

Anuario Jurídico de La Rioja

10

2005



UNIVERSIDAD
DE LA RIOJA



PARLAMENTO
DE LA RIOJA

CRÓNICA:

Crónica de Tribunales

Alfonso Melón Muñoz

CRÓNICA DE TRIBUNALES

ALFONSO MELÓN MUÑOZ

En las páginas que siguen se examinan, algunas con brevedad otras con cierta extensión, diversas resoluciones jurisdiccionales significativas dictadas en la jurisdicción y partidos judiciales de la Comunidad Autónoma de La Rioja, producidas en el periodo al que se contrae óbrale presente número del Anuario, incorporando alguna posterior (bien ya evacuada en el año 2006, pero conexas con las que, efectivamente dictadas en 2005, se analizan; o bien por motivo de actualidad y carácter novedoso; razones ambas por las que se ha considerado procedente su incorporación). Igualmente, se incluye la referencia de alguna resolución económico-administrativa de interés. Se incorporan asimismo —cuando es preciso— ciertas reflexiones generales sobre el problema analizado por la resolución o sobre la figura afectada, con la finalidad de que el lector ubique claramente el significado de la misma o su doctrina en el contexto normativo o jurisprudencial en el que se ha dictado.

1) *Aprovechamiento urbanístico. Naturaleza. Vocación inmobiliaria. Tribunal Económico-Administrativo Regional de La Rioja de fecha 30 de mayo de 2005.*

Dentro de los diferentes conceptos del Derecho urbanístico sin duda el de aprovechamiento urbanístico —en adelante, AU—, es uno de los técnicamente más complejos y, por ello, interesantes, tanto desde su perspectiva estrictamente ligada al desarrollo de operaciones urbanísticas, como medio para satisfacer el principio de equidistribución y el contenido del derecho de propiedad raíz, como en el plano civil y registral, como objeto de negocios jurídicos diversos en el seno del tráfico inmobiliario

Puede caracterizarse civilmente el citado aprovechamiento con los siguientes rasgos¹ (algunos de los cuales son susceptibles de matización a la luz de las distintas leyes autonómicas):

1 Jiménez Linares, María Jesús. El derecho al aprovechamiento urbanístico. Ed. Aranzadi. 1997. Recogida esta enumeración en Memento de Urbanismo 2006. Alfonso Melón (*Dir.*) Ed. Francis Lefebvre. 2006

- Es un bien en sí mismo, concretado en el número de mm³ construibles —unidades de espacio o volumen, de carácter parcialmente disponible— que se puede apropiar el sujeto por determinación legal, para ocuparlas con la edificación o para obtener su valor por transmisión voluntaria o forzosa. Se identifica con los usos e intenciones apropiables.
- Sólo el AU susceptible de adquisición es un bien patrimonializable. No el real, el objetivo, el tipo o el medio.
- La conexión del AU con el suelo es esencial, pero no es un fruto —en sentido civil— del mismo (por carecer de relación causa-efecto, reproducibilidad y separabilidad). La relación suelo-AU es de accesoria, siendo lo accesorio el suelo, sin que el AU sea pertenencia ni parte integrante del mismo.
- Como objeto de derechos es un bien: inmaterial, inmobiliario, «intra commercium», divisible, consumible (por cuanto su destino normal provoca la transformación en otro bien de diversa naturaleza), fungible, individualizable, apropiable por disposición de la Ley, transmisible (ya como cauce de ejecución del planeamiento, a través de las TAUs, ya para realizar intereses particulares) y susceptible de gravamen (pudiendo ser hipotecado autónomamente).
- Su naturaleza jurídica no es la de facultad del dominio inmobiliario, sino un derecho subjetivo diferente, de carácter real, pleno, oponible a tercero, de goce y caracterizable como propiedad especial a partir de las exigencias de su función social. Es un derecho de propiedad con un objeto distinto del suelo aunque se haya de transformar en él mediante la edificación
- La adquisición del AU puede ser originaria (cumplimiento de los deberes de cesión, equidistribución y urbanización) o derivativa (por medio de negocio jurídico traslativo cuyo objeto sea el AU).
- La titularidad del AU aparece ligada en principio —en función de la legislación autonómica esto es claramente variable— a la del suelo ordenado.
- Se extingue por destrucción jurídica de su objeto por alteración del planeamiento o por expropiación. No es susceptible de abandono.
- Una vez concretado, es protegible por medio de acción reivindicatoria y, en su caso, interdicto de obra nueva (ante actuaciones indebidas de aprovechamiento por terceros).
- La extensión de la hipoteca constituida sobre el suelo, en relación con AU es compleja. Si se hipoteca un suelo rústico, el AU adquiri-

do posteriormente por el hipotecante por la transformación de aquél, el gravamen no se extiende a éste. Tampoco en caso de hipoteca de suelo urbanizable o urbano antes de nace del derecho al AU. Todo salvo pacto expreso en contra.

En cambio, si se hipoteca el AU, el gravamen se extiende al suelo. Y cuando el AU se transforma en edificación, ésta se subroga realmente en el lugar de aquél como objeto de la hipoteca. Lo mismo en caso de indemnización por pérdida de aprovechamiento.

Es ejercitable la acción de devastación de LH, art. 117 por el acreedor hipotecario en caso de incumplimiento por el dueño de los deberes urbanísticos.

– La publicidad de los actos relativos al AU se efectúa por medio del Registro de la Propiedad, con inscripción no constitutiva que puede abrir folio independiente, y el Registro de Transferencias de Aprovechamientos —de carácter administrativo—.

Sobre todo lo anterior, la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de La Rioja destaca la vocación inmobiliaria del aprovechamiento urbanístico. De modo que no obstante ser susceptible de tráfico jurídico y registral independiente, el aprovechamiento carece de sentido si finalmente no se concreta en la parcela receptora, con la que forma un todo, pudiendo ser considerado en ocasiones como derecho con objeto transitoriamente indeterminado.

2) Tributación de la transmisión de terrenos urbanizados o en curso de urbanización. Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de fecha 14 de marzo de 2005.

En el ámbito del régimen tributario de las transmisiones inmobiliarias, pueden diferenciarse tres hipótesis de partida:

– Transmisiones de inmuebles entre particulares, caracterizadas por su sujeción al impuesto sobre transmisiones patrimoniales —modalidad transmisiones onerosas.

– Transmisiones de inmuebles por sujetos que tienen la condición de empresario de acuerdo con la Ley 37/1992, del impuesto sobre el valor añadido —LIVA—, art. 5. 1 d) —los que han urbanizado—: sujeción a IVA.

– Transmisiones de inmuebles entre sujetos que no han urbanizado, pero cuya actividad profesional es la compraventa de terrenos: sujeción a IVA.

Nos centramos en la segunda. En todo caso, han de distinguirse dos fases: la urbanización y la transmisión de terrenos urbanizados o en curso de estarlo. Éste es el ámbito analizado (LIVA art. 20. 1. 20º).

Por regla general, estas operaciones de entrega de bienes están sujetas a IVA (por LIVA, arts. 4 y 5. 1 d). El que urbaniza tiene la condición de empresario a efectos del impuesto, lo que sucederá en el sistema de compensación con intervención de juntas de compensación fiduciarias (Reglamento de Gestión Urbanística art. 129), o en cooperación. No en caso de compensación con intervención de una junta no fiduciaria (por otra parte, no frecuente).

En relación con las actuaciones de urbanización y reparcelación de terrenos por quienes previamente no tenían la condición de empresarios o profesionales, es doctrina reiterada de la DGT que tal condición no se adquiere por los propietarios afectados de la unidad de ejecución mientras no se les incorporen los costes de urbanización de dichos terrenos. Lo cual tiene lugar:

- en el supuesto de abono de dichos costes por medio de derechos de aprovechamiento urbanístico en el momento en el que se entiendan entregados tales derechos (momento en el que el acto de reparcelación produce sus efectos, que será el mismo para todos los propietarios afectados por el proyecto de actuación urbanística: ya el anuncio público en boletines, tablones y prensa (RGU, art. 111), ya la publicidad registral (lo primero en el tiempo);
- si se hace el pago en dinero, en el instante del pago de la primera derrama correspondiente a la prestación de servicios de urbanización.

El régimen de exención se establece en LIVA art. 20. 1 20º. Sobre ésta, es cuestión controvertida la de cómo ha de interpretarse la expresión «en curso de urbanización» antes mencionada. Cabe sostener dos posturas.

a) Jurídica. No debe entenderse referida al momento en que se inician físicamente las obras de urbanización ya que, por razón de la calificación del suelo, la ejecución material de aquéllas requiere en ocasiones de unas actuaciones previas que exigen la aprobación de los imprescindibles instrumentos de planeamiento sin los cuales no es posible acometer legalmente obra alguna (AN 16-5-00 JT 1966). En este sentido, basta con que se encuentre aprobado definitivamente el plan parcial correspondiente (TS 15-2-94); o los instrumentos de planeamiento de donde resulta la adquisición del derecho a urbanizar (AN 12-4-02 JT 59447; 1-6-01 JT 1602; TEAC 24-4-03; 7-5-03). Exi-

giéndose, a veces, la aprobación de proyecto de urbanización (TEAC 24-11-04; 23-1-03).²

b) Material En contra de lo anterior, puede aplicarse un concepto material de urbanización, en el sentido de preparación física del terreno para recibir la construcción (TS 19 de abril de 2003 RJ 4010; TSJ Navarra 24 de noviembre de 1999 JT 1980; TEAC 21 de octubre de 1998 JT 1870, Dirección General de Tributos, Res 1 de abril de 2003; TEAR La Rioja 26 de abril de 2004; 29 de octubre de 2004).

Merecen especial mención dos resoluciones posteriores a TS 19 de abril de 2003 RJ 4010.³

Primera. TEAC 24 de noviembre de 2004. Vuelve a mantener con posterioridad a la sentencia TS citada el primer criterio de los dos expuestos, sobre la base de que no existe por el momento jurisprudencia en sentido técnico, al ser la citada la única sentencia TS con esta doctrina.

Segunda. TSJ La Rioja 14 de marzo de 2005. Afirma que el hecho de que un proyecto de urbanización esté en fase de ejecución (para lo cual es relevante que exista junta de compensación) no es determinante para alterar el régimen de la exención, que atiende a la preparación física de los terrenos para la construcción de vivienda. La doctrina del TS es «aplicable al caso de autos porque tal y como admite la parte demandante las obras de urbanización no se habían iniciado materialmente aunque sí se habían aprobado definitivamente tanto el plan parcial como el proyecto de reparcelación (*sic*) y además este criterio es coherente con la finalidad perseguida con la exención porque mientras el terreno no ha empezado a transformarse no hay ningún valor añadido que deba someterse a IVA y por tanto las transmisiones realizadas hasta entonces constituyen un tráfico civil de bienes sujeto a ITP y exento de IVA.

2 La sentencia TJCE 28 de marzo de 1996, *Gemeente Emmen/Belastingdienst Grote Ondernemingen* (asunto C-468/93), interpretando los artículos 13 B h) y 4.3 b) de la Sexta Directiva -exenciones inmobiliarias- señala que no es tanto el grado de transformación física de un terreno lo que determina la efectiva aplicación del IVA, como la circunstancia de que se trate de terrenos, «urbanizados o no», respecto de los cuales no haya duda que van a ser objeto de edificación en el futuro. Concretamente, indica que únicamente deben eximirse del pago del IVA «las entregas de terrenos no edificados que no estén destinados a la construcción».

3 Luego, han seguido esta línea Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2004 RJ 6819 y 8 de noviembre de 2004 RJ 7796.

3) *Impuesto sobre el valor añadido. Sujeción y exención. Requisitos de ésta. Flexibilización. Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de fecha 17 de marzo de 2006.*

La renuncia a la exención del IVA se somete a los siguientes requisitos (Reglamento del IVA, art. 8; TSJ La Rioja 13 de febrero de 2004): ser el adquirente sujeto pasivo de IVA y actuar en ejercicio de una actividad profesional o empresarial; tener aquél, derecho a la deducción total del IVA soportado por la adquisición; declarar por escrito estas dos circunstancias; comunicar fehacientemente al transmitente la renuncia con carácter previo o simultáneo a la entrega del bien (sin que tenga valor la renuncia tardía ni la hecha en documento en el que sólo conste la voluntad del adquirente, pero no la del transmitente en relación con la concreta operación de que se trate). En defecto del cumplimiento de estos requisitos —constitutivos— la transmisión queda sujeta a ITP-AJD —modalidad transmisiones patrimoniales onerosas—.

No obstante, se aprecia una cierta flexibilización: como pone de manifiesto la sentencia referenciada, siguiendo la línea de la doctrina de la Dirección General de Tributos, la declaración en la escritura de que «la presente compraventa constituye transmisión empresarial de inmuebles y por tanto sujeta a IVA; manifiesta la parte vendedora haberlo repercutido sobre la compradora para su ingreso en la Delegación de Hacienda» vale como renuncia. (Todo ello en relación con LIVA, art. 20. 1. 22°).

4) *Normas fiscales autonómicas. Disposiciones legales y criterios de gestión. Sentido del término «mismo documento». Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, sentencias de fechas 11 de mayo de 2005 y 13 de junio de 2005.*

Por medio de las denominadas leyes de acompañamiento, se incorporan ciertas medidas legislativas a través de las que las comunidades autónomas ejercen su potestad normativa en materia de tributos estatales cedidos —total o parcialmente— en aplicación de su corresponsabilidad fiscal.

Una de estas medidas consiste en establecer una tarifa diferente a la contenida en el Real Decreto Legislativo 1/1993, texto refundido del impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas y actos jurídicos documentados, fijando ciertos tipos superreducidos para algunas operaciones dentro de la modalidad «transmisiones onerosas». Es el caso de las transmisiones inmobiliarias.

Son ejemplos de estas medidas las Leyes del Parlamento de La Rioja 10/2002; y 8/2004 —no en cambio la última Ley de acompañamiento (la

13/2005)—; Ley de las Islas Baleares 8/2004; o el Decreto Legislativo de Aragón 1/2005.

Se aplica un tipo del 2% (o 3%) a transmisiones inmobiliarias en las que concurran conjuntamente las siguientes circunstancias:

- Ser aplicable el régimen de exención de LIVA art. 20. 1 20° a 22°.
- Ser el adquirente sujeto pasivo de IVA, actuar en ejercicio de su actividad empresarial o profesional y tener derecho a la deducción total de las cuotas soportadas del impuesto.
- No haberse renunciado a la exención de IVA.
- Además, en La Rioja, expresar en el mismo documento en el que se efectúa la transmisión que no se ha producido renuncia a la exención de IVA y solicitar la aplicación del tipo reducido.

En sede de gestión es frecuente encontrar una aplicación restringida de la expresión «mismo documento». Sin embargo, ha de imponerse el criterio contrario, más amplio. No cabe identificar documento con acto de otorgamiento del documento. Se considera procedente seguir el Reglamento Notarial (Decreto 2-6-1944 art. 153 redacción dada por 1209/1984) sobre subsanación de documentos. Puede así rectificarse el documento inicial dentro del plazo de autoliquidación (30 días). No después.

Por medio de las sentencias referenciadas se confirma el criterio del Tribunal Económico-Administrativo Regional de La Rioja (por ejemplo, resolución de 30 de noviembre de 2004).

5) Ruina económica e IVA. Coste de reposición. Cálculo del 50%. Aplicación de tipos reducidos de IVA. 7% frente a 16%. Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de La Rioja de 3 de enero de 2005.

Como es sabido, dentro de la denominada ruina económica se encuentra el supuesto de que el coste de reposición del inmueble afectado —es decir obra precisa para adecuarlo al estado de conservación requerido— llegue a o supere el 50% del valor del bien. Dentro del importe del citado coste se incorpora la cuota tributaria por impuesto sobre el valor añadido que se haya de soportar por el titular.

Pues bien, no debe al hacerse el cálculo hipotético correspondiente, aplicarse de manera mecánica el tipo general del impuesto (16%), sino tomar el que corresponda, que puede ser en algún supuesto el reducido (7%).

Sucede así en el caso resuelto por la sentencia, en la que la indebida aplicación del 16% frente al procedente 7% lleva a considerar contraria a Derecho la declaración de ruina económica.

6) *Tributos autonómicos. Tasas por aprobación/alteración del planeamiento urbanístico. Inconstitucionalidad Auto del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de fecha 31 de enero de 2006.*

Previstas en el Decreto Legislativo de la Comunidad de Madrid 1/2002, de tasas y precios públicos modificado por la Ley de la Comunidad de Madrid 2/2000 y en la Ley del Parlamento de La Rioja 6/2002, de igual denominación, se ha planteado cuestión de inconstitucionalidad contra la tasa 07.16 establecida en la Ley riojana por medio del Auto citado

La Sala considera que no se dan en los tributos citados los caracteres propios de lo mismos de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 58/2003, General Tributaria: realización de una concreta actuación o actividad administrativa con un beneficio específico para el sujeto pasivo de aquellos.

El carácter normativo del planeamiento (variable pero siempre presente) impide que tal beneficio singularizado se produzca, pues no hay servicio público prestacional alguno. Incluso en caso de planes de iniciativa particular.

En consecuencia se lesiona el bloque de la constitucionalidad compuesto por (de acuerdo con la Ley Orgánica 3/1979 del Tribunal Constitucional, art. 28) la Constitución en sus artículos 31. 1 y 133. 2 y la Ley Orgánica 8/1980, art. 7 en relación con la Ley 8/1989, de tasas y precios públicos, arts. 12-16.

Dado que la resolución analizada parte como fundamento central y casi único, del carácter normativo de los instrumentos de ordenación urbanística, procede analizar con cierto detalle la cuestión, a los que se procede en las páginas siguientes.

Efectivamente. La potestad de planeamiento constituye una verdadera potestad administrativa, entendida, con la STS de 20 de octubre de 1994 (RJ 8086), como «poder jurídico reconocido por el ordenamiento cuyo actuación exige que se concreten ciertas circunstancias fácticas determinantes del ejercicio del mismo en el plano de la legalidad aplicable.»⁴ Es una subespecie de

4 Sostiene esta sentencia que «todo ejercicio de potestad por parte de la Administración genera una relación jurídica con el administrado, sometida al Derecho administrativo, en la que aquella — la Administración— ocupa la situación de sujeto activo».

la potestad reglamentaria y puede definirse como el poder conferido a los órganos competentes para la aprobación del planeamiento de cualquier tipo (en el ámbito de la ordenación del territorio y del urbanismo, de los recursos naturales, de sectores estratégicos de actividad, etc...). En el campo de lo territorial y urbanístico es una potestad intensa, pues implica no sólo la creación de normas jurídicas de validez general, sino la determinación y definición del contenido de los derechos patrimoniales inmobiliarios de los administrados (entre ellos, especialmente, el de propiedad raíz). Y se descompone en las dos vertientes del planeamiento, la territorial y la urbanística.⁵⁻⁶

La titularidad de esta potestad⁷ corresponde —según lo dicho anteriormente— a las Comunidades Autónomas y a las Corporaciones Locales, a salvo de la competencia estatal en Ceuta y Melilla. El Estado carece de título competencial sobre la misma (TC 61/1997), sin perjuicio de que pueda aquél planificar territorialmente a través de diversos instrumentos (que no son planeamiento territorial ni urbanístico) el ejercicio de sus competencias sectoriales (por ejemplo carreteras o redes de comunicación) incidiendo en el planeamiento territorial y urbanístico aprobado por aquéllas (SSTC 149/ 1991, 36/ 1994).

Dado que la planificadora es una concreción de la potestad reglamentaria, es forzoso concluir que los productos aprobados por medio de aquélla tienen —en sus determinaciones normativas— condición de norma jurídica⁸ y participan, por lo general, de la condición de reglamentos.⁹ La STC 149/1998, afirma lo siguiente. «Como ha señalado este Tribunal en la STC

5 La primera superior y la segunda sometida a aquélla. No obstante, la notable diferencia de contenido y objeto del planeamiento territorial y de los instrumentos urbanísticos, en algunos casos aquellos contienen determinaciones propias de estos, cumpliendo su función (supuesto previsto en el artículo 76. 2 del Decreto de Castilla y León 22/2004, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley 5/1999, de urbanismo); y —más extrañamente— estos, determinaciones de ordenación territorial (supuesto admitido en la reciente Ley de la Comunidad Valenciana 4/2004, de ordenación del territorio y protección del paisaje, en sus artículos 95 y concordantes).

6 El carácter indisponible de este poder jurídico se ha puesto de manifiesto muy frecuentemente, en relación con la figura de los convenios urbanísticos. Muy citada en este aspecto, STS 15 de marzo de 1997 RJ 1677. En esta línea, también la de 5 de diciembre de 1994 RJ 9821.

7 Esencialmente discrecional.

8 STS de de 21 de septiembre de 1993 (RJ 6623); 7 de febrero de 1987 (RJ 2750), 17 de octubre de 1988 (RJ 7760), 9 de mayo de 1989 (RJ 4114), 6 de noviembre de 1990 (RJ 8803), 22 de mayo de 1991 (RJ 4286) etc

9 A salvo de los instrumentos territoriales de rango legal. En El ámbito del planeamiento urbanístico tanto el originario o general como el derivado o de desarrollo responden a ese

56/1986, en relación con el ejercicio por el Estado de las facultades que podía asumir conforme al art. 180.2 T.R.L.S. (1976), en términos perfectamente aplicables a la ordenación del territorio, el planeamiento territorial y urbanístico forma parte del ordenamiento jurídico al que están sujetos todos los poderes públicos (art. 9.1 C.E.), de modo que el Estado tendrá que conformar, en principio, los actos que pretenda realizar al planeamiento existente. Sólo cuando no resulte posible esa adecuación y el excepcional interés público exija no sólo proceder por vía de urgencia, sino no respetar el planeamiento establecido, cabrá apartarse de éste, si bien, como se ha precisado también en la mencionada Sentencia, la concurrencia de tales requisitos no puede ser apreciada discrecionalmente por la Administración del Estado y los Acuerdos que al respecto adopte serán recurribles ante la jurisdicción competente, corres-

carácter. Por excepción, se ha discutido el de los proyectos de delimitación de suelo urbano, a los que se ha calificado en ocasiones de actos administrativos generales, reconociéndosele en otras una «cierta cualidad de instrumento de ordenación urbanística» (STS de 3 de junio de 1996 RJ 5135).

Por otra parte, es claro que los catálogos no son instrumentos de ordenación; sino, a lo sumo, complementarios de estos; aunque en alguna norma sectorial se prevén catálogos no sólo como relaciones de bienes determinados y con ciertas cualidades, sino con determinaciones vinculantes para el planeamiento (Ley del Parlamento de La Rioja 7/2004, de patrimonio histórico); e incluso se consideran expresamente como instrumentos de planificación, aunque complementaria (Ley de la Comunidad de Madrid 9/2001, del suelo, artículo 34). En general puede sostenerse que el catálogo es un documento accesorio del planeamiento que complementa (en cuanto simple relación de bienes) y carece, desde el plano sustantivo, de independencia sustancial. No tiene carácter normativo; su función es concretizadora de bienes pero no tiene carácter innovador del ordenamiento jurídico y por ende normativo. En definitiva como señala la STS de 25 de mayo de 1988 RJ 3961 «los **catálogos urbanísticos** tienen carácter complementario, de los planes a que se refieran, no sólo de los especiales de protección —sino también de los generales o de las normas complementarias o subsidiarias de planeamiento, ya que a tenor del artículo 86.2 del Reglamento de Planeamiento se pueden incluir en ellos relaciones de bienes concretos que, situados en cualquier sitio del suelo, deban ser objeto de conservación o mejora—, aunque el ámbito o alcance de las medidas de protección de los bienes catalogados serán los que determinen las normas del plan general, especial o normas complementarias y subsidiarias que complementan, dada la naturaleza eminentemente instrumental de los catálogos.» Sin embargo, se considera aplicable a la memoria del catálogo, cuyo valor es trascendental porque exterioriza las razones que justifican las determinaciones al respecto y que se erige en límite de las singulares decisiones de catalogación —la doctrina jurisprudencial acerca del carácter vinculante de la memoria de los planes (SSTS de 20 de diciembre de 1991 RJ 314; 13 de febrero de 1992 RJ 2828; 23 de abril de 1998 RJ 3102)—.

Tampoco son disposiciones reglamentarias, por no integrarse en el planeamiento, los proyectos de urbanización. Esta figura «es simplemente un proyecto de obras que tiene por finalidad llevar a la práctica los Planes Generales Municipales en el suelo urbano, los Planes Parciales y en su caso las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento

pondiendo a los Tribunales decidir si se han dado determinados presupuestos de urgencia o excepcional interés público y si era necesario, en su caso, apartarse del planeamiento establecido».¹⁰

La naturaleza reglamentaria del **planeamiento urbanístico** ha sido reiteradamente reconocida por la jurisprudencia (SSTS 21 de marzo de 1990 RJ 2247; 29 de abril de 1985 RJ 3529; 15 de diciembre de 1986 RJ 1987; 23 de octubre 1987 RJ 8754; 7 de noviembre de 1987 RJ 8783). En este sentido, la primera de las citadas afirma, en relación con los estudios de detalle, que estos «como una manifestación del planeamiento urbanístico a que se refiere el artículo 14 de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, siquiera limitados a las funciones específicas de complemento, adaptación o desarrollo de una ordenación previa, participan de la naturaleza propia de las disposiciones de carácter general contra las que se da el recurso contencioso-administrativo directo del artículo 39.1 de la Ley Jurisdiccional [de 1956] y también es admisible su impugnación indirecta a través de sus actos de aplicación...»

—u otros instrumentos de la legislación autonómica—. No pueden contener determinaciones sobre ordenación, ni régimen del suelo y de la edificación y deberán detallar y programar las obras que comprendan, con la precisión necesaria para que puedan ser ejecutadas por técnico distinto de su autor. Tampoco podrán modificar las previsiones del Plan que desarrollan, pero pueden efectuar las adaptaciones exigidas por la ejecución material de las obras. Deben ir acompañados de memoria descriptiva, plano de situación en relación con el conjunto urbano, planos de proyecto y de detalle, mediciones, etc. Son instrumentos para el desarrollo de las determinaciones que el Plan prevea en cuanto a obras de urbanización, vialidad, abastecimiento de agua, alcantarillado, etc. En la ejecución material de las obras se pueden efectuar las adaptaciones de detalle exigidas por las características del suelo y subsuelo, sin que ello suponga alteración de las determinaciones sobre ordenación o régimen del suelo o de la edificación de los predios afectados por el proyecto, porque, en tal caso sí deberá aprobarse, previa o simultáneamente, la correspondiente modificación del Plan (artículos 67 a 70 del Reglamento de Planeamiento). Es clásica la doctrina que se ha referido al **proyecto de urbanización** como proyecto de obras en sentido técnico, sin auténtico contenido normativo o planificador, sino con un marcado carácter técnico-instrumental para el desarrollo de la actividad precisa en orden a la ejecución de las obras de infraestructura, equipamientos y servicios, que excluye, desde luego, toda posible determinación sobre ordenación o régimen del suelo o de la edificación y que impide también toda modificación de las previsiones del plan que ejecuta, salvo en el supuesto antes citado -SS. 24 marzo y 12 junio 1987 RJ 3805 y 6126), 27-9-1990 RJ 7396, etc.» (STS 22 de diciembre de 1992 RJ 9773).

¹⁰ Se refiere esta sentencia al supuesto de la necesaria ejecución de obras públicas de interés general contrarias al planeamiento en vigor, previsto actualmente en el artículo 244 del Real Decreto Legislativo 1/1992 y en la mayor parte de las leyes urbanísticas autonómicas.

De acuerdo con ello, se ha concluido en general que la aplicación del principio de jerarquía normativa determina el absoluto sometimiento de los instrumentos inferiores a las previsiones y determinaciones del plan superior.¹¹ Sin perjuicio de que la relación entre instrumentos pueda responder en ocasiones al principio de especialidad, que matiza el anterior;¹² y siempre al de unidad del planeamiento (manifestación en este ámbito del de unidad del ordenamiento jurídico), que supone la negación de cualquier estanqueidad en los instrumentos urbanísticos (y aun territoriales), conjunta y aisladamente considerados, y su proceso de aplicación. Efectivamente, «el principio de unidad de planeamiento exige de un proceso unitario y escalonado que va de lo más general a lo más concreto, del Plan a la urbanización a través del proyecto, último escalón del proceso, todo en tal forma que cada Plan inferior se subordina al superior y todos a la Ley, como tantas veces se viene repitiendo, entre otras, en la Sentencia de esta Sala de 28 enero 1977, confirmada por la del T. S. de 24 noviembre 1980 (RJ 4596) todo ello a través de un sistema de actuación de los previstos en la Ley que la Administración elige en uso de sus facultades discrecionales pero limitadas por una serie de circunstancias tales como necesidades, medios, colaboración de la iniciativa privada y características de la zona; actividades todas de planeamiento y ejecución que han de seguir un orden y sincronización, sin las cuales resulta imposible la disciplina urbanística necesaria para evitar el anárquico crecimiento de la Ciudad...»

En definitiva, es claro que los instrumentos de ordenación no responden al concepto de acto administrativo, sin perjuicio de que en su procedimiento de aprobación, se dicten actos de tal especie. Generalmente, aunque con algu-

11 Muy clara en este sentido la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 24 de noviembre de 2004, citando a su vez la de 23 de enero de 2003, (que recogemos por lo atípico), que afirma, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, «que un plan parcial de ordenación no puede contradecir las previsiones del plan general so pena de incurrir en nulidad, precisamente porque los planes parciales tienen su eficacia supe- ditada a la del plan general que trata (sic) de desarrollar y del que dependen, al que se encuentran vinculados, no siendo sino una consecuencia del mismo, al que se tiene que subordinar en su desarrollo práctico y legal, sin posibilidad de contradecirlo o modifi- carlo.»

12 En este línea, STSJ Cantabria de 1 de octubre de 1999 (RJCA 3244), dispone que «no puede perderse de vista que nos encontramos ante un edificio catalogado e incluido en el Plan Especial de Protección y Catalogación del municipio de Torrelavega, de directa y prefe- rente aplicación al supuesto de autos, con preferencia sobre el Plan General, ya que la rela- ción entre ambos instrumentos de planeamiento urbanístico no es de jerarquía sino de especialidad, Plan Especial que en su art. 3.5.3 b) excluye los edificios catalogados de la situación de fuera de ordenación.»

na variación en función de la Ley aplicable, se suceden tres actos esenciales en dicho procedimiento: los de aprobación inicial, provisional y definitiva. Los dos primeros, de trámite; el tercero, definitivo, subsumido en el régimen de impugnación de la norma que aprueba.¹³

Como consecuencia de ello, se someten a la regla de inaplicación o «aparcamiento» de los reglamentos ilegales (STS 23 de junio de 2003 RJ 4568), formulada en el artículo 6 de la LOPJ, así como al recurso contencioso-administrativo indirecto (SSTS 14 de marzo de 1988 RJ 20000; 22 de enero de 1988 RJ 330; 15 de junio de 1987 RJ 6130), y a la cuestión de ilegalidad.

Ahora bien, no todo el contenido de un plan urbanístico tiene alcance normativo, sino que algunas de sus determinaciones pueden tener carácter singular.¹⁴ Es el caso de las determinaciones delimitadoras o de modificación

13 Como tales actos de trámite simples, no cabe su impugnación autónoma (artículo 107. 1 de la Ley 30/1992). Sin embargo, excepcionalmente es permisible la impugnación de los actos intermedios de formación de los instrumentos de planeamiento cuando se presente una nulidad de pleno derecho de modo «tan ostensible y patente que permita anticipar el juicio sobre la legalidad del acto final, evitando la continuación de un procedimiento que se sabe de antemano viciado con defectos de imposible reparación» (STS 23 de enero de 2004 RJ 147; 14 de julio de 2001 RJ 9000; 27 de marzo de 1996 RJ 2220).

Por otra parte, se aplica a los planes e instrumentos urbanísticos y a sus actos de aprobación definitiva, la regla del artículo 107. 3 de la Ley 30/1992, conforme al cual «contra disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa», como expone con detalle la Sentencia del TSJ de La Rioja de 23 de marzo de 2001. Diferente de lo cual es el potestativo requerimiento de anulación o derogación previsto en el artículo 44 de la Ley 29/1998, que en caso de que la impugnante sea una Administración o entidad pública, puede deducirse previamente contra estos instrumentos.

14 Muy gráfica es en este aspecto la STS de 17 de octubre de 1988 (RJ 7848), seguida, entre otras, por la STSJ del País Vasco de 21 de noviembre de 2003. «Ciertamente la afirmación de la naturaleza normativa de los Planes es susceptible de matizaciones en razón del heterogéneo contenido de aquéllos: como la doctrina ha indicado con acierto, el planeamiento engloba la actuación de dos potestades distintas, una de auténtica naturaleza reglamentaria -normas relativas a la utilización del suelo, etc.- y otra que se traduce en la ejecución de obras públicas de urbanización —dirigida a la transformación material de la realidad, sin la cual el Plan será un «dibujo muerto»—. Pero ocurre que ambos elementos integrantes del contenido del Plan están íntimamente ligados entre sí y así, con referencia concreta al tema litigioso —corrección de una unidad de actuación—, la jurisprudencia, a veces, con ocasión de la impugnación directa del Plan, ha declarado que las cuestiones planteadas no pueden resolverse «hasta el momento de la ejecución» —STS de 29 de junio de 1986 RJ 6777—. No podría admitirse que la impugnación directa del Plan deje fuera esas cuestiones, para luego, en el momento de la ejecución, entender que hubieran debido ser planteadas precisamente en la impugnación directa. Esta íntima conexión de los distintos elementos integrantes del Plan abre con generalidad la posibilidad de su impug-

de unidades de actuación, que carecen de alcance reglamentario, siendo concretos sus destinatarios y su vigencia no indefinida sino referida a un período de ejecución específico, de manera que no cabe contra aquéllas la vía del recurso contencioso-administrativo indirecto (SSTS 4 de julio de 2000 RJ 7005; 21 de junio de 2000 RJ 5474; 27 de mayo de 1999). Como expresa la primera de estas sentencias, «... precisamente, la cuestión ha quedado planteada en los términos expuestos en el segundo y último motivo de casación, en el que se alega la infracción del art. 39.2 y 4 de la Ley Jurisdiccional [1956], puesto que la petición de anulación de los Estatutos y Bases de Actuación está fundada en la impugnación indirecta del Plan Especial antecitado, en cuanto a que en el mismo se dividía la Unidad de Actuación 1P en dos polígonos A y B, por lo que al ser ilegal esa división poligonal, también lo eran como consecuencia inexorable, los Estatutos y Bases, aprobados para el polígono B». «La argumentación de parte se basaba en que dado el carácter normativo de los planteamientos urbanos, como reiteradamente tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala, pueden ser impugnados los actos dictados en ejecución de un Plan, con fundamento en la ilegalidad del Plan o de aspecto esencial del mismo afectante a esa división poligonal». Y sigue. «Todo acabado de afirmar se ajusta enteramente a la legalidad vigente, pero como ya tiene declarada esta Sala en [las sentencias antes citadas, entre otras], la delimitación de una Unidad de Actuación o su modificación, para su ejecución, y las determinaciones que efectúa al efecto el Plan, carecen de los elementos necesarios que permitan calificar a tal Delimitación como una verdadera norma o disposición administrativa de carácter general, sino más bien, siendo concretos y determinados sus destinatarios y su vigencia no indefinida sino referida a un concreto período de ejecución, la calificación adecuada debe ser la de acto administrativo singular, por lo que en definitiva, y al no tener la consideración de norma jurídica de carácter general, la delimitación divisional de los polígonos A y B, es llano que no cabe contra la impugnación de la misma, la vía del recurso **indirecto** planteado en base a los apartados 2

nación indirecta...», lo que lleva a la Sala del TSJ citada sentenciadora —en contra de la doctrina del Tribunal Supremo que se recoge en el texto principal— a admitir una impugnación indirecta de la delimitación de una unidad de actuación efectuada en unas Normas Subsidiarias, sobre el argumento de que, a pesar del contenido singular de tal extremo, otra solución sería « un foco de quiebra del principio de seguridad jurídica, más aún cuando no se articulan las pautas de intervención de los interesados, y singularmente en cuanto a su notificación coherentemente con esa naturaleza de acto administrativo, con incidencia singular de concretos afectados, para que pueda irradiar ese contundente efecto de acto firme y consentido, que en relación con las disposiciones reglamentarias y sus actos de aplicación, no podrá operar, dado que no impide impugnar el acto de aplicación soportado en la ilegalidad de la norma.»

y 4 del art. 39 de la Ley Jurisdiccional, procediendo pues la desestimación de este motivo y de la impugnación indirecta del Plan Especial en cuanto a esa delimitación poligonal, así como de su consecuencia anulatoria de los Estatutos y Bases de Actuación del polígono B. Todo ello, naturalmente sin perjuicio de la resolución de fondo que en su día recaiga sobre la impugnación directa de ese Plan».15

Tampoco tiene alcance reglamentario, por carecer de las notas de permanencia, generalidad y ordinamentalidad, las determinaciones relativas al señalamiento del sistema de actuación o ejecución del plan de que se trate (como afirma la STS 27 de mayo de 1999 RJ 3647). Pues «...la fijación del sistema de ejecución (se encuentre previsto en el propio plan o se señale después por el procedimiento legalmente establecido) es sólo el señalamiento de qué normativa —cooperación, compensación, expropiación [o sistemas establecidos en la normativa autonómica actualmente vigente]— debe ser aplicada para la gestión urbanística de un polígono o unidad de actuación; es decir, es sólo la concreción de las normas aplicables. Concreción referida a un solo espacio físico que se agota una vez que la gestión ha concluido. Se trata por tanto de un acto que no se encuadra en el ordenamiento jurídico, para su aplicación sucesiva y reiterada (como las normas) sino que surte sus efectos una vez sola y exclusiva [...].2 Por ello, «no es posible la impugnación indirecta del acto de señalamiento del sistema de ejecución».16

Por fin, en el plano de la ordenación territorial, es frecuente la inclusión de contenidos en sus instrumentos de alcance programático o de tipo directriz orientativa, careciendo tales de carácter normativo.

No cabe olvidar, por otro lado, que el plan presenta una particularidad sustancial respecto de otras disposiciones reglamentarias: su necesario con-

15 En cambio, los acuerdos o decisiones por los que se aplica la medida cautelar de suspensión de trámite y resolución de licencias urbanísticas por causa de encontrarse en tramitación un instrumento urbanístico o territorial, si bien no participan de ordinamentalidad, pueden impugnarse indirectamente, contra sus actos de aplicación, al afectar de manera directa a determinaciones normativas que, en defecto de aquéllos, serían aplicables (SSTS de 31 de enero de 2000 RJ 582; 27 de noviembre de 1990 RJ 9301). «Esta Sala [dice la primera resolución citada]... ha venido declarando que los acuerdos de suspensión de licencias aunque no puedan considerarse en rigor como disposiciones administrativas de carácter general, inciden mediatamente sobre las normas urbanísticas que en otro caso serían de aplicación para verificar la procedencia de las licencias de edificación solicitadas y en ese punto participan de la naturaleza reglamentaria de aquéllas, por lo que es posible su impugnación indirecta a través de los actos de aplicación.»

16 Reproduce este razonamiento la STSJ La Rioja de 16 de febrero de 2000.

tenido gráfico, expresado en los planos de información y ordenación (artículo 12. 3 b) del Texto Refundido de 1976 y sus preceptos concordantes del Reglamento de Planeamiento) o denominación equivalente de la legislación autonómica. Sobre este aspecto, es especialmente interesante el supuesto de contradicción entre la determinación normativa escrita y el grafiado de la misma. «Como ya ha dicho este Tribunal en alguna ocasión —STS de 23 de junio de 1987 (RJ 6522)— la posible antinomia entre los planos y lo expresado gramaticalmente en la norma urbanística tiene que resolverse a favor de lo resuelto por medio del lenguaje escrito, ya que los planos no reproducen materialmente el objeto grafiado sino que lo expresan mediante un reduccionismo, necesitado de unos cálculos y unas interpretaciones no inmunes a posibles errores...». «Para estos casos -dice la STS de 30 de abril de 1998 RJ 3106-, la jurisprudencia de este Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que debe otorgarse prevalencia al texto normativo (por todas, véase Sentencia de 16 febrero 1993 RJ 1204) lo que viene, además, avalado en el presente caso por el hecho de que existe un antecedente, que es el Convenio ya citado, el cual puede ser utilizado para venir en conocimiento de cuál fue la voluntad del planificador, que era la de incorporar el Convenio al futuro Plan General. Y si lo plasmó en la memoria y lo varió en la parte gráfica, es de suponer que la variación fue debida a un puro error material, que, como tal, carece de trascendencia jurídica alguna y puede ser rectificado en cualquier momento...».¹⁷

En fin, para concluir, acierta en nuestro criterio el Auto analizado, asumiendo implícita y explícitamente toda la elaboración jurisprudencial previa acerca del carácter reglamentario del plan o instrumento urbanístico. Surge, únicamente, la duda de si su tesis debe resultar aplicable a toda especie de

17 El valor interpretativo de los convenios de planeamiento respecto del instrumento al que se incorporan se resalta también por la STS de 29 de noviembre de 1993 RJ 9063. «Aunque un convenio urbanístico no tenga, en general y por sí sólo valor normativo reglamentario autónomo, ni pueda prevalecer en definitiva contra las determinaciones del Plan que ulteriormente se apruebe, es lo cierto que, en el presente caso, dicho convenio vino a formar parte del contenido del repetido Plan General en tanto en cuanto quedó incorporado al mismo; por tanto, las discrepancias que pudieren existir entre el grafiado o plano del Plan General correspondiente a dicha área urbana, el que evidentemente incurrió en error según se desprende del resultado de las pruebas practicadas y de la propia actuación municipal (cuya disparidad se centra en las referidas dimensión de la parcela litigiosa, superficie de la zona verde contigua y anchura de la vía peatonal colindante), y el contenido del repetido convenio urbanístico, dicha discrepancia debe salvarse dando preferencia a éste, a falta de Normas específicas del propio Plan que vengana a confirmar lo grafiado en el plano.»

aquellos o si, en algún caso, su tramitación o aprobación puede suponer una afectación o beneficio singular que justifique la exigencia del tributo indicado, a partir de la producción del hecho imponible que dicha tramitación o aprobación constituya.

7) *Procesos concursales. Prelación, clasificación y calificación de créditos. Recargos de apremio. Ausencia de carácter subordinado. Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Logroño, con competencias en lo mercantil. Sentencias 25 de abril de 2005 (2) 5 de noviembre de 2005, 25 de noviembre de 2005; 16 de mayo de 2006.*

Con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 22/2003, Concursal, se han generado ciertos conflictos interpretativos acerca de cuáles sean las «reglas del juego» que han de aplicarse en la resolución de los supuestos de concurrencia de créditos y acreedores, privilegiados y ordinarios, propios de los procesos concursales, caracterizados fatalmente por la existencia generalmente de un activo insuficiente para la satisfacción integral de los derechos implicados.

Uno de los frentes desplegados en este contexto es la consideración que haya de darse a los créditos por recargos —ya de apremio, frecuentemente; ya sobre autoliquidaciones—. Con carácter general, la casi totalidad de órganos judiciales especializados (juzgados de lo mercantil) y alguna audiencia provincial, han considerado que dichos créditos han de tener la consideración de sanciones y, por tanto y en aplicación del artículo 92 de la Ley Concursal, calificarse como subordinados. Todo ello en el contexto de «poda de privilegios» de los créditos públicos que caracteriza la nueva Ley.

Ciertamente, siendo compleja la cuestión, existen argumentos de peso para considerar lo contrario. Sintéticamente, pasamos a exponerlos.

I.- Según acaba de exponerse, la Ley Concursal regula en los artículos 89 y siguientes la clasificación de los créditos, diferenciando créditos con privilegio especial (cuya especialidad no resulta del tipo de crédito sino de garantía que se haya constituido para su aseguramiento); créditos con privilegio general (cuya característica definitoria deriva de la naturaleza del derecho); créditos ordinarios, que constituyen categoría residual que engloba los no calificados en esta Ley como privilegiados ni como subordinados); y, por fin, créditos subordinados (cuyo tratamiento jurídico implica una condición de segundo grado respecto del resto, de modo que no se tienen en cuenta para establecer el *quórum* en la Junta General ni tampoco dan derecho de voto en la misma; quedan sometidos a lo acordado en el convenio general que

podiera aprobarse posponiéndose su pago a un momento posterior a los demás; y, por fin, en el supuesto frecuente de resolverse el expediente por liquidación —no por convenio—, solo se paga si queda remanente después de abonar todos los demás).

El artículo 92 de la Ley que regula los créditos subordinados, los configura como créditos discriminados, fijando una relación tasada de los mismos que tiene *carácter excepcional*. Por ello, y aplicando principios generales del Derecho en la interpretación de las normas excepcionales, ha de entenderse la lista como cerrada, no extensible a supuestos no expresamente previstos. Lo que se ampara además en el artículo 158. 2 de la citada Ley que afirma cómo «el pago de estos créditos se realizará por el orden establecido en el artículo 92 y, en su caso, a prorrata dentro de cada número.»

De donde resulta que los recargos forman parte de la deuda tributaria, cuya calificación ha de ir unida junto con la parte de crédito principal a la que acompaña.

II.- Sin embargo, de lo anterior y de ausencia de referencia expresa en la lista del artículo 92, se viene aceptando la inclusión de los recargos en el apartado 4º de dicho artículo, «créditos por multas y demás sanciones pecuniarias». De manera que se identifican los conceptos de recargo y de sanción.

Y es aquí precisamente, el ámbito en el que las sentencias citadas desenvuelven su argumentación.

Se parte de la diferencia entre el «tinte sancionador» del recargo y la sanción, acudiendo a la doctrina constitucional evacuada al respecto. Fundamentalmente, la Sentencia del Tribunal Constitucional STC 164/1995, que afirma lo que se inserta a continuación:

«El recargo integra una penalización económica en caso de retraso en el pago para tratar de conseguir que éste se produzca dentro de plazo. En este sentido, su función es similar a la de la cláusula penal que pueden convenir las partes, en virtud de su autonomía de la voluntad, para impulsar el cumplimiento de las obligaciones en las relaciones privadas, que viene contemplada en los arts. 1152 y ss. CC (a la que también las partes, en virtud de aquella autonomía, pueden dar distintas configuraciones) y que prevé también el legislador en el ámbito de la contratación administrativa..., precisamente para el caso de demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones (penalidades de demora) y como medio para estimular el cumplimiento puntual de las mismas.

Sin embargo, el hecho de que los recargos tengan esa función coercitiva, disuasoria o de estímulo (lo que les da, como ha destacado alguna doctrina, un cierto matiz sancionatorio) no los convierte en sanciones en sentido propio, por cuanto su función no es represiva (...) La funcionalidad del recargo (como la de la cláusula penal en la contratación privada o en la contratación administrativa) no es la de una sanción en sentido propio, pues no supone un castigo por la realización de una conducta ilícita administrativamente sino un estímulo para el cumplimiento de las obligaciones tributarias o, lo que es lo mismo, una disuasión del incumplimiento.

(...) Es decir, el recargo estimula negativamente el pago puntual ante la amenaza de que, en caso de inobservancia del plazo, la deuda se incremente. Y además, una vez producido el incumplimiento del plazo de ingreso del tributo, supone un estímulo positivo para que el contribuyente regularice de manera voluntaria su situación fiscal, en la medida en que el importe del recargo es inferior al de las sanciones que le serían impuestas si no rectifica de manera voluntaria su omisión y da lugar a la actuación recaudatoria de la Administración tributaria. Con el recargo cuestionado se consigue, pues, un doble fin: estimular el pago puntual de la deuda...».

En este mismo sentido, considerando que el establecimiento de recargos en el ámbito tributario persigue estimular el cumplimiento temporáneo de las obligaciones fiscales: Sentencias del Tribunal Supremo 13 de noviembre de 1995 Ar. 164; 16 de septiembre de 1991 Ar. 141.

Recientemente, en este sentido la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de octubre de 2004.

De acuerdo con ello:

- Si la sanción tiene carácter represivo, retributivo y punitivo, el recargo carece de finalidad represiva.
- Si el recargo alberga un alcance disuasorio o de motivación al pago voluntario y temporáneo, tal disuasión es extraña a la sanción, cuyo fin es el ejercicio del *ius puniendi* del Estado.
- Si la sanción exige una tipificación formal y materialmente suficiente, y la tramitación previa de un procedimiento administrativo en el que, además rige con alcance constitucional el derecho fundamental a la tutela efectiva del artículo 24 de la Constitución, el recargo no precisa de tales garantías material y formal, sino que en el procedimiento administrativo con ocasión del cual devenga —si es que se tramita, pues es

automático—, el citado precepto constitucional y el derecho que consagra tienen alcance de mera legalidad.

En definitiva, recargo no es sanción, sino que acompaña al principal del crédito insinuado y su clasificación en el concurso será —deberá ser— la misma que la de éste.

III.- Subsidiariamente de lo anterior, a lo sumo podría entenderse que el recargo podría alcanzar cierto tinte sancionador en el caso de que su importe fuera, por comparación al principal, exagerado. En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla de 4-1-2002 RJCA 1228, entiende que el recargo puede tener este «tinte» en cuanto supere el importe de la sanción pecuniaria proporcional mínima establecida en la Ley General Tributaria. Si se atiende a la Ley General Tributaria vigente a la fecha del devengo de los créditos insinuados por la Hacienda Estatal en este proceso —la Ley de 1963, en la redacción dada por la Ley 25/1995— resulta que la sanción mínima porcentual era del 50% (artículo 87). Si se considera que ha de atenderse a la nueva Ley General Tributaria (Ley 58/2003, en vigor desde 1-7-2004), resulta igual porcentaje mínimo: 50% —arts. 191 y ss.—.

Dado que el peso porcentual de los recargos en este caso es muy inferior, ni siquiera con esta tesis de cierre cabría sostener su alcance sancionador.

IV.- En adición a lo precedente, la Ley concursal no desconoce la figura en estudio. En su artículo 91. 1º, «in fine» se refiere a los mismos, para poner de manifiesto que no han de ir separados del crédito privilegiado.

De acuerdo con lo dicho anteriormente, si se hubiera pretendido dar al recargo un tratamiento marginal, contrario a la regla «*accessorium sequitur principale*» así se habría hecho, al tratarse en este supuesto de una norma restrictiva.

Todas estas consideraciones, expresas las relativas a la no identificación del recargo con la sanción, nos llevan a calificar como acertada la consolidada doctrina del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Logroño, con competencias de lo mercantil, con la peculiaridad de ser el único juzgado en España que la sostiene, en contra incluso del criterio ya expresado en alguna sentencia de audiencia provincial. Aplicándose tanto a los recargos de apremio como a los recargos sobre autoliquidaciones.

8) *Procesos concursales. Finalización por liquidación, no por convenio. Problemática interpretación de la Ley Concursal, arts. 91 s con la Ley 58/2003, General Tributaria, art. 77. Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Logroño, con competencias en lo mercantil. Sentencia 16 de mayo de 2006. Auto 18-5-2006.*

En el mismo ámbito que el ordinal precedente, se expone en el presente otra de las diversas cuestiones discutidas y no claras en relación con las normas rectoras del proceso concursal: la posible contradicción existente entre el régimen general de la Ley Concursal, en cuanto a clasificación, prelación y graduación de créditos y la regla contenida en el artículo 77 de la Ley General Tributaria —en adelante, LGT.

El tenor literal del art. 77 LGT, es el siguiente:

«1. La Hacienda Pública tendrá prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concorra con acreedores, excepto que se trate de acreedores de dominio, prenda, hipoteca o cualquier otro derecho real debidamente inscrito en el registro correspondiente, con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 78 y 79 de esta Ley.

2. En caso de Convenio Concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal».

Sobre el problema planteado pueden sostenerse dos tesis.

A) *Prevalencia del art. 77. 2 LGT.* Conforme a este precepto legal, en el caso de que el deudor de la Hacienda Pública sea declarado en concurso, sólo se aplicará a los créditos tributarios la clasificación que establece la Ley Concursal si en el procedimiento concursal se adopta una solución de convenio. Si por el contrario, en el procedimiento concursal se adopta una solución de liquidación, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 77.1 LGT, de acuerdo con el cual la Hacienda Pública goza para su cobro de preferencia sobre todos los demás acreedores que no sean de dominio o cuyos créditos no estén garantizados con hipoteca, prenda u otro derecho real constituido en la forma legalmente establecida con anterioridad al crédito tributario.

La LGT es norma del mismo rango y posterior a la Ley Concursal (Ley 22/2003 de 9 de julio) y dada la derogación expresa que aquélla hace de todas las disposiciones que se opongan a lo establecido en ella (Disposición dero-

gatoria única de la LGT), la prelación de los créditos tributarios que establece el artículo 77 LGT ha de prevalecer sobre la clasificación que resulte de los artículos de la Ley Concursal.

Así resulta indudablemente de lo dispuesto en el art. 71.2 LGT que prevé expresamente la aplicación de la Ley Concursal sólo «*en caso de convenio*», quedando fuera por aplicación directa de dicho precepto legal en los supuestos de liquidación.

No se puede argumentar, de acuerdo con este criterio, que el art. 77 LGT no ha derogado para el caso de liquidación la clasificación que para el crédito tributario establece la Ley Concursal por ser ésta Ley especial.

1º.- Porque el tenor literal del precepto es claro, posterior y del mismo rango normativo.

2º.- Porque sobre la graduación de los créditos que para el caso de quiebra contenían los artículos 913 y siguientes del Código de Comercio primó la preferencia establecida en leyes posteriores del mismo rango (así, primó la preferencia que el artículo 71 LGT de 1963 estableció para el crédito tributario o la preferencia que el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores estableció para los créditos laborales, por ejemplo). Si el C. Comercio no era Ley Especial frente al artículo 71 LGT de 1963, no se entiende por qué ahora lo ha de ser la Ley Concursal frente al artículo 77 LGT de 2003, máxime cuando en este precepto se hace una mención específica sobre cuándo es aplicable al crédito tributario la clasificación que para el mismo establece la repetida Ley Concursal.

3º.- Porque la norma tributaria es también ley especial para los créditos de la Hacienda Pública.

4º.- No puede oponerse que el artículo 89.2 de la Ley Concursal establece que «*no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley*», porque una Ley (la concursal en este caso) no puede desplegar efectos prohibitivos sobre normas posteriores del mismo rango. No cabe una suerte de «congelación material» que impediría la renovación legislativa en un ámbito jurídico concreto y terminaría en el anquilosamiento de la norma que ya nunca podría modificarse, al no existir instrumento normativo para ello (las leyes orgánicas son para materias reservadas a ello por la Constitución).

Una Ley no es especial porque lo proclame un legislador, que no puede vincular ex post frente a posteriores del mismo rango. El carácter especial de una ley viene dado por su ámbito —objetivo o subjetivo—: una ley es especial, si desgajándose del núcleo central de una ordenación jurídica, regula categorías determinadas de personas, cosas o actos. Por ello mismo, el artículo 77 LGT, al referirse a una categoría determinada de crédito (el tributario), constituye ley especial frente a la clasificación que sobre los créditos pueda contener la L. Concursal. Ello máxime cuando, como antes se ha advertido, dicho artículo 77 LGT hace una mención específica sobre cuándo es aplicable al crédito tributario la clasificación que para el mismo establece la Ley Concursal y máxime cuando, si se atiende a la génesis de dicho artículo, es indiscutible que el legislador de la LGT quería inaplicar para el caso de liquidación la clasificación que para el crédito tributario establecía la Ley Concursal.

5º.- Tampoco puede oponerse la disposición adicional 8ª LGT según la cual «*lo dispuesto en esta Ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento*». Esta disposición no puede interpretarse en el sentido de *inaplicar* un precepto de su propio articulado sino que, al contrario, la misma prevé la expresa aplicación («se aplicará») de lo dispuesto en sus preceptos, de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento, lo que sin duda es una referencia procedimental. Carece de sentido que el legislador se preocupe en el artículo 77.2 de especificar claramente que *no siempre*, sino solo en el supuesto de convenio, es aplicable al crédito tributario la clasificación que del mismo establece la Ley Concursal y que luego, se pretenda por vía de «interpretación» que ese mismo legislador, en la disposición adicional 8ª, que *siempre* es aplicable al crédito tributario la clasificación que del mismo establece la tan mencionada Ley Concursal.

La citada disposición adicional 8ª lo que viene es a acomodar las referencias que la LGT realiza a instituciones o trámites de la Ley Concursal a los de la normativa reguladora de los procedimientos concursales vigentes hasta la entrada en vigor de la Ley Concursal (esto es, la normativa reguladora de la quiebra, suspensión de pagos, quita y espera y concurso de acreedores, según el caso). Y ello principalmente porque esta normativa es aplicable a los procedimientos concursales en los que entre el deudor a la Hacienda Pública desde el 1 de julio de 2004 (fecha de entrada en vigor de la LGT) hasta el 1 de septiembre de 2004 (fecha de entrada en vigor de la Ley 22/2003).

De acuerdo con lo expuesto es razonable sostener que la clasificación de los créditos tributarios que contiene la Ley Concursal sólo se aplican al caso

en que el concurso adopte una solución de convenio, no de liquidación, en cuyo caso rige la preferencia del artículo 77.1 de la L.G.T.

Todo lo dicho deriva del tenor literal del artículo 77 de la LGT, pero ya es indiscutible si se atiende a la génesis y elaboración parlamentaria de dicho precepto:

En el proyecto de la LGT (BO Congreso de los Diputados de 6 de junio de 2003) el artículo 77.2 establecía que *«en el caso de concurso los créditos tributarios, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal»*.

Durante la tramitación en el Senado se presentó la enmienda 332 (Boletín Oficial del Senado de 21 de octubre de 2003) proponiendo la redacción del artículo 77.2 LGT que finalmente fue aprobada. La justificación a dicha enmienda decía literalmente que *«la redacción del apartado 2, mencionado «concurso» en lugar de «convenio concursal» podía interpretarse como una pérdida del derecho de prelación de la Hacienda Pública con independencia de la suerte que corriera el proceso concursal, interpretación que no resultaría justificada para el caso de que el proceso entre en liquidación puesto que en estos supuestos ya no se trata de apoyar la viabilidad futura de la entidad concursada que era la razón última que justificaba la pérdida del privilegio de la Hacienda pública. De esta forma, la preferencia establecida en el apartado 1 se mantendría para los supuestos de liquidación, pero no en aquellos en los que se suscriba un convenio concursal que incluya los créditos tributarios»*

De acuerdo con ello, la mención de «convenio concursal» en el art. 77.2 LGT es intencionada y tiene directa y expresamente, por interpretación auténtica del mismo legislador, la finalidad de limitar su aplicación a tales casos, excluyendo el supuesto de liquidación.

B) *Prevalencia del régimen general de la Ley Concursal*. Frente a estas razones, puede también entenderse que ha de primar esta Ley como hacen las resoluciones analizadas, en cuanto que lo contrario:

- supondría una interpretación que a contrasentido pudiese tener efecto derogatorio de la Ley Concursal;
- porque desde un prisma gramatical, el precepto de la LGT sólo significa que quedan excluidos de la Ley Concursal los créditos no afectados por el convenio, debiendo recordarse el derecho de abstención de la Hacienda Pública como titular de los créditos;

– porque debe evitarse toda interpretación extensiva de las normas extraconcursoales, teniendo presente el artículo 89. 2 de la Ley Concursal, *in fine* «no se admitirá en el concurso ningún privilegio que no esté reconocido en esta Ley»;

– porque el criterio de interpretación auténtica —atendido el *iter* parlamentario de la LGT- debe atemperarse a la antes citada disposición adicional octava de la Ley Concursal.

Siendo, en fin, la cuestión francamente discutible, no compartimos la postura adoptada en este aspecto por el Juzgado.

SUMARIO

ESTUDIO

LORENZO MARTIN-RETORTILLO BAQUER

La defensa cruzada de derechos: La protección del medio ambiente
en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 11

NOTAS

AITZIBER EMALDI CIRIÓN

Derechos de los pacientes en la Comunidad Autónoma de La Rioja:
especial referencia a las instrucciones previas 35

JUAN ANDRÉS MUÑOZ ARNAU

El régimen electoral de La Rioja: Génesis y evolución 63

GLIKEYA PINO TARRAGONA

Público y privado en el modelo organizativo de la denominación
de origen calificada "Rioja". Problemática jurídica 105

MARÍA DE LA O URREA CORRES

La capacidad procesal de las Comunidades Autónomas
en el Derecho comunitario europeo 147

CRÓNICAS

JORGE APELLÁNIZ BARRIO

Crónica del Parlamento de La Rioja 175

ANTONIO FANLO LORAS

Crónica legislativa 201

IGNACIO GRANADO HIJELMO

Crónica del Consejo Consultivo 215

ALFONSO MELÓN MUÑOZ

Crónica de Tribunales 243

RECENSIÓN

JUAN RAMÓN LIÉBANA ORTIZ

Antonio Embid Irujo (dir.) *Derecho Público Aragonés* 271



UNIVERSIDAD
DE LA RIOJA



PARLAMENTO
DE LA RIOJA