

## **Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (\*)**

### **IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO. Agricultura. Encomienda de gestión Junta de Andalucía – FAGA.**

La cuestión a resolver se contrae a determinar si la Junta de Andalucía tiene o no la consideración de sujeto pasivo del I.V.A. en las actuaciones de intervención y regulación de mercados que lleva a cabo el FAGA en virtud del convenio de encomienda de gestión suscrito entre el Estado y la Administración autonómica el 21 de febrero de 1996 y cuyo traspaso de medios personales, materiales y créditos presupuestarios para la llevanza de dicha encomienda de gestión tuvo lugar mediante Real Decreto 511/1996, de 15 de marzo. La Administración autonómica a través del FAGA no realiza las actuaciones de gestión a que se refiere el párrafo anterior en el ejercicio de una actividad empresarial o profesional a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido.

*(St. de 6 de octubre de 2009. Sala de Sevilla Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)*

Se impugna en el presente proceso el acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía de fecha 3 de marzo de 2006, actuando como órgano unipersonal, desestimando las reclamaciones nº 41-05638 y 05639-2005, acumuladas, interpuestas contra las resoluciones de la Administración de Tomás de Ibarra de Sevilla de la A.E.A.T. practicando liquidaciones provisionales y declarando la no procedencia de las devoluciones solicitadas por el Fondo Andaluz de Garantía Agraria (FAGA) en relación con el I.V.A., ejercicios 2002 y 2003, por importe de 1.127.396,92 € y 274.664,23 €, respectivamente.

La cuestión a resolver se contrae a determinar si la Junta de Andalucía tiene o no la consideración de sujeto pasivo del I.V.A. en las actuaciones de intervención y regulación de mercados que lleva a cabo el FAGA en virtud del convenio de encomienda de gestión suscrito entre el Estado y la Administración autonómica el 21 de febrero de 1996 y cuyo traspaso de medios personales, materiales y créditos presupuestarios para la llevanza de dicha encomienda de gestión tuvo lugar mediante Real Decreto 511/1996, de 15 de marzo.

---

(\*) Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN.

Considera la Junta de Andalucía que la encomienda de gestión que lleva a cabo el FAGA, en cuanto organismo pagador de los gastos correspondientes a la Política Agrícola Común en Andalucía, función atribuida por el Decreto 332/1996, de 9 de julio, debe ser interpretada a la luz de la doctrina constitucional en cuanto al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la materia que se trata. En concreto se expone que en lo referente a la ejecución del Derecho Comunitario Europeo en el ámbito interno del Estado han de seguirse los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias, sin que esta sea una competencia nueva del Estado. De este modo, se citan diversas sentencias del Tribunal Constitucional que vienen en definitiva a señalar que la competencia del Estado que en materia de agricultura puede asumir el Estado, en particular en las condiciones de otorgamiento de ayudas comunitarias, en virtud de su título competencial sobre ordenación general de la economía (art. 149.1.13 CE) ha de limitarse hasta donde lo consienta la competencia general básica o de coordinación citada, dejando siempre un margen a las Comunidades Autónomas para desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación, correspondiendo como regla general a las Comunidades Autónomas la gestión de los fondos comunitarios.

De este modo, continúa la Administración demandante, nos encontraríamos que la Comunidad Autónoma de Andalucía, a través del FAGA, es la que lleva a cabo las operaciones de compra y almacenamiento; recepción y aceptación de ofertas, así como la realización de los pagos correspondientes y la devolución de las fianzas presentadas, además de la llevanza de la contabilidad de los productos adquiridos y todo ello en virtud de la competencia exclusiva que le viene atribuida, en general por el bloque de la constitucionalidad, y en particular por el Real Decreto 511/1996 y que obligan a una reinterpretación del convenio de encomienda de gestión.

Sobre esta premisa, se señala en la demanda que la Junta de Andalucía tendría la consideración de sujeto pasivo del I.V.A. en las operaciones de compra y venta de productos que lleva a cabo en el ejercicio de la actividad de intervención de productos agropecuarios dirigida a la regulación del mercado de dichos productos, según resulta del art. 5 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del tributo, cumpliendo además las obligaciones que a los sujetos pasivos establece el art. 164 y presentando el FAGA declaración censal y solicitud de un nuevo NIF. Entiende por tanto la actora que el FAGA realiza las operaciones de compra y venta de productos sujetos a intervención, no en nombre y por cuenta del Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA), organismo estatal de coordinación, sino que es el Fondo Andaluz el que decide cómo, cuánto y a quién comprar y vender con sujeción exclusiva a las normas comunitarias que integran la llamada Política Agraria Comunitaria y ello en virtud de una competencia propia y no como prestador de servicios al Estado.

Con la argumentación referida en el fundamento anterior, la Administración autonómica viene a instar de este Tribunal que respecto del Convenio

de 21 de febrero de 1996 por que el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, en el marco de la normativa comunitaria europea y de la nacional que le compete, encomienda a la Comunidad Autónoma de Andalucía la gestión de actuaciones de intervención y regulación de mercados, lleve a cabo una interpretación del mismo que vaya más allá de lo que naturalmente resulta del art. 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Esa pretensión, además, supone trasladar a esta Sala, obviando al Tribunal Constitucional, la responsabilidad de un pronunciamiento sobre cuales sea el alcance particular de la competencia de la Comunidad Autónoma en materia de agricultura en el marco de la normativa comunitaria europea que venga a desnaturalizar lo convenido el 21 de febrero de 1996 entre el Gobierno de la Nación y la Junta de Andalucía y todo ello sin que por la Comunidad Autónoma de Andalucía, si considera que es una competencia exclusiva suya, hubiera denunciado el Convenio poniendo de manifiesto al Ministerio la voluntad de que se deje sin efecto la encomienda, haciendo uso de la cláusula Décima del Anexo del Convenio. La vigencia del Convenio de 21 de febrero de 1996 durante los periodos a que se refieren las liquidaciones tributarias determina que sea en la interpretación de su contenido y de la figura de la encomienda de gestión, en relación con la normativa reguladora del I.V.A., los parámetros a considerar para la resolución de la cuestión objeto del presente proceso.

En tal sentido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84, apartado uno, número 1º, de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido serán sujetos pasivos de dicho Impuesto las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de empresarios o profesionales y realicen las entregas de bienes o presten los servicios sujetos al Impuesto, precisando el artículo 5, apartado dos de la misma Ley, que son actividades empresariales o profesionales las que impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos, o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. En este mismo precepto, se definen los empresarios o profesionales como las personas que realicen las mencionadas actividades empresariales o profesionales. Dicho precepto es de aplicación general y, por tanto, también a los entes públicos que, consecuentemente, tendrán la condición de empresarios cuando ordenen un conjunto de medios personales y materiales, con independencia y bajo su responsabilidad, para desarrollar una actividad empresarial o profesional, sea de fabricación, comercio, de prestación de servicios, etc., mediante la realización continuada de entregas de bienes o prestaciones de servicios, asumiendo el riesgo y ventura que pueda producirse en el desarrollo de la actividad.

Como excepción a lo señalado en los párrafos anteriores, el propio artículo 5 de la Ley 37/1992 dispone que no tendrán la consideración de empresarios o profesionales quienes realicen exclusivamente entregas de bienes o prestaciones de servicios a título gratuito, salvo que se trate de sociedades mercantiles.

A su vez dispone el número 8º del artículo 7 de la Ley 37/1992, que estarán sujetas al impuesto sobre el Valor Añadido, en todo caso, las entregas de bienes y prestaciones de servicios que los entes públicos realicen en el ejercicio de la actividad de intervención sobre productos agropecuarios dirigida a la regulación del mercado de estos productos y el apartado uno del artículo 8 precisa que se considerará entrega de bienes la transmisión del poder de disposición sobre bienes corporales, incluso si se efectúa mediante cesión de títulos representativos de dichos bienes y el apartado uno del artículo 11 señala que a los efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido, se entenderá por prestación de servicios toda operación sujeta al citado tributo que, de acuerdo con esta Ley, no tenga la consideración de entrega, adquisición intracomunitaria o importación de bienes.

Por otro lado la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común contempla en su artículo 15 la "encomienda de gestión" disponiendo que:

1. La realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.

2. La encomienda de gestión no supone cesión de titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano o Entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda.

3. La encomienda de gestión entre órganos administrativos o Entidades de Derecho público pertenecientes a la misma Administración deberá formalizarse en los términos que establezca su normativa propia y, en su defecto, por acuerdo expreso de los órganos o Entidades intervinientes. En todo caso el instrumento de formalización de la encomienda de gestión y su resolución deberá ser publicado, para su eficacia, en el Diario Oficial correspondiente.

Cada Administración podrá regular los requisitos necesarios para la validez de tales acuerdos que incluirán, al menos, expresa mención de la actividad o actividades a las que afecten, el plazo de vigencia y la naturaleza y alcance de la gestión encomendada.

4. Cuando la encomienda de gestión se realice entre órganos y Entidades de distintas Administraciones se formalizará mediante firma del correspondiente convenio entre ellas, salvo en el supuesto de la gestión ordinaria de los servicios de las Comunidades Autónomas por las Diputaciones Provinciales o, en su caso, Cabildos o Consejos insulares, que se registrá por la legislación de Régimen Local.

5. El régimen jurídico de la encomienda de gestión que se regula en este artículo no será de aplicación cuando la realización de las actividades enumeradas en el apartado primero haya de recaer sobre personas físicas o jurídi-

cas sujetas a Derecho privado, ajustándose entonces, en lo que proceda, a la legislación correspondiente de contratos del Estado, sin que puedan encomendarse a personas o Entidades de esa naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al Derecho Administrativo.”

En los casos en que la “encomienda de gestión” se produce entre distintas Administraciones, el artículo 15 de la Ley 30/1992 la configura como una relación jurídico pública de carácter contractual y bilateral.

Los sujetos de la referida relación jurídica de contrato de encomienda son dos: la Administración encomendante y la Administración encomendada. La Administración encomendante adquiere, en virtud del convenio de encomienda, el derecho a que la Administración encomendada efectúe en su favor la prestación objeto del contrato, prestación a cuya realización queda obligada esta última en virtud del mismo convenio.

El objeto de la relación jurídica establecida entre la Administración encomendante y la Administración encomendada es la realización por esta última, en favor de la primera, de “actividades de carácter material, técnico o de servicios”. Tales actividades de carácter material, técnico o de servicios que la Administración encomendada se compromete a realizar en favor de la Administración encomendante son competencia de esta última, no suponiendo la encomienda de gestión ni la cesión de la titularidad de la competencia ni la de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad de la Administración encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad objeto de la encomienda.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto en relación con la naturaleza de la encomienda de gestión, en aquellos casos en que para la realización de su objeto la Administración encomendada deba efectuar determinadas actuaciones respecto a terceros que competen a la Administración encomendante, hay que entender que la Administración encomendada actúa frente a los referidos terceros en nombre de la Administración encomendante, dado que tales actuaciones son competencia de esta última Administración, quien no trasmite a la Administración encomendada ni la titularidad de la referida competencia ni los elementos sustantivos del ejercicio de la misma, y que, además, todo ello es de conocimiento general puesto que el convenio de encomienda, para resultar eficaz, debe publicarse en el Diario Oficial que corresponda.

Así, en el caso del convenio de encomienda de gestión que tratamos, la actuación de la Administración autonómica (FAGA), en cuanto administración encomendada frente a terceros (agricultores, ganaderos u otros empresarios) en la realización de compras y ventas de productos a estos últimos, se realiza en nombre de la Administración encomendante (Ministerio de Agricultura-Fondo Español de Garantía Agraria). Por consiguiente, a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido, es la referida Administración encomendante:

- la destinataria de las entregas de bienes en las operaciones de adquisición de los productos a terceros,
- quien realiza las entregas de tales bienes en las operaciones de venta o cesión a título gratuito de dichos bienes a otras personas,
- y quién, por tanto, realiza las entregas de bienes y prestaciones de servicios sujetas al impuesto en el ejercicio de la actividad de intervención sobre productos agropecuarios dirigida a la regulación del mercado de tales productos, a que se refiere el artículo 7, número 8º de la Ley 37/1992,

Por tanto, la Administración autonómica a través del FAGA no realiza las actuaciones de gestión a que se refiere el párrafo anterior en el ejercicio de una actividad empresarial o profesional a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido. En particular, debe tenerse en cuenta a este respecto lo previsto en la letra a) del apartado uno del artículo 5 de la Ley 37/1992, según el cual, y salvo en el caso de las sociedades mercantiles, no tendrán la consideración de empresarios o profesionales a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido quienes realicen exclusivamente entregas de bienes o prestaciones de servicios a título gratuito, circunstancia esta que concurre en el caso de la actividad realizada por el FAGA en favor de la Administración encomendada, razón por la cual no procede la deducción pretendida.

## XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Valoraciones de suelo urbanizable. Prevalencia del acuerdo del Jurado pese a su falta de motivación.

*(St de 17 de noviembre de 2009. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)*

Se impugna en el presente proceso sendos acuerdos del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Cádiz, en sesión celebrada el día 5 de mayo de 2006, fijando en la cantidad de 60.982,74 €, incluido premio de afección, el justiprecio correspondiente a la expropiación de 16.133 m<sup>2</sup> y en 2.238,84 € el justiprecio correspondiente a la ocupación durante tres años de una parcela de 2.073 m<sup>2</sup> por parte de la Dirección General de Ferrocarriles del Ministerio de Fomento con motivo de la ejecución del proyecto denominado “Línea Férrea Sevilla–Cádiz. Tramo Aeropuerto de Jerez de la Frontera. Duplicación Vía. Subtramo El Portal”.

Fundamenta el Jurado de Expropiación su valoración en el informe emitido por el Arquitecto de la Hacienda Pública del Estado que forma parte del mismo y que se ha basado en los valores catastrales, corregido su desfase respecto de los valores de mercado de la zona, dada la clasificación del suelo como urbanizable no programado. De esta forma valora el metro cuadrado

expropiado en 3,60 € y otorga un 10% de dicho valor por la ocupación temporal multiplicado por el número de años en que permaneció ocupada.

En la demanda se reprocha al acuerdo valorativo su falta de motivación y que el mismo se fundamente en el dictamen de un Arquitecto cuando su valoración atiende a la propia de un suelo no urbanizable. Su pretensión, elevando el justiprecio a la cantidad de 962.466,86 €, parte de la consideración de que aunque el suelo se encuentre clasificado como urbanizable no programado, su posición estratégica en contacto directo con el suelo urbano delimitado, determina que su valor sea muy superior. Así, cita la aprobación el 14 de noviembre de 2005 por el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera del Avance de la Revisión-Adaptación del PGOU que prevé a ambos lados del trazado ferroviario incluir la finca de los actores dentro de una zona de crecimiento con uso global residencial, así como la firma de un Convenio urbanístico con la Gerencia Municipal de Urbanismo de fecha 2 de diciembre de 2004 considerando conveniente la incorporación de los terrenos al proceso urbanizador según las determinaciones que resulten del planeamiento general. Igualmente menciona un Acuerdo de la G.M.U de 25 de mayo de 2005 en que se aprueba la oferta pública para la adquisición de terrenos destinados a Patrimonio Municipal de Suelo, un Convenio de fecha 28 de diciembre de 2005 sobre cesión de derecho de opción de compra en el marco de la oferta referida y la circunstancia de que la aprobación inicial del PGOU-Revisado tuviera lugar por el Pleno de fecha 26 de septiembre de 2006.

Con las referencias citadas, los actores entienden que ha de estarse al informe valorativo realizado por la empresa Tasaciones Hipotecarias S.A. y que acompañó con su hoja de aprecio, al mismo tiempo que muestra su perplejidad e indefensión por el hecho de que el Arquitecto designado para la práctica de la prueba pericial propuesta por los demandantes, no haya efectuado valoración alguna del terreno expropiado sobre la consideración de que al tratarse de suelo no urbanizable, de uso agrícola, con cosechas de remolacha y trigo, no es el técnico más cualificado para determinar el justiprecio, correspondiendo dicha tarea a un ingeniero agrónomo o ingeniero técnico agrícola en cuanto profesionales de mayor cualificación.

Según resulta del expediente administrativo, y es un hecho no negado por los demandantes, en el momento de iniciación del expediente de justiprecio al que hay que referir la valoración del terreno expropiado, resultaba de aplicación la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, en su redacción dada por la Ley 10/2003, de 20 de mayo, y la clasificación del suelo expropiado, situado en el Plan Área 1 "Hijuela de Pino Solete", según el planeamiento vigente (PGOU aprobado el 22 de marzo de 1995), era la de suelo urbanizable no programado de uso agrario, labor secano.

Sobre la base anterior, el art. 27.2 de la Ley 6/98 determina que el valor del suelo urbanizable, no incluido por el planeamiento en los ámbitos delimitados para los que el planeamiento haya establecido las condiciones para su

desarrollo, y hasta tanto no se apruebe el planeamiento de desarrollo que establezca la legislación urbanística, se determinará en la forma establecida para el suelo no urbanizable, sin consideración alguna de su posible utilización urbanística. Hay por tanto una remisión a lo establecido en el art. 26 de igual norma que contiene los criterios de valoración del suelo no urbanizable y que son el método de comparación a partir de valores de fincas análogas o, en su defecto, el de capitalización de las rentas reales o potenciales del suelo.

La aplicación de la normativa citada al presente supuesto determina que no puedan ser tomadas en consideración, a efectos valorativos, todas las referencias que los actores llevan a cabo en la demanda sobre acuerdos municipales de revisión del planeamiento o convenios urbanísticos que, en cualquier caso, siempre son de fecha posterior a la de referencia de la valoración de la superficie afectada por la expropiación. Esta circunstancia conduce a que el informe emitido por la empresa Tasaciones Hipotecarias S.A. no pueda considerarse idóneo en cuanto que utiliza para valorar el suelo el método residual dinámico, inaplicable al terreno expropiado que, como ya dijimos, se encontraba clasificado como suelo urbanizable no programado y, por consiguiente, con necesidad de ajustarse al método de comparación o, en todo caso, al de capitalización de rentas.

Por otro lado, el informe pericial resultado de la prueba practicada tampoco aporta valoración alguna que pueda ser tomada en consideración por este Tribunal al considerar el Arquitecto informante que no es profesional idóneo dada la clasificación del suelo. Esta prueba ha sido practicada por el profesional con la titulación que los actores han escogido y practicada con las formalidades exigidas por las normas procesales, sin que en ningún instante, pese a apuntarlo esta Sala, se hubiera solicitado por los recurrentes aclaración alguna por el perito informante, limitándose a solicitar la nulidad y cuya desestimación obra en las actuaciones.

Por otro lado nos encontramos con que el acuerdo del Jurado de Expropiación no es ciertamente completo en la exposición de los criterios seguidos para valorar el terreno expropiado, limitándose a señalar que atiende a los valores catastrales corregidos respecto del valor del mercado y, además, tal conclusión no es sino la aceptación del informe emitido por el vocal, Arquitecto de la Hacienda Pública del Estado, que ciertamente no es el profesional con titulación más cualificada para la valoración dada la clasificación del suelo, si bien tampoco la parte actora ha solicitado la declaración de nulidad de dicho acuerdo con fundamento en una defectuosa composición del mismo.

Llegados a este punto, dada la obligación de resolver, lo cierto es que por los recurrentes en ningún instante se ha aportado informe ajustado a los criterios legales de valoración contenidos en la Ley 6/98, y que el aportado con la hoja de aprecio llega a resultados de todo punto desproporcionados al valorar en cerca de un millón de euros un terreno destinado a labor de secano con una superficie de 16.133 m<sup>2</sup>. De aquí que debamos confirmar el

acuerdo del Jurado de Expropiación, no obstante la falta de precisa y completa motivación de su acuerdo, dado que es la única valoración que viene a seguir el método fijado legalmente, unido al hecho de ser un órgano especializado y de composición de intereses que concluye con un resultado valorativo que puede calificarse de razonable.

## XII EXPROPIACIÓN FORZOSA

Suelo urbanizable. Criterios de valoración. Valor real-Valor fiscal. Doctrina general.

*(St de 3 de noviembre de 2009. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)*

Interponen inicialmente los actores recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de la Comisión Provincial de Valoraciones de Sevilla de 7 de julio de 2005 sobre valoración de los bienes expropiados en el expediente de fijación de justiprecio SE-45/04-CV, ampliándolo posteriormente al acuerdo de fecha 6 de octubre de 2005 que estimaba parcialmente el recurso de reposición formulado por el Ayuntamiento de Sevilla.

En la demanda se insta, como pretensión principal, la declaración de nulidad de los acuerdos citados así como el del Pleno del Ayuntamiento de Sevilla, adoptado en sesión celebrada el 22 de febrero de 2001, aprobando definitivamente el expediente tramitado por el sistema de tasación conjunta de los bienes y derechos incluidos en el ámbito del Plan Especial, Parque de Los Bermejales. Como pretensión subsidiaria se insta la declaración de nulidad de las resoluciones de la Comisión Provincial de Valoraciones y que en su lugar se declare mayor superficie expropiada que la valorada por dicho órgano, así como un mayor justiprecio que el concedido.

Las Administraciones demandadas alegan la inadmisibilidad parcial del recurso contencioso-administrativo al entender que no cabe solicitar la nulidad del acuerdo del Ayuntamiento-Pleno de Sevilla aprobando definitivamente el expediente expropiatorio, cuando el mismo no fue objeto de impugnación en el recurso contencioso-administrativo por lo que se habría incurrido en desviación procesal.

Es cierto que el proceso contencioso-administrativo no permite la “desviación procesal”, la que se produce cuando se plantean en sede jurisdiccional cuestiones nuevas (no motivos), respecto de las que la Administración no tuvo ocasión de pronunciarse, por ser una petición o pretensión que no fue objeto de la resolución administrativa impugnada y no alterar la función esencialmente revisora de la Jurisdicción respecto de la actuación administrativa, sin que a ello se oponga lo preceptuado en los arts. 33.1 y 56.1 de la LJCA, al determinar respectivamente que: “esta Jurisdicción juzgará dentro

del límite de las pretensiones de las partes y de las alegaciones para fundamentar el recurso y la oposición” y que “en los escritos de demanda y de contestación se consignarán con la debida separación los hechos, los fundamentos de derecho y las pretensiones que se deduzcan, en justificación de los cuales pueden alegarse cuantos motivos procedan aunque no se hubieran expuesto en el previo recurso de reposición o con anterioridad a éste”, pues si dichos preceptos autorizan nuevas alegaciones o motivos nuevos, en manera alguna permiten pueda alterarse, reformarse ni menos adicionarse a la pretensión o petición, peticiones que no se discutieron en vía administrativa y que ni siquiera se formularon en ella. Sin embargo lo que la Ley Jurisdiccional sí permite es la alteración de los fundamentos jurídicos aducidos ante la Administración, de tal suerte que el escrito de demanda, dejando intacta la cuestión suscitada ante dicha vía previa, puede albergar razones y fundamentos diversos a los expuestos en el expediente de gestión y en la reclamación económico-administrativa antecedente de la litis, no produciéndose entonces una discordancia objetiva entre lo pedido, pretendido en vía administrativa y lo interesado en vía jurisdiccional.

En el supuesto aquí debatido, ciertamente el objeto de impugnación, determinado en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, viene a ser el acuerdo de la Comisión Provincial de Valoraciones de Sevilla fijando el justiprecio, sin que se hiciera mención alguna al del Pleno del Ayuntamiento de Sevilla aprobando definitivamente el expediente expropiatorio por el sistema de tasación conjunta. Sin embargo, si ahondamos en los motivos de impugnación y los argumentos en función de los cuales se solicita la declaración de nulidad del acuerdo de Pleno municipal advertimos que en realidad son los mismos en virtud de los cuales los actores vienen a sostener su oposición al acuerdo valorativo, o al menos a parte de él. En particular, una de las discrepancias fundamentales de los demandantes con el acuerdo del órgano de valoración radica en que éste, al estimar parcialmente el recurso de reposición formulado por el Ayuntamiento de Sevilla, considera que no debe entrar a valorar la superficie de 1.032,80 m<sup>2</sup> que menciona bajo la denominación de Subsector B), al que no constar acreditada la propiedad, valoración que sin embargo sí llevó a cabo en su primer acuerdo.

Los actores vienen a sostener que hay prueba suficiente de que son los legítimos propietarios de la superficie de terreno de 1.032,80 m<sup>2</sup> no valorada por la Comisión Provincial e instan en tal sentido la nulidad del acuerdo de dicho órgano y lo refieren también al del Ayuntamiento-Pleno de Sevilla que tampoco vino a reconocer la propiedad de los actores, entendiéndose las actuaciones con el Ministerio Fiscal. En definitiva, la cuestión se limita a determinar si hay prueba acreditativa de la propiedad de los actores sobre los terrenos del denominado Subsector B). Una respuesta afirmativa a dicha cuestión determinaría necesariamente la declaración de nulidad del acuerdo de la Comisión Provincial de Valoraciones, entrando la Sala a determinar el justiprecio de dicho terreno, con la inevitable consecuencia de modifica-

ción del acuerdo municipal de aprobación definitiva del expediente expropiatorio que debería reconocer dicha titularidad. Existe por consiguiente una ineludible vinculación en la suerte del examen de legalidad del acuerdo de valoración y el de aprobación del expediente expropiatorio que justifica que la impugnación jurisdiccional alcance también el contenido de este último, limitado al aspecto controvertido de determinación de la superficie expropiada de la que son titulares dominicales los demandantes, y que, a su vez, imposibilita la estimación de la pretensión de declaración de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo por desviación procesal.

La finca expropiada y ubicada en Los Bermejales (Sevilla) tiene una superficie total de 1.961 m<sup>2</sup>. Sobre dicha superficie total se reconoce, por ser titular registral, la propiedad de D. R.L.E. sobre 928,20 m<sup>2</sup>, así como la condición de representante de la sociedad civil "C. V." que gestiona una construcción destinada a negocio de hostelería y también expropiada. El resto (1.032,80 m<sup>2</sup>) se consideran de titularidad desconocida, habiéndose entendido las actuaciones con el Ministerio Fiscal.

Los expropiados consideran que son propietarios de la totalidad de la superficie expropiada y, si bien hay reconocimiento expreso de que sólo hay inscrita registralmente la superficie de 928,20 m<sup>2</sup>, del resto hay una posesión de forma pública y notoria pues la totalidad del terreno fue adquirido por D. R. L. de su madre D<sup>a</sup> M.E. mediante contrato privado de compraventa en el año 1980, si bien dicho documento no se aporta. Igualmente refiere el actor que sobre dicho terreno tenía instalado el negocio de bar y restauración bajo la denominación de "V. C. V.", con una edificación cuya superficie construida era de 578 m<sup>2</sup>, aportando diversas autorizaciones administrativas (de apertura de la actividad, de suministro de agua etc). Ya en periodo probatorio se aporta sendas copias simples de documentos notariales de fecha 29 de julio de 2002 y 26 de enero de 2006 en que por el mismo Notario se realiza un juicio de notoriedad a requerimiento de D. R.L. sobre la superficie total de la finca que dice es de 1.972,02 m<sup>2</sup> y poseída a título de dueño, quieta, pacífica e ininterrumpidamente por el requirente desde el año 1980.

Dispone el art. 3 de la Ley de Expropiación Forzosa, que las actuaciones del expediente expropiatorio se entenderán, en primer lugar, con el propietario de la cosa o titular del derecho objeto de la expropiación. A continuación añade que "salvo prueba en contrario, la Administración expropiante considerará propietario o titular a quien con este carácter conste en registros públicos que produzcan presunción de titularidad, que sólo puede ser destruida judicialmente, o, en su defecto, a quien aparezca con tal carácter en registros fiscales, o, finalmente, al que lo sea pública y notoriamente.

De la documentación aportada se advierte que D. R.L.E., en lo que hace referencia al terreno objeto de expropiación, es titular registral de una finca cuya extensión es de 928,20 m<sup>2</sup> según resulta del auto de 20 de enero de 1995 del Juzgado de Primera Instancia en expediente de dominio y que el

dominio fue adquirido mediante contrato privado de compraventa de fecha 20 de junio de 1980 por compra a su madre D<sup>a</sup> M.E.V. Precisamente sobre dicha parcela se ubica la construcción destinada a bar y restaurante, pero respecto del resto de terreno expropiado (1.032,80 m<sup>2</sup>) tan sólo se aporta como documento acreditativo de su posesión pública y notoria las actas de notoriedad levantadas por fedatario público, sin que se hubiera realizado actuación alguna tendente a verificar la inscripción registral a su favor. En esa situación de escasa aportación probatoria de la titularidad dominical, la decisión de la Administración expropiante de entender las actuaciones con el Ministerio Fiscal debe calificarse como correcta, siguiendo en este punto las indicaciones de los arts. 5 LEF y 51 REF, pues, al margen de que en su día pudiera afirmarse el dominio del actor adquiriendo la condición de titular registral, lo cierto es que suscita importantes dudas el hecho de que afirmando D. R. L. que adquiere de su madre la totalidad de la finca junto con el negocio de restauración, sin embargo sólo lleva a cabo la inscripción registral de 928,20 m<sup>2</sup>, siendo ésta la superficie declarada a efectos impositivos y objeto del ulterior expediente de dominio iniciado a su instancia.

Entrando en la valoración de los bienes expropiados y limitada en lo que se refiere a la superficie expropiada a los 928,20 m<sup>2</sup> tantas veces citados, la Comisión Provincial de Valoraciones consideró que el justiprecio por dicho concepto, incluido premio de afección, debería ser de 62.686,92 €, calculándolo en virtud del art. 27.2 de la Ley 6/98, para el suelo urbanizable programado, por aplicación al aprovechamiento urbanístico del valor básico de repercusión en polígono deducido de las ponencia de valores catastrales.

Por su parte los expropiados, si bien refieren su pretensión a la valoración contenida en la hoja de aprecio presentada por la Sociedad Civil "C. V.", o, subsidiariamente, a la aportada por D. R.L., sin embargo, en orden a los argumentos que invocan para instar un mayor valor del suelo se remiten en exclusiva al resultado de la comprobación de valores practicada por la Junta de Andalucía a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados con ocasión del expediente de dominio que determinó la inscripción registral de la superficie cuya valoración se trata. No es preciso por tanto entrar en un análisis comparativo de la valoración llevada a cabo por la Comisión Provincial de Valoraciones y la contenida en el informe técnico suscrito por Arquitecto que aportaron los recurrentes con su hoja de aprecio, puesto que los demandantes no fundamentan su pretensión en la más adecuada valoración de dicho dictamen, sino en la prevalencia del valor otorgado por la Administración sobre el fijado por la Comisión Provincial de Valoraciones.

Planteada la cuestión en estos términos, ya la Exposición de Motivos de la Ley 6/1998, de 13 de abril, señala que "en lo que concierne a los criterios de valoración del suelo, la Ley ha optado por establecer un sistema que tra-

ta de reflejar con la mayor exactitud posible el valor real que el mercado asigna a cada tipo de suelo, renunciando así formalmente a toda clase de fórmulas artificiosas que, con mayor o menor fundamento aparente, contradicen esa realidad y constituyen una fuente interminable de conflictos, proyectando una sombra de injusticia que resta credibilidad a la Administración y contribuye a deslegitimar su actuación”, añadiendo posteriormente que “a partir de ahora, no habrá ya sino un solo valor, el valor que el bien tenga realmente en el mercado del suelo, único valor que puede reclamar para sí el calificativo de justo que exige inexcusablemente toda operación expropiatoria”.

Sobre esta base, la Ley 6/98 establece distintos métodos de determinación de ese valor real o de mercado en función de la clase de suelo. En particular, en lo que hace referencia al suelo urbanizable incluido en ámbitos determinados por el propio planeamiento, se parte de los valores catastrales pero siempre que estos reflejen los valores de mercado. La determinación de cual sea el valor real o de mercado es precisamente lo que justifica que, al amparo de la previsión contenida en el art. 46 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, pueda la Administración comprobar el valor declarado por el contribuyente y fijar a efectos tributarios su valor real o de mercado, base de la imposición. De aquí que, llevada a cabo la comprobación de valores, y sin que se advierte circunstancia alguna modificativa de la clasificación del suelo en el momento de la transmisión respecto al de la expropiación, el valor que a efectos expropiatorios debe adjudicarse al terreno debe ser coincidente con el fiscal, constituyendo éste último un valor de garantía o mínimo. Por tanto el valor de los 928,20 m<sup>2</sup> de suelo expropiado, en la medida en que de las alegaciones vertidas por los expropiados se infiere que solicitan que el justiprecio coincida con el valor fiscal reseñado, aunque el reflejado en el informe técnico que aporta sea inferior, debe ser, incluido premio de afección, de 205.013,34 € en cuanto que hay que considerarlo como el valor solicitado en vía administrativa por los expropiados.

En cuanto a la construcción, se discrepa del volumen edificado y expropiado así como del valor adjudicado. Respecto de la primera cuestión, consideran los expropiados que sobre el total construido únicamente habría que excluir la superficie referida a las obras judicialmente declaradas ilegales y que limita a 19,50 m<sup>2</sup> de ampliación por colmatación en planta baja, 25,50 m<sup>2</sup> por remonte sobre planta baja y cerramiento y barandilla metálica. Sin embargo, la Gerencia de Urbanismo aporta sentencia de la Sección 2ª de esta Sala que, confirmando la dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Sevilla, acredita que las obras declaradas ilegales son muy superiores a las consideradas por los demandantes y junto con las reconocidas determinan que el volumen de la construcción que debe ser valorado coincide con lo que como tal considera la Comisión Provincial de Va-

loraciones. Esta circunstancia, unido a que ningún argumento se incluye en la demanda dirigido a impugnar el acierto valorativo contenido en el acuerdo impugnado, determina que debe ser confirmado el mismo en tal extremo.

El acuerdo de la Comisión Provincial de Valoraciones incluye otros conceptos a indemnizar tales como indemnización por cese de la actividad, desmontaje, carga y descarga, transporte y nuevo montaje, por pérdida de beneficios, pérdida de clientela y gastos generales y tasas, honorarios y dirección de obra, cuya cuantificación en 15.747,31 € no puede afirmarse que sea impugnada por los actores por cuanto en la demanda no se incluye argumento alguno dirigido a desvirtuar el resultado valorativo referido, salvo la genérica e imprecisa remisión a la valoración efectuada por los expropiados durante la sustanciación del procedimiento de tasación conjunta y que, examinada, tampoco puede afirmarse que sea más completa o acertada que la muy minuciosa y detallada valoración realizada por el órgano especializado que es la Comisión Provincial de Valoraciones.

Donde si muestra su desacuerdo la demandante es en la no concesión del 5% del premio de afección sobre el total de las indemnizaciones referidas. Asiente el expropiado con la afirmación del Ayuntamiento, aceptada por la Comisión, de que el premio de afección no resulta de aplicación a las cantidades fijadas como indemnización por traslado de actividad cuando el titular de la misma lo es también de la parcela expropiada en que se ubica. La discrepancia surge en la medida en que entiende que tal coincidencia no se presenta aquí por cuanto D. R.L. es propietario exclusivo del suelo en tanto que el negocio es titularidad de la Sociedad Civil "V. C. V." de la que forma parte también su cónyuge. Sin embargo, con esta afirmación viene a reconocerse precisamente la coincidencia referida de titularidades en suelo y negocio, aunque lo sea de forma parcial de modo que en su totalidad lo sea respecto al suelo y en la mitad cabe presumir que lo sea respecto al negocio. Esta circunstancia basta para considerar que el premio de afección no debe añadirse a la indemnización por traslado de la actividad comercial pues el mismo no es susceptible de aplicación proporcional en función del porcentaje de participación en el dominio, sino únicamente computable cuando existe una completa diferenciación entre propietarios de uno y otro concepto.

Como conclusión de lo expuesto, el justiprecio fijado por la Comisión Provincial de Valoraciones debe ir referido, en cuanto al suelo expropiado, a la superficie de 928,20 m<sup>2</sup> como de indubitada propiedad del expropiado D. Rafael López Ernesto, si bien el valor debe ascender a la cantidad total, incluido premio de afección, de 205.013,34 € que sumados a los 58.726,38 € de las construcciones, 15.747,47 € por traslado de la actividad, 298,76 € por plantaciones y 975,49 € por cerramiento, arroja un total s.e.u.o de 280.761,44 € incluido el premio de afección.

## XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Comisión de valoración. Negativa a iniciar expediente de fijación de justiprecio. La existencia de propiedad litigiosa no exime de la obligación de fijar el justiprecio de los bienes y derechos expropiados, sin perjuicio de entenderse las diligencias con el Ministerio Fiscal en los términos que resultan del art. 5 LEF. En el presente caso la cuestión no va referida a determinar quien es el propietario de los terrenos expropiados, sino a si realmente ha existido expropiación por vía de hecho en cuanto a los destinados a cementerio municipal y si se debió de iniciar el procedimiento expropiatorio respecto del resto ante la falta de ejecución del planeamiento.

*(St. de 22 de septiembre de 2009. Sala de Sevilla. Ponente. Vázquez García. Se transcribe completa)*

Mediante escrito remitido a la Comisión Provincial de Valoraciones de Sevilla, la entidad actora señalaba que era propietaria registral de una finca sita en el término municipal de Lora de Río, quedando de matriz 22.392 m<sup>2</sup>, de los cuales, 7.714 fueron incluidos en el PGOU de dicha localidad como Sistema General adscrito al primer cuatrienio, bajo la denominación S.G. 1.2. A. G. y cuya valoración ya había sido solicitada de la Corporación municipal el 3 de octubre de 2002. Los 14.678 m<sup>2</sup> restantes fueron ocupados por vía de hecho por el Ayuntamiento dándoles el uso de cementerio municipal. De aquí que solicite que por el órgano de valoración se fije el justiprecio del terreno indicado en la cantidad de 2.912.168 €

La solicitud referida da lugar al inicio de expediente de fijación de justiprecio SE-23/06-CV, iniciado por Ministerio de la Ley a instancias de la actora y finaliza por acuerdo, en sesión celebrada el día 16 de octubre de 2006, de la Comisión Provincial de Valoraciones de Sevilla, objeto del presente proceso, y en el que se resuelve no iniciar el expediente de determinación de justiprecio a la vista de la existencia de titularidad litigiosa sobre la mayor parte de la finca objeto del expediente, siendo ésta una cuestión que excede de las competencias de dicha Comisión, requiriéndose previamente reconducir la cuestión a la jurisdicción civil a fin de aclarar la titularidad.

Considera la entidad actora que es legítima propietaria de los 22.392 m<sup>2</sup> cuya justiprecio se solicita, según se acredita por la nota simple del Registro de la Propiedad, gozando de las garantías establecidas en el art. 38 de la Ley Hipotecaria. Por otro lado, la negativa del Ayuntamiento de Lora del Río a reconocer a la demandante como propietaria de gran parte de esos terrenos, considera Cajasur S.A. que, en todo caso, convierte el tema de la propiedad en dudoso, pero no en litigioso, con la consiguiente obligación de la Comisión Provincial de Valoraciones de fijar el justiprecio, al margen de la cuestión última relativa a su entrega al legítimo propietario.

Conviene examinar separadamente la pretensión actora según se trate de la parte del terreno destinado a cementerio municipal de aquella a la que el planeamiento municipal destina a sistema general.

En cuanto a los 14.678 m<sup>2</sup> cuyo uso actual es el de cementerio municipal, el Ayuntamiento de Lora del Río afirma que desde tiempo inmemorial la Corporación local era propietaria de una finca destinada a cementerio con una superficie de 15.032 m<sup>2</sup>. En febrero de 1989 se decide ampliar el cementerio, adquiriendo a D. S. G. M. unos 17.000 m<sup>2</sup> de su finca colindante de la que era propietario, cuyo acuerdo de adquisición y mandamiento de pago obra documentalmente justificado a los folios 59 a 61 del expediente administrativo. Existiría por tanto una adquisición anterior a la que Cajasur invoca con la nota simple del Registro que aporta.

Respecto del resto del terreno cuya valoración se solicita, el Ayuntamiento demanda reconozca que la propiedad de la entidad Cajasur se limita a los terrenos que, según un croquis que aporta, figuran como fincas D y E, cuya extensión es de 201,80 m<sup>2</sup> y 3.085 m<sup>2</sup>, respectivamente. No obstante, incluso respecto a esos 3.287,65 m<sup>2</sup> y que nunca fueron ocupadas por el Ayuntamiento, tampoco existiría la posibilidad de su valoración forzosa en cuanto que no es sino desde la entrada en vigor el 9 de octubre de 2005 del PGOU, aprobado definitivamente por la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Sevilla en sesión celebrada el día 19 de octubre de 2005, cuando el terreno de la finca D se clasifica como sistema general 1.2 "Arroyo Gómez", destinados a espacios libres mediante transferencia de aprovechamientos y adscrito al Área de Reparto nº 1 de suelo urbanizable sectorizado y el correspondiente a la finca E se encontraría clasificado como suelo urbano no consolidado, integrado en la Unidad de Ejecución UE-6 "Avenida de Pleñaflor", destinado a uso de polígono comercial, previsto su desarrollo por el sistema de compensación e incluido en el primer cuatrienio de programación. De aquí que la solicitud dirigida por la actora a la Corporación local el 3 de octubre de 2002, invocando el art. 202.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo 1/1992, de 26 de junio, respecto de las fincas D y E resulte inoperante pues a la fecha de vigencia de dicha norma el terreno tenía la clasificación de suelo rústico. Esta circunstancia, junto con la no ocupación de terrenos propiedad de la actora para la ampliación del cementerio municipal, es lo que determinaría la desestimación de la pretensión valorativa contenida en la demanda.

Sobre la base de lo expuesto en los fundamentos anteriores cabe concluir que la existencia de propiedad litigiosa no exime de la obligación de fijar el justiprecio de los bienes y derechos expropiados, sin perjuicio de entenderse las diligencias con el Ministerio Fiscal en los términos que resultan del art. 5 LEF.

Sin embargo, en el presente caso la cuestión no va referida a determinar quien es el propietario de los terrenos expropiados, sino a si realmente ha existido expropiación por vía de hecho en cuanto a los destinados a ce-

menterio municipal y si se debió de iniciar el procedimiento expropiatorio respecto del resto ante la falta de ejecución del planeamiento.

En relación con el terreno que en la actualidad conforma parte del cementerio municipal, la aportación por la entidad actora de una nota simple del Registro de la Propiedad no tiene más valor que el puramente informativo (art. 222-5 Ley Hipotecaria), sin garantía y no dando fe del contenido de los asientos. Hay por tanto un claro déficit probatorio de la propiedad del terreno cuya ocupación por vía de hecho se alega, justificándose así la no iniciación de un procedimiento expropiatorio y consiguiente valoración de bienes y derechos, todo ello sin perjuicio, claro está, que articulada la pretensión reivindicatoria de su propiedad por la actora en la vía civil correspondiente, de estimarse aquella, sí que existirían razones para considerar que nos encontramos ante una ocupación del terreno sin seguir el procedimiento legalmente establecido.

En cuanto a los terrenos que conforman las fincas D y E, según el croquis del Ayuntamiento demandado, lo cierto es que, además de la inaplicabilidad por razones temporales de las previsiones contenidas en el TRLS 1/1992, la falta de ejecución de las previsiones del planeamiento, con transcurso del plazo cuatrienal, sólo podrían referirse una vez aprobado el PGOU actualmente vigente, esto es, iniciando su cómputo desde el mes de febrero de 2006, con lo cual evidentemente dicho plazo no habría transcurrido y siempre, en todo caso, limitándonos a la finca identificada con la letra D y cuyo suelo se clasifica como sistema general, pues respecto de la finca E, el PGOU prevé el sistema de compensación y no el de expropiación. De cualquier forma de correcta ha de calificarse la decisión de la Comisión Provincial de Valoraciones de no iniciar el expediente de determinación del justiprecio y sin que a tal conclusión quepa oponer el hecho de que se hubiera omitido por dicho órgano el trámite de vista a los interesados previsto en el art. 14.3 del Decreto 85/2004, regulador del mismo, pues la entidad actora ha tenido la oportunidad de efectuar cuantas alegaciones ha considerado oportuno respecto de las manifestaciones del Ayuntamiento de Lora del Río, así como de proponer la prueba que hubiera estimado relevante en defensa de su derecho. Existiría, por consiguiente, una mera irregularidad que en ningún supuesto ha provocado indefensión en cuanto requisito imprescindible para la estimación de dicho motivo de nulidad.

No se aprecia temeridad o mala fe que justifique la imposición de costas.

## XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa. Facultades del Tribunal para, por razones de economía procesal, que traen su causa en el derecho constitucional a la obtención de una tutela judicial efectiva, entrar a conocer del fondo del asunto, no obstante el vicio esencial de pronunciamiento

detectado o la ausencia de pronunciamiento administrativo, en aquellos casos en los que se dispone de todos los elementos de juicio necesarios para resolver el asunto y, además, no quedan afectados derechos de terceros. Apertura de farmacia. Demora administrativa en el procedimiento de resolución que lleva a la Sala a no imponer las costas de la apelación

*(St de 16 de julio de 2009. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)*

Muestra su discrepancia la apelante con la sentencia dictada en cuanto que no se pronuncia sobre la pretensión de autorización de apertura de oficina de farmacia en la U.T.F. de Los Barrios, invocando para ello la naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa que no puede quedar condicionada por el contenido del acto impugnado y que con tal limitación del contenido del fallo de la sentencia se habría vulnerado los arts. 24 y 106 CE.

Al respecto hay que señalar que, en principio, razones de economía procesal, que traen su causa en el derecho constitucional a la obtención de una tutela judicial efectiva, obligan a que los Tribunales entremos a conocer del fondo del asunto, no obstante el vicio esencial de pronunciamiento detectado o la ausencia de pronunciamiento administrativo, en aquellos casos en los que se dispone de todos los elementos de juicio necesarios para resolver el asunto y, además, no quedan afectados derechos de terceros.

En el presente supuesto ni del expediente administrativo ni de la tramitación del recurso contencioso-administrativo se extraen la totalidad de elementos necesarios para un pronunciamiento definitivo sobre la solicitud de autorización de apertura de farmacia pues no podemos dejar de tener presente que nos hallamos ante un procedimiento de concurrencia competitiva donde, junto a la apelante, pudiera haber otros solicitantes con mejor derecho. Es cierto que ha existido un incumplimiento del deber de resolver expresamente todo procedimiento administrativo mediante el dictado de acuerdo que ponga fin al mismo, y, posteriormente, inadmitiendo indebidamente el recurso de alzada formulado contra resolución presunta denegatoria de la solicitud de autorización de apertura de farmacia, la Administración ha colocado a la peticionaria en situación de largo viaje en sede judicial para llegar a ninguna parte, y que incluso se ha desconocido el mandato contenido en el art. 3 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, a cuyo tenor:

*1. Corresponde a las Comunidades Autónomas la tramitación y resolución de los expedientes de autorización de apertura de las oficinas de farmacia. Los expedientes se ajustarán a lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en las normas autonómicas de procedimiento.*

*2. La autorización de nuevas oficinas de farmacia se tramitará con arreglo a los principios de publicidad y transparencia, previo el procedimiento específico que establezcan*

*las Comunidades Autónomas, en el que se podrán prever la exigencia de fianzas o garantías que –sin perjuicio del respeto a la seguridad jurídica y la correcta tramitación de los procedimientos– aseguran un adecuado desarrollo, en tiempo y forma, de las actuaciones.*

Sin embargo estas circunstancias, al margen de cualquier posible reclamación de los perjuicios causados con la demora, no autorizan a este Tribunal para resolver definitivamente la cuestión planteada, esencialmente porque también merecen protección los intereses de terceros, razón por la cual debemos desestimar el recurso de apelación.

Lo expuesto en el fundamento anterior sobre el grave incumplimiento de la Administración de su obligación de resolver en tiempo y forma las solicitudes de autorización de nuevas oficinas de farmacia, justifica, al amparo del art. 139.2 que, no obstante la desestimación del recurso de apelación, no debemos imponer a la parte apelante las costas originadas en esta segunda instancia.

#### XIV. HACIENDA PUBLICA

IVA. Exención o reducción del tipo a guarderías por actividades de tipo social. Improcedencia.

*(St. de 6 de octubre de 2009. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)*

Se impugna en el presente proceso el acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía de fecha 27 de octubre de 2006 desestimando la reclamación nº 14-00237-2005 formulada contra la liquidación provisional practicada por la Administración de Córdoba-Oeste de la A.E.A.T. en relación con el I.V.A., ejercicio 2003, por importe de 7.911,54 € Según los Estatutos de la Sociedad Mercantil Z. S.L. de fecha 26 de junio de 2002, la misma tiene por objeto los servicios de guardería y ocio infantil, en su caso a través de los profesionales idóneos, habiendo sido modificados por acuerdo social el 22 de diciembre de 2003 en el sentido de añadir a lo anterior “los servicios de peluquería para niño, servicios de cafetería y venta de ropa y regalos para niños”.

Considera la recurrente que al ser una entidad mercantil con ánimo de lucro y no una de carácter social, la actividad que desarrolla no se encuentra exenta del IVA al no resultarle de aplicación la previsión contenida en el art. 20.Uno.8º de la Ley 37/1992. Lo que insta es que se le reconozca la aplicación del tipo reducido del 7% a que se refiere el art. 91.Uno.2.9º de dicha norma ya que la actividad de custodia y atención de niños menores de seis años de edad tienen el carácter social que el precepto exige, al margen de la naturaleza de la entidad que los presta.

Dispone el art. 91.Uno.2.º de la Ley 37/1992, que se aplicará el tipo del 7% a las prestaciones de servicios a que se refiere el art. 20, apartado uno, número 8º, cuando no resulten exentos de acuerdo con dichas normas. La norma a la que se remite declara aplicable la exención del I.V.A. a las prestaciones de servicios de asistencia social que se indican a continuación efectuadas por entidades de Derecho público o entidades o establecimientos privados de carácter social, precisando en su letra a) los servicios de protección de la infancia y de la juventud y considerando como tales las de rehabilitación y formación de niños y jóvenes, la de asistencia a lactantes, la custodia y atención a niños menores de seis años de edad, la realización de cursos, excursiones, campamentos, viajes infantiles y juveniles y otras análogas prestadas a favor de personas menores de veinticinco años de edad.

Reconociendo la recurrente que no es una entidad privada de carácter social, no obstante entiende que al realizar la labor de custodia y atención a niños menores de seis años de edad, tiene derecho a la tributación por el tipo reducido del 7% puesto que se trata de una actividad de carácter social con independencia de que los niños asistidos tengan o no necesidades sociales.

La cuestión a resolver se centra en determinar si las prestaciones de servicios (que no se limitan a la protección de la infancia y la juventud) que se contiene en el art. 20.Uno.8º son, por sí solos, merecedoras de recibir el calificativo de “servicios de asistencia social” que menciona dicho precepto, o si esta expresión exige, para la aplicación del tipo reducido o de la exención, que atiendan a una necesidad social o, como señala el TEARA, que de conformidad con el Informe de 23 de junio de 1995 de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Hacienda, y según se citan en diversas resoluciones dictadas en respuesta a consultas dirigidas a la Dirección General de Tributos, se encuadren en el concepto “acción social” en cuanto conjunto de acciones y actividades desarrolladas por el sector público o por entidades o personas privadas fuera del marco de la Seguridad Social, destinando medios económicos, personales u organizatorios a atender, fundamentalmente, estados de necesidad y otras carencias de determinados colectivos (ancianos, menores y jóvenes, minorías étnicas, drogadictos, refugiados, asilados etc) u otras personas en estado de necesidad, marginación o riesgo social.

La respuesta a tal cuestión creemos que debe estar en consonancia con lo resuelto por el órgano económico-administrativo. La aplicación de la exención exige un doble requisito : prestación de servicios de asistencia social que se enumeran y que los mismos los efectúen entidades, públicas o privadas, de carácter social. La falta de uno los requisitos determina la aplicación del tipo reducido. De esto modo, por ejemplo, la prestación de un servicio de asistencia social de los citados en el precepto por una entidad con ánimo de lucro implicaría, no la exención, sino la tributación por el tipo reducido del 7%. En cualquier caso, no basta con desarrollar una de las actividades que se enumeran en el art. 20.Uno.8º para aplicar el tipo redu-

cido, sino, como exige el art. 91.Uno.2.9º, que se trate de uno de los servicios del art. 20.Uno.8º y dicho servicios han de ser de asistencia social. Este concepto de asistencia social debe, a su vez, ser integrado e interpretado conforme a un criterio, que es el citado por el TEARA y antes transcrito, que consideramos asumible. No basta con prestar servicio a los colectivos que enumera la norma (menores, minorías étnicas, refugiados y asilados etc), sino que además es necesario que dicho servicio cumpla una función de asistencia social, lo que implica necesariamente atender a necesidades sociales que supone un plus respecto a los de guardería y ocio infantil que desarrolla la entidad recurrente y que en ningún instante se acredita que lleve a cabo la actora en su condición de franquicia de la marca C. P. dentro de un gran centro comercial.