeto de dicho Impuesto lo constituye *«la renta del contribuyente, entendida como la totalidad de sus rendimientos, ganancias y pérdidas patrimoniales y las imputaciones de renta que se establezcan por la ley, con independencia del lugar donde se hubiesen producido y cualquiera que sea la residencia del pagador»*. Y añadía a continuación el apartado segundo del citado precepto que *«el impuesto gravará la capacidad económica del contribuyente, entendida ésta como su renta disponible, que será el resultado de disminuir la renta en la cuantía del mínimo personal y familiar»*.

moniales e imputaciones de renta. Cada una de estas distintas modalidades de rentas resulta determinada de forma diversa, lo que contribuye a explicar la estructura analítica del Impuesto, a diferencia de lo que sucede con otras figuras impositivas (caso del Impuesto sobre Sociedades), que presentan una estructura sintética.

La nueva Ley 35/2006 efectúa en sus arts. 44 y ss. una clasificación de la renta distinguiendo al efecto entre renta general y renta del ahorro. Dentro de la renta general se incluyen los distintos tipos de rendimientos (del trabajo, actividades económicas, capital inmobiliario y determinados rendimientos del capital mobiliario), así como las imputaciones que la Ley establece (rentas inmobiliarias, transparencia fiscal internacional y cesión de derechos de imagen) y las ganancias y pérdidas patrimoniales que no deriven de una transmisión. En cambio, la renta del ahorro queda integrada por los rendimientos del capital mobiliario derivados de participación en fondos propios, los obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios y los derivados de operaciones de contratos de seguros de vida e invalidez.

E igualmente forman parte de la misma las ganancias y pérdidas patrimoniales procedentes de la transmisión de elementos patrimoniales, con independencia del período de generación de la misma. De este modo, la mayor parte de los rendimientos del capital mobiliario pasan a formar parte de la renta del ahorro, quedando únicamente fuera los rendimientos derivados del arrendamiento de bienes muebles, negocios, subarrendamiento, los derivados de la propiedad intelectual, los obtenidos por la prestación de asistencia técnica y los que procedan de la cesión del derecho o la explotación de la imagen.

El IRPF se presenta así como un impuesto analítico, lo que significa que las rentas obtenidas por el contribuyente deben calificarse en distintos tipos que tendrán una tributación diferenciada en función de la fuente de producción. Dichas rentas-tipo son: los rendimientos del trabajo, los rendimientos del capital (mobiliario o inmobiliario), los rendimientos de actividades económicas, las ganancias y pérdidas patrimoniales y las rentas imputadas. La diferencia en la tributación que determina la calificación de una renta reside en el cálculo de los rendimientos íntegros, de los rendimientos netos y de las reducciones que se podrán realizar.

En aquellos casos en los que el discapacitado actúe como trabajador dependiente, obtendrá rendimientos del trabajo. Por el contrario, si el discapacitado tuviese la condición de trabajador independiente, generaría unos rendimientos de actividades económicas. A nuestro juicio, ambas modalidades de renta son las que ofrecen una mayor relevancia dentro del régimen tributario susceptible de aplicarse a los discapacitados. Ahora bien, como es lógico, aquél podrá obtener ade-

más rendimientos procedentes de determinados contratos de seguros de vida e invalidez o ganancias o pérdidas patrimoniales derivadas de la venta de sus propiedades, de elementos patrimoniales afectos a su actividad o de donaciones efectuadas a instituciones o terceros.

Por otra parte, y con la finalidad de poder precisar la renta del discapacitado susceptible de quedar sometida a gravamen, habremos de tomar en consideración las reducciones procedentes del mínimo personal y familiar de aquél, así como diversas reducciones específicas que pueden ser practicadas sobre la base general y que han de ser analizadas a la luz de la modificación operada en su día por la Ley 46/2002 sobre la antigua Ley 40/1998, reguladora del Impuesto. Todo ello sin perjuicio del análisis que requiere el tratamiento que ha de otorgarse a determinadas rentas percibidas por el discapacitado y declaradas exentas por el legislador, que constituye el objeto del presente trabajo.¹²

3. RENTAS EXONERADAS DE GRAVAMEN EN EL IRPF SUSCEPTIBLES DE SER PERCIBIDAS POR LOS DISCAPACITADOS

Procedemos a continuación a analizar el tratamiento fiscal que el legislador confiere a determinadas rentas susceptibles de ser percibidas por el discapacitado y que, al amparo de lo dispuesto en el art. 7 de la Ley 35/2006, se hallan exentas de gravamen.

Antes de proceder al análisis de las distintas exenciones susceptibles de ser aplicadas sobre las rentas percibidas por el discapacitado, queremos referirnos brevemente a las principales novedades incorporadas en este punto por la nueva Ley 35/2006, de 28 de noviembre, reguladora del IRPF.

Con carácter general, el conjunto de exenciones previstas en el art. 7 del antiguo TTRLIRPF se han visto ampliadas a las siguientes. En primer lugar, a aquellas rentas del trabajo derivadas de las prestaciones recibidas en forma de renta de planes de pensiones por las personas con minusvalía, correspondientes a las aportaciones realizadas en

¹² Asimismo conviene tener presente otras cuestiones de gran importancia a la hora de analizar el régimen fiscal al que quedan sometidas las rentas obtenidas por el discapacitado a efectos del IRPF, tales como la tributación de la unidad familiar, el cálculo de la cuota a ingresar por aplicación de las oportunas escalas de gravamen o las deducciones susceptibles de ser practicadas en la cuota del Impuesto (con especial atención a la deducción por inversión en vivienda habitual o a las deducciones por donaciones o por actividades económicas) las cuales, por razones de las dimensiones que requiere este trabajo, no serán objeto de análisis en el mismo.

su momento a favor de los discapacitados hasta un importe máximo de tres veces el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM). En segundo término, a las rentas del trabajo derivadas de las aportaciones realizadas al patrimonio protegido de los discapacitados, con el límite anteriormente indicado. Ciertamente, la no integración de estas rentas ya se encontraba recogida en el antiguo TRLIRPF en sus artículos 16.4 y 17.3, pasando ahora en la nueva Ley 35/2006 a formar parte de las rentas exentas.

La nueva Ley declara exentas las indemnizaciones previstas en la legislación del Estado y CC.AA. destinadas a compensar la privación de libertad en establecimientos penitenciarios derivados de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía. E idéntico criterio se adopta en relación con aquellas rentas que se pongan de manifiesto al constituirse una renta vitalicia derivada de los planes individuales de ahorro sistemático. Estos planes, que tienen la consideración de instrumento financiero de ahorro, son creados en su Disp. Adic. 3^a, siendo la característica esencial de los mismos su configuración como contratos celebrados con compañías de seguros para constituir, con las primas aportadas, un capital que pueda percibirse en forma de renta vitalicia.¹³

En suma, se dispone la creación de un nuevo producto de previsión de manera que, tratándose de un fondo de inversión, el importe de las plusvalías generadas por el mismo quedan exentas en el supuesto de que fuesen cobradas en la jubilación y en forma de renta vitalicia, con un límite máximo de 240.000 euros por contribuyente. El beneficio fiscal del producto consiste por tanto en la exención de la rentabilidad acumulada al constituir la renta.

La nueva Ley reconoce asimismo la exención de los dividendos y participaciones en beneficios obtenidos por la condición de socio o accionista de cualquier tipo de sociedad, con el límite de 1.500 euros. Téngase presente no obstante que los dividendos ven alterada su forma de tributar en el IRPF, integrándose en la llamada «renta del ahorro», y siendo su fiscalidad fija del 18%, independientemente del

¹³ El contratante, el asegurado y el beneficiario de estos contratos tiene que ser el propio contribuyente. El límite anual máximo satisfecho en concepto de primas no puede superar los 8.000 euros, siendo el montante máximo de primas acumuladas a lo largo de la duración del contrato de 240.000 euros. La primera prima satisfecha ha de tener una antigüedad superior a 10 años al momento de constitución de la renta vitalicia. La renta vitalicia se ha de constituir con los derechos económicos acumulados por las primas satisfechas. Y si se dispusiera de los derechos económicos con antelación a la constitución de la renta vitalicia, se tributaría por la constitución de la misma con arreglo a lo establecido en la ley. De la misma manera, si una vez empezada a percibirse la renta vitalicia se anticipase ésta, se tributaría por la exención de que en su momento gozó la constitución. Aquella renta vitalicia que se perciba a partir de la constitución tributará como renta del ahorro al tipo del 18% sobre un porcentaje de la anualidad, en función de la edad del rentista.

nivel de renta de su perceptor, y perdiendo el derecho a la deducción por doble imposición.

Por último, e incidiendo de manera especial en el objeto de nuestro estudio, se dispone la exención de las prestaciones económicas públicas percibidas por el cuidado familiar y asistencia a personas en situación de dependencia que se deriven de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a Personas en Situación de Dependencia.

3.1. Exenciones que hacen referencia expresa a la condición de Discapacitado del Sujeto Pasivo

Aquellas exenciones que hacen referencia expresa a la condición de discapacitado requieren, de cara a su disfrute, que el sujeto pasivo detente la citada condición e incluso, en determinados casos, la acreditación de un grado de discapacidad superior al legalmente exigido (33%) para poder disfrutar de ellas.

Dentro de este grupo de exenciones se sitúa, en primer término, la relativa a las *prestaciones reconocidas al contribuyente por la Seguridad Social, por las entidades que la sustituyan o por Mutualidades de Previsión Social que actúen como alternativas al régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos como consecuencia de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez*, recogida en el art.7 f) de la Ley 35/2006.

Dos son los grupos de prestaciones a los que se refiere el legislador a la hora de delimitar esta exención. De una parte, las reconocidas por la Seguridad Social o por aquellas entidades que la sustituyan. Y, de otra, las reconocidas por las Mutualidades de Previsión Social.

Analicemos primero las prestaciones procedentes de la Seguridad Social o de las entidades que, en su caso, la sustituyan. ¿Quiénes satisfacen estas prestaciones? Con carácter general, su satisfacción corre a cargo de los órganos de la Seguridad Social a los que, a estos efectos, se refiere la norma, y de las entidades que la sustituyan. Dentro de los citados órganos de la Seguridad Social habría que incluir a las llamadas entidades gestoras, es decir, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), el Instituto Social de la Marina (ISM) y el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO) si bien, en este último caso, existen determinadas particularidades relativas a las llamadas prestaciones no contributivas que serán convenientemente analizadas.

Mayores dificultades suscita la identificación de las entidades encargadas de sustituir a la Seguridad Social, máxime si tenemos en cuenta que el Texto Refundido regulador de la Ley General de la Segu-

ridad Social no contiene ninguna referencia a este respecto. *A priori* las entidades que podrían quedar encuadradas en este concepto serían, en primer lugar, los órganos de las Comunidades Autónomas a los que se les hayan transferido tales competencias. Sin embargo, la inclusión de dichos órganos ha de ser descartada, ya que no tienen transferido el pago de las pensiones contributivas, siendo el INSS quien detenta dicha función.

En segundo término, cabría aludir a las Mutualidades de Previsión Social encargadas de acoger a aquellos profesionales que, por uno u otro motivo, no se hallan integrados en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. Pues bien, esta segunda opción ha de ser igualmente descartada, debido a la existencia de una exención específica reconocida al respecto en el art. 7.g) de la Ley 35/2006.

El tercer gran grupo de entidades que podría considerarse sería el de aquellas que desarrollan una labor sustitutiva de la que corresponde a la Seguridad Social a las Mutualidades de funcionarios y a las entidades colaboradoras del art. 67 TRLGSS, esto es, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social y las empresas. Sucede sin embargo que sólo las primeras aseguran y satisfacen prestaciones por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, siendo en consecuencia las únicas que podrían verse afectadas por la norma.

Como es sabido, el aseguramiento de los riesgos de la actividad laboral puede ser cubierto por el INSS o por las citadas Mutuas, a elección del empresario. Y es precisamente la colaboración que prestan estas últimas al sistema de gestión de la Seguridad Social, así como las facultades de dirección y tutela que sobre ellas ejerce el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales lo que, a nuestro juicio, contribuye a explicar su calificación como entidades que, de alguna forma, vienen a sustituir a la Seguridad Social en este ámbito.¹⁴

Ahora bien, hemos de precisar que estas Mutuas no satisfacen las pensiones por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez sobre las que se proyecta esta exención. En efecto, tratándose de una pensión vitalicia del tipo de las indicadas el pago lo efectúa el INSS previa constitución por parte de la entidad colaboradora del llamado «valor actual capital coste». Por su parte, la entidad colaboradora se limita a capitalizar la pensión.¹⁵

¹⁴ Su calificación como entidades encargadas de sustituir a la Seguridad Social ha sido refrendada además por la Dirección General de Tributos (DGT), entre otras, en contestaciones a Consultas de 2 de noviembre de 2000 y de 12 de febrero y 20 de diciembre de 1999.

¹⁵ Así lo establece el art. 25 de la Orden de 15 de abril de 1969 sobre normas de aplicación y desarrollo de las prestaciones de invalidez.

Finalmente, habría que referirse a aquellas Mutualidades de Previsión Social que acogen a profesionales que, por uno u otro motivo, no se hallan integrados en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. *A priori*, podría pensarse que son éstas las entidades a las que se refiere el legislador con la expresión «entidades que sustituyen a la Seguridad Social». Sin embargo, esta mención carece de sentido desde el instante en que la propia Ley 49/1998 se encarga de precisar que la exención alcanza expresamente a estas Mutualidades.

Recapitulando, las entidades pagadoras de la prestación podrán serlo: el Instituto Nacional de la Seguridad Social; el Instituto Social de la Marina; el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales; los órganos de las CC.AA. que hayan asumido las competencias correspondientes; las mutualidades de previsión social que acojan a trabajadores por cuenta propia no integrados en el Régimen de Autónomos de la Seguridad Social o las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.¹⁶

Nótese por tanto como la expresión «entidades que le sustituyan» adolece de un contenido claro, induciendo a una cierta confusión, a no ser que pueda estimarse referida a determinadas entidades pagadoras de las pensiones anteriormente citadas pertenecientes a sistemas de seguridad social de otros países o instituciones.

Ha de quedar claro que no se hallan exentas las prestaciones satisfechas por cualquier otra entidad o empresa que no sea alguna de las citadas, al margen de que las mismas resulten percibidas por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con los complementos privados a la prestación pública (caso de los seguros contratados por el asegurado o su empresa o de los planes de pensiones y complementos a la pensión pagados por las empresas, a pesar de que se encuentren previstos en el correspondiente Convenio colectivo).

¿Cuáles son las prestaciones que gozan de exención? En principio, el legislador únicamente reconoce la aplicación de la exención a dos de los cuatro tipos de incapacidad permanente existentes en su modalidad contributiva, a saber: incapacidad permanente absoluta y gran invalidez. Califica concretamente el art. 137 del TRLGSS la situación de incapacidad permanente de los trabajadores, cualquiera que sea la causa que la origine (es decir, ya se trate de enfermedad o de accidente, laboral o común) en distintos grados, siendo el Instituto Nacional de la Seguridad

¹⁶ De este modo, si la prestación resultase abonada por otra entidad (caso por ejemplo de un seguro privado o de un plan de pensiones), aun cuando tales prestaciones hubiesen sido percibidas como consecuencia de una incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, quedarían gravadas por el impuesto.

Social, a través de sus Equipos de Valoración de Incapacidades, el encargado de evaluar, calificar y revisar la incapacidad, así como de reconocer el derecho a las prestaciones económicas contributivas de la Seguridad Social por incapacidad permanente, en sus distintos grados, y de determinar las contingencias causantes de la misma.¹⁷

Pues bien, tan sólo aquellas prestaciones procedentes de situaciones de incapacidad permanente absoluta (en las que el trabajador se encuentra inhabilitado por completo para la realización de toda profesión u oficio, no sólo de la suya propia) o de gran invalidez (en las que el trabajador, además de padecer la incapacidad permanente, precisa de la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales), gozan de exención.¹⁸

Cualquier otra prestación concedida por incapacidad total o parcial es objeto de gravamen por el Impuesto. En efecto, quedan sujetas al IRPF como rendimientos del trabajo, tal y como se encarga de precisar el art. 17.2.a).1ª de la Ley 35/2006 las prestaciones procedentes de incapacidad temporal, de la incapacidad permanente parcial (esto es de aquella que, sin alcanzar el grado de total, ocasiona al trabajador una disminución no inferior al 33% en su rendimiento normal para su profesión habitual, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma) o de la total (que inhabilita al trabajador para la realización de todas las tareas o, al menos, de las esenciales para el desarrollo de su profesión habitual, permitiéndole no obstante dedicarse a otra distinta), incluida la total cualificada.¹⁹

Desde determinados sectores de la doctrina se ha señalado que la exclusión de estas prestaciones de las rentas exentas podría resultar discriminatoria²⁰. A nuestro juicio, sin embargo, se trata de una exclu-

¹⁷ Estas actuaciones son desarrolladas cualquiera que sea la Entidad gestora o colaboradora que cubra la contingencia de que se trate.

¹⁸ Como seguramente se recordará, la antigua Ley 18/1991, reguladora del IRPF declaraba exentas las prestaciones reconocidas al sujeto pasivo por la Seguridad Social derivadas de incapacidad permanente en sus cuatro grados, a saber: parcial, total, absoluta y gran invalidez. Sin embargo, a partir del 1 de enero de 1994 la exención únicamente se proyecta sobre los dos últimos grados indicados, incapacidad permanente absoluta y gran invalidez, ambos recogidos en el art. 135 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

¹⁹ Téngase presente a este respecto que, de conformidad con lo establecido por el art. 139.2 del TRLGSS, «Los declarados afectos de incapacidad permanente total para la profesión habitual percibirán la pensión correspondiente incrementada en el porcentaje que reglamentariamente se determine, cuando por su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior (este incremento se conoce como incapacidad permanente total cualificada)».

²⁰ Véase a este respecto SANZ DÍAZ-PALACIOS, J. A., «La fiscalidad de los trabajadores discapacitados», en *Trabajo y protección social del discapacitado*, Bomarzo, Madrid, 2003, pág. 247.

sión que puede justificarse por el hecho de que el trabajador, al disponer de la posibilidad de conseguir otro empleo, no ve limitada tanto su capacidad económica como aquellas otras personas a las que se les niega el acceso al mercado laboral, quienes verían reducida su capacidad de obtención de rentas a las citadas pensiones de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. Por tanto, no podría considerarse discriminatorio el tratamiento dispensado por el legislador del IRPF, en la medida en que situaciones distintas deben ser objeto de un diferente trato fiscal.

En todo caso nótese que la ley establece un límite para la cuantía susceptible de quedar exenta, que se concreta en la cuantía reconocida como prestación máxima por la Seguridad Social derivada del concepto que corresponda. El exceso percibido queda gravado por el Impuesto. Y en aquellos casos de concurrencia entre prestaciones de la Seguridad Social y mutualidades, el exceso se entenderá referido a las prestaciones de la mutualidad. El establecimiento del citado límite nos merece un juicio desfavorable. Una vez acreditada la situación de invalidez permanente absoluta o gran invalidez, todas las cantidades percibidas como consecuencia de ello (ya procedan de la Seguridad Social o de las entidades que la sustituyan, de un plan de pensiones o de un seguro privado que cubra dicha contingencia), deberían quedar exentas aun cuando la cuantía percibida exceda de la establecida en la normativa de la Seguridad Social. Y, al menos, en el caso de concurrencia de prestaciones de la Seguridad Social y de las mutualidades citadas en la Ley, deberían quedar exentas la totalidad de las cantidades percibidas sin tope alguno.

Por otra parte, y tal y como tiene declarado el TEAC en Resolución de 5 de junio de 1996, si alguna de estas modalidades de incapacidad sometidas a gravamen deviniese, posteriormente, en incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, no se tendría derecho a la aplicación de la exención con efectos retroactivos.

Tienen la consideración de beneficiarios de estas pensiones aquellos trabajadores a los que se les ha reconocido la incapacidad. La situación de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez se origina durante la vida activa del trabajador. Así, a partir del momento en que el trabajador afectado cumple sesenta y cinco años, dicha prestación pasa a denominarse pensión de jubilación. Debe advertirse que se trata de un mero cambio nominal, de manera que la prestación que se reciba continuará exenta (art. 143.4 TRLGSS²¹). En este sentido se pronuncia además el Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de abril de 1992.

Ahora bien, dentro del ámbito tributario, las consecuencias derivadas de este cambio nominal podrían llegar a adquirir una mayor

repercusión ya que, a partir de dicho momento, dejarían de estar exentas. Si no fuese así, se produciría una discriminación frente al resto de jubilados que perciben una pensión.

La razón de la exención parece clara, radicando en la menor capacidad económica de quienes, hallándose en edad laboral, no pueden ejercer trabajo alguno por la discapacidad que padecen. No obstante, una vez que alcanzan la edad de jubilación, se encuentran en la misma situación que el resto de los pensionistas.²¹

Nótese además que, en aquellos supuestos en los que el sujeto padece una minusvalía estando ya jubilado, resulta imposible acceder a la pensión de incapacidad. En otras palabras, la pensión percibida no resulta transformada en una pensión por incapacidad exenta de gravamen. La DGT tuvo oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión en contestación a Consulta de 14 de junio de 2001, señalando al efecto que la concurrencia de la minusvalía ha de apreciarse en cualquier momento de la vida activa del trabajador, es decir, con anterioridad a la jubilación.²²

Conviene precisar además que esta exención a la que nos referimos únicamente alcanza al trabajador que sufre la lesión o enfermedad. A su muerte, la pensión pasará a ser de viudedad o de orfandad, quedando ambas sometidas a gravamen como rendimiento del trabajo.

Al amparo de lo establecido en la Ley del IRPF, la exención sólo puede ser declarada respecto de los dos tipos de incapacidad laboral indicados. En efecto, sólo disfrutan de un tratamiento beneficioso las pensiones que se conceden a las personas cuya minusvalía les va a impedir volver a desempeñar su trabajo. Existen sin embargo otras prestaciones de la Seguridad Social recogidas en el propio articulado del TRLGSS que pueden llegar a suscitar dudas acerca de su exención, dado que son objeto de reconocimiento por una incapacidad para el trabajo. La eventual inclusión de estas rentas en la exención sólo podría efectuarse a través de una interpretación finalista de la

²¹ Señala este precepto que «Las pensiones de incapacidad permanente, cuando sus beneficiarios cumplan la edad de sesenta y cinco años, pasarán a denominarse pensiones de jubilación. La nueva denominación no implicará modificación alguna, respecto de las condiciones de la prestación que se viniese percibiendo».

²² De este razonamiento se sirven ALONSO-OLEA GARCÍA, B., LUCAS DURÁN, M. y MARTÍN DÉGANO, I., *La protección de los discapacitados en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario*, Thomson-Aranzadi, 2006, pág. 144 para afirmar que «de lege lata, las pensiones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez deberían resultar exentas, al sobrevenir la jubilación del sujeto pasivo».

²³ No obstante en estos casos, al igual que sucede con cualquier otra persona, nada impide que el pensionista que padece la discapacidad acuda al IMSERSO o al órgano competente de la Comunidad Autónoma para que se le reconozca un grado de minusvalía que pueda hacer valer a los efectos que considere oportunos.

norma, si no se quiere caer en la discriminación que supone tratar a situaciones iguales de forma diferente.²⁴

Es el caso, por ejemplo, de la prestación de invalidez del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez. Esta prestación, actualmente extinguida, y regulada en su día por la Ley de 1 de septiembre de 1939 y por el Decreto 18 de abril de 1947 por el que se establece el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI), se encontraba destinada a proteger situaciones de invalidez absoluta y permanente para la profesión habitual. Pues bien, tanto la Disposición Adicional 13ª como la Disposición Transitoria 3ª del TRLGSS, continúan reconociendo el derecho a seguir percibiendo estas prestaciones por quien las tuviesen reconocidas.

¿Qué tratamiento tributario han de recibir estas prestaciones? De conformidad con lo establecido por la DGT en contestación a Consulta de 20 de noviembre de 1995, las mismas no se hallan exentas, ya que su normativa reguladora tan sólo exigía una invalidez que imposibilitara el ejercicio de la profesión habitual y no otras, como requieren la incapacidad permanente absoluta o la gran invalidez.

Un criterio distinto ha sido sostenido, sin embargo, por RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ²⁵ para quien, al amparo de lo dispuesto en el art. 2 de la Orden de 10 de agosto de 1957, de conformidad con el cual «el percibo de las pensiones de vejez o invalidez es incompatible con la realización de cualquier trabajo o actividad que determine la inclusión del pensionista en un régimen o rama de subsidios o seguros sociales obligatorios», resulta equiparable a la incapacidad permanente absoluta del TRLGSS, quedando en consecuencia exenta.

La denominada pensión no contributiva de invalidez, reconocida por el IMSERSO y objeto de regulación en los arts. 144 y ss. del TRLGSS, es susceptible de percepción por aquellas personas afectadas por una minusvalía o por una enfermedad crónica en un grado igual o superior al 65% que carecen de rentas o ingresos suficientes. En otras palabras, tienen derecho a su percepción aquellos trabajadores que, por no tener los años de cotización suficientes, no pueden alcanzar la pensión contributiva, y a los que la ley reconoce automáticamente uno de los requisitos exigidos para tener derecho a la pensión no contributiva, como es el relativo al grado de minusvalía.

Tal y como establece la Disposición Adicional 3ª del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla en materia de pensiones no contributivas la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que

²⁴ Algunas de las citadas prestaciones ya han desaparecido, a pesar de lo cual continúa existiendo el derecho a percibir las que quienes las tuviesen reconocidas con anterioridad.

²⁵ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *La discapacidad en el sistema tributario español*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997, pág. 173.

se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas, se presume la existencia de una minusvalía igual al 65% a quien le hubiese sido reconocida, en la modalidad contributiva, una invalidez permanente en el grado de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo; e igualmente se presume la existencia de una minusvalía igual o superior al 75%, cuando la calificación en la modalidad contributiva hubiera sido de gran invalidez.

En contestación a Consulta de 17 de noviembre de 1997 la DGT consideró, a efectos de lo dispuesto en el art.9.º uno.b) de la Ley antigua 18/1991, de 6 de junio, reguladora del IRPF, que habían de equipararse a las pensiones de incapacidad permanente absoluta las pensiones no contributivas de invalidez en aquellos casos en los que el receptor tuviese un grado de invalidez desde el 65 hasta el 75%; precisaba además el citado Centro Directivo que, cuando el receptor tuviese un grado de invalidez igual o superior al 75%, las referidas pensiones habían de equipararse a las pensiones de incapacidad permanente de gran invalidez.²⁶

Al amparo de esta equiparación, la DGT terminó por considerar exentas a las pensiones no contributivas. Y dado que el citado art. 9.º uno.b) de la antigua Ley del IRPF de 1991 presentaba la misma redacción que el TRLIRPF hasta hace poco vigente, parece lógico pensar en el mantenimiento de dicho criterio de exención para estas pensiones no contributivas.

Conviene recordar además que, desde la STC 239/2002, de 11 de diciembre, y la consiguiente modificación operada en el TRLGSS por la Ley 4/2005, de 22 de abril, no cabe duda alguna de que las CC.AA. pueden complementar las pensiones no contributivas. Ahora bien, debe quedar claro que este complemento no pertenece al ámbito de la Seguridad Social por lo que no quedarían exentas, debiendo ser calificadas como rendimientos del trabajo.²⁷

Los llamados subsidios de garantía de ingresos mínimos y por ayuda de tercera persona, actualmente suprimidos, se reconocían a aquellos discapacitados que no estuvieran comprendidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social por no desarrollar actividad laboral alguna. En el primer caso (subsidios de garantía de ingresos mínimos), se requería un grado de minusvalía igual o supe-

²⁶ En cambio, la citada Consulta de la DGT no se pronunció respecto de aquellos discapacitados con un grado de minusvalía superior al 65% que no hubiesen trabajado nunca y que tuviesen derecho a la pensión no contributiva de invalidez. A nuestro juicio, y de acuerdo con el criterio expuesto en la presente Consulta, resultaría discriminatorio que estas pensiones estuvieran sometidas a gravamen.

²⁷ Igual criterio debe seguirse respecto de las rentas mínimas de inserción social que satisfacen las Comunidades Autónomas.

rior al 65% y la imposibilidad de obtener empleo adecuado por esta causa. Y, por lo que respecta a los subsidios por ayuda de tercera persona, su percepción requería un grado de minusvalía igual o superior al 75% y la necesidad de asistencia de una tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida.

En la actualidad, la Disposición Transitoria 11ª del TRLGSS reconoce el derecho a seguir percibiendo estas prestaciones por quien las tuviese reconocidas, salvo que los interesados opten por percibir una pensión no contributiva. Pues bien, desde nuestro punto de vista, en tanto en cuanto nos hallamos ante prestaciones no contributivas en las que resulta exigible el mismo grado de minusvalía de cara a su equiparación a las contributivas de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez, parece lógico pensar que estarán exentas, siguiendo el mismo criterio adoptado por la propia Administración tributaria respecto de la pensión no contributiva de invalidez.²⁸

Un último supuesto susceptible de estudio en el ámbito de la exención analizada es el relativo a la percepción de una pensión de incapacidad permanente absoluta que abona una institución internacional, o bien otro Estado distinto del español. *A priori*, en tales casos la renta deberá quedar exenta cuando respondan a supuestos similares a los ya contemplados en nuestra legislación de la Seguridad Social, esto es, entidad pública, motivos de incapacidad para todo trabajo y, en su caso, necesidad de asistencia personal para las labores más esenciales de la vida.

Como es sabido, estas pensiones son objeto de reconocimiento por el INSS tras el oportuno examen de los equipos de valoración, lo que determina necesariamente el transcurso de un determinado período de tiempo hasta la fecha de la resolución. De este modo, durante el tiempo que media entre la solicitud y la resolución cabe la posibilidad de percibir una pensión por incapacidad temporal que, posteriormente, podrá transformarse en permanente total, absoluta o gran invalidez en la fecha de la resolución.

¿Cómo deben calificarse las rentas que se reciben en este período cuando, con posterioridad, el dictamen reconoce una incapacidad personal absoluta o gran invalidez? Téngase presente que, una vez que ha sido reconocida una incapacidad no exenta, las circunstancias pueden llegar a determinar que se evolucione por el transcurso del tiempo hacia una incapacidad exenta, situándonos ante los supuestos de revisión de las incapacidades. En definitiva, ¿cuál debe ser la fecha inicial del devengo de las prestaciones económicas exentas?

²⁸ Así lo ha reconocido además la DGT en contestación a Consulta de 15 de junio de 1995.

La cuestión relativa a la calificación de las pensiones recibidas hasta el momento en que el INSS se pronuncia sobre el grado de incapacidad fue objeto de análisis, entre otras, por la Sentencia del TSJ. de Aragón de 11 de septiembre de 2000, relativa al problema de la eficacia declarativa o constitutiva del acto administrativo por el que se reconoce a un funcionario público la situación de retiro por inutilidad física.

Señaló el Tribunal en el citado pronunciamiento que la citada declaración de retiro por incapacidad permanente presenta un efecto constitutivo de la nueva situación y del nacimiento del derecho a la pensión, aplicándose los efectos derivados de la exención tributaria desde dicho momento, es decir, *ex nunc*, en lugar de retrotraerse al instante en que se produce el accidente inhabilitante. En palabras del Tribunal, «las cantidades percibidas por el demandante durante el tiempo en que permaneció de baja para el servicio lo fueron como haberes en servicio activo y en situación similar a la incapacidad laboral transitoria (actual incapacidad temporal), por lo que no estarían exentas de tributación».

Este criterio no es compartido por SIMÓN ACOSTA²⁹ para quien, al amparo de lo declarado por los tribunales de lo contencioso a la hora de fijar la normativa aplicable a las prestaciones del régimen general de la Seguridad Social, debe estarse al momento en que se devenga la prestación. En opinión del citado autor, «la condición de incapacitado permanente, de facto, se produce desde el momento del accidente, y no se puede hacer depender del disfrute de una exención tributaria inherente a esa situación del momento formal de su reconocimiento, que conlleva un procedimiento administrativo que puede demorarse en el tiempo, como de hecho así sucede en algunos casos». Sugiere por tanto este autor que debe estarse a la fecha que resulte fijada en el correspondiente informe médico, retrotrayéndose los efectos de la declaración de incapacidad a ese momento.³⁰

Por lo que respecta a la cuestión relativa a la eventual transformación de una incapacidad no exenta en exenta o viceversa hemos de reconocer que, sin lugar a dudas, un concreto grado de incapacidad

²⁹ SIMÓN ACOSTA, E., «Sobre los efectos constitutivos de la declaración de retiro por incapacidad permanente para la exención de cantidades percibidas con anterioridad», en *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 4, 2001, pág. 151. Véase asimismo PRIETO CURTO, J., «El tratamiento de la discapacidad en el sistema tributario. Su discriminación positiva», en *Información Fiscal*, núm. 60, 2003, pág. 79.

³⁰ En palabras de PÉREZ RON, J. L., *Las exenciones en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 222, «lo que tiene efectos retroactivos no es la exención, sino la propia incapacidad permanente, lo que conlleva, lógicamente, la aplicación de la exención desde la misma fecha de efectos de la incapacidad permanente».

puede ser objeto de revisión durante los años posteriores a su declaración. Ahora bien en aquellos casos en los que, tras el reconocimiento de una incapacidad no exenta, la evolución de una dolencia finaliza en una nueva declaración (previo examen médico) de una incapacidad exenta, ¿han de continuar sometidas a gravamen las pensiones obtenidas en ejercicios anteriores? A nuestro juicio así es, de la misma manera que si la enfermedad en cuestión evolucionase hacia una discapacidad no exenta tampoco se perderían las exenciones disfrutadas durante los años en que se hubiese padecido la incapacidad absoluta o gran invalidez.³¹

¿Y que sucedería si la calificación inicial del INSS fuese impugnada y rectificada por el citado organismo o, en su caso, en vía judicial? Ciertamente cabe la posibilidad de que, en virtud de la aplicación del oportuno sistema de impugnaciones, una incapacidad permanente total resulte transformada en una incapacidad permanente absoluta. Pues bien, tal y como tuvo oportunidad de precisar la DGT en contestación a Consulta de 12 de mayo de 2005, si así sucediese se tendría derecho a percibir los atrasos correspondientes por la diferencia de pensión de manera que, en la medida en que los mismos fuesen debidos a una incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, quedarían exentos.

Analicemos a continuación las *prestaciones de las Mutualidades de Previsión Social alternativas a la Seguridad Social*. Declara el art. 7.f) de la Ley 35/2006 la exención de las prestaciones reconocidas a los profesionales no integrados en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos por las mutualidades de previsión social que actúen como alternativas al citado régimen especial, siempre y cuando se trate de prestaciones en situaciones idénticas a las previstas para la incapacidad permanente absoluta o gran invalidez de la Seguridad Social.

Como se recordará, existen trabajadores autónomos no integrados en el RETA (concretamente, aquellos que deben colegiarse obligatoriamente para ejercer su profesión), a quienes la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, les otorgó la posibilidad de integrarse en el citado Régimen Especial o bien continuar en sus Mutualidades de previsión social, que actuarían como alternativas (no como complementarias) al régimen Especial de la Seguridad Social. De hecho, esta opción continúa manteniéndose para aquellos profesionales que, con poste-

³¹ Nótese además como, en ambos casos, las pensiones percibidas no se hallan pendientes de una resolución que posibilite su calificación de un modo u otro. Ambas pensiones han sido percibidas de acuerdo con la incapacidad del trabajador existente en ese momento, no produciéndose ninguna situación de pendencia, sino un mero cambio en las circunstancias.

rioridad a 1995, se incorporen a un Colegio profesional no integrado en dicho Régimen Especial, al amparo de lo establecido en la Disposición Transitoria 5ª y en la Disposición Adicional 15ª de la citada Ley.

Tal y como precisan PÉREZ LARA y LÓPEZ MARTÍNEZ³², a través de la creación de esta exención se busca equiparar el régimen de las prestaciones de las Mutualidades de Previsión Social con las prestaciones de la Seguridad Social cuando las primeras actúan como un sistema alternativo del régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. Parece claro, por tanto, que debe tratarse de prestaciones reconocidas por las mismas situaciones acogidas por la Seguridad Social, incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, constituyendo el límite a la cuantía de la exención el importe de la prestación máxima reconocido por la Seguridad Social.

¿Ha de entenderse que gozan de exención estos profesionales por aquellas prestaciones que reciban de su Mutualidad, siempre y cuando las mismas se deban a incapacidad permanente absoluta o gran invalidez? A nuestro juicio la respuesta ha de ser afirmativa. La finalidad no es otra que evitar una discriminación para aquellos profesionales que, padeciendo las citadas incapacidades, se encuentren en un sistema de protección social distinto al de la Seguridad Social.

Ahora bien, hemos de señalar que esta exención contenida en el apartado segundo del art. 7.f) de la Ley 35/2006 sólo se extenderá a la cuantía máxima que reconozca la Seguridad Social por el concepto que corresponda, tributando el exceso como rentas del trabajo y estimándose producido, en caso de concurrencia de prestaciones de la Seguridad Social y de las Mutualidades, en las prestaciones de estas últimas.

Esta circunstancia adquiere gran importancia para los profesionales autónomos a los que se ha hecho referencia anteriormente ya que, a la luz de la aplicación de la citada Disposición Adicional 15ª de la Ley 30/1995, podría suceder que un mismo profesional recibiese, a la vez y por estas contingencias, prestaciones de la Seguridad Social y de las Mutualidades alternativas a la misma.³³

En aquellos supuestos en los que se produjese dicha circunstancia y la suma de ambas prestaciones resultase superior a la prestación máxima reconocida por la Seguridad Social, el exceso tendría la consideración de rendimiento del trabajo, imputándose a las prestaciones

³² PÉREZ LARA, J. M. y LÓPEZ MARTÍNEZ, J., *Impuestos y discapacidad*, Thomson-Aranzadi, 2006, pág. 32.

³³ En efecto, pensemos por ejemplo en el caso de un profesional que, con anterioridad a 1995, hubiese ejercido una actividad en el RETA y otra en la Mutualidad y que, en 1995, hubiese optado por su inclusión en el Régimen Especial tras haber cotizado en su Mutualidad o que, habiendo optado por mantenerse en su Mutualidad, decidiera cambiarse al RETA.

de las Mutualidades. De este modo se permitiría que, al imputarse el exceso a la Mutualidad, si se optase por recibir la prestación en forma de capital (lo que no resulta posible en el ámbito de la Seguridad Social), el profesional pudiera beneficiarse de la reducción del 40% prevista al efecto en el art. 18 de la Ley del IRPF. En cambio, si se permitiera imputar el exceso a la Seguridad Social, no cabría la posibilidad de disfrutar de dicha reducción, ya que tales prestaciones sólo podrían recibirse periódicamente en forma de renta.

¿Qué fecha inicial debe tomarse a efectos del devengo de las prestaciones económicas percibidas por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez? Con carácter general, habrá de acudirse a la del devengo del derecho a percibir estas prestaciones, que se producirá desde el momento en que se emita el dictamen médico de la Unidad de Valoración de Incapacidades. Ahora bien, en aquellos casos en los que la incapacidad permanente no derive de una situación de incapacidad temporal o ésta no se haya extinguido al no haber transcurrido el plazo máximo de la incapacidad temporal y no haberse emitido tampoco el alta médica con declaración de incapacidad permanente, los efectos económicos se originarán desde el momento de la solicitud. Así lo establecía el art. 3 del Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre, por el que se desarrollaba la Ley de 31 de julio de 1985, dictada en materia de racionalización de las pensiones de jubilación e invalidez permanente, de conformidad con el cual, «cuando los interesados no se encuentren en alta o situación asimilada a la de alta, la declaración de invalidez permanente en los grados de incapacidad absoluta y gran invalidez derivada de contingencias comunes, sólo tendrá lugar a instancia de parte. En tales supuestos, los efectos económicos se producirán desde el momento de la solicitud».

Esta resolución administrativa presenta un efecto declarativo de la situación de incapacidad objeto de nuestro análisis. Las cantidades abonadas hasta ese momento no pueden calificarse de prestaciones por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez y, en consecuencia, no quedan exentas. Ahora bien, dentro del ámbito laboral existe jurisprudencia que reconoce una excepción a la citada regla general en aquellos casos en los que se pretende delimitar la normativa aplicable a las prestaciones del régimen general de la Seguridad Social. En estos supuestos se estima que debe estarse al momento en que se devenga la prestación, esto es, a la fecha del dictamen médico, salvo aquellos casos en que los que las lesiones padecidas por el beneficiario de la pensión queden fijadas con el carácter de definitivas, irreversibles o invalidantes con anterioridad. Así lo tiene declarado el Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de 25 de febrero de 1997.

En consecuencia, a la luz de esta jurisprudencia cabe sostener que el citado dictamen detenta únicamente efectos declarativos, debiendo considerarse exentas las cantidades percibidas por el contribuyente desde el momento en que se produce el hecho que causa la discapacidad, siempre y cuando se trate de lesiones permanentes e irreversibles desde el mismo momento en que se empiezan a padecer.

Procedemos a continuación a analizar la *exención relativa a las pensiones por inutilidad o incapacidad permanente del régimen de clases pasivas*, susceptible de ser aplicada siempre que la lesión o enfermedad que hubiera sido causa de las mismas inhabilite por completo al receptor de la pensión para el desarrollo de toda profesión u oficio (art. 7.g de la Ley 35/2006).

La presente exención equipara la situación de los funcionarios, civiles y militares, y demás personas pertenecientes al régimen de clases pasivas con la de los trabajadores a los que nos hemos referido con anterioridad. La finalidad de esta equiparación no es otra que lograr que toda prestación por una incapacidad que inhabilite para cualquier profesión u oficio quede exenta con independencia de que el receptor de la misma pertenezca a un sistema de protección social u otro, ya sea el correspondiente a la Seguridad Social o al de las clases pasivas. De este modo las clases pasivas no quedan discriminadas respecto a los demás trabajadores.³⁴

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 2 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, estas personas son: los funcionarios de carrera de la Administración del Estado, de Justicia, de las Cortes Generales, de otros órganos constitucionales o estatales, siempre que su legislación reguladora así lo prevea; el personal militar de carrera, el de las Escalas de complemento y reserva naval y el de tropa y marinería profesional que tuviera adquirido el derecho a permanecer en las Fuerzas Armadas hasta la edad de retiro; el personal interino a que se refiere el artículo 1 del Decreto-Ley 10/1965, de 23 de septiembre; el personal anteriormente citado que preste servicio en las diferentes Comunidades Autónomas, como consecuencia de haber sido transferido al servicio de las mismas; los funcionarios en prácticas pendientes de incorporación definitiva; los ex Presidentes, Vicepresidentes y Ministros del Gobierno de la Nación y otros cargos contemplados en el art. 51 del RDLeg. 670/1987³⁵; el personal que cumpla el servicio militar en cualquiera de sus formas; los Caballeros cadetes, alumnos

³⁴ Véase a este respecto la Sentencia del Tribunal Constitucional 134/1996, de 22 de julio.

³⁵ Es el caso de los ex Presidentes del Congreso y del Senado, del Tribunal de Cuentas, del Consejo de Estado, del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y los ex Defensores del Pueblo y Fiscales Generales del Estado.

y aspirantes de las Escuelas y Academias militares y el personal civil que desempeñe una prestación social sustitutoria del servicio militar obligatorio; el personal militar de empleo; el personal de las Escalas de complemento y reserva naval y el de tropa y marinería profesional que no tenga adquirido el derecho a permanecer en las Fuerzas Armadas hasta la edad de retiro.

¿Cuáles son los requisitos necesarios para poder disfrutar de esta exención? En primer lugar, debe haberse producido el reconocimiento y la declaración de la pensión de inutilidad o incapacidad permanente para el servicio por la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Hacienda, de acuerdo con lo dispuesto en el propio RDLeg 670/1987. A partir de ese momento el funcionario pasa a percibir una pensión de jubilación que, debido a la causa que la ha originado, resulta exenta.

Y, en segundo término, será necesario probar que la lesión o enfermedad que hubiese sido la causa de la inutilidad inhabilite por completo para ejercer cualquier profesión u oficio. Todo ello con independencia de que se haya declarado y reconocido el derecho a la exención. Esta es precisamente la razón por la que los grados de incapacidad en el régimen de clases pasivas y en el de la Seguridad Social no concuerdan³⁶. Si se quiere equiparar el tratamiento de las clases pasivas al del resto de los trabajadores, no basta con tener reconocida la invalidez permanente. Habrá de acreditarse además que no se puede realizar ningún tipo de trabajo. Y de ahí la puntualización que realiza el legislador en el sentido de que la lesión o enfermedad debe inhabilitar para toda profesión o oficio.

Téngase presente que para poder disfrutar de la exención en las prestaciones de la Seguridad Social se exige una incapacidad permanente absoluta o una gran invalidez, lo que determina en ambos casos que el sujeto resulte inhabilitado para ejercer cualquier profesión; por el contrario, en el régimen de clases pasivas el único grado existente es el de la inutilidad o incapacidad permanente, en virtud del cual la lesión o proceso patológico, somático o psíquico que origina la pensión sólo imposibilita para el desempeño de las funciones propias de su Cuerpo, Escala, Plaza o Carrera, tal y como prevé el art. 28.2.c) del RDLeg 670/1987. Así las cosas, con la finalidad de no plantear una discriminación respecto del régimen de la Seguridad Social, se exige acreditar que la incapacidad del funcionario no lo es sólo respecto de su profesión, sino también de cualquier otra.

³⁶ En efecto, dentro del régimen de clases pasivas no existen las figuras de invalidez permanente absoluta o gran invalidez, sino que se utiliza el término de «invalidez permanente», que se corresponde con la incapacidad de desempeñar el trabajo habitual pero sin conllevar necesariamente la imposibilidad para realizar otro tipo de trabajo.

A priori, deberían ser los propios Equipos de Valoración de Incapacidades del INSS los que facilitarían el cumplimiento de este requisito de manera tal que, con independencia de pronunciarse acerca de la pensión de jubilación por incapacidad permanente para el desempeño de las funciones propias de su Cuerpo, Escala, Plaza o Carrera, resolvieran igualmente acerca de la posible existencia de incapacidad permanente y absoluta para todo trabajo, de conformidad con lo previsto en la Orden del Ministerio de la Presidencia de 22 de noviembre de 1996.³⁷

No obstante, si en el dictamen de estos órganos no se hiciese referencia a dicha cuestión, habría que instar de los órganos competentes del Ministerio de Economía y Hacienda el reconocimiento de que el sujeto se halla «inhabilitado por completo para toda profesión u oficio»³⁸. Y, a este respecto, el órgano competente para actuar en el procedimiento destinado a solicitar el grado de invalidez que permita aplicar la exención es la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Hacienda.

Por otra parte, el sistema de previsión social de algunos funcionarios resulta completado con la adscripción obligatoria a determinadas Mutualidades administrativas: la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), la Mutualidad de Funcionarios de la Administración Local, el Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS) o la Mutualidad General Judicial (MUGEJU).

De este modo, un funcionario jubilado por incapacidad tendría derecho a la pensión de clases pasivas y, en su caso, a la prestación de la Mutualidad correspondiente. Dichas Mutualidades reconocen distintas prestaciones, entre las que se encuentran las de gran invalidez, que quedarían así exentas. A este respecto, conviene precisar que las citadas mutualidades administrativas tienen establecidos los mismos grados de incapacidad permanente que la Seguridad Social (total, absoluta y gran invalidez), a diferencia de lo que sucede en el régimen de clases pasivas. En consecuencia, el reconocimiento de una pensión de jubilación resultaría compatible con la solicitud de una prestación de la Mutualidad, adjuntando el dictamen del INSS en que se califica que la incapacidad permanente como gran invalidez.

Ahora bien, el problema que se plantea es dónde encuadrar estas prestaciones a efectos de su exención. Desde nuestro punto de vista, parece claro que no se trata de pensiones de clases pasivas. En este sentido, podría considerarse que nos hallamos ante prestaciones reco-

³⁷ Igualmente estos Equipos de Valoración de Incapacidades del INSS habrían de precisar si el funcionario incapacitado necesita de otra persona para la realización de los actos más esenciales de la vida.

³⁸ Véase a este respecto lo dispuesto en la Sentencia del TS de 29 de mayo de 1998.

nocidas por entidades que sustituyen a la Seguridad Social. Esta es la interpretación defendida por la DGT, entre otras, en contestaciones a Consultas de 21 de diciembre de 2000 y de 19 de febrero de 2001.

Nos hallamos por tanto ante un problema interpretativo derivado de la utilización por el legislador del IRPF de unos términos desconocidos por el Derecho de la Seguridad Social. En principio, las tres modalidades de funcionarios objeto de estudio se hallan actualmente encuadradas en el sistema de la Seguridad Social a través de sus respectivos regímenes especiales, en contraposición al Régimen general. Sin embargo, el hecho de pertenecer a uno de los regímenes de la Seguridad Social no implica que la entidad gestora respectiva sustituya a aquélla; se puede quedar encuadrado en la Seguridad Social aunque no se pertenezca al Régimen general.

Por último, cabe precisar que las reglas relativas al reconocimiento del derecho a percibir esta pensión y su incidencia sobre las cantidades que hubiesen sido recibidas con anterioridad coinciden con las previstas en relación con la exención de las prestaciones de la Seguridad Social por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez.

Analicemos a continuación la exención prevista en relación con las prestaciones familiares por hijo a cargo y las pensiones y haberes pasivos por orfandad, objeto de regulación en la letra h) del art. 7 de la Ley 35/2006. Como se recordará, la exención de las prestaciones por hijo a cargo resultó incluida en la antigua Ley del IRPF de 1991 por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social si bien, ya con anterioridad, diversos pronunciamientos jurisprudenciales habían estimado que las citadas prestaciones podían calificarse de exentas a la luz de la exención reconocida en el art. 9.1.1) de la Ley de 1991, que aludía a «las cantidades percibidas de instituciones públicas con motivo del acogimiento de personas con minusvalía o mayores de 65 años».³⁹

Con posterioridad la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma del IRPF, en vigor desde el 1 de enero de 2003 y de aplicación a los períodos impositivos iniciados a partir de dicha fecha, incorporó en su art. 2 el siguiente inciso: «así como las pensiones y los haberes pasivos de orfandad percibidos de los regímenes públicos de la Seguridad Social y clases pasivos y demás prestaciones públicas por situaciones de orfandad». Por su parte, el art. 1. Primero. uno de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, incorporó, con efectos a partir del 1 de enero de 2004, el siguiente párrafo: «y las demás prestaciones públicas por nacimiento,

³⁹ Véanse en esta línea, entre otras, las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña de 28 de junio de 1991 y de Valencia de 30 de marzo de 2001.

parto múltiple, adopción e hijos a cargo (...) También estarán exentas las prestaciones públicas por maternidad percibidas de las Comunidades Autónomas o Entidades Locales».

Se trata de unas prestaciones (contributivas o no) recibidas de cualquiera de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social por hijos que viven y dependen del beneficiario de la ayuda, siempre y cuando estos sean menores de 18 años o mayores discapacitados en un grado igual o superior al 65%. Asimismo se exige que el progenitor u otro sujeto causante de la prestación no supere unos determinados ingresos.

Con carácter general estas ayudas se hallan reguladas en el Capítulo IX del Título II del TRLGSS (arts. 181 a 184). A la hora de precisar quienes son sus beneficiarios hemos de diferenciar según la prestación en cuestión tenga el carácter de contributiva o no contributiva. Tratándose de una prestación contributiva son beneficiarios, en primer lugar, las personas integradas en el Régimen General (afiliados y en alta o en situación asimilada) que no perciban ingresos anuales, de cualquier naturaleza, superiores a 8.495,69 euros, si bien esta cuantía se incrementa en un 15% por cada hijo a cargo, a partir del segundo, éste incluido; y, en segundo término, los pensionistas del Régimen General por cualquier contingencia o situación, en la modalidad contributiva, y los perceptores del subsidio de invalidez provisional que no perciban ingresos (incluidos en ellos la pensión o el subsidio) superiores a la cuantía anteriormente indicada.

En cambio, tratándose de una prestación no contributiva, tienen derecho a su percepción quienes, residiendo legalmente en territorio español, tengan a su cargo hijos en los que concurren las condiciones anteriormente señaladas, siempre y cuando no perciban ingresos anuales, de cualquier naturaleza, superiores a 8.264,28 euros, y no tengan derecho (ni el padre ni la madre) a prestaciones de esta misma naturaleza en cualquier otro régimen público de protección social. Igualmente se hallan facultados para percibir la citada prestación los huérfanos de padre y madre, en la cuantía que les hubiera correspondido a éstos, que sean menores de dieciocho años o minusválidos en un grado igual o superior al 65% (sean o no pensionistas de orfandad del sistema de la Seguridad Social) y los hijos no huérfanos abandonados por sus padres, se encuentren o no en régimen de acogimiento familiar.

Por su parte, las pensiones y haberes pasivos por orfandad son percibidas de la Seguridad Social (artículo 175 del TRLGSS), clases pasivas (art. 41 del RDLeg. 670/1987, de 30 de abril) y demás prestaciones públicas por situación de orfandad (caso por ejemplo de las reconocidas por la antigua Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local, actualmente extinguida).

En el supuesto de que nos hallemos ante pensiones de la Seguridad Social, sus beneficiarios lo serían cada uno de los hijos del causante, cualquiera que fuese la naturaleza legal de su filiación siempre que, al fallecer el causante, resultasen menores de dieciocho años o estuviesen incapacitados para el trabajo y aquél hubiera cubierto el período de cotización exigido en relación con la pensión de viudedad.

En cambio, si dichas pensiones lo fuesen de clases pasivas, tendrían la consideración de beneficiarios los hijos del causante de los derechos pasivos que fueran menores de veintiún años, así como aquellos que estuvieran incapacitados para todo trabajo antes del cumplimiento de dicha edad o de la fecha del fallecimiento del causante⁴⁰. Este derecho asistiría a cada uno de los hijos del fallecido o declarado fallecido, con independencia de la existencia o no de cónyuge superviviente.

Por otra parte, y sin perjuicio de lo anterior, si el huérfano no realizase un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia o cuando, realizándolo, los ingresos obtenidos en cómputo anual resultasen inferiores al 75% del salario mínimo interprofesional fijado en cada momento, también en cómputo anual, aquél podría ser beneficiario de la pensión de orfandad siempre que, a la fecha de fallecimiento del causante, fuera menor de veintidós años o de veinticuatro si, en dicho momento o antes del cumplimiento de los veintiún años (o en su caso de los veintidós), no sobreviviera ninguno de los padres.⁴¹

También gozan de exención en el ámbito del IRPF las *ayudas públicas por el acogimiento de menores, personas con minusvalía o mayores de sesenta y cinco años, así como para financiar su estancia en residencias o centros de día*, objeto de regulación por el art. 7.i) de la Ley 35/2006.⁴² La razón de ser de la primera ayuda no es otra que el acogimiento en la propia casa de personas, mayores o menores de edad, con un grado de minusvalía igual o superior al 33%, así como de personas mayores de sesenta y cinco años (tengan o no minusvalía).

⁴⁰ Ahora bien, si el hijo del fallecido no trabajara o sus ingresos anuales fuesen inferiores a determinado límite, la pensión se concedería siempre y cuando, a la fecha de la muerte del causante, tuviese menos de 22 años de edad o 24 en caso de fallecimiento de ambos progenitores.

⁴¹ En este último caso la pensión se extinguiría cuando el titular cumpliera los veinticuatro años de edad. No obstante, si el huérfano mayor de veintiún años resultara incapacitado para todo trabajo antes de cumplir los veintidós o veinticuatro años de edad, según correspondiera, tendría derecho a la pensión de orfandad con carácter vitalicio.

⁴² A pesar de que, en principio, este supuesto de exención afectaba únicamente a personas con minusvalía o mayores de sesenta y cinco años, a partir del 1 de enero de 2004 es igualmente aplicable en los supuestos de acogimiento de menores, al amparo de la redacción dada por el art. 1.º Primero dos de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Nótese como, en primer término, ha de tratarse de prestaciones económicas percibidas de instituciones públicas, quedando fuera de la aplicación de la exención cualquier otra percepción procedente de una entidad privada.

La causa que origina el derecho a su obtención es el acogimiento. Ahora bien, ¿cuáles son los términos en los que debe entenderse la figura del acogimiento? A efectos de precisar el alcance de esta figura jurídica habremos de acudir, en la generalidad de los casos, a la normativa autonómica que concede este tipo de ayudas, ya que el acogimiento regulado en el Código Civil (arts. 172 a 174) se encuentra limitado al de menores, mientras que el de esta exención resulta más amplio al encuadrar también a los mayores de sesenta y cinco años.

En este sentido consideramos que la aplicación de la exención comprenderá, tanto los acogimientos fundamentados en la norma civil (esto es, el llamado «acogimiento familiar»), como aquellos otros que puedan fundamentarse en diversos planes de protección social destinados a mitigar la existencia de una situación deficiente necesitada de amparo.

Señala la DGT en contestación a Consulta de 20 de mayo de 1999 que no será de aplicación la presente exención en aquellos casos en los que no concurra la condición de acogimiento en la propia casa del perceptor de la ayuda. Este mismo criterio es mantenido por el citado Centro Directivo en contestación a Consulta de 31 de enero de 2003⁴³. En consecuencia, quedaría excluido del concepto de acogimiento aquél que se produce en el seno familiar de la persona que por nacimiento ya forma parte del mismo; y ello con independencia de que la eventual percepción de una determinada ayuda pueda llegar a suponer un trato desigual, al presentar ambas medidas idéntica finalidad.⁴⁴

Por lo que respecta al segundo tipo de ayuda pública, tienen derecho a su percepción aquellas personas con un grado de minusvalía igual o superior al 65%, cualquiera que sea su edad, así como los mayores de sesenta y cinco años. La finalidad de su percepción es la de financiar su estancia en residencias o centros de día, públicos o privados. Para que la ayuda esté exenta, el resto de las rentas que reciben los beneficiarios de la misma no puede superar el doble del salario mínimo interprofesional.

⁴³ Por su parte, en Resolución de 25 de marzo de 2004, considera la DGT que no debe aplicarse la presente exención a las ayudas otorgadas a los funcionarios públicos que tienen a su cargo familiares hasta el primer grado o el cónyuge con anomalías físicas, psíquicas o sensoriales.

⁴⁴ Acerca de esta cuestión véase PÉREZ LARA, J. M., «Algunas consideraciones en relación con la exención de las cantidades percibidas por el motivo de acogimientos», en *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 12, 2004, págs. 21 y ss.

La exención prevista por el legislador parece encontrar su fundamento en la función desempeñada por el contribuyente, que viene a sustituir al Estado en la prestación de un servicio propio de nuestro Estado Social, como es el acogimiento de personas mayores o con minusvalía, percibiendo una remuneración pública por la prestación del citado servicio.

La exención se proyecta sobre dos clases de ayudas públicas, como son las concedidas por el acogimiento y por la financiación de la estancia de determinadas personas en centros y residencias.

El primer tipo de ayuda se percibe con motivo del acogimiento en el propio hogar de cualquiera de los siguientes sujetos, no exigiéndose vínculo familiar alguno con ninguno de ellos: menores de edad, discapacitados⁴⁵ y mayores de sesenta y cinco años. En relación con estos últimos, es intrascendente si padecen o no un determinado grado de minusvalía.

Las prestaciones por acogimiento son prestaciones concedidas normalmente en virtud de la normativa autonómica, que será la que establezca los requisitos necesarios para percibir las.

¿Qué hemos de entender a este respecto por «acogimiento»? La DGT tiene declarado en contestación a Consulta de 25 de marzo de 2004 que el término «acogimiento» implica la recepción en el seno familiar de una persona ajena a la familia. En todo caso, parece lógico pensar que los términos en los que debe entenderse la citada figura han de ser los fijados por la normativa encargada de regular este tipo de ayudas (de carácter autonómico, en la mayoría de supuestos), dado que el Código Civil se refiere únicamente al acogimiento de menores, mientras que la presente exención se proyecta también sobre los mayores de edad.

La única duda que, a nuestro juicio, suscita su aplicación es la relativa a si debe quedar exento el pago de la ayuda económica percibida por una determinada familia en concepto de acogimiento de un mayor de sesenta y cinco años cuando la cantidad en cuestión es entregada a la persona mayor, siendo ésta quien, a su vez, lo entrega a la familiar. Pues bien, la DGT tiene declarado en contestación a Consulta de 30 de enero de 2001 que procede la aplicación de la exención en estos casos.

En cuanto al segundo tipo de ayuda pública indicado, lo perciben las personas con un grado de minusvalía igual o superior al 65% (cual-

⁴⁵ Cabe precisar que, en relación con esa clase de sujetos, el legislador no especifica el grado de minusvalía al que debe atenderse. Habremos de acudir a lo dispuesto en el art. 60.3 de la Ley 35/2006, de conformidad con el cual, para adquirir la condición de incapacitado se requiere un grado de minusvalía igual o superior al 33%.

quiera que sea su edad), así como los mayores de sesenta y cinco años con la finalidad de financiar su estancia en residencias o centros de día, públicos o privados.

La aplicación de esta exención, fundamentada en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las personas trabajadoras, demanda la concurrencia de diversos requisitos. En primer lugar, que se trate de ayudas económicas otorgadas por instituciones públicas. En segundo término, que dichas ayudas sean percibidas por personas con un grado de minusvalía igual o superior al 65% (con independencia de cual sea su edad), o por mayores de sesenta y cinco años (con o sin discapacidad).

Las ayudas han de tener como finalidad financiar la estancia de estas personas en residencias o centros de día. Y, para que esta segunda modalidad de ayuda goce de la correspondiente exención, es necesario además que el resto de rentas percibidas por los beneficiarios de la misma no supere el doble del salario mínimo interprofesional⁴⁶. Esta circunstancia ha sido objeto de crítica, entre otros autores, por PRIETO CURTO⁴⁷, para quien «el límite del doble del salario mínimo es inadecuado, teniendo en cuenta que una residencia o centro de día, tanto para válidos como para asistidos, tiene un precio importante con relación al doble del salario mínimo; los válidos rondan ese importe, y los asistidos lo superan. La ayuda permite un desahogo, luego debería estar exenta, salvo importes que superaran los costes de la residencia o centro de día».

¿Qué hemos de entender por «centros de día»? Es un hecho cierto que muchas familias no quieren ingresar a sus mayores o a familiares que necesitan atención constante en residencias o centros especializados y, sin embargo, tampoco pueden atenderlos adecuadamente en el hogar. En relación con estas personas fueron creados los llamados «centros de día», en los que el mayor o discapacitado es cuidado normalmente entre las 9 y las 5 o 6 de la tarde, cuando sus familiares están trabajando.⁴⁸

⁴⁶ Téngase presente no obstante que, como ya hemos indicado, a raíz de la publicación del Real Decreto-Ley 3/2004, de 25 de junio, se produce la desvinculación del salario mínimo interprofesional de otros efectos distintos de los laborales. En efecto, desde el 1 de julio de 2004 los efectos del salario mínimo interprofesional quedan limitados a los estrictamente laborales, manteniendo únicamente su vinculación en los supuestos tasados por la norma. En su lugar se crea el llamado Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), cuya utilización se produce como referencia o indicador para otras circunstancias distintas de las enumeradas en la norma en las que se utiliza el salario mínimo interprofesional, especialmente de cara a determinar la cuantía de determinadas prestaciones o para acceder a determinados beneficios, prestaciones o servicios públicos.

⁴⁷ PRIETO CURTO, I., «El tratamiento de la discapacidad en el sistema tributario. Su discriminación positiva», en *Información Fiscal*, núm. 60, 2003, pág. 61.

⁴⁸ Dado que el principal problema que plantean estos centros es su elevado coste, la Administración concede determinadas ayudas destinadas a financiar, si no completamen-

Tal y como señaló la DGT en contestación a Consulta de 20 de diciembre de 2004, el otorgamiento de la exención queda condicionado al internamiento o estancia en uno de estos centros, resultando en cambio excluidas las denominadas «ayudas domiciliarias» concedidas a las personas que continúan viviendo en su hogar o en el de un miembro de su familia.

Cabe plantearse sin embargo hasta qué punto no debería concederse también la exención respecto de aquellas ayudas proporcionadas a personas con un grado de discapacidad igual o superior al 65%, en tanto en cuanto las mismas tienden a compensar la pérdida de capacidad económica que representa la atención requerida por estas personas, al margen de otros gastos que pueda implicar la discapacidad, y que son tomados en consideración a la hora de fijar las reducciones de la base imponible en el IRPF.

En nuestra opinión, el hecho de que las ayudas deban tener como finalidad financiar la estancia de estas personas en residencias o centros de día viene a discriminar a aquellas otras que tienen por objeto mantener a la persona en su entorno social y familiar habitual, las cuales quedan sujetas y no exentas del IRPF⁴⁹, máxime si tenemos en cuenta la finalidad de la medida, consistente en que dichas personas obtengan los cuidados necesarios para una vida digna. Porque dichos cuidados pueden obtenerse tanto a través de residencias o centros de día como en el entorno familiar habitual.

También en este caso se trata de una exención limitada a las ayudas públicas, quedando por el contrario excluidas, sin aparente razón de ser, las otorgadas por entidades privadas.

Una especial significación adquieren las *ayudas a los deportistas de alto nivel*, objeto de regulación en el art. 7.m) de la Ley 35/2006. La exención se proyecta sobre aquellas ayudas económicas que son concedidas para la formación y mejora del deportista de alto nivel, teniendo tal consideración quien cumpla las condiciones establecidas al efecto en el Real Decreto 1467/1997, de 19 de septiembre.⁵⁰

La cuantía de la exención asciende a 30.000 euros anuales, tributando el exceso como rendimiento del trabajo (si el deportista está

te, si al menos en parte los gastos de la estancia. Y, como hemos indicado, siempre que los demás ingresos del mayor de 65 años, o del discapacitado en su caso, no excedan del máximo establecido, tales ayudas quedarán exentas.

⁴⁹ En este sentido, señala la DGT en contestación a Consulta de 20 de diciembre de 2004 que las ayudas domiciliarias no se encuentran exentas y sí sujetas al Impuesto, como rendimientos del trabajo.

⁵⁰ Las ayudas son financiadas, directa o indirectamente, por el Consejo Superior de Deportes, por la Asociación de Deportes Olímpicos, por el Comité Olímpico Español o por el Comité Paralímpico Español. En definitiva, los fondos pueden proceder de cualquier ámbito (público o privado), si bien para poder disfrutar del oportuno beneficio fiscal deben pasar por el filtro de alguno de los citados organismos.

sometido a un contrato laboral) o como rendimiento de actividad económica (si el deportista realiza dicha actividad por cuenta propia, no estando sometido a relación laboral).

Pues bien, también los deportistas con minusvalías físicas, psíquicas o sensoriales que tengan la consideración de deportistas de alto nivel podrán disfrutar de la aplicación de la exención. Y, de acuerdo con lo previsto en el art. 6 del Real Decreto 1467/1997, esta condición la detentarán: en el supuesto de modalidades o pruebas deportivas individuales, quienes se hubiesen clasificado entre los tres primeros puestos en los Juegos Paralímpicos o Campeonatos del Mundo de su especialidad organizados por las Federaciones internacionales afiliadas al Comité Paralímpico Internacional; y tratándose de modalidades o pruebas deportivas de equipo, quienes se hayan clasificado entre los tres primeros puestos en los Juegos Paralímpicos o Campeonatos del Mundo de su especialidad organizados por las Federaciones internacionales afiliadas al Comité Paralímpico Internacional.

En todo caso, a efectos de la consideración del deportista minusválido como deportista de alto nivel, resulta necesario haber formado parte de la alineación de la Selección Nacional en el porcentaje del número de encuentros fijado en el Anexo I del citado Real Decreto correspondiente a la temporada deportiva precedente o al año natural anterior, en su caso, o bien haber sido alineado en el último encuentro del campeonato.

Finalmente hemos de referirnos a la *exención relativa a las prestaciones por desempleo reconocidas por la respectiva entidad gestora y percibidas en la modalidad de pago único*, establecidas en el Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio. Es esta la única exención legalmente prevista para los supuestos de prestación por desempleo, situándose su límite en la cantidad de 12.020,24 euros, de manera que el exceso tributaría como rendimiento del trabajo en el IRPF.

A pesar de que nos hallamos ante una exención genérica para todos los contribuyentes, cabe aludir a la existencia de una especialidad en aquellos casos en los que la prestación la perciben los trabajadores minusválidos que se convierten en trabajadores autónomos. En este caso no resulta de aplicación el mencionado límite, quedando exenta la totalidad de la prestación. La referida exclusión del citado límite cuantitativo para los trabajadores discapacitados se produjo a raíz de la nueva redacción facilitada por el art. 2 de la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma del IRPF, con aplicación a partir del 1 de enero de 2003.

La aplicación de la exención, objeto de regulación en la letra n) del art. 7 de la Ley 35/2006, se encuentra condicionada además a la circunstancia de que quien reciba la prestación acredite ante el Institu-

to Nacional de Empleo (INEM) que va a realizar una actividad profesional como trabajador autónomo o socio trabajador de una cooperativa de trabajo asociado o sociedad que tenga el carácter de laboral⁵¹. Asimismo se exige el mantenimiento de la acción o participación durante un plazo de cinco años, en el supuesto de que el contribuyente se hubiere integrado en sociedades laborales o cooperativas de trabajo asociado o bien, tratándose de un trabajador autónomo, el mantenimiento, durante idéntico plazo, de la actividad.⁵²

A este conjunto de exenciones integradoras del primer bloque antes apuntado habría que añadir, como novedades incorporadas por la nueva Ley 35/2006 que inciden directamente sobre la persona del discapacitado, las siguientes: los rendimientos del trabajo derivados de las prestaciones obtenidas en forma de renta por las personas con discapacidad correspondientes a las aportaciones a las que se refiere el art. 53 de la Ley, así como los rendimientos del trabajo derivados de las aportaciones a patrimonios protegidos a que se refiere su Disp. Adic. 18ª, hasta un importe máximo anual conjunto de tres veces el indicador público de renta de efectos múltiples (letra w del art. 7 de la Ley 35/2006); y las prestaciones económicas públicas vinculadas al servicio, para cuidados en el entorno familiar y de asistencia personal derivadas de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia.

3.2. Exenciones susceptibles de aplicarse a aquellos Sujetos Pasivos que padecen un determinado grado de minusvalía.

Una vez analizado el anterior grupo de exenciones, caracterizadas todas ellas por el hecho de que se alude de manera expresa a la con-

⁵¹ En efecto, queda condicionada la aplicación de la exención a que el trabajador discapacitado se convierta el trabajador autónomo en los términos previstos por el art. 31 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en el que, bajo el título «capitalización de las prestaciones por desempleo como medida de fomento de autoempleo de los minusválidos», se incluye a los trabajadores minusválidos dentro del ámbito de aplicación de los arts. 1. número 1 y 6 del Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, por el que se regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único como medida de fomento del empleo.

⁵² Cabe no obstante estimar que no resulta incumplido este requisito cuando no se mantiene la acción o participación debido al cierre o disolución de la entidad por causas ajenas a la voluntad del trabajador (supuestos denominados de «ciclo económico»). Por su parte, la DGT tiene declarado en contestación a Consulta de 18 de octubre de 2005 que no se cumple la condición de mantenimiento de la acción o participación en aquellos supuestos en los que se transforma una sociedad cooperativa en una sociedad de responsabilidad limitada, manteniendo los socios el mismo porcentaje de participación en el capital social; y tampoco cuando se recupera la inversión a través de la devolución de las aportaciones vía reducción de capital, a pesar de que se conserven aún las participaciones en la entidad.

dición de discapacitado, hemos de referirnos a la existencia de un segundo grupo de exenciones que, sin hacer referencia expresa a la condición de discapacitado, afectan o pueden afectar a los sujetos pasivos con algún grado de minusvalía. Este segundo grupo de exenciones incide sobre cualquier sujeto pasivo, tenga o no algún grado de minusvalía. En la práctica, sin embargo, es bastante frecuente que algunos de estos sujetos pasivos sufran una determinada minusvalía causada por el hecho que hubiese generado el derecho a percibir la renta exenta (atentados, accidentes, etc.).

El fundamento del conjunto de exenciones que a continuación serán analizadas es, *a priori*, diverso. Así, mientras en algunos casos el legislador estima que, debido a la especial gravedad de las circunstancias que originaron el derecho a la percepción de las mismas, las rentas percibidas deben quedar exentas (configurándose así una forma más de beneficio relacionado con el impacto efectivo de la cuantía reconocida), en otros supuestos se considera que la cuantía reconocida constituye una especie de indemnización destinada a restablecer el *status quo* perdido por el contribuyente o, en otras palabras, una renta restitutiva y/o compensatoria que no origina un enriquecimiento susceptible de sometimiento a gravamen por el IRPF.

Comenzaremos nuestro análisis de este segundo grupo de exenciones por las prestaciones públicas extraordinarias por actos de terrorismo y pensiones públicas derivadas de medallas y condecoraciones concedidas por actos de terrorismo, recogidas en el art. 7.a) de la Ley 35/2006. Fue concretamente el art. 2 de la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma del IRPF el que, con efectos desde el 1 de enero de 2003, incorporó al supuesto sin ningún tipo de condicionante la mención relativa a «*las pensiones derivadas de medallas y condecoraciones concedidas por actos de terrorismo*».

Nótese como, en el presente caso, la exención viene motivada por causas objetivas y no por la condición de discapacitado, al margen de que dichas circunstancias, en numerosas ocasiones, puedan generar situaciones de discapacidad.

Estas prestaciones se encuentran reguladas en el art. 64 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, así como en la Disp. Adic. 28ª de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, y en los arts. 93 a 96 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre. También han de considerarse incluidas en esta exención las indemnizaciones y ayudas económicas percibidas al amparo de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo, según se encarga de precisar el art. 13 de la citada norma.⁵³

⁵³ Igualmente las ayudas aprobadas por las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales deben considerarse incluidas en la exención, dado su carácter público.

Conviene precisar, en relación con estas prestaciones, que únicamente se encuentran exentas aquellas derivadas de daños personales o materiales (vivienda, establecimientos mercantiles, vehículos, herramientas del trabajo) ocasionadas por atentado terrorista y percibidas de instituciones públicas, no de las privadas. Es esta una diferenciación carente de razón de ser, ya que el fundamento indemnizatorio de la exención (basado en el principio de capacidad económica) impide cualquier tipo de desigualdad; es más, la propia normativa del IRPF sobre exenciones busca unificar el tratamiento de las ayudas públicas y privadas.

A través de la percepción de estas indemnizaciones se resarce, asimismo, el tratamiento médico prestado, concediéndose además ayudas destinadas al estudio y a la asistencia psicológica y psicopedagógica, y ayudas extraordinarias para paliar, con carácter excepcional, situaciones de necesidad personal o familiar de las víctimas no cubiertas o cubiertas de forma notoriamente insuficiente por las ayudas económicas. En definitiva, estas prestaciones están destinadas a todos los ciudadanos que hayan sido víctimas de este tipo de ataques, sin distinguir si pertenecen o no a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

La exención alcanza, cualquiera que sea su importe, tanto a lo percibido directamente por la víctima (pensión de invalidez), como a lo recibido por el cónyuge o hijos en caso de fallecimiento (pensiones de viudedad u orfandad). En el caso específico de las medallas y condecoraciones, las pensiones asociadas a las mismas no tienen un carácter indemnizatorio por los daños sufridos, sino de recompensa⁵⁴. En consecuencia, estas últimas pensiones quedan fuera del ámbito de la exención.

De cualquier manera, será necesaria la existencia de acuerdo por el que se reconozca el derecho a la indemnización, lo que contribuye a explicar su carácter de extraordinarias, quedando incluidas dentro de su ámbito de aplicación las pensiones extraordinarias de viudedad, orfandad y a favor de los padres.

Las ayudas de cualquier clase percibidas por los afectados por el virus de inmunodeficiencia humana, reguladas en el Real Decreto-ley 9/1993, de 28 de mayo⁵⁵, cuya exención queda recogida en el art. 7.b)

⁵⁴ Así se establece en la Orden de Mérito de la Guardia Civil, creada por la Ley 19/1976, de 29 de mayo, y en la Orden del Mérito Policial, regulada a través de la Ley 5/1964, de 29 de abril.

⁵⁵ Véase el art. 1 de este Real Decreto-ley 9/1993, de 28 de mayo, por el que se conceden ayudas a los afectados por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) como consecuencia de actuaciones realizadas en el sistema sanitario público. Su art. 2 precisa el importe de las ayudas a percibir, mientras que su art. 3 delimita el régimen fiscal de dichas ayudas.

de la Ley 35/2006, tienen una periodicidad mensual, siendo recibidas como consecuencia del contagio de esta enfermedad en el sistema sanitario público con anterioridad al carácter obligatorio de las pruebas de detección de dicho virus.

La percepción de estas ayudas sociales resulta compatible con la de cualquier pensión pública que se tuviese derecho a percibir, pudiendo ser beneficiarios de las mismas y, por ende, de la exención, tanto los afectados como sus cónyuges o aquellas personas que hubieren formado una unidad familiar debidamente acreditada con una persona afectada y que hubieran sido contaminados con el VIH por relación con la misma, así como los hijos de las personas afectadas o de las personas anteriormente indicadas que, habiendo nacido de un embarazo anterior a la fecha de diagnóstico del VIH de la madre, hubieran sido contaminados del referido virus, los hijos dependientes, menores de 24 años, de persona afectada viva o fallecida, los hijos minusválidos, cualquiera que fuera la edad, siempre que no realicen trabajo remunerado alguno y los adultos dependientes de los afectados mayores de sesenta y cinco años.⁵⁶

En relación con las *pensiones derivadas de la Guerra Civil*, objeto de regulación en el art. 7.c) de la Ley 35/2006, tienen derecho a su percepción aquellas personas que sufrieron lesiones o mutilaciones con ocasión de la Guerra Civil. Nos hallamos en el presente caso ante determinadas pensiones exentas, cualquiera que fuere el bando en el que participaron, proyectándose el ámbito de la exención tanto sobre las pensiones del régimen de Clases Pasivas del Estado como sobre las percibidas al amparo de la legislación especial dictada al efecto.⁵⁷

La exención de dichas pensiones se refiere además, única y exclusivamente, a aquéllas reconocidas a favor de los propios causantes de las mismas, esto es, las personas que sufrieron las lesiones o mutilaciones derivadas de la Guerra Civil española. Significa ello que la pensión de viudedad derivada de lesiones sufridas en la guerra ha de quedar sujeta a IRPF como rendimiento del trabajo, debiendo practicarse la correspondiente retención a cuenta. Así lo tiene declarado la DGT,

⁵⁶ A este respecto se consideran dependientes aquellas personas que convivan con el afectado a sus expensas y que no realicen trabajo remunerado ni perciban rentas patrimoniales, ni pensión alguna, excepto si se trata de pensiones percibidas por minusválidos en razón de dicha condición.

⁵⁷ Concretamente tienen derecho a su percepción tanto los excombatientes de la Zona Republicana, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 35/1980, de 26 de junio, como los miembros del Cuerpo de Caballeros Mutilados de Guerra, que desde 1992 se encuentran incluidos en el régimen de clases pasivas. No obstante, en relación con estos últimos, existe jurisprudencia en la que se declara que la pensión a favor de los Caballeros Mutilados sólo goza de exención en la parte correspondiente a la «pensión de mutilación», sin alcanzar a los demás emolumentos. Véase en este sentido la STSJ Castilla y León (Burgos) de 15 de abril de 2000.

entre otras, en contestaciones a Consultas de 21 de septiembre de 2001 y de 14 de junio de 1999.

Las *indemnizaciones por daños personales derivadas de responsabilidad civil o de contratos de seguro de accidentes*, recogidas en el art. 7 d) de la Ley 35/2006, abarcan daños personales de carácter físico, psíquico o moral (honor, intimidad, etc.)⁵⁸. Concretamente, precisa la DGT en contestación a Consulta de 30 de agosto de 1996 que por «daño» debe entenderse «*toda lesión corporal o síquica que derive de una causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del damnificado, que produzca la invalidez temporal o permanente o incluso la muerte*».

La indemnización por daños personales puede proceder, en primer lugar, de supuestos de responsabilidad civil. En estos casos el causante del daño tiene la obligación de indemnizar a quien lo ha sufrido pudiendo hacerlo, bien directamente, o bien a través de una compañía de seguros con la que tenga suscrito un seguro de daños a terceros. La indemnización en cuestión resulta exenta, tanto si la percibe quien sufre el daño, como si la reciben sus herederos en caso de fallecimiento. Ahora bien, dicha exención sólo alcanza a la cantidad legalmente establecida o, en su caso, a la judicialmente reconocida, cualquiera que sea el importe fijado, quedando el exceso respecto de las cuantías legales sometido a tributación.⁵⁹

Es condición indispensable la existencia de una ley que reconozca la indemnización y que fije su cuantía. Y en el supuesto de que no la hubiere, habría que obtener una sentencia que permitiese su determinación. Ahora bien, tal y como reconoció el Tribunal Supremo en su Sentencia de 26 de marzo de 1997, aun existiendo una ley, los tribunales no quedan vinculados por la cuantía regulada en la misma, pudiendo fijar una indemnización superior que estaría exenta.

En determinados supuestos, la cuantía de la indemnización resulta fijada legalmente, al afectar a un número considerable de víctimas. Esto es lo que sucede con los accidentes de circulación, donde la cuantía legalmente establecida queda fijada en un Anexo incluido en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido.⁶⁰

⁵⁸ No obstante, con anterioridad a la aparición de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, únicamente se aludía de manera expresa a los daños físicos o psíquicos, quedando excluidos los morales (honor, intimidad y propia imagen), objeto de regulación en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.

⁵⁹ Piénsese, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que se hubiese llegado a un acuerdo extrajudicial por encima de la cuantía legal aplicable al efecto.

⁶⁰ La cuantía recogida en el citado Anexo es objeto de actualización periódica a través de sucesivas Resoluciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

Fuera de este supuesto de accidente de circulación en el que, como acabamos de indicar, la cuantía se halla establecida legalmente, la cantidad exenta ha de ser fijada judicialmente. En este último caso no es necesario que la cuantía se establezca en una sentencia, siendo igualmente posible la utilización de fórmulas intermedias. Dentro de estas fórmulas se encuentran los actos de conciliación judicial, allanamiento, renuncia, desistimiento o transacción judicial, susceptibles de desarrollarse en aquellos casos en los que tiene lugar una aproximación voluntaria de las partes en conflicto, siempre que haya algún tipo de intervención judicial. Así lo tiene declarado la DGT, por ejemplo, en contestación a Consulta de 7 de junio de 1999.

¿Podrían incluirse dentro del ámbito de aplicación de esta exención aquellas ayudas públicas otorgadas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, reguladas por la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, en aquellos casos en los que el culpable del delito resultara insolvente y no pagara la indemnización fijada en la sentencia? Es esta una cuestión ciertamente dudosa; *a priori*, no parece que nos hallemos ante un supuesto de responsabilidad civil, ya que el Estado sólo paga si el culpable del delito resulta insolvente, realizando el pago con la finalidad de amparar a la víctima y no como indemnización. En cambio, si el culpable del delito no resultara insolvente y abonase la indemnización fijada en la sentencia, sí que resultaría aplicable la exención.

Ciertamente, la finalidad perseguida por el legislador no es otra que exonerar de imposición al perceptor de la renta, al presentar la misma naturaleza indemnizatoria respecto de los daños personales ocasionados, ya sean físicos, síquicos o morales. Ahora bien, en nuestra opinión, desde la perspectiva del principio de capacidad económica, no resulta admisible que una misma renta quede o no exenta dependiendo de la condición del sujeto pagador de la misma (culpable del delito o Estado, en su caso).

A pesar de que la indemnización en cuestión podrá ser percibida en forma de capital o de renta, no parece que la exención deba estimarse referida a ambas modalidades de pago. Por el contrario, aquélla se proyecta sobre la indemnización satisfecha en forma de capital. Téngase presente que si lo fuera en forma de renta, dicha exención sólo alcanzaría el valor actual de la misma.⁶¹

⁶¹ Puede suceder que la percepción en forma de capital resulte sustituida, mediante acuerdo entre la víctima y la compañía de seguros (que cumple con la responsabilidad civil del causante del daño) por una renta de carácter periódico. Pues bien, en este caso la citada renta constituirá una renta temporal o vitalicia, tributando en consecuencia como un rendimiento del capital mobiliario.

La cuantía de los daños podrá ser fijada además por los Tribunales, no siendo necesario que su establecimiento tenga lugar mediante sentencia. Así las cosas, se admite la adopción de fórmulas intermedias, tal y como precisa la DGT en contestación a Consulta de 7 de junio de 1999⁶². En todo caso, la necesidad de intervención judicial excluirá la aplicación de la exención en aquellos supuestos en los que medie arbitraje.

Diversos pronunciamientos jurisprudenciales han optado por extender esta exención relativa a la indemnización por daños físicos a los rendimientos obtenidos en ejercicios sucesivos derivados de la inversión del capital percibido⁶³. La justificación que se ofrece es que, en estos casos, la indemnización no tiene como finalidad compensar en una sola y única vez un coste de reposición, sino un coste de mantenimiento derivado de la capacidad física que queda capitulada disminuida de por vida. La consecuencia sería que la indemnización no constituiría ya un fin en sí misma, siendo fijada en atención a los rendimientos financieros que obtenga el interesado a través de ella.

Ahora bien, ¿no se estaría entonces acudiendo a la vía de la interpretación analógica, legalmente prohibida? A nuestro juicio, así es. Un criterio contrario es sostenido, sin embargo, en la citada STSJ de Murcia de 21 de marzo de 2001, al afirmarse que «(...) al introducirse en la indemnización un factor interno de revalorización, hay que entender que forman parte de la misma las cantidades que se obtengan por inversión de aquélla, concluyéndose que tanto la indemnización como dichas cantidades han de considerarse incluidas en la exención».

Por lo que respecta a los intereses abonados por el retraso en el pago de la indemnización, creemos que deben considerarse exentos. Nótese que en este supuesto, a diferencia de lo que sucede en el anterior, el contribuyente no decide invertir la cuantía percibida. Simplemente es compensado por el plazo de tiempo transcurrido desde el nacimiento de la obligación de pago hasta que el mismo se hace efectivo⁶⁴. De cualquier manera, la exención alcanza tanto a la indemni-

⁶² Piénsese, por ejemplo, en aquellas situaciones en las que existe una aproximación voluntaria de las partes en conflicto, con independencia de que se produzca algún tipo de intervención judicial (acto de conciliación judicial, allanamiento, renuncia, desistimiento o transacción judicial).

⁶³ Véanse, entre otras, las Sentencias del TSJ. de Murcia de 21 de marzo de 2001 y de 29 de enero de 2002.

⁶⁴ La DGT se ha mostrado no obstante contraria a aplicar la exención a estos intereses, entre otras, en contestaciones a Consultas de 31 de enero de 2001 y 24 de febrero de 2000. A favor de esta interpretación puede consultarse la Resolución del TEAC de 11 de octubre de 2001.

zación percibida por quien sufre el daño como a la que reciben sus herederos, en caso de fallecimiento de aquél.⁶⁵

En segundo término, la indemnización por daños personales podrá proceder de contratos de seguros de accidente, debiendo percibirla el accidentado de su propio seguro y no de otra persona por responsabilidad civil. La exención sólo alcanza en el presente caso a la cuantía fijada por el RDLeg. 8/2004, de 29 de octubre, por lo que la parte de la indemnización percibida del contrato de seguro que exceda de la cuantía exenta generará un rendimiento del capital mobiliario. Y si la indemnización en cuestión hubiese sido percibida por los herederos debido al fallecimiento en accidente de quien contrató el seguro, quedaría sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, no disfrutando de beneficio fiscal alguno. La razón de ser de esta sujeción es clara: cuando quien percibe la suma dineraria es el heredero del contribuyente no cabe aludir a la existencia de una naturaleza restitutiva; se trata simplemente de riqueza derivada de una herencia.

En definitiva, mientras la indemnización percibida por los herederos y derivada de los supuestos de responsabilidad civil se encuentra exenta en el IRPF, el seguro de accidente cobrado por los herederos resulta sometido a gravamen en el ISD.

Hemos de precisar además que la indemnización derivada de estos seguros no queda exenta en cuantía alguna en el supuesto de que las primas del contrato hubieran podido reducir la base imponible, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 51.2.a) de la Ley 35/2006 o hubiesen sido consideradas como gasto deducible (art. 30.2 de la Ley 35/2006), tratándose de contratos suscritos con mutualidades de previsión social por profesionales.

Como es sabido, el conjunto de los particulares tienen derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes con motivo de los daños personales que puedan sufrir por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor. Estas indemnizaciones satisfechas por responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cuya exención es declarada por la letra q) del art. 7 de la Ley del IRPF, son fijadas de acuerdo con los procedimientos previstos en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se regula el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.⁶⁶

⁶⁵ Téngase presente que la determinación de los beneficiarios de la ayuda y de la exención corre a cargo de la ley correspondiente o, en su caso, de los tribunales de justicia, a través de la propia sentencia.

⁶⁶ Este Reglamento contempla también la posibilidad de llegar a acuerdos de terminación convencional destinados a fijar la cuantía de las mismas.

Cuando la exención fue introducida por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, únicamente hacía referencia a los daños físicos o psíquicos a personas. Sin embargo, a raíz de la nueva redacción facilitada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, se sustituye por la expresión «daños personales».

Tiene la consideración de titular del derecho a la indemnización quien sufra la correspondiente lesión en su persona o en su patrimonio si bien, en caso de fallecimiento de este último, ni la Ley Reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ni el citado RD 429/1993 se encargan de precisar los sujetos que deben ser indemnizados. Con carácter general, la línea jurisprudencial seguida en torno a esta cuestión ha sido la de reconocer el derecho a los herederos y, más precisamente, a los vinculados por la relación familiar, cualquiera que resulte ser el grado de parentesco, y tomando igualmente en consideración las relaciones estables de convivencia afectiva independientemente de su orientación sexual.

Al margen de lo anterior, en caso de fallecimiento de la persona que hubiese sufrido el daño infringido por una determinada Administración Pública la exención no podrá extenderse a sus herederos, que quedarán sujetos a ISD.

Dentro de las gratificaciones extraordinarias satisfechas por el Estado español a consecuencia de la participación en misiones internacionales de paz o humanitarias, contempladas en la letra o del art. 7 de la Ley 35/2006, la exención (carente de limitación cuantitativa) se proyecta sobre aquéllas de carácter estatal que, cualquiera que resulte ser su naturaleza, respondan al desempeño de una misión de paz o humanitaria. Se trata por tanto de gratificaciones extraordinarias justificadas por haberse desempeñado en el extranjero la citada misión, a diferencia de lo que sucede con aquellas retribuciones percibidas durante el resto del año hallándose el sujeto en territorio español. La exención alcanza además a las indemnizaciones o prestaciones satisfechas por los daños físicos o psíquicos padecidos durante las mismas.⁶⁷

Por último, hemos de aludir a la exención de que disfrutaban las ayudas económicas a las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hubieran desarrollado la hepatitis C conforme a lo dispuesto en la Ley 14/2002, de 5 de junio (art. 7, letra s de la Ley 35/2006). Como se recordará, las personas pertenecientes a este colectivo fue-

⁶⁷ En la actualidad el Real Decreto 8/2004, de 5 de noviembre, se encarga de regular un sistema de indemnizaciones para los supuestos de muerte o de daños físicos o psíquicos padecidos por los ciudadanos españoles con motivo de su participación en una operación de mantenimiento de la paz, de asistencia humanitaria, así como en otras de carácter internacional específicamente aprobadas por el Gobierno a estos efectos.

ron contagiadas de hepatitis C a consecuencia de tratamientos recibidos en el sistema sanitario público, en un momento en el que el estado de la ciencia no permitía disponer de medidas oportunas para prevenir esta transmisión⁶⁸.

El importe de la ayuda exenta (percibida de una sola vez, a tanto alzado) alcanza los 18.030,36 euros, siendo compatible con cualquier pensión pública que el beneficiario tuviera derecho a percibir.⁶⁹

Tienen la consideración de beneficiarios de la exención los contagiados⁷⁰ y, en caso de fallecimiento de estos, los hijos menores de edad y mayores incapacitados por partes iguales o, en su defecto, el cónyuge no separado legalmente, la persona que hubiera venido convivendo con el fallecido de forma permanente con análoga relación de afectividad a la conyugal durante, al menos, los dos años anteriores al momento del fallecimiento o los padres de las personas fallecidas.

⁶⁸ En efecto, no fue hasta el año 1990 cuando el sistema sanitario público español dispuso de los medios adecuados para prevenir la transmisión del virus de la hepatitis C a través de la sangre y de productos hemoderivados. Esta circunstancia motivó que las personas afectadas por hemofilia o por otras coagulopatías congénitas quedasen expuestas al riesgo de contraer hepatitis C como consecuencia de los tratamientos periódicos que debían recibir con concentrados de factores de coagulación.

⁶⁹ El procedimiento que debe seguirse para la tramitación y concesión de estas ayudas es objeto de regulación mediante Real Decreto 377/2003, de 28 de marzo.

⁷⁰ Estas personas hemofílicas o con otras coagulopatías congénitas que resultaron contagiadas debían estar incluidas en un censo elaborado al efecto al amparo de lo dispuesto en el art. 80 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

LA RED SUPRAMUNICIPAL DE VIVIENDAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID: NATURALEZA Y POSIBLES FÓRMULAS DE CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN

POR
LAURA CEBRIÁN HERRANZ
LETRADA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

SUMARIO: 1. LA RED SUPRAMUNICIPAL DE VIVIENDA DE PROTECCIÓN PÚBLICA. CARÁCTER DEMANIAL DE LOS TERRENOS DESTINADOS A REDES PÚBLICAS. 2. LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VIVIENDAS, ESPECIAL REFERENCIA AL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS. 3. RÉGIMEN DE EXPLOTACIÓN DE LAS VIVIENDAS DE LA RED SUPRAMUNICIPAL DE VIVIENDAS PÚBLICAS O DE INTEGRACIÓN SOCIAL. 4. CONCLUSIONES.

1. LA RED SUPRAMUNICIPAL DE VIVIENDA DE PROTECCIÓN PÚBLICA. CARÁCTER DEMANIAL DE LOS TERRENOS DESTINADOS A REDES PÚBLICAS

La Ley 9/2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid (en adelante LSCM) regula las denominadas redes públicas o redes de infraestructuras, equipamientos y servicios públicos. Este sistema de redes, como adelanta el Preámbulo de la Ley, se localiza sobre suelos de cesión obligatoria y gratuita por los promotores del suelo y se integra dentro de las reservas para dotaciones cuyos estándares se revisan y modifican radicalmente respecto de los establecidos por el Texto Refundido de la Ley de Suelo de 1976 y su Reglamento de Planeamiento de 1978, justificado este hecho en el cambio sustantivo de la realidad social y urbana de la Comunidad de Madrid desde entonces hasta nuestros días.

La definición legal se contempla en el Artículo 36 LSCM que bajo la rúbrica «Determinaciones sobre las redes públicas» establece: *Se entiende por red pública el conjunto de los elementos de las redes de infraestructuras, equipamientos y servicios públicos que se relacionan entre sí con la finalidad de dar un servicio integral.*

Este mismo precepto, aún precisando que los elementos de cada red están integrados de forma unitaria en la misma, distingue jerárquicamente tres niveles: local, general y supramunicipal. Asimismo, de acuerdo con ese artículo, el conjunto de los elementos de la red pública son susceptibles de distinguirse, desde el punto de vista fun-

cional en los sistemas de redes de infraestructuras, equipamientos y servicios.

Siguiendo la clasificación tanto territorial como funcional que establece la LSCM, la red de viviendas públicas o de integración social se integra en las denominadas redes de servicios por expresa determinación de la propia Ley, y tiene carácter supramunicipal, por responder a una competencia o política propia de la Comunidad Autónoma.

La definición de las redes públicas implica señalar expresamente todos aquellos de sus elementos necesarios para asegurar el funcionamiento correcto y adecuado a las necesidades previstas de la red correspondiente. De este modo, tendrán el carácter de determinaciones estructurantes todas aquellas que consistan en señalar las reservas y dimensiones de cualquier suelo que se prevea como elemento de una red pública supramunicipal o general. Asimismo, tendrán el mismo carácter de determinaciones estructurantes las que definan las condiciones básicas de ordenación de cada uno de tales elementos, si bien el desarrollo detallado de los mismos se concretará a través de determinaciones pormenorizadas.

El sistema de redes supramunicipales sólo podrá ser establecido por el planeamiento regional territorial o, en su defecto, por el planeamiento general. En consecuencia, la definición de cualquier elemento de una red pública supramunicipal, localización, capacidad o cualesquiera otras características de los suelos que formen parte de las redes supramunicipales en un Municipio serán las que resulten de las determinaciones establecidas por estos planeamientos en suelos urbanizables.

El carácter demanial de los terrenos que integran las redes, y por ende de las viviendas ubicadas en estas, exige la configuración de su régimen jurídico porque, como se analiza a continuación, la normativa existente no es compatible con la naturaleza de dominio público de estos bienes. En todo caso, la justificación de por qué se consideran bienes de dominio público precisa de un estudio detallado del Régimen jurídico de los bienes integrantes del patrimonio de la Comunidad de Madrid que se concreta en el artículo 6 Ley 3/2001 de Patrimonio de la Comunidad de Madrid (en adelante LPCM):

El patrimonio de la Comunidad de Madrid se regirá por la legislación básica del Estado, por la presente Ley, por los reglamentos que la desarrollen, por las demás normas de Derecho público que resulten de aplicación y, en su defecto, por las normas de Derecho privado civil o mercantil.

La Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas 33/2003, en adelante LPAP, define los bienes y derechos de dominio público

como aquellos que, siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio público, así como aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales, con una referencia expresa a la consideración de dominio público estatal de todos los bienes mencionados en el artículo 132.2 de la Constitución.

En el mismo sentido se definen estos bienes en los artículos 4 y 28 LPCM señalando que los bienes y derechos reales son de dominio público cuando están afectos al uso general o servicio público, o cuando una Ley les otorga expresamente ese carácter. Además, el destino propio del dominio público es su utilización para el uso general o para la prestación de servicios públicos.

De acuerdo con lo anterior, no cabe duda, los dos requisitos exigidos por la Ley para que un bien sea demanial son, la titularidad de la Administración Pública, y la afectación a un uso o servicio público. Sin embargo, la generalidad de la doctrina ha considerado estos criterios como insuficientes, habiendo sido múltiples los intentos y las teorías definitorias del servicio público sin que hasta hoy haya llegado a configurarse un concepto determinado y preciso de la expresión.

En palabras de Santamaría Pastor: *«Adoptando en primer lugar una óptica subjetiva (esto es contemplando la totalidad de las actividades que llevan a cabo las AAPP), parece claro que la expresión «Servicio público» no puede entenderse en su significado estricto, equivalente a la actividad prestacional (que tampoco es, ni mucho menos un concepto nítido); pero la inclusión en un concepto amplio del servicio público de las actividades de policía y fomento, por emplear la terminología más añeja, tampoco resuelve el problema, (...). Y en todo caso, si servicio público se entiende como una expresión equivalente a la de función pública o actividad pública general, su utilidad como criterio distintivo del demanio frente a los bienes patrimoniales desaparece por completo, dado que todos los bienes incluso los patrimoniales, servirían de modo directo o indirecto de soporte o apoyo a algún tipo de actividad pública y serían por tanto demaniales».*

Lo ideal, concluye la doctrina, sería que a efectos de evitar estas dudas interpretativas o incertidumbres, fuera la Ley en cada caso la que especificara la naturaleza demanial del bien.

En el caso que nos ocupa, la LSCM recoge como propios de esta red supramunicipal los dos requisitos que deben concurrir para que el bien sea demanial: El artículo 36 se refiere a la red como pública, (lo que evidentemente es sinónimo de pertenencia de la Administración), y además, dentro de la clasificación de redes que establece (equipamiento, infraestructura y servicios públicos), incluye en esta categoría de servicios públicos la red de viviendas públicas e integra-

ción social. Dicho de otro modo, es la ley la que predica de la red los dos elementos para que sea demanial, lo que equivale su declaración como tal dominio público, existiendo una afectación expresa de acuerdo con el artículo 21 LPCM: *La condición de bien o derecho real de dominio público del patrimonio de la Comunidad de Madrid se adquiere por su afectación expresa o tácita a un uso general o a la prestación de un servicio público propio de la misma.*

Existen otros argumentos que avalan igualmente la condición de demanio de la red, así de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 91 LSCM (*Obtención de los terrenos destinados para las redes públicas en actuaciones integradas*):

(...)

2. *A estos efectos, para el sistema de redes públicas supramunicipales, deberá cederse a la Comunidad de Madrid, gratuitamente y libre de cargas, terreno en la cuantía de 20 metros cuadrados de suelo por cada 100 metros cuadrados construidos de cualquier uso. Del total de cada cesión, deberá destinarse la tercera parte, como mínimo, a la red de viviendas públicas o de integración social.*

(...)

6. *Los terrenos destinados por el planeamiento urbanístico a edificaciones o instalaciones para las redes públicas tendrán carácter dotacional, por lo que no serán tenidos en cuenta a efectos del cálculo de los aprovechamientos lucrativos.*

Del contenido de este precepto se desprenden dos conclusiones, ya hemos hecho referencia a la primera más arriba, y es que, por definición, la titularidad de la red pública supramunicipal, sólo puede corresponder a la Administración Pública, es decir, no puede transmitirse al particular. Dicho de otro modo es inalienable o no susceptible de ser objeto de tráfico jurídico privado. La segunda conclusión es que estos terrenos (es decir las parcelas resultantes en que se localicen estas redes) no serán tenidos en cuenta a efectos del cálculo de los aprovechamientos lucrativos, careciendo por tanto de contenido económico.

Cabe concluir entonces, que los terrenos que integran la red supramunicipal de viviendas públicas o integración social así como las viviendas construidas en los mismos, tienen carácter demanial, estando destinados a la prestación de un servicio público.

Podría plantearse casi de forma inmediata una siguiente cuestión, esto es, si estos terrenos tienen o no la consideración de integrantes del Patrimonio Público de Suelo, resultando la respuesta, en coherencia con lo hasta ahora expuesto, del contenido del propio artículo 174 LSCM que a la sazón enumera cuales son los *Bienes integrantes de los*

patrimonios públicos de suelo, y de acuerdo con el cual, quedaría este integrado, entre otros conceptos, por los terrenos, construcciones y edificaciones no afectos a un uso o servicio público adquiridos al ejecutar el planeamiento, incluidos los adquiridos mediante convenios urbanísticos.

Es decir, la exclusión expresa de los terrenos, edificaciones y construcciones afectos a un servicio público, supone por definición la no pertenencia de los terrenos que conforman la red supramunicipal de vivienda pública o de integración social al patrimonio público de suelo.

2. LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VIVIENDAS, ESPECIAL REFERENCIA AL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

La financiación y construcción de las obras públicas es susceptible de instrumentarse a través de las siguientes modalidades:

- a) Construcción mediante un contrato administrativo de obras, tal como prevé el título I del libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
- b) Construcción mediante un contrato administrativo de obra bajo la modalidad de abono total del precio, es decir, con financiación previa del contratista y pago aplazado por parte de la Administración.
- c) Construcción y explotación de la obra en régimen de concesión.

De estas tres posibilidades nos centraremos solamente en la tercera, letra c), por su novedad y por las posibles dudas que pueda plantear.

El contrato de concesión de obras públicas aparece regulado en el Título V del Libro II del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contrato de las Administraciones Públicas, en adelante LCAP. El Título de referencia fue añadido a la LCAP en virtud de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de Concesión de obra pública.

Antes de la aprobación y entrada en vigor de la Ley 13/2003 y de la inclusión del Título V en el Libro II de la LCAP, el contrato de concesión de obra pública aparecía regulado en los artículos 130 y siguientes de dicho texto legal, donde el artículo 130.2 se remitía al 161 del mismo texto en lo relativo a la explotación del contrato, motivo por el cual doctrina y jurisprudencia venían caracterizando este tipo de con-

trato como uno de naturaleza mixta —obra y gestión de servicio público—, de los previstos en el artículo 6 LCAP.

El Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de la Ley 13/2003 Reguladora de la Concesión de Obras Públicas al referirse a la entonces todavía en vigor redacción del artículo 130.1 LCAP, señala: «(...) Se caracteriza, además, por ser un negocio jurídico típico de carácter mixto, como señalara el Consejo de Estado en su dictamen núm. 4.464/98, de 22 de diciembre de 1998, pues lleva aparejada la realización de una obra (contrato de obras) y la ulterior explotación del servicio vinculado a esa obra (contrato de gestión de servicios públicos), de tal suerte que, en cuanto al régimen jurídico aplicable, en lo que supone ejecución de una obra, le son de aplicación las disposiciones relativas al contrato administrativo de obras, y en lo referido a la explotación de aquella, el concesionario queda sujeto a las normas reguladoras del contrato de gestión de servicios públicos».

Es por tanto que a partir de la modificación operada por la Ley 13/2003, existen dos modalidades contractuales que parecen tener el mismo objeto: el contrato de concesión de obra pública que tiene por objeto la explotación de la misma, y el contrato de gestión de servicio público regulado en los artículos 154 y siguientes LCAP, cuyo artículo 158.2 al referirse a «gestión de servicio público que lleve aparejada ejecución de obras» se remite a la regulación del contrato de «concesión de obras públicas».

Sin embargo, desde la entrada en vigor de la Ley 13/2003, todas estas dudas acerca del encaje de la nueva regulación del contrato de concesión de obras públicas habida cuenta de la ya existente y no derogada regulación del contrato de gestión de servicio público, quedan superadas, en el sentido de que, actualmente, el contrato de concesión de obra pública es un contrato típico, con identidad propia que se diferencia así a pesar de sus similitudes del contrato de obra pública, y del contrato de gestión de servicio público.

El Contrato de concesión de obra pública incluye como objeto, además de la construcción y la explotación, otro tipo de obligaciones a tenor del artículo 221 LCAP que efectivamente exceden de lo que sería la construcción de la obra y mera gestión del servicio de que se trate. Así señala el meritado precepto:

1. El contrato de concesión de obras públicas comprenderá necesariamente durante todo el término de vigencia de la concesión:

- a) La explotación de las obras públicas conforme a su propia naturaleza y finalidad.*
- b) La conservación de las obras.*

- c) La adecuación, reforma y modernización de las obras para adaptarlas a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación de los servicios o la realización de las actividades económicas a las que aquéllas sirven de soporte material.*
- d) Las actuaciones de reposición y gran reparación que sean exigibles en relación con los elementos que ha de reunir cada una de las obras para mantenerse apta a fin de que los servicios y actividades a los que aquéllas sirven puedan ser desarrollados adecuadamente de acuerdo con las exigencias económicas y las demandas sociales.*

Una vez superadas estas cuestiones relativas a la identidad propia de esta modalidad contractual, debemos entrar en su definición que se contempla en el artículo 220 TRLCAP cuando señala:

1. Se entiende por contrato de concesión de obras públicas aquel en cuya virtud la Administración pública o entidad de derecho público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras relacionadas en el artículo 120 o, en general, de aquellas que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en este título.

Analizamos a continuación cómo el contrato de concesión de obras públicas lleva consigo el otorgamiento al adjudicatario de la concesión de servicio público y de la concesión demanial.

Desde el punto de vista de la «concesión de servicio público», habida cuenta de la no regulación de la explotación de la obra en el seno del Título V del Libro II de la LCAP, habrá que estar a lo dispuesto en los artículos 221.1 y 225 LCAP. Estos preceptos señalan respectivamente:

«El contrato de concesión de obras públicas comprenderá necesariamente durante todo el término de vigencia de la concesión: a) La explotación de las obras públicas conforme a su propia naturaleza y finalidad.(...)»

«El concesionario será retribuido directamente mediante el precio que abone el usuario o la Administración por la utilización de la obra (...)»

Por su parte, y como ya se ha analizado y expuesto más arriba, el artículo 28 LPCM al referirse al destino de los bienes demaniales y su explotación establece que el destino propio del dominio público es su utilización para el uso general o para la prestación de servicios públicos y añade que en la utilización de los bienes afectados a los servicios públicos deben observarse las reglas propias de los mismos, así como las instrucciones dictadas por las autoridades responsables de su funcionamiento.

En el mismo sentido el artículo 87 LPAP cuando señala que la utilización de los bienes y derechos destinados a la prestación de un servicio público se supeditará a lo dispuesto en las normas reguladoras del mismo y, subsidiariamente, se regirá por esta Ley.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 221.1 a) LCAP (*las obras se explotarán de acuerdo con su naturaleza y finalidad*), y artículo 28.3 LPCM (*En la utilización de los bienes afectados a los servicios públicos deben observarse las reglas propias de los mismos, así como las instrucciones dictadas por las autoridades responsables de su funcionamiento*) tratándose de «vivienda pública protegida» habrá que estar a lo previsto en la normativa reguladora de la misma en la Comunidad de Madrid que se analiza en el siguiente apartado de este estudio.

Hay que señalar que el concesionario de obra pública, obtiene implícitamente una «concesión demanial» por aplicación de lo dispuesto —con carácter de legislación básica— por el artículo 91.4 LPAP:

Las autorizaciones y concesiones que habiliten para una ocupación de bienes de dominio público que sea necesaria para la ejecución de un contrato administrativo deberán ser otorgadas por la Administración que sea su titular, y se considerarán accesorias de aquél. Estas autorizaciones y concesiones estarán vinculadas a dicho contrato a efectos de otorgamiento, duración y vigencia y transmisibilidad, sin perjuicio de la aprobación e informes a que se refieren los apartados anteriores de este artículo.

No será necesario obtener estas autorizaciones o concesiones cuando el contrato administrativo habilite para la ocupación de los bienes de dominio público.

Por su parte, el Artículo 37 LPCM (Concesión de servicio público y demanial), establece que cuando para la prestación en régimen de concesión de un Servicio Público de la Comunidad de Madrid sea necesario el uso común especial o el uso privativo de un determinado bien de dominio público de la misma, la concesión o autorización se entenderá implícita en la del servicio público.

Recordemos asimismo y por expresa remisión del artículo 220 LCAP definitorio de la concesión de obra pública, el tenor literal del artículo 120 LCAP que al definir el objeto del contrato de obras se refiere, entre otros, al siguiente concepto: *A los efectos de esta Ley se entiende por contrato de obras el celebrado entre la Administración y un empresario cuyo objeto sea:*

a) La construcción de bienes que tengan naturaleza inmueble, tales como carreteras, ferrocarriles, puertos, canales, presas, edificios, fortificaciones, aeropuertos, bases navales, defensa del litoral y señalización marítima, monumentos, instalaciones varias, así como cualquier otra análoga de ingeniería civil.

Es decir, en principio y por definición puede ser objeto de este contrato de concesión de obras públicas la construcción y explotación de edificios que en este caso serían las viviendas públicas o de integración social de la red supramunicipal.

Como señala la Exposición de Motivos de la Ley 13/2003, son cuatro las notas fundamentales que caracterizan la figura de la concesión: «obra pública», «riesgo concesional», «equilibrio económico de la concesión», y «diversificación de la financiación». De estas cuatro notas fundamentales, podría plantearse la duda de si realmente existe el denominado «riesgo concesional» en la concesión de obras públicas aplicada a la construcción de viviendas públicas o de integración social en las redes supramunicipales. Vamos a enunciar distintos preceptos de la LCAP que al regular el contrato de concesión de obras públicas se refieren al riesgo concesional, entre otros:

- Artículo 220.2 LCAP: *«La construcción y la explotación de las obras públicas objeto de concesión se efectuarán a riesgo y ventura del concesionario, quien asumirá los riesgos económicos derivados de su ejecución y explotación en los términos y con el alcance establecidos por esta ley, lo que será en todo caso compatible con los distintos sistemas de financiación de las obras que en ella se regulan y con las aportaciones a que pudiera obligarse la Administración concedente».*

- Artículo 224 LCAP: *«Financiación de las obras públicas construidas mediante contrato de concesión»: 1. Las obras públicas objeto de concesión serán financiadas, total o parcialmente, por el concesionario que, en todo caso, asumirá el riesgo en función de la inversión realizada.*

- Artículo 225 de la LCAP que enumera los sistemas de retribución del concesionario, y a tal efecto establece: *«el concesionario será retribuido directamente mediante el precio que abone el usuario o la*

Administración por la utilización de la obra, por los rendimientos procedentes de la explotación de la zona comercial y, en su caso, con las aportaciones de la propia Administración de acuerdo con lo previsto en esta Ley, debiendo respetarse el principio de asunción de riesgo por el concesionario».

• Artículo 243 LCAP (*Obligaciones del concesionario*), apartado b): *Explotar la obra pública, asumiendo el riesgo económico de su gestión con la continuidad y en los términos establecidos posteriormente por el órgano de contratación.*

El principio de riesgo y ventura aparece proclamado para todo tipo de contratos en el Artículo 98 LCAP que a tal efecto señala «*la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista sin perjuicio de los casos de fuerza mayor del artículo 144*».

La importancia capital de la presencia del elemento del riesgo y ventura en el contrato de concesión de obras públicas es destacado asimismo en la Comunicación interpretativa sobre las concesiones en el derecho comunitario, elaborada por la Comisión Europea, con el número 2000/C 121/02, DOCE de 29 de abril de 2000, de tal modo que es precisamente este elemento, el que va a determinar la diferencia del contrato de concesión de obras públicas de una de las figuras que le son afines como es el contrato de obras.

Hay que tener en cuenta que uno de los elementos del denominado riesgo es el grado de frecuentación de la obra por el concesionario. Sin embargo, se da la circunstancia de que en el caso de las viviendas ubicadas en las redes se presume que esas viviendas van a contar permanentemente con un adjudicatario. Además la demanda de vivienda existente actualmente es difícilmente compatible con la idea de viviendas públicas permanentemente vacías y sin posibilidad de adjudicación.

Otro elemento íntima e indisolublemente vinculado al riesgo es la retribución del concesionario, a que alude el artículo 225 LCAP, reproducido más arriba. Este precepto enumera los distintos sistemas de retribución de los que analizaremos los dos primeros supuestos.

Alude en primer término el precepto señalado a la «*tarifa que el usuario paga por la utilización de la obra*», tarifas cuya fijación y revisión se verifican de acuerdo con lo previsto en el artículo 246, apartados 2 y 3 LCAP, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 230.1 e), y 233.1 d) LCAP:

Artículo 230. Pliegos de cláusulas administrativas particulares.

1. *Los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de concesión de obras públicas deberán hacer referencia, al*

menos, a los siguientes aspectos y a aquellos que se contienen en el artículo 232.1 de esta Ley:

(...)

e) *Sistema de retribución del concesionario en el que se incluirán las opciones posibles sobre las que deberá versar la oferta, así como, en su caso, las fórmulas de revisión de precios durante la ejecución de las obras y de actualización de costes durante su explotación, todo ello con referencia obligada a su repercusión en las correspondientes tarifas en función del objeto de la concesión.*

Artículo 233. Contenido de las proposiciones.

1. *Las proposiciones de los licitadores deberán versar sobre los extremos exigidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares que serán cuando menos los siguientes cuando se trate de concesiones de construcción y explotación de obra pública:*

(...)

d) *Plan económico-financiero de la concesión que incluirá, entre los aspectos que le son propios, el sistema de tarifas, la inversión y los costes de explotación y obligaciones de pago y gastos financieros, directos o indirectos, estimados. Deberá ser objeto de consideración específica la incidencia en las tarifas, así como en las previsiones de amortización, en el plazo concesional y en otras variables de la concesión previstas en el pliego, en su caso, de los rendimientos de la demanda de utilización de la obra y, cuando exista, de los beneficios derivados de la explotación de la zona comercial, cuando no alcancen o cuando superen los niveles mínimo y máximo, respectivamente, que se consideren en la oferta. En cualquier caso, si los rendimientos de la zona comercial no superan el umbral mínimo fijado en el pliego de cláusulas administrativas, dichos rendimientos no podrán considerarse a los efectos de la revisión de los elementos señalados anteriormente.*

Artículo 246. Retribución por la utilización de la obra.

1. *El concesionario tendrá derecho a percibir una retribución por la utilización de la obra en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares y de conformidad con lo establecido en este artículo.*

2. *Las tarifas que abonen los usuarios por la utilización de las obras públicas serán fijadas por el órgano de contratación en el acuerdo de adjudicación. Las tarifas tendrán el carácter de máximas y los concesionarios podrán aplicar tarifas inferiores cuando así lo estimen conveniente.*

3. Las tarifas serán objeto de revisión de acuerdo con el procedimiento que determine el pliego de cláusulas administrativas particulares.

De conformidad con el artículo 233.1.d) de esta Ley, el plan económico-financiero de la concesión establecerá la incidencia en las tarifas de los rendimientos de la demanda de utilización de la obra y, cuando exista, de los beneficios derivados de la explotación de la zona comercial, cuando no alcancen o cuando superen, respectivamente, los niveles mínimo y máximo que se consideren en la oferta.

Respecto de la naturaleza de las prestaciones que los usuarios abonan por la utilización del servicio se pronuncia entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2001: «la más reciente jurisprudencia de este Tribunal Supremo, en cuanto resuelve que las prestaciones que los usuarios abonan al concesionario de un servicio no son tasas ni prestaciones patrimoniales, de carácter público en el sentido del artículo 31.3 de la Constitución, sino contraprestaciones al servicio prestado por el concesionario que este hace suyas por título de derecho privado, sin perjuicio de la intervención que la Administración concedente pueda tener en su fijación en ejercicio de la potestad tarifaria que le corresponde distinto de la potestad tributaria.»

De acuerdo con lo anterior, la tarifa habría de ser fijada por el Órgano de Contratación en el acuerdo de adjudicación, en la forma prevista en el pliego y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos expuestos, en el bien entendido de que la prestación abonada por el usuario no tiene carácter tributario, a diferencia de lo que sucedería si esta prestación se abonara directamente a la Administración en el caso de que el servicio se prestara directamente por esta, sin concesionario de obra pública, cuestión que se aborda en el apartado siguiente de este trabajo.

El segundo sistema a que alude el artículo 225 es el denominado peaje en la sombra, sistema utilizado por leyes autonómicas como la Ley de carreteras de la Comunidad de Madrid, a partir de la introducción por el artículo 4 de la Ley 11/1997, de 28 de abril, de un nuevo artículo 25 bis en la Ley 3/1991, que establece la posibilidad de que la Comunidad de Madrid subvencione en todo o en parte las tarifas que corresponda satisfacer a los usuarios cuando el servicio deba prestarse gratuitamente por razones de interés público.

El artículo 246.4 LCAP regula esta posibilidad y a tal efecto establece que: «la retribución por la utilización de la obra podrá ser abonada por la Administración teniendo en cuenta su utilización y en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares».

Esta fórmula retributiva es perfectamente compatible con el principio de riesgo concesional, ya que la financiación pública de la obra depende de su grado de utilización, con lo que a su vez plantearía la misma duda expuesta más arriba respecto de su utilización en el caso de las viviendas de la red, en las que se presume la existencia de adjudicatario en todo caso.

El contrato de concesión de obras públicas como modalidad utilizada para la construcción de viviendas en general, y de vivienda ubicada en la red supramunicipal en particular, plantearía por tanto dudas en cuanto a determinados aspectos, sin perjuicio de que la Administración, en concreto el órgano de contratación pueda fijar una tarifa en el acuerdo de adjudicación en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares y de conformidad con lo establecido en los artículos reproducidos más arriba. El riesgo del concesionario podría traducirse en la posibilidad de viviendas provisionalmente carentes de adjudicatario, así como en la eventual falta de pago de las tarifas por parte de dichos adjudicatarios.

3. RÉGIMEN DE EXPLOTACIÓN DE LAS VIVIENDAS DE LA RED SUPRAMUNICIPAL DE VIVIENDAS PÚBLICAS O DE INTEGRACIÓN SOCIAL

En el análisis de esta cuestión conviene distinguir de un lado la normativa aplicable al servicio público que se presta, y de otro, la posición del adjudicatario de la vivienda como usuario de un bien de dominio público.

Respecto de las normas reguladoras del servicio público, de acuerdo con lo previsto en el artículo 28.3 LPCM «En la utilización de los bienes afectados a los servicios públicos deben observarse las reglas propias de los mismos, así como las instrucciones dictadas por las autoridades responsables de su funcionamiento». Se consideran reglas propias de funcionamiento, en la Comunidad de Madrid, la Ley 8/1997, de Protección Pública a la Vivienda de la Comunidad de Madrid, el Decreto 11/2005, de 27 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, Decreto 12/2005, de 27 de enero, por el que se regulan las ayudas económicas a la vivienda en la Comunidad de Madrid, y Decreto 19/2006, de 9 de febrero, por el que se regula el proceso de adjudicación de viviendas del IVIMA.

El artículo 36 LSCM al definir la red supramunicipal de vivienda, se refiere a «viviendas públicas», —no dice que sean necesariamente protegidas—, y «viviendas de integración social», que sí son una

modalidad de vivienda protegida al amparo de lo dispuesto en el Decreto 11/2005, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de Madrid (en adelante, Reglamento).

Ateniéndonos a lo dispuesto en el Reglamento, habrá que entender como Vivienda con Protección Pública aquella que, de conformidad con lo establecido en la Ley 6/1997, y cumpliendo los requisitos de superficie, destino, uso, calidad y precio máximo que se establecen en el mismo, y en las disposiciones que lo desarrollen, sea calificada como tal por la Comunidad de Madrid a través de la Consejería competente en materia de vivienda.

En concreto se contemplan las siguientes categorías o modalidades de Viviendas con Protección Pública:

A) Las Viviendas con Protección Pública para venta o uso propio, que a su vez pueden ser:

Vivienda con Protección Pública Básica (VPPB).

Vivienda con Protección Pública de Precio Limitado (VPPL).

B) Las Viviendas con Protección Pública para arrendamiento, que a su vez pueden ser:

Vivienda con Protección Pública para **Arrendamiento** (VPPA):

Vivienda con Protección Pública para **Arrendamiento con Opción Compra** (VPPA OC).

C) Las Viviendas de Integración Social (VIS). Estarán destinadas a personas necesitadas de protección social. Su promoción y administración se regulará mediante convenios entre las Administraciones Públicas intervinientes y, en su caso, con entidades privadas sin ánimo de lucro. Dichos convenios establecerán, a su vez, la superficie construida de las viviendas, las cuales no podrán superar los 130 metros cuadrados construidos, el sistema de acceso a las mismas, que podrá ser en **arrendamiento u otras formas de cesión de uso justificada por razones sociales y en ningún caso en propiedad**, los requisitos de dicho acceso, así como la previsión, en su caso, de instalaciones complementarias de carácter sanitario, educativo u otros sitas en el edificio, para la capacitación e integración social de los destinatarios.

La adjudicación de viviendas del Instituto de la Vivienda de Madrid (no necesariamente protegidas) aparece regulada en el Decreto 19/2006, de 16 de febrero, que contempla como regímenes de uso el arrendamiento, arrendamiento con opción de compra y régimen de compraventa.

No obstante lo anterior, la Disposición Adicional Primera del Decreto 19/2006 (*Procesos especiales de adjudicación de viviendas*)

establece la no aplicación de los procesos de adjudicación previstos en el mismo a las *Viviendas de promociones desarrolladas sobre suelos pertenecientes a redes públicas municipales o supramunicipales respecto de las que se estará a su normativa específica*.

La condición demanial de los terrenos destinados a redes supramunicipales de vivienda de protección pública o de integración social, y de las viviendas construidas en los mismos implica naturalmente el sometimiento a las tres notas o principios tradicionales que caracterizan los bienes de dominio público: estos bienes resultan ser *inalienables, imprescriptibles e inembargables*.

Teniendo en cuenta que el Reglamento contempla como regímenes de adjudicación el arrendamiento y la venta, y descartada esta última por ser inalienables e imprescriptibles los bienes de dominio público, se plantea la cuestión de si es posible someter a arrendamiento las viviendas ubicadas en tales redes supramunicipales o si no existe esta posibilidad por ser igualmente contraria a la meritada regla de inalienabilidad.

Desde un punto de vista favorable a esta postura hay que tener en cuenta que en sentido estricto, el arrendamiento de un bien transmite únicamente la posesión del mismo, sin que el arrendatario por virtud de ese título pueda llegar a adquirir la propiedad del bien. Dicho de otro modo, el arrendamiento no supone la «alienabilidad» del bien arrendado, ni su posible adquisición por «prescripción».

Esta postura viene avalada por el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (Decreto de 17 de junio de 1955), cuyo artículo 113 dentro de la regulación de las formas de gestión indirecta de los servicios establece:

Los servicios de competencia de las Corporaciones locales podrán prestarse indirectamente con arreglo a las siguientes formas:

- a) *concesión;*
- b) *arrendamiento; y*
- c) *concierto.*

Otros preceptos de la misma norma respaldarían esta posibilidad, y así el artículo 138 establece que las Corporaciones locales podrán disponer la prestación de los servicios mediante arrendamiento de las instalaciones de su pertenencia; y el artículo 140.2 considera aplicables a este contrato las disposiciones contenidas en la Sección anterior, que regula la prestación de servicios por medio de concesión en cuanto no resultaren incompatibles con las de esta forma de gestión.

En cuanto a la posición contraria a la posibilidad del arrendamiento de bienes de dominio público resulta de lo taxativo del artícu-

lo 33 LPCM y 86 LPAP que supeditan la utilización del bien demanial a la tenencia como título habilitante de la correspondiente concesión administrativa.

La Jurisprudencia se pronuncia igualmente sobre esta cuestión en distintas sentencias, demoledoras respecto de tal posibilidad. Entre otras, podemos traer a colación la STS de 25 de junio de 1982:

«(...) pues si no admite duda alguna que los puestos del Mercado son bienes de dominio público municipal afectos a un servicio público, y si tampoco la ofrece que la extinción de las ocupaciones anormales de tales bienes debe efectuarse por vía administrativa, es manifiesto que cuando se acuerda por la Corporación local el desalojo de su ocupante se está actuando dentro de la esfera administrativa, y que el control de tal actividad corresponde a los Tribunales de lo contencioso-administrativo y no a los de la Jurisdicción Ordinaria, por lo que no puede admitirse la alegada incompetencia jurisdiccional; todo ello, claro es, sin perjuicio de las relaciones jurídicas nacidas del contrato celebrado entre concesionaria y actor cualquiera que sea su calificación jurídica, ya que tales relaciones no pueden afectar a la Administración concedente en cuanto tercero en dicho negocio jurídico, sin que además, sea admisible la pretensión actora de que el referido contrato, que en el curso del expediente administrativo y durante la primera instancia de este proceso calificó de cuentas en participación, legitima su alegada ocupación de los puestos frente a la Administración, pues sabido es que los contratos en general y el de cuentas en participación en particular, sólo producen efectos entre las partes, y la Administración es totalmente ajena al mismo, y sin que, por otro lado, sea viable la calificación de su situación jurídica con relación a tales puestos como de arrendamiento de local de negocio, pues, la concesionaria no es propietaria de tales locales ni tiene título alguno que le faculte para ostentar la cualidad de arrendadora de los mismos, así como la naturaleza jurídica de los bienes como de dominio público afectos a un servicio público excluye toda posibilidad de un arrendamiento sometido a la L. A. U., finalmente, la conversión de la concesión en un arrendamiento de local de negocio que el aceptar la tesis del actor conllevaría es de todo punto rechazable. (...)

Hay que tener en cuenta que la única modalidad de vivienda protegida no sometida necesariamente a arrendamiento o venta en el Reglamento es la Vivienda de Integración social o VIS, que de acuerdo con su naturaleza sí sería susceptible de ser utilizada mediante concesión administrativa, y a la que sí se refiere expresamente el artículo 36 LSCM como susceptible de construirse en los terrenos que integran la Red objeto de estudio.

Sin embargo, no existe una norma reguladora de la vivienda pública o de la VIS, a construir en terrenos destinados a redes supramunicipales de estas características, que contemple su condición de dominio público y que pueda utilizarse vía concesión. Es cierto que en la normativa autonómica sí está regulada la utilización privativa de un bien de dominio público, pagando una tasa —cuestión que se examina más adelante—, pero no las condiciones de la concesión tratándose de una vivienda ni el procedimiento de adjudicación de las mismas, al quedar expresamente excluidas de la aplicación del Decreto 19/2006, Disposición Adicional primera.

En definitiva, de acuerdo con las consideraciones realizadas, llegaríamos a la conclusión de la necesidad de aprobación de un Decreto regulador de esta nueva categoría de vivienda contemplativo de su régimen jurídico, incluyendo la regulación del procedimiento de adjudicación de las mismas viviendas.

Una vez construidas las viviendas en estos terrenos que integran la red supramunicipal, es preciso delimitar la utilización que de este bien de dominio público que es la vivienda va a hacer su usuario, es decir, el adjudicatario de la misma tras la tramitación del procedimiento administrativo correspondiente. Se trata de analizar la posición del adjudicatario de la vivienda como usuario de un bien de dominio público.

El régimen de utilización de los bienes de dominio público y su explotación en la Comunidad de Madrid se regula en los artículos 29 y siguientes LPCM, y de entre los previstos en la norma, indiscutiblemente, el tipo de uso de que es susceptible la vivienda encaja por definición en el denominado «Uso privativo con instalaciones u obras permanentes».

Todos los usos mencionados en el artículo 29 se desarrollan en cada uno de los siguientes artículos, de entre los que el uso anterior aparece desarrollado en el artículo 33 de la Ley de Patrimonio madrileña, de acuerdo con el cual, dicha utilización precisa de concesión administrativa otorgada por el titular de la Consejería, por un plazo que en principio no puede exceder de setenta y cinco años, salvo que la normativa especial establezca otra cosa. Además la Ley prevé la observancia de las reglas de publicidad y concurrencia para el caso de existir varios solicitantes, y la resolución del otorgamiento previa licitación. Finalmente, el uso privativo devengará la Tasa que corresponda de conformidad con la legislación sobre Tasas de la Comunidad de Madrid.

La concesión de demanial que se concede al adjudicatario de la vivienda se rige por lo dispuesto con carácter de legislación básica en el artículo 93 LPAP, apartados 1, 2, 3 y 4:

Artículo 93. Concesiones demaniales:

1. *El otorgamiento de concesiones sobre bienes de dominio público se efectuará en régimen de concurrencia (...)*

2. *Cualquiera que haya sido el procedimiento seguido para la adjudicación, una vez otorgada la concesión deberá procederse a su formalización en documento administrativo. Este documento será título suficiente para inscribir la concesión en el Registro de la Propiedad.*

4. *Las concesiones de uso privativo o aprovechamiento especial del dominio público podrán ser gratuitas, otorgarse con contraprestación o condición o estar sujetas a la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes del dominio público estatal (...)*

No estarán sujetas a la tasa cuando la utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes de dominio público no lleve aparejada una utilidad económica para el concesionario, o, aun existiendo dicha utilidad, la utilización o aprovechamiento entrañe condiciones o contraprestaciones para el beneficiario que anulen o hagan irrelevante aquélla.

En los casos previstos en el párrafo anterior, se hará constar tal circunstancia en los pliegos de condiciones o clausulado de la concesión.

Siguiendo la línea argumental expuesta hasta ahora, el adjudicatario de la vivienda, vía concesión, está obligado al pago de la tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial de dominio público, es decir, de la vivienda, siendo que, dicha tasa está prevista en el Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad de Madrid, concretamente en el Capítulo LXIX del Texto Refundido, artículos 355 y siguientes. Los distintos elementos de la Tasa, aplicados al caso concreto objeto de estudio, quedarían así configurados:

El hecho imponible de la tasa quedaría constituido por la utilización privativa o el aprovechamiento especial de la vivienda; el sujeto pasivo será el solicitante de la misma. Respecto de la tarifa, la base se determinará por el órgano que conceda, autorice o adjudique la utilización privativa y el tipo de gravamen anual será el previsto en la norma sobre el valor de la base resultante. El devengo de la tasa se producirá con la solicitud inicial y con el mantenimiento anual de la concesión o adjudicación, computado desde la fecha en que se solicitó, y la solicitud inicial no se tramitará sin que se haya efectuado el pago correspondiente. Por último, la tasa se liquidará por los órganos de la Comunidad de Madrid ante los que los sujetos pasivos formulen su solicitud.

En caso de impago, una vez transcurrido el periodo voluntario para el ingreso, de acuerdo con el artículo 16.3 del Texto Refundido, la deuda será exigida por la Administración en vía de apremio.

4. CONCLUSIONES

- La red supramunicipal de viviendas protegidas o de integración social aparece prevista en el artículo 36 LSCM. De acuerdo con este precepto se trata de terrenos de titularidad de la Administración afectos a un servicio público, de lo que deriva su naturaleza demanial y la de las viviendas construidas en ese suelo. Por su naturaleza y por expresa exclusión verificada por el artículo 174 LSCM los terrenos de la red supramunicipal no forman parte del patrimonio regional de suelo.

- La construcción de las viviendas puede verificarse mediante un contrato administrativo de obras, tal como prevé el título I del libro II de la LCAP; Construcción mediante un contrato administrativo de obra bajo la modalidad de abono total del precio, es decir, con financiación previa del contratista y pago aplazado por parte de la Administración, y Construcción y explotación de la obra en régimen de concesión, con las salvedades expuestas en este trabajo.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 28.3, 29 d) y 33 LPCM, el uso de las viviendas construidas en la red, precisará de concesión como título habilitante, previo pago de una tasa, y en su utilización se observarán las reglas propias del servicio público de que se trate, en este caso, la normativa en materia de vivienda de la Comunidad de Madrid, de lo que se desprendería la necesaria elaboración y aprobación de una norma que regule, con carácter previo el régimen jurídico de la vivienda ubicada en las redes supramunicipales de vivienda pública o de integración social. Esta concesión por el plazo que marque la Ley, actualmente setenta y cinco años máximo, devengaría la tasa prevista en el Texto Refundido de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad de Madrid, artículos 355 y siguientes.

La presente investigación ha sido financiada por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo de la Comunidad de Madrid, a través del Departamento de Urbanismo y Vivienda, y el Grupo de Abogados del Estado, a través del Real Decreto Ley de 21 de agosto de 1997 y en el Reglamento Orgánico que lo desarrolla, aprobado por Real Decreto de 27 de julio de 1997.

La presencia de estos hitos en la legislación con numerosas reformas por un lado, determina que el principio de legalidad de la actuación administrativa debe ser contemplado con especial atención.

LOS PRIVILEGIOS PROCESALES DEL ESTADO

POR
DOLORES VARGAS SÁNCHEZ
TÉCNICO SUPERIOR DE LA COMUNIDAD DE MADRID

SUMARIO: 1. ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS GENERALES DE LA CUESTIÓN PLANTEADA. 2. ANÁLISIS DE LOS DISTINTOS PRIVILEGIOS PROCESALES DEL ESTADO. 2.1. Técnica de la necesidad de autorización para entablar demandas. 2.2. Fuero territorial del Estado. 2.3. Suspensión del curso de los autos. 2.4. Actos de comunicación procesal. 2.5. Normas especiales en materia de prueba. 2.6. Allanamiento y desistimiento. 2.7. Técnica del recurso obligatorio. 2.8. Exención de gastos, cauciones y depósitos. 2.9. Las costas judiciales. 2.10. Ejecución de sentencias por la propia Administración. 3. LOS PRIVILEGIOS PROCESALES PARA LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS CON ESPECIAL MENCIÓN A LA COMUNIDAD DE MADRID. 4. CONCLUSIONES FINALES.

1. ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS GENERALES DE LA CUESTIÓN PLANTEADA

La existencia de los privilegios procesales del Estado es una cuestión controvertida. Algunos autores opinan que estas figuras tan sólo son especialidades procesales que realmente no llegan a alcanzar la calificación de verdaderos privilegios, sin embargo, la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, se refiere a los mismos como *especialidades procesales* o también como *prerrogativas procesales* que no son otra cosa que sinónimos del término privilegios procesales. Se trata de determinar la particular situación del Estado cuando es parte de un proceso, para lo cual es necesario regular lo más técnicamente posible las especialidades procesales totalmente imprescindibles para que la Administración, cuando se encuentra en un procedimiento judicial, tenga una verdadera y real posición de igualdad con las otras partes.

La existencia de estos privilegios se remonta a antiguo, así ya venían regulados en el Estatuto de la Dirección General de lo Contencioso del Estado y del Cuerpo de Abogados del Estado, aprobado por Real Decreto Ley de 21 de enero de 1925 y en el Reglamento Orgánico que lo desarrolla, aprobado por Real Decreto de 27 de julio de 1943.

La presencia de estos privilegios se ha justificado con numerosas razones. Por un lado, se determina que el principio de legalidad de la actuación administrativa debe ser correspondido con una eficaz tute-

la de sus intereses cuando tal actuación se vea cuestionada ante los Tribunales de Justicia. Otras razones de la existencia de este especial status de la Administración ante los Tribunales se achacan a la importancia de los fines e intereses a los que sirve la Administración Pública, a su complejidad organizativa y estructural y a las estrictas pautas de actuación que el Ordenamiento impone a las Administraciones Públicas.

Es la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas y su Reglamento de desarrollo, aprobado mediante Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, la que viene a agrupar en un único texto legal los privilegios procesales del Estado, poniendo fin a la dispersión normativa existente hasta ese momento.

La Ley 52/1997, tiene una vocación generalista, ya que pretende sistematizar las especialidades procesales que son de aplicación, en mayor o menor medida, a todos los órdenes jurisdiccionales, dejando las especialidades propias de cada orden jurisdiccional a la Ley procesal reguladora del mismo. Pero, tal y como señaló el Consejo General del Poder Judicial en su Informe sobre esta Ley, la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, no recoge todas las especialidades procesales de aplicación a los diversos órdenes jurisdiccionales, ni todas las prevenidas en la Ley tienen naturaleza general. Los artículos 14 y 15 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, regulan la suspensión del curso de los autos y el fuero territorial del Estado, respectivamente, y ambos sólo rigen en procesos civiles. En el otro sentido la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, no recoge algunos privilegios procesales que tienen cabida en distintos órdenes jurisdiccionales, como la reclamación administrativa previa, la inembargabilidad de los bienes de las Administraciones Públicas, con la debida cautela referida a los bienes patrimoniales de los municipios y de las Comunidades Autónomas, o bien el peculiar régimen de ejecución de sentencias. En el presente trabajo vamos a tratar de analizar los distintos privilegios del Estado incluyendo aquellos que no tienen su regulación en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre.

No debemos olvidar en este primer momento de nuestro estudio, el análisis sobre la constitucionalidad de los privilegios procesales del Estado. El Tribunal Constitucional en su sentencia 155/1988, de 22 de julio, manifestó que *«el artículo 14 de la Constitución no ampara la igualdad de las partes en el proceso, cuestión que hay que conectar, más bien, con el derecho a la tutela judicial efectiva y con el derecho a la defensa de las posiciones respectivas durante el mismo.»* Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional 90/1994, de 17 de marzo, sigue la línea jurisprudencial marcada por la sentencia antedicha e integra el derecho a la igualdad procesal en el derecho a un proceso

con todas las garantías del artículo 24.2 de la Constitución, afirmando que *«en términos generales, no es contraria a la Constitución la atribución de privilegios procesales a las distintas Administraciones Públicas, siempre que éstos no resulten arbitrarios o desproporcionados o supongan un sacrificio excesivo a quienes los soportan, ya que tal técnica engarza con el principio de eficacia que debe presidir la actuación administrativa y el servicio con objetividad a los intereses generales.»*

Las sentencias mencionadas recogen la constitucionalidad de los privilegios procesales del Estado con carácter general, pero otra cosa bien distinta es la conveniencia o necesidad de la existencia y utilización de cada uno de ellos.

2. ANÁLISIS DE LOS DISTINTOS PRIVILEGIOS PROCESALES DEL ESTADO

2.1. Técnica de la necesidad de autorización para entablar demandas

La técnica de la necesidad de autorización para entablar demanda a nombre del Estado, debemos entenderla no como un privilegio procesal del Estado, sino como un reflejo de la organización piramidal de la Abogacía del Estado y de los Servicios Jurídicos. Así y debido a las consecuencias materiales, jurídicas y de toda índole que pudiera acarrear el ejercicio de cualquier acción a nombre del Estado se exige como requisito previo el contar con autorización del superior jerárquico.

La técnica aparece recogida en el artículo 36 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, así en este artículo 36 se afirma que *«1. Los Abogados del Estado no ejercitarán acciones ante ningún órgano jurisdiccional sin estar previamente autorizados para ello, con carácter singular o general, por la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado. 2. Quedan excluidos del requisito de la autorización previa los supuestos de urgencia, de los que el Abogado del Estado-Jefe dará inmediata razón a la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado para que ratifique la actuación realizada o acuerde el desistimiento en su caso. 3. Los Abogados del Estado no ejercitarán ni autorizarán que se ejercite ninguna clase de acciones en nombre del Estado español, organismos u otras entidades, sin estar autorizados previamente por Orden del Ministro de Asuntos Exteriores, previo informe de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, y previa consulta al departamento, organismo o entidad pública.»*

A la vista del artículo reproducido podemos hacer varias reflexiones. El ejercicio de la acción procesal por la Abogacía del Estado requiere la previa autorización de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, ya sea una autorización general o singular y sin esa autorización no puede iniciarse ninguna acción ante ningún órgano jurisdiccional, salvo en caso de urgencia, en cuyo caso debe ser ratificada o bien se ordenará su desistimiento. En el caso de pleitos en el extranjero la autorización adquiere la forma de Orden del Ministro de Asuntos Exteriores, previo informe de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado y propuesta del Ministerio afectado o interesado.

La autorización singular o general de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado para el ejercicio de la acción procesal, viene determinada por distintos elementos. En primer lugar, en vía penal, cuando hay ofrecimiento de acciones por parte de los Juzgados, existe una autorización general para aceptarlas y consecuentemente para intervenir en la causa. En segundo lugar, hay que analizar la diferencia entre los procesos que tengan asignada la clave «A» y los que no la tengan. Los procesos clave «A» son aquellos de especial complejidad o interés, trascendencia política, social, económica o jurídica, o que se puedan plantear simultánea y sucesivamente en una pluralidad de provincias u órganos judiciales, así como aquellos que determine la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado; de estos pleitos ha de tenerse puntual e inmediatamente informada a la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado y exigen una autorización singular para interponer el litigio. Además en los procesos civiles y penales con clave «A» se establece un régimen de consulta obligatoria por parte de las diferentes Abogacías del Estado a la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado. Los procesos que no tengan clave «A», que serán los demás, tienen una autorización general para interponerlos, salvo en el caso de la interposición de querellas que exigen siempre autorización particular. Los procesos civiles y penales que no tengan clave «A» y en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa y laboral el régimen de consulta a la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado será potestativo.

2.2. Fuero territorial del Estado

El artículo 15 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, recoge el fuero territorial del Estado, afirmando que «Para el conocimiento y

resolución de los procesos civiles en que sea parte el Estado, los Organismos Públicos o los Órganos Constitucionales, serán en todo caso competentes los Juzgados y Tribunales que tengan su sede en las capitales de provincia, en Ceuta o en Melilla. Esta norma se aplicará con preferencia a cualquier otra norma sobre competencia territorial que pudiera concurrir en el procedimiento. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a los juicios universales ni a los interdictos de obra ruïnosa.» Es en el artículo 37 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, donde se establece la obligación de dicho fuero territorial y la posibilidad de impugnar la incompetencia territorial al afirmar que «Los Abogados del Estado cuidarán de la observancia por los tribunales y juzgados del fuero territorial del Estado, y propondrán en forma la declinatoria, en caso necesario.»

El establecimiento del fuero territorial del Estado en esta Ley 52/1997, de 27 de noviembre, que tiene carácter general, es decir, tiene la voluntad de recopilar todos los privilegios procesales de la Administración Pública en todos los órdenes jurisdiccionales, parece fuera de lugar, debido a que el fuero territorial del Estado tan sólo se articula para los procesos civiles, por lo que tiene difícil justificación tal ubicación.

Este fuero territorial cuando el Estado es parte en un proceso civil se ha venido justificando por la distribución provincial del Servicio Jurídico del Estado y por el mínimo costo que tal fuero representa, aunque en la actualidad hay numerosos autores que son contrarios a la existencia de tal privilegio siguiendo la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo en las sentencias de 27 de enero y 25 de febrero de 1992, en las que el Tribunal Supremo se inclinaba por entender abolido tal fuero territorial.

El Tribunal Constitucional en el auto 234/1993 manifestó que «el precepto no viola el derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la ley y además que no hay desigualdad discriminatoria en la Ley porque en ésta se contemplan situaciones de hecho que son distintas, según un criterio de diferenciación fundado en una razón objetiva, como es el carácter público de los organismos y entes contemplados en el precepto cuestionado y el interés público a que éstos atienden y les ofrezca regulaciones jurídicas consecuentemente diversas.»

Siguiendo la línea anterior, conjugándola con la justificación del fuero que hemos citado anteriormente, es decir, la distribución provincial del Servicio Jurídico del Estado y el mínimo costo que representa el mismo, aparece una interpretación más matizada del precepto relativo al fuero territorial del Estado en los procesos civiles, y así la Audiencia Provincial del Las Palmas en su sentencia 606/2002, de 11 de noviembre, señala que «el principio constitucional de derecho al

Juez natural predeterminado, combinado con el criterio de que resulta desproporcionado obligar a litigantes de las islas llamadas menores venir a pleitear a otra isla alejada del lugar donde se encuentran las pruebas; y la interpretación restrictiva del artículo 71 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, proclamada por el Tribunal Supremo, merece, si cabe, extremarse en esta Audiencia Provincial, con jurisdicción en varias islas, puesto que el fuero territorial privilegiado que contempla a favor de la Administración Central y Autónoma en litigios civiles obedece, en los tiempos actuales, más a criterios de comodidad de sus defensores que al de la centralización de los servicios jurídicos de dichos organismos, máxime cuando el artículo 447.1 de la LOPJ faculta, en casos determinados, encomendar la defensa a abogado especialmente designado al efecto, y resultar inaceptable por las innegables perturbaciones que, en todo orden, supone para el particular el cambio de órgano jurisdiccional predeterminado por la Ley, agravado en este territorio por razones de insularidad.» Debemos por tanto concluir que el fuero territorial del

Estado para procesos civiles se acepta siempre y cuando el costo para el particular particular parte en dicho proceso no sea excesivo, planteamiento que se rompe en los territorios insulares, aunque no en la Península.

Señala el propio artículo 15 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, que «Esta norma se aplicará con preferencia a cualquier otra norma sobre competencia territorial que pudiera concurrir en el procedimiento.» Este inciso supone otorgar al fuero una preferencia absoluta. El fuero no cederá en los casos particulares de codemandados junto a la Administración, siempre y cuando ésta aparezca como interviniente, ni cuando concorra otro fuero territorial de naturaleza improrrogable. Así se recoge en numerosos autos y sentencias, entre las que destacamos el auto de la Audiencia Provincial de Lugo de 23 de septiembre de 2005 y el de 3 de marzo de 2005, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de abril de 2005, la sentencia de la Audiencia Provincial de León de 28 de enero de 2004 o la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 19 de septiembre de 2002. Las únicas excepciones al fuero territorial del Estado en los procesos civiles vienen establecidas en el propio artículo 15 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, al afirmar que «Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a los juicios universales ni a los interdictos de obra ruïnosa.» Estas dos excepciones ya se recogían en el Estatuto Orgánico de 1925 aunque ha desaparecido la mención al interdicto de obra nueva.

Es en el artículo 37 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, donde se establece la obligación de dicho fuero territorial y la posibi-

lidad de impugnar la incompetencia territorial al afirmar que «Los Abogados del Estado cuidarán de la observancia por los tribunales y juzgados del fuero territorial del Estado, y propondrán en forma la declinatoria, en caso necesario.» La impugnación de la incompetencia planteada al juez se articula mediante la declinatoria, planteada y apreciada la incompetencia el juez deberá inhibirse en el asunto y remitirlo al juez competente en los términos recogidos en los artículos 63 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.3. Suspensión del curso de los autos

El privilegio denominado «suspensión del curso de los autos» aparece recogido en el artículo 14 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, afirmando que «1. En los procesos civiles que se dirijan contra el Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Públicas dependientes de ambos o los órganos constitucionales, el Abogado del Estado recabará los antecedentes para la defensa de la Administración, Organismo o Entidad representada, así como elevará en su caso, consulta ante la Dirección del Servicio Jurídico del Estado. A tal fin, al recibir el primer traslado, citación o notificación del órgano jurisdiccional podrá pedir, y el Juez acordará, la suspensión del curso de los autos, salvo que, excepcionalmente, y por auto motivado, se estime que ello produciría grave daño para el interés general. El plazo de suspensión será fijado discrecionalmente por el Juez, sin que pueda exceder de un mes ni ser inferior a quince días. Dicho plazo se contará desde el día siguiente al de la notificación de la providencia por la que se acuerde la suspensión, no cabiendo contra tal providencia recurso alguno. 2. En los interdictos, procedimientos del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, aseguramiento de bienes litigiosos e incidentes, el plazo de suspensión será fijado discrecionalmente por el Juez, no siendo superior a diez días ni inferior a seis.»

Tal y como señalamos al comienzo del estudio, la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, tiene una vocación generalista, es decir, trata de recoger todos los privilegios que se le reconocen a la Administración Pública para cualquiera de los órdenes jurisdiccionales, sin embargo, el privilegio de la suspensión del curso de los autos tan sólo se recoge para el proceso civil, quebrando así el espíritu generalista; ya lo dejó patente el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de la Ley, en el que afirmaba que el privilegio al que nos estamos refiriendo debería encuadrarse en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley Hipotecaria ya que no se trata de una especialidad procesal aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales; siguiendo esta línea en la Ley de Procedimiento Laboral se recoge el plazo de 22 días con-

cedido al Abogado del Estado para la consulta. El Consejo General del Poder Judicial continúa afirmando que si se mantenía el privilegio en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, tal y como se ha hecho, se hiciera un reflejo equivalente en los mencionados textos legales por ser las sedes más adecuadas.

La finalidad de la suspensión del curso de los autos es doble, por un lado deberá ser utilizada por el Abogado del Estado para recabar los antecedentes necesarios para la defensa de la Administración, hecho que viene justificado por la estructura descentralizada del Servicio Jurídico del Estado y por las particularidades de las comunicaciones interadministrativas. Y por otro lado, la suspensión del curso de los autos tiene como finalidad tener tiempo suficiente para que el Abogado del Estado eleve consulta ante la Dirección del Servicio Jurídico del Estado. Analizaremos a continuación esta última finalidad con mayor detenimiento.

En primer lugar recordaremos que el régimen de consulta varía según el tipo de proceso ante el cual no encontramos; así en los procesos civiles y penales de clave «A», es decir, aquellos de especial complejidad o interés, trascendencia política, social, económica o jurídica, o que se puedan plantear simultánea y sucesivamente en una pluralidad de provincias u órganos judiciales, así como aquellos que determine la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, se requiere un régimen de consulta obligatoria por parte de las diferentes Abogacías del Estado a la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado. Mientras que en los procesos civiles y penales que no tengan clave «A» y en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa y laboral el régimen de consulta a la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado será potestativo. Este doble régimen, por un lado la consulta obligatoria y por otro la consulta potestativa, trae como consecuencia que en el artículo 14 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, se afirme que «*elevará, en su caso, consulta ante la Dirección del Servicio Jurídico del Estado.*»

Es el artículo 39 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, el que determina pormenorizadamente esta consulta. En él se afirma que la consulta se formulará en el plazo de cinco días desde la notificación de la resolución judicial en que se acuerde la suspensión del curso de los autos. En la consulta los Abogados del Estado expondrán su parecer razonado sobre el asunto y propondrán la conducta procesal a seguir e indicarán la fecha de expiración del plazo de suspensión de las actuaciones procesales; a la consulta acompañarán los datos y antecedentes disponibles relativos al asunto.

El momento para solicitar la suspensión del curso de los autos por parte del Abogado del Estado será al recibir el primer traslado, cita-

ción o notificación del órgano jurisdiccional. En este momento y siguiendo el régimen establecido anteriormente de consulta obligatoria o facultativa el Abogado del Estado podrá solicitar la suspensión, teniendo el Juez en todo caso que acordarla. Del tenor literal del artículo 14 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, se deduce que el Juez estará obligado a acordar la suspensión una vez solicitada la misma por el Abogado del Estado con una única excepción, que se estime que ello produciría grave daño para el interés general. Éste es un supuesto excepcional denegatorio de la suspensión que sólo cabe fundamentarlo en grave daño para el interés general, aunque distintos autores afirman que podría haberse abierto el número de causas a la denegación estableciendo también el grave daño para la tutela judicial efectiva de las partes o el grave daño para el derecho de las partes a un proceso sin dilaciones indebidas.

El plazo de duración de la suspensión será fijado por el Juez discrecionalmente, siempre entre un máximo de un mes y un mínimo de quince días. Este plazo se ve disminuido a un máximo de diez días y un mínimo de seis en los interdictos, los procedimientos del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, en aseguramiento de bienes litigiosos e incidentes. La suspensión se acordará mediante providencia, y el plazo de suspensión fijado por el juez comenzará a contar desde el día siguiente al de la notificación de dicha providencia. Como hemos señalado anteriormente, el artículo 39 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, señala que la consulta se deberá trasladar en los cinco primeros días de este plazo de suspensión y que en ella el Abogado del Estado deberá indicar la fecha de expiración del plazo de suspensión dado por el Juez.

Por último nos preguntamos si la existencia de este privilegio procesal está lo suficientemente justificada. En su favor encontramos justificaciones que se refieren a elementos prácticos como la estructura descentralizada del Servicio Jurídico del Estado o las particularidades de las comunicaciones interadministrativas con las dilaciones en el tiempo que en ellas se producen; pero, por otro lado, encontramos numerosas opiniones contrarias a su existencia que señalan que la existencia de una reclamación administrativa previa a la demanda asegura el tiempo necesario para llevar a cabo una defensa eficaz del Estado. Así y desde este punto de vista, la reclamación administrativa previa y la suspensión son privilegios que se duplicarían y se solaparían.

2.4. Actos de comunicación procesal

Las sentencias del Tribunal Constitucional 9/1981, de 31 de marzo; 219/1999, de 29 de noviembre o la 65/2000, de 13 de marzo, determi-

nan como línea jurisprudencial que los actos de comunicación no constituyen meros aspectos formales del proceso, sino que son el soporte instrumental básico de la existencia de un juicio contradictorio y sin ellos, las partes no podrían comparecer en juicio ni defender sus posiciones. En este sentido, señala Miguel Ángel Fernández que «(...) el proceso lo integra una concatenación jurídicamente reglada de actos, tanto del tribunal como de las partes, que se desenvuelven en el tiempo; y ese encadenamiento entre actos de unos y otros sólo es posible en la medida en que cada nueva actuación de uno de sus protagonistas presupone el conocimiento por su parte de las actuaciones previas de los demás.»

El artículo 11 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, recoge el privilegio procesal relativo a los actos de comunicación cuando una de las partes en el proceso sea una Administración Pública, en él se afirma que «1. En los procesos seguidos ante cualquier jurisdicción en que sean parte la Administración General del Estado, los Organismos Autónomos o los órganos constitucionales, salvo que las normas internas de estos últimos o las leyes procesales dispongan otra cosa, las notificaciones, citaciones, emplazamientos y demás actos de comunicación procesal se entenderán directamente con el Abogado del Estado en la sede oficial de la respectiva Abogacía del Estado. 2. Cuando las Entidades Públicas Empresariales u otros Organismos Públicos regulados por su normativa específica sean representados y defendidos por el Abogado del Estado se aplicará igualmente lo dispuesto en el apartado anterior. 3. Serán nulas las notificaciones, citaciones, emplazamientos y demás actos de comunicación procesal que no se practiquen con arreglo a lo dispuesto en este artículo.» Este artículo se completa con el artículo 35 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, en el cual se afirma que «1. Los Abogados del Estado cuidarán de que todas las notificaciones, citaciones, emplazamientos y demás actos de comunicación procesal que deban practicarse en los procesos en que sean parte se entiendan directamente con el Abogado de Estado en la sede oficial de la respectiva Abogacía del Estado. A tal efecto, si fuera necesario, en los primeros escritos que dirijan a los órganos jurisdiccionales y en cualquier otro caso en que resulte procedente se hará constar la sede de la Abogacía del Estado competente.» En el punto 2º del artículo 35 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, se recogen las normas especiales para los casos en los que el acto o resolución judicial es dictado por un juez o tribunal extranjero.

Debemos tener en cuenta con respecto a este privilegio procesal tres elementos. En primer lugar debemos referirnos al lugar en el que debe realizarse la notificación, citación, emplazamiento o cualquier acto de comunicación procesal. En segundo lugar y en íntima relación

con el elemento anterior debemos hacer alusión a la persona a la cual se deban hacer los actos de comunicación procesal. Y por último nos referiremos al momento en el que se tendrá por hecha la comunicación. Debido a la estrecha relación existente entre el primer elemento y el segundo, puesta de manifiesto por una línea jurisprudencial, haremos una breve alusión a ambas de manera conjunta.

Comenzaremos el análisis poniendo de manifiesto las distintas posibilidades de representación y defensa en juicio de las distintas Administraciones Públicas y Organismos y Entidades Públicas, determinadas por el artículo 1 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre. En resumen este artículo viene a determinar que la representación y defensa en juicio del Estado, los Organismos Autónomos y de los Órganos Constitucionales, siempre y cuando sus normas internas no establezcan un régimen especial propio, corresponderá a los Abogados del Estado. A la luz de este artículo 1 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, la posibilidad de encomendar la representación y defensa en juicio del Estado o de sus Organismos Autónomos a un abogado colegiado particular, posibilidad prevista en el artículo 447.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya no debe admitirse. En el supuesto de las Entidades Públicas Empresariales, u otros Organismos Públicos regulados por su normativa específica, su representación y defensa en juicio podrá o no corresponder al Abogado del Estado, atendiendo a lo que disponga su normativa específica, así lo determina el artículo 1.4 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, y es por ello que en el punto segundo del artículo 11 de la citada Ley se declara aplicable el régimen especial de los actos de comunicación procesal a estas Entidades cuando estén representados por Abogado del Estado.

Concluiremos, por tanto, que el privilegio procesal relativo a los actos de comunicación sólo será aplicable cuando la asistencia jurídica corra a cargo de los Abogados del Estado. Esta afirmación viene a confirmar que este privilegio está pensado para determinados funcionarios en aras de su comodidad ya que gracias a él tales funcionarios no tienen que desplazarse a la sede de los órganos jurisdiccionales. Para justificar el privilegio procesal se argumentan razones como la complejidad de la organización administrativa, la brevedad de los plazos procesales y que no representa carga alguna en perjuicio de la otra parte.

Debemos afirmar que del estudio de la jurisprudencia se deduce que en el momento en el que la comunicación procesal no se ha efectuado en la sede oficial de la Abogacía del Estado y no se ha hecho con el Abogado de Estado respectivo directamente, los tribunales han fallado la nulidad de las actuaciones realizadas a partir de ese momento (por ejemplo, el auto de la Audiencia Provincial de Asturias

nº 33/2006 (Sección 7ª), de 27 de febrero; la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares nº 46/2006 (Sección 5ª), de 2 de febrero; la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla nº 241/2004 (Sección 4ª), de 12 de abril; el auto de la Audiencia Provincial de Granada nº 124/2004 (Sección 4ª), de 28 de junio, entre otras muchas). Por otro lado hay otra línea jurisprudencial que afirma que «no se prescinde de las normas esenciales del procedimiento y, por ello, no se produce indefensión cuando el acto de comunicación se realizó a través del Servicio Común de Notificaciones, en el domicilio de la Entidad Pública, representada por Abogado del Estado, entendiéndose la comunicación en la persona de un funcionario allí destinado. El señor funcionario tenía la obligación de dar traslado al señor Abogado del Estado del acto procesal realizado. Pues el adverbio directamente no se puede equiparar al adverbio personalmente, que supone que algo debe hacerse en persona o por sí mismo y que el artículo 11 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre sólo exige que la comunicación se haga directamente», (entre otros el auto de la Audiencia Provincial de Granada nº 138/2005 (Sección 3ª), de 5 de mayo). Debemos pues afirmar que esta línea jurisprudencial lleva a cabo una interpretación mucho más restrictiva del privilegio en cuestión.

En cuanto al momento en el que se tiene por efectuada la comunicación habrá que estar a lo que señala el artículo 151 punto 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual «los actos de comunicación a la Abogacía del Estado y al Ministerio Fiscal, así como los que se practiquen a través de los servicios de notificaciones organizados por los Colegios de Procuradores, se tendrán realizados el día siguiente a la fecha de recepción que conste en la diligencia». Este cómputo parte de la certeza de la presunción que precisa que transcurre un día desde que el acto de comunicación es recibido en el registro de entrada y es posteriormente transmitido por conducto interno a su destinatario final.

2.5. Normas especiales en materia de prueba

El artículo 315 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil establece las normas especiales aplicables al Estado en materia de prueba, donde tan sólo existe la especialidad en el caso del interrogatorio.

Señala el artículo 315 que «1. Cuando sean parte en un proceso el Estado, una Comunidad Autónoma, una Entidad local y otro organismo público, y el tribunal admita su declaración, se les remitirá, sin esperar al juicio o a la vista, una lista con las preguntas que, presentadas por la parte proponente en el momento en que se admita la prueba, el tribu-

nal declare pertinentes, para que sean respondidas por escrito y entregada la respuesta al tribunal antes de la fecha señalada para aquellos actos.

2. Leídas en el acto del juicio o en la vista las respuestas escritas, se entenderán con la representación procesal de la parte que las hubiera remitido las preguntas complementarias que el tribunal estime pertinentes y útiles, y si dicha representación justificase cumplidamente no poder ofrecer las respuestas que se requieran, se procederá a remitir nuevo interrogatorio por escrito como diligencia final.

3. Será de aplicación a la declaración prevista en este artículo lo dispuesto en el artículo 307 (1. Si la parte llamada a declarar se negare a hacerlo, el tribunal la apercibirá en el acto de que, salvo que concurra una obligación legal de guardar secreto, puede considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte.

4. Cuando las respuestas que diere el declarante fuesen evasivas o inconcluyentes, el tribunal, de oficio o a instancia de parte, le hará el apercibimiento previsto en el apartado anterior.)»

Este privilegio en términos muy similares a los actuales ya aparecía recogido en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

La naturaleza jurídica de la declaración escrita de la Administración es clara, es de naturaleza personal y no real. El interrogatorio se realizará en forma escrita, las preguntas que formen parte del mismo han de referirse a hechos y circunstancias de los que la Administración Pública interrogada tenga noticia y que guarden relación con el objeto del juicio, así como formularse en sentido afirmativo y con la debida precisión, tal y como dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil para el interrogatorio ordinario. Las respuestas deberán por tanto ser claras, directas y concluyentes, que establecen el carácter personal y no real de la contestación escrita al interrogatorio. Esta contestación escrita reclamaría la consideración y el tratamiento de la prueba documental si se limitara a certificar el contenido de documentos obrantes en los archivos administrativos, pero no es éste el objeto, por lo que el tribunal debería rechazar la pretensión de incorporar como prueba documental la contestación escrita al interrogatorio.

Es claro que esta prueba es admisible tanto para el juicio ordinario, como para el juicio verbal, ya que el artículo 315 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se encuentra entre las disposiciones comunes a ambos procesos. La declaración de la Administración Pública que sea parte en el proceso ha de ser propuesta por la parte a la que interese su práctica. Esta proposición deberá realizarse en el juicio ordinario

junto con las demás pruebas, en la audiencia previa. Más problema presenta definir el momento en el que debe proponerse el interrogatorio en el juicio verbal, ya que en este juicio verbal la proposición y práctica de la prueba tienen lugar en el propio acto de la vista, por lo que una vez propuesta y admitida esta prueba se interrumpirá la vista, que se reanudará para proceder a la lectura de las respuestas dadas por la Administración Pública parte en el proceso. La articulación de la práctica de este tipo de prueba comenzará con que una vez admitida la prueba, la parte proponente presentará la lista con las preguntas que a su derecho interesa formular. Examinadas las preguntas por el tribunal, éste declarará su pertinencia y las remitirá mediante oficio a la Administración Pública que haya de contestarlas, para que sean respondidas por escrito y entregada la respuesta al tribunal antes de la fecha señalada para el juicio, en el proceso ordinario, o a la reanudación de la vista, en el juicio verbal. A continuación las respuestas serán leídas en el juicio o en la vista, según corresponda, con lo que se reduce el menoscabo que este privilegio produce a los principios de concentración, oralidad y contradicción. Una vez leídas las respuestas, no cabe formular nuevas preguntas, pero sí hacer preguntas complementarias, para así completar o aclarar las respuestas ofrecidas; el tribunal deberá valorar la complementariedad de estas preguntas. Las preguntas complementarias han de entenderse con la representación de la Administración Pública, es decir, con el Abogado del Estado que esté presente en el momento en el que las respuestas sean leídas. El Abogado del Estado está en la obligación de responder a las preguntas complementarias que se hayan formulado, y sólo en el supuesto de que justificase cumplidamente no poder ofrecer las respuestas requeridas, se permite un nuevo interrogatorio por escrito como diligencia final; si se produce este supuesto y estamos en un juicio verbal se deberá volver a interrumpir la vista.

Tal y como señala el punto 3º del artículo 315 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por su remisión al artículo 307, el privilegio de la declaración escrita no deroga la carga de contestar mediante respuestas claras, directas y concluyentes. La falta de remisión de las respuestas escritas antes de la fecha indicada por el tribunal, podría entenderse como negativa a contestar, sin embargo ante circunstancias excepcionales se podría solicitar nuevo señalamiento de vista.

Este privilegio tradicionalmente se ha justificado de diversas maneras. Se afirma que, por un lado, en la mayor parte de los procesos los hechos debatidos en el pleito no le serían personales a la representación de la Administración, por lo que su conocimiento habría que obtenerlo del examen del expediente o recabando el informe del funcionario interviniente. Otra razón justificativa del privilegio afir-

ma que por los condicionamientos y las limitaciones impuestas a la transacción de las Corporaciones Públicas conforme al artículo 1237 del Código Civil suponía una limitación a la confesión de sus representantes. Pero realmente la razón que subyace en el mantenimiento de este privilegio es la salvaguarda de los intereses generales cuya gestión tienen encomendadas todas las Administraciones Públicas y la dificultad que entraña el residenciar en un concreto departamento el asunto al que la litis se contrae para poder determinar anticipadamente la persona que ha de comparecer y contestar al interrogatorio que se formule. El desconocimiento personal de los hechos litigiosos por el representante en juicio de la Administración Pública podría haber admitido otras soluciones que la adoptada por el artículo 315 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como que la contestación al interrogatorio se hiciera por el jefe del departamento a quien tales hechos conciernan o por el funcionario que estuviera personalmente enterado de los mismos.

2.6. Allanamiento y desistimiento

Las normas específicas en materia de allanamiento y desistimiento se encuentran reguladas en el artículo 7 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre y en el artículo 41 de Real Decreto 997/2003, de 15 de julio, que son los relativos a la disponibilidad de la acción judicial. Estos artículos ya han sido analizados en el punto donde nos referíamos a la técnica por la cual se requiere autorización para entablar demandas a nombre del Estado. Haremos un breve comentario en lo que se refiere a allanamiento y desistimiento.

Para apartarse de las querellas interpuestas o para formular desistimientos se exige autorización, general o singular, de la Abogacía General del Estado.

La diferencia existente entre los procesos clave «A» y los que no lo son, nos dan una pauta sobre la necesidad de contar con una autorización general o singular para llevar a cabo el desistimiento o el allanamiento.

En los procesos clave «A», recordamos que estos son los de especial complejidad o interés, trascendencia política, social, económica o jurídica, o que se puedan plantear simultánea y sucesivamente en una pluralidad de provincias u órganos judiciales, así como aquellos que determine la Abogacía General, para que el Abogado del Estado se allane o desista se exige una autorización singular para ello.

En los procesos que no tengan clave «A» habrá que diferenciar, para desistir en la acción existirá una autorización general, sin embar-

go para el allanamiento siempre se requiere una autorización expresa, aunque esta autorización puede valer para innumerables procesos por estar conferida con carácter general por la Abogacía General; por ejemplo, existe una autorización general, dada en mayo de 2002, para allanarse en los recursos contenciosos interpuestos contra sanciones en materia de tráfico cuando se aprecie la existencia de prescripción de la infracción, caducidad del procedimiento, falta de realización de la notificación correspondiente, errores manifiestos en la identificación del conductor, manifiestos errores entre los hechos acreditados y la infracción imputada que resulten clara y manifiestamente de los expedientes obrantes en autos, o imposición de la sanción a persona distinta de la conductora.

2.7. Técnica del recurso obligatorio

La técnica del recurso obligatorio se encuentra muy ligada a todas las reflexiones que hemos ido haciendo sobre la disponibilidad de la acción procesal. Aparece recogida en el artículo 42 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, en el cual se afirma que *«La interposición o preparación de recursos contra resoluciones judiciales se regirá por lo que en cada caso disponga con carácter general o para supuestos particulares, la Abogacía del Estado Dirección del Servicio Jurídico del Estado. A falta de éstas, el Abogado del Estado anunciará, preparará o interpondrá los recursos procedentes contra las resoluciones judiciales desfavorables»*.

La regla general sobre la obligatoriedad de interponer el recurso que proceda ante las decisiones judiciales desfavorables viene dada por la distinción entre los procesos clave «A» y los que no la tienen. Para los procesos clave «A» se requiere una autorización singular para no recurrir las decisiones desfavorables. Para los procesos que no tienen clave «A» existe una autorización general para no recurrir, salvo en el supuesto de que el recurso haya de interponerse por otra Abogacía, en cuyo caso, para que ésta no recurra necesitará una autorización singular.

2.8. Exención de gastos, cauciones y depósitos

El artículo 12 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, recoge esta exención afirmando que *«El Estado y sus Organismos Autónomos, así como las Entidades Públicas Empresariales, los Organismos Públicos regulados por su normativa específica dependientes de ambos y los*

Órganos Constitucionales, estarán exentos de la obligación de constituir los depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantía previsto en las leyes. En los Presupuestos Generales del Estado y demás instituciones públicas se consignarán créditos presupuestarios para garantizar el pronto cumplimiento, si fuere procedente, de las obligaciones no aseguradas por la exención». El artículo 38 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, viene a completar este privilegio al afirmar que *«en los casos en que así proceda, los Abogados del Estado cuidarán de la observancia por los juzgados y tribunales de la exención de depósitos, cauciones o cualquier otro tipo de garantías, e impondrán, en caso contrario, los recursos procedentes»*.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 64/1988, afirmó que *«la exoneración de las cargas procesales a favor del Estado u Organismos Públicos Estatales requiere un precepto legal que expresamente la establezca»*. El artículo 12 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, establece esta exención de forma general para todo tipo de procesos y depósitos, y constituye en sí misma un privilegio procesal aplicable al Estado y demás Organismos de manera general, salvo que las leyes procesales especiales de cada orden jurisdiccional establezcan otra cosa. Así lo recoge el auto de la Audiencia Provincial de Granada nº 5/2006 (Sección 3ª), de 13 de enero o la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería nº 42/1998 (Sección 2ª), de 10 de febrero, entre otras.

A continuación vamos a hacer un breve análisis de dos supuestos específicos y sobre los cuales la doctrina es amplia; en primer lugar analizaremos la justicia cautelar y después haremos una breve alusión al Consorcio de Compensación de Seguros.

La justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva. Los requisitos para adoptar la medida cautelar correspondiente son el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, el *periculum in mora* o peligro por la mora procesal y la caución; en el ámbito administrativo a estos presupuestos clásicos se les añade el juego del interés público, además del requisito de petición de la parte, requisito exigido por las normas procesales. La adopción o no de la medida cautelar exige una ponderación circunstanciada de todos los posibles intereses encontrados, debiendo valorarse especialmente la medida en la que el interés público exija la ejecución. Una vez sentados estos requisitos debemos afirmar, tal y como ha reiterado la jurisprudencia, que la necesidad de caución para la imposición de medida cautelar recibe un tratamiento especial por el legislador cuando se trata de entes públicos, puesto que el artículo 12 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, se aplica al supuesto totalmente, tal y como indica el auto de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 1ª), de 22 de junio

de 2004 o el auto de la Audiencia Provincial de León nº 84/2005 (Sección 3ª) de 18 de octubre o la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña nº 714/2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª), de 2 de julio.

Una especial mención merece la jurisprudencia relativa al Consorcio de Compensación de Seguros sobre esta materia. La pregunta que se plantea es si el Consorcio está o no exento de presentar depósitos o cauciones, es decir, si entra dentro del privilegio recogido en el artículo 12 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre. Sobre esta cuestión son muchas y dispares las resoluciones jurisprudenciales que argumentan en todos los sentidos posibles. Una línea jurisprudencial afirma que dicho organismo por su condición de Entidad Pública Empresarial está exento de presentar depósitos, cauciones o cualquier otra garantía exigida por la ley y todo ello por aplicación directa del artículo 12 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre. Otra línea jurisprudencial afirma que el Consorcio no está exento de presentar cauciones, partiendo del principio de que la exoneración de cargas procesales a favor del Estado y los Organismos Públicos Estatales requiere un precepto legal que expresamente lo establezca, tal y como lo declaró el Tribunal Constitucional en sus sentencias de 12 de abril de 1988 y de 5 de junio de 1989, y que en el caso del Consorcio, cuando actúa como una entidad privada de seguro, requiere de una excepción expresa establecida legalmente, como se ha hecho con otras excepciones, como la relativa a los intereses a su cargo, por lo que no es suficiente con la norma genérica y global establecida en el artículo 12 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre. La tercera postura recogida por la jurisprudencia relativa a esta materia está íntimamente ligada a la anterior ya que parte de la idea de que cuando el Consorcio actúa como fondo de garantía no se exigirá la prestación de caución, pero que ésta sí será necesaria cuando actúe como aseguradora en régimen de igualdad con el resto de compañías privadas; así lo ha establecido la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Ceuta, nº 25/1999 (Sección 6ª), de 23 de febrero o la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora nº 16/2005 (Sección 1ª), de 4 de febrero o la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga nº 22/2004 (Sección 4ª), de 16 de enero entre otras. Debido a esta argumentación jurisprudencial, debemos afirmar que el privilegio estudiado de la exención de cauciones y depósitos debe ser adoptado de forma prudente, estudiando si el Organismo Público en cuestión actúa en un ámbito público, en el que sí se aplicaría el privilegio, o privado, en el que no tendría cabida el mismo.

La justificación de este privilegio procesal la ha situado la doctrina en la enorme dificultad para que, con arreglo a las técnicas presu-

puestas, se pueda disponer de determinadas cantidades en los breves plazos legalmente previstos. Otra justificación del mismo viene determinada por la propia solvencia del Estado y de ahí el punto 2º del artículo 12 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, en el que se establece la necesidad de consignar en los Presupuestos Generales del Estado los créditos necesarios para garantizar el pronto cumplimiento de las obligaciones.

2.9. Las costas judiciales

Dentro de los que hemos denominado privilegios procesales del Estado, el que se refiere a las costas sería un «no» privilegio, puesto que no se exime al Estado del pago de las costas procesales en aquellos supuestos en los que fuere condenado.

La regulación de las costas procesales cuando en los procesos una de las partes sea el Estado aparece recogida en el artículo 13 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, modificado por el artículo 50.2 de la Ley 4/2000, de 29 de diciembre, completada con la regulación reglamentaria del artículo 44 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio. El artículo 13 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, se podría dividir en dos partes, sus dos primeros números harían referencia al supuesto en el que la condena en costas se imponga a la parte que hubiera actuado contra el Estado en el proceso, y el número tres de este artículo hace referencia al supuesto de que el condenado a costas sea el Estado; se refrenda así legalmente el criterio jurisprudencial de que la Administración Pública, ya sea demandante o demandada, es tan susceptible de imposición de costas como cualquier otro litigante, y de este modo lo recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1990, ratificada posteriormente por otras sentencias del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1990, de 6 de junio de 1990, de 1 de octubre de 1990 o de 7 de mayo de 1996. Vamos a hacer un breve análisis citando diversa jurisprudencia para cada uno de los supuestos.

Para el supuesto de que la condena en costas se imponga al particular o particulares que hubieran actuado contra el Estado en el proceso señala el artículo 13 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, que «1. La tasación de las costas en que fuere condenada la parte que actúe en el proceso en contra del Estado, sus Organismos Públicos, los Órganos Constitucionales o personas defendidas por el Abogado del Estado se regirá, en cuanto a sus conceptos e importe, por las normas generales, con inclusión, en su caso de los correspondientes a las funciones de procuraduría.» En principio, para la tasación de las costas, en cuanto

a sus conceptos e importe, se seguirán las normas generales, esto es, el Abogado del Estado gira las costas con arreglo a las normas del correspondiente Colegio de Abogados, también debe girarlas por su labor de representación, como procurador, conforme a las del respectivo Colegio de Procuradores, la única particularidad es que es costumbre pedir las costas por el mínimo previsto en dichas normas, aunque nada le impediría pedir otra cosa. Se incluirá por tanto la minuta de honorarios del Abogado del Estado, lo que ha supuesto numerosas críticas por parte de los autores, ya que se trata de un funcionario público que percibe un sueldo, por lo que en modo alguno se justifica que al Estado se le resarza de un desembolso patrimonial que no ha tenido. Pero esta línea no es la seguida por la jurisprudencia y así lo ponen de manifiesto las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1991, de 3 de abril de 1992, 30 de mayo de 1995 y 19 de febrero de 2000. Esta jurisprudencia afirma que el hecho de que el Abogado del Estado no perciba directamente los honorarios girados en su minuta no es obstáculo para que los mismos deban ser incluidos en su tasación de costas, y que carece de fundamento la afirmación de que el Abogado del Estado es un funcionario remunerado directamente con cargo a los Presupuestos del Estado y que por tanto no puede reclamar el abono de unos honorarios devengados precisamente en el ejercicio de sus funciones. El importe de las costas se abonará a la Administración del Estado y no al propio Abogado del Estado, tal y como señala el artículo 13 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, porque estas costas no constituyen una retribución funcional, sino que se ingresan en el Tesoro Público tal y como debe constar en la minuta, además no podemos olvidar que el titular del crédito privilegiado que origina la condena en costas es la parte contraria beneficiaria de la misma y no los profesionales que la han representado y defendido, lo que supone que el titular de tal crédito es el Estado y nunca el Abogado del Estado que lo defendió.

Con respecto a los gastos por procuraduría, debemos afirmar que el Abogado del Estado asume la defensa y representación en juicio del Estado y que, por tanto, es en su persona en la que se recoge una doble condición, la de defensor y la de representante procesal, confundiendo en numerosas ocasiones una con la otra. Pero, y siguiendo la naturaleza de las costas procesales, es decir, que no es posible incluir en ellas gastos que no se hayan producido efectivamente, tan sólo se podrán incluir en la tasación aquellos gastos de procuraduría que deriven de actuaciones procesales que sólo el procurador pueda realizar y que por asumir el Abogado del Estado tales funciones se deriven igualmente por no poder ser absorbidos por los honorarios que como abogado le corresponden. Por lo tanto, existe una doble

delimitación ya que con carácter general se excluirán los derechos por Procurador cuando se trate de procesos en los que no sea preceptiva su actuación y se deberá estar al trámite del proceso en el que se haya derivado el gasto, excluyendo los conceptos en los que no es significativa la actuación como representante sino como defensor, para así evitar la doble minutación, lo que supondría un enriquecimiento indebido; así lo ha afirmado la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real número 434/2001 (Sección 1), de 26 de diciembre.

Por otro lado, tal y como hemos señalado anteriormente al Estado también le pueden condenar al pago de las costas del proceso, así se recoge en el punto 3º del artículo 13 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre. Se basa en el principio de igualdad de partes y de armas en el proceso y regula las costas tanto en el caso de condena a su favor como en su contra, a diferencia de lo que pasa con el Ministerio Fiscal que no podrá ser condenado en costas cuando actúe como parte, pero tampoco podrá instar la tasación de las mismas. La aceptación de la condena en costas al Estado es jurisprudencia mayoritaria, citaremos a modo de ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo nº 242/2005, (Sala de lo Civil, Sección 1) de 16 de marzo, la sentencia del Tribunal Supremo nº 505/2005 (Sala de lo Civil, Sección 1) de 16 de junio, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14) de 8 de febrero de 2002 o la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia nº 110/2001 (Sección 1) de 1 de marzo.

Debemos afirmar que las costas ya sean a favor del Estado o resulte condenado a pagarlas se tratarán simplemente como ingresos o gastos aplicables a los respectivos presupuestos, aunque en relación a los gastos será necesario consignar los respectivos créditos para agilizar el cobro por los particulares.

2.10. Ejecución de sentencias por la propia Administración

Señala el artículo 24.1 de la Constitución española que «*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*» Por su parte el artículo 117.3 de la Constitución establece que «*El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.*» A continuación el artículo 118 de la Constitución establece que «*Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar*

la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto.» Ante estos tres mandatos constitucionales se imagina difícil el establecimiento de privilegios a la hora de ejecutar las sentencias que condenen al Estado ya sea a hacer o no hacer a entregar una cosa o al pago de una cantidad líquida.

Antes de continuar con la exposición del privilegio debemos aludir a la antigua Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, hoy ya derogada, que establecía que la ejecución de las sentencias correspondía al órgano que hubiera dictado el acto objeto del recurso y que una vez comunicadas las sentencias, la Administración podía ejecutar el fallo, o bien adoptar la suspensión temporal del cumplimiento total o parcial del fallo, o bien decidir la inexecución total o parcial del fallo. Tales posibilidades, nos referimos a la posibilidad de suspensión de la ejecución del fallo y a la inexecución del mismo, chocaban frontalmente con los principios constitucionales enunciados anteriormente. Fue la sentencia del Tribunal Constitucional 32/1982, de 7 de junio, la que vino a determinar que el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 de la Constitución abarcaba la propia ejecución de las sentencias, conectando así la ejecución de las sentencias con un derecho constitucional. El Tribunal Constitucional en esta sentencia afirmaba que la Administración Pública cuando lleva a cabo la ejecución de sentencias no está ejecutando una potestad administrativa, sino que está desarrollando la obligación de colaborar con la justicia y que por tanto cuando la Administración Pública incumpliera tal obligación de llevar a efecto el fallo, deberían ser los Jueces y Tribunales los que deben tomar todas las actuaciones que consideren necesarias para proceder a la ejecución, ya que es a ellos a quienes compete la tarea de hacer ejecutar lo juzgado.

El Régimen de ejecución de sentencias al cual se somete la Administración Pública es un régimen peculiar que constituye en sí mismo un privilegio, ya que no se guía por las normas aplicables a los particulares en esta materia. Como tal privilegio parece extraño que sobre él nada se diga en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, la cual no alude al mismo. Es el reglamento de desarrollo de la Ley, el ya citado Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, el que recoge este régimen en su artículo 43 afirmando que, «1. En caso de sentencias que condenan al pago de una cantidad líquida de dinero, el pago se hará siempre con cargo a los presupuestos del ministerio, organismo o entidad a quien especialmente afecte la cuestión litigiosa en el momento de la ejecución. La misma regla será aplicable cuando hubiera condena en costas al Estado, organismo o entidad pública, sociedad o fundación representados. 2. En las condenas que se traduzcan en indemnizaciones de daños y perjuicios, una vez fijadas éstas, y en las que representen una cantidad

líquida, luego que se determine y liquide por resolución firme y se ordene su cumplimiento, se procederá de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior. 3. Cuando haya de ejecutarse una sentencia que condene al Estado, organismo, entidad pública, sociedad mercantil estatal o fundación con participación estatal a entregar una cosa determinada, procurarán los Abogados del Estado representantes de aquellos que los requerimientos tendentes a hacer efectiva la ejecución se entiendan directamente con la autoridad, entidad, sociedad o fundación u órgano bajo cuya administración se encuentren los bienes, y no podrán admitir, en ningún caso, tales requerimientos los antedichos representantes en juicio. En igual forma se procederá cuando el Estado, organismo, entidad pública, sociedad mercantil estatal o fundación con participación estatal sean condenados a hacer o no hacer alguna cosa. (...) 5. En fase de ejecución de sentencias, el Servicio Jurídico del Estado promoverá cuantas iniciativas redunden en defensa y protección de los intereses públicos.» Sin lugar a dudas debemos destacar de este artículo la actuación que se encomienda a los Abogados del Estado, ya que ya no es función suya la ejecución propiamente dicha de la sentencia sino que ésta será responsabilidad del órgano correspondiente, el cual una vez comunicada la sentencia condenatoria firme, deberá proceder a su ejecución, quedando los Abogados del Estado en una posición de meros garantes del interés público en tal ejecución, por lo que actuarán como observadores en la misma.

Una vez sentadas estas líneas generales no podemos olvidar el régimen que establece sobre la ejecución de sentencias la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ley 29/1998, de 13 de julio, en cuyo artículo 103 se reitera que la competencia de hacer cumplir lo juzgado corresponde a los Juzgados y Tribunales. La propia Ley abre la posibilidad de ejecución de los órganos administrativos que realizaron la actividad objeto del recurso, para así facilitar y agilizar la actuación de los Juzgados y Tribunales. En los artículos siguientes la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece unas reglas específicas para la ejecución de sentencias por la propia Administración que supondrán todas ellas una actuación de privilegio con respecto a la otra parte en el proceso.

El artículo 105 de la Ley determina la imposibilidad de suspender el cumplimiento del fallo o declarar la inexecución total o parcial del mismo, rompiendo así las posibilidades que se abrían con respecto a la normativa anterior. Por lo que una vez firme la sentencia, el Tribunal, sin necesidad de que la parte interesada le inste a ello, comunicará la sentencia en el plazo de diez días al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso para que la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones

contenidas en el fallo. Se abre en este momento el plazo de ejecución voluntaria de la sentencia, que como regla general será de dos meses desde que el órgano administrativo acusó recibo de la comunicación. En dicho plazo voluntario para cumplir la sentencia la Administración podrá dirigirse al juez con una propuesta razonada de fraccionamiento de pago o el aplazamiento del pago, cuando entienda que el cumplimiento de la sentencia puede producir trastorno grave a la Hacienda Pública; nos referimos, claro está, a las sentencias que condenan a la Administración al pago de una cantidad líquida. En estos supuestos de sentencias que condenan a la Administración al pago de una cantidad líquida, a dicha cantidad se añadirá el interés legal del dinero. Por otro lado y cuando el juez aprecie falta de diligencia en el cumplimiento, el mismo podrá incrementar en dos puntos el interés legal a devengar. Por último, debemos añadir que se permite de forma general la compensación de deudas a favor de la Administración con las sentencias en su contra a favor del mismo individuo. Transcurrido este plazo de ejecución voluntaria de la sentencia sin que ésta se haya producido se podrá abrir el incidente de ejecución forzosa. Según recoge la sentencia del Tribunal Constitucional 4/1985, las personas legitimadas para solicitar la ejecución forzosa de la sentencia son todas las partes interesadas y no sólo las partes litigantes. Instada la ejecución forzosa, el juez, previo apercibimiento, podrá adoptar distintas medidas, podrá imponer multas coercitivas, o bien podrá deducir el oportuno testimonio para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder por delito de desobediencia a la justicia; en la ejecución forzosa de las sentencias en las que se condene a la Administración a hacer una cosa, el Juez podrá ejecutar la sentencia a través de sus propios medios o requiriendo la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada o incluso de otras Administraciones Públicas y en último extremo podrá acudir a la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración condenada. Por último, citaremos dos novedades que recoge la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa: la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se hayan dictado con el fin de eludir su cumplimiento; y la extensión de los efectos de las sentencias en materia tributaria y de personal a quienes no han sido parte en el proceso pero que están en idénticas circunstancias que los recurrentes, siempre y cuando se cumplan una serie de presupuestos de hecho.

Debemos por tanto afirmar que el privilegio de la ejecución de sentencias por la propia Administración cada vez tiene un menor ámbito de actuación puesto que ya no es posible que la Administración dis-

ponga de las resoluciones judiciales libremente, puesto que ella actúa como un mero colaborador del poder judicial. Son los Juzgados y Tribunales los que ejecutan las sentencias con la colaboración de la Administración Pública en los casos en los que ésta resulte condenada. El privilegio se limita por tanto a este régimen especial para el ámbito contencioso-administrativo.

Especial incidencia sobre la ejecución de sentencias cuando la condenada es una Administración Pública tiene la prohibición de trabar o embargar los bienes públicos. Se establecía en una normativa extensa la prohibición de que el juez despachara mandamientos de embargo respecto de cualquier bien público. El Tribunal Constitucional en su sentencia 166/1998, de 15 de julio, examinó esta prohibición anulando en dicha sentencia un artículo de la Ley de Haciendas Locales, el 154.2, que prohibía el embargo de cualquier bien de la Hacienda Local. El Tribunal Constitucional, en su razonamiento, parte de la clasificación tradicional de los bienes públicos, afirmando que existen bienes de dominio público sometidos a un régimen protector, y los bienes patrimoniales que se definen negativamente respecto de los anteriores, por su no afectación a un uso o servicio público. Desde el derecho a la tutela judicial efectiva declarado en el artículo 24.1 de la Constitución, continua argumentando el Tribunal Constitucional, no puede considerarse razonable que el privilegio de la inembargabilidad de los bienes públicos afecte también a los bienes patrimoniales no afectados materialmente a un uso o servicio público. En este sentido, el Tribunal Constitucional acepta que desde la perspectiva del derecho a la ejecución de las sentencias judiciales firmes, se debe admitir el embargo de ciertos bienes públicos, que serán los bienes patrimoniales que no estén materialmente afectados a un uso o servicio público. El Tribunal Constitucional continúa manteniendo la inembargabilidad de los bienes de dominio público, los comunales y los bienes patrimoniales que se hallen materialmente afectados a un uso o servicio público. Con esta distinción, señala el Tribunal Constitucional en su sentencia 166/1998, se salvaguarda la seguridad jurídica, la eficacia de la Administración y se garantiza la continuidad de los servicios públicos.

La doctrina ha entendido que esta diferenciación sentada por el Tribunal Constitucional podría aplicarse por vía interpretativa no sólo a las Corporaciones Locales, Administraciones a las que se refería el Tribunal Constitucional, sino que se podría extender a todas las Administraciones Públicas. Es en esta línea en la que se ha avanzado y se recoge en el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales y en la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

3. LOS PRIVILEGIOS PROCESALES PARA LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS CON ESPECIAL MENCIÓN A LA COMUNIDAD DE MADRID

Al respecto de las Comunidades Autónomas debemos hacer dos reflexiones: en primer lugar, la articulación de la asistencia jurídica a las mismas, y en segundo lugar, la posibilidad de que los privilegios enunciados a lo largo de la exposición se apliquen a las Comunidades Autónomas.

Para la determinación de la asistencia jurídica a las Comunidades Autónomas debemos tener en cuenta el artículo 447.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial el cual afirma que *«La representación y defensa de las Comunidades Autónomas y la de los Entes Locales correspondrán a los Letrados que sirvan en los servicios jurídicos de dichas Administraciones Públicas, salvo que designen Abogado colegiado que les represente y defienda. Los Letrados integrados en los Servicios Jurídicos del Estado podrán representar y defender a las Comunidades Autónomas en los términos que se establecerán reglamentariamente.»* La Ley 52/1997, de 27 de noviembre, en su artículo 1.3 establece que *«Los Abogados del Estado podrán representar, defender y asesorar a las Comunidades Autónomas en los términos que, en su caso, se establezcan reglamentariamente y a través de los oportunos convenios de colaboración celebrados entre el Gobierno de la Nación y los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas»* y su reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, reafirma en su artículo 31.4 que *«Los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado podrán representar y defender en juicio a las Comunidades Autónomas y a las Corporaciones Locales en los supuestos en que así se establezca por convenio.»* Concluiremos, por tanto, que para la representación y defensa en juicio de las Comunidades Autónomas, éstas tienen tres posibilidades, dar tal representación y defensa a los Letrados de sus propios servicios jurídicos, o bien concederla a los Abogados del Estado, a través de los oportunos convenios de colaboración, o, por último, concederla a un Abogado colegiado. La mayoría de las Comunidades Autónomas han creado sus propios cuerpos de Letrados, asimilándolos a los Abogados del Estado. Vamos a analizar el caso de la Comunidad de Madrid.

La Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid encomienda, con carácter general, en su artículo 1.1 el asesoramiento jurídico y la representación y defensa en juicio de la Comunidad de Madrid, de sus Organismos Autónomos y de cualesquiera otras entidades de Derecho Público de ella dependientes, ante toda clase de Juzgados y Tribunales, a los

Letrados de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid. Por tanto, la representación y defensa en juicio de la Comunidad de Madrid, sus Organismos Autónomos y Entidades de ella dependientes es, en principio, una función exclusiva de los Letrados de la Comunidad de Madrid.

Ahora bien, la Ley 3/1999, de 30 de marzo, contempla 3 excepciones a esta regla general.

Así, en primer lugar, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 447.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y el artículo 1.3 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, citados anteriormente, el artículo 1.2 de la Ley 3/1999, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid determina que *«En los términos establecidos legal y reglamentariamente y mediante la suscripción del oportuno convenio de colaboración por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid y el Gobierno de la Nación, los Abogados del Estado podrán representar y defender a la Comunidad, sus organismos y entidades en asuntos determinados.»*

En segundo lugar, de acuerdo con el apartado 3º de este mismo precepto de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, en algún caso excepcional el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, oído el Director General de los Servicios Jurídicos, podrá acordar que la representación y defensa en juicio sean asumidas por un abogado en ejercicio, o bien confiar a éste sólo la defensa y la representación en juicio a un procurador. El supuesto que regula este precepto podría estar pensado para aquellos procesos en los que se ve sumida la Administración autonómica y que, por su complejidad o especialidad, no merezca la pena la especialización de algún Letrado, o bien porque tal especialización no sea posible llevarla a efecto debido a la premura de tiempo o a la carga de trabajo, contratando para ello a un jurista especializado en la materia.

Para llevar a cabo este supuesto excepcional será necesario articular un contrato administrativo de servicios y seguir todas las previsiones recogidas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. Además, con carácter previo a la preparación de dicho contrato, el órgano proponente deberá comunicarlo a la Dirección General de los Servicios Jurídicos, que podrá emitir informe en el plazo de 5 días.

Una última excepción a la regla general de representación y defensa en juicio por parte de los Letrados de la Comunidad de Madrid la encontramos recogida en la Disposición Adicional Séptima de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, según la cual, *«En casos de extraordinaria y urgente necesidad, el Consejero de la Presidencia, (actualmente Vicepresidente Primero y Portavoz de Gobierno) a propuesta del Director*

General de los Servicios Jurídicos, podrá habilitar a funcionarios de la Comunidad de Madrid que sean Licenciados en Derecho para que ejerzan funciones propias de Letrado, con carácter provisional y sin ocupar, en ningún caso, puesto de Letrado. La habilitación se extinguirá, si antes no es revocada, en el plazo de un año, sin perjuicio de su renovación, si persisten las mismas circunstancias». Se podría entender que en este caso, a diferencia del anterior, la excepcionalidad viene determinada por un cúmulo de tareas que el cuerpo de Letrados de la Comunidad de Madrid no puede llevar adelante.

Determinada la posibilidad de representación y defensa en juicio de las Comunidades Autónomas, haciendo una especial mención a la Comunidad de Madrid, pasaremos a analizar la posibilidad de aplicación a las Comunidades Autónomas de los privilegios procesales que se enuncian a favor del Estado.

El Capítulo III «Especialidades procesales aplicables al Estado» de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, ha sido dictado, según recoge la propia Exposición de Motivos de la Ley, en virtud de la competencia recogida en el artículo 149.1.6° de la Constitución, el cual atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas. Esto supone que las normas procesales contenidas en el Capítulo III de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, se aplican tanto al Estado, como a las Comunidades Autónomas. Así lo recoge de forma expresa la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, al afirmar que «1. Los artículos 11 (privilegio de los actos de comunicación procesal), 12 (privilegio de exención de depósitos y cauciones), 13.1 (condena en costas a la parte que actuó contra la Administración), 14 (privilegio de suspensión del curso de los autos) y 15 (privilegio del fuero territorial del Estado) se dictan al amparo de la competencia reservada al Estado en el artículo 149.1.6° de la Constitución, en materia de legislación procesal. 2. Las reglas contenidas en dichos artículos serán de aplicación a las Comunidades Autónomas y entidades públicas dependientes de ellas.»

Debemos precisar que las especialidades procesales contenidas en el Capítulo III no tienen un ámbito de aplicación equivalente para todas ellas, puesto que las propias características de cada una hacen que el ámbito de las mismas sea distinto. Así, tal y como hemos señalado en el apartado correspondiente, el privilegio relativo a las comunicaciones procesales tan sólo será de aplicación cuando la representación y defensa en juicio de la Administración Pública correspondiente sea asumida por el respectivo Servicio Jurídico; sin embargo, otros de los privilegios señalados se extienden a la propia

Administración Pública y a sus Organismos dependientes y otras Entidades Públicas sin ningún límite. El ámbito de aplicación de cada uno de los privilegios se aplicará de igual manera cuando la Administración Pública a la que nos referimos sea una Comunidad Autónoma.

En la Comunidad de Madrid, la Ley 3/1999, de 30 de marzo, en su Exposición de Motivos, hace suyo lo dispuesto en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 52/1997, al afirmar que «Por lo que se refiere al régimen de notificaciones, citaciones, emplazamientos y demás actos de comunicación procesal, la exención de depósitos y cauciones, tasación de costas, suspensión del curso de los autos y fuero territorial de los entes públicos se hace una remisión a la legislación estatal, contenida en la citada Ley 52/1997...»

Los demás privilegios que hemos ido analizando a lo largo de la exposición, también se aplicarán a las Comunidades Autónomas en general, y en particular a la Comunidad de Madrid. Así, por ejemplo, las normas especiales en materia de prueba, reguladas en el artículo 315 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se aplicarán a las Comunidades Autónomas de igual manera que al Estado, debido a que tal y como señala la disposición adicional primera de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ésta se dicta en virtud del título competencial que le confiere el artículo 149.1.6° de la Constitución.

Una mención especial merece el supuesto de la aplicación a las Comunidades Autónomas del fuero territorial del Estado, ya que la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, recoge en su Disposición Adicional Cuarta, párrafo tercero, una previsión especial en la que se afirma que «en cuanto a lo dispuesto en el artículo 15, cuando sean parte en el procedimiento las Comunidades Autónomas y Entidades de Derecho Público dependientes de las mismas, serán competentes los Juzgados y Tribunales que tengan su sede en la capital de la Comunidad Autónoma en el caso de que la misma no sea capital de provincia.» La Ley 52/1997, de 27 de noviembre, está pensando en los casos de Mérida y Santiago de Compostela, las dos ciudades capitales de la Comunidad Autónoma respectiva, pero que no son capitales de provincia.

Hemos concluido que los privilegios procesales previstos para el Estado son extensibles a las Comunidades Autónomas y a las Entidades de Derecho Público de ellas dependientes. Esta extensión es de todo punto razonable, pero ¿por qué no se hacen extensibles a las Corporaciones Locales? Durante la tramitación parlamentaria de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, se presentaron enmiendas con las que se pretendía la aplicación de los privilegios procesales del Estado a las Corporaciones Locales, pero no tuvieron éxito. La razón argumentada para no ampliar los privilegios a las Corporaciones Locales, fue que ellas no requieren de un régimen peculiar por la escasa compleji-

dad de los asuntos en los que son parte en los órdenes civil y penal, por la limitación de su territorio y porque en muchos casos no disponen de servicio jurídico propio. Todas estas razones argumentadas podrían ser rebatidas, pero lo cierto es que la aplicación o no de los privilegios procesales a las Corporaciones Locales es una opción del legislador, ya que la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, se dicta en virtud del artículo 149.1.6º de la Constitución, que atribuye competencia exclusiva al Estado en materia de legislación procesal.

4. CONCLUSIONES FINALES

Una vez analizadas las prerrogativas con las que cuenta el Estado y por extensión todas las Administraciones Públicas y los Organismos y Entidades de Derecho Público de ellas dependientes, entiendo la posición adoptada por el legislador al dictar una ley, con deseo generalista, y recoger en ella todas estas especialidades procesales aplicables a las Administraciones Públicas, ya que podemos baremar y siempre pesará más, y por tanto, el legislador se decantará por el platillo en el que pongamos las necesidades derivadas de la protección del interés público en detrimento de la equiparación de las distintas personas, ya sean físicas o jurídicas, que pueden actuar en el ámbito procesal. También comparto la opinión de que más vale que se produzca una «injusticia» derivada de la aplicación de cualquiera de estos privilegios procesales, antes que dejar que se produzca una posible merma en los intereses generales derivada de la equiparación procesal de las Administraciones Públicas a los particulares.

BIBLIOGRAFÍA

- DIEZ-PICAZO JIMÉNEZ, I., «*Algunas observaciones sobre la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas*», *Tribunales de Justicia*, nº 2, 1998.
- Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas.
- PEDRAZ PENALVA, E., «*Privilegios de las Administraciones Públicas en el proceso civil*», Madrid, 1993.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., «*La defensa del Estado*», Madrid, 1986.
- GUTIÉRREZ DELGADO, J.M., «*El fuero territorial del Estado y otras entidades públicas: historia, razón de ser y plena vigencia en nuestro ordenamiento*», *Revista de Administración Pública*, nº 135, 1994.

- BUTRÓN BALIÑA, P.M., «*Los privilegios procesales del Estado y la Ley 52/1997, de 27 de noviembre*», *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 6, 1998.
- DIEZ MORENO, «*La asistencia jurídica del Estado en el siglo XXI*». Primer Congreso de la Abogacía del Estado. Aranzadi, 2000.
- MOLINOS COBO, J.J., «*Profesionalización y estabilidad de las doctrinas del Estado: diversos grados de autonomía, perfil de cargos y del abogado defensor del Estado. Nuevas competencias*». XI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Ciudad de Guatemala, 7-10 de noviembre de 2006.
- SERRANO PATIÑO, A. Y GONZÁLEZ NIETO, F., «*Breve análisis de los actos de comunicación judicial en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero*». *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº 22, 2005.
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A., RIFÁ SOLER, J.M. Y VALLS GOMBÁU, J.F. «*Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*», Tomo II. Iurgium editores, 2000.
- LORCA NAVARRETE, A.M. Directora. «*Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*», Tomo II. Lex Nova, 2000.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES J., BANACLOCHE PALAO, J. «*Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*». Civitas 2001.

LOS DERECHOS DE LOS PACIENTES EN LA COMUNIDAD DE MADRID

POR
LUIS SARRATO MARTÍNEZ
ABOGADO ESPECIALISTA EN DERECHO SANITARIO Y FARMACÉUTICO

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. MARCO NORMATIVO REGULADOR DE LOS DERECHOS DE LOS PACIENTES. 3. DERECHOS DEL PACIENTE EN MATERIA DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN CLÍNICA. 3.1. El derecho a la información. 3.1.1. Información clínica. 3.1.2. Información terapéutica. 3.1.3. Información epidemiológica. 3.2. El derecho a la documentación clínica: acceso a la historia clínica. 4. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO. 5. LAS INSTRUCCIONES PREVIAS.

1. INTRODUCCIÓN

Los derechos de los pacientes constituyen la concreción de diferentes derechos de la personalidad, recogidos en la Constitución Española, a aspectos específicos de la relación médico-enfermo o de éste con las instituciones sanitarias.

La extensión de forma expresa de estos derechos al ámbito de la Medicina comenzó en una época relativamente reciente, como consecuencia de la interacción entre el mundo médico y el mundo jurídico.

Esta interrelación se ha puesto de manifiesto en múltiples facetas, entre las que cabe destacar la organización administrativa de los Centros sanitarios, el alcance de la protección de la salud, la importante repercusión en la esfera profesional o la responsabilidad legal de los profesionales sanitarios. A ello hay que añadir la consolidación, con el transcurso del tiempo, de un cambio en la relación médico-paciente, que ha logrado desterrar el viejo modelo paternalista y ha hecho surgir un paciente con un mayor grado de formación y de sensibilización ante la enfermedad, y que desea acceder al mayor nivel posible de calidad de vida en relación con su salud.

A pesar de ello, algunos de los derechos relacionados con la protección de la salud resultan en buena medida desconocidos para los ciudadanos. Aunque en los medios de comunicación aparecen términos como «consentimiento informado» o «voluntades anticipadas», cierto es que en muchas ocasiones se ignora su verdadero significado. Ello implica que el paciente, como tal, no haga valer el cumplimiento de sus derechos, o, en otras situaciones, solicite prestaciones no exigibles, por ejemplo.

La regulación jurídica de los derechos de los pacientes se encuadra en el marco del Derecho Sanitario. En líneas generales, podríamos afirmar que estos derechos regulan el modo en que los usuarios son atendidos cuando utilizan los servicios de la sanidad pública o privada. Se refieren a cuestiones tales como el derecho que tiene todo paciente a ser debidamente informado sobre las consecuencias de un proceso médico en su salud, el derecho a conocer los riesgos y contraindicaciones de un determinado tratamiento médico, o el derecho del paciente a obtener copia de su historia clínica íntegra y completa.

En el presente trabajo se analizan de forma breve los principales derechos de los pacientes en la Comunidad de Madrid y su fundamento jurídico a la luz de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid¹, y tomando como punto de referencia la normativa estatal que con carácter general los regula; en especial, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica.

2. MARCO NORMATIVO REGULADOR DE LOS DERECHOS DE LOS PACIENTES

La Constitución Española (CE) establece en su artículo 43 el derecho de los ciudadanos a la protección de la salud, y la obligación de los poderes públicos de organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La CE recoge la idea de que la salud es un valor que debe protegerse para que la persona pueda desarrollar su completa personalidad.

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, constituye la norma fundamental en materia sanitaria, que vino a recoger la necesidad de una regulación de los derechos del enfermo al reconocer un conjunto de derechos y deberes tanto para los enfermos como para los usuarios de los servicios sanitarios públicos y privados.

Ambas normas consideran la protección de la salud como un derecho del ciudadano y no como un deber del mismo, con la excepción del control de epidemias o la prevención de riesgos para la colectividad, que son un deber activo de los poderes públicos y pasivo del ciudadano.

Además, en enero de 2002 entró en vigor en nuestro país el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos huma-

¹ BO. Comunidad de Madrid de 26 diciembre 2001, núm. 306, [pág. 8], y BOE de 5 marzo 2002, núm. 55, [pág. 8846].

nos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la Biología y de la Medicina². Este texto establece un marco común para la protección de los derechos y la dignidad humana en la aplicación de la biología y la medicina. En él se reconocen por primera vez los derechos de los pacientes, entre los que cabe mencionar la importancia del derecho a la información relativa a la salud y la intimidad, el consentimiento informado y sobre el contenido que debe integrar la documentación clínica.

Asimismo, a mediados del mes de mayo de 2003, entró en vigor la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante la Ley 41/2002).

La Ley 41/2002 tiene por objeto la regulación de los derechos y obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los Centros y servicios sanitarios, públicos y privados, en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica; todo ello encaminado a fortalecer y dotar de efectividad el derecho a la protección de la salud reconocido por el artículo 43 de la Constitución de 1978³.

De esta forma, el legislador ha querido, por una parte, dar cumplimiento a lo dispuesto por el Convenio sobre los derechos del hombre y de la biomedicina, y por otra, completar los derechos que la Ley General de Sanidad había enunciado como principios generales, además de aclarar la situación jurídica y los derechos y obligaciones de los profesionales sanitarios, de los ciudadanos y de las instituciones sanitarias. No obstante, la Ley 41/2002, es una ley básica de conformidad con el artículo 149.1.1 y 16 de la Constitución, por lo que las Comunidades Autónomas pueden adaptar y desarrollar esta Ley, respetando el contenido de la misma⁴.

En el año 2001, y para el territorio de la Comunidad de Madrid se aprobó la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid.

En base a la potestad normativa otorgada por la Constitución Española, las leyes sanitarias, (especialmente la Ley General de Sanidad, y el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid en sus artículos 27.4, 27.5 y 28.1.1), el Gobierno de la Comunidad de Madrid, dentro de su ámbito competencial, por medio de dicha Ley, desarro-

² Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, que entró en vigor en España el 1 de enero de 2002 (BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999; corrección de errores: BOE núm. 270, de 11 de noviembre).

³ Cfr. MANTECA VALDELANDE, V. «Derechos del paciente: evolución y regulación normativa», Revista Vasca de Administración Pública, n.º 68, 2004, págs. 274-287.

⁴ Cfr. art. 83, a) CE.

lló los parámetros para llevar a cabo la ordenación sanitaria de su Comunidad, así como la regulación general de todas las acciones que permitan, a través del Sistema Sanitario de la Comunidad de Madrid, hacer efectivo a sus ciudadanos el derecho a la protección de la salud⁵.

La Ley de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, aprobada con anterioridad a la Ley 41/2002, ya recogía a lo largo de su articulado importantes derechos de los pacientes en materia de información y documentación clínica y en materia de autonomía del paciente, tales como el acceso a la historia clínica, el consentimiento informado o las denominadas instrucciones previas.

En un momento posterior, con la finalidad de tener en cuenta todos los antecedentes normativos ya citados, y para desarrollar en profundidad el derecho del paciente a formular instrucciones previas, en la Comunidad de Madrid tuvo lugar la aprobación de la Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente⁶.

3. DERECHOS DEL PACIENTE EN MATERIA DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN CLÍNICA

3.1. El derecho a la información

La información se ha convertido en un derecho fundamental del paciente recogido en los últimos años en múltiples marcos normativos y declaraciones éticas, tanto nacionales como internacionales, y en una obligación para el profesional incluida en la denominada *lex artis* médica, definida por la doctrina y por la jurisprudencia como aquél criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida⁷.

Así pues, la información debe formar parte de todas las actuaciones asistenciales y debe ofrecerse al paciente de forma clara y en tér-

⁵ El artículo 1º dispone que el objeto de regulación de esta Ley no es solamente la ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid, sino también la regulación general de todas las acciones que permitan, a través del Sistema Sanitario de la Comunidad de Madrid, hacer efectivo el derecho a la protección de la salud.

⁶ BO. Comunidad de Madrid de 14 junio 2005, núm. 140, [pág. 4].

⁷ Este criterio tiene en cuenta las especiales características de su autor, de su posible especialización, de la complejidad y trascendencia vital para el paciente, para calificar dicho acto, de conforme o no con la técnica normal requerida. Cfr. FERNÁNDEZ COSTALES, J. «La Responsabilidad Civil Sanitaria (Médica y de Enfermería)», Ed. La Ley, Madrid, 1995, págs. 45-47. También, VILLAR ROJAS, F.J. «La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: fundamento y límites», Ed. Praxis, Madrid, 1996, págs. 130-135.

minos comprensibles, para ayudarlo a tomar decisiones de forma autónoma.

En cualquier intervención asistencial, los pacientes tienen derecho a conocer toda la información contenida sobre la propia salud, si bien hay que respetar la voluntad de los pacientes que no deseen ser informados. Así lo establecen tanto la Ley básica 41/2002 de derechos de los pacientes como la Ley 12/2001, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid.

Dicha información deberá ser clara, veraz, relevante, fiable, equilibrada, actualizada, de calidad y basada en la evidencia científica. La información clínica que reúna estas características posibilitará «el ejercicio autónomo y responsable de la facultad de elección y la participación activa del ciudadano en el mantenimiento o recuperación de su salud», tal y como expresamente señala el artículo 29.1 de la Ley 12/2001, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid.

El cumplimiento del derecho a la información corresponde al médico, que es el profesional sanitario que lo debe garantizar al paciente. Obviamente, el paciente es el titular del derecho a la información. Veremos a continuación los diferentes tipos de información y su contenido:

3.1.1. Información clínica

Un elemento esencial de la «*lex artis*» del médico es la obligación de informar al paciente o, en su caso, a las personas vinculadas con éste por razones familiares o de hecho.

En este sentido, el artículo 4 de la Ley 41/2002, básica de derechos de los pacientes, regula el derecho a la información asistencial del paciente, según el cual, los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de la salud, toda la información disponible sobre la misma, y a que se respete su voluntad a no ser informado, exceptuándose aquellos supuestos previstos por la Ley. La regla general es que esta información se proporcione verbalmente dejando constancia escrita en la historia clínica del paciente.

Este derecho a la información comprenderá, como mínimo, la finalidad y naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias (art. 4.1 *in fine*), y formará parte de todas las actuaciones asistenciales (art. 4.2).

Por su parte, el art. 27.1 de la Ley de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid dispone literalmente que «el ciudadano tiene derecho a ser verazmente informado, en términos comprensibles en relación con su propia salud, para poder tomar una decisión realmente

autónoma. Este derecho incluye el respeto a la decisión de no querer ser informado».

Podríamos resaltar tres aspectos fundamentales que forman parte del contenido del derecho de información del paciente sobre cualquier acto asistencial que pueda incidir sobre su salud:

El diagnóstico de su estado de salud. Esta información resulta de elevada complejidad por las dificultades que entraña su elaboración, pero resulta de vital importancia, pues de ella dependerá la adopción de medidas correctas (tratamiento) para una evolución satisfactoria del paciente.

El acto asistencial o el tratamiento concreto a adoptar. Consiste en la identificación, la finalidad y objetivos de las medidas que se van a adoptar para la curación del paciente. Comprende la información relativa a las alternativas de tratamiento, los riesgos y beneficios de la intervención, incluidas las probabilidades de éxito.

Los riesgos del tratamiento o intervención. Se trata de una información completa y detallada teniendo en consideración las circunstancias personales del paciente sobre las consecuencias probables del tratamiento en condiciones normales, conforme al estado de la ciencia, la experiencia, o los efectos secundarios, todo ello directamente relacionado con el tipo de intervención a realizar.

Tradicionalmente, la postura que mantienen tanto la doctrina como la jurisprudencia es que el deber de informar (y también la de obtener el consentimiento informado) corresponde al médico como elemento esencial de la «*lex artis*». El Tribunal Supremo ha reiterado en diversas ocasiones que es deber del médico informar al paciente, o en su caso, a los familiares del mismo, siempre que resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que se padece, del pronóstico del tratamiento, de los riesgos que puedan derivarse y de la insuficiencia, en su caso, de los medios disponibles, de forma tal que, por ejemplo, el paciente o sus familiares puedan optar por un tratamiento médico en otro Centro médico en su opinión más adecuada.

Según el Alto Tribunal, la obligación de informar es un componente esencial de la *lex artis* médica y por tanto, es imputable al propio facultativo responsable²:

² Cf. STS nº 830/1997 (Sala de lo Civil), de 2 de octubre, Ponente: D. IGNACIO SERRA GIL DE LA CUESTA.

«...un elemento esencial de esa «*lex artis ad hoc*» o núcleo esencial del contrato de arrendamiento de servicios médicos, es el de la obligación de informar al paciente, o en su caso, a los familiares del mismo».

El deber del médico de garantizar el derecho del paciente a la información sanitaria tiene como límite el denominado «estado de necesidad terapéutica»³, que consiste en la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. En este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.

El paciente, como titular del derecho a la información clínica, tiene derecho asimismo a que se respete su voluntad a no ser informado, sin perjuicio de que la información sea proporcionada a sus familiares, u a otras personas allegadas (conforme a lo dispuesto en el art. 5.1, segundo inciso Ley 41/2002 y en el art. 27.6 de la Ley de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid). La renuncia del derecho a la información debe ser expresa y constar documentalmente.

Existen dos supuestos en que terceras personas son destinatarias (no titulares) de la información sanitaria:

- Si el paciente es un menor o una persona incapacitada, además de informarle de forma adecuada a sus posibilidades de comprensión, también deberá ser informado su representante legal.
- Si el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carece de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información deberá ponerse en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

3.1.2. Información terapéutica

El deber de información del médico presenta una doble vertiente desde el punto de vista de su función: por un lado, está el deber de información como presupuesto de un consentimiento informado y, por otro, el deber de información como exigencia de un tratamiento óptimo. Este último se denomina deber de información terapéutica

³ Previsto en el art. 5.4 de la Ley 41/2002, básica de derechos y obligaciones de los pacientes en materia de información y documentación clínica.

(«therapeutische Aufklärung», en la doctrina alemana), que no es más que la información obligada por las necesidades del tratamiento¹⁰.

Así, hay que distinguir la información clínica —o información como requisito del consentimiento— de la información terapéutica. La primera encuentra su fundamento en el respeto a la libertad del paciente, y, en suma, en su derecho a la autodeterminación y en el principio de autonomía, mientras que la información terapéutica se funda directamente en el derecho a la salud del paciente y tiene por objeto posibilitar el cumplimiento de su deber de colaboración con las instrucciones del médico o médicos encargados del seguimiento de la evolución de su proceso.

La información terapéutica se refiere, típicamente, al modo o la forma de administrar los medicamentos, así como al régimen de vida del paciente. En lo referente a la información terapéutica inherente al régimen de vida del paciente, el facultativo responsable del mismo le debe garantizar el cumplimiento del derecho a la información relativa a los hábitos de vida beneficiosos o nocivos, la higiene, las actividades que pueden contribuir o perjudicar el tratamiento y, por último, las consecuencias de la enfermedad y su tratamiento respecto a la dedicación laboral o profesional del paciente.

En todo caso, el deber de información terapéutica forma parte del tratamiento como tal y constituye una exigencia derivada de las propias reglas del arte médico. Al igual que la obligación general de prestar los servicios médicos con la diligencia debida, el deber de información terapéutica se encuadra dentro de la «*lex artis*» y responde al principio «*salus aegroti suprema lex*» («la salud del enfermo es la ley suprema»).

Por otro lado, la información terapéutica, a diferencia del consentimiento informado, no agota su cumplimiento en un determinado momento, sino que es un proceso continuado que, también a diferencia del consentimiento informado, se puede cumplir tanto de forma verbal como escrita, y que abarca desde el inicio hasta el final del tratamiento del paciente.

En este sentido, el consentimiento informado es previo al tratamiento, mientras que la información terapéutica es un proceso continuado en el tiempo, que no se agota con la obtención del consentimiento informado y se cumple fundamentalmente durante el tratamiento.

¹⁰ Cfr. Blanco Cordero, I. «Una nueva responsabilidad: ¿la información terapéutica?», IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario, AEDS, Fundación MAPFRE Medicina, Madrid, 1999, pág. 100.

Así pues, resulta fundamental el papel que juega la información para el establecimiento de una relación médico-paciente de calidad, en cuyo primer momento, parece esencial que el paciente acepte y conozca su proceso en profundidad, lo que servirá a éste para organizar y adecuar su conducta durante el período patológico, y al médico para fundar sobre él el resto de sus explicaciones y justificar sus peticiones de exploraciones y análisis complementarios y sus decisiones terapéuticas.

3.1.3. Información epidemiológica

Todo paciente, además de tener derecho a conocer los datos relativos a su salud, también lo tiene respecto a los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para la salud individual. Es el denominado derecho a la información epidemiológica, que se completa con el derecho del paciente a que esta información se difunda en términos verídicos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud.

3.2. El derecho a la documentación clínica: acceso a la historia clínica

La historia clínica agrupa el conjunto de documentos relativos al proceso asistencial de cada paciente, identificando los médicos y profesionales asistenciales que han intervenido en el mismo.

La información que contiene se integra en la misma por diferentes vías: a través del propio paciente, mediante la exploración clínica y exámenes complementarios realizados por el médico (que elabora documentos para fundar un diagnóstico y prescribir un tratamiento determinado) y, finalmente, por el Centro sanitario en el que se desarrolla la relación, que facilita los medios técnicos que posibilitan el estudio del paciente¹¹.

En lo que se refiere al derecho del paciente a obtener copia de su historia clínica, esta posibilidad, como bien advierte Criado Del Río¹², ha sido muy cuestionada y ha creado nuevos problemas al ejercicio médico, porque se intenta cuestionar quién es el verdadero propietario

¹¹ Cfr. Gisbert Calabuig, J.A. y OO.AA. «Medicina Legal y Toxicología», 5ª Ed., Masson, Barcelona, 1998, pág. 84 y ss.

¹² Cfr. Criado Del Río, M.T. y Seoane Prado, J. «Aspectos Médico-Legales de la Historia Clínica», Ed. Colex, Madrid, 1999, pág. 75 y ss.

rio de la historia clínica. La respuesta no está clara para todos, ni todos están de acuerdo¹³.

Sin negar que en la historia clínica confluyen derechos e intereses del médico, del paciente y de la institución sanitaria, cabe resaltar que la historia clínica se redacta en beneficio del paciente, y éste es la fuente de toda información contenida en ella.

Al margen de las discusiones doctrinales encaminadas a clarificar quién ostenta la propiedad de la historia clínica, lo que resulta evidente es el tenor literal de la legislación en vigor, que recoge de forma inequívoca el derecho de todo paciente a acceder a su historia clínica y a obtener copia de los datos que en ella se contienen:

- a) La Ley 41/2002, de 14 de noviembre de 2002, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, en su artículo 18, dispone textualmente: «1. El paciente tiene el derecho de acceso [...] a la documentación de la historia clínica y a obtener copia de los datos que figuran en ella. Los Centros sanitarios regularán el procedimiento que garantice la observancia de estos derechos. 2. El derecho de acceso del paciente a la historia clínica puede ejercerse también por representación debidamente acreditada».
- b) El Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, del Ministerio de Sanidad y Consumo, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, dispone en el apartado 5, punto sexto del Anexo I, relativo a Servicios de información y documentación sanitaria, que constituyen servicios en materia de información y documentación sanitaria y asistencial: «La comunicación o entrega, a petición del interesado, de un ejemplar de su historia clínica o de determinados datos contenidos en la misma, sin perjuicio de la obligación de su conservación en el Centro sanitario».
- c) La Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, en su artículo 27, apartado 7, señala expresamente que «el derecho a la información sobre la propia salud incluye el acceso a la información escrita en la historia clínica, resultados de pruebas complementarias, informes de alta,

¹³ Una parte de los autores sostienen que la historia clínica es propiedad material del paciente (M. CASTELLANO ARROYO, J.A. GISBERT CALABUIG, T. GARCÍA HERNÁNDEZ); otros reconocen que este derecho no puede entenderse como un derecho de propiedad, sino de utilización de los datos contenidos en la historia como si fuera suya (S. Gallego Riestra); otra parte postula la propiedad del médico (R. DE ÁNGEL YAGÜEZ). Otro sector defiende teorías eclécticas o integradoras (M. RODRÍGUEZ PAZOS). Cfr. DE LORENZO Y MONTERO, R. (Coord.), «Responsabilidad Legal del Profesional Sanitario», Asociación Española de Derecho Sanitario, Madrid, 2000, págs. 11-16.

certificados médicos, y cualquier otro documento clínico que contenga datos sanitarios propios. El grado de confidencialidad de los mismos debe ser decidido por el paciente».

Con respecto a la confidencialidad de los datos personales contenidos en todos los documentos e información que forman parte de la historia clínica, están amparados y protegidos de forma especial por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y por la Ley 8/2001, de 13 de julio, de Protección de Datos de Carácter Personal en la Comunidad de Madrid¹⁴.

4. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

El consentimiento informado es el máximo exponente del derecho a la autonomía del paciente, derecho subjetivo y uno de los cuatro principios en los que se fundamenta la ética de la asistencia sanitaria o bioética.

Con la exigencia de información y de consentimiento se trata de fomentar la idea de la autonomía individual de la persona y de estimular la toma de decisiones propias de modo racional, ayudando al paciente de ese modo en el proceso de toma de decisiones, debiendo entenderse que el proceso de información no es una concesión graciable del médico, sino que se trata de un verdadero derecho del paciente¹⁵.

En un primer momento, la exigencia de consentimiento informado se estableció en el artículo 10 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, que en catorce apartados señaló los derechos que todos tienen con respecto a las distintas Administraciones públicas sanitarias, dedicando a aquél los apartados 5 y 6.

¹⁴ La legislación establece que los datos de salud son datos especialmente protegidos (dado que son datos personales de los ciudadanos), estableciendo un régimen especialmente riguroso para su obtención, custodia y eventual cesión. En consecuencia, los datos personales relativos a la salud que forman parte de la historia clínica, van a constituir parte de un fichero informático o manual estructurado, que va a estar conformado por el conjunto de historias clínicas de cada Centro asistencial, cuyo tratamiento y uso entra dentro del ámbito de aplicación de la mencionada Ley Orgánica de Protección de Datos Personales. Puede consultarse también la Recomendación 2/2004, de 30 de julio, de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid sobre custodia, archivo y seguridad de los datos de carácter personal de las historias clínicas no informatizadas (aprobada por Resolución del Director de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid con fecha 30 de julio de 2004). Cfr. «Guía de protección de datos personales para Servicios Sanitarios Públicos», editada por la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid y Thomson-Civitas Madrid, 2004, págs. 15-26.

¹⁵ Cfr. GUERRERO ZAPLANA, J. «El consentimiento informado: su valoración en la jurisprudencia», Ed. Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 47.

Posteriormente, la Ley 41/2002, básica de derechos del paciente desarrolló con mayor precisión, bajo la rúbrica de «respeto a la autonomía del paciente», en su Capítulo IV, los requisitos y condiciones del consentimiento informado. Su artículo 8, apartado 2, dispone literalmente que «*toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado*», una vez que, recibida la información clínica¹⁶, haya valorado las opciones propias del caso.

Como regla general, el consentimiento informado será verbal, si bien la Ley determina aquellos supuestos en que se ha de prestar por escrito: intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que implican riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente, y puede ser libremente revocado por escrito en cualquier momento.

En el ámbito de la Comunidad de Madrid, el artículo 27, apartado 4, de su Ley de Ordenación Sanitaria, establece que el médico o facultativo será responsable de proporcionar al paciente «*toda la información necesaria que requiera, para poder elegir y, en su caso, otorgar su consentimiento a la realización de los procedimientos diagnósticos, terapéuticos, profilácticos y otros, que el estado de salud del paciente precise*».

El consentimiento ha de prestarse antes del acto médico que se pretende llevar al efecto, y ha de ser modulado a lo largo de todo el proceso terapéutico en el caso de enfermedades que precisen tratamiento en distintas fases, asegurándose así la protección del derecho de libertad del paciente¹⁷.

El artículo 10 de la Ley 41/2002 establece que antes de recabar el consentimiento escrito del paciente, el facultativo le proporcionará la información básica siguiente:

- a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
- b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
- c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
- d) Las contraindicaciones.

¹⁶ Prevista en el artículo 4 de la Ley 41/2002.

¹⁷ Cfr. Lizarraga Bonelli, E. «El consentimiento informado». En: «*La responsabilidad civil y penal del médico*», Ed. Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Madrid, Madrid, 1999, pág. 277.

Existen algunos supuestos en los que no se exige el consentimiento informado:

- a) Cuando existe riesgo para la salud pública. Esta posibilidad implica la admisión de tratamientos sanitarios obligatorios impuestos por la Ley, pues tienen prioridad los intereses de la colectividad con respecto de los intereses individuales.
- b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física y psíquica del enfermo y no es posible obtener su autorización. En este supuesto tiene primacía la salud del sujeto sobre la obtención del consentimiento informado. En cualquier caso, una vez superada la situación de peligro se deberá informar al paciente o a sus familiares en cuanto sea posible.

En lo que se refiere a la responsabilidad derivada del defecto de consentimiento informado, la jurisprudencia ha matizado que se considera como incumplimiento de la «*lex artis ad hoc*» y que además revela una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario (SSTS de 2 de octubre de 1997 y 3 de octubre de 2000).

La información, en cuanto sea posible, al paciente, o en su caso, a sus parientes, respecto al diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos, muy especialmente en el supuesto de intervenciones quirúrgicas, está comprendida en la «obligación de medios», y su omisión supone negligencia¹⁸.

Con respecto a los documentos de consentimiento informado de tipo genérico, su utilización ha sido rechazada por la jurisprudencia en multitud de ocasiones. El Tribunal Supremo ha reiterado que no equivalen al consentimiento informado aquellas cláusulas con autorizaciones genéricas en las que se afirma que el paciente está informado de los riesgos de la intervención, siendo necesario que se consignen los elementos que integran la información completa, tales como alternativas, consecuencias derivadas y efectos de la intervención específica. En este sentido, la STS (Sala de lo Civil), de 27 de abril de 2001, siendo Ponente D. Alfonso Villagómez Rodil¹⁹:

«... La información practicada en el supuesto del pleito no reúne ni se aproxima a los presupuestos que se dejan

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala de lo Civil), nº 985/97, de 10 de noviembre de 1997, de la que fue ponente el Sr. D. Román García Varela.

¹⁹ En la misma línea, la STS de 20 de junio de 1997; la SAP de Ourense de 8 de noviembre de 1997; la SAP de Alicante de 12 de febrero de 1999 y la SAP de Oviedo de 1 de febrero de 2001.

estudiados para poder considerarlos como información correcta, ya que únicamente consta que la actora y su marido firmaron un documento impreso del Hospital, carente de todo rigor informativo, pues resulta ser un modelo general para toda clase de intervenciones, sin especificación concreta de los riesgos y alternativas de la intervención que se iba a practicar y la posibilidad de poder quedar embarazada».

En definitiva, se debe informar al paciente de forma objetiva, veraz, completa y asequible, o en términos comprensibles de los riesgos de la intervención, de la posibilidad de no obtener el resultado deseado, y, muy especialmente, de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención (SAP de Alicante de 20 de junio de 1997)²⁰.

5. LAS INSTRUCCIONES PREVIAS

Una de las novedades introducidas en la Ley 41/2002, básica de los derechos de los pacientes, es la figura de las «instrucciones previas» (art. 11). Esta Ley ha dejado en manos de las diferentes comunidades autónomas la regulación del procedimiento para que se garantice en cada una de ellas el cumplimiento de las instrucciones previas. Así, en el ámbito de la Comunidad de Madrid, esta figura ha sido contemplada en el art. 28 de su Ley de Ordenación Sanitaria. Posteriormente se aprobó la Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente²¹.

El documento de instrucciones previas o de voluntades anticipadas es aquel documento dirigido al médico responsable, en el cual una persona mayor de edad, con capacidad suficiente y libremente, expresa las instrucciones que deberán tenerse en cuenta cuando se encuentre en una situación en que las circunstancias le impidan expresar personalmente su voluntad.

El contenido sobre el cual podrá versar el documento viene recogido en el artículo 6 de la Ley 3/2005, y puede resumirse de la siguiente manera:

²⁰ Cfr. «El consentimiento no se cumple con una declaración genérica de que se informó», Actualidad del Derecho Sanitario, n.º 33, 1997, págs. 613-614.

²¹ Con la aprobación de la Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente, se derogó en su totalidad el artículo 28 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid.

- a) El paciente podrá realizar manifestaciones anticipadas que se refieran a los cuidados y al tratamiento de la salud.
- b) En el supuesto de situaciones críticas vitales e irreversibles respecto a la vida, el paciente podrá incorporar en el documento declaraciones para que se evite el sufrimiento con medidas paliativas, no se prolongue la vida artificialmente por medio de tecnologías y tratamientos desproporcionados o extraordinarios.
- c) El paciente podrá hacer constar en el documento su decisión respecto a la donación de sus órganos o piezas anatómicas, en caso de fallecimiento, con finalidad terapéutica, docente o de investigación.
- d) Las instrucciones que el paciente formule sobre el tratamiento pueden incluir previsiones relativas a las intervenciones médicas que desee recibir, aquellas que no desee recibir u otras cuestiones relacionadas con el final de la vida, siempre que sean conformes con la «lex artis».
- e) También podrá manifestar anticipadamente el paciente su voluntad de no ser informado en los supuestos de diagnóstico fatal. En este caso, el declarante podrá designar una o varias personas a las que el médico deba informar.
- f) Finalmente, el paciente podrá hacer constar en el documento su voluntad de estar acompañado en la intimidad en los momentos cercanos al *exitus*, y a que los acompañantes reciban el trato apropiado a las circunstancias.

Todas estas posibilidades que la ley contempla se derivan del principio de respeto a la autonomía del paciente. En todo caso, el legislador ha establecido límites a la autonomía de la voluntad del otorgante, pues es obvio que no todas las instrucciones previas que desea un sujeto pueden ser recogidas en el documento. Así, que no se aplicarán las siguientes instrucciones previas:

- Que sean contrarias al ordenamiento jurídico: el derecho fundamental a la vida que la Constitución Española consagra tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la disposición de la propia vida, tal y como ha matizado el Tribunal Constitucional. En el caso de la eutanasia, su modalidad activa directa²² es contraria al ordenamiento jurídico, y es un supues-

²² La eutanasia activa directa consiste en la realización de una serie de actos ejecutivos que implican un acortamiento de la vida del enfermo, a través de una conducta directa-

to contemplado y penado en el art. 143 del Código Penal español.

- Que contravengan la denominada «*lex artis*» médica; es decir, que sean contrarias a las normas de la buena práctica clínica.
- Que sean contrarias a la ética profesional o a las normas deontológicas.
- Aquellas que no se correspondan con el supuesto de hecho que el sujeto ha previsto en el momento de emitir las.
- Aquellas relativas a las intervenciones médicas que la persona otorgante haya manifestado que desee recibir cuando resulten contraindicadas para su patología, debiendo figurar anotadas y motivadas dichas contraindicaciones en la historia clínica del paciente.

El médico, el equipo sanitario y cuantas personas atiendan al paciente respetarán las instrucciones previas dentro de los límites establecidos en la legislación, y, por su parte, la Administración sanitaria adoptará las medidas necesarias para garantizar que se cumpla la voluntad del paciente expresada en el documento de instrucciones previas (art. 3 de la Ley 3/2005). Asimismo, los profesionales sanitarios podrán ejercer la objeción de conciencia con ocasión del cumplimiento de las instrucciones previas.

Para otorgar el documento de instrucciones previas se requiere el cumplimiento de los requisitos de capacidad que el artículo 4 de la Ley 3/2005 establece y que son los siguientes:

- a) Ser mayor de edad y no haber sido incapacitado judicialmente.
- b) Manifestar libremente la correspondiente declaración de voluntad.

Las instrucciones previas deberán constar siempre por escrito, de manera que exista seguridad sobre el contenido del documento,

mente encaminada a producir su muerte; está contemplada en el art. 143 CP. Por otra parte, la eutanasia activa indirecta se produce por actos ejecutivos que suponen un acortamiento de la vida del paciente que sufre una enfermedad grave con diagnóstico mortal y que sufre graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, y ello a base de medios terapéuticos que causarán de modo altamente probable su muerte. Esta modalidad se produce cuando el médico procede a suministrar al paciente analgésicos para aliviar el sufrimiento del paciente, asumiendo que dichos analgésicos con gran probabilidad provocarán el acortamiento de su vida. Este supuesto no tendría efectos penales siempre que el suministro de analgésicos fuese correcto conforme a la denominada *lex artis*. Tema abordado por Emaldi Cirión, A. «Derechos de los pacientes en la Comunidad Autónoma de La Rioja: especial referencia a las instrucciones previas», Anuario Jurídico de la Rioja, nº 10, Logroño, 2005, págs. 57-58.

debiendo figurar en el mismo la identificación del autor, su firma, fecha y lugar de otorgamiento (art. 5 Ley 3/2005).

Corresponde al médico encargado directamente de prestar la asistencia al paciente cumplir las instrucciones previas, sin perjuicio de la posible intervención de otros profesionales que participen en las actuaciones asistenciales, así como de las recomendaciones de los Comités de Ética Asistencial o del Comité Asesor de Bioética de la Comunidad.

En el documento de instrucciones previas, la persona puede designar a un representante, que será el interlocutor válido con el médico, para sustituir al paciente en el caso de que éste no pueda expresar su voluntad por sí mismo.

Este documento podrá otorgarse mediante cualquiera de los siguientes procedimientos:

- a) Ante Notario, en cuyo supuesto no será necesaria la presencia de testigos.
- b) Ante el personal al Servicio de la Administración, en las condiciones que se determinen mediante Orden del Consejero de Sanidad y Consumo de la Comunidad de Madrid.
- c) Ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos, como mínimo, no deberán tener relación de parentesco hasta el segundo grado ni estar vinculados por matrimonio o vínculo de análoga relación de afectividad, relación laboral, patrimonial, de servicio u otro vínculo obligatorio con el otorgante.

Las personas interesadas podrán inscribir, si es su deseo, el otorgamiento, la modificación, la sustitución y la revocación de las instrucciones previas en el Registro de Instrucciones Previas de la Comunidad de Madrid²³.

Para llevar a cabo la inscripción en dicho Registro, el funcionario correspondiente comprobará que se cumplen los requisitos establecidos anteriormente señalados.

²³ El Registro de Instrucciones Previas de la Comunidad de Madrid procederá a la custodia, conservación y accesibilidad de los documentos de instrucciones previas emitidos en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid. Téngase en cuenta el contenido del Decreto 101/2006, de 28 de noviembre, por el que se regula el Registro de Instrucciones Previas de la Comunidad de Madrid y se establecen los modelos oficiales de los documentos de solicitud de inscripción de las Instrucciones Previas y de su revocación, modificación o sustitución (BO. Comunidad de Madrid de 28 noviembre 2006, núm. 283, [pág. 37]); y el contenido de la Orden 2191/2006, de 18 de diciembre, por la que se desarrolla el Decreto 101/2006, de 28 de noviembre.

Una vez solicitado y obtenido el documento de Instrucciones Previas inscritas, se incorporará a la historia clínica del paciente, debiendo en todo este proceso salvaguardarse las garantías de confidencialidad y secreto establecidas en la legislación estatal y en la legislación autonómica de la Comunidad de Madrid²⁴.

ANEXO NORMATIVO

1. Legislación estatal:

- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, del Ministerio de Sanidad y Consumo, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

2. Legislación de la Comunidad de Madrid:

- Ley 8/2001, de 13 de julio, de Protección de Datos de Carácter Personal en la Comunidad de Madrid.
- Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid.
- Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente.
- Decreto 101/2006, de 28 de noviembre, por el que se regula el Registro de Instrucciones Previas de la Comunidad de Madrid y se establecen los modelos oficiales de los documentos de solicitud de inscripción de las Instrucciones Previas y de su revocación, modificación o sustitución.

²⁴ En concreto, las garantías establecidas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal; en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, y en la Ley 8/2001, de 13 de julio, de Protección de Datos de Carácter Personal en la Comunidad de Madrid.

- Orden 2191/2006, de 18 de diciembre, por la que se desarrolla el Decreto 101/2006, de 28 de noviembre.

3. Otras disposiciones:

- Recomendación 2/2004, de 30 de julio, de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid sobre custodia, archivo y seguridad de los datos de carácter personal de las historias clínicas no informatizadas.

BIBLIOGRAFÍA

- ACTUALIDAD DEL DERECHO SANITARIO. «El consentimiento no se cumple con una declaración genérica de que se informó», ADS, nº 33, Madrid, 1997.
- AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID Y THOMSON-CIVITAS. «Guía de protección de datos personales para Servicios Sanitarios Públicos», Madrid, 2004.
- BLANCO CORDERO, Isidoro. «Una nueva responsabilidad: ¿la información terapéutica?», IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario, AEDS, Fundación MAPFRE Medicina, Madrid, 1999.
- CALVO ALONSO, Idoya y SARRATO MARTÍNEZ, Luis. «Código de Legislación Farmacéutica Española», Thomson-Civitas, Madrid, 2006.
- CRIADO DEL RÍO, M^o. Teresa Y SEOANE PRADO, Javier. «Aspectos Médico-Legales de la Historia Clínica», Ed. Colex, Madrid, 1999.
- DEFENSOR DEL PACIENTE DE LA COMUNIDAD DE MADRID. «Carta de Derechos y Deberes de los Pacientes y Usuarios del Sistema Sanitario de la Comunidad de Madrid», Madrid, 2004.
- DE LORENZO Y MONTERO, Ricardo. (Coord.). «Responsabilidad Legal del Profesional Sanitario», Asociación Española de Derecho Sanitario, Madrid, 2000.
- EMALDI CIRIÓN, Aitziber. «Derechos de los pacientes en la Comunidad Autónoma de La Rioja: especial referencia a las instrucciones previas», Anuario Jurídico de la Rioja, nº 10, Logroño, 2005.
- FERNÁNDEZ COSTALES, Joaquín. «La Responsabilidad Civil Sanitaria (Médica y de Enfermería)», Ed. La Ley, Madrid, 1995.
- GISBERT CALABUIG, Juan Antonio y O.O.AA. «Medicina Legal y Toxicología», 5^a Ed., Masson, Barcelona, 1998.
- GUERRERO ZAPLANA, José. «El consentimiento informado: su valoración en la jurisprudencia», Ed. Lex Nova, Valladolid, 2004.
- VV.AA. «La responsabilidad civil y penal del médico», Ed. Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Madrid, Madrid, 1999.
- MANTECA VALDELANDE, Víctor. «Derechos del paciente: evolución y regulación normativa», Revista Vasca de Administración Pública, nº 68, Oñati, 2004.

VILALTA NICUESA, Aura Esther y MÉNDEZ TOMÁS, Rosa. «Responsabilidad Médica», Biblioteca básica de Derecho Procesal, Ed. Bosch, Barcelona, 2003

VILLAR ROJAS, Francisco José. «La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: fundamento y límites», Ed. Praxis, Madrid, 1996.

— Recomendación 2000 de 20 de junio de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid sobre custodia, acceso y explotación de los datos de carácter personal de los usuarios de Internet.

1. Legislación estatal

— Ley 14/1984, de 25 de mayo de Seguridad Social.

— Ley Orgánica 1/1995, de 13 de diciembre, de Protección del Ciudadano del Derecho al Acceso a la Información Pública.

— Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

— Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Poder Judicial.

— Ley Orgánica 1/1995, de 13 de diciembre, de Protección del Ciudadano del Derecho al Acceso a la Información Pública.

— Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

— Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Poder Judicial.

— Ley Orgánica 1/1995, de 13 de diciembre, de Protección del Ciudadano del Derecho al Acceso a la Información Pública.

— Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

— Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Poder Judicial.

— Ley Orgánica 1/1995, de 13 de diciembre, de Protección del Ciudadano del Derecho al Acceso a la Información Pública.

— Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

LA LEY ESTATAL DE PUBLICIDAD Y COMUNICACIÓN INSTITUCIONAL: ANÁLISIS DE ALGUNOS ASPECTOS INTERESANTES

Por
LUIS SARRATO MARTÍNEZ

Profesor de la Universidad de Murcia

COMENTARIOS

INTRODUCCIÓN

Como señala JOSÉ MARÍA DE LA FUENTE RUIZ¹ el Derecho no es únicamente el fenómeno jurídico, es, en que es su objeto, la posibilidad de una conducta humana. La publicidad, en el sentido de marketing que hoy tenemos, es una especie de rama del género de la comunicación cultural, fenómeno social de suma trascendencia, posible gracias a los llamados medios de comunicación masiva, que permiten que el mensaje llegue a un público geográficamente amplio y geográficamente diverso simultáneamente. La comunicación cultural es hoy un fenómeno social de primera importancia, que, junto a otros, tiene una vertiente política de singular relevancia en una sociedad democrática y pluralista. Por estas razones, el Derecho en la provincia del siglo XXI a dicho fenómeno, y se dedica hoy día una gran parte de sus esfuerzos a regular la comunicación pública, y que se denomina Derecho de la Información.

Dentro de esa rama jurídica, el Derecho de la Información, se sitúa el Derecho de la Publicidad, que consiste en una información de naturaleza especial - la información publicitaria - Propiamente, para utilizar el término del mismo tratadista dentro del Derecho de la Publicidad, hay normas que regulan la actividad publicitaria en tanto que actividad empresarial y profesional, información que surge de ella, y

¹ En LA COMUNICACIÓN PÚBLICA, Colección de estudios de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Murcia, 2.2. 05/07/2002, p. 24 y ss.

LA LEY ESTATAL DE PUBLICIDAD Y COMUNICACIÓN INSTITUCIONAL: ANÁLISIS DE ALGUNOS ASPECTOS INTERESANTES

POR
PALOMA SANZ BACOS
LETRADA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL CARÁCTER BÁSICO DEL ARTÍCULO 4 DE LA LEY: LA TRANSFORMACIÓN DE UNA NORMA DE AUTOORGANIZACIÓN ESTATAL EN UNA NORMA BÁSICA VINCULANTE PARA TODAS LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN VIRTUD DE LA SOBREVENIDA DISPOSICIÓN FINAL 2ª. 3. DISPOSICIONES GENERALES. 3.1. Objeto y ámbito de la Ley. 3.2. Objetivos de las campañas institucionales. 4. LA COMISIÓN DE PUBLICIDAD Y DE COMUNICACIÓN INSTITUCIONAL. 5. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

Como señala JOSE MARÍA DE LA CUESTA RUTE¹ el Derecho no es indiferente al fenómeno publicitario, o, lo que es lo mismo, la publicidad demanda respuestas jurídicas. La publicidad, en el sentido estricto que nos interesa, es una especie dentro del género de la comunicación colectiva, fenómeno social de suma trascendencia, posible gracias a los llamados medios de comunicación social, que permiten que el mensaje llegue a un público tendencialmente ilimitado y potencialmente de forma simultánea. La comunicación colectiva es hoy un fenómeno social de primera importancia, que, junto a otros, tiene una vertiente política de singular relevancia en una sociedad democrática y pluralista. Por estas razones, el Derecho no ha permanecido ajeno a dicho fenómeno, y se afianza hoy día una rama jurídica que tiene como materia propia la comunicación colectiva, y que se denomina Derecho de la Información.

Dentro de esa rama jurídica, el Derecho de la Información, se ubica el Derecho de la Publicidad, cuyo objeto es una información de naturaleza específica —la información publicitaria. Finalmente, para ubicar el objeto del presente trabajo, dentro del Derecho de la Publicidad, hay normas que regulan la actividad publicitaria en tanto que actividad empresarial y profesional, mientras que otras se refieren a

¹ DE LA CUESTA RUTE, JOSÉ MARÍA. *Curso de Derecho de la Publicidad*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA), 2002, p. 24 y ss.

las cuestiones planteadas por la actividad publicitaria en el campo de la Administración Pública, del Derecho Penal, del Derecho del Trabajo, etc. En el presente trabajo nos interesa una parte muy concreta de la regulación de la actividad publicitaria por el Derecho Público: las normas relativas a la publicidad realizada por las Administraciones Públicas.

Entre las muchas leyes que, como es costumbre, se publican en los Boletines Oficiales durante los últimos días de cada año, se encontraba en 2005 la Ley estatal 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional, en adelante LPyCI (B.O.E. n.º 312, de 30 de diciembre de 2005). No era la primera vez que esta materia se regulaba a través de un texto legal en España, aunque es cierto que las leyes promulgadas hasta esa fecha tenían ámbito estrictamente autonómico; entre tales precedentes pueden citarse por orden cronológico la Ley 6/1996, de 26 de septiembre, de la Asamblea de Extremadura reguladora de la Publicidad Institucional², la Ley catalana 18/2000, de 29 de diciembre, por la que se regula la Publicidad Institucional, la Ley valenciana 7/2003, de 20 de marzo, de Publicidad Institucional de la Comunidad Valenciana, la Ley aragonesa 16/2003, de 24 de marzo, sobre Publicidad Institucional, y finalmente la reciente Ley andaluza 6/2005, de 8 de abril, reguladora de la Actividad Publicitaria de las Administraciones Públicas de Cataluña.

El objetivo del presente trabajo es poner de manifiesto los aspectos más interesantes de la Ley estatal 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional, y su incidencia en las anteriores leyes autonómicas que habían regulado la misma cuestión.

2. EL CARÁCTER BÁSICO DEL ARTÍCULO 4 DE LA LEY: LA TRANSFORMACIÓN DE UNA NORMA DE AUTOORGANIZACIÓN ESTATAL EN UNA NORMA BÁSICA VINCULANTE PARA TODAS LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN VIRTUD DE LA SOBREVENIDA DISPOSICIÓN FINAL 2ª

Una primera diferencia entre los textos legales antes citados y el que se comenta en este trabajo salta a la vista: el ámbito de aplicación de cada una de esas normas. Así, las Leyes aprobadas por las respectivas Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas restringen su aplicación a la Administración de la propia Comunidad Autó-

² Derogada por la disposición adicional 19ª de la Ley 7/2003, de 19 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Extremadura para 2004.

noma y a los entes locales situados en su territorio. En cuanto a la Ley estatal, en principio, limita su ámbito a la Administración General del Estado y entidades integrantes del sector público estatal (artículo 1), sin embargo una lectura más detallada pone de manifiesto la extensión parcial de su eficacia a cualesquiera otras Administraciones Públicas por la vía de considerar legislación básica su artículo cuarto, que bajo la rúbrica de «prohibiciones» establece lo siguiente:

«1. No se podrán promover o contratar campañas institucionales de publicidad y de comunicación:

- a) Que tengan como finalidad destacar los logros de gestión o los objetivos alcanzados por los sujetos mencionados en el artículo 1 de esta Ley.*
- b) Que manifiestamente menoscaben, obstaculicen o perturben las políticas públicas o cualquier actuación legítimamente realizada por otro poder público en el ejercicio de sus competencias.*
- c) Que incluyan mensajes discriminatorios, sexistas o contrarios a los principios, valores y derechos constitucionales.*
- d) Que inciten, de forma directa o indirecta, a la violencia o a comportamientos contrarios al ordenamiento jurídico.*

2. Los mensajes o la presentación de las campañas institucionales de publicidad y de comunicación no podrán inducir a confusión con los símbolos, ideas, expresiones, diseños o imágenes empleadas por cualquier formación política u organización social.

3. No se podrán difundir campañas institucionales de publicidad que no se identifiquen claramente como tales y que no incluyan la mención expresa de la Administración o entidad promotora o contratante».

La disposición final segunda de la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional (en adelante LPyCI) advierte que su artículo 4 tiene carácter de legislación básica en virtud de lo previsto en el artículo 149.1.18º de la Constitución Española; recordemos que este precepto constitucional reserva en exclusiva al Estado, entre otras materias, las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas que garanticen a los administrados un tratamiento común ante ellas. Esta disposición final segunda fue uno de los aspectos más discutidos en sede parlamentaria durante la tramitación de la Ley, en la que podemos destacar los siguientes hitos.

En un principio, el Anteproyecto de Ley elaborado por el Gobierno carecía de esa disposición final segunda que otorga carácter básico al artículo 4. Así, el informe presentado ante el Consejo de Ministros del 1 de abril de 2005 por la Vicepresidenta Primera y Ministra de

la Presidencia sobre tal anteproyecto destacaba que esa norma «obligará solamente a la Administración General del Estado y sus Organismos Autónomos (...)»¹. El Proyecto de Ley se aprobó en el Consejo de Ministros de 15 de abril de 2005, y tal como se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 22 de abril de 2005² carece de cualquier disposición que otorgue carácter básico a alguno de sus artículos, por lo que se trataba originariamente de una norma de autoorganización de la Administración General del Estado.

El discurso del Presidente del Gobierno, Sr. D. José Luis Rodríguez Zapatero, en el Debate sobre el Estado de la Nación, celebrado en el Congreso de los Diputados el 11 de mayo de 2005 contiene una breve referencia a ese Proyecto de Ley; concretamente las palabras del Presidente fueron las siguientes: «(...) Con idéntico propósito hemos aprobado el Proyecto de Ley de Publicidad y Comunicación Institucional que prohibirá las campañas de autobombo y el favoritismo en la contratación de la publicidad institucional. Romperemos también, así, con uno de los peores hábitos recientes de una democracia, porque una democracia no es del todo sana, Señorías, si los Ministros se hacen publicidad con el dinero de los contribuyentes».³ De estas palabras se deduce que uno de los principales puntos de la Ley para sus autores radicaba en lo que hoy es el artículo 4.1.a), que prohíbe promover o contratar campañas institucionales de publicidad y de comunicación que tengan como finalidad destacar los logros de gestión o los objetivos alcanzados por la Administración General del Estado y sus Organismos Autónomos, lo que el Presidente del Gobierno, Sr. D. José Luis Rodríguez Zapatero, calificaba como «campañas de autobombo».

Como se ha dicho, el alcance de esa prohibición se restringía inicialmente a la Administración General del Estado. La ampliación de su ámbito de aplicación al resto de Administraciones se produjo en virtud de una enmienda presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds. Dicha enmienda consistía en añadir una nueva disposición final, que otorgase carácter básico al artículo 4, y se motivó por sus autores en los siguientes términos: «las prohibiciones contenidas en el artículo 4 obedecen a los principios de no utilización partidaria de los recursos públicos, de lealtad institucional y de respeto a los princi-

¹ Dicho informe puede leerse en la página www.la-moncloa.es, introduciendo en su buscador la expresión «publicidad y comunicación institucional». Aparecen así los principales documentos relacionados con la elaboración de ese Proyecto de Ley.

² Puede consultarse el texto de Proyecto de Ley en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 34-1. Está disponible en la página web del Congreso de los Diputados: www.congreso.es.

³ Texto íntegro del discurso del Presidente del Gobierno localizable en www.la-moncloa.es.

pios, valores y derechos constitucionales, principios que han de presidir el desarrollo de las campañas institucionales de publicidad y de comunicación de todas las Administraciones Públicas».⁴

El informe de la Ponencia que examinó el Proyecto no aceptó esta enmienda,⁵ pero sí lo hizo el Dictamen de la Comisión Constitucional de 6 de octubre de 2005.⁶ La aprobación del Proyecto de Ley en el Pleno del Congreso el 20 de octubre de 2005 aceptó íntegramente el texto de la Comisión, por lo que se incluyó la polémica disposición final segunda. Más tarde, durante su debate en el Senado, una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario del PNV propuso suprimir esa disposición, lo que fue aprobado en la votación celebrada por la Cámara Alta con el voto de aquel Grupo Parlamentario y el del Partido Popular. Sin embargo, finalmente, al volver el texto al Congreso de los Diputados, la votación definitiva celebrada el 22 de diciembre de 2005 desestimó las enmiendas introducidas en el Senado, y aprobó el texto definitivo de la Ley tal como se había aprobado en la primera votación en el Pleno de la Cámara Baja, es decir otorgando carácter básico al artículo 4. Quedó de esta manera consumada la transformación de una norma autoorganizativa solo aplicable a la Administración General del Estado en una norma básica, de obligado cumplimiento para todas las Administraciones Públicas.

Cabe preguntarse si se han visto afectadas por ese carácter básico del artículo 4 LPyCI algunas de las precedentes leyes autonómicas reguladoras de la publicidad institucional. La respuesta ha de ser afirmativa, al menos en cuatro casos:

- La Ley catalana 18/2000, de 29 de diciembre, reguladora de la Publicidad Institucional: Su artículo 3.2.d) señala que «...la publicidad institucional tiene por objeto informar de las actividades o proyectos llevados a cabo por la Administración Pública en el ámbito de sus atribuciones o competencias».
- La Ley aragonesa 16/2003, de 24 de marzo, sobre Publicidad Institucional: Su artículo 3.2.b) indica que «la publicidad institucional está al servicio de los ciudadanos, y debe cumplir los siguientes objetivos...informar sobre la existencia, composición y funcionamiento de las instituciones públicas; sobre las actividades y

⁴ Enmienda publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 34-6, de 21 de junio de 2005.

⁵ Este informe puede leerse en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 34-9, de 4 de octubre de 2005.

⁶ Dictamen publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 34-11, de 13 de octubre de 2005.

proyectos ejecutados, y sobre los servicios prestados por cada Administración Pública en el ámbito de sus atribuciones y competencias».

• La Ley valenciana 7/2003, de 20 de marzo, de Publicidad Institucional: El artículo 2.1.a) indica que «a efectos de la presente Ley se entenderá por publicidad institucional la que realicen las instituciones, administraciones públicas y demás entes públicos de la Comunidad Valenciana (...) a través de campañas destinadas a alguno de los siguientes fines (...) la difusión de las actividades, proyectos y resultados de la administración anunciante».

• La Ley andaluza 6/2005, de 8 de abril, por la que se regula la Actividad Publicitaria de las Administraciones Públicas de Andalucía: señala el artículo 3.i) que «(...) se entiende como actividad publicitaria de las Administraciones Públicas la dirigida a informar, con carácter general, sobre los proyectos y resultados en la gestión pública».

La primera conclusión que salta a la vista con la lectura de esas normas es que, sea cual fuere el signo político del partido político en el poder, en todas las leyes autonómicas reguladoras de la publicidad institucional, se admitía la exhibición de los resultados o logros de gestión obtenidos; tanto en las gobernadas por el PSOE (caso de Andalucía o Aragón), o por el Partido Popular (caso de la Comunidad Valenciana) o por Convergencia i Unió (caso de Cataluña). Y la segunda conclusión deducible es que estas normas autonómicas se han visto sorpresivamente afectadas por una norma estatal a la que se ha investido de carácter básico solo al final de su elaboración, y de una manera harto discutible. No obstante, mientras dicho carácter básico no sea impugnado ante el Tribunal Constitucional por alguno de los Gobiernos autonómicos afectados, y recaiga, en su caso, la correspondiente sentencia, no hay más salida jurídica que acatarla.

3. DISPOSICIONES GENERALES

Esa es la rúbrica del Capítulo I de la LPyCI (artículos 1 al 10) de los que pueden destacarse los siguientes aspectos:

3.1. Objeto y ámbito de la Ley

Bajo ese título, el artículo 1º LPyCI regula su ámbito subjetivo de aplicación, y contiene dos actividades excluidas. Así el apartado primero de ese artículo establece lo siguiente:

Artículo 1.1 LPyCI: «Esta Ley establece el régimen jurídico de las campañas institucionales de publicidad y de comunicación promovidas o contratadas por la Administración General del Estado y por las demás entidades integrantes del sector público estatal, enumeradas en el artículo 2.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria».⁹

La Ley General de Publicidad (Ley 34/1988, de 11 de noviembre) no es aplicable a las Administraciones Públicas en materia de publicidad institucional, pues al definir el concepto de «publicidad» en su artículo 2 establece que es «toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones». Es decir sería de aplicación esta norma a las actividades comerciales, industriales, artesanales o profesionales realizadas por una persona jurídico-pública, actividad que queda excluida del ámbito de aplicación de la LPyCI en virtud de su artículo 1.2, según el cual «esta Ley no será de aplicación a las campañas de carácter industrial, comercial o mercantil que desarrollen los sujetos enumerados en el apartado anterior —Administración General del Estado y entidades integrantes del sector público estatal— en el cumplimiento de los fines que le son propios». En definitiva la LPyCI solo se aplica cuando concurren dos requisitos:

- La presencia de la Administración General del Estado o entidades integrantes del sector público estatal (y respecto de

⁹ «A los efectos de esta Ley forman parte del sector público estatal:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Los organismos autónomos dependientes de la Administración General del Estado.
- c) Las entidades públicas empresariales, dependientes de la Administración General del Estado, o de cualesquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella.
- d) Las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social.
- e) Las sociedades mercantiles estatales, definidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.
- f) Las fundaciones del sector público estatal, definidas en la Ley de Fundaciones.
- g) Las entidades estatales de derecho público distintas a las mencionadas en los párrafos b) y c) de este apartado.
- h) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren los artículos 6, apartado 5, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, cuando uno o varios de los sujetos enumerados en este artículo hayan aportado mayoritariamente a los mismos dinero, bienes o industria, o se haya comprometido, en el momento de su constitución, a financiar mayoritariamente dicho ente y siempre que sus actos estén sujetos directa o indirectamente al poder de decisión de un órgano del Estado.»

las prohibiciones contempladas en el artículo 4, al resto de Administraciones Públicas en virtud del carácter básico del precepto, según se ha explicado antes).

• La campaña publicitaria debe exhibir actividades de esa Administración que no tengan carácter industrial, comercial o mercantil (si tuvieran ese carácter se les aplicaría la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad).

Es importante ahora destacar que también se excluye del ámbito de la LPyCI la publicidad de disposiciones normativas, resoluciones y actos administrativos o judiciales, y demás información sobre las actuaciones públicas que deban publicarse o difundirse por mandato legal (artículo 1.3 LPyCI); luego veremos en qué medida este último precepto es incongruente con algunos de los objetivos que deben perseguir las campañas institucionales de acuerdo con el artículo 3.1.

3.2. Objetivos de las campañas institucionales

El artículo 2 se dedica a definir las campañas institucionales de publicidad y de comunicación. La diferencia entre ambos conceptos radica principalmente en la utilización o no de soportes publicitarios (se utilizan tales soportes solo en el caso de las campañas institucionales de publicidad). Así señala ese precepto lo siguiente:

«A los efectos de esta Ley, se considerará:

a) Campaña institucional de publicidad, toda actividad orientada y ordenada a la difusión de un mensaje u objetivo común, dirigida a una pluralidad de destinatarios, que utilice un soporte publicitario pagado o cedido y sea promovida o contratada por alguno de los sujetos enunciados en el artículo 1.

b) Campaña institucional de comunicación, la que, utilizando formas de comunicación distintas de las estrictamente publicitarias, sea contratada por alguno de los sujetos enunciados en el artículo 1 para difundir un mensaje u objetivo común a una pluralidad de destinatarios».

Como se ha dicho antes se habían publicado algunas leyes autonómicas en materia de publicidad institucional; en ninguna de ellas se establece una distinción tan rotunda entre campañas de comunicación y de publicidad, centrándose su regulación en este último concepto.

Por su parte, el artículo 3 enumera los objetivos que pueden tener tales campañas, ya sean de publicidad o de comunicación, precepto en el que parece haber algunas incongruencias con los artículos anteriores. Dice este precepto lo siguiente:

«1. Solo se podrán promover o contratar campañas institucionales de publicidad y de comunicación cuando tengan alguno de los siguientes objetivos:

a) Promover la difusión y conocimiento de los valores y principios constitucionales.

b) Informar a los ciudadanos de sus derechos y obligaciones legales, de aspectos relevantes del funcionamiento de las instituciones públicas y de las condiciones de acceso y uso de los espacios y servicios públicos.

c) Informar a los ciudadanos sobre la existencia de procesos electorales y consultas populares.

d) Difundir el contenido de aquellas disposiciones jurídicas que, por su novedad y repercusión social, requieran medidas complementarias para su conocimiento general.

e) Difundir ofertas de empleo público que por su importancia e interés así lo aconsejen.

f) Advertir de la adopción de medidas de orden o seguridad públicas cuando afecten a una pluralidad de destinatarios.

g) Anunciar medidas preventivas de riesgos o que contribuyan a la eliminación de daños de cualquier naturaleza para la salud de las personas o el patrimonio natural.

h) Apoyar a sectores económicos españoles en el exterior, promover la comercialización de productos españoles y atraer inversiones extranjeras.

i) Difundir las lenguas y el patrimonio histórico y natural de España.

j) Comunicar programas y actuaciones públicas de relevancia e interés social».

Algunos de los apartados incluidos en este artículo 3.1 son incoherentes con el artículo 1.3, como antes se ha anunciado. Establece este último precepto que «quedan excluidos de la aplicación de esta Ley todas las disposiciones normativas, resoluciones y actos administrativos o judiciales y demás información sobre las actuaciones públicas que deban publicarse o difundirse por mandato legal». Pues bien, algunas de esas actuaciones públicas que han de publicarse o difundirse por imperativo legal, y que, por lo tanto, deberían quedar teóricamente fuera del ámbito de aplicación de la LPyCI, se incluyen des-

pués en el artículo 3.1 de la misma, a la hora de relacionar los objetivos que puede perseguir una campaña institucional de publicidad o comunicación. Veamos algunos ejemplos de esa incongruencia:

- La información a los ciudadanos de sus derechos y obligaciones legales, de aspectos relevantes del funcionamiento de las instituciones públicas y de las condiciones de acceso y uso de los espacios y servicios públicos a la que alude el artículo 3.1.b) LCyPI ya estaba prevista en otro lugar de nuestro Ordenamiento Jurídico, concretamente en el Real Decreto 208/1996, de 9 de febrero, por el que se regulan los Servicios de Información Administrativa y Atención al Ciudadano. Concretamente el artículo 2 de ese Real Decreto dispone lo siguiente: «1. La información general es la información administrativa relativa a la identificación, fines, competencias, estructura, funcionamiento y localización de organismos y unidades administrativas; la relativa a los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que los ciudadanos se propongan realizar; la referente a la tramitación de procedimientos, a los servicios públicos y prestaciones, así como a cualesquiera otros datos que aquéllos tengan necesidad de conocer en sus relaciones con las Administraciones Públicas en su conjunto, o con alguno de sus ámbitos de actuación. 2. La información general se facilitará obligatoriamente a los ciudadanos, sin exigir para ello la acreditación de legitimación alguna. 3. Cuando resulte conveniente para una mayor difusión, la información de carácter general deberá ofrecerse a los grupos sociales o instituciones que estén interesados en su conocimiento. 4. Se utilizarán los medios de difusión que en cada circunstancia resulten adecuados, potenciando aquellos que permitan la información a distancia, ya se trate de publicaciones, sistemas telefónicos o cualquier otra forma de comunicación que los avances tecnológicos permitan».

- La información sobre procesos electorales y consultas populares a la que alude el artículo 3.1.c) LPyCI ya está prevista en otros textos legales. Así la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General dispone en su artículo 50.1 que «los poderes públicos que, en virtud de su competencia legal hayan convocado un proceso electoral pueden realizar durante el periodo electoral una campaña de carácter institucional destinada a informar a los ciudadanos sobre la fecha de votación, el procedimiento para votar y los requisitos y trámite del voto por correo, sin influir, en ningún caso en la orientación del voto de los

electores. Esta publicidad institucional se realizará en espacios gratuitos de los medios de comunicación social de titularidad pública del ámbito territorial correspondiente al proceso electoral de que se trate, suficientes para alcanzar los objetivos de esta campaña». En lo que concierne a las consultas populares o referenda, la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, de regulación de las distintas modalidades de referéndum dispone en su artículo 3.2 que «El Real Decreto de convocatoria del referéndum (...) será difundido por radio y televisión». Tales normas se refieren, como es evidente, a campañas institucionales de publicidad, distintas de la propaganda preparada por los diferentes partidos o formaciones políticas que concurren a las elecciones, y cuya emisión se regula en la Ley Orgánica 2/1988, de 3 de mayo, reguladora de la publicidad electoral en emisoras de televisión privada, en la Ley Orgánica 10/1991, de 8 de abril, de publicidad electoral en emisoras municipales de radiodifusión sonora, y en la Ley Orgánica 14/1995, de 22 de diciembre, de publicidad electoral en emisoras de televisión local por ondas terrestres.

- En cuanto a las advertencias acerca de medidas de orden o seguridad públicas que afecten a una pluralidad de ciudadanos a las que se refiere el apartado f) del artículo 3.1, además de tratarse de resoluciones administrativas excluidas del ámbito de la Ley (art 1.3 LPyCI) ya está prevista su publicidad, entre otros textos legales, en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio. Dice esta ley en su artículo 2 que «la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio será publicada de inmediato en el B.O.E. y difundida obligatoriamente por todos los medios de comunicación públicos y por los privados que se determinen, y entrará en vigor desde el instante mismo de su publicación en aquél. También serán de difusión obligatoria las disposiciones que la autoridad competente dicte durante la vigencia de cada uno de dichos estados». Con un carácter más general, sin precisar la declaración de tales estados de excepción, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece en su artículo 60.1 que «los actos administrativos serán objeto de publicación cuando así lo establezcan las normas reguladoras de cada procedimiento o cuando lo aconsejen razones de interés público apreciadas por el órgano competente».

Finalmente, antes de terminar el comentario del artículo 3.1 LCyPI no puede dejar de subrayarse el contenido de su letra j), que

permite que una campaña institucional tenga como objetivo «*comunicar programas y actuaciones públicas de relevancia e interés social*». La lectura de este apartado choca con el ya citado artículo 4.1.a) de la misma Ley, que, como sabemos, prohíbe promover o contratar campañas institucionales de publicidad y comunicación que tengan como finalidad destacar los logros de gestión o los objetivos alcanzados por las Administraciones Públicas. ¿Cuál es la diferencia entre ambos tipos de campañas institucionales? ¿Quizás el momento en que se contraten, unas antes de emprender programas o actuaciones públicas de relevancia e interés social, y otras cuando esas actuaciones ya se han concluido satisfactoriamente por la Administración interesada? Pero si ésta es la respuesta correcta, es muy fácil eludir la prohibición del artículo 4.1.a): basta con que la campaña institucional se realice antes de emprender alguna actuación pública de relevancia e interés social, cuyo mérito en definitiva se atribuirá a la Administración actuante, de manera que a ésta ya no le sería necesario contratar una campaña posterior para destacar sus logros de gestión. Como suele decirse popularmente: *hecha la ley, hecha la trampa*.

De los restantes apartados del artículo 3 merece destacarse que el número dos también fue suprimido en el Senado mediante una enmienda del Grupo Parlamentario del PNV, apoyada por el PP, pero dicha enmienda fue desestimada en la votación final del Congreso de los Diputados de 22 de diciembre de 2005. Dice este artículo 3.2 que «*Las campañas institucionales de publicidad y de comunicación se desarrollarán exclusivamente cuando concurren razones de interés público y en el ejercicio de competencias propias*».

En cuanto a los apartados 3 y 4 del mismo artículo, se remiten a unos principios de actuación de las Administraciones Públicas en esta materia que, en realidad, ya estaban plasmados en los primeros artículos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (por ejemplo en el artículo 4 LRJ-PAC ya consta el principio de lealtad institucional).

Artículo 3.3 LPyCI: «*Las campañas institucionales contribuirán a fomentar la igualdad entre hombres y mujeres y respetarán la diversidad social y cultural presente en la sociedad*».

4. *Las campañas institucionales se ajustarán siempre a las exigencias derivadas de los principios de interés general, lealtad institucional, veracidad, transparencia, eficacia, responsabilidad, eficiencia y austeridad en el gasto*».

4. LA COMISIÓN DE PUBLICIDAD Y DE COMUNICACIÓN INSTITUCIONAL

El artículo 11 LPyCI crea un nuevo órgano en la Administración General del Estado denominado *Comisión de publicidad y de comunicación institucional*, adscrita al Ministerio de la Presidencia. La composición y funciones de este órgano se han desarrollado por el Real Decreto 947/2006, de 28 de agosto (B.O.E. nº 214, de 7 de septiembre).

En principio el artículo 11 LPyCI lo define como un órgano destinado a la *planificación, asistencia técnica, evaluación y coordinación de las actividades de publicidad y de comunicación de la Administración General del Estado*. Su composición se delimita en el mismo precepto en los siguientes términos: *La Comisión incluirá representantes de todos los departamentos ministeriales con rango, al menos, de Subdirector General. Asimismo, podrán integrarse en ella representantes de las entidades públicas enumeradas en los párrafos b) a h) del artículo 2.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, en los términos y supuestos que reglamentariamente se determinen*. El mencionado Real Decreto 947/2006, de 28 de agosto lo adscribe al Ministerio de la Presidencia a través de la Secretaría de Estado de Comunicación (artículo 2) y lo estructura en tres órganos: el Pleno de la Comisión, la Comisión Ejecutiva y el Comité de Recursos (artículo 3).

A primera vista parece que estamos ante un órgano de la Administración General del Estado que actúa exclusivamente dentro de esa Administración, en el campo de la publicidad institucional. Sin embargo, pueden plantearse dudas acerca de si se ha producido una ampliación de su ámbito de actuación al atribuirle competencia para resolver las reclamaciones a que se refiere el artículo 7 LPyCI: este precepto permite a cualquier persona física o jurídica afectada en sus derechos o intereses legítimos por una campaña institucional —sin distinguir de qué Administración provenga— solicitar a la Comisión su cesación inmediata o su rectificación. Dichas solicitudes han de basarse en la infracción del artículo 3.2 (según el cual las campañas debían desarrollarse exclusivamente por razones de interés público) y del artículo 4 (que enumeraba las prohibiciones que debían respetar las campañas institucionales desarrolladas por cualquier Administración Pública, pues, como se ha visto anteriormente, este artículo 4 tenía carácter básico). Vemos pues que por la vía de atribuir a la Comisión de Publicidad y de Comunicación Institucional competencia para resolver las reclamaciones de los interesados, pueden plantearse dudas acerca de si aquélla puede decretar la cesación o la rectificación de campañas desarrolladas por cualesquiera Administraciones Públicas, sin perjuicio de un ulterior recurso ante los Tribunales con-

tra su resolución (artículo 7.3 LPyCI). El Reglamento de desarrollo de la LPyCI en este punto designa al Comité de Recursos como órgano encargado de resolver las reclamaciones que puedan plantearse en esta materia (artículo 7).

En el momento de redactar este trabajo no se tiene información acerca de si esa Comisión ha actuado respecto de alguna campaña institucional de publicidad desarrollada por una Administración distinta de la Administración General del Estado. Tan solo se ha publicado en la prensa¹⁰ dos denuncias contra sendas campañas institucionales de dos Administraciones Públicas:

- La primera campaña se desarrolló por el Ayuntamiento de Getafe, donde el PP local denunciaba al gobierno municipal (PSOE e IU) por utilizar fondos públicos (360.000 € según los populares, 72.000 € según el Gobierno municipal) para la campaña publicitaria «1.000 días de gestión. El compromiso de todos». De acuerdo con ese periódico, en aquellas fechas, la Audiencia Nacional había admitido a trámite un recurso contencioso-administrativo contra el Ministerio de la Presidencia por haberse declarado incompetente para declarar la legalidad o no de la campaña.

- La segunda campaña se comenzó a mediados de noviembre por el Ayuntamiento de Madrid (PP). Una galería de fotografías del Madrid antiguo —extraídas del Museo Municipal— en blanco y negro pero ligeramente coloreada, muestra cómo era la capital hace muchas décadas. Está la Gran Vía completamente embarrada, y un hombre la atraviesa en un carro tirado por un burro; está también la Glorieta de Cuatro Caminos, con más burros y un tranvía; la Plaza de las Ventas, un arenal en el mismo sitio por donde ahora pasa la M-30; o la calle de O'Donnell, sin un coche. Impreso sobre las imágenes, un lema: «¿Qué pasaría si nunca pasase nada?» y el logotipo del Ayuntamiento de Madrid. La portavoz de IU en el Consistorio, Inés Sabanés, tachaba la campaña de «electoralista y manipuladora».

Habrà que esperar algún tiempo para comprobar cuáles son las funciones que va a desarrollar en la práctica la Comisión de Publicidad y Comunicación Institucional, así como la aplicación en la vida real de las prohibiciones consignadas en el artículo 4.1.a) LPyCI, pues pueden convertirse en arma arrojadiza contra el adversario político en época preelectoral como van a ser los primeros meses de 2007.

¹⁰ EL PAÍS, 16 de noviembre de 2006.

Otra función a desarrollar por la citada Comisión es la elaboración del Plan anual de publicidad y comunicación institucional, en el que se incluirán todas las compañías institucionales que prevea desarrollar la Administración General del Estado, incluyendo las entidades adscritas a la misma. En dicho plan deberán recogerse datos tales como el objetivo de cada campaña, el coste previsible, el periodo de ejecución, las herramientas de comunicación utilizadas, el sentido de los mensajes, sus destinatarios y los organismos y entidades afectadas. Corresponde al Consejo de Ministros la aprobación de este Plan (artículo 12 LPyCI). Sólo excepcionalmente y por motivos sobrevenidos podrán realizarse campañas institucionales no previstas en el Plan anual, en cuyo caso la entidad que la promueva deberá comunicarlo a la Comisión (artículo 13 LPyCI).

Finalmente, el Gobierno deberá elaborar un informe anual de publicidad y de comunicación en el que se incluirán todas las campañas institucionales previstas en esta Ley, su importe, los adjudicatarios de los contratos celebrados y, en el caso de las campañas publicitarias, los planes de medios correspondientes. Este informe se remitirá a las Cortes Generales en el primer periodo de sesiones de cada año y será puesto a disposición de todas las organizaciones profesionales del sector (artículo 14 LPyCI).

5. CONCLUSIONES

Para finalizar este trabajo pueden formularse unas breves conclusiones acerca de la Ley 29/2005, de 29 de diciembre de Publicidad y Comunicación Institucional.

a) Regula en el ámbito estatal una materia que ya se había regulado por normas autonómicas: la publicidad institucional desarrollada por las Administraciones Públicas.

b) Su punto más interesante es el artículo 4, que regula las prohibiciones en las que no deben incurrir esas campañas. La Disposición Final 2ª de la LPyCI le ha otorgado carácter básico a ese artículo 4, por lo que se ha convertido en una norma vinculante para todas las Administraciones Públicas.

c) En relación con lo anterior, debe subrayarse que las anteriores leyes autonómicas sobre la materia permitían campañas publicitarias para exhibir logros o realizaciones obtenidas por las correspondientes Administraciones. De manera que, dado el carácter básico que se le ha dado al artículo 4.1.a), se han visto afectadas leyes autonómicas previas.

d) Algunas normas recogidas en la LPyCI ya existían, dispersas en otros lugares de nuestro Ordenamiento jurídico, por lo que pueden plantearse dudas acerca de la verdadera necesidad de dictar esta nueva Ley.

e) Ha creado un órgano en la Administración General del Estado: la Comisión de Publicidad y Comunicación Institucional respecto de cuyo ámbito competencial (restringido a la Administración General del Estado o ampliable a otras Administraciones Públicas) pueden plantearse dudas.

f) Finalmente los diferentes agentes que pueden intervenir en esta materia (Administraciones Públicas, partidos políticos, medios de comunicación) han de ser especialmente cuidadosos al aplicar y observar esta Ley, para que las garantías y mecanismos previstos en ella no se conviertan en armas políticas arrojadas.

BIBLIOGRAFÍA

- CORREDOIRA Y ALFONSO, Loreto. «Comentarios a la Ley de Publicidad. Ley 34/1988 y disposiciones complementarias». Barcelona: Bosch, casa Editorial S.A. 1993, 294 p.
- DE LA CUESTA RUTE, José María. «Curso de Derecho de la Publicidad». Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA). 2002, 330 P.
- SANTAELLA LÓPEZ, Manuel. «Derecho de la Publicidad». Madrid: Civitas Ediciones, S.L. 2003, 275 p.

ACUERDO SOBRE MEDIDAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

POR
EDUARDO DÍAZ ABELLAN
ABOGADO

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PRINCIPALES MEDIDAS INCORPORADAS POR LA REFORMA DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL. 2.1. Medidas en el ámbito de la acción protectora derivada de las prestaciones económicas contributivas. 2.1.1. Pensión de jubilación. 2.1.2. Pensión de incapacidad permanente. 2.1.3. Pensión de viudedad. 2.1.4. Pensión de orfandad. 2.1.5. Prestación de incapacidad temporal. 2.2. Medidas en torno a la edad de jubilación y a la prolongación de la vida laboral. 2.2.1. Jubilación parcial. 2.2.2. Jubilación anticipada. 2.2.3. Reducción de la edad por realización de trabajos penosos, peligrosos o tóxicos. 2.2.4. Cotización a la Seguridad Social durante la percepción del subsidio de desempleo para mayores de 52 años. 2.2.5. Incentivos a la prolongación voluntaria de la vida laboral. 3. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Tras un largo periplo de múltiples negociaciones, Gobierno, las organizaciones patronales CEOE y CEPYME y los sindicatos UGT y CC.OO. han firmado el «Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social». El acuerdo final es muy parecido a las propuestas de medidas de reforma de la Seguridad Social que se trasladaron a las fuerzas sindicales en noviembre del año pasado. Dicho acuerdo trata de abordar una reforma global en aras de asegurar el futuro de las pensiones.

La impronta reformista se fundamenta en **cinco ejes básicos**.

En primer lugar, adecuar los gastos y los ingresos de la seguridad social para garantizar su sostenibilidad a través de dos vías: a) asunción con cargo a la imposición general de la financiación de los complementos a mínimos de las pensiones contributivas y b) creación de una nueva tarifa de primas de cotización por contingencias profesionales.

En segundo lugar mejora y extensión de los complementos de mínimos: haciendo especial hincapié a los pensionistas de incapacidad permanente total cualificada menores de 60 años.

En tercer lugar alcanzar una mayor proporción entre el esfuerzo contributivo y los derechos generados de manera que se incorporen importantes novedades en el régimen regulatorio de las pensiones de

jubilación, incapacidad permanente, viudedad, orfandad e incapacidad temporal.

En cuarto lugar, incentivar la prolongación de la vida laboral más allá de la edad obligatoria de jubilación así como una mayor conexión entre los mecanismos de jubilación flexible: jubilación parcial y anticipada.

Y por último avanzar en el proceso de simplificación y «racionalización» del sistema de regímenes de la Seguridad Social, apuntando como iniciativas de futuro la integración en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos a los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario, y a los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Agrario integrarlos dentro del Régimen General. Igualmente, otra de las propuestas sería incluir el Régimen Especial de Empleados del Hogar dentro del Régimen General.

2. PRINCIPALES MEDIDAS INCORPORADAS POR LA REFORMA DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

2.1. Medidas en el ámbito de la acción protectora derivada de las Prestaciones Económicas Contributivas

2.1.1. Pensión de jubilación

Con la finalidad de incrementar la correspondencia entre cotizaciones y prestaciones, se acuerda que el período mínimo de cotización para generar la pensión de jubilación se definirá en 5.475 días (15 años efectivos de cotización), o su equivalente real en días/cuota. El aumento se realizará a lo largo de cinco años.

2.1.2. Pensión de incapacidad permanente

En el objetivo de mejora de la regulación de la incapacidad permanente, y a fin de evitar que se convierta en una vía de acceso a la protección para las carreras de cotización insuficientes, se acuerdan las siguientes medidas:

- a) Se flexibilizará el período mínimo de cotización exigible para los trabajadores más jóvenes (menores de 31 años) estableciéndose en un tercio del período comprendido entre la fecha del cumplimiento de los 16 años y la del hecho causante.
- b) La cuantía de la pensión de incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, se determinará aplicando a la base

reguladora establecida en la legislación vigente el porcentaje que corresponda, en función de los años de cotización, considerándose a estos efectos cotizados los años que le resten al interesado hasta los 65 años. A su vez, al resultado obtenido se le aplicará el porcentaje, establecido en la actualidad en función del grado de incapacidad reconocido. Se establecerá un importe mínimo para la pensión de incapacidad permanente, en el grado de incapacidad permanente total para la profesión habitual.

- c) La cuantía del complemento de gran invalidez se situará en el resultado de sumar al 50% de la base mínima de cotización vigente en cada momento el 25% de la base de cotización correspondiente al trabajador, calculadas ambas en función de la contingencia que origine la prestación.
- d) Se aprobará una nueva lista de enfermedades profesionales, siguiendo la Recomendación Europea sobre enfermedades profesionales de 2003, que adecue la lista vigente a la realidad productiva actual, así como a los nuevos procesos productivos y de organización. De igual modo, se modificará el sistema de calificación, notificación y registro de las enfermedades profesionales, con la finalidad de hacer aflorar enfermedades profesionales ocultas y evitar la infradeclaración de tales enfermedades.

2.1.3. Pensión de viudedad

Con la finalidad de mejorar la situación de las familias que dependen de las rentas del fallecido y adecuar la acción protectora del sistema a las nuevas realidades sociales, se acuerda la adopción de las medidas siguientes:

- a) La pensión de viudedad debe recuperar su carácter de renta de sustitución y reservarse para aquellas situaciones en las que el causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de los familiares supervivientes: matrimonio; parejas de hecho, siempre que tuviesen hijos en común con derecho a pensión de orfandad y/o existiese dependencia económica del sobreviviente respecto del causante de la pensión; o personas divorciadas perceptoras de las pensiones previstas en el Código Civil.
- b) En caso de matrimonio, se requerirá un período previo de vínculo conyugal de dos años o la existencia de hijos en común con derecho a pensión de orfandad. De no acreditarse ese período y ante la ausencia de hijos con derecho a pensión de orfan-

dad, se concederá una pensión temporal con una duración equivalente al período acreditado de convivencia matrimonial.

- c) En los supuestos de parejas de hecho, para acceder a la pensión de viudedad se precisará la constatación de convivencia mutua, estable y notoria, durante un período amplio, a determinar. En caso de existencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad, se precisará, además, dependencia económica del conviviente sobreviviente, en más del 50% de sus ingresos. Si no existen hijos comunes, se exigirá dependencia económica en más del 75% de los ingresos. Cuando no se acceda a la pensión de viudedad debido al período de convivencia o a la falta de dependencia económica, y existiesen hijos comunes con derecho a pensión de orfandad, el importe que hubiera correspondido a la pensión de viudedad acrecerá aquélla.
- d) En los supuestos de distribución de la pensión entre distintos cónyuges se garantiza el 50% de la pensión en favor del último cónyuge.

2.1.4. Pensión de orfandad

En el ámbito de la pensión de orfandad, se acuerdan las siguientes medidas:

- a) La atribución del porcentaje del 70% en la pensión de viudedad, en los supuestos de menores rentas, no irá en detrimento de la cuantía de las pensiones de orfandad.
- b) La mejora progresiva de la pensión mínima de orfandad, en el caso de beneficiarios, menores de 18 años y con una discapacidad igual o superior al 65%.
- c) El incremento de la cuantía de las pensiones de orfandad, en el caso de parejas de hecho, cuando el conviviente no tuviese derecho a la pensión de viudedad.

2.1.5. Prestación de incapacidad temporal

En el ámbito de la incapacidad temporal, se acuerda la adopción de las siguientes medidas:

- a) Cuando el proceso de incapacidad temporal (IT) derive de una contingencia profesional y durante la percepción de la prestación se extinga el contrato de trabajo, el interesado seguirá percibiendo la prestación por IT hasta el alta médica, pasando después, si reúne los requisitos necesarios, a la situación de

desempleo, sin que el período de la situación de IT consuma período de prestación de desempleo.

- b) Se unificarán criterios al respecto de los procesos de incapacidad, a fin de evitar que puedan producirse situaciones de desprotección de los trabajadores.

2.2. Medidas en torno a la edad de jubilación y a la prolongación de la vida laboral

Con el objetivo de adecuar la jubilación a la realidad actual, adoptando medidas que, en línea con las orientaciones de la Unión Europea y otros Organismos Internacionales, procuren incentivar la prolongación voluntaria de la vida laboral, así como una mayor conexión entre los mecanismos de jubilación flexible con los requerimientos de los procesos productivos, las partes firmantes del Acuerdo se comprometen a la adopción de las siguientes medidas:

2.2.1. Jubilación parcial

El acceso a la prestación de jubilación parcial se supedita al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) 61 años de edad (60 para los trabajadores «mutualistas»).
- b) Un período de antigüedad mínima en la empresa de seis años.
- c) 30 años de período de cotización.
- d) La reducción máxima y mínima de la jornada habitual de trabajo del trabajador que pasa a la jubilación parcial será del 75% y del 25%, respectivamente. Se podrán establecer porcentajes de reducción de la jornada entre el 85% y el 25%, siempre que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa y mediante un contrato de duración indefinida.
- e) Si el puesto de trabajo del trabajador relevista no pueda ser el mismo o uno similar se precisará que exista una correspondencia entre las bases de cotización de ambos (mínimo el 65% de la base de cotización).

2.2.2. Jubilación anticipada

En el ámbito de la jubilación anticipada se acuerdan las siguientes medidas:

- a) Los coeficientes reductores, siempre y cuando se acrediten entre 30 y 34 años de cotización, serán del 7'5% por cada año que falte para el cumplimiento de los 65 años de edad.
- b) se añadirá una cantidad a tanto alzado para mejorar las pensiones causadas, antes de 1º de enero de 2002, por trabajadores con 60 ó más años que hubiesen sido despedidos y accedido a la jubilación anticipada, acreditando 35 ó más años de cotización.
- c) Se calificaran como involuntarias las jubilaciones anticipadas fruto de expedientes de regulación de empleo (ERES)

2.2.3. Reducción de la edad por realización de trabajos penosos, peligrosos o tóxicos

Previa realización de un estudio y del desarrollo de la Ley se establecerán coeficientes reductores de la edad de jubilación por realización de trabajos penosos, peligrosos o tóxicos. En ningún supuesto, la aplicación de los coeficientes reductores podrá ocasionar que la edad de acceso a la jubilación pueda situarse en menos de 52 años.

2.2.4. Cotización a la Seguridad Social durante la percepción del subsidio de desempleo para mayores de 52 años

La cotización a la Seguridad Social durante la percepción del subsidio de desempleo para mayores de 52 años será equivalente al 125% del SMI para favorecer mayores cotizaciones y poder acceder a una mejor pensión.

2.2.5. Incentivos a la prolongación voluntaria de la vida laboral

Con la finalidad de incrementar el número de trabajadores que deciden voluntariamente llegar a la edad ordinaria de jubilación o retrasarla, la prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación debe estar incentivada, con independencia tanto de los años cotizados (si estos superan el período de carencia) como de la base de cotización.

La pensión de los jubilados a partir de los 66 años debe ser superior en todo caso a la que les correspondería a los 65 años.

Para el cumplimiento del objetivo señalado, se acuerda la adopción de las siguientes medidas:

- a) Quiénes se jubilen con 66 o más años de edad real tendrán los siguientes beneficios:

- a.1) Si el pensionista tiene derecho a la pensión máxima, percibirá anualmente una cantidad a tanto alzado equivalente a un 2% de la magnitud citada por cada año de trabajo adicional o de la fecha en que se adquiere el derecho a la pensión máxima, de ser posterior. Dicho porcentaje será del 3% si el interesado acredita 40 o más años de cotización. En ningún caso, la suma de la cantidad a tanto alzado más el importe anual de la pensión máxima podrá superar la cuantía, también en cómputo anual, del tope máximo de cotización.
- a.2) En los supuestos en que no se alcance la cuantía de la pensión máxima, se tendrá derecho a un incremento de un 2% sobre la base reguladora por cada año que haya transcurrido después de los 65 años, salvo que en dicha fecha se tengan acreditados 40 años de cotización, en cuyo caso el porcentaje indicado será del 3%.
- b) Se ampliarán a todos los trabajadores mayores de 59 años con contrato indefinido las bonificaciones ya existentes para mayores de 60 años con 5 años de antigüedad.

3. CONCLUSIONES

Desde hace años el sistema de la Seguridad Social está en el punto de mira de políticas de cambio tendentes a asegurar que el propio sistema no entre en una situación de déficit en los próximos años (ahora se habla del 2.015) pero ello no puede ser causa justificable para que se proceda al recorte de derechos o perspectivas ya consolidadas que bien son generadores de prestaciones.

La denominada «sostenibilidad del sistema» apoyada en la asunción de medidas como las antes expuestas; entre otras: (pensión de jubilación, incapacidad permanente y temporal, jubilación parcial y contrato de relevo, pensión de viudedad, alargamiento de la vida laboral, etc) conlleva endurecimientos en el acceso a derechos que no justifican de manera absoluta la reforma acometida.

No obstante, la sintonía final del acuerdo se caracteriza por notas de equilibrio al tener en cuenta las reformas adoptadas en materia laboral y dentro de la protección social compatibiliza la mejora de determinadas prestaciones, la generación de ahorros para el sistema, la creación de empleo, la mayor correspondencia entre cotizaciones y prestaciones y la mejora en la gestión y control de los recursos y prestaciones que engloban nuestro sistema de la Seguridad Social.

Por último, para comprobar la efectividad del acuerdo será necesario que las partes firmantes realicen un seguimiento periódico y una

N.º LEY	FECHA	FECHA BOCM	ASUNTO
1/2007	21/02/2007	5/03/2007	DE MEDIACIÓN FAMILIAR DE LA COMUNIDAD DE MADRID
2/2007	27/03/2007	16/04/2007	POR LA QUE SE REGULA LA GARANTÍA DEL SUMINISTRO ELÉCTRICO EN LA COMUNIDAD DE MADRID

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
2/2007	10/01/2007	11/01/2007	VICEPRESI. PRIMERA Y PORTAVOCÍA DEL GOBIERNO	SE ACTUALIZA LA CUANTÍA DE LAS AYUDAS A LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO
3/2007	10/01/2007	25/01/2007	EMPLEO Y MUJER	SE REGULA LA PUBLICIDAD DE LAS SANCIONES IMPUESTAS POR INFRACCIONES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES
7/2007	20/06/2007	21/06/2007	PRESIDENCIA DE LA COMUNIDAD	SE ESTABLECE EL NÚMERO Y DENOMINACIÓN DE LAS CONSEJERÍAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID
10/2007	22/02/2007	16/03/2007	VICEPRESI. PRIMERA Y PORTAVOCÍA DEL GOBIERNO	SE REGULAN LOS CENTROS QUE UTILIZAN APARATOS DE BRONCEADO MEDIANTE RADIACIONES ULTRAVIOLETAS EN LA COMUNIDAD DE MADRID

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
11/2007	1/03/2007	8/03/2007	VICEPRESI- PRIMERA Y PORTAVOCÍA DEL GOBIERNO	SE CREA EL CONSEJO PARA EL SEGUIMIENTO DEL PACTO SOCIAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID CONTRA LOS TRASTORNOS DEL COMPORTAMIENTO ALIMENTARIO: LA ANOREXIA Y LA BULIMIA
12/2007	8/03/2007	27/03/2007	SANIDAD Y CONSUMO	SE ESTABLECE EL RÉGIMEN JURÍDICO Y DE FUNCIONAMIENTO DEL INSTITUTO DE NUTRICIÓN Y TRANSTORNOS ALIMENTARIOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID
13/2007	15/03/2007	24/04/2007	MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO	SE APRUEBA EL REGLAMENTO TÉCNICO DE DESARROLLO EN MATERIA DE PROMOCIÓN DE LA ACCESIBILIDAD Y SUPRESIÓN DE BARRERAS ARQUITECTÓNICAS
15/2007	19/04/2007	25/04/2007	EDUCACIÓN	SE ESTABLECE EL MARCO REGULADOR DE LA CONVIVENCIA EN LOS CENTROS DOCENTES DE LA COMUNIDAD DE MADRID

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
22/2007	10/05/2007	29/05/2007	EDUCACIÓN	SE ESTABLECE PARA LA COMUNIDAD DE MADRID EL CURRÍCULO DE LA EDUCACIÓN PRIMARIA
40/2007	28/06/2007	6/07/2007	VICEPRESI- PRIMERA Y PORTAVOCÍA DEL GOBIERNO	SE MODIFICAN PARCIALMENTE LAS ESTRUCTURAS DE LAS DIFERENTES CONSEJERÍAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID

OTROS	ASIGNATURA	FECHA DE EMISIÓN	FECHA DE VIGENCIA	FECHA DE EXPIRACIÓN	TEMA	SECRETARÍA
SECRETARÍA DE ECONOMÍA	LA COMUNIDAD DE MADRID EN EL CONTEXTO DE LA POLÍTICA ECONÓMICA	1980	1980	1980	CONSEJO PARA EL DESARROLLO DEL FACTO SOCIAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID CONTRA LA INFLACIÓN	SECRETARÍA DE ECONOMÍA
SECRETARÍA DE ECONOMÍA	LA COMUNIDAD DE MADRID EN EL CONTEXTO DE LA POLÍTICA ECONÓMICA	1980	1980	1980	COMPORTAMIENTO ALIMENTARIO LA INFLACIÓN Y LA POLÍTICA	SECRETARÍA DE ECONOMÍA
SECRETARÍA DE ECONOMÍA	LA COMUNIDAD DE MADRID EN EL CONTEXTO DE LA POLÍTICA ECONÓMICA	1980	1980	1980	EL ESTADO DE ECONOMÍA DE LA COMUNIDAD DE MADRID	SECRETARÍA DE ECONOMÍA
SECRETARÍA DE ECONOMÍA	LA COMUNIDAD DE MADRID EN EL CONTEXTO DE LA POLÍTICA ECONÓMICA	1980	1980	1980	EL FUNCIONAMIENTO DEL INSTITUTO DE NUTRICIÓN Y TRANSFORMACIÓN ALIMENTARIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID	SECRETARÍA DE ECONOMÍA
SECRETARÍA DE ECONOMÍA	LA COMUNIDAD DE MADRID EN EL CONTEXTO DE LA POLÍTICA ECONÓMICA	1980	1980	1980	SE APRUEBA EL REGLAMENTO TÉCNICO DE DESARROLLO EN MATERIA DE PROMOCIÓN DE LA ACCESIBILIDAD Y REMOCIÓN DE BARRERAS ARQUITECTONICAS	SECRETARÍA DE ECONOMÍA
SECRETARÍA DE ECONOMÍA	LA COMUNIDAD DE MADRID EN EL CONTEXTO DE LA POLÍTICA ECONÓMICA	1980	1980	1980	SE ESTABLECE EL MARCO REGULADOR DE LA COMERCIALIZACIÓN DE LOS PRODUCTOS DOCENTES DE LA COMUNIDAD DE MADRID	SECRETARÍA DE ECONOMÍA

