



Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid

2007

SEPTIEMBRE
DICIEMBRE

N.º 11



Revista **JURÍDICA** *de la* **Comunidad de Madrid**

N.º 11 Septiembre-Diciembre

Año 2001

Comentarios

La rehabilitación del patrimonio arquitectónico en la nueva legislación urbanística de la Comunidad de Madrid: en especial, del patrimonio inmobiliario histórico

El reparto competencial en materia de telecomunicaciones y medios de comunicación social: un examen de la cuestión desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional

El control parlamentario: algunas consideraciones en torno a la función de control en las Comunidades Autónomas

Falta de jurisdicción de los órganos del orden jurisdiccional civil para el conocimiento de las acciones interdictales formuladas contra la Administración Pública

La subsanación del art. 45.3.º de la Ley Jurisdiccional de 1998

La subasta de bienes inmuebles y sus problemas

Recensiones

Jurisprudencia

**Leyes y Decretos de la Comunidad de Madrid.
Último cuatrimestre 2001**

R.1395

NORMAS DE PUBLICACIÓN

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

17 ABR 2002

N.º 11. Septiembre-Diciembre 2001



ISSN 0035-7818
Deposito Legal: M. 10.000-1982

15.1342

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Alfons Sánchez-Correa
Doctor en Ciencias de las Letras
alfons.sanchez@ucm.es

Podrán ser remitidos para su publicación los trabajos de los autores que no estén publicados en ninguna otra revista de la Comunidad de Madrid. Los trabajos que no se publiquen en esta revista no serán devueltos. La Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid no acepta trabajos que directa o indirectamente se relacionen con el ámbito de la medicina o la odontología.

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

17 ABR 2002

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid no podrán ser publicados en cualquier otra publicación de la misma Comunidad de Madrid. Los trabajos que no se publiquen en esta revista no serán devueltos. La Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid no acepta trabajos que directa o indirectamente se relacionen con el ámbito de la medicina o la odontología.

N.º 11. Septiembre-Diciembre 2001

Los trabajos deben presentarse en tres ejemplares, preferentemente en el sistema Word o WordPerfect, en una hoja aparte en la que se indique el nombre del autor y el título del trabajo. Los trabajos deben ser originales y no haber sido publicados anteriormente. Los trabajos deben ser originales y no haber sido publicados anteriormente.



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

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

Teléfono: 91 330 1100
Fax: 91 330 1101
E-mail: rj@ucm.es

Directora:

Alicia Sánchez Cordero
 Directora General de los Servicios Jurídicos
 alicia.sanchez@comadrid.es

Subdirectora:

Elena Hernáez Salguero
 Letrada-Jefe del Servicio Jurídico Central
 elena.hernaez@comadrid.es

Edita:

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

Imprime:

Imprenta del organismo autónomo
 Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid

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

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

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

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

Tirada: 740 ejemplares
 Edición: 01/02
 I.S.S.N.: 1139-8817
 Depósito legal: M-6.420-1999

NORMAS DE PUBLICACIÓN**Comentarios**

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

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

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

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

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

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 22 de septiembre de 2001, dictada en recurso de casación en interés de la Ley, sobre legitimación de las Comunidades Autónomas para recurrir en vía contencioso-administrativa las resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos

Leyes y Decretos de la Comunidad de Madrid. Último cuatrimestre 2001

Directora:
Alicia Sánchez Corcuera
Directora General de los Servicios Jurídicos
alicia.sanchez@comunidadmadrid.es

Subdirectora:
Cristina Pascual Brotóns
Podrán ser remitidos para su publicación en la Revista los trabajos de autores que no estén publicados o presentados de forma expresa en la Revista. La dirección de la Revista decidirá la aceptación de los trabajos y su publicación comunicando a los autores el número de la Revista en la que se incluirá. También preferencia los trabajos que se remitan directamente a la dirección de la Revista.

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid no se publican en otros medios de comunicación. La dirección de la Revista de la Comunidad de Madrid no se responsabiliza de la pérdida o robo de los originales de los trabajos que se remitan directamente a la dirección de la Revista.

Los trabajos que se remitan en formato digital (Word o WordPerfect) se aceptarán preferentemente en el sistema Word o WordPerfect. Los trabajos que se remitan en otros formatos de archivo (PDF, etc.) serán aceptados si el autor proporciona el archivo original en formato Word o WordPerfect.

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

Los autores de los trabajos publicados serán reconocidos en la revista. La dirección de la Revista y la disponibilidad de los trabajos en la Revista serán siempre de la Revista.

Tienda: 740 castellanos
Edición: 01/02
I.S.B.N.: 1118-8317
Deposito legal: M-6.428-1999

LA REHABILITACIÓN DEL PATRIMONIO ARQUITECTÓNICO EN LA NUEVA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID: EN ESPECIAL, DEL PATRIMONIO INMOBILIARIO HISTÓRICO

Comentarios

<i>La rehabilitación del patrimonio arquitectónico en la nueva legislación urbanística de la Comunidad de Madrid: en especial, del patrimonio inmobiliario histórico</i> (José María ABAD LICERAS).....	7
<i>El reparto competencial en materia de telecomunicaciones y medios de comunicación social: un examen de la cuestión desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional</i> (Miguel Ángel PÉREZ GRANDE)	45
<i>El control parlamentario: algunas consideraciones en torno a la función de control en las Comunidades Autónomas</i> (María Reyes DOMÍNGUEZ AGUDO).....	75
<i>Falta de jurisdicción de los órganos del orden jurisdiccional civil para el conocimiento de las acciones interdictales formuladas contra la Administración Pública</i> (Fernando LUQUE REGUEIRO).....	93
<i>La subsanación del art. 45.3º de la Ley Jurisdiccional de 1998</i> (Juan B. LORENZO DE MEMBIELA)	133
<i>La subasta de bienes inmuebles y sus problemas</i> (Cristina Carolina PASCUAL BROTONS).....	157
Recensiones	243
Jurisprudencia	247
Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 22 de septiembre de 2001, dictada en recurso de casación en interés de la Ley, sobre legitimación de las Comunidades Autónomas para recurrir en vía contencioso-administrativa las resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos	249
Leyes y Decretos de la Comunidad de Madrid. Último trimestre 2001	269

LA REHABILITACIÓN DEL PATRIMONIO ARQUITECTÓNICO EN LA NUEVA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID: EN ESPECIAL, DEL PATRIMONIO INMOBILIARIO HISTÓRICO

POR
JOSÉ MARÍA ABAD LICERAS¹

SUMARIO: I. PRESUPUESTO INICIAL: LA SITUACIÓN DE DEGRADACIÓN DEL PATRIMONIO ARQUITECTÓNICO EN GENERAL Y DEL PATRIMONIO INMOBILIARIO HISTÓRICO EN PARTICULAR. 1. La situación de degradación del patrimonio arquitectónico en general. 2. La situación de degradación del patrimonio inmobiliario histórico en particular. 2.1. Tesis de Álvarez y Álvarez. 2.2. Tesis de Alonso Ibáñez. 2.3. Tesis de Pereda Alonso. 2.4. Tesis de Moresco Suárez. 2.5. Tesis propia. II. FUENTES NORMATIVAS REGULADORAS DE LA REHABILITACIÓN DEL PATRIMONIO ARQUITECTÓNICO EN LA LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD DE MADRID. 1. Legislación prevalente o de primer grado. 2. Legislación de segundo grado. 3. Legislación complementaria. 4. Justificación de la aplicación preferente de la legislación sobre patrimonio histórico a la urbanística. III. LA LEY 7/2000, DE 19 DE JUNIO, DE REHABILITACIÓN DE ESPACIOS URBANOS DEGRADADOS Y DE INMUEBLES QUE DEBAN SER OBJETO DE PRESERVACIÓN: ANÁLISIS PRÁCTICO. 1. Ámbito objetivo de aplicación de la norma. 1.1. Los espacios urbanos degradados. 1.2. Los inmuebles objeto de preservación. 1.3. Elementos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 7/2000. 2. Ámbito subjetivo de aplicación de la Ley. 3. Ámbito formal de aplicación de la Ley. 3.1. Requisitos comunes. 3.2. Requisitos especiales. 3.2.1. Espacios urbanos degradados. 3.2.2. Los inmuebles objeto de preservación. 4. Criterios rectores en las actuaciones de rehabilitación. 4.1. Criterios de carácter general. 4.2. Criterios de carácter especial. 5. Ámbito procedimental para las solicitudes de ayudas públicas. 6. El Catálogo Regional de Patrimonio Arquitectónico. 6.1. Concepto y ámbito objetivo de aplicación. 6.2. Supuestos excluidos. 6.3. Ámbito subjetivo de aplicación. 6.4. Clases de Catálogos Regionales. IV. LA REHABILITACIÓN DEL PATRIMONIO ARQUITECTÓNICO EN LA LEY DEL SUELO DE LA COMUNIDAD DE MADRID.

I. PRESUPUESTO INICIAL: LA SITUACIÓN DE DEGRADACIÓN DEL PATRIMONIO ARQUITECTÓNICO EN GENERAL Y DEL PATRIMONIO INMOBILIARIO HISTÓRICO EN PARTICULAR

1. La situación de degradación del Patrimonio Arquitectónico en general

Una de las manifestaciones más relevantes de la actividad humana a lo largo de su historia ha sido la creación de edificios y construc-

¹ Profesor de Derecho Administrativo (UNIVERSIDAD EUROPEA-CEES).

ÍNDICE

209	Leves y Doctores de la Comunidad de Madrid. Último curso de los Tribunales Económico-Administrativos
240	para recurrir en vía contencioso-administrativa las resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos
247	Jurisprudencia
243	Recomendaciones
127	Carolina PASQUAL BROTONS
133	(Juan B. LORENZO DE MEMBRILLA)
97	REGUIRÓ
73	Rosa DOMÍNGUEZ AGUDO
42	PÉREZ GRANDJE
7	LICERAS

ciones de toda clase, destinadas a múltiples finalidades. Ese conjunto heterogéneo de bienes conforman el patrimonio arquitectónico, en donde cobran un singular protagonismo los inmuebles de carácter histórico, artístico y cultural. Ese rico acervo presenta, en la mayoría de los casos, un estado de conservación deficiente a consecuencia de factores de tipo social y natural. La Carta Europea del Patrimonio Arquitectónico patrocinada por el Consejo de Europa en 1975, señalaba que ese patrimonio se encontraba en peligro y amenazado por la ignorancia, por la vetustez, por todas las formas de degradación, por el abandono, por cierto urbanismo exageradamente sensible a las presiones económicas y a las exigencias de la circulación, por restauraciones abusivas y por la especulación territorial e inmobiliaria². Teniendo en cuenta estas premisas, no es extraño que un dato común a muchos centros históricos de nuestras ciudades se condense en la indisimulable constatación de la degradación a que se ven sometidos, atendiendo a diversos factores, lo que conduce a la necesidad de adoptar medidas tendentes a paliar dicha situación³. Entre los criterios a adoptar, que puedan paliar el problema, se sitúa la rehabilitación del patrimonio arquitectónico.

En una primera aproximación al tema de la rehabilitación cabe destacar que no existe un concepto legal del mismo en nuestro ordenamiento jurídico, pese a su importancia en la actualidad como el mecanismo más adecuado desde una perspectiva social y económica para utilizar los edificios y construcciones existentes, revalorizando el parque inmobiliario y relegando la figura de la ruina⁴. No obstante, partiendo de que la rehabilitación constituye una intervención tendente a acondicionar y restaurar los inmuebles, demoliendo los irre recuperables, las ayudas destinadas a la rehabilitación integrada de viviendas constituye una práctica propia del campo de las medidas de fomento económico, que han alcanzado una notable expansión en la legislación estatal y autonómica española, atendiendo al criterio que, en el Derecho comparado se denominaba como «conservación integral o integrada», **noción derivada de la necesidad de restaurar tipológicamente y tecnológicamente el centro histórico de las ciudades,**

² Este diagnóstico es recogido de forma expresa en el párrafo segundo del Preámbulo de la Ley 7/2000, de 19 de junio, de Rehabilitación de Espacios Urbanos Degradados y de Inmuebles que deban ser objeto de Preservación de la Comunidad de Madrid.

³ Chueca Goitia, F.: «Las ciudades históricas (un drama de nuestro tiempo)», *Revista de Occidente*, número 1, (1978).

⁴ Alonso Ibáñez, M.ª. R.: *El patrimonio histórico. Destino público y valor cultural*, Ed. Civitas, (1992), páginas, 277, 278 y 397.

mediante una solución dirigida principalmente a alcanzar condiciones de habitabilidad de las viviendas y a una adecuada organización de los servicios sociales pertinentes⁵. Otros autores pretenden ofrecer una definición del concepto de rehabilitación consistente en devolver a un edificio o conjunto su valor de uso inicial, aplicándose el término comúnmente a las viviendas o conjuntos residenciales antiguos o a edificios no declarados histórico-artísticos⁶.

Esta visión constituye un testimonio de lo que ha sido calificado como una «conservación positiva», es decir, una intervención de los poderes públicos en que la Administración pasa de una mera posición impositiva, coactiva y coercitiva de obligar a los particulares a conservar sus inmuebles, a una política de apoyo a esa misma conservación, mediante actos y ayudas positivas⁷. Las nuevas tendencias potenciadoras de la función que la rehabilitación puede cumplir tienen su entronque con la consolidación del fenómeno del «redescubrimiento» del papel que en las ciudades puede desempeñar el casco histórico. Este hecho es producto de un doble movimiento de ideas que concurren en la década de los sesenta y setenta: por un lado, la valoración de los centros históricos como símbolos de identidad correctores de la despersonalización a que conduce el urbanismo funcionalista de las periferias urbanas; y, por otro lado, en la reacción de defensa contra los intentos de someter las áreas urbanas históricas al dominio de las fuerzas económicas que pretenden destruir el tejido histórico y sustituirlo por actividades terciarias⁸. La idea central sobre la que descansan todas estas actuaciones se condensan en la visión de que toda actuación de conservación debe estar profundamente conectada con una acción de revitalización y saneamiento que comprende, no sólo los procedimientos arquitectónicos y técnicos de adaptación, sino también la creación de servicios sociales y culturales adecuados, de manera que se llegue a garantizar una ósmosis equilibrada entre la ciudad antigua y la ciudad moderna⁹. Este conjunto de opiniones

⁵ Cesari, C.: «Criterios de intervención en el centro histórico», *Actas de las Jornadas sobre Patrimonio Histórico-Artístico de Castilla y León*, (1980). Vol. I, página 227.

⁶ López Jaén, J.: «Reflexiones sobre la situación de la rehabilitación en España. Del planeamiento a la realización. Ejemplos», *Seminario Internacional de Madrid: Rehabilitación física y mejora funcional*, (Madrid, 1981), página 5.

⁷ Barrero González, E.: «La conservación de las ciudades histórico-artísticas», *Revista de Estudios de la Administración Local*, número 215, (1982), páginas 454 a 456.

⁸ Bassols Coma, M.: «Instrumentos legales de intervención urbanística en los centros y conjuntos históricos», *Revista de Derecho Urbanístico*, (1990), página 476.

⁹ Carlo Angeli, I.: «El problema de los centros históricos en Italia», *Actas de las Jornadas sobre Patrimonio Histórico-Artístico de Castilla y León*, (1980). Vol. I, página 244.

reproducen las experiencias derivadas del Derecho comparado, especialmente en las legislaciones de Italia y Francia y que han tenido su traducción teórica en la elaboración de una serie de principios y objetivos en materia de conservación y rehabilitación, donde destacan los siguientes:

a) La pérdida del Patrimonio, como un hecho integrado en el proceso general de deterioro social y físico de los cascos antiguos, la crisis de la ciudad, la degradación del medio ambiente, natural o edificado, y los desequilibrios territoriales.

b) Considerar la rehabilitación del Patrimonio Histórico como una acción compleja e integrada por múltiples factores y, por tanto, como una política alternativa de intervención en la ciudad que rechaza tanto la intervención urbanística de expansión y renovación urbana, como las actuaciones de conservación y restauración inspiradas en criterios histórico-artísticos.

c) Propiciar una política de recuperación de la ciudad existente, a partir de la rehabilitación del Patrimonio residencial deteriorado o inadecuado, la recualificación del ambiente urbano, la reutilización de los contenedores arquitectónicos infrautilizados y la defensa de los intereses económicos de los ciudadanos, mediante la captación pública de las plusvalías, el control de densidades y usos, y el reparto de cargas.

d) Promocionar el establecimiento de unos instrumentos legislativos metodológicos coherentes, junto a mecanismos de incentivación, gestión y control públicos para las diversas operaciones de rehabilitación, acompañadas de unos adecuados sistemas de información y participación ciudadana.

e) Por último, elaborar y proponer un marco general de actuación, ante la Administración y el Gobierno, con el propósito de conseguir una actuación coherente en la conservación del Patrimonio.¹⁰

Analizando la problemática española, se considera que nuestros cascos históricos no son ámbitos homogéneos, existiendo al menos dos tipos de áreas con problemáticas bien diferenciadas:

1) Zonas que, por su estratégica localización han experimentado durante los siglos XIX y XX, planes de reforma interior, que han

¹⁰ Amann, E.: «Los estudios básicos previos a las operaciones piloto de rehabilitación integrada, de la Dirección General de Arquitectura y Vivienda», *Actas sobre las Formas del Patrimonio Histórico-Artístico de Castilla y León*, (1980), Vol. I, página 271.

supuesto su terciarización, con importantes cambios en su morfología y uso.

2) Zonas que aún perduran con su carácter preferentemente residencial y que presentan como principales problemas:

a) Situación económica, social y patrimonial de evidente deterioro.

b) Antigüedad y mala conservación de las edificaciones con patologías de muy complejo tratamiento.

c) Existencia de infravivienda por escasez de superficie útil, malas condiciones de habitabilidad y deficiencias sanitarias.

d) Cierta densificación, por sustitución con cambio tipológico de los edificios, de las tramas urbanas antiguas sin adaptación entre éstas y las nuevas tipologías.

e) Deficiente estado de las infraestructuras básicas y de urbanización.

f) Falta de articulación entre las tramas urbanas existentes y las nuevas necesidades surgidas a lo largo del tiempo con escasez de zonas verdes, estanciales y de recreo; falta de equipamientos de todo tipo; falta de servicios del automóvil y confusión espacial, con pérdida de la función simbólica del espacio urbano.

g) Envejecimiento de la población.

h) Aumento de la marginalidad social.

i) Ausencia de una propuesta que asuma la dinámica urbana en sus cambios sociales y formales, conjugando los valores de la ciudad histórica con las exigencias de la ciudad moderna.¹¹

En definitiva, la intervención dentro de un caso urbano supone un paso más en su historia, en su crecimiento, ese paso supone un reto del presente al pasado, del hombre de hoy al de ayer, de una nueva forma de hacer y pensar, de una nueva tecnología, de unas necesidades humanas que toda ciudad tiene derecho a reivindicar. Pero esa intervención nunca debe ser destructiva ni retrospectiva, sino todo lo contrario, una aportación cultural de su propio momento tendente a mejorar la calidad urbana.¹² Su aspiración final es sintetizada en el sentido de señalar que el objetivo principal de la regeneración de las ciudades históricas y de los núcleos antiguos es el de crear un espacio

¹¹ Álvarez Errondosoro, F.: «Programa de rehabilitación Centro de Madrid», *Seminario Arquitectura y Ciudad*, (Ministerio de Cultura, 1992), página 41.

¹² Hernández Montero, J. A.: «El impacto social de la nueva arquitectura en los centros históricos», *Seminario Arquitectura y Ciudad*, (Ministerio de Cultura, 1992), página 115.

urbano que, siendo adecuado para la vida actual, no sea idéntico o similar al que deteriora la ciudad moderna. La salvación de las ciudades históricas depende de la aplicación inteligente de los principios expresados en la cultura moderna, que se fundan en la conservación activa integrada, no de todo indistintamente, sino de aquello que reconocemos como digno de ser conservado en el mismo momento que otros pueden ser modificados. No obstante, la dificultad de interpretación consiste en la medida de esta modificación y en las causas que la determinan¹³.

En cualquier caso y a nivel nacional, la transformación operada en la mentalidad de nuestros legisladores y poderes públicos en esta materia parecen evidentes. Frente a la tesis del ensanche de las poblaciones y el desconocimiento, cuando no animadversión a la conservación del pasado reflejado en el casco histórico de las ciudades, en la actualidad se tiende a una revitalización del patrimonio arquitectónico existente en cada municipio, en una labor de introspección o retorno que conduzca a una adecuada utilización de recursos inmobiliarios ya existentes, con el ahorro de recursos de distinto tipo que ello engloba, lo que no supone un freno al desarrollo económico y laboral de la zona, ya que ese posible defecto es salvado por las inversiones contenidas en la rehabilitación urbana¹⁴. La rehabilitación no es más que una muestra más de la «economía de la cultura», y así ha sido recogido en diversas declaraciones del Consejo de Europa y de otras organizaciones internacionales en materia cultural.

Hoy la inflexión operada a nivel legal y reglamentario parece un factor fuera de toda duda: la restauración y la rehabilitación constituyen intervenciones relevantes, que han perdido su consideración de actuaciones aisladas y de carácter marginal cuando no excepcional. La lenta transformación operada a nivel normativo ha tenido su paralelo reflejo en el cambio de mentalidad de la sociedad hacia su patrimonio edificado. Hace cuarenta o cincuenta años subsistía aún la conciencia de ser herederos de los vestigios del pasado y que, como nosotros, eran susceptibles de modificación o abandono. Cuando algo dejaba de ser útil se readaptaba, se reconvertían y cuando eso ya no era posible se recogían sus restos y con ellos se edificaba algo nuevo. Esta cultura de la apropiación, en la que algo si quiere sobrevivir ha

¹³ Di Stefano, R.: Conferencia Inaugural, I Congreso «Ciudades Patrimonio de la Humanidad», Junta de Castilla y León, (Segovia, 1989), página 100.

¹⁴ Bassols Coma, M.: «Instrumentos legales de intervención urbanística en los centros y conjuntos históricos», *Revista de Derecho Urbanístico*, (1990), páginas 470 y siguientes.

de tener algo que ofrecer y ceder algo de su integridad para poder mantenerse en pie. El valor cultural está ahí mientras el patrimonio genera un uso fértil, una ocupación rica, no se convierte en un monumento del pasado sino que sigue vivo dentro de nuestro presente¹⁵. El ámbito objetivo de la rehabilitación del patrimonio arquitectónico se enmarca en dos grandes ámbitos:

- 1) La rehabilitación de elementos individuales.
- 2) La rehabilitación de espacios urbanos.

1) La **rehabilitación individual** es de carácter arquitectónico y recae sobre elementos del patrimonio inmobiliario urbano con la pretensión de reestablecerlos a las condiciones de utilidad que el inmueble es susceptible de satisfacer, ya se trate de un uso privativo o de un uso público. Los parámetros objetivos que la definen son:

a) Pérdida de la funcionalidad del inmueble o construcción que generalmente irá acompañada de un deterioro físico que con anterioridad será necesario enmendar.

b) Reestablecimiento de su utilidad originaria, no en el sentido del momento de su creación sino aquilatando su funcionalidad a las exigencias y necesidades del momento en el cual se efectúa la rehabilitación.

2) La rehabilitación de **espacios urbanos** se materializa básicamente a través de intervenciones de modernización, sobre la base del mantenimiento de las estructuras urbanas, que admiten acciones de sustitución y creación de nuevos elementos urbanos¹⁶.

2. La situación de degradación del patrimonio inmobiliario histórico en particular

Es evidente la existencia de una profunda degradación en el estado de conservación física y orgánica de la mayoría de los inmuebles

¹⁵ Guerra de Hoyos, C.: «Patrimonio cultural y reutilización», *Boletín del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico*, número 18, (1997), página 94.

¹⁶ En opinión de GARCÍA GARCÍA, el concepto material de rehabilitación hace referencia a la idea de retorno a una situación o condiciones que por cualesquiera causas se han perdido y que a través de la acción rehabilitadora vuelven a estar presentes de nuevo en el objeto sobre el que recae tal acción. Desde esta perspectiva, el fenómeno de la rehabilitación se define por dos notas:

a) La situación objetiva de pérdida de las condiciones originarias del objeto rehabilitado.

culturales existentes en nuestro país. Este diagnóstico no constituye una característica propia de nuestra sociedad, sino que se constituye en un auténtico síntoma común a la mayoría de las naciones, obedeciendo a múltiples causas, derivadas primordialmente del ser humano¹⁷. Por lo que se refiere a España, las causas que, en general, han provocado esta lamentable situación son puestas de relieve con pareceres contrapuestos por autores como JOSÉ LUIS ÁLVAREZ, ALONSO IBÁÑEZ, PEREDA ALONSO y MORESCO SUÁREZ.

2.1. Tesis de Álvarez y Álvarez

Para este autor pueden mencionarse diversas razones históricas, centradas en el siglo pasado y en el actual, y concretadas en los siguientes aspectos:

1) Siglo XIX.

a) La degradación y depreciación que originó la invasión napoleónica con sus secuelas de destrucción y saqueo del Patrimonio Histórico Español, al igual que sucedió en Italia o en Egipto.

b) La venta de grandes colecciones de pintura española en el extranjero, sin control alguno, y la continuación con esa sangría en el siglo XX respecto a nuestro patrimonio mobiliario.

c) La destrucción y almoneda de edificios artísticos o históricos, muchas veces con su contenido de muebles, bibliotecas y archivos transmitidos a particulares sin ninguna obligación de conservarlos como consecuencia de la desamortización.

b) La restitución de aquellas condiciones tras las actuaciones pertinentes.

Cfr.: García García, M.ª J.: *El régimen jurídico de la rehabilitación urbana*, Institució Alfons el Magnanim, (Valencia, 1999), páginas 37 y siguientes.

¹⁷ PAUL PHILIPPOT sintetiza las causas de degradación del patrimonio arquitectónico cultural en las siguientes:

1. La falta de cuidados debido a ignorancia o ausencia de interés cultural.

2. Los daños o la destrucción debidos a razones ideológicas.

3. La reconstrucción falseada debido a distintos factores:

a) La confusión romántica que pretendía hacer revivir una experiencia histórica pasada.

b) El error consistente en pensar que la supervivencia de una artesanía tradicional puede expresar valores tradicionales en un mundo en que los valores han cambiado.

c) La confusión entre un conocimiento arqueológico y el monumento o la estructura reales.

d) La utilización de monumentos o estructuras del pasado con fines simbólico-ideológicos.

Cfr.: Philippot, P.: *Conservación Histórica, actitud, criterios, guía*, Smithsonian Institution, (Washington, 1976).

d) La destrucción de casi todas las murallas de nuestras antiguas ciudades como reflejo del espíritu «moderno» que creía que, para hacer el ensanche de las poblaciones, era preciso derribar completamente los viejos bastiones.

2) Siglo XX.

a) La indiscriminada y clandestina exportación de obras de arte, libros y documentos en el primer tercio de siglo que comprende no sólo bienes inmuebles, sino edificios enteros de los que da testimonio, por ejemplo, el Museo Metropolitano de Nueva York. En esa época y aún después, se vende y exporta una parte notable del patrimonio mobiliario (muebles, retablos, escultura, pintura y orfebrería religiosa, alfombras, etc.).

b) Los daños producidos por la guerra civil, sobre todo en el patrimonio inmobiliario y religioso.

c) Las consecuencias derivadas de la modernización y progreso de los años cincuenta y siguientes, con sus secuelas negativas para los conjuntos arquitectónicos e históricos y para las bellezas naturales que se habían conservado relativamente bien hasta ese momento, por inercia y por el escaso desarrollo económico e industrial.

d) Otra serie de causas como un desarrollo urbanístico mal entendido, etc., (situación sin embargo no exclusiva de nuestra nación), que este autor sintetiza en dos actitudes: la incultura y la especulación¹⁸.

2.2. Tesis de Alonso Ibáñez

Para esta autora la situación de deterioro en que se encontraba el patrimonio histórico a la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, derivaba de una situación de ineficacia legislativa que tenía su origen en tres diferentes causas:

¹⁸ El propio ÁLVAREZ y ÁLVAREZ sintetiza los riesgos que amenazan al patrimonio histórico español y los condensa en una fórmula quintuple:

1) La incultura de la sociedad que no aprecia los valores que posee.

2) La especulación del suelo.

3) El robo y la exportación ilícita de bienes culturales.

4) La falta de ayudas o apoyos a los propietarios particulares de los bienes culturales, lo que se traduce en que su tenencia o su conservación constituye una carga para su titular.

5) Los conflictos bélicos, nacionales e internacionales.

Cfr.: Álvarez y Álvarez, J.L.: *Sociedad, Estado y Patrimonio Cultural*, Editorial Civitas (1992), páginas 71, 72 y 86; Álvarez y Álvarez, J. L.: *El Patrimonio Cultural: de dónde venimos; dónde estamos, a dónde vamos*, Revista Patrimonio Cultural y Derecho, número 1, (1997), páginas 20 a 23.

a) En primer lugar, debido a la extrema penuria de medios financieros con los que desde los poderes públicos se pretendía hacer frente a la tarea de conservar y restaurar el patrimonio histórico, imputando la responsabilidad exclusiva de su mantenimiento principalmente a los titulares de dichos bienes o, en menor medida, a las Administraciones Locales donde radicaban los mismos.

b) En segundo lugar, debido a las deficiencias existentes en la organización administrativa, al carecer de un aparato burocrático minimamente profesionalizado, lo que se tradujo, entre otras consecuencias, en el fracaso de la labor de inventario y catalogación de los bienes integrantes del patrimonio histórico¹⁹.

c) Por último, debido a las insuficiencias existentes en la propia normativa reguladora del patrimonio histórico, al carecer de una unidad y de una concepción globalizadora de todas las manifestaciones en que se desenvuelve esta materia, en donde se potenció la tarea de intervención administrativa en forma de policía, frente al impulso de medidas de fomento²⁰.

2.3. Tesis de Pereda Alonso

Esta autora señala que los principales problemas para la conservación del patrimonio cultural inmueble estriban en dos diferentes causas:

- 1) Por una parte, su destrucción provocada por razones naturales o por la mano del hombre.
- 2) Por otra parte, su abandono ocasionado por la falta de protección jurídica, económica o social, cuando no su sobreexplotación desde la perspectiva del turismo cultural²¹.

¹⁹ Las razones que produjeron esta situación tienen un origen múltiple, que ALONSO IBÁÑEZ sintetiza en los siguientes factores: la propia magnitud de la tarea de inventariar; las negligencias de los órganos administrativos que tenían las competencias sobre la materia del patrimonio histórico; la falta de medios económicos; y, en particular, «la falta de una concepción general sobre la tarea administrativa de inventariar, lo que se traduce en la ausencia de normas específicas que creen una estructura eficaz».

Cfr.: Alonso Ibáñez, M. R.: *El patrimonio histórico. Destino público y valor cultural*, Ed. Civitas, (1992), página 39.

²⁰ Alonso Ibáñez, M. R.: *El patrimonio histórico. Destino público y valor cultural*, Ed. Civitas, (1992), páginas 31 a 43.

²¹ Pereda Alonso, A.: *La conservación del Patrimonio Cultural Español de carácter inmueble*, Ciclo de Reuniones «Patrimonio y Sociedad», Asociación Hispania Nostra, (1997), páginas 35 y 36.

2.4. Tesis de Moresco Suárez

Este autor menciona los siguientes factores:

- 1) La ausencia de una clara conciencia por parte de los poderes públicos de la importancia que ostenta el patrimonio histórico.
- 2) Las múltiples confrontaciones armadas habidas en suelo español.
- 3) La concepción absoluta de la propiedad privada como un derecho sin límites sociales para el titular de un bien cultural.
- 4) El principio del «desarrollo a ultranza» con miras a conseguir beneficios a corto plazo sin importar la destrucción de elementos de naturaleza histórico-artística.
- 5) El turismo contemplado como un fin sin límites y sin reparar en los medios empleados para su promoción.
- 6) La preponderancia del ensanche de las poblaciones, desde una perspectiva urbanística, por encima de la consolidación, saneamiento y protección de los cascos de las ciudades.
- 7) La inaplicación casi absoluta de la normativa sobre infracciones y sanciones en materia de patrimonio cultural.
- 8) Una legislación de arrendamientos urbanos promotora de casos de ruina.
- 9) La ausencia, por parte de las Administraciones Públicas, de una auténtica y estimulante planificación de medidas de fomento, protección y rehabilitación del patrimonio histórico²².

2.5. Tesis propia

En mi opinión, junto a esas causas de degradación expuestas, que pueden calificarse como «causas sociales», (atendiendo a su origen humano), también puede mencionarse un segundo gran grupo que podemos tildar como «causas naturales», en donde se integran los factores provenientes de la contaminación física, química, acústica, y de cualquier otro tipo biológico u orgánico que incidan directa o indirectamente en el inmueble cultural, (como puede ser, por ejemplo, el proveniente de las deyecciones originadas por aves instaladas permanentemente o esporádicamente sobre el recinto exterior de un inmueble cultural, atendiendo a que la propia estructura inerte de los edificios his-

²² Moresco Suárez, A.: «La protección y fomento del patrimonio histórico artístico. Consideración especial de los aspectos tributarios», *Revista de Derecho Urbanístico*, número 101, (1987), páginas 35 y 35.

tóricos de un núcleo urbano proporcionan por sí mismos numerosos cobijos y habitáculos en los que aquellas pueden refugiarse y habitar). Esta última degradación obedece, no sólo al proceso natural de toda materia, provocado por el transcurso del tiempo, sino también por las secuelas de la industrialización, es decir, por la contaminación en sus distintas manifestaciones físicas, petrológicas, mineralógicas, químicas, acústicas, etc.²³. En el mismo sentido se pronuncia el profesor MARTÍN MATEO, al afirmar que «en materia de contaminación atmosférica las viejas urbes que mantienen la herencia histórica y artística del pasado son mucho más sensibles a las consecuencias depredadoras de los agentes químicos vehiculados en el ambiente urbano», trascendiendo no sólo a los edificios, sino también a los objetos artísticos o culturales en ellos existentes²⁴.

Cualquiera que sean los argumentos que pueden esgrimirse, han de tenerse en cuenta que las exigencias que laten en el artículo 46 de la Constitución no se agotan en la mera protección de la herencia monumental recibida, en la defensa del monumento como cosa, estática e individualmente considerado, sino que adicionalmente postulan la restauración de esa herencia y la regeneración completa del tejido urbano y cultural del que el monumento forma parte y al que contribuye a dar vida, recibiendo de él al propio tiempo, vida que la dinámica urbana amenaza de forma permanente, y que puede ser dañada también por las agresiones al ambiente en que el monumento se integra, aun en el caso de que el monumento como cosa permanezca intacto²⁵. Por esas razones, algún autor se interroga sobre el dilema de la permanencia o sustitución de un edificio de carácter cultural, proponiendo las siguientes alternativas:

- 1) Mantenerlo con efectos culturales.
- 2) Rehabilitarlo.
- 3) Enajenarlo para ser sustituido en el futuro por un nuevo edificio.
- 4) Abandonarlo a su propia suerte en la dinámica competitiva²⁶.

²³ Rodríguez González, J. L.: *Esquema general metodológico para el estudio de alteración de los materiales constitutivos de los monumentos*, Actas de las Jornadas sobre Patrimonio Histórico-Artístico de Castilla y León (1980), Vol. I, páginas 459 a 463.

²⁴ Martín Mateo, R.: «Tutela del medio ambiente en los centros urbanos, con especial atención a la problemática de la protección de las ciudades históricas», VI Congreso Italo-Español de profesores de Derecho Administrativo, (Florenca, 1976), páginas 3 y siguientes.

²⁵ Fernández Rodríguez, T. R.: *La acción de los poderes públicos*, página 23.

²⁶ Fernández Longoria, E.: «Hacia una rehumanización neofuncionalista del centro de la ciudad», *Seminario Internacional de Madrid: Rehabilitación física y mejora funcional*, (Madrid, 1981), página 55.

En conexión con lo apuntado, debe tenerse en cuenta la advertencia realizada por ÁLVAREZ y ÁLVAREZ, en el sentido de que el inmueble rehabilitado debe incorporarse a las necesidades y usos de la sociedad, ya que la reconstrucción, conservación o restauración de puros monumentos decorativos vacíos y sin ninguna utilidad podría suponer un gasto suntuario y excesivo teniendo en cuenta los recursos del país²⁷. En todo caso, también se hace necesario seleccionar un conjunto de criterios que permitan valorar y seleccionar adecuadamente tanto los Planes de intervención realizados por las distintas Administraciones Públicas, como los inmuebles sobre los que recaerá la intervención rehabilitadora. A este respecto y, centrándose en torno a los edificios históricos o artísticos, mientras que unos autores ponen todo el énfasis en un labor de tipo preventivo, pueden servir como orientativos el conjunto de criterios de valoración generales expuestos por otros para quienes, en todo caso, es necesario partir del principio fundamental de que toda restauración ha de tener como exclusivos destinatarios los inmuebles culturales cuya conservación pueda ser sufragada por los contribuyentes o puedan dárseles una función que les permita automantenerse financieramente. No obstante, no pueden ignorarse las dificultades existentes en la realidad a la hora de plasmar en la práctica los diferentes postulados apuntados ya que, «un marco normativo excesivamente inspirado en principios protectores del patrimonio arquitectónico ha engendrado necesariamente unos órganos administrativos imbuidos de un poder de policía de escasas miras, celosos guardianes de los muros de una ciudad-museo que no debe respetar la atmósfera de los nuevos tiempos». Para este autor las dificultades se extiende incluso al campo terminológico, a la hora de designar el concepto técnico-jurídico que mejor defina las intervenciones a realizar, motivo por el que emplea la palabra «revitalización», (noción suficientemente comprensiva de las actuaciones de renovación, mejora y rehabilitación urbana)²⁸. Con independencia de las medidas técnicas a utilizar en esa tarea, y descendiendo a la materialización en la práctica de las actuaciones de rehabilitación, bajo este concepto se encierran, en realidad, dos diferentes etapas:

²⁷ Álvarez y Álvarez, J. L.: *Sociedad, Estado y Patrimonio Cultural*, Ed. Espasa-Calpe, (1992), páginas 30, 76 y 77.

²⁸ Vicente Domingo, J.: «Consideraciones críticas sobre la política protectora de los conjuntos históricos», *Revista de Derecho Urbanístico*, (1991), número 122, páginas 128, 129, 131 y 142.

- 1) Por un lado, el análisis de sus valores culturales interpretables a través de una técnica de que él conceptúa como de «restauración»; y,
- 2) Por otro lado, la decisión del destino final o uso que tendrá el edificio una vez restaurado, etapa que ese autor denomina como de «adaptación», (en donde pueden intervenir teorías que propugnen tanto una utilización lo más acorde con su uso primitivo, como el que sea más práctico o pragmático para el lugar donde está enclavado)²⁹.

II. FUENTES NORMATIVAS REGULADORAS DE LA REHABILITACIÓN DEL PATRIMONIO ARQUITECTÓNICO EN LA LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Teniendo presentes el principio de jerarquía normativa aplicado al ámbito urbanístico por el Tribunal Constitucional en la **Sentencia 61/1997, de 20 de marzo**³⁰; la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de patrimonio histórico, según señaló el propio Tribunal Constitucional en su **Sentencia 17/1991, de 31 de enero**³¹; y la aplicación del principio

²⁹ García Gil, A.: «Criterios de actuación», «Actas de las Jornadas sobre Patrimonio Histórico-Artístico de Castilla y León», (1980), Vol. I, páginas 399 y 400, y García Gil, A.: «El patrimonio arquitectónico en el final del siglo», I Congreso de Ciudades del Patrimonio de la Humanidad, (Segovia, 1989).

³⁰ El ordenamiento jurídico urbanístico existente en España en la actualidad se articula alrededor de tres grandes principios consagrados por la **Sentencia 61/1997, de 20 de marzo**, que toman como referencia el principio de jerarquía normativa.

1) En primer lugar se aplicará la legislación del Estado que se considere de carácter pleno o básico. En este punto, el Tribunal Constitucional señalaba que serían de aplicación los preceptos que se mantuviesen en vigor de la Ley de 26 de junio de 1992. No obstante, la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones ha actualizado la declaración del Tribunal Constitucional, constituyendo en la actualidad la normativa básica de aplicación a todo el territorio nacional (junto a los preceptos mantenidos en vigor de la norma de 1992).

2) En segundo lugar, se aplicará la normativa autonómica propia que cada Comunidad Autónoma haya podido dictar o dicte en uso de las competencias que en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda le reconoce el artículo 148.1.3.º de la Constitución.

3) En tercer lugar, el derecho estatal supletorio, constituido tanto por la normativa dictada con anterioridad a la Constitución, (es decir, por aquellos aspectos del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, no afectados por la redacción contenida en la norma de 1992), como por diferentes normas de carácter reglamentario dictadas en su desarrollo.

³¹ La doctrina establecida por el Tribunal Constitucional para regular la actuación del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de patrimonio histórico giran alrededor de los siguientes principios:

1) Existe una competencia concurrente del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de cultura, ya que como el propio Tribunal señaló en sus sentencias 49/1984, 157/1985 y 106/1987, «la cultura es algo de la competencia propia e institucional, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas» (F.J. 3.º).

jurídico de especialidad a esta materia, el marco jurídico aplicable a la rehabilitación del patrimonio arquitectónico en la Comunidad de Madrid queda estructurado en las siguientes normas, ordenadas jerárquicamente:

1. Legislación prevalente o de primer grado

En primer lugar, se aplicará la legislación especial sobre patrimonio histórico, artístico y cultural, representada por:

- a) La Ley 10/1998, de 9 de julio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid.
- b) La Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español (que se aplicará con carácter supletorio o complementario de la Ley madrileña 10/1998, salvo que los inmuebles afectados sean de titularidad estatal).

2) El Estado tiene potestad para legislar en la materia relativa al patrimonio histórico, disciplina integrada en el amplio concepto de cultura, y que puede concretarse en los siguientes supuestos:

a) Con relación a los bienes de titularidad estatal, (entre los que cabe incluir los pertenecientes al Patrimonio Nacional).

b) Cuando se precise adoptar tratamientos generales, «específicamente aquellos principios institucionales que reclaman una definición unitaria, puesto que se trata del Patrimonio Histórico Español en general (Preambulo y artículo 1.º.1)».

c) «Cuando los fines culturales no pudieran lograrse desde otras instancias», (competencia supletoria o residual en relación a las Comunidades Autónomas).

d) «Cuando se trate de materias que no hayan sido estatutariamente asumidas por cada una de las Comunidades Autónomas» (en el sentido previsto en el artículo 149.3 de la Constitución).

e) Con relación a los bienes y situaciones descritas en el artículo 149.1.28º de la Constitución, lo que supone que «el Estado ostenta, pues, la competencia exclusiva en la defensa de dicho patrimonio contra la exportación y la expoliación, y las Comunidades Autónomas recurrentes, en lo restante, según sus respectivos Estatutos».

3) Dado que «no cabe extender la competencia estatal a ámbitos no queridos por el constituyente, por efecto de aquella incardinación general del patrimonio histórico-artístico en el término cultura, pues por esta vía se dejarían vacíos de contenido los títulos del bloque de la constitucionalidad que se limitan a regular una posición definida del amplio espectro de la misma», el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que, salvo en los supuestos que hemos mencionado en el apartado anterior, «las Comunidades Autónomas ostentan la competencia en lo restante, según sus respectivos Estatutos».

4) La competencia autonómica deberá respetar las potestades atribuidas al Estado «sin que ello implique que la eventual afectación de intereses generales o la concurrencia de otros títulos competenciales del Estado en materia determinada no deban también tenerse presentes como límites que habrá de ponderar en cada caso concreto, (así los títulos que resultan, v. gr. de los números 6 y 8 del artículo 149.1)» (F.J. 3.º).

5) En todo caso, «existe un deber general de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas que no es preciso justificar mediante preceptos concretos porque es de esencia al modelo de organización territorial del Estado por la Constitución» (F.J.4).

2. Legislación de segundo grado

En segundo lugar se aplicará la legislación urbanística, siguiendo un orden jerárquico:

a) La Ley estatal 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones (con las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 4/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes).

b) La Ley 7/2000, de 19 de junio, de Rehabilitación de Espacios Urbanos Degradados y de Inmuebles que deban ser objeto de Preservación, dictada por la Comunidad de Madrid (norma de aplicación preferente a la Ley 9/2001, atendiendo al principio jurídico de especialidad).

c) La Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid (de aplicación subsidiaria a la Ley 7/2000, dado su carácter de norma jurídica general).

3. Legislación complementaria

Integran esta categoría las diferentes disposiciones dictadas a nivel reglamentario, entre las que sobresalen las destinadas específicamente a la rehabilitación del patrimonio arquitectónico, que se encuentra en España enmarcado en dos diferentes categorías de normas:

1) En primer lugar, la legislación estatal, representada fundamentalmente por el Real Decreto 1186/1998, de 12 de junio, sobre medidas de financiación de actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo del Plan 1998-2001¹².

¹² El nuevo Real Decreto de 12 de junio de 1998 nace auspiciado por tres diferentes motivos:

a) En primer lugar, por la evolución experimentada en el sector financiero crediticio desde los primeros años de la década, que han desembocado en una situación de amplia oferta cuantitativa y por modalidades de préstamos hipotecarios, a unos tipos de interés muy reducido, en comparación con épocas anteriores.

b) En segundo lugar, por las circunstancias generales de la economía española, que ha experimentado una notable mejoría.

c) En tercer lugar, por la configuración de un entorno económico-financiero íntimamente relacionado con los criterios de convergencia europea.

La suma de estos factores han provocado una notable transformación del marco inicialmente previsto por el Real Decreto de 28 de diciembre de 1995 para el período 1996 a 1999, justificando la promulgación de la nueva normativa que, según el Apartado Octavo de su Exposición de Motivos, persigue dos grandes finalidades:

2) En segundo lugar, la abundante legislación dictada a nivel autonómico sobre esta materia, en donde puede realizarse a su vez una subdivisión:

a) Por una parte, la normativa dictada con carácter general para rehabilitar el patrimonio arquitectónico en general¹³.

b) Por otra parte, la normativa dictada con carácter específico para rehabilitar el patrimonio inmobiliario de carácter histórico-artístico, en donde sobresale la figura de las subvenciones destinadas a la rehabilitación del patrimonio arquitectónico¹⁴.

4. Justificación de la Aplicación Preferente de la Legislación sobre Patrimonio Histórico a la Urbanística

La razón de la aplicación preeminente de la legislación sobre patrimonio histórico respecto a la normativa urbanística tiene su apoyo en

1) Por una parte, «mejorar la estructura del mercado de la vivienda, facilitando a las familias con ingresos medios y bajos el acceso a la primera vivienda en propiedad; aumentando la oferta de viviendas en alquiler; estimulando la actividad rehabilitadora del parque residencial existente; propiciando la generación de suelo urbanizado con repercusiones moderadas en el precio final de nuevas viviendas, a fin de anticipar y reforzar los efectos de la recientemente aprobada Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones».

2) Por otra parte, «contribuir a garantizar y mantener un nivel adecuado de actividad y empleo en el subsector vivienda».

Junto a las disposiciones con rango de ley formal, el ordenamiento jurídico regulador en materia urbanística y de vivienda en la Comunidad de Madrid se completa por las siguientes normas (en tanto no resulten incompatibles con la Ley del Suelo 9/2001, de 17 de julio):

- Decreto 138/1998, de 23 de julio, modifica especificaciones técnicas de la Ley de 22 de junio de 1993, de promoción de accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas para minusválidos (BOCAM de 30 de julio de 1998).

- Decreto 141/1998, de 30 de julio, regula ayudas a la eliminación de barreras y promoción de técnicas (BOCAM de 7 de agosto de 1998).

- Decreto 71/1999, de 20 de mayo, Reglamento de desarrollo del régimen sancionador respecto a la promoción de accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas (BOCAM de 28 de mayo de 1999).

¹⁴ La Ley 10/1998, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid prevé con carácter general, en su artículo 48, el otorgamiento de ayudas públicas destinadas a la investigación, documentación, conservación, recuperación, restauración, actuaciones urgentes y difusión de los bienes culturales situados en la Comunidad Autónoma que no sean de titularidad estatal. Descendiendo a un plano más específico, el artículo 51 de la propia norma de 9 de julio de 1998 prevé el otorgamiento de ayudas directas, a través de subvenciones o mediante la subsidiación de créditos, con destino a la rehabilitación o adquisición de Bienes de Interés Cultural o Incluidos en el Inventario de Bienes Culturales de la Comunidad de Madrid que, posteriormente, serán dedicados a un uso general que asegure su protección. Asimismo, el artículo 49.3 establece la posibilidad (meramente facultativa) de que la Comunidad de Madrid pueda otorgar ayudas públicas, con el carácter de anticipo reintegrable, respecto a obras de intervención que hayan de realizarse en bienes culturales y se consideren urgentes.

la doctrina del Tribunal Supremo. En concreto, la jurisprudencia reconoce que la evidente coexistencia y concurrencia de distintos tipos de normas sobre un mismo bien de naturaleza inmobiliaria se traduce en la necesidad de crear y articular un sistema que garantice la aplicación de las distintas disposiciones en cuanto integrantes del ordenamiento jurídico, con arreglo a determinadas reglas o principios. Este panorama encuentra su reflejo sobre todo con relación a los edificios y construcciones integrantes del patrimonio histórico, en cuya regulación jurídica concurre la aplicabilidad simultánea de preceptos provenientes tanto de la normativa urbanística, como de la legislación sobre patrimonio cultural. Las soluciones aportadas por el Tribunal Supremo para resolver el posible conflicto de normas se centra en torno a dos premisas distintas:

1) Por un lado, se postula la necesidad de aplicar las distintas normas concurrentes, sin que la utilización de las unas suponga discriminar o ignorar a las restantes, dado que son diferentes las finalidades y las funciones atribuidas por el ordenamiento jurídico a cada disposición aplicable³⁵.

³⁵ Una primera aproximación al tema puede tomar como referencia las sentencias de 13 de abril de 1982 (Ar. 1980) y 17 de enero de 1985 (Ar. 226), al analizar los efectos prácticos que una situación de ruina plantea para un inmueble con valor histórico y artístico. Ambas resoluciones judiciales llegan a la conclusión de que la legislación cultural y la urbanística son diferentes, sin declarar expresamente la prelación de la una sobre la otra, aunque la conclusión que apuntan de reconstruir los elementos más significativos del inmueble, parecen suponer una velada confesión y reconocimiento de la primacía de la normativa especial cultural sobre la general, encarnada en la Ley del Suelo. En este sentido, la mencionada sentencia de 17 de enero de 1985 (Ar. 226), sintetizando el criterio de ambas, declara:

«(...) Pero en todo caso y conocida la panorámica legal en torno a las supuestas declaraciones de ruina y las competencias para declararlas, algo resulta claro, y es, que en manera alguna son equiparables las situaciones previstas en la Ley del Suelo y la del Patrimonio Artístico, por cuanto que una y otra responden a hipótesis diferentes, y es obvio que el concepto de ruina difiere radicalmente en mérito a la funcionalidad del inmueble y su destino; ya que cuando la ruina afecta a la vivienda y afectados son propietarios y moradores en otro es el Patrimonio Artístico Nacional en su manifestación histórico-artística y en su virtud lo que es o podría ser indiscutible e irremediable ruina a los fines de vivienda o morada, no lo es la de conservación del inmueble que se pretende para admiración, embellecimiento y contemplación de que se trata, ese perfil diferenciador es el que ha podido dar lugar a la doctrina de esta Sala en torno a la contraposición de competencias y concurrencia de las mismas y la de respeto de unas y otras para hacer posible la finalidad última que se persigue así como el condicionamiento de los intereses privados al interés público, pero en todo caso habrá de estimarse que teniendo como finalidad esencial y por demás lógica toda la legislación protectora del Patrimonio Artístico la conservación del mismo impidiendo que éste pueda desaparecer ante su sacrificio por satisfacción de otros intereses materiales coartados en su desarrollo por esos serios impedimentos, es cierto también que cuando ese objeto o bien no tiene ya posibilidad de ser rehecho y conservado habrá de entenderse que en ese momento, si se concibe el bien protegible aisladamente no tendrá ya esa efectiva protegibilidad y si se inserta en un Conjunto Histórico-Artístico donde quizás sea más prevalente la unidad del mismo, que las individualidades que lo integran en todo o en parte, sólo la inclusión en un futuro proyecto

2) Por otro lado, los posibles conflictos normativos que surjan por la aplicación simultánea de diferentes preceptos legales son resueltos acudiendo a un principio de especialidad, a cuyo tenor ha de resolverse, atribuyendo preeminencia y superioridad a la legislación relativa al Patrimonio Histórico sobre otras normas de distinta naturaleza jurídica³⁶.

podrá en la medida de lo posible paliar los efectos de la ruina que se haya podido producir en el inmueble, y es esa alternativa la que ofrecen las resoluciones recurridas al autorizar la presentación de un proyecto de remodelación y adaptación a un nuevo uso respetando y reconstruyendo los elementos más significativos».

El mantenimiento escrupuloso de las distintas competencias atribuidas por el ordenamiento jurídico a diferentes Administraciones Públicas, puede sufrir algún tipo de riesgos a la hora de aplicar conjuntamente la legislación especial sobre patrimonio histórico, junto a los preceptos urbanísticos atribuidos a los Ayuntamientos, en un concreto supuesto de hecho. Sin embargo, ello no debía suponer un obstáculo al mantenimiento y respeto recíproco de las atribuciones propias de cada Administración Pública concurrente, conforme señala la sentencia de 21 de julio de 1986 (Ar. 5533), en donde se defiende la conservación que el Ayuntamiento afectado debe hacer de las competencias que en materia urbanística le atribuyen las leyes, con independencia de las facultades que en materia de Patrimonio Histórico desarrollen los organismos competentes en la materia. En ese sentido la referida sentencia indica:

«(...) pues la potestad municipal para ordenar urbanísticamente al suelo comprendido en su término incluye la de proteger también, desde la órbita e intereses locales las zonas, conjuntos urbanos, edificios y espacios naturales; según lo dispuesto en estos preceptos, sin perjuicio del preceptivo informe de la Dirección General competente del Estado, o de sus órganos de la Administración periférica para advenir la conformidad de un proyecto de edificación con los supuestos protegidos por la declaración estatal de inclusión y valoración de los conjuntos o edificios singulares de interés histórico-artístico, que no pueden ser desvirtuados por la ordenación municipal, pero si ser completados por ésta, o contemplada desde la perspectiva de los intereses locales con la consecuente regulación de otras restricciones para la edificación, o la observancia de otras condiciones; debiendo, en cualquier caso, quedar incólume la potestad municipal y otorgar las licencias según su propio Planeamiento y Ordenación; al margen de atender también las competencias concurrentes del Estado y de las Comunidades Autónomas dentro de los límites de sus competencias, o de las Diputaciones Provinciales, con el debido acatamiento al principio de la Autonomía Municipal, artículo 140 de la Constitución, que es compatible con la incidencia de otras competencias fundadas en intereses nacionales, regionales o provinciales».

Una primera aproximación al tema lo ofrece la sentencia de 14 de junio de 1965 (Ar. 3585), en donde, al analizar un supuesto concreto de concurrencia normativa entre las facultades atribuidas a favor de los Ayuntamientos, así como de las competencias ostentadas por los Organismos protectores del Patrimonio Histórico, se afirma con un mero alcance incidental la supremacía de la Legislación Cultural sobre la de Régimen Local atendiendo al doble criterio de su naturaleza jurídica de índole estatal y específica. El Considerando Sexto es bastante expresivo al indicar:

«(...) Pero obvio resulta que al razonarse en tales términos, es cuando se incurre en verdadero error; porque se deja de tener presente que si bien es uno de los fines (moiso j) de dicho artículo 101 de la repetida Ley de Régimen Local cuando concierne a Monumentos artísticos e históricos, y que según el ap. f) del art. 122 de la misma Ley, la concesión de las licencias para obras corresponde a la Comisión municipal mencionada, ha de distinguirse que la competencia referida a la primera de dichas facultades, tiene que verse limitada en razón a la determinada por otra legislación específica superior por su carácter estatal, cual es en el caso presente la Ley de 13 mayo 1933 (...)».

El principio apuntado es enunciado de forma expresa, pero sin ningún tipo de desarrollo argumental posterior que justifique su aseveración, en la sentencia de 8 de octubre de 1982 (Ar. 5748), cuando, simplemente menciona:

III. LA LEY 7/2000, DE 19 DE JUNIO DE REHABILITACIÓN DE ESPACIOS URBANOS DEGRADADOS Y DE INMUEBLES QUE DEBAN SER OBJETO DE PRESERVACIÓN: ANÁLISIS PRÁCTICO

Frente al sombrío panorama de la degradación y ruina de múltiples inmuebles de los centros históricos, diversas legislaciones comen-

«(...) pero las medidas interventoras para la conservación de dicho Patrimonio tienen unos límites referidos a la propiedad privada y a las facultades dominicales como son que a la declaración proceda la incoación del correspondiente expediente y que se apliquen las prescripciones referentes a la declaración de monumentalidad de que se trate, **debiendo supeditarse a esa normativa especial de carácter estatal la municipal y de urbanismo** (...).»

El postulado también es evocado de forma incidental en la sentencia de 17 de marzo de 1980 (Ar. 1006), cuando, simplemente, alude al mayor rango jerárquico que ostentan las disposiciones protectoras de los bienes culturales sobre otra normativa concurrente. En ese sentido afirma:

«(...) es en el 73 en el que se recoge el exponente de la especial preocupación de orden urbanístico y respeto hacia lo que constituye el patrimonio artístico y, lo que supone la necesidad de reverencia y conservación que merece el acervo cultural, interesado por edificios de carácter artístico, histórico, arqueológico, típico o tradicional, representando preocupación, no sólo por lo que de valoración estética, de armonía, y más cuando esa valoración es de mayor rango (...).»

La sentencia de 31 de octubre de 1988 (Ar. 8341), resuelve la posible controversia en favor de la legislación reguladora del patrimonio histórico, tomando como referencia la propia normativa urbanística, en concreto el artículo 57.2 de la redacción legal correspondiente a 1976, al exponer:

«Existiendo conformidad respecto a que se trata de un inmueble con restos de una iglesia inacabada cuya iniciación se remonta al siglo XVIII, incluido en el recinto histórico-artístico de la ciudad de Baeza, la supuesta prevalencia atribuida a la normativa urbanística sobre la sectorial concurrente, que según este punto de vista llegaría a neutralizar cualquier disposición de este último carácter si se opusiera a los derechos emanados de aquella, **no puede sostenerse a la luz del art. 57.2 de la propia Ley del Suelo cuando establece, «que la aprobación de los planes no limita las facultades que correspondan a los distintos departamentos ministeriales para el ejercicio de sus competencias según la legislación aplicable por razón de la materia»**; de modo que si la aprobación de la Dirección General de Bellas Artes es preceptiva y presupuesto de la concesión de licencia urbanística, conforme a la legislación protectora del patrimonio histórico-artístico, por efecto de la interdicción de toda obra que afecte al suelo donde se asiente el edificio o conjunto amparado por la declaración formal a que se refiere el art. 26 de la Ley de 13 de mayo de 1933, resulta infundada la tesis de que una eventual discrepancia entre ambos ordenamientos debe resolverse en favor de lo que disponga la legislación urbanística, pues contrariamente las limitaciones impuestas por esta causa a cualquier aprovechamiento en el área afectada son irredimibles, sin perjuicio de que el menoscabo patrimonial experimentado en su caso, resulte susceptible de reparación, con arreglo al art. 87.3 de la Ley del Suelo, cuando el perjuicio derive de un acto definitivo».

En el mismo sentido, recogiendo y asumiendo las ideas expuestas tácitamente por diversa doctrina jurisprudencial, la sentencia de 15 de febrero de 1978 (Ar. 600), al analizar las competencias administrativas concurrentes en materia de Patrimonio Histórico-Artístico, expone de forma incidental:

«De ahí que, con independencia de los criterios sustentados por los municipios en esta materia y congruentes previsiones que hubiesen adoptado dentro de su peculiar competencia, corresponde al Estado, a través de la Dirección General del Patrimonio Artístico y Cultural del Ministerio de Educación y Ciencia, adoptar cuantas medidas y prevenciones considere oportunas, «en cuanto atañen a la defensa, conservación y acrecentamiento» de aquel Patrimonio, artículo 3.º de la Ley 13 mayo 1933, por lo que las intervenciones de ambos organismos, dentro de sus competencias, lejos de excluirse se complementan, estándose en un supuesto de "un

zaron a patrocinar en la década de los noventa una idea alternativa: la rehabilitación del patrimonio arquitectónico. Dentro del ámbito de los inmuebles de carácter cultural, la Ley 1/1991, de 3 de julio, del Patrimonio Histórico de Andalucía introdujo la novedosa idea de extender a los edificios históricos y artísticos las diversas medidas y ayudas económicas que desde los poderes públicos comenzaron a

problema de pluralidad o coexistencia de diferentes normas legales, sin que con la aplicación de los preceptos de la Ley y Reglamento sobre el Patrimonio Artístico, se vulnera la Ley del Suelo, ni siquiera otro de ámbito nacional, puesto que en todo momento es de aplicación preferente, por el interés público que representa la defensa del Patrimonio Artístico Nacional». Sentencias de este Tribunal de 4 julio 1970 y 22 septiembre 1966».

La sentencia de 8 de mayo de 1987 (Ar. 3569), recogiendo la doctrina elaborada por otras resoluciones judiciales, recoge, a título incidental, una deducción que puede tener acogida en el principio aquí analizado:

«Como ha recordado esta Sala en sentencia de 3 de octubre de 1986, recogiendo la doctrina de otras anteriores, las atribuciones de los organismos protectores del Patrimonio Histórico-Artístico obedecen a la exigencia de defender el derecho social a la cultura; y ello obliga a interpretar la legislación protectora de dicho patrimonio en el sentido más favorable a la conservación del mismo, en virtud de lo expresamente dispuesto en el art. 45 de la Constitución Española, y otorga cobertura legal para impedir o demoler las obras que pudieran producir a dicho patrimonio daños y perjuicios irreparables, y en consecuencia, aquellos organismos pueden —separándose incluso, si ello fuera necesario, de las normas urbanísticas, y de las licencias que se hubieran otorgado por otros organismos— adaptar o imponer las limitaciones que discrecionalmente estimen necesarias para tal fin, aunque tal potestad, como todas, no es absoluta, sino limitada en los términos resultantes de los artículos 9 y 103 de la Constitución (...).»

Completa el análisis de este cuadro jurisprudencial la sentencia de 4 de julio de 1970 (Ar. 3313), que expone un argumento esgrimido y sustentado, con posterioridad, por las sentencias de 29 de octubre de 1984 (Ar. 4748) y 19 de noviembre de 1991 (Ar. 8898), en el sentido de reconocer la prioridad de la legislación especial de carácter cultural que tiene efectos, incluso, a la hora de evaluar el alcance de una licencia municipal en comparación con una autorización expedida por el organismo competente en la defensa y salvaguardia del patrimonio histórico, y que se traduce en la subordinación de aquella a esta última. En este sentido, ambas sentencias afirman con idéntica literalidad:

«Que igualmente es inadmisibles la pretensión del recurrente de que al dar a la Ley un efecto retroactivo, se vulnera el principio recogido en el art. 3.º del C. Civ. sobre retroactividad de la Ley; porque en el caso presente no estamos ante un problema de retroactividad de una ley que expresamente no hubiese consignado que tendría ese efecto, sino que con la aplicación de los preceptos de la Ley y del Reglamento sobre Patrimonio Artístico, se vulnera ni la Ley de Régimen Local, ni la llamada del Suelo, ni ninguna otra de ámbito nacional, puesto que en todo momento es de aplicación preferente, por el interés público que representa la defensa del Patrimonio Artístico Nacional».

Que tampoco es admisible la pretensión de que las resoluciones impugnadas violan la doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza y efectos de las licencias de obras municipales, porque tales licencias concedidas por los Ayuntamientos están siempre supeditadas a que durante el tiempo de construcción, no se incoe el expediente sobre declaración de monumento histórico-artístico o conjunto urbano o cualquier otro a los que se refiere el art. 34 de la Ley comentada, pues entonces, las facultades decisorias de la Dirección General de Bellas Artes son indispensables en defensa del interés público llamado a ser protegido, de cuyo dictamen los Ayuntamientos no podrán apartarse, según ordena el último inciso del art. 23 de la Ley tan citada, llegando ésta en su art. 34, a conceder la expropiación forzosa por causa de utilidad pública, de aquellos edificios que aun terminados totalmente con anterioridad a la incoación del expediente, impiden la contemplación del monumento histórico-artístico del conjunto urbano, que es lo acordado en la resolución ministerial, siendo indiferente a estos efectos que el edificio en lugar de estar totalmente construido, lo esté, como en el caso presente, sólo en su esqueleto».

fluir y a tomar como protagonista al patrimonio inmobiliario en general. En esa línea se enmarca la legislación urbanística de la Comunidad de Madrid, con carácter general, en la Ley del Suelo de 17 de julio de 2001, entre cuyos postulados la rehabilitación ocupa un protagonismo destacado. Esta actitud tiene sobre todo su principal exponente en la Ley 7/2000, de 19 de junio, en donde se pretende complementar las actuaciones rehabilitadoras impulsadas tanto a nivel urbanístico como cultural, a través de una disposición especial en la que se aportan una serie de recursos económicos provenientes del 2% del presupuesto de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes y de sus correspondientes Organismos Autónomos (artículo 3.º de la Ley 7/2000).

1. Ámbito objetivo de aplicación de la Norma

Tomando como referencia el artículo primero de la Ley 7/2000, dos son los posibles bienes beneficiarios de la actividad pública desplegada por la norma:

- 1) Por una parte, los espacios urbanos degradados.
- 2) Por otra parte, los inmuebles objeto de preservación.

1.1. Los espacios urbanos degradados

Bajo el calificativo de «espacios urbanos degradados» se incluyen dos diferentes tipos de supuestos que han de ser objeto de rehabilitación de conformidad con los Planes Generales de Ordenación Urbana, Normas Subsidiarias de Planeamiento, Planes Especiales, Programas de Rehabilitación y con el Catálogo Regional de Patrimonio Arquitectónico (según enumera el artículo 8.º de la norma):

a) En primer lugar, los «conjuntos o zonas de interés urbanístico, arquitectónico, histórico, artístico, sociocultural o ambiental, con graves deficiencias urbanas o ambientales, significativo deterioro o decadencia funcional de la edificación o las infraestructuras, dotaciones o espacios libres que los sirvan».

b) En segundo lugar, las «áreas urbanas que, con entera independencia de los valores arquitectónicos o urbanísticos que en ellas concurren, presenten deficiencias y carencias sociales de especial gravedad».

1.2. Los inmuebles objeto de preservación

Se consideran como tales los bienes que deban ser objeto de preservación por su interés arquitectónico, histórico, urbanístico, social, cultural o ambiental, pudiendo tener la intervención un carácter estructural, funcional o de habitabilidad, según corresponda, teniendo en cuenta el estado, carácter y uso del inmueble. De conformidad con el artículo 13 de la norma, pueden integrar esta categoría de inmuebles los siguientes:

1. Los bienes declarados de interés cultural³⁷.
2. Los bienes relacionados en la Disposición Adicional Segunda de la Ley de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid, y los bienes inventariados de conformidad con lo dispuesto en la misma³⁸.

³⁷ Los Bienes de Interés Cultural son definidos en el artículo 9.º.1 como aquellos «bienes muebles e inmuebles, así como los hechos culturales y obras de la naturaleza integrantes del patrimonio histórico de la Comunidad de Madrid, que reúnan de forma singular y relevante las características previstas en el artículo 1.2 de la presente Ley»³⁸ (categoría en la que excepcionalmente podrá incluirse la obra de autores vivos, siempre y cuando el Consejo Regional de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid emita un dictamen favorable en ese sentido, según prevé el artículo 9.º.4 de la norma). Dentro de la categoría general de Bienes de Interés Cultural, los de naturaleza inmobiliaria se subclasificarán; a su vez, en alguna de las categorías especiales previstas en el artículo 9.º.2 de la norma, es decir, como Monumento, Conjunto Histórico, Jardín Histórico, Sitio o Territorio Histórico, Zona Arqueológica, Lugar de Interés Etnográfico y Zona Paleontológica, (así como los Hechos Culturales, previstos en la letra g) del referido precepto).

³⁸ Frente a la protección dispensada a determinados bienes culturales por la Disposición Adicional Segunda de la Ley estatal del Patrimonio Histórico Español (consistente dotarles de la máxima protección legal, a través de su declaración como Bienes de Interés Cultural), su precepto homónimo en la Ley 10/1998, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid establece un régimen jurídico que implica, desde un plano teórico, la disminución de la protección legal dispensada a aquellos frente a la legislación estatal, al considerarlos no como bienes de interés cultural inscribibles en el Registro de Bienes de Interés Cultural, sino como bienes inventariados, es decir, inscribibles en el Inventario de Bienes Culturales de la Comunidad de Madrid y, por lo tanto, como bienes dotados de un protección inferior atendiendo a la clasificación general recogida en el artículo 8.º.2 de la norma de 9 de julio de 1998. Este controvertible precepto se caracteriza, además, por acoger en su tipificación el método cronológico o de la antigüedad del bien cultural (sistema similar al mantenido por la venerable Ley estatal de 13 de mayo de 1933, del Tesoro Artístico Nacional), estableciendo determinados períodos de tiempo (sin justificar las razones que aconsejan ese período cronológico y no otro), para incluir un bien dentro del ámbito de protección de la legislación sobre patrimonio histórico. La curiosa redacción de la mencionada Disposición Adicional Segunda es la siguiente:

«Quedan sometidos al régimen de protección previsto para los bienes incluidos en el Inventario de Bienes Culturales de Madrid, los siguientes bienes sitos en su territorio, salvo los incluidos en el Inventario General de Bienes Muebles e Inmuebles del Ministerio de Educación y Cultura al amparo de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico:

a) Las iglesias, ermitas, cementerios y edificios singulares con más de cien años de antigüedad y asimismo los molinos, bodegas, cuevas y abrigos que contengan manifestaciones culturales, puentes, estaciones de ferrocarril, canales «viages» de agua, norias, potros y fraguas y caminos históricos con más de cien años de antigüedad.

3. Los bienes catalogados de conformidad con el ordenamiento urbanístico³⁹.

4. Los bienes incluidos en el Catálogo Regional de Patrimonio Arquitectónico o que sean susceptibles de ser incluidos en el mismo de conformidad con lo establecido en la presente Ley.

5. Los que convenga rehabilitar por razones de interés social.

6. Y, en general, los bienes que deban ser objeto de preservación de conformidad con el ordenamiento urbanístico».

1.3. Elementos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 7/2000

La Disposición Adicional Unica de la Ley 7/2000 señala que la realización de actuaciones en materia de rehabilitación de viviendas se regirá por su legislación específica⁴⁰.

b) Teatros, mercados y lavaderos representativos de los usos para los que fueron edificados, con más de cien años de antigüedad.

c) Los castillos, casa fuertes, torreones, murallas, recintos fortificados, estructuras militares y defensivas, emblemas, piedras heráldicas, rollos, cauces (entendiéndose que deberán ser cruces) de término, hitos y picotas con más de doscientos cincuenta años de antigüedad.

d) Los muebles de carácter artístico o representativos de la forma de vida o de producción singular de la población de la región de Madrid que cuenten con más de doscientos años de antigüedad».

Por otra parte, los bienes incluidos en el Inventario de Bienes Culturales de la Comunidad de Madrid son definidos en el artículo 14 de la disposición legal como «los bienes muebles e inmuebles, materiales o inmateriales del Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid que, sin tener el valor excepcional de los declarados de interés cultural, posean especial significación e importancia», por lo que serán incluidos en el mencionado Inventario, gozando de la protección prevista tanto en la norma de 9 de julio de 1998, como en la legislación general del Estado, en especial en la Ley 16/1985 del Patrimonio Histórico Español, normativa aplicable subsidiariamente conforme declara la Disposición Adicional Cuarta de la propia Ley 10/1998.

³⁹ Tomando como referencia los artículos 42.7.c) y 55, el artículo 43.f) de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid señala que el Catálogo «identificará los terrenos; los edificios, las construcciones y los conjuntos de unos y otros; los jardines y los restantes espacios ya sujetos a protección en virtud de la legislación reguladora del patrimonio histórico y artístico y los merecedores de protección en atención a sus valores y por razón urbanística; e incorporará, por remisión, el régimen de protección a que estén sujetos los primeros y establecerá el aplicable a los segundos para su preservación».

⁴⁰ La principal legislación autonómica madrileña en esta materia viene representada por las siguientes normas:

- Decreto 227/1998, de 30 de diciembre, sobre ayudas complementarias de financiación cualificada para viviendas (BOCAM de 14 de enero de 1999).

- Decreto 228/1998, de 30 de diciembre, sobre régimen jurídico de ayudas a viviendas y rehabilitación con protección pública (BOCAM de 15 de enero de 1999).

- Decreto 262/1999, de 29 de julio, por el que se modifica el Decreto de 30 de diciembre de 1998, sobre régimen jurídico de ayudas a viviendas y rehabilitación con protección pública (BOCAM de 5 de agosto de 1999).

- Decreto 106/2000, de 1 de junio, por el que se modifica el Decreto de 30 de diciembre de 1998, sobre ayudas complementarias de financiación cualificada para viviendas (BOCAM de 14 de junio de 2000).

2. Ámbito subjetivo de aplicación de la Ley

Desde el punto de vista de las competencias administrativas, se prevé la intervención principal de dos diferentes Consejerías del Gobierno de la Comunidad de Madrid (aunque con un diferente alcance y sentido):

a) Por una parte, el artículo 2.º, apartado primero, atribuye a la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes la competencia originaria y principal para conseguir los objetivos rehabilitadores previstos en la norma. En ese sentido, el artículo 9.º.2 asigna al titular de la Consejería la representación de la Comunidad de Madrid en los Convenios que contengan los Programas de Rehabilitación Concertada.

b) Por otra parte, el artículo 2.º, apartado segundo, precepto que prevé la intervención de la Consejería de Educación (órgano competente en materia de protección del patrimonio histórico) en aquellos supuestos en que la intervención incluya o afecte Bienes de Interés Cultural o recogidos en el Inventario de bienes culturales de la Comunidad de Madrid. En esos supuestos, la actuación de la Consejería de Educación consistirá en la emisión de la oportuna autorización administrativa, permitiendo y considerando adecuada la intervención rehabilitadora proyectada en el marco de la Ley 7/2000. Aunque la norma no define el alcance y el carácter de la autorización a emitir por la Consejería de Educación, ha de tomarse como referen-

- Decreto 194/2000, de 4 de septiembre, por el que se modifica el Decreto de 30 de diciembre de 1998, sobre ayudas complementarias de financiación cualificada para viviendas (BOCAM de 5 de septiembre de 1999).

- Orden de 18 de abril de 1997, sobre normas técnicas de calidad en viviendas de protección oficial (BOCAM, de 5 de mayo de 1997).

- Orden de 11 de junio de 1997, desarrollando el Decreto de 13 de marzo de 1997, sobre el régimen jurídico de ayudas a la vivienda y rehabilitación con protección pública (BOCAM de 18 de junio de 1987).

- Orden de 17 de junio de 1998, sobre normas técnicas de calidad de viviendas de protección oficial (BOCAM de 8 de julio de 1998).

- Orden de 6 de julio de 1998, por la que se modifica la Orden de 11 de junio de 1997, que desarrolla el régimen jurídico de ayudas a la vivienda y rehabilitación con protección pública (BOCAM de 15 de julio de 1998).

- Orden de 28 de abril de 1999, sobre bases para la concesión de financiación cualificada y de ayudas complementarias para viviendas (BOCAM de 19 de mayo de 1999).

- Orden de 18 de mayo de 1999, por la que se desarrolla el Decreto de 30 de diciembre de 1998, de régimen jurídico de ayudas a viviendas y rehabilitación con protección pública (BOCAM de 25 de mayo de 1999).

- Orden de 15 de diciembre de 1999, por la que se modifica la Orden de 18 de mayo de 1999, por la que se desarrolla el Decreto de 30 de diciembre de 1998, de régimen jurídico de ayudas a viviendas y rehabilitación con protección pública (BOCAM de 11 de enero de 2000).

- Orden de 24 de mayo de 2000, sobre precios máximos de venta de viviendas protegidas y con protección pública (BOCAM de 1 de junio de 2000).

cia las previsiones contenidas en diversos preceptos de la Ley 10/1998, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid, en donde se destaca el carácter prevalente y condicionante de aquéllas.

Para evitar la dispersión de las ayudas y racionalizar la correcta utilización de los recursos públicos, el artículo 11 postula la posibilidad de establecer acuerdos de colaboración entre las mismas, especificando la actuación y los medios económicos que aportará cada una.

También es destacable la intervención de los Ayuntamientos donde radiquen los bienes objeto de la intervención; así como la colaboración de los propietarios, residentes, titulares de actividades en las fases de planificación, desarrollo y ejecución, a través de una actuación a título individual o colectivo (en forma de asociaciones implicadas en los procesos de rehabilitación). Con esta finalidad el artículo 12.2 señala que «*las Administraciones intervinientes podrán firmar convenios con los agentes, particulares afectados y asociaciones que intervengan en los procesos de rehabilitación*».

3. Ámbito formal de aplicación de la Ley

Las actuaciones rehabilitadoras previstas en la Ley 7/2000 se harán efectivas a través de diversos instrumentos, tomando como referencia los distintos bienes destinatarios de la intervención pública. En ese sentido, puede hacerse una doble clasificación atendiendo a los requisitos necesarios para formalizar los instrumentos rehabilitadores:

- 1) Requisitos comunes.
- 2) Requisitos especiales.
 - a) Espacios urbanos degradados.
 - b) Los inmuebles objeto de preservación.

3.1. Requisitos comunes

Cualquiera que sea la categoría de bien afectado por la intervención rehabilitadora, el correspondiente instrumento de intervención reunirá los siguientes requisitos comunes:

1) Por una parte, en los supuestos de los Programas de Rehabilitación que afecten tanto a espacios urbanos degradados,

como a los inmuebles objeto de preservación, se incluirán las determinaciones enumeradas en el artículo 4º.1 de la norma⁴¹.

2) Por otra parte, los Programas de Rehabilitación precisarán de la firma de convenios de colaboración entre la Comunidad de Madrid y los propietarios de los edificios afectados.

3.2. Requisitos especiales

3.2.1. Espacios urbanos degradados

Los Programas de Rehabilitación Concertada incluirán una serie de determinaciones de carácter imperativo y facultativo, tipificadas en el artículo 10 de la norma. Con carácter imperativo, se recogerán, como mínimo, las siguientes previsiones (sin perjuicio de cualesquiera otras que se estime procedente):

«1. La delimitación de los espacios urbanos degradados que han de ser objeto de rehabilitación.

2. El objeto de la rehabilitación, que podrá consistir en:

- a) La recuperación y mejora de infraestructuras, espacios libres y dotaciones.
- b) La recuperación y mejora de fachadas y demás cerramientos que configuren la escena urbana.
- c) La recuperación y rehabilitación de edificios catalogados o que, sin estarlo, se incluyan en el Programa de Rehabilitación.

3. El programa de actuación y criterios a seguir para la ejecución de las operaciones de rehabilitación.

4. La programación económica y viabilidad de la actuación, con especificación de la aportación de la Comunidad Autónoma y los Ayuntamientos.

⁴¹ Las determinaciones contenidas en los Programas de Rehabilitación harán referencia a los siguientes aspectos:

1) Los inmuebles o grupos de inmuebles que deban protegerse en su integridad, incluyendo no sólo los que ya estén protegidos, sino, además, aquellos que por sus características se considere oportuno proteger.

2) Los que deban conservarse en ciertas condiciones que, como mínimo, se ajustarán a las establecidas en el planeamiento, pudiendo ser incluso más restrictivas que éstas si se considerase necesario.

3) Los que no estando protegidos puedan ser objeto de demolición para su sustitución o para la recuperación de los espacios urbanos que ocupan, debiendo justificarse la demolición en función de la falta de interés de los mismos y del deterioro existente.

4) La necesidad de considerar la eliminación de impactos negativos y, en particular, la supresión de aditamentos o construcciones superpuestas sin valor y que perjudiquen de alguna manera la construcción original.

5. La forma de gestión, que podrá atribuirse a la Comunidad Autónoma o al Ayuntamiento, o concretarse en la constitución de una organización común o de consorcios, los cuales tendrán la consideración de Administración actuante y podrán utilizar cualquiera de las formas de gestión previstas en la legislación vigente»⁴².

3.2.2. Los inmuebles objeto de preservación

Ante todo, no debe olvidarse que el artículo 35.1 de la Ley 10/1998, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid parte de establecer el principio general de considerar como obras de excepcional interés público (a efectos urbanísticos), todas aquellas que tengan por finalidad la conservación, la mejora o la rehabilitación de Bienes de Interés Cultural o incluidos en el Inventario de Bienes Culturales de la Comunidad de Madrid⁴³. Teniendo presente este precedente, el ar-

⁴² Los aspectos que también pueden recogerse en el Programa de Rehabilitación, aparecen enumerados en el artículo 10.6 de la Ley 7/2000, donde se indican:

a) Medidas para fomentar la participación de la iniciativa privada en cualquiera de las formas admisibles legalmente.

b) Participación de las Administraciones Públicas en los Programas de Rehabilitación y, en su caso, en los consorcios constituidos para su gestión, sea en dinero, en terrenos o edificios, o en la aportación de servicios técnicos y de gestión.

c) Propuestas de reanimación de la actividad de la zona degradada, con especial referencia al mantenimiento de las funciones existentes y, en particular, el comercio y la artesanía, y la creación de otras nuevas, teniendo en cuenta la estructura socioeconómica, cultural y técnica de la zona».

⁴³ Junto a esa declaración inicial, el artículo 32.1 contempla los criterios de intervención que deben respetarse en todo tipo de actuaciones que tengan como destinatarios los inmuebles declarados como Bienes de Interés Cultural. Dichos criterios hacen alusión a los siguientes extremos:

a) La conservación, recuperación, restauración, mejora y utilización del bien respetarán los valores que motivaron la declaración, sin perjuicio que pueda autorizarse, previo informe de la Dirección General de Patrimonio Cultural, el uso de elementos, técnicas y en la Norma Básica de Edificación NBE-CPI/96, aprobada mediante Real Decreto 2177/1996, de 4 de octubre, de conformidad con el artículo 3.3 de la misma, considerándose cumplidas las condiciones de seguridad mediante la inclusión en los citados Proyectos de un Estudio de seguridad y evacuación de los materiales contemporáneos para la mejor adaptación del bien a su uso y para valorar determinados elementos o épocas.

b) Se estimularán las investigaciones de las características arquitectónicas, históricas y arqueológicas del bien que se lleven a cabo mediante estudios científicos.

c) Se conservarán las características tipológicas de ordenación espacial, volumétricas y morfológicas.

d) Queda prohibida la reconstrucción total o parcial del bien, excepto en los casos en que se utilicen partes originales. En ningún caso se autorizarán adiciones miméticas que falseen, degraden o adulteren la autenticidad histórica del bien cultural.

e) No podrán eliminarse partes del bien, excepto en caso de que conlleven su degradación o de que la eliminación permita una mayor interpretación histórica. En estos casos es necesario documentar las partes que deban ser eliminadas, así como disponer de un informe de la Dirección general de Patrimonio Cultural.

f) Se prohíbe la colocación de publicidad, cables, antenas y conducciones aparentes en las fachadas y cubiertas de los bienes inmuebles, o bienes integrantes de un conjunto histórico, o

tículo 14.1 de la Ley 7/2000 prevé que las actuaciones restauradoras se enmarcarán a través de Programas de Rehabilitación Temáticos (referidos a conjuntos de bienes que formen parte de un sistema, aunque no constituyan un espacio urbano) o de Estudios de Rehabilitación Individualizados (en relación con bienes concretos que vayan a ser objeto de la intervención)⁴⁴.

La materialización de las previsiones contenidas en los Programas de Rehabilitación Temáticos o en los Estudios de Rehabilitación Individualizados podrá realizarse directamente o a través de Convenios de Rehabilitación. El criterio distintivo será la titularidad dominical del inmueble destinatario de la intervención rehabilitadora. En ese sentido, el artículo 15 distingue los siguientes supuestos:

a) En el caso de inmuebles de titularidad de la Comunidad de Madrid, la regla general será la realización de las actuaciones rehabilitadoras directamente, sin necesidad de convenio alguno con otras Administraciones Públicas. No obstante y, con carácter especial y potestativo, se permite la celebración de convenios de colaboración

yacimientos de una zona arqueológica, declarados de interés cultural, así como las instalaciones de servicios públicos o privados que alteren de modo considerable su contemplación.

g) En las actuaciones que afecten a un lugar arqueológico declarado bien de interés cultural se requerirá la evaluación de impacto ambiental, previo informe de la Dirección General de Patrimonio Cultural».

A este conjunto de directrices han de sumarse las previsiones contenidas en la Disposición Adicional Tercera de la propia Ley de 9 de julio de 1998, en donde se indica que «en los proyectos de obras de inmuebles declarados de Interés Cultural o de bienes incluidos en el Inventario, dadas sus singulares características, se admitirán soluciones diferentes a las establecidas citados inmuebles».

Junto a este elenco sistematizado de criterios de intervención general, el propio artículo 32.2, en su párrafo segundo, contiene una serie de directrices aplicables a la protección tanto de los entornos de los inmuebles culturales, como de sus áreas de afección (habida cuenta de la protección genérica que ha de dispensarse a los mismos, según proclama el artículo 17 de la norma). Con ese motivo, se prevén dos diferentes tipos de medidas de carácter limitativo, restrictivo de las intervenciones a realizar en los mismos:

a) Por una parte, se establece que el volumen, la tipología, la morfología y el cromatismo de las intervenciones en los entornos de protección de los inmuebles declarados como Bienes de Interés Cultural no podrán alterar el carácter arquitectónico y paisajístico del área ni perturbar la visualización del bien.

b) Por otra parte, también se prohíbe cualquier movimiento de tierras que conlleve una alteración grave de la geomorfología y la topografía del territorio y cualquier vertido de basura, escombros o desechos.

⁴⁴ Según el artículo 14.2, cualquiera de los dos sistemas de intervención deberán adecuarse a su carácter y finalidad e incluirán la documentación referida a los siguientes extremos: información, análisis y definición de las necesidades, proyecto o proyectos de rehabilitación, fases de actuación si hubiere lugar a ellas, memoria económica y forma de gestión (donde se hará referencia, en su caso, a los acuerdos de colaboración suscritos a tal fin con otras Consejerías, así como la procedencia u oportunidad de formalizar convenios de cooperación con otras Administraciones o con los particulares afectados).

con el Estado o con el municipio correspondiente, atendiendo a razones del interés público concurrente.

b) En el supuesto de inmuebles de titularidad estatal o municipal, la norma prevé con carácter imperativo la necesidad de realizar un convenio previo de rehabilitación, donde se incluirá un estudio de rehabilitación y la forma de gestión, delimitando la actuación y aportaciones de cada Administración concurrente (sin descontar la creación de un órgano especial de gestión e incluso de un consorcio).

c) En el caso de inmuebles de titularidad privada, la actuación de la Comunidad de Madrid podrá llevarse a cabo a solicitud del interesado o mediante convenio de rehabilitación con el propietario (respetando los derechos adquiridos por los posibles inquilinos del edificio), en el que podrán participar el Estado y el Ayuntamiento afectado⁴⁵.

4. Criterios rectores en las actuaciones de rehabilitación

Junto a las determinaciones de carácter general que contendrán los Programas de Rehabilitación, las intervenciones a realizar en aplicación de la Ley 7/2000 deberán respetar los siguientes postulados que, en forma de criterios rectores, se contienen en el artículo 4º y que pueden clasificarse en dos categorías: criterios de carácter general y criterios de carácter especial.

4.1. Criterios de carácter general

Son los recogidos en las determinaciones de los Programas de Rehabilitación, de conformidad con las previsiones contenidas en los artículos 10 y 14 en concordancia con el artículo 4.º.1 de la norma.

4.2. Criterios de carácter especial

1) **Criterio primordial:** Tanto en las construcciones nuevas como en la restauración de las existentes, se considera como objetivo prioritario

⁴⁵ En el supuesto de los convenios formalizados con particulares, se incluirá un estudio de rehabilitación: las aportaciones, derechos y obligaciones de la Comunidad de Madrid y el propietario; así como los derechos adquiridos por los posibles inquilinos y las otras Administraciones Públicas que sean parte en el instrumento jurídico. Se recoge con carácter especial la posibilidad de que a través del convenio el inmueble a rehabilitar sea adquirido por la Comunidad Autónoma. En ese sentido, no debe olvidarse la regulación de los bienes públicos incluidos en la Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid.

tario la conservación de las características estructurales y ambientales del conjunto urbano sobre el que se actúa. Con ese motivo las actuaciones tomarán como referencia el conjunto en alturas, colores, sistemas constructivos, materiales y formas de ordenación de las fachadas y cubiertas, relación entre los volúmenes construidos y los espacios, y mantenimiento de las dimensiones de las parcelas para evitar un efecto de masa perjudicial para la disposición del conjunto.

2) **Criterio secundario, pero imperativo:** Se postulan las siguientes medidas de protección:

a) Protección de las vistas de los conjuntos urbanos y de los hitos paisajísticos desde el exterior, así como de las perspectivas urbanas de interés dentro de los propios cascos⁴⁶.

b) Protección contra la degradación resultante de la instalación de soportes, cables eléctricos o telefónicos, antenas de televisión y signos publicitarios, carteles, letreros comerciales y medios de propaganda en general.

3) **Criterio negativo o excluyente:** Se excluyen de los Programas de Rehabilitación aquellos edificios que aun estando en la zona urbana a rehabilitar se encuentren fuera de ordenación o pudieran estarlo por sus características inadecuadas⁴⁷.

5. Ámbito procedimental para las solicitudes de ayudas públicas

Con independencia de la aplicación general de las reglas procedimentales contenidas en los artículos 68 y siguientes de la Ley estatal 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, también han de tenerse en cuenta los plazos máximos de resolución

⁴⁶ Este criterio recuerda la necesidad de proteger el entorno de las perspectivas y paisajes recogido en el artículo 138.b) de la Ley estatal del Suelo de 26 de junio de 1992 (precepto mantenido en vigor por la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones). A nivel de la legislación madrileña, el artículo 30.2.e) de la Ley del Suelo, de 17 de julio de 2001, se ha hecho eco de ese fundamental principio urbanístico, bajo el calificativo de «determinaciones legales», al indicar que los actos de uso, urbanización, instalación, construcción y edificación del suelo deberán respetar en todo caso, exista o no un instrumento de planeamiento urbanístico «no romper la armonía del paisaje urbano y rural tradicional, ni perturbar, ni desfigurar su contemplación desde los caminos, las carreteras y cualesquiera otras vías».

⁴⁷ Este precepto supone una remisión a las previsiones contenidas en la Ley del Suelo de 17 de julio de 2001, por ejemplo, en los artículos 64.b) y 221.

de los expedientes relativos a la rehabilitación inmobiliaria, así como los efectos del silencio administrativo. En ese sentido, la **Ley 1/2001, de 29 de marzo**, por la que se establece la duración máxima y el régimen del silencio administrativo de determinados procedimientos, establece en su Anexo Único la siguiente regulación concerniente a la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Comunidad de Madrid:

a) En el supuesto de la calificación de la actuación protegida de rehabilitación se establece un plazo de resolución provisional de 3 meses y un plazo idéntico para la resolución definitiva, siendo desestimatorio el silencio administrativo en ambos casos.

b) En la petición de la concesión de ayudas a la rehabilitación de edificios y viviendas se establece un plazo máximo de 6 meses para la resolución de la petición, considerándose negativo el silencio administrativo.

6. El catálogo regional de patrimonio arquitectónico

6.1. Concepto y ámbito objetivo de aplicación

Un soporte básico para poder materializar las previsiones contenidas en la Ley 7/2000 lo representa el Catálogo Regional de Patrimonio Arquitectónico, instrumento urbanístico en el que se incluirá y sistematizará todo el complejo cuerpo del patrimonio arquitectónico de interés regional de cara a su eficaz protección legal y rehabilitación, estableciendo los criterios, características y prioridades de actuación. Con esa idea, el artículo 5.º.3 afirma que el Catálogo Regional contendrá la información precisa para la identificación y conocimiento de los elementos y conjuntos por municipios que constituyen su objeto, dentro de los siguientes sistemas históricos:

- a) *Ordenación del territorio: asentamientos e infraestructuras.*
- b) *Arquitectura civil: doméstica, dotacional e industrial.*
- c) *Arquitectura religiosa.*
- d) *Arquitectura militar.*

Según el artículo 6.º.2, el Catálogo Regional establecerá Normas de Protección de los elementos inscritos en el mismo, que deberán incorporarse obligatoriamente al planeamiento urbanístico si no estuvieran ya establecidas en el mismo. Con esa finalidad se utilizará el

procedimiento de modificación de los instrumentos urbanísticos, previsto en la actualidad en el artículo 69 de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid.

6.2. Supuestos excluidos

El artículo 5.º.2 establece dos reglas:

a) Con carácter general señala que dentro del Catálogo Regional de Patrimonio Arquitectónico no se incluirán los bienes que ya figuren en el Registro de Bienes de Interés Cultural o en el Inventario de Bienes Culturales previstos en la Ley del Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid.

b) Con carácter excepcional prevé que el Catálogo contendrá una referencia a aquellos bienes inscritos en el Registro de Bienes de Interés Cultural o en el Inventario de Bienes Culturales, cuando alguno se halle comprendido en un conjunto o sistema histórico a proteger de los enumerados anteriormente.

6.3. Ámbito subjetivo de aplicación

Corresponde a la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Comunidad de Madrid la formación del Catálogo Regional y de los posibles Catálogos Sectoriales. No obstante, su intervención está condicionada a dos diferentes tipos de informes de carácter vinculante y especial:

a) En primer lugar, respecto al informe que presente la Consejería de Educación con relación a las Normas de Protección de los Bienes declarados de Interés Cultural o incluidos en el Inventario de Bienes Culturales existentes en el conjunto o en el sistema histórico a proteger.

b) En segundo lugar, con relación al informe que emita el Ministerio de Defensa si el Catálogo comprendiera bienes afectos a la defensa nacional (en el sentido previsto en la Disposición Adicional Primera de la Ley estatal de 13 de abril de 1998, de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana).

Evacuados esos informes y los que se estimen oportunos al caso, la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes aprobará el proyecto de Catálogo y lo someterá a informe de las demás Consejerías y Ayuntamientos afectados, así como a información pública por

plazo de tres meses. Tras las modificaciones que sean pertinentes y salvo que se consideren sustanciales (en cuyo caso provocarán un nuevo trámite de información pública), el proyecto será informado por la Comisión de Urbanismo de Madrid y se elevará al Gobierno regional para que lo apruebe mediante Decreto (circunstancia que deberá producirse en el plazo de los cuatro años siguientes a contar desde la entrada en vigor de la norma, según pone de relieve la Disposición Adicional Única de la propia Ley 7/2000).

6.4. Clases de Catálogos Regionales

El artículo 5.º.4 permite la existencia de dos grupos de Catálogos (que serán actualizados, al menos, cada cinco años):

a) Por una parte, el Catálogo Regional de Patrimonio Arquitectónico (de naturaleza imperativa, con un alcance genérico, comprensivo y donde se incluirán y asumirán otros instrumentos urbanísticos registrales menores como son los Catálogos Sectoriales, con las aclaraciones, actuaciones y modificaciones que procedan, en su caso).

b) Por otra parte, Catálogos Sectoriales (de naturaleza facultativa, referidos a los principales conjuntos y elementos o a parte de ellos, incluidos en los sistemas históricos, cuyo contenido, determinaciones y procedimiento seguirá las reglas de elaboración del Catálogo Regional).

IV. LA REHABILITACIÓN DEL PATRIMONIO ARQUITECTÓNICO EN LA LEY DEL SUELO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

La rehabilitación del patrimonio arquitectónico constituye, tanto una de las actividades esenciales de la ordenación urbanística del suelo en la Comunidad de Madrid, como una finalidad del mismo, según contemplan los artículos 2.º.1 y 3.º.2.f) de la Ley 9/2001, de 17 de julio⁴³.

⁴³ Bajo la denominación de objeto, contenido y naturaleza de la ordenación urbanística, el artículo 2.º.1 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid señala que «la ordenación urbanística regula la utilización del suelo; los procesos de transformación de este mediante la urbanización, la edificación y la construcción en general o cualquiera de las otras formas previstas en la presente Ley; y el uso, la explotación, la conservación y la rehabilitación de las obras, los edificios, las construcciones y las instalaciones». Por su parte, el artículo 3.º.2.f) señala que «la protección, rehabilitación y mejora del medio ambiente urbano y rural, así como del patrimonio histórico-artístico, cultural y arquitectónico».

Uno de los deberes generales de la propiedad del suelo consiste en conservar las edificaciones, las construcciones y las instalaciones existentes, realizando las obras y los trabajos de mantenimiento, reparación, saneamiento y, en su caso, de rehabilitación que correspondan (artículos 12.h) y 168), con independencia de la clasificación y calificación urbanística de los terrenos en que se sitúen. Para garantizar la efectividad de ese deber legal, se prevén cada diez años la realización de inspecciones periódicas a los edificios de antigüedad superior a treinta años (artículo 169) y la emisión de órdenes de ejecución de obras de reparación, conservación o rehabilitación (artículo 170)⁴⁴.

Por ello, no es de extrañar que la rehabilitación sea concebida como un instrumento adecuado para garantizar la efectividad de esa imposición legal⁴⁵. Con esa idea, los Planes Generales prevén, entre otros aspectos, la ordenación de los espacios urbanos teniendo en cuenta la complejidad de usos y actividades que caracteriza la ciudad y la estructura histórica y social de su patrimonio urbanístico, a través de intervenciones de reforma, renovación o rehabilitación en el

A su vez, la rehabilitación se contempla como una de las actividades del planeamiento (artículo 5.º.2.d), ejecución (artículo 6.º.1.c) e intervención (artículo 7.º.4.b) en el ámbito urbanístico. En materia de ejecución la rehabilitación de la edificación existente se contempla en los artículos 78.2.c) y 80.3.

Con esa idea el artículo 170 de la Ley del Suelo señala:

«1. Los Ayuntamientos deberán dictar órdenes de ejecución de obras de reparación o conservación y rehabilitación de edificios y construcciones deterioradas o en condiciones deficientes para su uso efectivo legítimo. En los supuestos de edificios o construcciones catalogados o declarados de interés histórico-artístico, el órgano de la Comunidad de Madrid competente en materia de patrimonio histórico-artístico también deberá dictar órdenes de ejecución de obras de reparación, conservación o rehabilitación de estas edificaciones o construcciones.

Los Ayuntamientos estarán habilitados, además, para dictar órdenes de ejecución de obras de mejora en toda clase de edificios para su adaptación al ambiente. Los trabajos y las obras ordenados deberán referirse a elementos ornamentales y secundarios del inmueble de que se trate, pretender la restitución de su aspecto originario o coadyuvar a su mejor conservación.

Si la orden de ejecución afecta a bienes regulados en la legislación de patrimonio histórico-artístico, deberán ser autorizadas las obras por la Consejería competente en esta materia.

2. El incumplimiento injustificado de las órdenes de ejecución habilitará a la Administración actuante para adoptar cualquiera de estas medidas:

a) Ejecución subsidiaria a costa del obligado y hasta el límite del deber normal de conservación.

b) Imposición de las sanciones previstas en la presente Ley.

c) Subsidiariamente, la Administración actuante podrá declarar en situación de ejecución por sustitución el inmueble correspondiente, sin necesidad de su inclusión en área delimitada al efecto, para la aplicación del régimen previsto en los artículos 162 y siguientes de la presente Ley.

d) Expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad».

Junto al deber general de conservar todo inmueble que se impone a su propietario, la rehabilitación está contemplada como mecanismo para garantizar en todo momento las condiciones mínimas de ocupación de los edificios en el suelo urbano consolidado (artículo 17.d), y en el suelo no urbanizable de protección (artículo 29.3.f).

tejido urbano existente (artículo 41.2.e), con especial incidencia respecto a los bienes y espacios protegidos inscritos en el Catálogo Urbanístico (artículos 42.7c), 43.f) y 55). Pero son sin duda los Planes Especiales los instrumentos idóneos para regular urbanísticamente la rehabilitación del patrimonio edificado. En ese sentido, el artículo 50.1, letras b) y c), señala que los Planes Especiales tienen como función la conservación, protección y rehabilitación del patrimonio histórico, artístico, cultural, urbanístico y arquitectónico y la mejora de los medios urbano y rural.

La Ley del Suelo prevé en sus artículos 131 a 134 la delimitación en el suelo urbano de áreas de rehabilitación concertada, para la ejecución por varias Administraciones Públicas de Programas de Rehabilitación Concertada de organización conjunta de acciones de reforma, renovación o revitalización social y económica que complementen la gestión urbanística con actuaciones públicas de vivienda y cualesquiera otras sectoriales en:

a) Conjuntos o zonas de interés histórico con graves deficiencias urbanas y ambientales, significativo deterioro o decadencia funcional de sus infraestructuras, equipamientos o servicios de cualquier clase o de la edificación.

b) Ámbitos urbanos que presenten disfunciones o carencias de especial gravedad⁵¹.

La actividad de ejecución se desarrollará mediante la delimitación de una o varias unidades de ejecución, o bien, a través de la realización de obras públicas ordinarias, incluso concertadas con la iniciativa privada a través de la suscripción de los oportunos convenios urba-

⁵¹ Según el artículo 133 la delimitación de áreas de rehabilitación concertada producirá los siguientes efectos:

a) La constitución del Municipio o municipios interesados en la obligación legal de adoptar todas las medidas precisas, incluidas las patrimoniales y presupuestarias, para la organización consorcial con la Administración de la Comunidad de Madrid y, en su caso, la Administración General del Estado, de la gestión del área de que se trate, cuando así se previa expresamente en el planeamiento urbanístico correspondiente.

b) La obligación de la Administración de la Comunidad de Madrid y el o los municipios, en todo caso, de cooperar entre sí y de coordinar el ejercicio de sus competencias al servicio de la consecución de los objetivos fijados para el área de que se trate.

c) La habilitación para el establecimiento y la recaudación de tasas o precios públicos por la prestación de servicios y la utilización tanto de los bienes que hayan sido aportados al consorcio o estén adscritos o sean administrados por él, como de las infraestructuras y los equipamientos y los servicios por el mismo construidos.

d) El sometimiento de todas las transmisiones de la propiedad en el área correspondiente y en favor de la organización consorcial a los derechos de tanteo y retracto regulados en la presente Ley por el plazo máximo de seis años.

e) La declaración de la urgencia en la ocupación a efectos de la expropiación forzosa.

nísticos. En todo caso, cualquier actividad rehabilitadora deberá contar con la oportuna licencia urbanística municipal (artículos 151.1, letras c y s).

Por último merece destacarse la prevención contenida en el artículo 182.1.a).2.º de la norma, en donde, como contraprestación a las ayudas públicas otorgadas en materia de rehabilitación, se atribuye a la Comunidad de Madrid la facultad de ejercitar los derechos de tanteo y retracto en su favor o en el de municipios, respecto a las transmisiones onerosas de bienes inmuebles, sean terrenos, construcciones o edificaciones, así como la constitución y transmisión igualmente onerosas de derechos reales sobre los mismos, que se realicen «en ámbitos o terrenos sujetos por el planeamiento urbanístico a actuaciones de rehabilitación del patrimonio arquitectónico con finalidad residencial».

La Constitución de 1978 establece en su artículo 149.1.1.ª que la competencia en materia de urbanismo corresponde al Estado, pero el artículo 149.1.2.ª establece que las competencias en materia de urbanismo se transfieren a las Comunidades Autónomas. En concreto, el artículo 149.1.2.ª establece que las competencias en materia de urbanismo se transfieren a las Comunidades Autónomas en virtud de la Ley de Transferencia de Competencias. En este sentido, el artículo 149.1.2.ª establece que las competencias en materia de urbanismo se transfieren a las Comunidades Autónomas en virtud de la Ley de Transferencia de Competencias. En este sentido, el artículo 149.1.2.ª establece que las competencias en materia de urbanismo se transfieren a las Comunidades Autónomas en virtud de la Ley de Transferencia de Competencias.

⁵² Véase, en este sentido, la sentencia de 11 de febrero de 1985 del Tribunal Constitucional, que declaró inconstitucional el artículo 149.1.2.ª de la Constitución.

⁵³ Véase, en este sentido, la sentencia de 11 de febrero de 1985 del Tribunal Constitucional, que declaró inconstitucional el artículo 149.1.2.ª de la Constitución.

⁵⁴ Véase, en este sentido, la sentencia de 11 de febrero de 1985 del Tribunal Constitucional, que declaró inconstitucional el artículo 149.1.2.ª de la Constitución.

⁵⁵ Véase, en este sentido, la sentencia de 11 de febrero de 1985 del Tribunal Constitucional, que declaró inconstitucional el artículo 149.1.2.ª de la Constitución.

⁵⁶ Véase, en este sentido, la sentencia de 11 de febrero de 1985 del Tribunal Constitucional, que declaró inconstitucional el artículo 149.1.2.ª de la Constitución.

⁵⁷ Véase, en este sentido, la sentencia de 11 de febrero de 1985 del Tribunal Constitucional, que declaró inconstitucional el artículo 149.1.2.ª de la Constitución.

⁵⁸ Véase, en este sentido, la sentencia de 11 de febrero de 1985 del Tribunal Constitucional, que declaró inconstitucional el artículo 149.1.2.ª de la Constitución.

⁵⁹ Véase, en este sentido, la sentencia de 11 de febrero de 1985 del Tribunal Constitucional, que declaró inconstitucional el artículo 149.1.2.ª de la Constitución.

⁶⁰ Véase, en este sentido, la sentencia de 11 de febrero de 1985 del Tribunal Constitucional, que declaró inconstitucional el artículo 149.1.2.ª de la Constitución.

⁶¹ Véase, en este sentido, la sentencia de 11 de febrero de 1985 del Tribunal Constitucional, que declaró inconstitucional el artículo 149.1.2.ª de la Constitución.

⁶² Véase, en este sentido, la sentencia de 11 de febrero de 1985 del Tribunal Constitucional, que declaró inconstitucional el artículo 149.1.2.ª de la Constitución.

⁶³ Véase, en este sentido, la sentencia de 11 de febrero de 1985 del Tribunal Constitucional, que declaró inconstitucional el artículo 149.1.2.ª de la Constitución.

⁶⁴ Véase, en este sentido, la sentencia de 11 de febrero de 1985 del Tribunal Constitucional, que declaró inconstitucional el artículo 149.1.2.ª de la Constitución.

⁶⁵ Véase, en este sentido, la sentencia de 11 de febrero de 1985 del Tribunal Constitucional, que declaró inconstitucional el artículo 149.1.2.ª de la Constitución.

... a los medios de comunicación social (artículo 149.1.21.ª CE) y a los medios de comunicación social (artículo 149.1.27.ª CE) en sus respectivos campos de juego de competencia. En relación con este uso de competencias, el artículo 149.1.27.ª CE establece que el Estado, las Comunidades Autónomas y las CC.LL. tienen competencia para el desarrollo y uso, como se comprobará más adelante, de los servicios de radiodifusión sonora y de televisión privada. En consecuencia, el artículo 149.1.27.ª CE establece que el Estado, las Comunidades Autónomas y las CC.LL. tienen competencia para el desarrollo y uso, como se comprobará más adelante, de los servicios de radiodifusión sonora y de televisión privada. En consecuencia, el artículo 149.1.27.ª CE establece que el Estado, las Comunidades Autónomas y las CC.LL. tienen competencia para el desarrollo y uso, como se comprobará más adelante, de los servicios de radiodifusión sonora y de televisión privada.

a) Conjuntos o zonas de interés histórico con graves deficiencias urbanas y ambientales, significativo deterioro o decadencia funcional de sus infraestructuras, equipamientos o servicios de cualquier clase o de la edificación.

b) Ámbitos urbanos que presenten disfunciones o carencias de especial gravedad.²¹

La actividad de ejecución se desarrollará mediante la delimitación de una o varias unidades de ejecución, o bien, a través de la realización de obras públicas ordinarias, incluidas concertadas con la iniciativa privada a través de la suscripción de los oportunos convenios urba-

²¹ Según el artículo 149.1.27.ª CE, las competencias de áreas de rehabilitación corresponden también a los siguientes ámbitos:

a) La conservación del patrimonio arquitectónico, monumental o histórico-artístico de carácter urbano, incluidas las actuaciones de restauración y rehabilitación, tanto de los edificios de interés monumental como de los edificios de interés histórico-artístico, de la Comunidad de Madrid, en cuanto a la delimitación, conservación y uso del área de interés, cuando así se precise especialmente en el procedimiento urbanístico correspondiente.

b) La conservación de la Administración de la Comunidad de Madrid y de sus municipios, en todo caso, de acuerdo con el artículo 149.1.27.ª CE, de las competencias de carácter de conservación de los edificios de interés monumental o histórico-artístico, de la Comunidad de Madrid, en cuanto a la delimitación, conservación y uso del área de interés.

c) La rehabilitación de los edificios de interés monumental o histórico-artístico de carácter urbano, incluidas las actuaciones de restauración y rehabilitación, tanto de los edificios de interés monumental como de los edificios de interés histórico-artístico, de la Comunidad de Madrid, en cuanto a la delimitación, conservación y uso del área de interés, cuando así se precise especialmente en el procedimiento urbanístico correspondiente.

d) El desarrollo de las competencias de la Comunidad de Madrid y de sus municipios, en todo caso, de acuerdo con el artículo 149.1.27.ª CE, de las competencias de carácter de conservación de los edificios de interés monumental o histórico-artístico, de la Comunidad de Madrid, en cuanto a la delimitación, conservación y uso del área de interés.

e) La declaración de la emergencia en el momento de afectación de la emergencia.

EL REPARTO COMPETENCIAL EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL: UN EXAMEN DE LA CUESTIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

POR

MIGUEL ÁNGEL PÉREZ GRANDE¹

SUMARIO: I. EXAMEN DE LA CONFLICTIVIDAD SUSCITADA ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. 1. La conflictividad en cifras. 2. Breve comentario sobre los principales aspectos controvertidos. II. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL RECAÍDA EN LA MATERIA: ANÁLISIS POR CONCEPTOS. 1. Criterios para el deslinde material de ambos títulos. 2. Contenido y alcance de la competencia en materia de telecomunicaciones (artículo 149.1.21.ª CE). 2.1. Asignación de frecuencias y control técnico de las emisoras, equipos, aparatos y estaciones radioeléctricas. 2.2. Potestades de inspección y sanción. 2.3. Aprobación de Planes y Reglamentos Técnicos. 3. Contenido y alcance de la competencia en materia de medios de comunicación social (artículo 149.1.27.ª CE). 3.1. Marco competencial. El Estatuto de la Radio y la Televisión como norma delimitadora de las competencias autonómicas. 3.2. Régimen de las concesiones para la gestión indirecta de los servicios de radiodifusión y televisión. 3.2.1. Criterios generales: su conexión con el artículo 149.1.27.ª de la Constitución. 3.2.2. Las concesiones de emisoras de radiodifusión sonora en frecuencia modulada. 3.2.3. Las concesiones de emisoras de radiodifusión sonora en ondas corta, larga y media y de televisión privada. 3.2.4. Las concesiones de emisoras de televisión privada. 3.2.5. Las facultades de inspección, control y sanción: su carácter accesorio respecto a la competencia de otorgamiento de las concesiones. 3.3. Los Consejos Asesores de RTVE en las Comunidades Autónomas: naturaleza y funciones. 3.4. El régimen de los terceros canales de televisión.

ANEXOS: ANEXO I. Relación de conflictos formulados ante el Tribunal Constitucional. ANEXO II. Relación cronológica de Sentencias del Tribunal Constitucional.

I. EXAMEN DE LA CONFLICTIVIDAD SUSCITADA ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

1. La conflictividad en cifras

¹ Técnico Superior de la Comunidad de Madrid.

Total de recursos/conflictos planteados	36
Recursos/conflictos promovidos por el Estado	16
Recursos/conflictos promovidos por las CC.AA.	20 (*)
	(*) Cataluña, 7); País Vasco, 5); Galicia, 4); Andalucía, 2); Canarias, 1), y Castilla-La Mancha, 1).
Recursos/conflictos resueltos por el Tribunal Constitucional	29 (*)
	(*) Total senten- ciados, 24); Autos desisti- miento, 5).
Recursos/conflictos pendientes de resolución ante el Tribunal Constitucional	7 (*)
	(*) Dos han sido suscitados por el Estado, y los cinco restantes por las Comunidades Autónomas de Cataluña, Andalucía—dos cada una— y Castilla-La Mancha.

2. Breve comentario sobre los principales aspectos controvertidos

El examen de la conflictividad suscitada en este ámbito ante el Tribunal Constitucional puede realizarse ordenando los diversos supuestos controvertidos en dos grandes momentos, cada uno de los cuales presenta unas características propias y diferenciadas.

Así, puede identificarse una primera etapa durante el período comprendido entre los años 1981—año de los primeros conflictos y 1994— año de la última Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en esta materia, que se caracteriza por la existencia de controversias en las que se trata fundamentalmente de perfilar el contenido y alcance de los títulos relativos a las telecomunicaciones (artículo 149.1.21.⁴ CE) y a los medios de comunicación social (artículo 149.1.27.⁴ CE), deslindando los respectivos campos de juego del Estado y de las Comunidades Autónomas en relación con cada uno de ellos, extremos todos ellos que fueron recurrentemente enjuiciados por el Tribunal Constitucional y que, como se comprobará más adelante, han contribuido a crear un «corpus» doctrinal que ha devenido esencial para poder solventar satisfactoriamente la múltiple y variada problemática que ha venido produciéndose hasta el momento presente en este sector material.

En concreto, y sin ánimo exhaustivo, como cuestiones controvertidas más resaltables en esta fase pueden enunciarse las siguientes:

3. Régimen de las concesiones para la prestación de los servicios de radiodifusión y televisión

Se promovieron desde los inicios una serie de conflictos en los que se discutía acerca de la titularidad de las potestades para la resolución de las concesiones de emisoras de frecuencia modulada, así como para la regulación del procedimiento de adjudicación de las mismas, actuaciones cuyo ejercicio entiende la Administración del Estado que le pertenece en virtud de sus competencias para dictar las normas básicas del régimen de la radiodifusión, y dentro de ellas el Estatuto de RTVE, que configura la radiodifusión como un servicio público de titularidad estatal, rasgo del cual se desprendería a su vez la titularidad—también estatal— de la competencia para prestarlo².

² En este sentido, deben citarse los conflictos positivos de competencias promovidos por el Gobierno en relación con los Decretos del Gobierno Vasco 138/1981, de 14 de diciembre, por el que se regula la concesión de emisoras de radiodifusión (institucionales y privadas) en ondas métricas con modulación de frecuencia, y 287/1983, de 27 de diciembre, sobre el procedimiento de concesión de emisoras de radiodifusión en ondas métricas con frecuencia modulada, y contra los Decretos del Gobierno de la Generalidad de Cataluña 82/1981, de 10 de abril, que prorroga el plazo establecido para la resolución de las solicitudes de concesión de emisoras en frecuencia modulada relativas a la primera fase del Plan Técnico Transitorio de Radiodifusión Sonora en ondas métricas de frecuencia modulada, y 83/1981, de 13 de abril, que desarrolla la segunda fase de dicho Plan Técnico.

Asimismo, es objeto de una especial e intensa controversia por parte de algunas Comunidades Autónomas la atribución que se realiza en favor de la Administración del Estado de la facultad de otorgamiento de las concesiones para la gestión de los servicios de radiodifusión sonora en ondas corta, larga y media, así como de las emisoras de televisión privada.³

Finalmente, estrechamente conectados con los anteriores, ha de hacerse referencia a aquellos conflictos en los que se dirime la titularidad de las facultades de inspección, control y sanción de dichas emisoras de radiodifusión en frecuencia modulada, y más específicamente de las facultades de clausura y precintado de equipos e instalaciones de emisoras clandestinas o ilegales, es decir, de emisoras que carecen de la preceptiva atribución de frecuencias y/o de la oportuna concesión o autorización para prestar el servicio.⁴

4. Los Consejos Asesores de RTVE

Otro grupo destacado de conflictos es el integrado por aquellas actuaciones relacionadas con los denominados Consejos Asesores del Ente Público Radio Televisión Española en los correspondientes ámbitos territoriales autonómicos, y en especial la atribución que realiza en su favor la legislación autonómica de determinadas facultades de participación respecto al nombramiento de los Delegados Territoriales y otros directivos del Ente, a la programación de éste en la respectiva Comunidad Autónoma, etc., cuya plena adecuación con la normativa básica estatal aplicable en la materia, fundamentalmente la contenida en el Estatuto de Radio y Televisión, está estrecha-

³ Tales cuestiones fueron planteadas con ocasión de los recursos promovidos por las Comunidades Autónomas del País Vasco, Cataluña, Galicia y Canarias en relación con la Ley 31/1987 de, 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, y por las dos primeras contra la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada.

⁴ Hay que citar aquí el conflicto promovido por el Gobierno en relación con el Decreto de la Generalidad de Cataluña 270/1985, de 19 de septiembre, regulador en el ámbito territorial de Cataluña de las actividades relativas a la televisión, y el propiciado a su vez por ésta contra la Resolución del Director General de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones, de 31 de octubre de 1986, por la que se dispone la incoación de expediente sancionador en relación con el funcionamiento de una emisora de radiodifusión en frecuencia modulada sin la correspondiente concesión administrativa, en el ámbito territorial de Cataluña, y se ordena el precintado de los equipos y clausura de las instalaciones, como medida provisional.

mente conectada con la naturaleza y carácter de dichos Consejos, en el sentido de si se trata de órganos incardinados dentro de la estructura estatal, o, por el contrario, estamos ante órganos representativos de la respectiva Comunidad Autónoma, característica esta última que justificaría la competencia autonómica para entrar a regular sobre la organización y funcionamiento de los mismos.⁵

5. Los terceros canales de televisión

Por último, entre los aspectos más significativos que fueron objeto de controversia en esta primera época, hay que hacer una expresa mención a diversos recursos de inconstitucionalidad en los que se ponen en cuestión ciertos extremos referentes a la organización, gestión y control de los llamados terceros canales autonómicos —sobre todo, en lo tocante a la estructura, composición y funciones de sus Consejos de Administración—, procediéndose a enjuiciar su encaje con la normativa estatal en materia de radiodifusión y televisión, constituida fundamentalmente por el Estatuto de Radio y Televisión (Ley 4/1980) y la Ley 46/1983, reguladora del Tercer Canal.⁶

Expuesto lo cual, hay que pasar a continuación a una segunda etapa, que iría desde el año 1998 —fecha en la que resurge de nuevo una conflictividad que permanecía cerrada desde el año 1988 con los recursos contra la Ley de la Televisión Privada— hasta el momento actual, con las cifras que se exponen en el cuadro precedente.

Al respecto, ha de constatar que el grueso de la conflictividad generada en esta última etapa se engarza con esa preocupación inicial de la jurisprudencia constitucional en este ámbito, cual es la de establecer unos criterios sólidos que posibiliten un nítido deslinde de los respectivos campos de actuación cubiertos por los mencionados títulos del artículo 149.1, reglas 21.^a y 27.^a de la Constitución, y que, por

⁵ En este sentido, hay que hacer mención a los cuatro recursos de inconstitucionalidad instados contra otras tantas Leyes autonómicas reguladoras de los citados Consejos Asesores de RTVE en las Comunidades Autónomas de Cataluña, La Rioja, Illes Balears y Comunidad de Madrid.

⁶ Son en concreto los recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Presidente del Gobierno contra la Ley 8/1987, de 15 de abril, de creación, organización y control parlamentario de la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión, y la Ley 8/1984, de 11 de diciembre, de Radiodifusión y Televisión de la Comunidad Autónoma de Canarias.

tanto, parece que requieren de una concreción aún mayor que la hasta ahora perfilada.

En síntesis, debe señalarse que tales conflictos tienen lugar con ocasión de diversas resoluciones sancionadoras estatales por las que se acuerda el precintado y cese de actividades de emisoras de televisión local por ondas terrestres y de radiodifusión en frecuencia modulada clandestinas o «piratas» por no contar con la preceptiva asignación de frecuencias, originando interferencias y la invasión de bandas correspondientes a otros servicios de telecomunicaciones legalmente establecidos.

Concretamente, manifiestan las Comunidades Autónomas promotoras que dichas Resoluciones invaden las competencias de desarrollo normativo y ejecución que en materia de medios de comunicación social les atribuyen la Constitución (art. 149.1.27.º) y sus Estatutos de Autonomía, con el alcance dado a las mismas por la doctrina constitucional y la legislación estatal aplicable en la materia, de acuerdo con las cuales a ellas le correspondería el ejercicio de la potestad sancionadora en relación con las emisoras ilegales, como potestad accesoria de la principal que ostentan para el otorgamiento de la concesión administrativa necesaria para la gestión de los referidos servicios de televisión.

Frente a dicha argumentación, la representación estatal busca precisar el alcance exacto de las citadas Resoluciones sancionadoras, entendiendo que las mismas ciñen estrictamente su objeto a evitar la producción de interferencias o la realización de cualesquiera otras perturbaciones que sean contrarias a la normativa sobre ordenación y utilización del espectro radioeléctrico, cuestiones que resultan plenamente encuadrables dentro de la competencia estatal exclusiva sobre telecomunicaciones (art. 149.1.21.º CE), de acuerdo con lo establecido al respecto por la jurisprudencia constitucional y por la legislación estatal aplicable en la materia (Leyes 31/1987 y 32/1992, y la vigente Ley 11/1998 General de Telecomunicaciones, así como la Ley 41/1995 de Televisión Local por Ondas Terrestres), sin que ello suponga, a su juicio, cuestionar en modo alguno la potestad sancionadora que las Administraciones autonómicas ostentan sobre aquellas emisoras de su ámbito territorial que carezcan de la preceptiva concesión administrativa de tales servicios, y a esos solos efectos, cuyo pleno ejercicio le corresponde a ellas en virtud de sus competencias sobre medios de comunicación social. Se trataría, pues, según la posición estatal, de dos ámbitos materiales y competencia-

les de distinta naturaleza, que responde a objetivos y finalidades diferentes y que, en esa medida, no son excluyentes sino plenamente compatibles entre sí⁷.

II. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL RECAÍDA EN MATERIA: ANÁLISIS POR CONCEPTOS

1. Criterios para el deslinde material de ambos títulos

«(...) ambos títulos competenciales necesariamente se limitan y contrapesan entre sí impidiendo el mutuo vaciamiento de sus contenidos respectivos y, en este sentido, no pueden desligarse totalmente; aunque es obvio que no deben llegar a solaparse (...). Y ello, precisamente, para evitar el vaciamiento del régimen de compartición competencial dispuesto en el artículo 149.1.27.º CE, en provecho del Estado y en detrimento de las competencias autonómicas en materia de radio y televisión».

Así, aquellos extremos «conectados con las libertades y derechos fundamentales recogidos en el artículo 20 CE, en los que prevalece la consideración de la radio y la televisión como medio de comunicación social mediante un fenómeno que no es sustancialmente distinto al de la prensa, encuentran un natural acomodo en el art. 149.1.27 CE a efectos de la distribución de competencias».

En cambio, «aquellos aspectos claramente atinentes a la regulación de los extremos técnicos del soporte o instrumento del cual la radio y la televisión se sirven —las ondas radioeléctricas o electromagnéticas— quedan dentro de la materia radiocomunicación y, por tanto, de la competencia estatal ex artículo 149.1.21 CE para ordenar el dominio público radioeléctrico. Y es constitucionalmente legítimo que el Estado regule desde una concepción unitaria —dada la unidad intrínseca del fenómeno— la utilización del dominio público radioeléctrico y proceda a una ordenación conjunta de todas las variantes de telecomunicación y de radiocomunicación, en particular, y no sólo

⁷ En esta situación están los tres conflictos promovidos por las Comunidades Autónomas de Cataluña, Andalucía y Castilla-La Mancha en relación con otras tantas Resoluciones de la extinta Secretaría General de Comunicaciones del Ministerio de Fomento (funciones que actualmente ha asumido el Ministerio de Ciencia y Tecnología, a través de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información), que aparecen expresamente relacionadas en el Anexo I que se recoge al final del presente trabajo.

las destinadas a emisoras de radio y televisión cualificadas por su recepción por un gran número de usuarios. Pero es indudable que siendo el contenido del título competencial del artículo 149.1.21 CE virtualmente más expansivo que el otro del artículo 149.1.27 CE, debe ser interpretado restrictivamente para evitar una exclusión de las competencias autonómicas sobre radio y televisión»⁸.

2. Contenido y alcance de la competencia en materia de telecomunicaciones (artículo 149.1.21.º CE)

2.1. Asignación de frecuencias y control técnico de las emisoras, equipos, aparatos y estaciones radioeléctricas

La radiodifusión sonora constituye «una materia sometida en sus aspectos técnicos a una disciplina internacional, ya que tratados y convenios internacionales fijan las condiciones y el procedimiento para establecer nuevas estaciones y para modificar las características técnicas de las estaciones ya establecidas». Por tal motivo, «se ha establecido una expresa reserva estatal en relación con la asignación de frecuencias y potencias», todo lo cual «supone no sólo que el aspecto técnico queda fuera del ámbito competencial de las Comunidades Autónomas, sino también que es al Estado a quien corresponde la inspección y el control del cumplimiento de las condiciones técnicas de las emisoras, ya que es a él a quien incumbe velar por la ejecución de los acuerdos internacionales, como único responsable en el orden internacional»⁹.

«La finalidad directamente pretendida por la regulación controvertida (...) no se encuentra en ordenar el acceso a un medio de comunicación social, que es precisamente lo que el otorgamiento de la concesión supone, y por consiguiente, no incide en el ejercicio de las libertades de información y expresión a través de ondas radioeléctricas. La normativa impugnada (...) se limita a establecer (...) la necesidad de la autorización administrativa correspondiente para la tenencia y uso de equipos y aparatos radioeléctricos o para hacer funcionar

⁸ Vid. STC 168/1993, F.J. 4. En idénticos términos, las SSTC 244/1993, F.J. 2; 278/1993, F.J. 2, y 127/1994, F.J. 8. Vid. asimismo el artículo 1 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

⁹ Vid. STC 26/1982, F.J. 6. Igualmente, las SSTC 44/1982, F.J. 7; 248/1988, FF.JJ. 5 y 6; 108/1993, F.J. 2, y 168/1993, FF.JJ. 2 y 9. Vid. en este sentido la Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de la Radio y la Televisión, por la que se atribuye al Gobierno la atribución de frecuencias y potencias (art. 2.4 y disposición adicional 1.ª).

una estación o red de estaciones radioeléctricas con el fin de que pueda procederse por el Gobierno a la asignación de frecuencias (...), así como fijarse las condiciones y características técnicas de cada estación (...) o de cada tipo de equipo y aparato radioeléctrico (...), impidiendo, entre otros extremos, interferencias perjudiciales (...). Estos aspectos, por su misma naturaleza técnica, encuentran cobertura en la competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.21 de la Constitución) para regular las telecomunicaciones y la radiocomunicación»¹⁰.

2.2. Potestades de inspección y sanción

«Las facultades estatales de inspección de las instalaciones (...) siendo las facultades de inspección de naturaleza ejecutiva y accidentales respecto de las competencias sustantivas (...), y teniendo el Estado potestades de toda clase en materia de radiocomunicación —tanto normativas como ejecutivas—, nada puede reprocharse a este precepto»¹¹.

«(...) incumbe al Estado (...) el régimen sancionador de las infracciones a las normas de ordenación de las telecomunicaciones y, en particular, cuando se utilicen frecuencias radioeléctricas sin autorización o distintas a las autorizadas (...), o se instalen equipos no homologados y convenientemente autorizados o que incumplan las condiciones técnicas fijadas»¹².

2.3. Aprobación de Planes y Reglamentos Técnicos

«Que la Ley mande que la implantación de los servicios públicos de radiodifusión sonora se efectúe de acuerdo con los Planes Técnicos Nacionales que apruebe el Gobierno (...), es una consecuencia lógica de la configuración constitucional de la radiocomunicación (artículo 149.1.21 CE) en nuestro ordenamiento como una competencia exclusiva del Estado, y de las subsiguientes facultades estatales para dictar las normas que delimiten la utilización del espacio radioeléctrico y permitan coordinar la prestación de los servicios en virtud de sus características técnicas y de los compromisos internacionales, y

¹⁰ Vid. SSTC 167/1993, F.J. 3. En idénticos términos, la STC 244/1993, F.J. 4. Vid. asimismo arts. 55 a 60 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

¹¹ Vid. STC 244/1993, F.J. 6.

¹² Vid. STC 108/1993, F.J. 3. Vid. artículos 61.2, 65 y 76 a 85 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

sensu contrario, la imprevisión legal de la participación autonómica, dado el carácter exclusivo de la competencia estatal, no puede merecer reproche desde la estricta óptica de las reglas de distribución competencial.

Igualmente, que la Ley atribuya al Gobierno la aprobación de los correspondientes Reglamentos Técnicos y de Prestación de los Servicios de Difusión (art. 25.6 de la LOT), y al Ministerio estatal correspondiente y, con carácter previo al comienzo de la prestación de un servicio, la facultad de aprobar los proyectos o propuestas técnicas de las instalaciones, la inspección de las mismas, y la aprobación de los Reglamentos Técnicos y de Prestación de los Servicios (art. 26.6 de la LOT) es también una consecuencia de la competencia del Estado para ordenar y coordinar la comunicación a través de ese soporte o medio técnico que son las ondas radioeléctricas o electromagnéticas¹³.

3. Contenido y alcance de la competencia en materia de medios de comunicación social (artículo 149.1.27.º CE)

3.1. Marco competencial. El Estatuto de la Radio y la Televisión como norma delimitadora de las competencias autonómicas

«El artículo 149.1.27.º de la Constitución permite que el régimen de radiodifusión se articule con arreglo a un principio de competencias compartidas entre el Estado y la Comunidad Autónoma según el cual corresponde al Estado dictar las normas básicas, mientras que la Comunidad Autónoma puede asumir, mediante el correspondiente Estatuto, una competencia legislativa complementaria de desarrollo que en todo caso habrá de respetar aquella normativa básica, una potestad reglamentaria igualmente de desarrollo y, finalmente, la función ejecutiva correspondiente a la materia. Es de destacar que el mencionado artículo no establece directamente competencias autonómicas, sino que se limita a fijar el marco dentro del cual podrán

¹³ Vid. STC 168/1993, FFJJ. 6 y 7. Asimismo, la STC 127/1994, F.J. 8 B. Vid. art. 62 Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones. A modo de ejemplo, pueden citarse los Reglamentos Técnicos y de Prestación del Servicio de Telecomunicaciones por Cable (Real Decreto 2006/1996), del Servicio de Telecomunicaciones por Satélite (Real Decreto 136/1997), del Servicio Telefónico Básico (Real Decreto 1912/1997), del Servicio de Televisión Digital Terrenal (Orden de 9 de octubre de 1998), así como los Planes Técnicos Nacionales relativos a la Radiodifusión Sonora en Ondas Medias (Real Decreto 765/1993) y en Ondas Métricas con Modulación de Frecuencia (Real Decreto 1388/1997), y a la Televisión Digital Terrenal (Real Decreto 2169/1998).

asumirlas los Estatutos de Autonomía, que en este caso se remiten a los términos y casos establecidos en la Ley que regule el Estatuto Jurídico de la Radio y la Televisión (...).

Es indudable que el Estatuto Jurídico de la Radio y la Televisión, si bien contribuye a delimitar el ámbito competencial de la Comunidad, no podrá operar como una mera «norma habilitante de competencias» en sentido estricto, dado que la competencia en cuestión ha sido ya asumida por el Estatuto de Autonomía, y por tanto la limitación en él impuesta («en los términos y casos») no puede interpretarse de modo que vacíe de contenido dicha asunción (...).

Pero igualmente es cierto que la expresión controvertida no es «una mera frase hecha»; la competencia que el Estatuto de Autonomía reconoce a la Generalidad en materia de radiodifusión no se extiende a todos los campos aunque sea posible un desarrollo legislativo de la normativa básica estatal ni a toda la función ejecutiva en la materia (...). La remisión al Estatuto de la Radio y la Televisión viene a limitar la asunción de la competencia por parte de la Generalidad, al mantener dicho Estatuto, como se desprende del análisis de su contenido, la titularidad y la gestión estatales de determinados medios de comunicación social dentro de la Comunidad Autónoma aunque la actividad se concrete al ámbito regional, comarcal o incluso local, y reservar en cualquier caso al Estado competencias concretas en la fase de desarrollo legislativo y ejecutivo, con lo que unas competencias que constitucionalmente habrían podido ser asumidas de modo exclusivo por la Comunidad catalana, se han convertido en unas competencias compartidas con el Estado¹⁴.

«(...) cuando la Constitución o el Estatuto llaman a la Ley a regular los términos de una competencia compartida, el Legislador estatal

¹⁴ Vid. STC 26/1982, F.J. 2. En idénticos términos, las SSTC 10/1982, F.J. 2; 44/1982, F.J. 1; 21/1988, F.J. 1; 258/1988, F.J. 2; 108/1993, F.J. 2; 146/1993, F.J. 2; 168/1993, F.J. 2 y 278/1993, F.J. 3. En cuanto al marco estatutario, todas las Comunidades Autónomas han asumido competencias de desarrollo legislativo y ejecución de las normas básicas del Estado sobre el régimen de radiodifusión y televisión, prensa y, en general, de todos los medios de comunicación social, con la particularidad de que la mayoría de los textos estatutarios, con la excepción de los del País Vasco, Principado de Asturias, Canarias, Illes Balears, Comunidad de Madrid y Castilla y León, formulan una expresa remisión a los «términos y casos establecidos en la Ley que regule el Estatuto Jurídico de la Radio y la Televisión» (actualmente, la Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de la Radio y Televisión). En tal sentido, véase los Estatutos de Autonomía del País Vasco (art. 19); Cataluña (art. 16); Galicia (art. 34); Andalucía (art. 16); Principado de Asturias (art. 17); Cantabria (arts. 25.9 y 29); La Rioja (art. 9.6); Región de Murcia (arts. 11.5 y 14); Comunidad Valenciana (art. 37); Aragón (art. 37.1); Castilla-La Mancha (arts. 32.9 y 38); Canarias (art. 32.2 y 3); Navarra (art. 55); Extremadura (art. 8.10); Illes Balears (art. 11.11); Comunidad de Madrid (art. 27.11) y Castilla y León (art. 34.1.7.).

posee un mayor margen de libertad de configuración normativa para regular la materia (...), siempre que ello no suponga el vaciamiento de las competencias autonómicas; esta habilitación al Legislador estatal para precisar las respectivas esferas de competencia, en la medida en que se produce en los mismos Estatutos, condiciona el alcance de las posibles competencias autonómicas y permite al Legislador delimitar negativamente (...) los casos sobre los que dichas competencias se proyecten e, incluso, reservarse facultades de mera ejecución.

Sin duda, en los casos en que el Legislador estatal puede dictar los términos que delimiten las competencias autonómicas, tal habilitación refuerza el alcance posible de las bases, aun en lo que atañe a las potestades de mera ejecución, pero de ahí no puede deducirse que resulten inexistentes los límites a lo básico antes expuestos: El carácter excepcional, limitado y necesariamente justificado de la reserva de facultades estatales de ejecución, y la necesidad de que reste una esfera de lícita intervención autonómica, según viene obligado por el carácter compartido de las competencias en la materia»¹⁵.

«(...) debe existir una lógica diferencia de tratamiento entre la radio y televisión propias de una Comunidad Autónoma —creadas y mantenidas por ésta— y la gestionada por el Ente Público RTVE, que asume las funciones de gestión directa que en esa materia corresponden al Estado. Mientras, en el primer caso, las Comunidades Autónomas están sólo sujetas al límite de las normas básicas establecidas en el artículo 149.1.27 de la Constitución, en este segundo, debe reconocerse al Estado una más amplia capacidad organizativa que obliga a las Comunidades Autónomas, de acuerdo con los propios preceptos estatutarios, a moverse dentro de los términos y casos que regule el Estatuto Jurídico de la Radio y la Televisión, lo que no significa que queden sin contenido las competencias autonómicas asumidas en los Estatutos de Autonomía, pero sí que es dentro de ese marco donde puede ejercerse la potestad autonómica de desarrollo normativo y ejecución»¹⁶.

¹⁵ Vid. STC 168/1993, F.J. 5.

¹⁶ Vid. STC 147/1993, F.J. 3. En idénticos términos, las SSTC 10/1982, F.J. 2, y 146/1993, F.J. 2. Por lo que se refiere a la regulación estatutaria, ha de señalarse que, a excepción de los Estatutos de Autonomía de Cantabria, Región de Murcia, Extremadura e Illes Balears, se atribuyen específicamente a las Comunidades Autónomas competencias para regular, crear y mantener su propia televisión, radio, prensa y, en general, todos los medios de comunicación social para el cumplimiento de sus fines, así como el otorgamiento en régimen de concesión de un tercer canal de televisión, de titularidad estatal. Vid. en este sentido los Estatutos de Autonomía del País Vasco (art. 19.3 y DT Sexta); Cataluña (art. 16.3 y DT Octava); Galicia (art. 34.3 y DT Sexta); Andalucía (art. 16.2 y DT Tercera); Principado de As-

3.2. Régimen de las concesiones para la gestión indirecta de los servicios de radiodifusión y televisión

3.2.1. Criterios generales: su conexión con el artículo 149.1.27.^a de la Constitución

«(...) el otorgamiento de concesiones para la gestión indirecta del servicio, por su estrecha conexión con los medios de comunicación social solicitantes de concesiones, que se sirven como instrumento de las emisoras de radiodifusión sonora para ejercer los derechos fundamentales que el artículo 20 CE consagra (...), es una medida que, por su finalidad, encuentra un acomodo natural y específico en el título del artículo 149.1.27 CE referido a las normas básicas del régimen de radio y, en general, de todos los medios de comunicación social y, en consecuencia, dado el carácter ejecutivo de la potestad controvertida, su adopción incumbe a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia. Ello es así puesto que aquí prima la naturaleza de un servicio de difusión y comunicación social, cuyo ejercicio la concesión autoriza, frente al soporte técnico de la emisora o red de radiodifusión de que se sirve»¹⁷.

3.2.2. Las concesiones de emisoras de radiodifusión sonora en frecuencia modulada

Dado que «los objetivos que han podido impulsar al legislador a formular en otros lugares del Estatuto de la Radio y la Televisión un principio de reserva estatal aparecen también de la misma forma garantizados, con carácter específico, en la radiodifusión de ondas métricas con modulación de frecuencia, y teniendo en cuenta la interpretación anteriormente asignada al artículo 16.1 del Estatuto catalán y el criterio competencial contenido en el artículo 2.3 del Estatuto de la Radio y la Televisión al atribuir facultades de organización y control a las Comunidades Autónomas en su ámbito territorial, hemos de concluir que en este caso concreto, en que el ámbito de cobertura del

turías (art. 17.3); La Rioja (art. 9.6 y D. Ad. Cuarta); Comunidad Valenciana (art. 37.3 y D.T. Sexta); Aragón (art. 37.1 y D.T. Decimotercera); Castilla-La Mancha (art. 32.9); Canarias (art. 32.3); Navarra (art. 55.3 y D.T. Séptima); Extremadura (D. Ad. Quinta); Comunidad de Madrid (art. 27.11 y D.T. Quinta), y Castilla y León (art. 34.1.7.^a y D.T. Sexta). Vid. asimismo la Ley 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora del tercer canal de televisión. Finalmente, respecto a la estructura del Ente Público RTVE, véase la citada Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de la Radio y Televisión, y especialmente sus artículos 13 a 15, relativos a su organización territorial.

¹⁷ Vid. STC 168/1993, F.J. 4.

servicio de radiodifusión es exclusivamente local, la forma impersonal que utiliza la disposición adicional primera puede ser interpretada en el sentido de que en el ámbito territorial catalán las competencias controvertidas corresponden en principio a la Comunidad Autónoma, si bien, por exigencia constitucional, han de ejercitarse en el marco de las normas básicas del Estado, que, según establece el artículo segundo del Estatuto de la Radio y la Televisión, están en primer término constituidas por dicho Estatuto y sus disposiciones complementarias de orden técnico¹⁸.

Ello supone, pues, que el proceso de otorgamiento de concesiones de emisoras de radiodifusión con modulación de frecuencia es, desde el punto de vista competencial, «un proceso compartido por el Estado y la Comunidad Autónoma», en cuanto que las facultades autonómicas «vienen condicionadas por las bases y los términos fijados en la legislación estatal (el Estatuto de la Radio y la Televisión y disposiciones complementarias), a que se remiten los propios Estatutos de Autonomía». En concreto, la competencia estatal en esta materia se extiende a «las normas delimitadoras de la utilización del espectro radioeléctrico reservado a la radiodifusión sonora en dicha frecuencia y a las que regulan las condiciones básicas o requisitos generales para la prestación del servicio, así como a la elaboración de los planes, la fijación de las condiciones técnicas y la inspección y control de las mismas», y «la asignación de frecuencias y potencias». Por su parte, corresponde a la competencia autonómica «la resolución de las solicitudes de concesión de emisoras de radiodifusión en frecuencia modulada y el otorgamiento de concesiones de instalación y funcionamiento de las mismas, así como la regulación de los procedimientos de adjudicación»¹⁹.

3.2.3. Las concesiones de emisoras de radiodifusión sonora en ondas corta, larga y media

«(...) la competencia autonómica en materia de otorgamiento de concesiones de emisoras de radiodifusión sonora no tiene por qué

¹⁸ Vid. SSTC 26/1982, FFJJ. 3 y 5; 44/1982, FFJJ. 5 y 6; 248/1988, FJ. 5, y 168/1993, FJ. 2.

¹⁹ Vid. STC 26/1982, FJ. 7. En idénticos términos, las SSTC 48/1982, FJ. 8, y 168/1993, FFJJ. 2 y 5. Vid. asimismo el artículo 26.5 y la Disposición Adicional Sexta de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, preceptos que tienen la consideración de normativa básica ex artículo 149.1.27.º CE conforme a la Disposición Final Primera de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, y que han sido expresamente declarados vigentes por esta Ley, en su Disposición derogatoria única y posteriormente por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre (art. 66).

abarcar toda clase de ondas (...) ante el mero dato de que indudablemente se trate de facultades de naturaleza ejecutiva. Por el contrario, (...) es constitucionalmente irreprochable que el Estado se reserve por Ley competencias concretas en fase de ejecución, claro está que cuando exista una justificación bastante para ello. Y la remisión estatutaria al «Estatuto Jurídico de la Radio y la Televisión» para delimitar competencias y formalizar las bases debe entenderse a la Ley que materialmente efectúe tal labor, en este caso, la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones y no sólo la Ley 4/1980, que formalmente se identifica con ese mismo título. No en balde, (...) los términos de la competencia podían, incluso, fijarse en las disposiciones complementarias de orden técnico.

Una vez afirmado que, conforme a la Constitución, puede el legislador estatal reservar a la Administración del Estado facultades de naturaleza ejecutiva en esta materia (...) puede decirse que la reserva que el artículo 26.1 de la LOT opera en favor del Estado para los servicios en ondas larga y corta no invade el ámbito posible de la competencia autonómica, ya que se justifica en razones técnicas derivadas de las peculiaridades de las ondas electromagnéticas y del dominio público radioeléctrico, así como de la profusa normativa internacional que disciplina el tema (...).

Por lo que atañe a la regulación de los servicios en ondas medias (art. 26.2 de la LOT), la Ley no excluye a las Comunidades Autónomas del acceso a aquéllos, simplemente permite que dicho acceso pueda hacerse por la vía de la gestión indirecta del servicio mediante concesión administrativa estatal (...). En definitiva, nada impide que las Comunidades Autónomas (...) puedan ser concesionarias de este servicio en las mismas condiciones que las emisoras privadas (...), y en la medida en que la planificación técnica y el número de frecuencias y emisoras lo hagan posible.

Es preciso destacar, por otra parte, que los distintos reconocimientos estatutarios (...) de la posibilidad de mantener una Comunidad Autónoma su propia radio, no se ven insatisfechos ni resultan de imposible cumplimiento en virtud de la regulación legal. Pues tal posibilidad puede cumplirse mediante la gestión directa de emisoras en ondas métricas con modulación de frecuencia»²⁰.

²⁰ Vid. STC 168/1993, FJ. 5. Véase asimismo el artículo 26.5 y la Disposición Adicional Sexta de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, preceptos que tienen la consideración de normativa básica ex artículo 149.1.27.º CE conforme a la Disposición Final Primera de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunica-

3.2.4. Las concesiones de emisoras de televisión privada

«(...) el otorgamiento de una concesión configura una facultad de ejecución, pero de ahí no cabe deducir que —en el caso que nos ocupa y excepcionalmente— no pueda la competencia estatal para emanar normas básicas en esta materia ofrecer cobertura a tal facultad que la Ley atribuye al Gobierno (arts. 8 y ss. de la Ley de Televisión Privada). La escasez del número de concesiones de ámbito nacional que la Ley (art. 4.3) prevé —tres— dificulta considerablemente si no imposibilita un hipotético régimen de compartición entre una pluralidad de Comunidades Autónomas con competencias en la materia (otro tanto dijimos en la STC 168/1993 respecto de la escasez de frecuencias y las emisoras de radio de ondas largas); de manera que sólo el Gobierno, en cuanto órgano general del Estado, puede adjudicar un número escaso de concesiones de emisoras con cobertura nacional, ámbito territorial que supone, además, una razonable limitación al ejercicio de las competencias autonómicas»²¹.

3.2.5. Las facultades de inspección, control y sanción: su carácter accesorio respecto a la competencia de otorgamiento de las concesiones

«(...) debe ser la competencia sobre el otorgamiento de la concesión y no la atribución de frecuencias y potencias, el punto de referencia de determine la titularidad de la competencia para la inspección y, en su caso, imposición de sanciones o para la adopción de medidas provisionales como puede ser el precintado de las instalaciones. Ello es así (...) en virtud de la naturaleza de la concesión en cuanto acto administrativo a partir del cual se establece una peculiar relación de colaboración entre la Administración concedente y el concesionario en el ámbito de la gestión del servicio (...).

Por consiguiente y como resultado de cuanto precede, podemos extraer dos criterios jurisprudenciales para la solución del litigio: de un lado, es el art. 149.2.27 de la Constitución el que contiene las reglas de competencia atinentes a las emisoras clandestinas, ya sean de radio o de televisión, y no el art. 149.1.21 (...); y de otra parte, quien ostente

ciones, y que han sido expresamente declarados vigentes por esta Ley, en su Disposición derogatoria única y posteriormente por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (art. 66).

²¹ Vid. STC 127/1994, FJ. 8 A. Vid. en este sentido la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, modificada parcialmente por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (artículo 96).

la competencia sustantiva para el otorgamiento de las concesiones de emisoras es quien debe poseer también las facultades, accesorias de aquella principal, de inspección y control de emisiones clandestinas, precintado de los equipos y, en su caso, sanción»²².

De acuerdo con ello, en aquellos supuestos donde se reserva al Estado la regulación y el otorgamiento de las concesiones en determinados servicios de radiodifusión y televisión, «las potestades de naturaleza ejecutiva referidas a la inspección, vigilancia y control de emisiones clandestinas, o la adopción de medidas provisionales como son el precintado y depósito de los equipos, o la instrucción de expedientes sancionadores, deben corresponder al Estado, ya que es éste quien ostenta las competencias principales en la materia para la gestión directa o el otorgamiento de las concesiones de las que derivan esas otras accesorias de aquéllas».

En cambio, «allí donde las Comunidades Autónomas ostenten, según sus Estatutos, competencias en materia de radio y otros medios de comunicación social (...), al corresponderles el otorgamiento de las concesiones de emisoras en modulación de frecuencia, debe corresponderles también (...) la facultad de interrumpir provisionalmente el funcionamiento de las emisoras clandestinas y la clausura de los equipos, así como la instrucción de los correspondientes expedientes sancionadores y, en su caso, la imposición de sanciones», aunque «circunscritas al alcance de la competencia sustantiva que la propia Ley les reconoce; requisitos y condiciones para el otorgamiento de concesiones en ondas métricas con modulación de frecuencia (...). En este mismo ámbito, es constitucionalmente posible que (...) efectúen una tipificación de las infracciones a la normativa autonómica sobre procedimiento de adjudicación y otorgamiento de concesiones de instalación y funcionamiento, así como de las correspondientes sanciones»²³.

²² Vid. STC 278/1993, FJ. 2. En idénticos términos, las SSTC 108/1993, FJ. 3, 168/1993, FJ.3, y 127/1994, FJ. 8 A.

²³ Vid. SSTC 108/1993, FFJJ. 3 y 4; 168/1993, FJ. 8, y 278/1993, FJ. 3. En cuanto a las previsiones legales sobre el ejercicio de tales facultades en relación con los respectivos servicios de radiodifusión y televisión, debe mencionarse en primer lugar la previsión general contenida en el artículo 65 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, por el que se atribuye al Estado la inspección, control y sanción del dominio público radioeléctrico, «sin perjuicio de las facultades de inspección, control y sanción que correspondan a las Comunidades Autónomas sobre servicios de comunicación social, si las concesiones para su prestación han sido otorgadas por ellas». Más concretamente, y por lo que se refiere a los diferentes servicios, cabe reseñar el artículo 36.2 de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, precepto declarado vigente por la citada Ley General de Telecomunicaciones; el artículo 19.2 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva

3.3. Los Consejos Asesores de RTVE en las Comunidades Autónomas: naturaleza y funciones

«(Los Consejos Asesores) poseen una naturaleza compleja y doble, puesto que, por un lado, son órganos del Ente público de ámbito nacional, RTVE, ya que fueron creados por una Ley del Estado, el Estatuto de la Radio y la Televisión (...), y es el propio Estatuto el que define sus funciones (arts. 14.2 y 15); pero, por otra parte, (...) poseen el carácter de órganos representativos de los intereses de las Comunidades Autónomas en el seno de la organización estatal (...). Por ello, el nombramiento de cada Consejo Asesor y la determinación de su composición corresponde a la Comunidad Autónoma mediante Ley, aunque esto no impide que sea un órgano integrado en la estructura jerárquica y organizativa de RTVE, y no un órgano mixto del Ente público RTVE y la correspondiente Comunidad Autónoma. En este deslinde de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, que se desprende de la naturaleza compleja de los Consejos Asesores, (...) incumbe al Estado, como regla general, la regulación de sus funciones, especificándose que se trata de un órgano meramente asesor sin competencias decisorias. A la par que, dada su índole asesora de un órgano estatal, no corresponde a las Comunidades Autónomas determinar los principios generales que inspiren la actividad de los Consejos Asesores, pues estos principios deben ser iguales y válidos para el conjunto del Ente público y cada uno de sus órganos. Sentado cuanto precede, es verdad que el carácter de órgano de integración representativo de los intereses de la Comunidad Autónoma da lugar a un poder de correulación de ésta en el plano organizativo, que le permite detallar y perfilar los criterios que con rango básico fija el Estatuto de la Radio y la Televisión, claro está que sin rebasar el marco que le asigna la Ley estatal»²⁴.

89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, según la redacción dada al mismo por la Ley 22/1999, de 7 de junio; los artículos 9.1 y 17 de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de Televisión Local por ondas terrestres, y la Disposición Adicional Cuadragésimo Cuarta, apartado 4, de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, respecto a las emisoras de radiodifusión sonora digital terrenal.

²⁴ Vid. STC 147/1993, F.J. 3. En idénticos términos, las SSTC 10/1982, FF.JJ. 4, 6, 8 y 9, y 258/1988, F.J. 2. Vid. asimismo la Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de la Radio y Televisión (arts. 9, 13, 14 y 15). En relación con las Leyes autonómicas reguladoras de los citados Consejos Asesores, han sido aprobadas las siguientes: País Vasco (Ley 9/1985, de 14 de diciembre); Cataluña (Ley 6/1981, de 19 de junio, modificada por Ley 5/1982, de 6 de mayo); Galicia (Ley 10/1983, de 9 de diciembre); Andalucía (Ley 2/1982, de 21 de di-

«(...) dado que el Estatuto de la Radio y Televisión no menciona este trámite de audiencia previa del Consejo Asesor para el nombramiento de los Directores de cada uno de los medios (RNE, RCE y TVE), es obvio que no puede introducirlo la Ley territorial que viene en este extremo condicionada por las bases, términos y casos que fije la Ley estatal al regular un órgano de la organización del Estado (...), en el que la participación de las Comunidades Autónomas se debe al carácter integrador que el Estado ha otorgado a la estructura territorial del mismo»²⁵.

«Siendo competencia autonómica (...) la potestad de nombramiento de los miembros del Consejo Asesor y su posible sustitución (...), debe lógicamente caer en la esfera autonómica también la función parlamentaria de control de la actividad desplegada por ese órgano, puesto que ésta no deja de ser una facultad necesariamente accesoria respecto de la principal o sustantiva referida a la designación de los miembros del Consejo. Y es indudable que rectamente entendido y diferenciado convenientemente el objeto del control parlamentario que incumbe al Congreso de los Diputados sobre el Ente público RTVE y a la Asamblea autonómica sobre el Consejo Asesor no deben existir duplicidades ni incompatibilidades en el ejercicio de esas actividades»²⁶.

3.4. El régimen de los terceros canales de televisión

«(...) no puede entenderse que el carácter básico y, por ende, delimitador de competencias, de la normativa estatal en materia de radio y televisión se extienda más allá de lo establecido por el propio legis-

lamento—, modificada por las Leyes 4 y 5/1987, de 14 de abril, y 4/1996, de 17 de julio; Principado de Asturias (Ley 5/1983, de 4 de agosto, modificada por la Ley 1/1988, de 10 de junio); Cantabria (Ley 1/1984, de 27 de febrero); La Rioja (Ley 5/1989, de 19 de octubre); Región de Murcia (Ley 4/1984, de 12 de noviembre); Comunidad Valenciana (Ley 3/1984, de 6 de junio); Aragón (Ley 4/1984, de 26 de junio, modificada por Ley 2/1988, de 25 de abril); Castilla-La Mancha (Ley 1/1987, de 7 de abril, modificada por Ley 1/1998, de 22 de abril); Navarra (Leyes Forales 2/1985, de 4 de marzo, 1/1986, de 20 de febrero, 3/1987, de 2 de marzo, y 15/1999, de 19 de abril); Extremadura (Leyes 1/1989, de 31 de mayo, y 4/2000, de 16 de noviembre); Illes Balears (Ley 6/1984, de 15 de noviembre, modificada por Ley 7/1985, de 22 de mayo); Comunidad de Madrid (Ley 5/1984, de 7 de marzo, modificada por las Leyes 9/1989, de 5 de octubre, 3/1990, de 15 de febrero y 14/1991, de 16 de julio); y Castilla y León (Decreto Legislativo 1/1989, de 4 de mayo, modificado por la Ley 8/1998, de 9 de julio).

²⁵ Vid. STC 147/1993, F.J. 5, y en idénticos términos, las SSTC 10/1982, F.J. 9 e), y 154/1989, F.J. 7.

²⁶ Vid. STC 147/93, F.J. 6.

lador estatal, esto es, el propio ERTV y sus «disposiciones complementarias de orden técnico». Y también es claro que no puede considerarse que la Ley 46/1983, reguladora de los terceros canales autonómicos, quepa catalogarla como una disposición complementaria de carácter técnico del propio Estatuto. (...) la Ley 46/1983 posee un doble carácter, el de autorización al Gobierno para otorgar la concesión del tercer canal a las Comunidades Autónomas y el de regular el régimen jurídico de los terceros canales, materia de competencia estatal excepto en los términos y casos en que el ERTV le atribuya a las Comunidades Autónomas. Pero el que dicha Ley sea de competencia estatal no le otorga carácter básico, que sólo puede derivar, de forma directa, del propio Estatuto de RTV»²⁷.

Las causas de incompatibilidad de los miembros del Consejo de Administración de los entes que gestionan los terceros canales autonómicos «han de acomodarse a los criterios recogidos en el art. 7.4 del ERTV, que regula las causas de incompatibilidad de los miembros del Consejo de Administración de RTVE», ya que ambas «responden a una misma finalidad, garantizar la independencia de los miembros del Consejo de Administración del ente, evitando que su actuación pueda resultar condicionada por su vinculación tanto con los empresas privadas relacionadas con la actividad del ente como con el propio ente», y que además resultan de aplicación general «al conjunto de los servicios de radiodifusión y televisión dependientes de la Comunidad Autónoma»²⁸.

«(...) las previsiones legales de las Comunidades Autónomas en las que se reduzca el *quórum* de asistencia y la mayoría de votos exigible en un órgano colegiado, respecto de lo fijado como un mínimo indis-

²⁷ Vid. STC 154/1989, F.J. 4, y, en idénticos términos, las SSTC 21/1988, F.J. 2, 146 y 168/1993, F.J. 2. Vid. asimismo, la Ley 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora del Tercer Canal de Televisión. Ha de mencionarse que una gran parte de los Estatutos de Autonomía prevén el otorgamiento en régimen de concesión de un tercer canal de televisión, de titularidad estatal; así, los del País Vasco (D.T. Sexta), Cataluña (D.T. Octava), Galicia (D.T. Sexta), Andalucía (D.T. Tercera), La Rioja (D. Ad. Cuarta), Comunidad Valenciana (D.T. Sexta), Aragón (D.T. Decimotercera), Navarra (D.T. Séptima), Extremadura (D. Ad. Quinta), Comunidad de Madrid (D.T. Quinta) y Castilla y León (D.T. Sexta).

²⁸ Vid. STC 154/1989, F.J. 5. El citado artículo 7.4 de la Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de RTV establece que la condición de miembros del Consejo de Administración (del Ente Público RTVE) «será incompatible con cualquier vinculación directa o indirecta a Empresas publicitarias, de producción de programas filmados, grabados en magnetoscopio o radiofónicos, casas discográficas o cualquier tipo de Entidades relacionadas con el suministro o dotación de material o programas a RTVE y sus Sociedades. También será incompatible con todo tipo de prestaciones de servicios o relación laboral en activo con RTVE y sus Sociedades».

ponible e infranqueable en la Ley estatal que formalice las bases, deben, en principio, estimarse inconstitucionales»²⁹.

«(...) que la regulación autonómica impugnada ordene que cuando la propuesta motivada del Consejo de Administración se adopte por mayoría de dos tercios de sus miembros resulte vinculante para la Diputación General en vez de meramente potestativa, (...) modifica y contradice el sistema previsto para dicho cese en el artículo 12.2 del Estatuto de la Radio y la Televisión, alterando totalmente el mecanismo de relaciones entre el Consejo de Administración (órgano de elección parlamentaria) y el Ejecutivo que prevé la Ley estatal»³⁰.

ANEXO I

RELACION DE CONFLICTOS FORMULADOS ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Conflictos promovidos por el Estado.

Estado-País Vasco

- Conflicto positivo de competencia n.º 38/82, en relación con el Decreto 138/1981, de 14 de diciembre, por el que se regula la concesión de emisoras de radiodifusión (institucionales y privadas) en ondas métricas con modulación de frecuencia.

Resultado: STC 44/1982, de 8 de julio.

- Conflicto positivo de competencia n.º 345/84, en relación con el Decreto 287/1983, de 27 de diciembre, sobre el procedimiento de concesión de emisoras de radiodifusión en ondas métricas con frecuencia modulada.

Resultado: STC 248/1988, de 20 de diciembre.

²⁹ Vid. STC 146/1993, F.J. 4. En concreto, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de un precepto de la Ley 8/1987 de la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión que establecía para la adopción de determinados acuerdos del Consejo de Administración de dicho Ente una mayoría —la mayoría absoluta— inferior a la exigida por la normativa básica estatal para los mismos acuerdos, como es en concreto la mayoría de dos tercios de sus miembros prevista en el artículo 8.2 del Estatuto de la Radio y la Televisión (Ley 4/80).

³⁰ Vid. STC 146/1993, F.J. 5. El artículo 12.2 de la citada Ley 4/1980 establece que el Gobierno podrá cesar al Director General del Ente RTVE a propuesta del Consejo de Administración adoptada por mayoría de dos tercios y fundada en alguna de las causas establecidas en este mismo artículo.

- Conflicto positivo de competencia n.º 630/86, relativo a la puesta en funcionamiento de un nuevo canal de televisión por parte del Ente Público de Radio Televisión Vasca.

Resultado: Auto de 22.7.1986, declarando el TC su falta de jurisdicción para conocer del asunto y ordenando el archivo de las actuaciones.

Estado-Cataluña

- Conflicto positivo de competencia n.º 181/81, en relación con los Decretos 82/1981, de 10 de abril, que prorroga el plazo establecido en el Decreto de la Generalidad 175/1980, de 3 de octubre, para la resolución de las solicitudes de concesión de emisoras en frecuencia modulada relativas a la primera fase del Plan Técnico Transitorio de Radiodifusión Sonora en ondas métricas de frecuencia modulada, y 83/1981, de 13 de abril, que desarrolla la segunda fase de dicho Plan Técnico.

Resultado: STC 26/1982, de 24 de mayo.

Resultado: STC 10/1982, de 23 de marzo.

- Conflicto positivo de competencia n.º 234/86, en relación con el Decreto 279/1985, de 12 de septiembre, de creación del Registro de Empresas Periodísticas y Agencias Informativas de Cataluña.
- Resultado: Auto TC de 21.5.1991, declarando concluido el conflicto por desaparición de su objeto.*

- Conflicto positivo de competencia n.º 200/86, en relación con el Decreto 270/1985, de 19 de septiembre, regulador, en el ámbito territorial de Cataluña, de las actividades relativas a la televisión.
- Resultado: STC 278/1993, de 23 de septiembre.*

- Recurso de inconstitucionalidad n.º 1440/99, en relación con la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona.

Resultado: Pendiente ante el Tribunal Constitucional.

Estado-La Rioja

- Recurso de inconstitucionalidad n.º 248/90, en relación con la Ley 5/1989, de 19 de octubre, del Consejo Asesor de Radio-televisión Española en La Rioja.

Resultado: STC 147/1993, de 24 de abril.

Estado-Comunidad Valenciana

- Recurso de inconstitucionalidad n.º 701/84, en relación con la Ley 7/1984, de 4 de julio, de creación de la entidad pública Radiotelevisión Valenciana y regulación de los servicios de radiodifusión y televisión de la Generalidad Valenciana.

Resultado: STC 21/1988, de 18 de febrero.

Estado-Aragón

- Recurso de inconstitucionalidad n.º 1024/87, en relación con la Ley 8/1987, de 15 de abril, de creación, organización y control parlamentario de la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión.

Resultado: STC 146/1993, de 29 de abril.

- Recurso de inconstitucionalidad n.º 472/93, en relación con la Ley 10/1992, de 4 de noviembre, de fianzas de arrendamientos y otros contratos.

Resultado: Desistimiento mediante Auto TC de 29.2.00, como consecuencia de la modificación operada por la Ley de Aragón 15/1999, de 29 de diciembre, en sentido favorable a la pretensión estatal.

Estado-Castilla-La Mancha

- Conflicto positivo de competencia n.º 2122/00, en relación con el Decreto 54/2000, de 21 de marzo, sobre el régimen jurídico de las televisiones locales por ondas terrestres.

Resultado: Pendiente ante el Tribunal Constitucional.

Estado-Canarias

- Recurso de inconstitucionalidad n.º 222/85, en relación con la Ley 8/1984, de 11 de diciembre, de Radiodifusión y Televisión de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Resultado: STC 154/1989, de 5 de octubre.

Estado-Illes Balears

- Recurso de inconstitucionalidad n.º 184/85, en relación con la Ley 6/1984, de 15 de noviembre, reguladora del Consejo Asesor de Radio-Televisión Española en las Islas Baleares.

Resultado: Desistimiento mediante Auto de 31.7.1985, dado que con posterioridad al planteamiento del recurso la Comunidad

Autónoma aprobó la Ley 6/1985, por la que se modifican los preceptos impugnados de la citada Ley balear 6/1984.

Estado-Comunidad de Madrid

- Recurso de inconstitucionalidad n.º 434/84, planteado contra la Ley 5/1984, de 7 de marzo, reguladora del Consejo Asesor de Radiotelevisión Española en la Comunidad de Madrid.

Resultado: STC 258/1988, de 23 de diciembre.

2. Conflictos promovidos por las Comunidades Autónomas.

- Ley 29/1984, de 2 de agosto, por la que se regula la concesión de ayudas a las Empresas Periodísticas y Agencias Informativas (Galicia -recurso n.º 760/84-).

Resultado: STC 64/1989, de 6 de abril.

- Real Decreto 2089/1984, de 14 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 29/1984, de 2 de agosto, de ayudas a las Empresas Periodísticas y Agencias Informativas (Galicia y Cataluña -conflictos n.º 229 y 319/85-).

Resultado: El conflicto planteado por la Junta de Galicia fue resuelto por la STC 189/1989, de 16 de noviembre, y el de la Generalidad de Cataluña por la STC 191/1990, de 29 de noviembre.

- Resolución de 15 de noviembre de 1984, de la Dirección General de Medios de Comunicación Social del Ministerio de la Presidencia, por la que se establecen los plazos para solicitar las ayudas por difusión, consumo de papel prensa nacional y especial a nuevos diarios, correspondientes al ejercicio presupuestario 1984, así como el procedimiento para cuantificar las mismas (Galicia -conflicto n.º 231/85-).

Resultado: STC 190/1989, de 16 de noviembre.

- Real Decreto 780/1986, de 11 de abril, por el que se da nueva redacción al Real Decreto 2704/1982, de 3 de septiembre, sobre tenencia y uso de equipos y aparatos radioeléctricos y condiciones para el establecimiento y régimen de estaciones radioeléctricas (País Vasco -conflicto n.º 994/86-).

Resultado: STC 167/1993, de 27 de mayo.

- Real Decreto 1201/1986, de 6 de junio, del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones, por el que se regula el procedimiento para la obtención de autorizaciones administrativas para la instalación y funcionamiento de estaciones radioeléctricas receptoras de programas de televisión transmitidos por satélite de telecomunicaciones del servicio fijo por satélite (País Vasco -conflicto n.º 1108/86-).

Resultado: STC 244/1993, de 15 de julio.

- Resolución del Director General de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones, de 31 de octubre de 1986, por la que se dispone la incoación de expediente sancionador en relación con el funcionamiento de una emisora de radiodifusión en frecuencia modulada sin la correspondiente concesión administrativa, en el ámbito territorial de Cataluña, y se ordena el precintado de los equipos y clausura de las instalaciones, como medida provisional (Cataluña -conflicto n.º 397/87-).

Resultado: STC 108/1993, de 25 de marzo.

- Orden de 30 de diciembre de 1986, del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones, por la que se desarrolla el Real Decreto 1201/1986, sobre el procedimiento para la obtención de autorizaciones administrativas para la instalación y funcionamiento de las estaciones radioeléctricas receptoras de programas de televisión transmitidos por satélite de telecomunicaciones del servicio fijo por satélite (País Vasco -conflicto n.º 624/87-).

Resultado: STC 244/1993, de 15 de julio.

- Ley 31/1987 de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (País Vasco, Canarias, Galicia y Cataluña -recursos n.º 457, 525, 534 y 536/88-).

Resultado: El Tribunal Constitucional, por Auto de 15.10.1991, acordó tener por desistido al Gobierno Vasco, resolviendo los restantes recursos mediante la STC 168/1993, de 27 de mayo.

- Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada (País Vasco -recurso n.º 1412/88-, y Cataluña -recursos n.º 1363 y 1364/88-).

Resultado: STC 127/1994, de 5 de mayo.

- Resoluciones del Ministerio de Fomento de 19 de enero, 13 de febrero y 28 de febrero de 1998, de incoación y resolución de expedientes sancionadores en materia de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia y televisión local por ondas terrestres (Andalucía -conflicto n.º 2741/98-).
Resultado: Pendiente de resolución ante el Tribunal Constitucional.
- Cinco Resoluciones del Ministerio de Fomento de 10 de noviembre de 1998, relativas a expedientes sancionadores instruidos a otras tantas emisoras de televisión local por ondas terrestres (Cataluña -conflicto n.º 1121/99-).
Resultado: Pendiente ante el Tribunal Constitucional.
- Acuerdo del Consejo de Ministros de 31 de julio de 1999, por el que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para la adjudicación por concurso público, mediante procedimiento abierto, de diez concesiones para la explotación del servicio público, en gestión indirecta, de radiodifusión sonora digital terrenal, publicado mediante Resolución de 31 de julio de 1999, de la Secretaría General de Comunicaciones (Cataluña -conflicto n.º 5113/99-).
Resultado: Pendiente ante el Tribunal Constitucional.
- Resolución de la Secretaría General de Comunicaciones del Ministerio de Fomento, de 22 de julio de 1999, por la que se autoriza la transmisión de acciones de la Entidad «UNIPREX, S.A.» a favor de la Entidad «Telefónica Media, S.A.» (Andalucía -conflicto n.º 655/00-).
Resultado: Pendiente ante el Tribunal Constitucional.
- Resolución del Subsecretario del Ministerio de Fomento de 5 de noviembre de 1999, y Actas de precintado de equipos de 5 de enero de 2000, sobre expediente sancionador a la emisora de televisión local por ondas terrestres «Ciudad Real Noticias, S.A.» (Castilla-La Mancha -conflicto n.º 1824/00-).
Resultado: Pendiente ante el Tribunal Constitucional.

ANEXO II

RELACIÓN CRONOLÓGICA DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia 10/1982, de 23 de marzo, en relación con la Ley del Parlamento de Cataluña 6/1981, de 19 de junio, reguladora del Consejo Asesor de RTVE en Cataluña.
- Sentencia 26/1982, de 24 de mayo, en relación con el Decreto de la Generalidad de Cataluña 82/1981, de 10 de abril, que prorroga el plazo establecido en el Decreto 175/1980, para la resolución de las solicitudes de concesión de emisoras en frecuencia modulada relativas a la primera fase del Plan Técnico Transitorio de Radiodifusión Sonora en ondas métricas de frecuencia modulada, y el Decreto 83/1981, de 13 de abril, que desarrolla la segunda fase de dicho Plan Técnico.
- Sentencia 44/1982, de 8 de julio, en relación con el Decreto del Gobierno Vasco 138/1981, de 14 de diciembre, por el que se regula la concesión de emisoras de radiodifusión sonora en ondas métricas con frecuencia modulada (institucionales y privadas).
- Sentencia 21/1988, de 18 de febrero, en relación con la Ley de las Cortes Valencianas 7/1984, de 4 de julio, de creación de la entidad pública Radiotelevisión Valenciana (RTVV) y regulación de los servicios de radiodifusión y televisión de la Generalidad Valenciana.
- Sentencia 248/1988, de 20 de diciembre, en relación con el Decreto del Gobierno Vasco 287/1983, de 28 de diciembre, sobre procedimiento de concesión de emisoras de radiodifusión en frecuencia modulada.
- Sentencia 258/1988, de 22 de diciembre, en relación con la Ley de la Asamblea de Madrid 5/1984, de 7 de marzo, reguladora del Consejo Asesor de Radiotelevisión Española en la Comunidad de Madrid.

- Sentencia 64/1989, de 6 de abril, en relación con la Ley 29/1984, de 2 de agosto, por la que se regula la concesión de ayudas a Empresas Periodísticas y Agencias Informativas.
- Sentencia 154/1989, de 5 de octubre, en relación con la Ley del Parlamento de Canarias 8/1984, de 11 de diciembre, de Radiodifusión y Televisión en la Comunidad Autónoma de Canarias.
- Sentencia 189/1989, de 16 de noviembre, en relación con el conflicto positivo de competencia planteado por la Junta de Galicia contra el Real Decreto 2089/1984, de 14 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 29/1984, de ayudas a Empresas Periodísticas y Agencias Informativas.
- Sentencia 190/1989, de 16 de noviembre, en relación con la Resolución de 15 de noviembre de 1984, de la Dirección General de Medios de Comunicación Social, por la que se establecen los plazos para solicitar las ayudas por difusión, consumo de papel prensa nacional y especial a nuevos diarios correspondientes al ejercicio de 1984, así como el procedimiento para cuantificar las mismas.
- Sentencia 191/1990, de 29 de noviembre, en relación con el conflicto positivo de competencia planteado por la Generalidad de Cataluña contra el Real Decreto 2089/1984, de 14 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 29/1984, de 2 de agosto, de ayudas a Empresas Periodísticas y Agencias Informativas.
- Sentencia 108/1993, de 25 de marzo, en relación con la Resolución del Director General de Telecomunicaciones, de 31 de octubre de 1986, por la que se dispone la incoación de un expediente sancionador en relación con el funcionamiento de una emisora de radiodifusión en frecuencia modulada sin la correspondiente concesión administrativa, en el ámbito territorial de Cataluña, y se ordena el precintado de los equipos de clausura de las instalaciones como medida provisional.
- Sentencia 146/1993, de 29 de abril, en relación con la Ley de las Cortes de Aragón 8/1987, de 15 de abril, de creación, organiza-

- ción y control parlamentario de la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión.
- Sentencia 147/1993, de 29 de abril, en relación con la Ley del Parlamento de La Rioja 5/1989, de 19 de octubre, del Consejo Asesor de Radiotelevisión Española en La Rioja.
- Sentencia 167/1993, de 27 de mayo, en relación con el Real Decreto 780/1986, de 11 de abril, por el que se da nueva redacción al Real Decreto 2704/1982, de 3 de septiembre, sobre tenencia y uso de equipos y aparatos radioeléctricos y condiciones para el establecimiento y régimen de estaciones radioeléctricas.
- Sentencia 168/1993, de 27 de mayo, en relación con la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones.
- Sentencia 244/1993, de 15 de julio, en relación con el Real Decreto 1201/1986, de 6 de junio, por el que se regula el procedimiento para la obtención de autorizaciones administrativas para la instalación y funcionamiento de las instalaciones radioeléctricas receptoras de programas de televisión transmitidos por satélite de telecomunicaciones del servicio fijo por satélite, y la Orden de 30 de diciembre de 1986, por la que se desarrolla el citado Real Decreto.
- Sentencia 278/1993, de 23 de septiembre, en relación con el Decreto de la Generalidad de Cataluña 270/1985, de 19 de septiembre, regulador en el ámbito de Cataluña de las actividades relativas a la televisión.
- Sentencia 127/1994, de 5 de mayo, en relación con la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada.

¹ Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada. El Parlamento de Aragón, 1988, pp. 207-210.

Gobierno se ajusta a la voluntad popular. Si el resultado de control parlamentario no es positivo se hace necesaria la exigencia de responsabilidad. A partir de esta conceptualización surge una cuestión con relación a la posición que ocupan el Gobierno y el Parlamento en el sistema constitucional¹.

2. La legitimación parlamentaria y del poder ejecutivo

El régimen constitucional surge como reacción frente al poder del Monarca y dota al Parlamento de una legitimación basada en la soberanía popular. La evolución constitucional supone un reforzamiento de los poderes parlamentarios, fundados en principios democráticos frente a la reducción de poderes del órgano gubernamental.

Es cierto que en la evolución de los regímenes constitucionales el Gobierno obtiene una legitimación, pero se trata de una legitimación derivada no de tipo monárquico y sí de tipo democrático, pero siempre con carácter de legitimación derivada. El Parlamento queda, pues, como el único órgano legislativo legitimado como representante de la Nación y, por tanto, investido de superioridad jerárquica frente al órgano gubernamental. Este predominio jurídico y político del Parlamento se va a traducir en una función de control sobre el Gobierno, lo que reafirma la superioridad jerárquica del primero.

Vamos a analizar las funciones y atribuciones constitucionales del poder ejecutivo en relación con su legitimación.

El art. 97 de la Constitución Española (CE)² encomienda al Gobierno una función ejecutiva y reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes, lo que confirmaría una función derivada de la acción del legislativo, que se complementaría a su vez con la función de creación y dirección política puesto que el Gobierno dirige la política interior y exterior.

Otros muchos preceptos constitucionales subrayan su función política; frente a ello, la CE proclama la Monarquía parlamentaria como forma política del Estado³ y establece una legitimación directa

¹ Sobre este punto ver Aja, E.: «La supremacía de las Cortes. ¿Quién ha de dirigir el Estado: el Gobierno o las Cortes?», en *La izquierda y la Constitución*, Barcelona, 1976, páginas 89-104.

² Art. 97 CE. «El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes».

³ Art. 1.3 CE. «La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria».

e inmediata para el Parlamento. Esta legitimación se basa en la representación popular⁴ y en la forma de elección⁵.

Esta función de legitimación democrática del Parlamento tiene que coexistir con funciones específicas del Gobierno, que no son derivadas del propio poder parlamentario. Algunas de estas funciones propiamente gubernamentales son la potestad reglamentaria recogida en el art. 97 CE o el nombramiento de los ministros a propuesta del Presidente del art. 100 CE⁶.

En el caso de la potestad reglamentaria del Gobierno cabría preguntarse si es una potestad independiente de la ley, y en cuanto al nombramiento de los ministros, la cuestión sería qué papel juega el Parlamento en su remoción en relación a la responsabilidad individual de los ministros ante él.

Para responder a estas preguntas hay que tener muy claras las posiciones que ocupan el Ejecutivo y el Legislativo en la Constitución⁷.

La solución nos la da la forma política del Estado español¹⁰, es decir, la Monarquía parlamentaria, ya que va a suponer que el Gobierno responda solidariamente ante el Parlamento.

Pero, además de la forma parlamentaria, se encuentran en la Constitución Española otros preceptos que confieren al órgano gubernamental vías de legitimidad democrática distintas a la confianza parlamentaria.

El referéndum¹¹ permite al órgano gubernamental una relación directa con la voluntad popular, ya que a pesar del carácter consultivo de la figura y de la autorización previa del Congreso de los

⁴ Art. 66.1 CE. «Las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado».

⁵ Art. 68.1 CE. «El Congreso se compone de un mínimo de 300 y de un máximo de 400 Diputados, elegidos por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, en los términos que establezca la Ley».

⁶ Art. 69.2 CE. «En cada provincia se elegirán cuatro senadores por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto por los votantes de cada de ellas, en los términos que señale una Ley Orgánica».

⁷ Art. 100 CE. «Los demás miembros del Gobierno serán nombrados y separados por el Rey, a propuesta de su Presidente».

⁸ Ver la posición de Rubio-Llorente, E.: «Los poderes del Estado», en *España: Un presente para un futuro*, vol II, Madrid, 1984, pp. 49-75 y la obra de Molas, I. y Pitarch, I.: *Las Cortes Generales en el sistema parlamentario de Gobierno*, Madrid, 1987.

⁹ Art. 1.3 CE. «La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria».

¹⁰ Art. 92 CE. «1. Las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum de todos los ciudadanos. 2. El referéndum será convocado por el Rey, mediante propuesta del Presidente del Gobierno, previamente autorizada por el Congreso de los Diputados. 3. Una Ley Orgánica regulará las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución».

Diputados, no deja de someter directamente al electorado «decisiones políticas de especial trascendencia», lo que supone, que previamente se haya adoptado por el Gobierno una decisión política.

Además, el art. 6 de la CE reconoce a los partidos políticos un lugar en la formación y manifestación de la voluntad popular; al igual que los considera un instrumento fundamental para la participación política¹², lo que supone una referencia a las elecciones al Congreso, al regularse en el art. 68.3 CE la adopción de criterios de representación proporcional¹³.

El procedimiento de investidura también nos pone de manifiesto si el Gobierno se configura o no como una emanación de la voluntad parlamentaria. Conforme al art. 99 CE, hemos de decir que no existe una selección parlamentaria del Gobierno o del Presidente del Gobierno, es decir, los parlamentarios no pueden proponer un candidato a la presidencia. A éstos se les somete una propuesta.

En primer lugar, la investidura tiene lugar después de las elecciones y la constitución de la Cámara resultante¹⁴. Por este motivo el Rey celebra consultas con los representantes de los partidos en el Parlamento y no con representantes de grupos parlamentarios.

La selección, por tanto, del candidato a Presidente de Gobierno es resultado de los grupos políticos que se han presentado a las elecciones con programas y propuestas de Gobierno.

En segundo lugar, observamos dos elementos en el proceso de investidura, por un lado, la fase de propuesta, en la que el candidato aparece respaldado por la fuerza de su partido político y, por otro, la fase de votación por parte de los miembros del Congreso, que legitimarán la investidura con el voto parlamentario.

Sin embargo, la investidura del Presidente contenida en el art. 99.3 CE no precisa más que la mayoría simple, sin contar con el voto de

¹² Art. 6 CE. «Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la Ley. Su estructura interna y su funcionamiento deberán ser democráticos».

¹³ Art. 68.3. CE: «La elección se verificará en cada circunscripción atendiendo a criterios de representación proporcional».

¹⁴ Art. 99.1. «1. Después de cada renovación del Congreso de los Diputados y en los demás supuestos constitucionales en que así proceda, el Rey, previa consulta con los representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria, y a través del Presidente de Gobierno, propondrá un candidato a la Presidencia de Gobierno. 2. El candidato propuesto conforme a lo previsto en el apartado anterior expondrá ante el Congreso de los Diputados el programa político del Gobierno que pretenda formar y solicitará la confianza de la Cámara».

más de la mitad de la Cámara¹⁵, por lo que la legitimación parlamentaria no está basada en la confianza del Congreso hacia el Presidente de Gobierno, sino en la constatación de que no existe una mayoría contraria al candidato.

Existe, por tanto, una legitimación de origen parlamentario y una legitimación democrática del órgano gubernamental, aunque no hay que olvidar, que el órgano gubernamental ocupa una posición dependiente con respecto al Parlamento y es la posibilidad de exigencia de responsabilidad gubernamental, lo que supone un límite a la legitimación democrática del poder ejecutivo.

3. La exigencia de responsabilidad gubernamental

El art. 108 CE establece que «el Gobierno responde solidariamente en su gestión política ante el Congreso de los Diputados». La confianza parlamentaria de la mayoría no era necesaria para la formación y mantenimiento del Gobierno, pero la desconfianza sí puede suponer su extinción. Por tanto, nos encontramos con una posición de objetiva dependencia del legislativo por parte del órgano gubernamental. Pero también tenemos que tener en cuenta que la exigencia de responsabilidad política del art. 108 CE se ve limitada por otras disposiciones constitucionales, ya que la cuestión de confianza y la propuesta y aprobación de la moción de censura recogidas en los artículos 112 y 113 CE restringen las posibilidades de exigencia de la responsabilidad política¹⁶.

Para empezar, la cuestión de confianza es un mecanismo que no asegura una dependencia gubernamental respecto al Parlamento, por

¹⁵ Art. 99.3. CE. «Si el Congreso de los Diputados por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros otorgare su confianza a dicho candidato, el Rey lo nombrará Presidente. De no alcanzarse dicha mayoría, se someterá la misma propuesta a nueva votación cuarenta y ocho horas después de la anterior, y la confianza se entenderá otorgada si obtuviese la mayoría simple».

¹⁶ Art. 112 CE: «El Presidente del Gobierno, previa deliberación del Consejo de Ministros, puede plantear ante el Congreso de los Diputados la cuestión de confianza sobre su programa o sobre una declaración de política general. La confianza se entenderá otorgada, cuando vote a favor de la misma la mayoría simple de los Diputados».

Art. 113 CE. 1. «El Congreso de los Diputados puede exigir la responsabilidad política del Gobierno mediante la adopción por mayoría absoluta de la moción de censura. 2. La moción de censura deberá ser propuesta al menos por la décima parte de los Diputados, y habrá de incluir un candidato a la Presidencia de Gobierno. 3. La moción de censura no podrá ser votada hasta que transcurran cinco días desde su presentación. En los dos primeros días de dicho plazo podrán presentarse mociones alternativas. 4. Si la moción de censura no fuere aprobada por el Congreso sus signatarios no podrán presentar otra durante el mismo período de sesiones».

lo que sólo cabe considerar la moción de censura como la única posibilidad de remoción gubernamental por parte de la iniciativa parlamentaria, y es aquí donde se encuentra la posición subordinada del Ejecutivo y la supremacía del parlamentarismo. Sin embargo, a pesar de que la moción de censura cumple con su principal objetivo, que es la exigencia de la responsabilidad gubernamental, hay que decir que otro objetivo es la formación de un nuevo Gobierno, por lo que nos encontramos con un fenómeno similar al comentado al tratar de la investidura del Presidente de Gobierno, ya que la formación del Gobierno que sustituye al anterior es producto de la iniciativa y los acuerdos entre los partidos políticos. Como consecuencia de todo ello, la vía democrática-partidista y la parlamentaria chocan y la legitimación gubernamental basada en ellas deja de tener su soporte esencial en la legitimación parlamentaria.

En resumen, la exigencia de responsabilidad gubernamental mediante la cuestión de confianza y la moción de censura y el proceso de investidura sirven para la formación del Ejecutivo, por lo que obtiene fuentes de legitimidad propia, a la que añade una legitimidad parlamentaria.

4. La función informativa del control parlamentario

Volviendo a la definición de control que esbozábamos al principio de este trabajo, la pregunta que nos hacemos es cómo pueden las Cámaras comprobar que la actuación gubernamental es correcta según ciertos parámetros. La función de control es una función de información y es en la difusión informativa donde reside la efectiva capacidad controladora del Parlamento; difusión de información no sólo centrada exclusivamente en el Gobierno, sino también, sobre los asuntos públicos, es decir, sobre la Administración. Por tanto, el control parlamentario no está en la supuesta superioridad sobre el órgano gubernamental, sino en la difusión de sus averiguaciones.

El control parlamentario se entiende como una actividad previa y no se supedita sólo a la exigencia de la responsabilidad política¹⁷. Según nuestra definición de control, éste se manifiesta como una acti-

¹⁷ Ver los trabajos sobre control parlamentario de Montero Gibert, J. R. y García Morillo, J.: *El control parlamentario*, Madrid, 1984 y de García Morillo, J.: *El control parlamentario del Gobierno*, Madrid, 1984.

vidad que no es sancionadora, sino proyectada extraparlamentariamente. Se trata de un control parlamentario, cuya eficacia depende, sobre todo, de su repercusión social.

Esta eficacia se ve ampliada por las diferentes resoluciones de la Presidencia del Congreso y de Acuerdos de las Juntas de Portavoces, que van introduciendo novaciones en los Reglamentos parlamentarios.

La preservación del papel de las Cortes no depende de su actividad legislativa tanto como de la eficacia con que se desempeñe el control parlamentario. Si bien la intensidad y la eficacia del control parlamentario están en relación directa con el volumen cualitativo, más que cuantitativo. Se trata de eliminar preguntas e interpelaciones reiterativas, que suponen un exceso de control y una disminución del interés y, por tanto, de su proyección a través de los medios de comunicación. La eficacia del control parlamentario depende, pues, de una utilización de manera graduada y coherente de los medios de control disponibles.

5. El control como impulsor de la acción política y de Gobierno

Los procedimientos parlamentarios cumplen diversas funciones. La propuesta de resolución, la proposición no de ley y la moción se utilizan por la mayoría parlamentaria y gubernamental para desarrollar su programa electoral y se utilizan por las minorías y los grupos de oposición para introducir propuestas de actuación. Igual variedad de funciones tienen los procedimientos de control e información.

La moción de censura es un mecanismo utilizado por la oposición para impulsar el cambio en la acción política y de Gobierno, pero de no prosperar también influye para que se produzcan cambios en la actuación del Gobierno y en la aplicación de su programa.

Lo mismo ocurre con los procedimientos de información, las preguntas e interpelaciones pueden servir para expresar que no se está de acuerdo con una determinada actuación o para lo contrario. Las sesiones informativas, las comparecencias de los miembros de Gobierno, y las comisiones de investigación, pueden valer para poner de manifiesto determinadas irregularidades o para justificar las actuaciones. Queda claro que los procedimientos de información pueden cumplir su función de control, pero, además, impulsar la acción polí-

tica y de Gobierno. Es decir, procedimientos reservados tradicionalmente para el ejercicio de funciones de control e información pueden ser utilizados por la mayoría parlamentaria para dirigir e impulsar la acción gubernamental.

6. El control de la facultad normativa del Gobierno

El Gobierno puede dictar normas con fuerza de ley, es decir, tiene potestad de dictar decretos legislativos según establece el art. 82 CE¹⁸ y decretos-leyes según el art. 86 CE¹⁹.

La Constitución Española en el art. 66.2 establece que «las Cortes ejercen la potestad legislativa del Estado».

De esta función emanan las diversas leyes del Estado como son las leyes orgánicas, ordinarias, de delegación, etc., aunque la función legislativa no se agota en la potestad atribuida a las Cortes, puesto que, como hemos dicho, el Gobierno también tiene potestad para dictar decretos legislativos y decretos-leyes, emanando normas con fuerza de ley. Los Parlamentos de las CC.AA. y sus Gobiernos tienen también facultades legislativas.

La excepcionalidad de la facultad del Gobierno de dictar normas con fuerza de ley frente a la ley emanada del Parlamento provoca la necesidad de un estricto control parlamentario, que evite posibles extralimitaciones por parte del Gobierno y garantice la supremacía de las Cortes sobre la función legislativa²⁰.

¹⁸ Art. 82.1 CE. «Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior».

¹⁹ Art. 86.1 CE. «En el caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título primero, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al derecho electoral general».

²⁰ Así subrayó el carácter ordinario del poder legislativo la Sentencia 29/82, de 31 de mayo, afirmando que «la CE en su artículo 66 determina taxativamente que las Cortes Generales representan al pueblo español y ejercen la potestad legislativa del Estado. Esta declaración constitucional, pilar sobre el que se cimenta el régimen democrático y parlamentario hoy vigente en España, conlleva: a) El reconocimiento indiscutible de que las Cortes Generales son las depositarias de la potestad legislativa en su ejercicio ordinario...».

La Sentencia 51/82, de 10 de julio, afirmó también que «Las Cortes Generales, en cuanto representantes del pueblo español, titular de la soberanía, son las depositarias de la potestad legislativa en su ejercicio ordinario (arts. 66.2 y 1.2 de la CE), no obstante lo cual, la propia Constitución autoriza al Gobierno para que dicte normas con rango de ley, bien por delegación de las Cortes, (Decreto legislativo) o bien bajo la forma de Decretos-leyes».

Es, por tanto, lógico que la función legislativa recaiga de manera ordinaria en el poder legislativo, puesto que es un órgano que representa directamente al pueblo como titular de la soberanía.

Los decretos legislativos y los decretos-leyes son expresiones de carácter extraordinario de las potestades normativas gubernamentales con capacidad para producir normas con fuerza de ley por diversos límites materiales, pero respecto a lo que aquí nos interesa, tenemos que decir que los decretos legislativos y los decretos-leyes cuentan con parámetros de control de los que carece la ley. La ley tiene como límite las disposiciones de la propia Constitución, mientras que el decreto legislativo ha de respetar lo que disponga la ley delegante, ya que su incumplimiento determina la inconstitucionalidad del decreto legislativo.

El decreto-ley puede no ser convalidado por el Congreso de los Diputados, pero, además, no adecuarse a la situación de urgencia y necesidad que lo motiva, por lo que podría declararse inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

Vamos a hacer una breve referencia a las formas adicionales de control recogidas en el art. 82.6 de la CE²¹, que limitan también al poder ejecutivo en su función legislativa.

Las formas de control pueden ser previas o posteriores a la promulgación del decreto legislativo. Las formas de control posteriores tienen limitaciones implícitas, ya que se necesitaría una norma o acto con fuerza activa para modificar la vigencia de una norma con fuerza de ley perfecta y en vigor. Los procedimientos de control posteriores deberían limitarse, como ocurre en el Derecho inglés, a examinar que el decreto legislativo cumpla en su desarrollo con las bases de delegación a la refundición efectuada.

Sin embargo, en los procedimientos de control anteriores, cuya eficacia es más intensa, sí cabría la posibilidad de dictar normas con fuerza de ley, al igual que los órganos correspondientes de las CC.AA. en los términos previstos en sus Estatutos de Autonomía, lo que supone una importante participación en la función legislativa por parte de los órganos gubernamentales, pero con un ejercicio más limitado, que el efectuado por el legislativo, ya que esta actividad normativa por parte del Ejecutivo se encuentra sometida al control de las Cortes a través de los diversos mecanismos previstos en la Constitución.

²¹ Art. 82.6 CE. «Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control».

II. LA FUNCIÓN DE CONTROL EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

1. Configuración institucional

El art. 152 CE y más concretamente las instituciones que en este precepto se regulan son el punto de partida de la forma de Gobierno de las CC.AA.²² Estas Instituciones son una Asamblea Legislativa o Parlamento, elegido por sufragio universal, y un ejecutivo o Gobierno, cuyo Presidente es elegido por aquélla y que, además, responde políticamente ante ella.

En líneas generales, los principios de configuración parlamentaria se mantienen en los Estatutos de Autonomía, a pesar de que las leyes autonómicas de Gobierno y los reglamentos parlamentarios hayan introducido algunas precisiones. Sin embargo, la posición, funciones, y relaciones de las instituciones autonómicas, se mantienen en lo fundamental.

2. La responsabilidad del Gobierno en las CC.AA.

La forma de Gobierno autonómica es la parlamentaria y se debe a la exigencia constitucional de responsabilidad del Presidente y su Gobierno ante la Asamblea. Se constituye un parlamentarismo basado en una relación de confianza entre el Parlamento y el Gobierno²³. Al igual que vimos líneas atrás, con la función de control del Parlamento español, las CC.AA. también tienden a la estabilidad del Ejecutivo con los mismos medios fijados para exigir su responsabilidad, esto es, la moción de censura y la cuestión de confianza. La moción de censura constructiva²⁴ de las CC.AA. impide la remoción

²² Art. 152 CE. «En los Estatutos aprobados por el procedimiento a que se refiere el artículo anterior, la organización institucional autonómica se basará en una Asamblea legislativa elegida por sufragio universal con arreglo a un sistema de representación proporcional que asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio; un Consejo de Gobierno con funciones ejecutivas y administrativas, y un Presidente, elegido por la Asamblea de entre sus miembros, y nombrado por el Rey, al que corresponde la dirección del Consejo de Gobierno, la suprema representación de la respectiva Comunidad y la ordinaria del Estado en aquélla; El Presidente y los miembros del Consejo de Gobierno serán políticamente responsables ante la Asamblea».

²³ Ver los trabajos de Embid Irujo, A.: *Los Parlamentos Territoriales*, Madrid, 1987 y Aja, E. y otros.: *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1985, pp. 211-267.

²⁴ Fernández Sespado, F.: «La moción de censura constructiva: marco jurídico-constitucional y virtualidad política», *Revista de Derecho Público*, núm. 99, 1985, pp. 305-385.

de un Gobierno, si no hay otra alternativa gubernamental en la Cámara que obtenga la mayoría absoluta²⁵.

Por otro lado, hay que destacar el papel del Presidente del Gobierno de las CC.AA., como impulsor y director de las decisiones políticas principales.

El Presidente nombra y cesa a los demás miembros del Gobierno, es el único responsable de la presentación de una cuestión de confianza, recibe, además, la investidura como autor del programa de Gobierno y cuando gana una moción de censura, se asemeja su papel al que tiene en el proceso de investidura. Todo ello resalta el lugar preeminente que ocupa el jefe del Ejecutivo.

El Presidente impulsa y dirige la política general gracias a la confianza parlamentaria que tenga mientras no la pierda por los medios expresos reconocidos, aunque el Parlamento Autonómico desempeñe una función básica en la aprobación del programa de Gobierno y en su elección²⁶.

Esta posición de liderazgo del Presidente de la Comunidad Autónoma se debe al papel preeminente que ocupa sobre la mayoría parlamentaria²⁷.

Esta preeminencia del Presidente de la Comunidad Autónoma no sólo se encuentra en los Parlamentos Autonómicos, que tienen mayoría absoluta, sino que también se observa en Gobiernos de minoría, Gobiernos de minoría «tolerados» y Gobiernos de coalición.

El Gobierno no puede prescindir del Parlamento en la determinación y ejecución de su programa, aunque la figura de la responsabilidad gubernamental y la forma constructiva de la moción de censura proporcionen a los Gobiernos Autonómicos una considerable estabilidad.

De hecho, la votación de investidura significa un compromiso con la Cámara, que se renueva de una manera periódica a través de los debates generales y de debate anual sobre el Estado de la Comunidad Autónoma, donde esté contemplado y del apoyo de la mayoría parla-

²⁵ La Sentencia del Tribunal Constitucional 16/1984, de 6 de febrero califica el sistema Autonómico como una forma de «parlamentarismo racionalizado».

²⁶ La Sentencia del Tribunal Constitucional 16/1984 de 6 de febrero subraya «La preeminencia y carácter determinante de la Asamblea en el proceso de elección (del Presidente) que se deriva de los mandatos constitucionales y estatutarios».

²⁷ Solé Tura, J.: «Las Comunidades Autónomas como sistemas semipresidenciales», en *El Gobierno en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona, 1985, pp. 293-311. Sostiene la idea de un sistema parlamentario presidencialista ante el sistema de elección directa del Presidente y la actuación del Parlamento como órgano intermedio de legitimación jurídico-formal.

mentaria. Es la pérdida de mayorías en las elecciones y no las sanciones por incumplimiento o desfase en relación con el electorado, lo que suele provocar la remoción del Gobierno Autonómico. En la actualidad se aprecia un alto grado de alternancia de mayorías parlamentarias en las CC.AA., debido en gran parte a la exigencia de responsabilidad parlamentaria producto del sistema de partidos existentes en las CC.AA.

3. Parlamentarismo Autonómico

Llegados a este punto, tenemos que señalar, que las Asambleas Legislativas, tanto por su elección, como por las funciones que realizan o las prerrogativas que tienen, se consideran Parlamentos de igual naturaleza que los Parlamentos nacionales, aunque presentan características de tipo cuantitativo y cualitativo que los hacen diferentes.

Una de las diferencias más importantes radica en su composición, ya que muchos Parlamentos Autonómicos tienen en cuanto al número de miembros una dimensión equivalente a las Comisiones de muchos Parlamentos nacionales, por lo que las Asambleas Legislativas de las CC.AA. tienen un carácter ágil y poco formalista. A pesar de esto, tenemos que señalar que la copia de procedimientos utilizados en el Congreso de los Diputados por parte de los reglamentos parlamentarios de las Asambleas autonómicas no ha sido adecuado debido a sus pequeñas dimensiones.

Además de esta diferencia, existe una que les separa de las Cámaras nacionales, que podríamos calificar de cualitativa. Los Parlamentos Autonómicos representan a un electorado relativamente reducido y, por tanto, desarrollan competencias cercanas a los ciudadanos, introducen métodos participativos y conocen profundamente las necesidades de la ciudadanía; es decir, los Parlamentos de las CC.AA. se configuran como órganos representativos de la autonomía, lo que les dota de caracteres propiamente específicos. Conforman, por tanto, una forma descentralizada de Gobierno, lo que supone elegir cauces de actuación distintos a los de ámbito nacional, que sean más adecuados a su realidad social.

Estos caracteres propios, precisos y diferentes, han sido aprovechados para cumplir de una manera más eficaz la función de control parlamentario del Gobierno Autonómico que nos ocupa, aunque en líneas generales siguen predominando los procedimientos de las

Cortes Nacionales, como se observa fundamentalmente en la aprobación de las leyes y en otras funciones distintas a la legislativa²⁸.

4. El control parlamentario en el sistema autonómico

La estabilidad gubernamental y la función impulsora del Ejecutivo requieren la existencia de un control parlamentario.

A partir de aquí, tenemos que volver a referirnos a los conceptos de responsabilidad y control y a sus diferencias. La relación de confianza entre el Parlamento y el Gobierno finaliza por medio de la exigencia de responsabilidad, mientras que la verificación de la correcta actuación del Gobierno es la función básica y principal del control. No cuestiona la continuidad del Gobierno como hace la exigencia de responsabilidad.

La moción de censura constructiva es una de las formas de control e impulso parlamentarios más importantes en el ámbito de las CC.AA., pero deben de añadirse otras específicas del sistema autonómico.

Las CC.AA. poseen potestad legislativa y también potestades ejecutivas y administrativas. La autonómica está basada en la elaboración de políticas propias, lo que pone de manifiesto la importancia de la función ejecutiva²⁹.

El Gobierno Autonómico dirige las actividades ejecutivas y administrativas, que tienen un gran peso en las CC.AA., al configurar una dimensión administrativa amplia³⁰. El Gobierno y la Administración, por tanto, precisan de un control de primer orden por parte de los Parlamentos Autonómicos.

III. EL CONTROL PARLAMENTARIO AUTONÓMICO

1. Algunos medios de control parlamentario del Gobierno en las Comunidades Autónomas

La dinámica a nivel de los regímenes parlamentarios nacionales de multiplicar las técnicas de control, ha supuesto que el control parla-

²⁸ Tornos, J. y otros: *Informe sobre las Autonomías*, Barcelona, 1987, pp 57-76.

²⁹ Las Sentencias del Tribunal Constitucional 35/1982 de 14 de junio y la Sentencia 37/1987 de 26 de marzo consideran la función ejecutiva como uno de los pilares básicos de la autonomía de las CC.AA., lo que no resta importancia a la función legislativa.

³⁰ Muñoz Machado, S.: *El derecho público de las Comunidades Autónomas*, I. Madrid, 1982, pp. 167 y ss.

mentario no sólo afectase a la esfera de responsabilidad de los ministros, sino también a algunos sectores de la Administración, como son los medios de comunicación de titularidad pública. Esta misma dinámica se observa en las CC.AA. Los medios de control parlamentario pretenden compensar el protagonismo y la estabilidad del órgano gubernamental y su eficacia depende de diversos factores, como son la configuración jurídica de sus instrumentos, la existencia de mayorías, el sistema político, etc.

Vamos a analizar los diferentes medios de control e impulso parlamentario del Gobierno en las CC.AA.

Las preguntas, según el objetivo que persigan, pueden tramitarse de diferentes maneras, ya sea mediante respuesta escrita, ya sea mediante respuesta oral en Pleno o en Comisión.

Las preguntas son un medio imprescindible para incidir en múltiples sectores de la Administración, por lo que tienen bastante eficacia. Sin embargo, las preguntas orales tienen condicionantes. El debate entre el interrogante y el consejero tiene que ser breve y no puede demorarse mucho tras la formulación de la pregunta, ya que la pérdida de actualidad de ésta provoca una disminución de la carga crítica que contiene. En definitiva, la mayor o menor eficacia de las preguntas orales depende de la estructuración de la sesión parlamentaria que se les dedica. Deberían dedicarse sesiones del Pleno ya que las sesiones de las Comisiones tienen menor repercusión para la opinión pública.

Dentro de los medios de control parlamentario adoptados por muchos Reglamentos parlamentarios de las CC.AA. están las comparecencias de consejeros con el objetivo de informar y controlar un sector determinado del Gobierno y de la Administración.

Se trata de una sesión monográfica de preguntas referidas todas a un mismo sector, lo que permite una visión global del conjunto para su consideración final. De manera similar sucede con los planes y programas enviados por el órgano gubernamental a la Cámara para su discusión, lo que produce algunas veces la formación de una Ponencia específica para su estudio, facilitando una discusión más profunda antes del debate.

Tanto las comparecencias, como la discusión de planes y programas, son dos técnicas de colaboración de los grupos parlamentarios con el Gobierno, que constituyen una forma de impulso y orientación gubernamental. Estas técnicas de control parlamentario permiten a los grupos de la oposición facilitar alternativas de Gobierno. Otras téc-

nicas son las mociones, las proposiciones no de ley y las resoluciones. Las mociones se presentan tras una interpelación y las resoluciones tras un debate general, pero no sólo se presentan en trámites distintos, a veces requieren también diferentes sujetos como puede ser un grupo y un número mínimo de diputados, aunque responden a un mismo objetivo que se traduce en la manifestación de la voluntad parlamentaria para que el Gobierno realice una determinada actividad. Todos los medios hasta ahora citados tienen una función de impulso y orientación gubernamental, sin embargo, el problema surge en controlar de una manera efectiva su cumplimiento.

Además de estas características comunes, estas técnicas presentan un significado político específico.

El debate de los presupuestos anuales da lugar a hacer un juicio de valor sobre las actividades gubernamentales relativas al sector sobre el que se discute. Las propuestas alternativas a las diferentes partidas presupuestarias son una forma de impulso y orientación del Ejecutivo. Dada la posición minoritaria de algunos Gobiernos Autonómicos, el proyecto de presupuestos experimenta modificaciones muy superiores en los Parlamentos Autonómicos.

2. Elementos de control parlamentario en el sistema Autonómico

En nuestro sistema autonómico existen elementos que inciden de manera decisiva en la función de control parlamentario.

La responsabilidad individual de los consejeros es uno de estos elementos. Ya dijimos, que el control y la responsabilidad son conceptos diferentes, aunque sus funciones sean complementarias y la responsabilidad gubernamental influya sobre las formas de control.

Esto es claro si observamos que la mayoría de las CC.AA. tienen ausencia de responsabilidad individual de los consejeros.

La falta de mecanismos para exigir responsabilidad a los miembros de los ejecutivos autonómicos resulta poco aconsejable para los Estatutos y para la Constitución. Además, perturba el control parlamentario. No obstante, el art. 152 CE establece que *«el Presidente y los miembros del Consejo serán políticamente responsables ante la Asamblea»*. Los Estatutos de Autonomía contienen fórmulas parecidas en su forma e idénticas en su contenido al precepto constitucional.

El consejero presenta una doble condición como miembro del Gobierno y como responsable de un Departamento o Consejería. En el primer caso, la responsabilidad sólo puede exigirla el Presidente mediante moción de censura. Este mecanismo es común en todos los regímenes parlamentarios y mediante el mismo el Presidente acepta la renuncia de un ministro censurado o fuerza a la Cámara a presentar censura contra todo el Gobierno. Sin embargo, en España y sobre todo a nivel autonómico, se pensó que la forma constructiva de censura no permitía la responsabilidad individual, lo que dio lugar a la aparición de mociones de reprobación, que si bien no tienen capacidad jurídica para obligar, son dueñas de provocar repercusiones políticas. El hecho de que el consejero sólo responda ante el Presidente, que lo nombra y lo cesa, deteriora las formas de control parlamentario, ya que no se tienen en cuenta las críticas y propuestas de los parlamentarios.

Otro elemento a tener en cuenta en el funcionamiento del control parlamentario es su posición como eje del calendario de la Cámara.

Son los proyectos y las proposiciones de ley que han tenido entrada en la Cámara legislativa, los que establecen el calendario de sesiones en la mayoría de los Parlamentos Autonómicos. Las sesiones de control gubernamental funcionan como un elemento de relleno o al final de la tarea legislativa.

Lo que queremos decir es que si las sesiones de preguntas se colocan después de la finalización del debate legislativo, es muy probable que la mayoría de los parlamentarios se sientan cansados y poco estimulados, por lo que abandonen la sala. La falta de sesiones y la pérdida de actualidad por el transcurso de un tiempo excesivo entre la presentación y la discusión de la cuestión objeto de debate son dos grandes defectos que nuestros Parlamentos Autonómicos tienen en su función de control.

Sería conveniente contar con una mayor autoridad por parte del Presidente de Gobierno, con el fin de dotar de una mayor agilidad a los debates e impedir la repetición de las mismas interpelaciones por los distintos grupos parlamentarios.

Una mayor agilización y eficacia del control gubernamental se conseguiría con una Presidencia dotada de autoridad y situada en una posición equilibrada en las cuestiones de procedimiento para evitar un posible partidismo, aunque es preferible esto a las series repetitivas de cuestiones planteadas por los distintos grupos parlamentarios no unificadas en un solo debate.

El último de los elementos objeto de análisis es la mejora del control parlamentario a través del incremento de las relaciones entre el Parlamento y los ciudadanos.

Los ciudadanos y los parlamentarios se encuentran distanciados por causas diversas como puede ser el propio sistema electoral de listas cerradas y bloqueadas o la deficiente información parlamentaria. En cualquier caso son causas complejas y comprensibles. Esto supone que los parlamentarios desconozcan muchas veces los problemas que la Administración crea a los ciudadanos y, por tanto, el control parlamentario se ve dificultado para cumplir con sus objetivos.

Esta falta de interés de este tipo de control conlleva también el desinterés por parte de los ciudadanos. La solución a este problema complejo podría encontrarse en el establecimiento de ciertas mejoras parciales, como puede ser el establecimiento de oficinas parlamentarias, el desarrollo del derecho de petición de los ciudadanos, etc. Se trataría de acercar al ciudadano con sus representantes y de mejorar el sistema democrático mediante un reforzamiento de ciertas instituciones como es el control parlamentario del Gobierno.

IV. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AJA, E. «La supremacía de las Cortes. ¿Quién ha de dirigir el Estado: el Gobierno o las Cortes?», en *La izquierda y la Constitución*, Barcelona, 1976, pp. 89-104.
- AJA, E. y otros. *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1985, pp. 211-267.
- ALONSO DE ANTONIO, J. A. *El Estado Autonómico y el principio de solidaridad como colaboración legislativa* (volumen I y II), Madrid, 1986.
- ESCUIN PALOP, C. *La potestad reglamentaria de las Comunidades Autónomas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- EMBED IRUJO, A. *Los Parlamentos Territoriales*, Madrid, 1987.
- Fernández Ssegado, F. «La moción de censura constructiva: marco jurídico-constitucional y virtualidad política», *Revista de Derecho Público*, núm. 99, 1985, pp. 305-385.
- GARCÍA MORILLO, J. *El control parlamentario del Gobierno*, Madrid, 1984.
- MARTÍN MATEO, R. *Manual de Derecho Autonómico*, Madrid, 1986.
- MOLAS, I. y PIARCH, I. *Las Cortes Generales en el sistema parlamentario de Gobierno*, Madrid, 1987.
- MONTERO GIBERT, J. R. «Las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales: notas sobre el control parlamentario y la responsabilidad política en la Constitución Española», en VV.AA., *El Gobierno en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona, 1985, pp. 203-230.

- RUIPÉREZ ALAMILLO, J. *La protección constitucional de la autonomía*, Madrid, 1994.
- SOLE TURA, J. *Nacionalidades y nacionalismos en España*, Barcelona, 1985.
- «Las Comunidades Autónomas como sistemas semipresidenciales», en *El Gobierno en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona, 1985, pp. 293-311.
- RUBIO LLORENTE, F. «Los poderes del Estado», en *España: Un presente para un futuro*, vol. II, Madrid, 1984, pp. 49-75.
- TORNOS J. y otros. *Informe sobre las Autonomías*, Barcelona, 1987, pp. 57-76.
- TRUILLO, G. *El Estado de las Autonomías*, Tecnos, Madrid, 1991.

FALTA DE JURISDICCIÓN DE LOS ÓRGANOS DEL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL PARA EL CONOCIMIENTO DE LAS ACCIONES INTERDICTALES FORMULADAS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

POR

FERNANDO LUQUE REGUEIRO¹

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA ADMINISTRATIVA. III. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA MATERIA (1998-2001): TENDENCIA DE LOS JUECES CIVILES A DECLARAR LA FALTA DE JURISDICCIÓN. 1. Jurisprudencia del año 1998. 2. Jurisprudencia del año 1999. 3. Jurisprudencia del año 2000. 4. Jurisprudencia del año 2001. IV. FUNDAMENTACIÓN DEL DESAPODERAMIENTO DEL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL PARA EL CONOCIMIENTO DE LOS INTERDICTOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN. 1. La interpretación literal debe ser atemperada por la interpretación histórica y lógica. 2. El Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo otorga a los ciudadanos una tutela judicial del mismo nivel que el Orden Jurisdiccional Civil: aquella es tan «ordinaria» como ésta. 3. Existencia de un cauce procesal *ad hoc* para la tramitación de las pretensiones relativas a la vía de hecho. 4. Improrrogabilidad y exclusividad de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. 5. Derogación tácita del art.101 de la Ley 30/92, del art.125 de la LEP y demás artículos concordantes. V. TRATAMIENTO JURÍDICO-PROCESAL DE LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE JURISDICCIÓN. 1. Cauce procesal para denunciar la falta de jurisdicción ante el juez civil. 2. Contenido de la declinatoria, legitimación para proponerla y tribunal competente para conocer de ella. 3. Momento procesal para la proposición de la declinatoria. 4. Efectos de la proposición de la declinatoria. VI. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, al regular finalmente, de una forma más o menos perfecta, el recurso contencioso-administrativo contra las actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho, ha bombardeado de lleno uno de los resquicios competenciales de la Jurisdicción Civil.

En efecto, como se sabe, hasta la entrada en vigor de la LJCA de 13 de julio 1998, la Jurisprudencia había patentado una doctrina muy acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva, de modo que al amparo de determinados preceptos de derecho positivo (art.125 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, art.103 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, y posterior art.101 de la Ley 30/92 de

¹ Letrado de la Comunidad de Madrid.

26 de noviembre sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común) concedió al sujeto pasivo de la denominada vía de hecho, una pluralidad de acciones procesales, ya fueran de naturaleza sumarial o cautelar, ya fueran de naturaleza plenaria, ante dos Órdenes Jurisdiccionales distintos: Civil y Contencioso-Administrativo.

Por tanto, producida la llamada vía de hecho, se abrían las puertas de dos Órdenes Jurisdiccionales distintos, de un lado el Civil y de otro, el Contencioso-Administrativo. Esta configuración protectora dual de la *possessio* privada, sin embargo, no dejaba de chocar con ciertos principios de nuestro Ordenamiento Jurídico, como el principio de impropiedad de la Jurisdicción y exclusividad de ésta, la seguridad jurídica, la especialización de los Jueces, o el defendido principio de unidad de fuero. Ello no obstante, y a pesar de que ciertamente se era consciente de que no era una solución plenamente satisfactoria, debía mantenerse en el bien entendido de decaer la citada configuración dual, desde el momento en que la LJCA regulara expresamente y con todas las garantías, el tratamiento jurídico procesal de la figura de la vía de hecho administrativa.

Así llegamos al momento actual, en el que si bien el *statu quo* jurisprudencial ha cambiado, sin embargo, ello no cuenta con el apoyo de la Doctrina, por entender ésta que la Legislación actual no permite extraer las consecuencias que la Jurisprudencia está recientemente plasmando.

Ello sentado, queremos afrontar en el presente trabajo dicha problemática. Para conseguir cierta sistemática, creemos conveniente hacer un breve repaso de las opiniones más relevantes en la materia, dentro de la Doctrina Administrativista. Seguidamente, haremos un estudio de lo que denominamos en el presente trabajo «giro copernicano» producido en la Jurisprudencia (entiéndase Jurisprudencia menor, pues el Tribunal Supremo, por el momento no se ha pronunciado sobre la cuestión), centrándonos en las sentencias y Autos dictados desde el año 1998 al momento actual (2001), comprobando así que entre los jueces civiles hay una tendencia a declararse incompetentes para conocer de los interdictos contra la Administración. A continuación, aportaremos por nuestra parte, los argumentos que consideramos oportunos como fundamento del desapoderamiento de dicha competencia por los Jueces Civiles para conocer de los interdictos contra la Administración. Una vez expuesta nuestra argumentación en la línea propuesta, haremos un estudio del tratamiento jurí-

dico-procesal de la excepción de falta de Jurisdicción en la nueva LEC 1/2000, con el objeto exclusivo de determinar la forma en que se articula procesalmente dicha excepción, lo cual consideramos de interés, pues la Ley 1/2000 introduce ciertas modificaciones en esta materia, respecto de la anterior LEC de 1881.

Y finalmente sopesaremos, a modo de conclusión, la necesidad de las modificaciones legislativas necesarias para que, por fin, se resuelva esta situación, fuente de inseguridad jurídica, no sólo respecto de los particulares, sino también para la Administración, y por ende para el interés público a que ésta sirve.

Así pues, el presente trabajo intentará hacer algo de luz en la situación actual en la que nos encontramos los que ostentamos la representación y defensa de la Administración Pública, cuando se plantean (y se seguirán planteando) demandas interdictales contra actuaciones materiales de la Administración en el Orden Jurisdiccional Civil. Las tesis que sostendremos podrán servir de fundamento o apoyatura a la excepción de falta de Jurisdicción que podremos oponer en estos casos, reconduciendo así la materia al conocimiento de los jueces del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo.

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA ADMINISTRATIVISTA

Como ya anunciara de forma premonitoria FRANCISCO RUIZ RISUEÑO (1), la cuestión que estamos tratando tiene su punto de partida en la LJCA de 1998, que, como dice el citado autor, «con su silencio respecto de la derogación de la posibilidad de los interdictos contra la Administración en vía civil, ha provocado un auténtico debate doctrinal y jurisprudencial.»

En efecto, son dos las tesis que pueden defenderse: la admisión de ambas vías (civil y contenciosa), o considerar que la vía civil interdictal debe entenderse derogada tras la regulación del recurso contencioso administrativo contra las actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho, en la LJCA de 1998 (sin perjuicio de posturas intermedias).

De esta forma, PASCUAL SALA, XIOL RÍOS y FERNÁNDEZ MONTALVO (2) consideran que la nueva regulación de la LJCA, que prevé expresamente la impugnación contencioso-administrativa de la vía de hecho, no supone la supresión de la protección frente a ella en el orden jurisdiccional civil. Por el contrario, permanece como vía

alternativa la acción civil. Como principales argumentos, los citados autores, consideran de relevancia los siguientes:

1.º En la tramitación parlamentaria se sustituyó la expresión imperativa del proyecto «deberá» por «podrá».

2.º La LJCA no deroga expresamente los preceptos en que se amparaba la vía civil, y en particular, los interdictos (art. 101 de la Ley 30/92 y art. 125 LEP).

3.º No resulta incompatible con los preceptos anteriormente mencionados, por lo que tampoco se produce una derogación tácita (art. 2.2 del Código Civil).

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO (3) parte de una premisa lógica, y es que siguiendo a CAINZOS FERNÁNDEZ, afirma que la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa es la sede natural del enjuiciamiento de los actos administrativos y aún de la pura actuación material de la misma (así lo señala la Sentencia 160/1991 de 18 de julio del Tribunal Constitucional, la cual explica que «... en la expresión actos de la Administración Pública sujetos a Derecho Administrativo y otras similares con las que las leyes vigentes definen el objeto del recurso contencioso-administrativo, han de entenderse los actos administrativos expresos, tácitos y presuntos, y las actuaciones de la Administración que constituyen simples vías de hecho. Y es que frente a una actuación material de la Administración sólo caben dos posibilidades: bien considerar dicha actuación como un conjunto de *facta concludentia* de los que se debe inferir una resolución fundamentadora de la misma, esto es, una declaración de voluntad administrativa manifestada a través de la actuación material, o bien en otro caso concebir dicha actuación como una simple vía de hecho, es decir, como una pura actuación material no amparada siquiera aparentemente por una cobertura jurídica. Y en ambos casos es una actividad sujeta a la competencia de la jurisdicción contenciosa-administrativa...»).

De lo anterior, concluye el citado autor que, frente a la vía de hecho debe admitirse el recurso contencioso-administrativo. Esta admisión resulta confirmada, continúa el autor, por la nueva LJCA, si bien en su opinión, no se establece el procedimiento rápido deseable. Se reconoce, no obstante, la generosa regulación de las medidas cautelares que comprende la nueva LCJA (y en particular, su art. 136, en relación con la inactividad administrativa y la vía de hecho), y opina que dichas medidas cautelares podrían subsanar esa falta de procedimiento rápido mediante una tutela provisional contra la vía de hecho, que haga

innecesario acudir a la vía interdictal, y superar el mito de la mayor virtualidad de esa vía.

Ello no obstante, y a pesar de lo anterior, no plantea el autor la posibilidad de la derogación tácita de dicha vía interdictal contra la Administración, una vez que la nueva LJCA regula expresamente las posibilidades procesales apuntadas. Lo que sí sostiene, es que procede en todo caso la protección, vía recurso contencioso-administrativo, pero este aspecto no es el que nos cuestionamos en el presente trabajo.

Sin embargo, GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO (4), en obra distinta a la anterior, sí ahonda en la materia que estamos tratando, sosteniendo que debe negarse que la nueva regulación de la protección jurisdiccional de la vía de hecho otorgada por la LJCA de 1998, conduzca a que el sistema en ella articulado para reaccionar contra la vía de hecho se entienda como único, esto es, que el control de la vía de hecho se limite al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Por el contrario, afirma el citado autor, que debe seguir manteniéndose la posibilidad alternativa de acudir a los tribunales civiles. Los argumentos que apoyan las tesis defendida por GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO son tres:

1.º Porque en la tramitación parlamentaria de la Ley se sustituyó la expresión imperativa «deberá» por «podrá», aunque matiza el autor, y contempla la posibilidad de que dicha modificación se deba al ahora carácter potestativo del requerimiento previo, por lo que entendemos que este argumento no es lo suficientemente sólido.

2.º Porque la LJCA 1998 no deroga expresamente los preceptos en que se amparaba el recurso en la vía judicial civil, y en particular los interdictos (art. 101 de la Ley 30/92 y art. 125 de la LEP).

3.º Porque tampoco existe una derogación tácita (art. 2.2 del Código Civil), pues la compatibilidad del recurso contencioso-administrativo con la acción civil contra la vía de hecho estaba ya reconocida con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley.

LÓPEZ MENUDO (5), después de hacer un intachable planteamiento de la problemática que en la actualidad ha surgido sobre el tema que estamos tratando, se decanta por la postura que defiende la coexistencia en el plano legal de la acción interdictal civil y el nuevo recurso contencioso-administrativo contra la vía de hecho. Los argumentos que utiliza son análogos a los ya apuntados por los autores anteriormente estudiados:

1.º Ni la LOPJ en su nueva redacción, ni la LJCA contienen una derogación expresa del art. 101 de la Ley 30/92, ni de las leyes sectoriales que en buen número contemplan la posibilidad de accionar mediante interdictos, si bien en casos excepcionales.

2.º Tampoco cabe pensar en una derogación tácita, dado que en rigor, no se da la oposición necesaria entre normas que contemplan la posibilidad del interdicto civil y las que ahora consagran la sede contenciosa como fuero único de la actuación administrativa, pues, aunque, si bien es cierta la alta dosis de prejudicialidad jurídica administrativa que conlleva el juicio interdictal de este tipo, no lo es menos el hecho de que el objeto del proceso interdictal y las pretensiones que en el mismo se plantean no se refieren, en sentido técnico, al control de la actuación administrativa, sino a la protección frente a actuaciones que producen inquietación o despojo de la posesión, finalidad que en definitiva imprime carácter civil a la acción, aunque ésta se dirija contra la Administración y ésta haya operado en el campo del Derecho Público.

3.º Añade un tercer argumento el autor, afirmando que el propio art. 3 de la LJCA proclama que «no corresponden al orden jurisdiccional contencioso-administrativo: a las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración Pública».

GONZÁLEZ PÉREZ (6) nada se cuestiona respecto de esta problemática, limitándose a señalar, que al amparo del art.125 de la LEF deben admitirse los interdictos de retener o recobrar contra la Administración en los supuestos de vía de hecho. Es más, sorpresivamente afirma que «si no se ha puesto en duda la posibilidad de los interdictos de retener y recobrar la posesión, sí se ha planteado la admisión de interdicto de obra nueva», desarrollando a continuación las Sentencias de 23 de noviembre de 1987 del Tribunal de Conflictos, así como la Sentencia de 21 de diciembre de 1993. Este mismo autor, sin embargo, sí plantea la cuestión en sitio diferente (7), de tal forma que se adhiere a las tesis de LAVILLA RUBIRA, considerando que el art. 30 de la LJCA de 1998 no supone de modo alguno que el que haya una vía procesal administrativa para reaccionar frente a las vías de hecho haya modificado el régimen anterior, sino que lo que ha hecho es regular los supuestos en que el particular opte por la vía contenciosa. Según este autor, ésta es precisamente la intención del legislador, remitiéndose a las actas del Senado.

GONZÁLEZ NAVARRO (8) alude tangencialmente a la cuestión, señalando que «de lege ferenda la doctrina se ha planteado la conveniencia de mantener el conocimiento de los interdictos en manos de los jueces de lo civil o la de instrumentar una vía interdictal de protección encomendada a los jueces de lo contencioso-administrativo, y más concretamente a los nuevos tribunales unipersonales de este orden jurisdiccional... Al respecto debe recordarse que uno de los problemas más graves que plantea el conocimiento de los asuntos relativos a la vía de hecho administrativa es precisamente el que los jueces civiles no suelen tener —ni probablemente sería justo exigirles, por ser el Derecho Administrativo un ordenamiento que queda fuera de su especialización— un conocimiento mínimo suficiente del derecho administrativo, lo que explica su resistencia a estimar acciones de esta índole cuando les llegan».

GARCÍA DE ENTERRÍA (9) reconoce que la nueva acción contencioso-administrativa contra las vías de hecho tiene también naturaleza interdictal y permite no sólo obtener una declaración de que la actuación administrativa constitutiva de vía de hecho es contraria a Derecho, sino también una orden de cese de dicha actuación y cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la situación jurídica anterior, incluida la indemnización de daños y perjuicios, si los hubiere (art.32.2). Esta protección se refuerza, según señala el citado autor, con el art.136 de la LJCA, al precisar que en estos casos los Tribunales adoptarán las medidas cautelares que sean necesarias, si se solicitan por el recurrente. Ello no obstante, a juicio de GARCÍA DE ENTERRÍA dicha nueva acción contencioso-administrativa no sustituye a los interdictos de retener y recobrar, que, en su opinión, siguen siendo utilizables bajo el argumento de que la LJCA de 1998 no ha hecho ninguna alusión, y por tanto, no los ha excluido.

FRÍAS LÓPEZ (10) mantiene y apoya las tesis mayoritarias, esto es, la compatibilidad de ambas vías, contencioso-administrativo y civil, señalando como principales argumentos los siguientes:

1.º El procedimiento contra las actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho no se configura en la LJCA como un procedimiento especial, sino como un procedimiento general con especialidades. En consecuencia, dice la citada autora, «no existe razón para alterar la jurisprudencia consagrada en la materia».

2.º La LJCA no deroga expresa o tácitamente los preceptos en que se amparaba el recurso en la vía judicial civil, y en particular los interdictos (art.101 de la Ley 30/92 y el art. 125 de la LEF).

3.º La LEC 1/2000, posterior a la LJCA de 1998, no introduce especialidad alguna para las acciones interdictales dirigidas frente a las vías de hecho de la Administración. Entiende FRÍAS LÓPEZ, que si hubiese estado en la mente del legislador excluir de la vía civil los recursos contra las vías de hecho, sin duda, esto habría tenido lugar.

Ello no obstante, esta ilustre miembro del Cuerpo de Letrados de la Comunidad de Madrid reconoce que la praxis es bien distinta (y en esto estoy absolutamente de acuerdo, confirmándolo la simple lectura de los Autos y sentencias de los años 2000 y 2001 estudiados más adelante, en el presente trabajo); procediéndose a oponer la excepción de falta de Jurisdicción ante el órgano civil, con la consiguiente estimación por parte de éstos. Como paradigma de ello, se citan por dicha autora el Auto de 4 de diciembre de 2000 del Juzgado de Primera Instancia n.º 39 de Madrid, y la Sentencia de 29 de enero de 2001 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que también será objeto de estudio en el presente trabajo.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (11) sostiene, sin embargo, la misma conclusión que vamos a sostener en el presente trabajo, ya que considera que la Jurisdicción Civil debería declararse incompetente para conocer de los interdictos contra la Administración. Considera dicho autor que una vez que la LJCA de 1998 atribuye un control interdictal o cautelar contra la actuación administrativa constitutiva de vía de hecho en favor de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, deja de justificarse el conocimiento de la Jurisdicción Civil. El control civil, en su opinión, no quedaría tanto prohibido como latente o inoperante. El recurrente ya no tiene necesidad de protección jurídica especial capaz de justificar un control civil de las vías de hecho desde el momento en que la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa dispone de todos los medios necesarios para conocer adecuadamente de estos asuntos jurídico-públicos. Compartimos con dicho autor este planteamiento, así como la fundamentación histórica en que se sustenta. Ello no obstante, en el presente trabajo apostaremos además por otras líneas argumentales, y sobre todo, haciendo especial hincapié en el principio de improrrogabilidad y exclusividad de la Jurisdicción, como eje principal de nuestra fundamentación.

Dentro de la Doctrina Procesalista se puede decir que esta problemática no ha sido de momento cuestionada. Así, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFA SOLER Y VALLS GOMBAU (12), se limitan a afirmar que «como regla general, no cabe deducir pretensiones de

tutela sumaria para recobrar y retener frente a actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materias de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido. Así lo sostienen buen número de normas administrativas, y con carácter general el art. 101 de la Ley 30/92. En consecuencia, únicamente cabe la vía interdictal frente a actos de la Administración cuando ésta actúe por la vía de hecho...».

Como se puede apreciar, no se alude a la nueva regulación de la vía de hecho en la LJCA de 1998, y sus consecuencias respecto del ámbito competencial de la Jurisdicción Civil.

III. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA MATERIA (1998-2001): TENDENCIA DE LOS JUECES CIVILES A DECLARAR LA FALTA DE JURISDICCIÓN

Como ya se ha señalado *ut supra*, creemos de interés hacer un estudio del estado de la cuestión en la Jurisprudencia: antes de comenzar, sin embargo, haremos ciertas consideraciones que deben ser tenidas en cuenta:

1.º La Jurisprudencia a la que vamos a aludir se circunscribe a la doctrina de los Juzgados de Primera Instancia y Audiencias Provinciales, por lo que siendo rigoristas y en sentido estricto, no merece el calificativo de jurisprudencia ex art. 1.6 del Código Civil, de modo que su infracción no puede invocarse como motivo de recurso de casación.

2.º En la problemática que estamos tratando, la Jurisprudencia, según nuestra opinión, está demostrando mayor practicidad que la Doctrina, acogiendo la interpretación más adecuada al principio de seguridad jurídica.

3.º El Tribunal Supremo no se ha pronunciado todavía sobre la cuestión que estamos tratando, y dicho sea con todos los respetos, ello debe ser objeto de crítica. Recientemente se dejó pasar una gran oportunidad para pronunciarse al respecto. En efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta), con ponencia GONZÁLEZ NAVARRO (RJ 2000/9108), podía haber formulado algún pronunciamiento en uno u otro sentido, aunque fuera sólo en concepto de *obiter dicta* y no de *ratio decidendi*.

La citada Sentencia se dicta con ocasión del recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Valdepeñas contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, con fecha de 11 de octubre de 1994 dictada en el proceso n.º 204/1993. En ese proceso, se impugnaba por un particular la actuación material del citado Ayuntamiento mediante la que, sin advertencia previa de ningún tipo, y sin haber instruido expediente administrativo alguno, por simple de vía de hecho, ocupó una franja de terreno del recurrente. En dicha sentencia la Sala estima el recurso interpuesto contra el acto material de ocupación de terrenos. Dicha sentencia es recurrida en casación por el Ayuntamiento, alegando la falta de jurisdicción. Pues bien, el Tribunal Supremo dicta sentencia, y en su Fundamento de Derecho Tercero señala:

«Es sabido que la nueva LJCA incluye en su articulado una regulación —ciertamente dispersa y quizá no del todo satisfactoria, pero en cualquier caso más perfecta que la existente hasta el momento de su publicación— del control de la vía de hecho... Pero incluso bajo la normativa anterior, la posibilidad de combatir la vía de hecho administrativa, sin necesidad de acudir a la Jurisdicción Civil sino ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ha venido siendo admitida por la jurisprudencia».

En el mismo Fundamento de Derecho Tercero se continúa con un estudio de la jurisprudencia anterior sobre la cuestión, en el sentido de la admisibilidad de la vía interdictal civil, pero también de la vía contencioso-administrativa. Es decir, que la sentencia fundamenta la posibilidad de acudir a la vía contencioso-administrativa, apoyándose no tanto en la nueva regulación de la LJCA (que no es de aplicación al caso), sino en el criterio sostenido por la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1990, entre otras).

Para la resolución del recurso de casación es claro que no era necesario entrar en la problemática que estamos tratando en el presente trabajo, pues lo que se alega por la recurrente es precisamente la falta de Jurisdicción del Orden Contencioso-Administrativo, y porque la vía de hecho es patente. Sin embargo, podría haberse aprovechado esta oportunidad para pronunciarse sobre la cuestión, pues la polémica doctrinal y jurisprudencial se encontraba en esas fechas en estado de ebullición.

En definitiva, en nuestra opinión, esta Sentencia desaprovecha una oportunidad para marcar un criterio sobre la cuestión de la juris-

dicción, pues se limita a reconocer la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para conocer de esta materia, pero nada dice de la posibilidad de que en la actualidad ya no deban admitirse los interdictos contra la Administración, cuestión ésta, que como hemos desarrollado en el apartado anterior, sí está siendo tratada y discutida por la doctrina.

Una vez hechas estas consideraciones, pasaremos a la exposición de la jurisprudencia sobre la materia:

1. Jurisprudencia del año 1998

Éste es el año en el que finalmente se aprueba la LJCA, y como no podía ser de otro modo, la tónica es la que se mantiene en el Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia de 18 de noviembre de 1998 de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.ª), con ponencia de PICATOSTE BOBILLO:

«Nuestro Ordenamiento Jurídico parte de un general y primer rechazo de los procedimientos interdictales de retener y recobrar la posesión intentados contra la Administración. Así lo evidenciaban los arts. 38 de la Ley de Régimen Jurídico del Estado de 1957 que establecía la imposibilidad de entablar interdictos contra la Administración, siempre que ésta actúe en materia propia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido y el art. 103 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 que disponía la inadmisión de interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido. La prohibición hoy en día aún es más contundente, toda vez que la Ley 30/92 de 26 de noviembre, en su art. 101 dispone que ni siquiera se admitan a trámite demandas interdictales en estos casos. El art. 125 de la LEF viene a establecer una excepción por cuanto permite el recurso de los interdictos de retener y recobrar cuando la Administración ocupe o intente ocupar un bien objeto de expropiación sin que se hubieran cumplido los requisitos sustanciales de declaración o utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación, y previo pago o depósito. Es decir, cuando actúa en vías de hecho, construcción procedente del Derecho Administrativo francés, y que comprende tanto los casos en que la Administración actúa fuera del ámbito de competencia, ejerciendo un poder del que carece (manque droit) o dentro de él, es decir, en el ejercicio del poder que le viene atribuido, pero al margen del procedimiento previsto para su actuación (manque de procedure). El citado

art. 125 LEF señala un muy concreto ámbito en el que puede desenvolverse la pretensión interdictal, cuya admisibilidad tiene un carácter excepcional y restrictivo. Por ello, comprobada la existencia de un procedimiento expropiatorio, cualesquiera defectos procedimentales que no supongan tan drástica ruptura de aquellos límites, podrá motivar la reclamación del afectado en el orden de la jurisdicción contencioso-administrativo, pero no será posible impretar la protección en la vía interdictal. Tales límites, en relación con los defectos de procedimiento, sólo podrán cifrarse, a tenor de lo que dispone el art. 125 de la LEF, en la ausencia de declaración pública o interés social y de la necesidad de ocupación y, por último, en la ausencia de previo pago o depósito, según los casos.»

Por tanto, y como de forma muy gráfica establece la citada sentencia, la problemática que estamos dilucidando, todavía no se suscita en vía judicial.

2. Jurisprudencia del año 1999

Durante el año 1999, el panorama jurisprudencial es continuista—quizá por cierta inercia— y ello a pesar de la entrada en vigor de la nueva LJCA; de modo que se siguen admitiendo interdictos contra la Administración en los supuestos de vía de hecho.

Así, el Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia de 8 de febrero de 1999 de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 3.ª), con ponencia de RODRÍGUEZ CARDAMA:

«La procedencia de interdictos contra la Administración, si ésta, en su actuación, no se ajusta a las condiciones establecidas en el art. 101 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, de obrar dentro de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido, es clara.»

En la misma línea, el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia de 30 de junio de 1999 de la Audiencia Provincial de Ávila, con ponencia de GARCÍA GARCÍA:

«Pero si lo anterior fuera poco, resulta que el art. 101 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre prevé, como regla general, que no se admitirán interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido. Y dicho

precepto ni siquiera se ha visto afectado por la Ley 4/1999, modificadora de la anterior Ley.

Solamente se admiten a los particulares, excepcionalmente, cuando la Administración ha procedido por medio de vías de hecho, entendiéndose por tales, la actuación de la Administración, sin acto previo alguno que lo legitime, con una clara omisión de las reglas de la competencia o una falta absoluta del procedimiento preestablecido (STC 116/1986 y SAP de Granada de 29 de junio de 1989), y se autorizaba aplicando el art. 125 de la LEF.

La intervención de la Administración Pública (en este caso la Administración Local) en las posesiones de los particulares, sin competencia o sin cumplimiento de las normas de procedimiento aplicables, justifica y legitima el ejercicio de la acción interdictal por el particular agraviado o despojado: y en tal sentido hay que interpretar la regla general dispositiva de que la Administración Pública no iniciará ninguna actuación material que limite derechos de los particulares, sin que previamente haya sido adoptada la decisión que le sirve de fundamento jurídico, decisión que sólo podrá ser considerada como tal si se ha cumplido las normas mínimas de competencia y procedimiento.

— La competencia se la otorga al Ayuntamiento demandado el art. 111 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales aprobado por RD 1372/1986 de 13 de junio, que posibilita la resolución de la cesión y reversión de los bienes de propiedad de las entidades locales cuando no fueren destinados al uso pactado o dejaren de serlo posteriormente.

— La inobservancia del procedimiento legalmente establecido por parte de la Administración, se constituye como segunda causa que la hace incurrir en vía de hecho susceptible de ser atacada mediante acciones interdictales.

Existen dos formas a) través de las cuales puede ser infringido dicho principio: a) Una total y absoluta falta de decisión o acto previo: el art. 93 de la Ley 30/92 prevé que las Administraciones Públicas no iniciarán ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limitan derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la Resolución que le sirva de fundamento jurídico. b) Que la Administración incumpla el procedimiento legalmente establecido.»

Ello no obstante, y por primera vez en el ámbito de las Audiencias Provinciales, la Sentencia de 8 de mayo de 1999 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª), con ponencia de MOSCOSO TORRES plantea la posibilidad de cambio de criterio, tras la entrada en vigor de la LJCA de 1998, y su regulación expresa del recurso contencioso-administrativo contra las actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho.

Curiosamente, el caso enjuiciado se refiere a un interdicto de obra nueva, cuestión ésta, que como es sabido, el Tribunal de Conflictos dejó zanjada años antes (en el sentido de la inadmisión de este tipo de interdictos contra actuaciones materiales desarrolladas en ejecución de obra pública. Esta doctrina se asienta en dos sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 20 de diciembre de 1993, y otra de 21 de diciembre de 1993, así como también en la Sentencia más reciente de 30 de marzo de 1998) (13). Sin embargo, y a los efectos que estamos tratando, la importancia de esta Sentencia se reduce a marcar ya un cambio de tendencia, que posteriormente procederá a convalidarse. Por tanto, la regulación del recurso contencioso-administrativo contra las vías de hecho deja de pasar inadvertida por los jueces civiles, y empieza a plantearse la discusión jurisprudencial (la doctrinal ya se había planteado). Así, el Fundamento de Derecho Segundo de la citada sentencia afirma:

«Se ha planteado a menudo la cuestión de si es jurídicamente admisible el planteamiento de interdictos de obra nueva contra las distintas Administraciones Públicas en razón de los perjuicios que puedan ocasionar la ejecución de obras públicas promovidas por las mismas; la cuestión no es pacífica pero el criterio mayoritario de las distintas Audiencias Provinciales (y también el de ésta) es el de que cabe dicho interdicto en los supuestos en que la Administración demandada incurra en "vías de hecho" al ejecutar tales obras; la cuestión, sin embargo, habrá que replantearla como consecuencia de la entrada en vigor de la LJCA de 1998, en la que se contempla ya (artículos 25.2 y 30) la vía de hecho de la Administración como una actividad administrativa impugnabile y objeto del recurso contencioso-administrativo, si bien en este caso el proceso interdictal se promovió mucho antes de la entrada en vigor de dicha Ley, por lo que hay que estar al criterio señalado de la admisibilidad del interdicto en el caso de vía de hecho.»

3. Jurisprudencia del año 2000

Durante el año 2000 se produce lo que en este trabajo nos hemos tomado la licencia de denominar «giro copernicano» de la jurisprudencia en esta materia, en tanto en cuanto se manifiesta la tendencia por parte de los jueces civiles a declararse faltos de Jurisdicción para conocer de los interdictos contra la Administración.

Así, en primer lugar, podemos citar la Sentencia de 19 de septiembre de 2000 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4.^ª), con

ponencia de GARCÍA MARTÍNEZ, en la que se plantea la duda sobre la admisibilidad de los interdictos contra la Administración en vía civil, aunque limitándose a dicho planteamiento. Es decir, no se pronuncia, quizá por razones estrictamente prácticas, pues al resultar patente, de la prueba aportada por el Ayuntamiento de Ermua, la inexistencia de la vía de hecho, se desestima el recurso de apelación interpuesto. Este planteamiento se manifiesta en el Fundamento de Derecho Segundo, en los siguientes términos:

«Después de la Ley Orgánica 6/1998 de 13 de julio, que modifica, entre otros, el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, resulta harto discutible la competencia de la jurisdicción civil en materia de interdictos contra la Administración, al atribuir aquel, que debe ponerse en concordancia con los arts. 13.b), 25.2, 30, 32 y 136 de la Ley 29/98 de 13 de julio LJCA, al conocimiento de los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo los recursos contra las actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho. En cualquier caso, y aun de admitirse la competencia de la jurisdicción civil, claro resulta, habida cuenta del tenor con que se expresa el art. 101 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, que los interdictos contra la Administración tan sólo resultan admisibles cuando por aquella se incurra en vía de hecho, esto es, cuando la actuación o el acto administrativo emana de órgano incompetente o se adopta al margen del procedimiento legalmente establecido, lo que significa que, en estos casos, la vía de hecho constituye un presupuesto que, como los demás normalmente constitutivos de la acción interdictal, necesariamente debe concurrir para su éxito o prosperabilidad.»

La Sentencia de 27 de julio de 2000 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4.^ª), con el mismo ponente que la sentencia anteriormente referida, es, sin embargo más contundente que ésta, quizá, porque el Letrado del Ayuntamiento de Baracaldo alega la excepción de falta de Jurisdicción, alegación que no puede ser aceptada, pues ni la modificación de la LOPJ (art. 9.4), ni la nueva LJCA son de aplicación a los hechos objeto del presente proceso, por lo que *a sensu contrario* puede concluirse que si tales modificaciones legislativas resultaran vigentes, debería necesariamente estimarse la falta de Jurisdicción. Así, el Fundamento de Derecho Primero de la citada sentencia dice:

«En el acto del recurso, y con carácter previo, se refirió el Letrado de la parte recurrida a la excepción de falta de jurisdicción como susceptible de ser apreciada de oficio y de procedente

estimación en el caso, habida cuenta de lo prevenido en el art. 9.4 de la LOPJ y en la LJCA respecto de la atribución de competencia a los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo para conocer de los recursos contra las actuaciones materiales de la Administración constitutivas de vía de hechos.

La alegación no puede ser aceptada.

Ni el art. 9.4 de la LOPJ —en su actual redacción— ni los arts. 13 b) y 25.2 de la actual LJCA, por mor de lo establecido, respectivamente, en la Disposición Final Única de la LO 6/98, de 13 de julio, de reforma de la LOPJ, y en la Disposición Final Tercera de la Ley 29/98 de 13 de julio de la LJCA, reglan cuando acaecieron los hechos objeto de este proceso, ni siquiera cuando fue presentada la demanda que lo dio origen.

Es el Auto de 6 de abril de 2000 de la Audiencia Provincial de Lleida (Sección 2.ª), con ponencia de GIL MARTÍN, el que por primera vez, establece una extensa y adecuada fundamentación jurídica sobre la cuestión, en la línea que estamos manteniendo en el presente trabajo. Dicho Auto consta de dos Fundamentos de Derecho, que dicen literalmente:

«PRIMERO: La cuestión planteada en el recurso es si un interdicto contra una actuación por vía de hecho de un Ayuntamiento es competencia de la jurisdicción civil o la contencioso-administrativa, postura que mantiene el juzgado y que es impugnada por el demandante, alegando que al tratarse de una vía de hecho, ya que el Ayuntamiento ha invadido una propiedad privada, la reclamación tiene que resolverla la jurisdicción civil.

SEGUNDO: En el dictamen preceptivo emitido por el Ministerio Fiscal se ha hecho un minucioso y meritorio estudio de la cuestión planteada, sobre lo que se considera vías de hecho y su sometimiento de la jurisdicción ordinaria, ya que según él, la existencia de una vía de hecho implica la cesación automática de los privilegios que amparan a la Administración en un régimen administrativo, ya que desde ese momento desaparece el obstáculo que impedía la actuación de un órgano de la jurisdicción ordinaria para enjuiciar la actividad administrativa, ya que desde ese momento ya no es un sujeto privilegiado, investido de poderes exorbitantes, sino queda reducido a la condición de un sujeto de derecho común frente al que el particular podrá utilizar todos los medios de defensa que tendría frente a cualquier otro particular que realizara unos actos iguales a lo que ha realizado la Administración. Esta tesis no es admitida por el Juez a quo en el auto recurrido, ya que también tras otro minucioso estudio del asunto en relación con el contenido de la vigente LJCA de 1998, y la consiguiente modificación de la LOPJ, en cuya opinión esta-

mos más de acuerdo y no procede hacer muchos razonamientos distintos a los contenidos en la resolución, ha venido a esclarecer una situación que era corriente aun después de publicarse la Ley 30/92, y es el del deslinde de las jurisdicciones, ya que han sido varios los conflictos que se han dado sobre qué jurisdicción era competente cuando se litigaba sobre la actuación de la Administración en unión de los particulares y que el TS sentó la doctrina de la «vía atractiva» y el peregrinaje de jurisdicciones para atribuir la competencia a los órganos de la jurisdicción ordinaria, doctrina que ha ido modificando a partir de las últimas leyes, pero lo que no había duda era sobre la actuación de vías de hecho que se atributa a la jurisdicción ordinaria; estimamos que este panorama ha cambiado totalmente con la LJCA de 1998, pues hay preceptos que consideramos que no tiene otra interpretación que la que ha dado el juez de instancia, ya que, por un lado, la exposición de motivos, que refleja la intención del legislador al elaborar la ley, y así en uno de sus apartados dice "que lo que justifica la existencia de la propia Jurisdicción Contencioso-Administrativa es asegurar, en beneficio de los interesados y del interés general, el exacto sometimiento de la Administración al derecho en todas las actuaciones que realiza en su condición de poder público y en uso de las prerrogativas que como tal le corresponden. No toda la actuación administrativa se expresa a través de reglamentos, actos administrativos o contratos públicos, sino que la actividad prestacional, las actividades negociables de diverso tipo, las actuaciones materiales, las inactividades u omisiones de actuaciones debidas expresan también la voluntad de la Administración que ha de estar en todo caso sometida a la Ley".

En aplicación de estos principios, el art. 25.2 de la Ley dice que también es admisible contra la inactividad de la Administración y contra las actuaciones materiales que constituyan vías de hecho. Y el art. 30 vuelve a referirse a las vías de hecho al establecer que el interesado podrá formular requerimiento a la Administración intimando su cesación y si dicha intimación no hubiere sido formulada o no fueran atendidas dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente recurso contencioso-administrativo.

Por último, la LOPJ también se ha modificado al respecto y en consonancia con estos artículos en el n.º 4 del art. 9 se dice que los tribunales de orden contencioso-administrativo conocerán de los recursos... contra sus actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho.

Como se puede observar, los términos de la ley son claros, que no hay que acudir a otra interpretación que la literal y que además su formulación demuestra la voluntad del legislador de acabar con una situación un poco anómala, por no estar debidamente delimitada en qué casos actuaba una u otra jurisdic-

ción, y además al ser la jurisdicción contencioso-administrativa de las mismas características y garantía que el resto de las jurisdicciones, ya que es totalmente independiente, está servida por personal de las mismas condiciones, con la ventaja de que está especializada para la misma, y las garantías para el justiciable son las mismas que en otras jurisdicciones, contando con todos los medios de defensa frente a la Administración, como si lo ejercitara contra un particular, a diferencia de lo que dice el Ministerio Fiscal, y además termina de una vez lo que se ha llamado por el Tribunal Supremo el peregrinaje de jurisdicciones que tanto ha perjudicado a los justiciables y a la Administración de Justicia por las continuas dilaciones a consecuencia de indefinición y distintas interpretaciones que ha existido al respecto.»

La Sentencia de 11 de mayo de 2000 de la Audiencia Provincial de Zamora, con ponencia de GÓMEZ HERRERO, ahonda asimismo en la cuestión, concluyendo que la competencia para conocer esta materia corresponde actualmente al Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo. El Fundamento de Derecho Tercero se expresa en los siguientes términos:

«Planteada así la cuestión, a los únicos efectos de resolver sobre la excepción de falta de Jurisdicción alegada por el Ayuntamiento interdictado, resulta preciso acudir a la LJCA de 1998, que sus arts. 30 y concordantes ya contempla de manera expresa la impugnabilidad a través del recurso contencioso-administrativo de la vía de hecho, que ha suscitado, no obstante, el problema de si ha venido a sustituir a la vía interdictal civil, o si se trata de dos alternativas que perviven de forma independiente.

La novedad introducida por la LJCA, como nos pone de manifiesto el legislador a través de la Exposición de Motivos, ha supuesto que en un plano dogmático, un sector doctrinal sostenga que la intervención del juez civil en las vías de hecho está plenamente justificada, por cuanto en tales casos la Administración actúa despojada de su estatuto privilegiado. Por el contrario, otro sector doctrinal afirma la conveniencia de residenciar en el orden contencioso-administrativo el control de toda actuación sujeta al Derecho Administrativo, poniendo de manifiesto los presupuestos históricos que justificaban la competencia del juez civil, al no existir la posibilidad de control judicial. Además, continúa señalando la Doctrina, en el ámbito de las vías de hecho, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no defiende la legalidad civil, sino la sumisión de la Administración al Derecho Administrativo, que es lo que, en realidad, ocupa la actividad de control del juez civil en todo interdicto.

El nuevo art. 9.4 de la LOPJ refunde lo establecido en los arts. 1.1 y 25.2 de la LJCA, consagrando así la unidad de fuero, en materia administrativa, a favor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

No puede desconocerse, por tanto, que la LJCA opta por atribuir el conocimiento de la vía de hecho a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, desde el momento en que se han reconocido distintas pretensiones procesales (especialmente pretensiones prestacionales en caso de inactividad y cautelares positivas, colmando la laguna de la LJCA de 1956), el problema de la vía de hecho ha quedado resuelto. La vía de hecho, en la nueva LJCA, ha supuesto que los órganos jurisdiccionales del Orden Contencioso-Administrativo dispongan de todos y cada uno de los medios de justicia propios de una jurisdicción (medios o facultades de anulación, de condena, de cesación inmediata de los perjuicios, etc.), y una vez que tal jurisdicción se ha dotado de tales medios, corrigiéndose las limitaciones tradicionales de los poderes de esa jurisdicción, ha resuelto el problema de las vías de hecho que se habían creado precisamente por las limitaciones aquejadas a dicho orden jurisdiccional.

Técnicamente, siendo las vías de hecho "actuaciones sujetas al Derecho Administrativo" podía justificarse su conocimiento de la jurisdicción civil mientras el criterio de acceso a la jurisdicción contenciosa fue el de "actos de la Administración Pública", pero, una vez que se afirma el criterio de las "actuaciones", y estando ésta sujeta al Derecho Administrativo, no se concede el conocimiento por la jurisdicción civil. Para comprender adecuadamente el espíritu del Legislador, ha de constatar que si bien históricamente pudo justificarse una extensión de la jurisdicción civil al conocimiento de asuntos de carácter público o administrativo (en tanto en cuanto la jurisdicción contenciosa no tutelaba adecuadamente los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos), lo cierto es que una vez que la LJCA 1998 atribuye el control interdictal o cautelar contra la actuación administrativa constitutiva de vía de hecho, a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, deja de justificarse el conocimiento de la jurisdicción civil.

Por ello, frente a la unidad de fuero que proclama el art. 9.4 de la LOPJ y los arts. 1.1 y 25.2 en relación con los art. 30 y siguientes de la LJCA, ha de ceder cualquier argumento que se sostenga sobre la no derogación del art. 101 de la Ley 30/92 y cualquier sentido que se intente buscar al art. 3.a) de la LJCA, pues el recurrente ya no tiene una necesidad de protección jurídico especial capaz de justificar un control civil de las vías de hecho desde el momento en que la jurisdicción contenciosa dispone de todos los medios necesarios para conocer adecuadamente de asuntos que, si bien pueden aparecer transidos de naturaleza civil en cuanto al objeto y pretensiones procesales que afecten a la pro-

piedad y posesión, el juicio de prejudicialidad administrativa que conlleva encuentra protección absoluta en el nuevo marco procesal creado por la LJCA.»

En análogo sentido parece decantarse la Sentencia de 30 de mayo de 2000 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14), con ponencia de CAMAZÓN LINACERO, en cuyos Fundamentos de Derecho Primero y Segundo expone con meridiana claridad las dos posturas, que sobre esta materia ya han sido apuntadas en la sentencia anteriormente referida. La conclusión a la que se llega en la citada sentencia parece ser la de la competencia exclusiva de la jurisdicción contenciosa-administrativa para conocer de esta materia, aunque hemos de criticar que se haga de forma tan confusa:

«... es decir, cuando estemos en presencia de una irregularidad sustancial al que parece aludir el art. 125 de la LEP, en cuanto se ha extendido su competencia a una modalidad formal de acto administrativo, puede lesionar gravemente los derechos e intereses legítimos de los administrados, todo ello, obviamente, sin que pueda entenderse cercenado el cauce de la jurisdicción civil para la protección, en vía sumaria (interdictos de retener y recobrar) u ordinaria, de los derechos de naturaleza patrimonial, y por ello, la anterior interpretación de las normas vigentes para declarar admisible el interdicto de obra nueva contra la Administración debe ceder por la otra que negaba tal posibilidad, como ya había negado la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 21 de diciembre de 1993.»

No podemos obviar, sin embargo, que la Sentencia de 17 de octubre de 2000 de la Audiencia Provincial de Badajoz, con ponencia de ACOSTA GONZÁLEZ, que conoce de un interdicto de obra nueva contra la Administración, se fundamenta la inadmisión del mismo, no tanto en las modificaciones legislativas operadas (como hacen otras Audiencias Provinciales), sino que continúa argumentado sobre la base de la doctrina asentada por el Tribunal de Conflictos, en relación con dicho interdicto.

4. Jurisprudencia del año 2001

Durante el año 2001 se ha producido la consolidación de la doctrina ya apuntada en el año 2000, por lo que el «giro copernicano» al que ya hemos hecho referencia, definitivamente se materializa.

La Sentencia de 29 de enero de 2001 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª), con ponencia de VELÁZQUEZ DE CASTRO PUERTA, expone en su Fundamento de Derecho Segundo el estado de la cuestión, aludiendo a las posturas posibles, para después decantarse en su Fundamento de Derecho Tercero, por la que mantiene la incompetencia de los jueces civiles para conocer de los interdictos contra la Administración:

«SEGUNDO: Ciertamente la cuestión aquí planteada no tiene una respuesta normativa clara e inequívoca, permitiendo que sean admisibles posturas contradictorias al respecto, no exentas de un cierto fundamento jurídico y normativo.

Así, la mayoría abrumadora de la doctrina administrativista, por no decir casi unánime, ha venido a sostener que la nueva regulación legal (pese a que siempre había reconocido que la admisibilidad de los interdictos frente a las vías de hecho constituía una anomalía provocada por la defectuosa configuración del proceso contencioso) considera que la nueva vía procesal ha venido no a sustituir sino a reforzar la tutela interdictal, basándose tanto que en el debate en el Congreso de los Diputados se puso de relieve por el portavoz del Grupo Parlamentario Catalán que el establecimiento del nuevo proceso contencioso era compatible con los procedimientos interdictales previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil como en que el legislador no ha dicho explícitamente lo contrario, ni ha derogado explícitamente los preceptos que en las leyes administrativas admiten, restrictivamente, el empleo de la vía interdictal.

TERCERO: Sentado lo anterior, esta Sección se inclina por la segunda postura no sólo por los argumentos antes expuestos sino porque nuestro ordenamiento procesal se fundamenta en el principio de improrrogabilidad de la jurisdicción, al establecer el art. 9 de la LOPJ en su párrafo primero que "los Jueces y tribunales ejercerán su jurisdicción en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra ley", y en su párrafo sexto que "la Jurisdicción es improrrogable. Los órganos judiciales...", de donde se infiere que el efecto básico y elemental de dicho principio es que, salvo excepción legal expresa, un mismo asunto no puede corresponder a la competencia exclusiva de dos órdenes jurisdiccionales distintos, sino sólo a la de uno de ellos; y siendo esto lo que acontece actualmente, al definir el art. 9.4 de la LOPJ ya transcrito, dentro del ámbito de la jurisdicción contenciosa "las actuaciones materiales que constituyan vía de hecho", puede concluirse que, habiendo diseñado la LJCA un cauce procesal para este fin, el mantenimiento de la vía interdictal supone desconocer el principio de improrrogabilidad antes citado, y sin que constituya un obstáculo para ello el hecho de que el art. 3.1 de la citada LJCA, admita que la jurisdicción civil ostenta competen-

cia para enjuiciar a la Administración, pues ello, sólo acontece, cuando se trate de cuestiones expresamente atribuidas a dicha jurisdicción, carácter expreso de la atribución que no se deriva ni de la LOPJ ni de la LEC en materia interdictal».

El Auto de 9 de febrero de 2001 de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección Quinta), con ponencia de MEDRANO SÁNCHEZ, en esta misma línea establece en su Fundamento de Derecho Cuarto:

«Más el panorama de la tutela de la posesión de los particulares frente a las denominadas vías de hecho ha sufrido una sustancial variación legal como consecuencia de la modificación del art. 9 de la LOPJ, por la LO 6/98 de 13 de julio... Por tanto la protección que los particulares encontraban en los procedimientos interdictales frente a aquellas actuaciones administrativas aquejadas de aquellos vicios de incompetencia o de procedimiento, en alguna medida anómala en cuanto suponía residenciar en una jurisdicción no especializada la apreciación de la ilegalidad administrativa en términos que se entendiera constitutiva de vía de hecho, debe encontrar ahora su natural cobijo ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la que se residencia en exclusiva (art.9.1 de la LOPJ) la apreciación de la actuación material constitutiva de vía de hecho.

Por tanto, el particular sigue siendo tributario de protección frente a la vía de hecho de la Administración. Pero ante jurisdicción distinta de la civil y por procedimiento diferente al sumario interdictal.»

De la interpretación *a sensu contrario* de la Sentencia de 17 de enero de 2001 de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 4.^a), con ponencia de TUERO ALLER, en su Fundamento de Derecho Tercero, se infiere igual planteamiento que el anteriormente señalado; así:

«... el presente interdicto fue planteado el 25 de agosto de 1998, es decir, antes de que entrara en vigor la reforma introducida en la LOPJ... por ello rige aquí la consolidada doctrina que venía estableciendo la competencia de la jurisdicción civil para los casos en los que la Administración actuase en vía de hecho... De haberse planteado el interdicto con posterioridad a la entrada en vigor de las modificaciones legislativas aludidas, es claro que se hubiera observado la doctrina contraria.»

El Auto de 8 de junio de 2001 del Juzgado de Primera Instancia n.º 61 de Madrid mantiene el criterio sostenido en el informe del Fiscal interviniente en el proceso, de modo que estima la excepción de

falta de Jurisdicción opuesta por los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, sobre la base de los mismos argumentos ya expuestos: *«la cuestión ha quedado zanjada por la modificación de la LOPJ en su art. 9.4... Por tanto, cualquiera que sea la naturaleza de la actuación administrativa, la protección interdictal tendrá cabida, por disposición legal, en el ámbito de los artículos 1 y 2 de la vigente LJCA, que debe ser reputada competente para conocer de la pretensión deducida en la demanda».*

IV. FUNDAMENTACIÓN DEL DESAPODERAMIENTO DEL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL PARA EL CONOCIMIENTO DE LOS INTERDICTOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN

1. La interpretación literal debe ser atemperada por la interpretación histórica y lógica

La Doctrina mayoritaria, como ya hemos expuesto, considera que, como no existe una derogación expresa de los preceptos legitimadores de la admisión excepcional de los interdictos contra la Administración, debe concluirse necesariamente que la derogación no se produce. Como puede observarse, esta argumentación transluce una interpretación meramente literal. Sin embargo, consideramos que dicha interpretación debe ser completada o moderada con otros criterios hermenéuticos, tal y como prevé el art. 3.1 del Código Civil («las normas se interpretarán según el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas»).

DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS (14) afirman que, de acuerdo con el art. 3.1 del Código Civil, el sentido propio de las palabras hay que ponerlo en relación no sólo con el contexto, sino también con los antecedentes históricos y legislativos de la norma. Según aquellos autores, «la invocación de los antecedentes históricos y legislativos tienen por objeto conocer la problemática a que la norma trata de dar solución y el espíritu que anima a ésta, o dicho en otros términos, los criterios directivos para la resolución de las cuestiones a que se debe su nacimiento». Los citados autores consideran, sin embargo, que la interpretación histórica no pretende una reconstrucción de la voluntad del legislador, de lo que él mismo quiso, sino que se consti-

tuye como un medio para el mejor entendimiento de lo que se ordenó. En definitiva, el art. 3.1 del Código Civil llama a la historia remota y próxima de la institución.

Así, creemos fundamental en este punto invocar en primer término una interpretación histórica, complementada con una interpretación lógica (esta interpretación lógica no está prevista en el art. 3.1 del Código Civil, pero ello no significa que esté excluida, pues la Exposición de Motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974, que da nueva redacción al Título Preliminar del Código Civil dice que «en ningún caso es recomendable una fórmula hermenéutica cerrada y rígida». Por interpretación lógica la Doctrina civilista entiende el empleo de las reglas del correcto razonar humano).

En efecto, para realizar esta interpretación histórica, debemos conocer cuál fue el origen de la admisión de los interdictos contra la Administración. Éste no es otro que el sistema de control de la Administración asumido en una primera época por nuestro Ordenamiento Jurídico, esto es, el sistema de control administrativo, heredero del modelo francés.

De este modo, como regla general, se encomendaba a órganos de la propia Administración el control de la actuación administrativa, y sólo excepcionalmente debía admitirse, como atenuante del excesivo privilegio otorgado a la Administración, la posibilidad de control por la Jurisdicción Ordinaria en aquellos supuestos de ilegalidad patente en que incurría la Administración (como en los casos de la vía de hecho).

Este sistema debe entenderse en dichas coordenadas, no siendo extrapolable, según nuestro criterio, a contextos distintos. Es la LJCA de 27 de diciembre de 1956, la que instaura definitivamente un sistema de control jurisdiccional. Así, su Exposición de Motivos (Expositivo II,5, apartado 3.º) proclama frente a las posiciones tradicionales de influencia francesa precedentes, el carácter judicialista de la Ley: «siguiendo la orientación que impuso la de 5 de abril de 1904, en cuanto confía la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa a verdaderos Tribunales encuadrados en la común organización judicial e integrados por magistrados profesionales, con los deberes o incompatibilidades propios de los mismos». Ello no obstante, se seguía manteniendo el control sumario de las vías de hecho por la Jurisdicción Ordinaria, pero ello tenía su ratio en el hecho de la inexistencia de un cauce procesal *ad hoc* en dicha Ley para este control.

Desde el momento en que dicho cauce procesal se crea por el Legislador (y esto se produce con la LJCA de 1998) tendremos que concluir, invocando aquí el criterio hermenéutico lógico, que el control sumario de las vías de hecho debe reconducirse a los órganos del Orden Contencioso-Administrativo, y ello por las siguientes razones:

1.º Porque la nueva LJCA crea una cauce procesal *ad hoc* para la tramitación de este tipo de pretensiones (que antes no existía), ya que su ausencia era lo que hacía necesario la tutela del Juez Civil para evitar la indefensión.

2.º Porque con la nueva LJCA se mantiene el carácter judicialista del control de la actuación administrativa, ya que en este aspecto es continuista con la LJCA de 1956 (así se desprende —el carácter continuista— de la Exposición de Motivos de la nueva LJCA: «se ha querido conservar, conscientemente, todo aquello que en la práctica ha funcionado bien, de conformidad con los imperativos legales»).

3.º Porque el Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo forma parte de la Jurisdicción Ordinaria, aunque eso sí, configurándose como Jurisdicción «especializada» versus «especial», y esto se predica desde la promulgación de la LOPJ de 1985.

4.º Porque no podemos olvidar el principio de improrrogabilidad y exclusividad de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, como principio básico de Derecho Procesal.

En conclusión, consideramos que la interpretación literal apuntada por la Doctrina mayoritaria debe ser matizada por los criterios y consideraciones que acabamos de exponer, siendo ésta la única forma de llegar a una solución concordante con nuestro Ordenamiento Jurídico, considerado éste como un conjunto normativo sistemático. Estos criterios y consideraciones son desarrollados a continuación.

2. El Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo otorga a los ciudadanos una tutela judicial del mismo nivel que el Orden Jurisdiccional Civil. Aquella es tan «ordinaria» como ésta

La afirmación que rubrica este epígrafe es una obviedad, pero creemos oportuno recordarlo en el presente trabajo, pues, no podemos olvidar que la problemática que estamos abordando tiene su origen —no nos engañemos— en una clara desconfianza en los órganos

que controlan la legalidad de la actuación administrativa (que si bien pudo tener sentido en épocas precedentes, no debe mantenerse en ningún caso en la actualidad). Si esta desconfianza desaparece totalmente, no existe razón de peso para mantener la competencia de los Jueces Civiles sobre dichos asuntos.

La LOPJ es clara y contundente en un punto, y es que la jurisdicción Civil no tiene preferencia respecto del resto de Órdenes Jurisdiccionales. En efecto, la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa es tan «ordinaria» como la Jurisdicción Civil. Esta afirmación ya fue recogida por numerosas sentencias del Tribunal Supremo (entre otras, podemos señalar las Sentencias de 2 de febrero de 1987, 1 de febrero de 1988 y 25 de octubre de 1989). Por tanto, a partir de la entrada en vigor de la LOPJ sólo se puede hablar de Jurisdicción Ordinaria y de Jurisdicciones especiales cuando este último término se proyecta sobre la Jurisdicción militar y canónica, más no sobre la contenciosa-administrativa, laboral o penal, toda vez que actualmente y a virtud del desarrollo que la citada LO ha realizado del art. 117.3 y 5 de la Constitución Española, en que se consagra el postulado de la unidad jurisdiccional, las antes Jurisdicciones especiales de lo contencioso-administrativo y de lo laboral se han convertido en Ordinarias especializadas.

Este nuevo planteamiento de los distintos órdenes jurisdiccionales debe indudablemente traducirse en una nueva forma de contemplar la denominada *vis atractiva* de la Jurisdicción Civil, de modo que el esquema ya no se manifiesta en la contraposición de Jurisdicción Ordinaria (la Civil) y Jurisdicciones Especiales (las restantes), sino que más sutilmente puede hablarse de Jurisdicción Ordinaria Común y Jurisdicciones Ordinarias Especializadas. Es precisamente por esta cualidad de Ordinaria Común predicable de la Jurisdicción Civil, por lo que el Tribunal Supremo (en sentencias de 20 y 25 de octubre de 1989, 29 de marzo de 1991 y 9 de mayo de 1995) reconoce que en caso de duda el asunto debe ser conocido por la jurisdicción civil, pero no en virtud de la *vis atractiva*, que ya no tiene, sino en virtud de su cualidad de Jurisdicción residual establecido en el art. 9.2 de la LOPJ (que trataremos con mayor detenimiento más adelante).

Por otro lado, debemos señalar que el principio *Iura novit curia* debe predicarse en abstracto, pero su concreción en la praxis depende del grado de preparación y conocimiento que se vincula al Juez como persona; de modo que no parece conveniente, y mucho menos, no puede exigirse al Juez Civil que conozca con absoluta solvencia de

materias en las que realmente no está especializado (como sucede con las vías de hecho). En definitiva, la separación de los distintos órdenes jurisdiccionales tiene su *ratio* en la especialización de los jueces en distintas materias, y ello, debe configurarse, sin duda, como instrumento indispensable para la concesión de la tutela judicial efectiva. Esta problemática (ya apuntada por GONZÁLEZ NAVARRO) (14) no debe ser considerada menor, pues como señala LÓPEZ MENUDO (15) en los interdictos contra la Administración existe una «alta dosis de prejudicialidad jurídico-administrativa». Nuestro criterio es más rotundo incluso que el del citado autor, pues consideramos que el juez civil (como lo demuestra la lectura de las sentencias y autos anteriormente estudiadas), cuando conoce de un interdicto contra la Administración se limita exclusivamente a valorar la actuación administrativa, de modo que si ésta es conforme al procedimiento legalmente establecido, y se realiza en el ámbito de la competencia del órgano administrativo, deberá desestimar la demanda, y si no se cumplen dichos requisitos, deberá, por el contrario, estimarla.

Con todo lo anterior, queremos poner de manifiesto que los órganos del Orden Contencioso-Administrativo están indudablemente más preparados para conocer y dilucidar sobre las pretensiones relativas a las vías de hecho, y por tanto, debieran ser ellos los que decidan no sólo de la tutela plenaria de las mismas, sino también sobre la tutela cautelar, una vez que la LJCA de 1998 por fin establece un cauce procesal *ad hoc* para ello.

3. Existencia de un cauce procesal *ad hoc* para la tramitación de las pretensiones relativas a las vías de hecho

Durante la vigencia de la LJCA de 1956 no existía un cauce procesal para la sustanciación de este tipo de pretensiones. Es cierto, como apunta GÓMEZ DÍAZ (17), que el control contencioso-administrativo plenario de las vías de hecho se producía, si bien no de forma directa, sino indirecta (la solución consistía en la conversión de la actuación material en un acto administrativo formal a través de una solicitud de cesación de actividad, solicitud contra cuya desestimación expresa o presunta podía deducirse el oportuno recurso contencioso-administrativo). Este sistema, sin embargo, no cubría un aspecto fundamental en esta materia, como era la tutela cautelar. Para conseguir ésta, los sujetos pasivos de la vía de hecho acudían a la vía interdictal civil.

El sistema afortunadamente ha cambiado con la LJCA de 1998, en el que no sólo se prevé expresamente el control directo de las vías de hecho (art. 25 y 30 de la LJCA), sino que también, y a los efectos que estamos tratando es lo relevante, se prevé asimismo una regulación de la tutela cautelar que hace innecesaria la vía interdictal civil (el art. 136 de la LJCA dice: «1. En los supuestos de los arts. 29 y 30, la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasiona una perturbación grave de los intereses generales o de un tercero, que el juez ponderará en forma circunstanciada. 2. En los supuestos del apartado anterior las medidas también podrán solicitarse antes de la interposición del recurso, tramitándose conforme a lo dispuesto en el artículo precedente. En tal caso, el interesado habrá de pedir su ratificación al interponer el recurso, lo que habrá de hacerse inexcusablemente en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la adopción de las medidas cautelares. En los tres días siguientes se convocará la comparecencia a la que hace referencia el artículo anterior. De no interponerse el recurso, quedarán automáticamente sin efecto las medidas acordadas, debiendo el solicitante indemnizar de los daños y perjuicios que la medida cautelar haya producido».

Así pues, ya no es necesario un plus de garantía, pues la garantía es total de conformidad con la actual regulación (dentro de la regulación procesal de la vía de hecho, no podemos obviar ciertos defectos técnicos criticados por la Doctrina, fundamentalmente en lo relativo al plazo para la interposición del recurso, si bien, no podemos profundizar en esta cuestión, por exceder de las pretensiones del presente trabajo).

4. Improrrogabilidad y exclusividad de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Una vez sentadas las dos premisas anteriores, esto es, el carácter ordinario que no privilegiado de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, así como la existencia de un cauce procesal *ad hoc* para la satisfacción tutelar y plenaria de las pretensiones relativas a la vía de hecho, sólo faltaría la plasmación desde un punto de vista de Derecho Positivo de la atribución competencial al Orden Contencioso-Administrativo de la materia de la vía de hecho. Pues bien, esto también ha sucedido con ocasión de la aprobación de la LJCA de 1998, ya

que no sólo se manifiesta a lo largo del texto de la misma Ley, sino paralelamente se modificó la LOPJ, y así el actual art. 9.4 dice: «Los del Orden Contencioso-Administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos Legislativos en los términos previstos en el art. 82.8 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción. También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra las actuaciones materiales que constituyan vía de hecho...».

Por tanto, no cabe dudar que la competencia para conocer de las pretensiones cautelares y plenas relativas a la vía de hecho corresponde en la actualidad al Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo. Esta idea también se plasma en la Exposición de Motivos de la LJCA de 1998: «mediante este recurso se pueden combatir aquellas actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos e intereses legítimos de cualquier clase. La acción tiene una naturaleza declarativa y de condena y a la vez, en cierto modo, interdictal, a cuyo efecto no puede dejar de relacionarse con la regulación de las medidas cautelares».

Teniendo esto presente, creemos que el principio de improrrogabilidad de la Jurisdicción y exclusividad de la misma impide en la actualidad la posibilidad de los interdictos contra la Administración en vía civil; a pesar de que la LJCA nada diga expresamente, y a pesar de que la nueva LEC 1/2000 de 7 de febrero nada prevea.

La Jurisdicción (o Jurisdicción por razón del objeto, como lo denomina cierto sector doctrinal) se constituye en el primer y fundamental presupuesto del proceso. Las normas reguladoras de la jurisdicción por razón de la materia tienen por objeto determinar si de un concreto asunto deben conocer los jueces Civiles, de lo Penal, de lo Contencioso-administrativo o los de lo social. Como apunta M. A. FERNÁNDEZ LÓPEZ (18) «se trata pues, de una primera aproximación al tipo de juez que conocerá, y es ineludible porque, desde el principio y dentro de la jurisdicción Ordinaria, el Estado especializa a los jueces y tribunales en diversos órdenes, a los que encomienda en exclusiva la facultad de conocer de determinadas materias (lo que significa que los jueces de cada Orden jurisdiccional son incompetentes para conocer de las materias atribuidas a otro orden diferente)».

El principio de Improrrogabilidad y exclusividad de la jurisdicción se plasma desde un punto de vista de Derecho Positivo en el art. 9

de la LOPJ. Así su párrafo primero dice que «los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que le venga atribuida por ésta u otra Ley»; y en esta misma línea, el párrafo sexto del mismo artículo afirma que «la Jurisdicción es improrrogable».

Así pues, los juzgados y tribunales del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo tienen jurisdicción exclusiva e improrrogable para conocer de los asuntos y materias atribuidos por la LOPJ y por la LJCA. De este modo, el art. 9.4 de la LOPJ (en su redacción otorgada por la LO de 13 de julio de 1998) atribuye a dicho Orden Jurisdiccional el conocimiento de las actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho.

No puede oponerse a esta línea de pensamiento el siempre recurrente argumento histórico de la *vis atractiva* de la jurisdicción civil, pues después de la promulgación de la LOPJ no cabe entender que ésta tenga preferencia sobre los demás órdenes jurisdiccionales, pues los cuatro a que se refiere el art. 6 de la LOPJ (Civil, Penal, Contencioso-Administrativo y Social) son plenos, independientes y tan «ordinarios» como la Jurisdicción civil (como ya hemos apuntado antes).

Sí se mantiene, no obstante, el carácter residual de la jurisdicción civil, al amparo del art. 9.2 de la LOPJ, que le atribuye además de las materias que le son propias, todas aquellas que no estén atribuidas a otro Orden Jurisdiccional.

Lógicamente, el juego de dicha cláusula residual requiere de una premisa, y es que la materia en cuestión no esté atribuida a ningún Orden Jurisdiccional, pero esto, y desde la promulgación de la LJCA de 1998 y la correlativa modificación del art. 9.4 de la LOPJ ya no se produce respecto de la protección judicial sumaria y plenaria de las actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho, pues se atribuye expresamente al Orden Jurisdiccional contencioso-administrativo.

Por tanto, debemos entender que no cabe fundamentar la competencia del Orden jurisdiccional Civil para conocer de los Interdictos contra la Administración, en dicha cláusula residual, puesto que ya no existe la premisa que permitía su aplicación (materia no atribuida a ningún orden jurisdiccional), y mucho menos podrá fundamentarse en la supuesta *vis atractiva* del Orden Civil, puesta que ésta ya no existe en rigor.

Desde este punto de vista, debemos hacer cierto apunte crítico respecto del hecho de que la Doctrina Administrativista (por lo menos de la investigada en la elaboración del presente trabajo) no haya puesto

su punto de atención en este principio de improrrogabilidad jurisdiccional, principio que como se sabe es fundamental en nuestro Derecho Procesal, y que, por lo menos, en nuestra opinión, es esencial, si lo que estamos estudiando son los instrumentos de protección judicial de una determinada situación, como son los derechos e intereses legítimos que puedan resultar afectados por la vía de hecho. La Jurisdicción, como ya hemos apuntado, es el primer presupuesto procesal que el Juez tiene que valorar para admitir cualquier demanda que se plantee, por imperativo del art. 9.6 de la LOPJ («los órganos judiciales apreciarán de oficio la falta de jurisdicción y resolverán sobre la misma con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal. En todo caso, esta resolución será fundada y se efectuará indicando siempre el orden jurisdiccional que se estime competente»). Análoga norma se preceptúa en el art. 38 de la LEC 1/2000 de 7 de enero, cuando se señala que «la abstención a que se refieren los dos artículos precedentes se acordará de oficio, con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, tan pronto sea advertida la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro Orden Jurisdiccional».

No podemos olvidar, además, que la inaplicación del art. 9 de la LOPJ, puede motivar, si no se hace un uso adecuado por parte de los Letrados, de las excepciones de litispendencia o de cosa juzgada (con la necesaria concurrencia de la estimación de dichas excepciones por parte de los órganos judiciales), de la posible existencia de resoluciones judiciales contradictorias, pues puede darse la antinomia de que órganos de Órdenes Jurisdiccionales distintos conozcan de un mismo asunto, con el consiguiente riesgo de contradicción de las resoluciones judiciales, lo cual atenta indudablemente contra el principio de seguridad jurídica amparado por nuestra Carta Magna (art. 9.3 de la Constitución Española).

5. Derogación tácita del art.101 de la L. 30/92, del art. 125 de la LEF y demás artículos concordantes

Como artículos concordantes, señala con acierto FRÍAS LÓPEZ (19), los siguientes:

— El art. 8.2 de la Ley de Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964, y art. 13, referido al deslinde en relación con los art. 8 al 15 y 44 del Reglamento de la Ley de Patrimonio, de 5 de noviembre de 1964.

— El art. 10 de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957 y en el art. 66 de su Reglamento de 22 de febrero de 1962.

— En el ámbito de la Administración local, el art. 70.3 del Reglamento de Bienes de las entidades Locales de 13 de junio de 1986.

— En el ámbito de las respectivas Comunidades Autónomas, y por lo que respecta a la Comunidad de Madrid: el art. 36.2 del Estatuto de Autonomía (LO 3/83 de 25 de febrero, según redacción otorgada por la LO 5/98 de 7 de julio): «no se admitirán interdictos contra las actuaciones de la Comunidad de Madrid, en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido». El art. 51 de la Ley de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid de 13 de diciembre de 1983, el art. 25 de la Ley Administración Institucional de la Comunidad de Madrid de 19 de enero de 1984 o 6.4 de la Ley de Patrimonio de la Comunidad de Madrid de 23 de julio de 1986 (actualmente se inserta análogo precepto en el art. 11.5 de la nueva Ley de Patrimonio de la Comunidad de Madrid - Ley 3/2001 de 21 de junio).

Los dos primeros preceptos mencionados (art. 101 de la Ley 30/92 y art. 125 de la LEF) son legitimadores de la posibilidad de formular interdictos contra la Administración, en los términos que se determinan en los mismos. Es cierto, tal y como señala la doctrina, que no se produce derogación expresa ni por la LJCA de 1998, ni por la Ley 4/99 de modificación de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, ni tampoco por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero. Cualquiera de estas tres Leyes podrían haber afrontado la derogación o modificación de dichos preceptos, y sin embargo, así no se ha hecho.

Visto que no hay derogación expresa, podría plantearse en este punto la posibilidad de la derogación tácita de los mismos. La derogación tácita fue una de las novedades introducidas en nuestro Derecho mediante la modificación del Título Preliminar del Código civil en 1974 (operada a través del Decreto 1836/1974 de 31 de mayo al amparo de la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973). Así, el art. 2.2 dice textualmente: «las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la Ley nueva sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado.»

Como señalan DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS (20) la derogación tácita, así como la derogación expresa, en los casos en

que no exista determinación concreta de cuáles son las disposiciones derogadas, plantea un problema delicado de interpretación.

Es conocida la tesis de FEDERICO DE CASTRO, en virtud de la cual para concluir la existencia de una verdadera *voluntas abrogandi* del legislador, se requería que entre las normas comparadas existiera una doble identidad subjetiva y objetiva, así como contradicción de los fines de una y otra. Teniendo esto presente, es indubitado que el conjunto de normas que debemos tomar como término de comparación tienen un mismo destinatario (el sujeto pasivo de la vía de hecho), e idéntico objeto (la protección posesoria frente a la vía de hecho). Por tanto, el punto esencial para dilucidar si hay derogación tácita será la existencia de contradicción o incompatibilidad entre unas y otras normas. Si lo hubiera, debiera aplicarse la máxima de *lex posterior derogat lex anterior*, produciéndose así el efecto derogatorio de la norma anterior.

Ello sentado, debemos tener en cuenta, de un lado los preceptos legitimadores de la admisión de los interdictos contra la Administración (anteriormente citados), y de otro lado, los artículos de la LJCA de 1998 relativos a la vía de hecho, el art. 9.4 de la LOPJ, así como los arts. 9.1 y 9.6 de la misma LOPJ (en cuanto proclaman la improrrogabilidad y exclusividad de la Jurisdicción). Consideramos que sí existe esta contradicción desde esta perspectiva.

Para confirmar esta tesis utilicemos un simple razonamiento lógico: si el art. 9.4 de la LOPJ atribuye al Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan contra las actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho, y los arts. 9.1 y 9.6 de la LOPJ establecen la improrrogabilidad y exclusividad de la jurisdicción, entendiéndose ésta en su significación negativa, esto es, que los jueces de cada Orden Jurisdiccional son incompetentes para conocer de las materias atribuidas a otro diferente, ello contradice lo dispuesto en los arts. 101 de la Ley 30/92 y 125 de la LEF, pues éstos aluden a la acción interdictal, acciones éstas de las que conocen exclusivamente los Jueces civiles. En puridad conceptual, no puede negarse la existencia de dicha contradicción. Es decir, si por un lado se atribuye a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la tutela de la vía de hecho, simultáneamente no puede atribuirse la misma cuestión a la Jurisdicción Civil. La interpretación lógica conduce necesariamente a la eficacia derogatoria tácita de todos los preceptos que indirectamente (por el carácter civil de la acción interdictal) atribuyen dicha competencia a los jueces civiles, no

sólo por la aplicación de la máxima de *lex posterior derogat lex anterior*, sino también incluso por el juego del principio, pues tanto la LJCA, como la LOPJ son leyes estrictamente procesales, y la Jurisdicción es una institución jurídica de dicha naturaleza, mientras que los preceptos afectados por la derogación tácita que proponemos, están incluidos en textos legales que no tienen dicha naturaleza estrictamente procesal.

Consideramos además, que no desvirtúa nuestro razonamiento el argumento relativo a que ni la Ley 4/99, de modificación de la Ley 30/92, ni la LEC 1/2000 contemplan esta derogación.

Así, si bien admitimos que lo ordinario hubiera sido que la L.4/99 hubiera derogado el art. 101 de la Ley 30/92, sin embargo, tampoco creemos que de ello deba extraerse ninguna conclusión, pues de todos es sabido que la coordinación legislativa no siempre es lo perfecta que todos desearíamos.

Respecto de la nueva LEC 1/2000, sabemos de un lado, que la denominación tradicional de interdicto es suprimida, pero se trata sólo de un supresión terminológica, ya que estas modalidades procesales se mantienen, sustanciándose ahora a través del Juicio Verbal, tal y como preceptúa el art. 250 de dicho texto legal. De otro lado, debemos recalcar que la LEC 1/2000 nada aclara sobre la problemática tratada en el presente trabajo, pues no regula específicamente las acciones interdictales contra la Administración. Por tanto, como dicha Ley no precisa en uno o en otro sentido, consideramos que tampoco cabe extraer ninguna conclusión a los efectos que estamos estudiando.

En definitiva, si queremos ser rigurosos con el principio de impropiedad y exclusividad de la Jurisdicción (y a ello debemos tender por la especialización del personal a su servicio, y en aras de la virtualidad del principio de economía procesal y seguridad jurídica), debemos concluir que efectivamente se produce la derogación tácita de los preceptos mencionados.

V. TRATAMIENTO JURÍDICO PROCESAL DE LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE JURISDICCIÓN

1. Cauce procesal para denunciar la falta de jurisdicción ante el Juez Civil

En el epígrafe anterior, hemos tratado de ofrecer los argumentos que a nuestro juicio determinan el desapoderamiento de los Jueces

Civiles para conocer de las acciones de contenido interdictal contra la Administración. Ello no obstante, es seguro que se seguirán planteando este tipo de acciones en vía civil, de modo que si el Juez Civil no aprecia de oficio su falta de Jurisdicción en la forma prevista en el art. 9.6 de la LOPJ, y en el actual art. 38 de la LEC 1/2000, los Letrados de las Administraciones Públicas podrán oponer dicha falta de Jurisdicción.

Es decir, cabe denunciar a instancia de parte la falta de Jurisdicción. El cauce procesal adecuado para dicha denuncia es la formulación de la declinatoria, en virtud del art. 39 de la LEC 1/2000. Dicho art. 39 se expresa en los términos siguientes: «el demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haberse sometido a arbitraje la controversia».

Debemos anotar en este punto, que la nueva LEC 1/2000 introduce ciertas modificaciones de relieve respecto de la anterior LEC de 1881. La razón de estos cambios se explican de forma clara en la Exposición de Motivos de la citada Ley (Expositivo VII): «Por lo que respecta a la Jurisdicción y competencia, la Ley regula la declinatoria como instrumento único para el control, a instancia de parte, de esos presupuestos procesales, determinando que dicho instrumento haya de emplearse antes de la contestación a la demanda».

De este modo, se pone fin, por un lado, a lagunas legales que afectaban a la denominada "competencia (o incompetencia) internacional", y, de otro, a una desordenada e inarmónica regulación, en la que declinatoria, inhibitoria y excepción se mezclaban y frecuentemente se confundían, con el indeseable resultado, en no pocos casos, de sentencias absolutorias de la instancia por falta de jurisdicción o de competencia, dictadas tras un proceso entero con alegaciones y pruebas contradictorias. Lo que esta Ley considera adecuado a la naturaleza de las cosas es que, sin perjuicio de la vigilancia de oficio sobre los presupuestos del proceso relativos al tribunal, la parte pasiva haya de ponerlos de manifiesto con carácter previo, de modo que, si faltaren, el proceso no siga adelante o, en otros casos, prosiga ante el tribunal competente.

La supresión de la inhibitoria, instituto procesal mantenido en obsequio de una facilidad impugnatoria del demandado, se justifica, no sólo en aras de una conveniente simplificación del tratamiento procesal de la competencia territorial, tratamiento éste que la dualidad declinatoria-inhibitoria complicaba innecesaria y perturbadora.

mente con frecuencia, sino en razón de la muy inferior dificultad que para el demandado entraña, en los albores del siglo veintiuno, comparecer ante el tribunal que esté conociendo del asunto. De cualquier forma, y a fin de evitar graves molestias al demandado, la Ley también permite que se plantee declinatoria ante el tribunal de domicilio de aquél, procediéndose a continuación a su inmediata remisión al tribunal que está conociendo del asunto.

En cuanto a la Jurisdicción, y en gran medida, también respecto de la competencia objetiva, esta Ley se subordina a los preceptos de la LOPJ, que, sin embargo, remiten a las leyes procesales para otros mecanismos de la predeterminación legal del tribunal, como es, la competencia funcional en ciertos extremos y, señaladamente, la competencia territorial. A estos extremos se provee con normas adecuadas».

2. Contenido de la declinatoria, legitimación para proponerla y Tribunal competente para conocer de ella

Estas interrogantes son resueltas en el art.63 de la LEC 1/2000:

«1. Mediante la declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional o a árbitros.

También se propondrá declinatoria para denunciar la falta de competencia de todo tipo. Si la declinatoria se fundare en la falta de competencia territorial, habrá de indicar el tribunal al que, por considerarse territorialmente competente, habrían de remitirse las actuaciones.

2. La declinatoria se propondrá ante el mismo tribunal que esté conociendo del pleito y al que se considere carente de jurisdicción o de competencia. No obstante, la declinatoria podrá presentarse también ante el tribunal del domicilio del demandado, que la hará llegar por el medio de comunicación más rápido posible al tribunal ante el que se hubiera presentado la demanda, sin perjuicio de remitirla por oficio al día siguiente de su presentación.»

Sólo podrá plantearse la declinatoria ante el juzgado de 1.ª Instancia que se estime está conociendo sin competencia de cualquier clase de asunto o tema en cuestión. La fundamentación básica del escrito

de declinatoria estribará en la falta de jurisdicción del Juzgado ante el que se presentó la pretensión. No obstante, con la finalidad de facilitar el acceso de cualquier demandado al debate de la jurisdicción, se permite la presentación del escrito proponiendo la declinatoria ante el Juzgado de 1.ª Instancia del domicilio del demandado o de cualquiera de ellos, siendo el órgano jurisdiccional referido el que tiene la obligación de comunicar dicha presentación en la forma más rápida posible (fax, telegrama, e.mail, etc.) para, a continuación, remitir el escrito original de declinatoria presentado por conducto oficial y al día siguiente de la misma presentación realizada. Si hubiera, como será normal, que turnar el escrito presentado a reparto, habrá que estar a lo establecido sobre medidas urgentes en asuntos no repartidos, previstas en el art. 70 de la LEC 1/2000.

3. Momento procesal para la proposición de la declinatoria

El art. 64.1 de la LEC 1/2000 establece que «la declinatoria se habrá de proponer dentro de los diez primeros días de plazo para contestar a la demanda, o en los cinco primeros días posteriores a la citación de la vista, y surtirá efecto de suspender, hasta que sea resuelta, el plazo para contestar, o el cómputo para el día de la vista, y el curso del procedimiento principal.»

Por tanto, la nueva LEC establece con precisión y claridad los momentos preclusivos de la posibilidad existente de plantear la declinatoria introduciendo el debate de la propia jurisdicción del Juez de 1.ª Instancia ante el que se tramita el asunto. La diferenciación del momento preclusivo de la declinatoria parte de la diferencia legal existente entre el juicio ordinario y el juicio verbal, debiendo estarse para el cómputo de los plazos de diez y cinco días respectivamente establecidos sobre el particular en el art. 135 de la LEC 1/2000.

Entendemos por nuestra parte que el rigor de los plazos preclusivos anteriormente mencionados puede atemperarse. En efecto, si transcurridos dichos plazos, el Letrado no ha formalizado la correspondiente declinatoria, siempre le quedará la posibilidad de trasladar la alegación de falta de jurisdicción (mediante Contestación en el juicio ordinario, o en el acto de la vista en el juicio verbal) para que el juez de oficio aprecie la falta de jurisdicción en su caso. Es decir, se trata de excitar o incentivar la apreciación de oficio de dicha falta de jurisdicción *in extremis*.

4. Efectos de la proposición de la declinatoria

El art. 64.1 establece como efectos de la proposición de la declinatoria el de «suspender, hasta que sea resuelta, el plazo para contestar, o el cómputo para el día de la vista, y el curso del procedimiento principal.»

El art. 64.2 de la LEC 1/2000 establece que «la suspensión del procedimiento principal producida por la alegación previa de declinatoria no obstará a que el tribunal ante el que penda el asunto pueda practicar, a instancia de parte legítima, cualesquiera actuaciones de aseguramiento de la prueba, así como las medidas cautelares de cuya dilación pudieran seguirse perjuicios irreparables para el actor, salvo que el demandado preste caución bastante para responder de los daños y perjuicios que derivaran de la tramitación de una declinatoria desprovista de fundamento.»

Por tanto, eliminada la inhibitoria y los problemas derivados de la posible no suspensión inmediata del proceso ante el otro órgano judicial que lo tramitaba desde un principio, se preceptúa la inmediata y automática suspensión del mismo desde el momento de la presentación de la declinatoria oportunamente propuesta. Dicha suspensión durará hasta la decisión firme de la cuestión de jurisdicción planteada, debiendo recordarse que contra el Auto que decida de la misma no cabe recurso alguno en atención a lo establecido en el art.67 de la LEC.

Por otro lado, tal y como sucedía en la anterior Ley, el efecto de la suspensión o interrupción temporal del proceso no impide la adopción de las medidas cautelares que exija la dilación derivada del planteamiento de la declinatoria, siempre que puedan derivarse perjuicios para el demandante, prescribiéndose la posibilidad de la contracautela a prestar por el demandado que formuló la declinatoria.

VI. CONCLUSIÓN

Para terminar el presente estudio sólo resta afirmar, que de conformidad con toda la argumentación señalada en el epígrafe IV, los jueces civiles (después de la entrada en vigor de la LJCA de 1998 y la correlativa modificación del art. 9.4 de la LOPJ) están faltos de jurisdicción para conocer de las acciones de contenido interdictal ejercitadas contra la Administración Pública, residenciándose la tutela cau-

telar (y plenaria) de las vías de hecho en los órganos del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo.

Ello no obstante, y con el objeto de evitar a los aplicadores del Derecho los esfuerzos interpretativos que se han vertido en el presente trabajo, parece conveniente exigir al Legislador una clarificación de la problemática tratada, en aras de la consecución de la seguridad jurídica, de manera que se proceda a afrontar las modificaciones legislativas pertinentes en este sentido: así proponemos la derogación expresa (la derogación tácita ya se ha producido en nuestra opinión) de todos los preceptos legitimadores de la admisión excepcional de los interdictos contra la Administración (art. 101 de la Ley 30/92 y artículos concordantes), y la modificación del art. 125 de la LEF.

BIBLIOGRAFÍA

1. RUIZ RISUEÑO, F. *El Proceso Contencioso-Administrativo (Ley 29/98 de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción contencioso-Administrativa)*, pág.110-111. Editorial Colex, 1998.
2. PASCUAL SALA, XIL RÍOS, FERNÁNDEZ MONTALVO. *Práctica Procesal Contencioso-Administrativo*. Tomo II, pág. 747. Editorial Bosch, 1999.
3. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F. *Legislación de Expropiación Forzosa*, págs. 453 y 454. Editorial Comares, 2001.
4. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F. *Comentarios a la Ley de Jurisdicción contencioso-Administrativa de 1998*. Obra Colectiva coordinada por Rivero Gonzalez, M., pág. 326, 327 y 328. Editorial Aranzadi, 1999.
5. LÓPEZ MENUDO, F. *Comentarios a la Ley de Jurisdicción contencioso-Administrativa de 1998*, en Revista Española de Derecho Administrativo n.º 100, págs. 322 y 323, 1998.
6. GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Comentarios a la Ley de Jurisdicción contencioso-Administrativa de 1998*. Tomo I. Tercera Edición, pág. 735. Editorial Civitas, 1998.
7. GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Comentarios sobre la impugnación de la inactividad de la Administración y la vía de hecho*, en Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid n.º 2, pág. 61, 1999.
8. GONZÁLEZ NAVARRO, GONZÁLEZ PÉREZ. *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Tomo II. Segunda Edición, pág. 2198. Editorial Civitas.
9. GARCÍA DE ENTERRÍA, T. R. FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo I*. Novena Edición, pág. 796. Editorial Civitas, 1999.
10. FRÍAS LÓPEZ, A. *Los Interdictos en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid n.º 9, págs.32 y 33, 2001.
11. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. *Algunos problemas de delimitación entre la Jurisdicción contencioso-Administrativa y la Jurisdicción Civil después de*

- la reciente Ley de Jurisdicción contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998, en la Revista Actualidad Civil n.º 9, 1999.
12. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIPA SOLER, VALLS GOMBAU. *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento Civil*. Tomo I. pág. 1094. Editorial Iurgum, 2001.
 13. FRIAS LÓPEZ, A. Comentario ya citado en (10).
 14. DIEZ-PICAZO, GULLÓN BALLESTEROS. *Sistema de derecho Civil*. Tomo I, págs. 181 y 184. Editorial Tecnos, 1986.
 15. GONZÁLEZ NAVARRO. Obra ya citada en (8).
 16. LÓPEZ MENUDO, F. Obra ya citada en (5).
 17. GÓMEZ DÍAZ, A. B. *Recurso contra la vía de hecho: una regulación peligrosa y problemática*, en la Revista De Administración Pública n.º 151, pág. 215, 2000.
 18. DE LA OLIVA, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS. *Derecho procesal Civil*. Tomo I, pág. 327. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1992.
 19. FRIAS LÓPEZ, A. Comentario ya citado en (10), pág. 23.
 20. DIEZ-PICAZO, GULLÓN BALLESTEROS. Obra ya citada en (14), pág. 116.

LA SUBSANACIÓN DEL ART. 45.3º DE LA LJ DE 1998

POR

JUAN B. LORENZO DE MEMBIELA¹

SUMARIO: I. LA SUBSANACIÓN DEL ART. 45.3º DE LA LJ DE 1998. 1. La omisión de consignar en el escrito de interposición la petición u objeto. 2. La omisión de alguno de los siguientes documentos exigidos en el art. 45.2º: 2. a) Falta de documentación que acredite la legitimación o la representación del recurrente. b) La no acreditación del cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación: inadmisibilidad por inexistencia del acuerdo o inadmisibilidad por defecto de capacidad. II. LÍMITES A LA SUBSANABILIDAD. 1. La subsanación de los defectos de la capacidad para ser parte y capacidad procesal por incidencia de la doctrina de los actos propios.

I. LA SUBSANACIÓN DEL ART. 45.3º DE LA LJ DE 1998

El art. 45.3º de la LJCA de 1998 sustituye al art. 57.3º de la LJCA de 1956. El precepto impone al órgano jurisdiccional el deber de examinar de oficio los requisitos del escrito de interposición junto a los documentos que lo acompañan. Bajo la LJCA de 1998 el legislador emplea la palabra *comparecencia* que deberá ser estimada como sinónimo de presentación no en el sentido de remisión ya que se exige que sea realizada personalmente por el recurrente o por su representación procesal². Aún esta salvedad aclaratoria, el ámbito de subsanación deberá extenderse a la comparecencia, a cualquier defecto que adolezca.

La fundamentación jurídica de la misma no refiere únicamente al art. 45.3º y art. 138.2º de la LJ de 1998, también muy directamente por el art. 11.3º de la LOPJ en relación con el art. 24 de la CE. La principal

¹ Letrado de la Administración de la Seguridad Social. Director Provincial del INSS y la TGSS de Albacete.

² Martín Conteras, *El procedimiento ordinario en la jurisdicción contencioso-administrativa (Estudio práctico, jurisprudencia y formularios)*, Comares, Granada, 1999, página 40.

diferencia entre el art. 45.3.^o y el art. 138.2.^o radica en que el primero acota la facultad del juez a subsanar aquellos defectos derivados de la comparecencia, el segundo, en cambio, no está sujeto a instante o momento procedimental alguno, acaso, antes de dictarse sentencia o en esta fase pero acordando la suspensión del plazo para dictar la misma.

Si bien la Ley únicamente refiere a la actuación *ex officio* por el juez, no desconocemos que la misma puede ser instada por la parte demandada, debiendo, en consecuencia, acordar el requerimiento del defecto. Véase la STS de 26 de octubre de 1996¹, FD primero:

«La Sala de primera instancia inadmitió el recurso contencioso-administrativo porque, aun opuesta por la Administración demandada la causa de inadmisibilidad prevista por el artículo 82, b) de la Ley Jurisdiccional, no se subsanó en el plazo de diez días a que alude el artículo 129.1 de la Ley de esta Jurisdicción, sin que el Tribunal por ello estuviese obligado a requerir a la parte demandante para que efectuase tal subsanación, puesto que el defecto no se apreció de oficio por el Tribunal (supuesto contemplado por el artículo 129.2 de dicha Ley) sino que se adujo en el escrito de contestación a la demanda.»

No podemos compartir tal interpretación porque lo cierto es que, aunque fuese alegada la causa de inadmisión por la representación procesal del Ayuntamiento demandado, el Tribunal consideró que tal defecto impedía entrar en el fondo de la cuestión planteada, por lo que, con suspensión del plazo para dictar sentencia, debería haber requerido, como establece el artículo 129.2 de la Ley Jurisdiccional, para su subsanación en lugar de haber dictado sentencia sin juzgar sobre el fondo, resolviendo así en contra de lo dispuesto por el referido artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial [...].»

Es significativo en orden a las formas procesales, que si bien el art. 45.3.^o omite cualquier referencia a la forma que debe tener la comunicación del juez para subsanar el defecto, el art. 138.2.^o estima de aplicación la forma de providencia. Y considero que esta forma procesal debe ser de aplicación en cuanto a la identidad entre ambos preceptos. Otra cosa, será la decisión judicial acordando la subsanación procesal que proceda que deberá revestir la forma de auto por exigencia del art. 245.1.^ob) de la LOPJ y art. 206.2.^o de la LEC de 2000.

¹ (RJ 1996,7605).

La incidencia que la subsanación puede producir en el procedimiento únicamente ocasiona la misma sin que ello cause una prorrogabilidad temporal de los actos enmendados. Esta doctrina judicial deriva del contenido del ATS de 9 de noviembre de 1994⁴, FD segundo, a propósito de lo previsto en el art. 52.2.^o de la LJ de 1998 (de idéntico contenido que el art. 57.3.^o de la LJ de 1956), posibilidad de presentar la demanda dentro del día en que se notifique el auto de caducidad:

«El artículo 243 de la LOPJ (RCL 1985/1578, 2635 y ApNDL 8375) establece, como principio, la posibilidad de subsanar los defectos de los actos de los litigantes, pero ha de realizarse «en los casos, condiciones y plazos previstos en las leyes procesales». Por otro lado, el artículo 57, párrafo 3, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (RCL 1956/1890 y NDL 18435), expresamente dispone, tratándose de defectos en el escrito de interposición, que el Tribunal «señalará un plazo de diez días para que el recurrente pueda subsanar el defecto, y si no lo hace ordenará el archivo de las actuaciones», y en términos semejantes se expresa el artículo 129 de la misma Ley, sin que el plazo para subsanación pueda entenderse prorrogable, por tanto, hasta la notificación del auto ordenando el archivo de las actuaciones.»

Sin embargo estos términos, algún autor⁵ defiende la aplicación ponderativa de esta limitación en atención a la naturaleza del caso, bajo la consecuencia que una rígida aplicación de la norma impediría una correcta subsanación del defecto y con ello, la inutilidad del trámite corrector previsto en la ley. Esto, sin embargo, no debe impedir una mínima advertencia sobre el hecho que la subsanación concedida a una parte cercena la expectativa jurídica de la otra de obtener una sentencia favorable por los defectos procesales cometidos por la contraparte. Ponderación de intereses en suma, sobre la circunstancia que una sentencia procesal posee idéntica fuerza jurídica que otra sobre el fondo discutido, ya que el fondo y la forma son exteriorizaciones de una misma idea de justicia⁶.

Por ello, no es extraño que concorra doctrina judicial que limita la

⁴ (RJ 1994,10633).

⁵ Fernández Daza en el comentario al art. 45 en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, cit., p. 432.

⁶ En signo contrario, SSTS de 7 diciembre 1989 (RJ 1989,9112) y 27 junio 1991 (RJ 1991,4979) y SSTC de 10/1990, de 29 enero (RTC 1990,10), y 176/1990, de 12 noviembre (RTC 1990,176), entre otras.

subsanabilidad a los términos estrictos de la norma no permitiéndose la rehabilitación establecida en el art. 121.1.º de la LJ de 1956, artículo 128.1.º de la LJ de 1998, una vez agotados los 10 días previstos. Véase la STS de 24 de marzo de 1997⁷, FD cuarto:

«El artículo 57.3 de la Ley de la Jurisdicción obliga al Tribunal, cuando con el escrito de interposición no se acompañan los documentos requeridos o se incurre en algún otro defecto subsanable, a conceder un plazo de diez días para que el recurrente pueda subsanar el defecto, disponiendo expresamente que "si no lo hace (la Sala) ordenará el archivo de las actuaciones". El precepto del artículo 57.3 constituye una norma específica aplicable a la subsanación de los defectos apreciables en la interposición del recurso contencioso-administrativo, que fija para la subsanación el plazo de diez días y, transcurrido dicho plazo, ordena de modo imperativo que se proceda al archivo de las actuaciones, sin permitir por tanto la rehabilitación del plazo que para otros casos autoriza el artículo 121.1, por la razón, ya expresada, de que el recurso contencioso-administrativo, en ese momento procesal, no se encuentra todavía admitido a tramitación [...]».

La subsanación podrá alcanzar los siguientes defectos, art. 45 de la LJCA de 1998⁸, en relación con la previsión que practica el art. 243 de la LOPJ:

1. La omisión de consignar en el escrito de interposición la petición u objeto

Se exige el objeto de la personación, el *petitum*, pero no la fundamentación o razonamiento jurídico de la misma, *causa petendi*. Sin embargo, la STS de 26 de mayo de 1999⁹, FD tercero, no considera

⁷ (RJ 1997/2347).

⁸ *Ibidem*, pp. 33 y ss.

⁹ (RJ 1999/3646). Igualmente la STS de 8 de noviembre de 1990 (RJ 1990/9167), FD segundo.

«Como con acierto se expone en la sentencia apelada basta con examinar el suplico de la demanda para advertir que existe una desviación procesal en cuanto que los actos y contrato que en la misma se impugnan no guardan ni la más mínima relación con los actos administrativos que se impugnaron al formalizar el recurso. Esta Sala tiene reiteradamente declarado que no puede desviarse el procedimiento impugnando en la demanda un acuerdo distinto de aquél contra el que originariamente se ejerció la acción contencioso-administrativa por ser necesario respetar los términos en los que la litis quedó planteada, de manera que entre el escrito de interposición y el de demanda haya una perfecta congruencia». Sentencias de 3 de octubre de 1967 (RJ 1967/3701), 22 de septiembre de 1981 (RJ 1981/3742) y 24 de noviembre de 1987 (RJ 1987/8238) [...].

susceptible de subsanación la omisión en el escrito de interposición de uno de los dos actos administrativos impugnados en el recurso interpuesto:

«Así las cosas, la pretensión del recurrente trasciende el estricto ámbito de subsanación a que se refiere el precepto denunciado, ya que no se trata -como se argumenta- de subsanar un simple «error material» sino de ampliar el objeto del proceso a un acto que no ha sido objeto de impugnación. Ni el principio pro actione ni los principios antiformalistas que deben presidir la actuación judicial pueden, pues, oponerse a la decisión recurrida. Procedente será por consecuencia declarar no haber lugar al presente recurso de casación, con las consecuencias inherentes a tal declaración en materia de costas -artículo 102.3 de la Ley Jurisdiccional [...]».

Criterio contrario, en cambio, el manifestado en la STS de 12 de febrero de 1992¹⁰, FD segundo:

«Así las cosas, el Tribunal Supremo al conocer del proceso en el que se impugnaba el Plan General declaró la inadmisibilidad del recurso por existir una "clara desviación procesal entre el escrito de interposición del recurso -que acota el objeto de éste- y la demanda, que impugna actos distintos", dado que eran "distintos los acuerdos que motivaron el escrito de interposición y los que se hacen objeto de la demanda" [S. 9-5-1989 (RJ 1989/3851)] [...].»

En estos términos, de recordar será ante todo que el principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico opera con una especial intensidad en el campo de los derechos fundamentales que reclaman un entendimiento de las normas que les afectan en el sentido más favorable a su efectividad, lo que más concretamente proporciona base para un criterio restrictivo en el ámbito de la inadmisibilidad y por tanto favorable al enjuiciamiento del fondo del asunto, intensificándose con ello las conclusiones a las que tempranamente había llegado este Tribunal con apoyo en la magistral Exposición de Motivos de la Ley Jurisdiccional (RCL 1956/1890 y NDL 18435) [SS. 18-9-1987 (RJ 1987/7727), 10-5-1988 (RJ 1988/4144), 27-6-1989 (RJ 1989/4457), 29 enero, 12 marzo y 2 octubre 1990 (RJ 1990/356, RJ 1990/1959 y RJ 1990/7833), 25 abril, 23 julio y 28 octubre 1991 (RJ 1991/3297, RJ 1991/6285 y RJ 1991/7833), etc.].»

Y aún ha de añadirse que las oportunidades de subsanación

¹⁰ (RJ 1992, 2820).

de los defectos formales previstas en la Ley Jurisdiccional se han visto fortalecidas por el art. 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985/1578, 2635 y ApNDL 8375), que concreta en este sentido los principios constitucionales.

Sobre esta base, dado que en este proceso constan las alegaciones y peticiones relativas al Plan Especial de Reforma Interior impugnado en el escrito de interposición, a las que ha podido perfectamente oponerse la Administración demandada y hoy apelante, procedente será desestimar la causa de inadmisibilidad alegada [...].

Por su objeto se incluyen las materias propias de la jurisdicción contenciosa enumeradas en los arts. 1 a 3 de la Ley de la Jurisdicción: acto, inactividad o actuación constitutiva de vía de hecho que se impugne.

2. La omisión de alguno de los siguientes documentos exigidos en el art. 45.2.º

- El documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo Juzgado o Tribunal, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión a los autos.
- El documento o documentos que acrediten la legitimación del actor cuando ostente por habérsela transmitido otro por herencia o por cualquier otro título.
- La copia o traslado de la disposición o del acto expreso que se recurran, o indicación del expediente en que haya recaído el acto o el periódico oficial en que la disposición se haya publicado. Si el objeto del recurso fuera la inactividad de la Administración o una vía de hecho, se mencionará el órgano o dependencia al que se atribuya una u otra, en su caso, el expediente en que tuviera origen, o cualesquiera otros datos que sirvan para identificar suficientemente el objeto del recurso.
- El documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado.

2.a) Falta de documentación que acredite la legitimación o la representación del recurrente

En relación con la falta de documentación que acredite la legitimación o la representación del recurrente, art. 45.2.ºa) y b) véase la STS de 27 de mayo de 1996¹¹, FD segundo, en donde se rechaza la inadmisibilidad por defecto de representación cuando el tribunal no advirtió los posibles defectos en el momento de la personación:

«El artículo 57.3 establece el principio de subsanación de los defectos procesales que pudieran producirse en relación con las exigencias antes indicadas, ordenando que el Tribunal señalará un plazo de diez días para que el recurrente pueda subsanar el defecto, y si no lo hace procederá al archivo de las actuaciones. Por tanto, la Sala de primera instancia, si consideró que no se hallaba acreditada la legitimación de don Luis M. A. para interponer recurso contencioso-administrativo contra los actos sancionadores impugnados, o bien que no justificaba la representación de doña Izaskun U. L., debió concederle plazo para subsanar tales defectos. No lo hizo así, sino que dictó Providencia el 18 de febrero de 1991 teniendo por parte a doña Izaskun U. L., quedando así subsanado el error sufrido en la interposición del presente recurso. En razón de ello la Sentencia de 23 diciembre 1991 no puede considerar el aludido defecto como causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, que debemos entender interpuesto en plazo por persona legitimada, al no haberse concedido trámite para la subsanación del defecto procesal (cuando se admitió el recurso promovido por don Luis M. A.) y haberse tenido después por parte a doña Izaskun U. L. y por subsanado el error sufrido en la interposición, siendo en consecuencia el recurso admisible, lo que conduce a estimar el recurso de apelación en cuanto a este punto, revocar la sentencia de primera instancia y entrar a conocer del fondo del recurso contencioso-administrativo planteado» [...].

Aunque no propiamente una subsanación *sensu stricto*, la STS de 11 de enero de 1996¹², válida como documento que acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas, art. 45.2.d), una simple fotocopia emitida con anterioridad a la presentación del escrito de interposición, el FD primero, establece:

¹¹ (RJ 1996, 4523).

¹² (RJ 1996, 1698), del mismo tenor, SSTS de 25 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7460) y 6 de julio de 1995 (RJ 1995, 5798).

«No obstante, la Junta de Galicia conoció que no había aportado el documento justificativo de la adopción de dicho Acuerdo, presentando, según consta en diligencia del Secretario de la Sala, con fecha 25 octubre 1990, el mismo día de la vista pública, después de la celebración de ésta, fotocopia de una certificación del Consejero de Presidencia y Administración Pública y Secretario del Consejo de la Junta de Galicia, demostrativa de que dicho Consejo había adoptado el Acuerdo de interponer recurso contencioso-administrativo contra, entre otras Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo de Lugo, la de fecha de 30 septiembre 1988, número 486/1987, interpuesta por "Construcciones Pérez Vila, SA", que es la referida en estos autos. La fecha del Acuerdo del Consejo de la Junta de Galicia es ilegible, pero la de la certificación, que lógicamente tiene que ser posterior, es la de 9 febrero 1989, anterior a la de interposición del recurso contencioso-administrativo (18 de febrero de 1989) [...]».

Además, el criterio del Tribunal Supremo queda sustentado por la circunstancia que una vez alegado el defecto del escrito de interposición por la representación letrada del Estado, debió el órgano jurisdiccional conceder plazo de 10 días para su posible subsanación (FD primero *in fine*).

En cualquier caso se viabiliza la subsanación de la falta de acreditación de la certificación para recurrir impuesta por el art. 45.2º.d) a persona jurídica en cualquier momento del recurso, a tenor de la STS de 30 de septiembre de 1985¹³, Cdo. quinto:

«Que la cuestión de inadmisibilidad del recurso propuesta por el Ayuntamiento también debe ser rechazada, puesto que la falta de certificación del acuerdo de recurrir, por parte de la Junta de Compensación, puede ser subsanada como lo ha sido, en cualquier momento del recurso de este proceso que, por su naturaleza y orientación, está regulado de forma que no se detenga por falta de cumplimiento de requisitos formales, cuya omisión no esté prevista con tan rigurosa consecuencia, por lo que la Ley jurisdiccional atribuye al Tribunal amplias potestades para que impida, de oficio, una determinación anormal del proceso—art. 129-1 de la Ley de la Jurisdicción (RCL 1956/1890 y NDL 18435)—, sin que haya lugar a dudas por los términos del acuerdo impugnado, sobre el hecho de que los requerimientos subsiguientes, fueron dirigidos a la personalidad demandante [...]».

¹³ (RJ 1985, 6224).

La subsanación de los defectos del escrito de interposición, específicamente en la sentencia que expondremos a continuación que refieren a la documentación de la representación, art. 45.2º.a), quedan subordinados a la caducidad de la acción procesal iniciada, STS 28 de noviembre de 1995¹⁴, FD primero:

«Los argumentos del Abogado del Estado han de ser aceptados por la Sala. En efecto, en cuanto al poder con que actúa el Procurador recurrente, éste no acompañó las correspondientes escrituras de apoderamiento junto al escrito de interposición y, aprovechando el trámite de subsanación abierto en virtud de lo dispuesto en el artículo 72.1 de la Ley Jurisdiccional, acompañó sendas escrituras públicas, otorgadas por los Ayuntamientos de Vandellós y L'Hospitalet de L'Infant y Ascó, de las cuales la correspondiente al primero de ellos es de fecha 17 de septiembre de 1993, no sólo posterior al 14 de septiembre de 1993, día en que se interpuso el presente recurso, sino posterior a la fecha en que expiraba el plazo para su interposición, que era ese mismo día 14, puesto que el Real Decreto impugnado se publicó el 14 de julio de ese mismo año. Así pues, la subsanación el 17 de septiembre de 1993 era ya imposible puesto que en esa fecha había caducado la acción para impugnar la citada Disposición, por lo que el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Vandellós y L'Hospitalet de L'Infant ha de declararse inadmisibile por tal motivo [...]».

Quizás puede derivarse de esta resolución otra lectura, y es aquella referida a la inutilidad de la subsanación cuando el pleito adolezca de vicios que impidan su substanciación procesal lo que quedaría justificado por la aplicación del principio de economía procesal.

2.b) La no acreditación del cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación: inadmisibilidad por inexistencia del acuerdo o inadmisibilidad por defecto de capacidad

Cuestión controvertida es la referente a la no acreditación del cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de apli-

¹⁴ (RJ 1995, 8934).

cación, de conformidad al art. 45.2.ºd) de la LJ de 1998. Cabe o bien alegar como inadmisibilidad la no acreditación del requisito del artículo 45.2.ºd), interpretándolo literalmente, pero también cabe invocar la falta de capacidad procesal del compareciente por la inexistencia del acuerdo.

Ha sido prolija la jurisprudencia del Tribunal Supremo que atribuye a la inexistencia del acuerdo la falta de capacidad procesal del compareciente, calificado por alguna doctrina como *ausencia del presupuesto procesal subjetivo de legitimación indirecta*, como apunta el ATS de 10 de noviembre de 1979¹⁵. Se identifica en este Auto la falta de legitimación con la falta de capacidad procesal y ésta con la inexistencia de acuerdo para accionar en nombre de las personas jurídicas. El Cdo. Primero, de la resolución citada expone:

«Que cuando la norma constitutiva de la entidad agrega al mecanismo normal de la representación legal del órgano que habitualmente la tiene conferida, el "plus" del acuerdo específico, es claro que el representante que acciona sin él carece de las calidades necesarias para comparecer en juicio en nombre de la persona jurídica, puesto que entre esas calidades se cuenta la habilitación específica para promover el recurso, con la que se integra la representación necesaria del ente. Este planteamiento obliga, por lo pronto, a apartar el tratamiento del defecto del régimen establecido por el art. 57.2.d) de la Ley de esta Jurisdicción, primero, porque no puede darse a este precepto un alcance que exceda de su estricta literalidad y, además, porque la existencia del acuerdo expreso para accionar en nombre de personas privadas, no es necesario que conste documentalmente en el proceso, siendo suficiente con que se acredite en él su existencia por cualquiera de los medios de prueba, sin que sea ahora el caso examinar la posibilidad de que el órgano rector del ente convalide o ratifique a posteriori la acción emprendida por su legal representante. Estamos, pues, ante lo que la doctrina más certera califica como ausencia del presupuesto procesal subjetivo de legitimación indirecta por defecto en la representación necesaria de una persona colectiva, cuyo encaje, dentro de la Ley Jurisdiccional, habría de encontrarse más en su art. 27 (debidamente relacionado con los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil antes citados) que en el 28, donde se verifica únicamente el nexo entre el acto recurrido y la esfera jurídica de quien aparece como recurrente, toda vez que ese nexo se da incuestionablemente en este recurso: la

¹⁵ (RJ 1979, 3962).

conclusión de todo ello no puede ser más clara ya que, así como el documento acreditativo de la representación del compareciente viene exigido por el art. 57.2.a) y fue, efectivamente, presentado, el requisito concerniente a la existencia del acuerdo social no debió nunca ser denunciado con base en el epígrafe 'd' del mismo precepto [...]».

Bajo idéntico tratamiento, numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo articula la falta de acreditación del acuerdo con la falta de legitimación —y falta de capacidad procesal consecuentemente— y desde esta posición, sin perjuicio que la omisión de la misma pueda dar lugar a la declaración de *no haber lugar a la admisión del recurso* por el órgano jurisdiccional en virtud del art. 51 de la LJ de 1998 o articularse, posteriormente, como causa de inadmisibilidad por la recurrida al amparo del art. 69.b), cabe exponer el siguiente elenco de doctrina judicial, no sin antes reproducir la doctrina contenida en la STC de 21 de abril de 1997¹⁶, en virtud de la cual la documentación de los requisitos exigidos por la legislación es susceptible de interpretación atemperada por la incidencia de los principios constitucionales de acceso a la jurisdicción¹⁷:

1. STS de 1 de marzo de 1999¹⁸, es necesario acreditar que la adopción del acuerdo de impugnación ha sido convenido por el órgano al que estatutariamente viene encomendada tal competencia como la de autorizar a las personas que han de actuar en nombre y representación del ente colectivo, pues sólo así quienes estén facultados podrán ostentar la capacidad procesal exigida por los mencionados preceptos para comparecer en juicio y para apoderar a Letrado o Procurador. Establece su FD cuarto:

¹⁶ (RTC 1997, 79).

¹⁷ FD cuarto.

«Como punto de partida debemos recordar que la determinación de cuáles son los documentos que las personas jurídicas, en general, y los Sindicatos en particular, deben presentar para acceder a la jurisdicción —acuerdo del órgano competente, Estatutos, etc.— es una cuestión que, en principio, por referirse a la interpretación de las normas legales sobre la materia, corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios. A este Tribunal le corresponde velar para que tales órganos no cierren el acceso a la jurisdicción con violación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), lo que ocurre, según reiterada jurisprudencia, cuando la decisión se fundamenta en interpretaciones formalistas de la legalidad o cuando, habiéndose apreciado la concurrencia de defectos que por su naturaleza son subsanables, se deniega el acceso a la jurisdicción sin haber dado ocasión de subsanarlos (SSTC 62/1986 [RTC 1986/62], 174/1988 [RTC 1988/174], 46/1989 [RTC 1989/46], 33/1990 [RTC 1990/33], 262/1994 y 266/1994 [RTC 1994/266], entre otras muchas) [...]».

¹⁸ (RJ 1999, 2734).

«En relación con tal cuestión, que se entronca con la necesidad de acreditar la capacidad procesal a los efectos del art. 82 b) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, y también de los artículos 27 de la misma Ley, y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta Sala tiene reiteradamente declarado en Sentencias como las de 26 de enero de 1988 (RJ 1988/360), 8 y 11 de junio de 1992 (RJ 1992/4780), 18 de enero de 1993 (RJ 1993/323), 2 de noviembre de 1994 (RJ 1994/8762), 12 y 17 de febrero, 11 de marzo, 1 de julio, 7, 17 y 26 de octubre de 1996 (RJ 1996/1315, RJ 1996/3744, RJ 1996/6168 y RJ 1996/7332), 20 y 24 de enero, 13 de mayo de 1997 (RJ 1997/408, RJ 1997/413 y RJ 1997/3914), 2 de febrero, 31 de marzo y 30 de abril de 1998 (RJ 1998/3516 y RJ 1998/3985), entre otras, que para el ejercicio de acciones en nombre de un ente colectivo es preciso acreditar, en caso de que se negara de contrario, que aquel ente goza de personalidad jurídica por haberse cumplido los requisitos establecidos legalmente para su válida constitución, y, además, si, como aquí, se niega por las otras partes, que se aporte la correspondiente prueba acreditativa de que existe acuerdo para el ejercicio de las correspondientes acciones, y de que tal acuerdo de impugnación ha sido adoptado por el órgano al que estatutariamente viene encomendada tal competencia y la de autorizar a las personas que han de actuar en nombre y representación del ente colectivo, pues sólo así quienes estén facultados podrán ostentar la capacidad procesal exigida por los mencionados preceptos para comparecer en juicio y para apoderar a Letrado o Procurador que haya de representarle en el proceso, por lo que, al no haberse aportado los Estatutos de la recurrente, y al no aparecer transcritos los Estatutos, en el particular requerido, en la escritura de poder para pleitos que se aportó en autos, no resultan acreditados tales extremos [...]».

Véase también la STS de 20 de abril de 1998¹⁹, 31 de marzo de 1998²⁰, 13 de mayo de 1997²¹, 28 de abril de 1997²², 31 de enero de 1997²³.

2. STS 21 de marzo de 1996²⁴, el acuerdo para el ejercicio de acciones judiciales determina que las personas físicas representantes de la entidad ostenten capacidad procesal de conformidad a la LEC. Su FD tercero, establece:

¹⁹ (RJ 1998,4524).

²⁰ (RJ 1998,3516).

²¹ (RJ 1997,3914).

²² (RJ 1997,3422).

²³ (RJ 1997,600).

²⁴ (RJ 1996,2785).

«Ese primer motivo, en el que el Abogado del Estado censura la sentencia por entender que la misma infringe los arts. 27 y 82, b) de la LJCA, por no aplicación de dichos artículos, en relación con la jurisprudencia que al efecto se cita, debe ser estimado.

Efectivamente, en relación con la causa del art. 82, b) de la LJCA —haber sido interpuesto el recurso por persona no representada debidamente o no legitimada— conviene recordar que esta Sala tiene dicho —SS. de 26 enero 1988 (RJ 1988/360) (antigua Sala Quinta) y de 11 junio 1992 y 10 febrero 1995 (RJ 1995/1557), entre otras—, que "para el ejercicio de acciones en nombre de un Ente Colectivo es preciso acreditar, si se niega por la parte contraria, que aquél goza de personalidad jurídica, por haberse cumplido los requisitos legalmente establecidos para su válida constitución, al ser la personalidad presupuesto de la capacidad procesal. Pero además, es necesario, si se niega también de contrario, que se aporte la correspondiente prueba acreditativa de que el acuerdo para el ejercicio de acciones ha sido tomado por el Órgano al que estatutariamente viene encomendada tal competencia y para autorizar a las personas que han de actuar en nombre y representación del Ente Colectivo, pues sólo así quienes resulten facultados podrán ostentar la capacidad procesal exigida en el art. 2.º de la LECiv, en relación con el art. 27 de la LJCA para comparecer en juicio y para poder apoderar a Letrado o Procurador que haya de representar en el proceso al Ente".

En idéntica postura, STS de 12 de febrero de 1996²⁵, FD segundo:

«Antes de analizar la cuestión de fondo, debemos abordar, con carácter prioritario, la causa de inadmisibilidad del recurso, fundada en el artículo 82.b) de la Ley de la Jurisdicción (RCL 1956/1890 y NDL 18435), alegada por el Abogado del Estado al contestar la demanda, que funda en haber sido interpuesto por persona no representada debidamente al faltar la adopción por la entidad demandante del correspondiente acuerdo para interponerlo.

Con relación a esta alegación conviene recordar que esta Sala tiene declarado (Sentencias de 26 enero 1988 [RJ 1988/360] —antigua Sala Quinta—, 8 junio 1992 [RJ 1992/4780] y 2 noviembre 1994 [RJ 1994/8762] —actual Sala Tercera—, entre otras) que "para el ejercicio de acciones en nombre de un Ente Colectivo es preciso acreditar, si se niega por la parte contraria, que aquél goza de personalidad jurídica, por haberse cumplido los requisitos legalmente establecidos para su válida constitución. Pero

²⁵ (RJ 1996, 1315).

además, es necesario, si se niega también de contrario, que se aporte la correspondiente prueba acreditativa de que el acuerdo para el ejercicio de acciones ha sido tomado por el órgano al que estatutariamente viene encomendada tal competencia y para autorizar a las personas que han de actuar en nombre y representación del ente colectivo, pues sólo así, quienes residen facultados podrán ostentar la capacidad procesal exigida en el artículo 2.º de la LECiv, en relación con el artículo 27 de la LJCA para poder comparecer en juicio y para apoderar a Letrado o Procurador que haya de representar en el proceso al Ente».

3. STS de 21 de octubre de 1998²⁶, exige la acreditación del acuerdo de la persona jurídica pues es el único modo que quienes estén representando a la entidad puedan ostentar capacidad procesal de conformidad a los dictados de la LEC. El FD quinto, establece:

«La jurisprudencia del Tribunal Supremo (vgr. Sentencias de 21 marzo 1996 [RJ 1996/2785], 18 diciembre 1996, 17 septiembre 1990 [RJ 1990/6838], 8 octubre 1997 [RJ 1997/7537], 20 noviembre 1996 [RJ 1996/8085], 7 octubre 1996 [RJ 1996/7094], etc.) tiene dicho -tal como se expone en la primera de las citadas- que "para el ejercicio de acciones en nombre de un ente colectivo es preciso acreditar, si se niega por la parte contraria, que aquél goza de personalidad jurídica, por haberse cumplido los requisitos legalmente establecidos para su válida constitución, al ser la personalidad presupuesto de la capacidad procesal. Pero además, es necesario, si se niega también de contrario, que se aporte la correspondiente prueba acreditativa de que el acuerdo para el ejercicio de acciones ha sido tomado por el órgano al que estatutariamente viene encomendada tal competencia y para autorizar a las personas que han de actuar en nombre y representación del ente colectivo, pues sólo así, quienes resulten facultados podrán ostentar la capacidad procesal exigida en el artículo 2.º LECiv, en relación con el artículo 27 LJCA (RCL 1956/1890 y NDL 18435) para comparecer en juicio [...]».

4. La STS de 11 de noviembre de 1998²⁷, aplica en materia de capacidad procesal de personas jurídicas el criterio *pro actione* causando una interpretación favorable a la subsanación de los defectos de capacidad procesal, lo que por extensión, deberá amparar los defectos de la acreditación del acuerdo para recurrir en tanto determinantes de aquélla. Reza su FD tercero:

²⁶ (RJ 1998, 7684).

²⁷ (RJ 1998, 9024).

«Alega, en primer término, la corporación apelante que respecto de la insuficiencia de poder la sentencia incurre en manifiesto error, puesto que el poder procesal fue otorgado por don Patricio A. C., cuyas facultades estaban limitadas a una cuantía económica inferior a la del asunto (25.000 dólares) y, no obstante haber sido alegado este defecto en la contestación a la demanda, no fue subsanado, dado que no le beneficiaba la subsanación producida en vía administrativa respecto de otro representante de la entidad.

Basta para desestimar esta alegación con aplicar la doctrina mayoritaria de esta Sala, con arreglo a la cual el principio de tutela judicial efectiva, que abarca el derecho de acceso al proceso por parte de las personas jurídicas cuando la ley les reconoce legitimación, exige, en una interpretación favorable al principio *pro actione*, que, cuando se advierta en la comparencia un defecto de capacidad procesal que pueda ser subsanado, se conceda al ente interesado la facultad de hacerlo, de tal suerte que la falta de otorgamiento de manera expresa de esta oportunidad de subsanación, exigible de acuerdo con la efectividad de aquel derecho fundamental y específicamente prevista para el trámite que estamos considerando por el artículo 57.3 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (RCL 1956/1890 y NDL 18435), hace insuficiente la genérica posibilidad de subsanar los defectos denunciados por la contraparte que concede el artículo 129 de la Ley de la Jurisdicción, y determina la imposibilidad de acordar, fundándose en la falta cuya subsanación debió ser ofrecida y no se ofreció, la inadmisibilidad del recurso (Sentencia de 12 noviembre 1998 [Recurso de Casación número 5268/1993], que, a su vez, cita las de 3 febrero 1988 [RJ 1988/689], 5 junio 1993 [RJ 1993/4363], 26 marzo 1994 [RJ 1994/1892], 2 julio 1994 [RJ 1994/6673] y 26 octubre 1996 [RJ 1996/7605]) [...].

5. Es causa de inadmisión la no documentación del acuerdo de impugnación de la disposición recurrida en el poder para pleitos otorgado por la representante de la entidad si no es subsanado oportunamente por la recurrente, STS 13 de mayo de 1997²⁸, FD segundo:

«Aunque hemos dicho repetidamente que el defecto de acreditamiento del acuerdo conformador de la voluntad de recurrir y la falta de acreditación de haber sido adoptado por el órgano estatutariamente competente es defecto subsanable, pudiendo incluso adoptarse el acuerdo después, ratificándose así lo hecho por el recurrente sin mandato, en este caso la parte actora ha dispuesto del momento procesal oportuno para efectuar la acredi-

²⁸ (RJ 1997, 3914).

tación omitida, toda vez que conforme al artículo 129.1 de la LJCA pudo subsanar el defecto dentro de los diez días siguientes en que se le hizo entrega del escrito de contestación a la demanda, en el que el Abogado del Estado denunció la falta de acuerdo de impugnación. Pudo también la actora subsanar dicho defecto al amparo del artículo 69.3 de la LJCA, que autoriza al demandante, después de la demanda y contestación (frente a la regla general de inadmisión de documentos después de dicho trámite), la aportación de documentos "que tengan por objeto desvirtuar las alegaciones del demandado o coadyuvante". Por último, pudo incluso la demandante efectuar dicha subsanación al formular sus conclusiones, pero tampoco lo hizo.

Por tanto, habiendo dejado pasar el Sindicato recurrente las oportunidades procesales que ha tenido para acreditar la adopción del acuerdo de impugnación, por el órgano estatutariamente competente, del Real Decreto recurrido, cuya omisión ha sido denunciada de contrario, al ser esa acreditación indispensable para tener por válidamente constituida la relación jurídico-procesal, resulta obligado acoger la causa de inadmisibilidad opuesta por el Abogado del Estado [...].

6. El acreditamiento debe acordarse por el órgano al que estatutariamente viene encomendada tal competencia y para autorizar a las personas que han de actuar en nombre y representación del ente colectivo, STS de 20 de enero de 1997²⁹, FD segundo:

«Antes de examinar la cuestión de fondo debemos abordar el análisis de la causa de inadmisibilidad del recurso, fundada en el artículo 82, b) de la LJCA (RCL 1956/1890 y NDL 18435), que alega el Abogado del Estado, por no haberse acreditado la adopción por la entidad demandante del oportuno acuerdo de impugnación de la disposición recurrida con todos los requisitos necesarios para considerar interpuesto en forma legal el recurso contencioso-administrativo.

Con relación a esta alegación debemos recordar que esta Sala tiene declarado (Sentencias de 26 enero 1988 [RJ 1988/360] -antigua Sala Quinta- y de 8 junio 1992 [RJ 1992/4780], 18 enero 1993 [RJ 1993/323], 2 noviembre 1994 [RJ 1994/8762] y 17 febrero, 1 julio y 17 y 26 octubre 1996 [RJ 1996/6168 y RJ 1996/7332], entre otras) que para el ejercicio de acciones en nombre de un ente colectivo es preciso acreditar, si se niega de contrario, que ha sido tomado el oportuno acuerdo por el órgano al que estatutariamente viene encomendada tal competencia.

En el presente caso, si bien la Confederación Sindical actora acompañó a la demanda certificación acreditativa de que la

Comisión Ejecutiva Confederal, en sesión de 1 de febrero de 1994, acordó "mandatar a Pilar V., abogada de la CS de CC.OO., para interponer recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 67/1994, de 21 enero", tal certificación no basta para acreditar que el acuerdo de impugnación ha sido adoptado por el órgano estatutariamente competente, ya que al no haberse aportado los estatutos de la entidad recurrente no existe en los autos ninguna justificación de que la mencionada Comisión Ejecutiva Confederal sea el órgano al que correspondía tomar la decisión de interponer el recurso contencioso-administrativo, extremo éste cuya acreditación es indispensable para tener por válidamente constituida la relación jurídico-procesal.

Aunque hemos dicho repetidamente que el defecto de acreditamiento del acuerdo conformador de la voluntad de recurrir y la falta de acreditación de haber sido adoptado por el órgano estatutariamente competente es defecto subsanable, pudiendo incluso adoptarse el acuerdo después, ratificándose así lo hecho por el recurrente sin mandato, en este caso la parte actora ha dispuesto del momento procesal oportuno para efectuar la acreditación omitida, toda vez que conforme al artículo 129.1 de la LJCA, de aplicación supletoria ex artículo 6.º de la Ley 62/1978, pudo subsanar el defecto dentro de los diez días siguientes en que se le hizo entrega del escrito de contestación a la demanda, en el que el Abogado del Estado denunció la falta de acuerdo de impugnación "con todos los requisitos necesarios para considerar interpuesto en forma legal este recurso contencioso-administrativo". "Item" más, aunque este procedimiento especial carezca de trámite de conclusiones, pudo también la actora subsanar dicho defecto al amparo del artículo 69.3 de la LJCA, de igual aplicación supletoria, que autoriza al demandante, después de la demanda y contestación (frente a la regla general de inadmisión de documentos después de dicho trámite) la aportación de documentos "que tengan por objeto desvirtuar las alegaciones del demandado o coadyuvante".

Por tanto, habiendo dejado pasar la parte recurrente las oportunidades procesales que ha tenido para acreditar que el acuerdo de impugnación del Real Decreto recurrido se adoptó por el órgano estatutariamente competente, cuya omisión ha sido denunciada de contrario, al ser esa acreditación indispensable para tener por válidamente constituida la relación jurídico-procesal, resulta obligado acopar la causa de inadmisibilidad opuesta por el Abogado del Estado [...].

II. LÍMITES A LA SUBSANABILIDAD

Se esgrime por la doctrina una vocación limitadora a la subsanación de los defectos documentales del art. 45.2.º. De este modo, García

²⁹ (RJ 1997, 40).

Trevijano Garnica³⁰, restringe la subsanación, cuando menos, dentro del plazo legalmente previsto para interponer el recurso, pues admitir el cumplimiento de los requisitos exigidos con posterioridad a su momento procesal distorsiona la institución de la subsanación en sí misma.

Esta opinión la encuentro aceptada, pues la subsanación debe enmarcarse dentro de unos límites razonables que no desnaturalice las normas de procedimiento que suponen, igualmente, derechos pero también cargas para ambas partes litigantes. Por ello, la STS de 21 de octubre de 1985³¹, que reconoce la subsanación en cualquier momento del proceso excede con mucho las previsiones que el Texto Legal impone para sanar los defectos advertidos. El contenido de la Sentencia establece:

«A diferencia del criterio sostenido hasta tiempos recientes —y del que es expresivo la sentencia de la Sala 4.ª de este Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1980 (RJ 1980/996), citada por los apelados— referente a que el plazo concedido por los arts. 57.3 y 129 lo es para subsanar el defecto de la falta de presentación del documento y por lo tanto había de acreditarse que el requisito formal se había cumplido en el momento oportuno, la jurisprudencia actual de esta Sala, en atención al principio espiritualista que informa esta Jurisdicción y la obligación de los Jueces y Tribunales de facilitar al máximo el derecho de acceso a la Instancia que consagra el art. 24 de la Constitución (RCL 1978/2836), viene aplicando en toda su potencialidad efectiva y sin limitación de orden temporal la facultad de los artículos citados —sentencias de 19 de abril de 1983 (RJ 1983/2225) y 13 de marzo de 1984 (RJ 1984/1326) entre otras—, criterio que aún con mayor razón ha de ser mantenido en el caso que aquí se debate en que los demandados consistieron la providencia del Tribunal a quo concediendo 10 días al demandante para subsanar el defecto manifestado, razones que obligan a desestimar la causa de inadmisibilidad alegada [...]».

Esta tesis la estimo corroborada por el hecho que la LJ de 1998 reconoce en diversas partes de su articulado la posibilidad de subsanación de los defectos detectados de oficio por el tribunal o alegados por las partes v.gr.: el art. 45.3.º para la fase de interposición del pro-

³⁰ Cfr. García-Trevijano Garnica en el comentario al art. 45 de la LJ de 1998, en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, cit., p. 405.

³¹ (RJ 1985, 5648).

cedimiento o el art. 51.4.º para el trámite de inadmisión previa (ubicados ambos en el Título IV de la Ley) sin que el legislador haya estimado como suficiente la previsión subsanadora del art. 138, contenido en el Título VI, titulado *Disposiciones comunes a los Títulos IV y V*. Rechazando la circunstancia que el legislador haya incurrido en reincidencias fútiles, la previsión correctora específica tanto del escrito de interposición como de admisión previa, deberá entenderse como limitadora temporal de los defectos pertenecientes a cada uno de estos estadios procedimentales.

Allende de lo que debe entenderse como rectificación de los defectos formales del art. 45.2.º de la LJ de 1998, se encuentran otros que no propiamente poseen tal naturaleza estando causados por la negligencia de la parte al recabar el auxilio de los órganos jurisdiccionales, entre estos últimos se halla la caducidad de la acción, como apunta la STS de 7 de abril de 1987³², FD cuarto, respecto a los cuales no cabe extender el instituto subsanador:

«Invoca el apelante los principios espiritualistas que informan la Ley de la Jurisdicción. Pero esa invocación es improcedente, ya que una cosa son los defectos de forma de los escritos y otra el respeto a los plazos de caducidad, que ninguna relación guardan con la confección más o menos correcta de un escrito. Finalmente, también debe de ser rechazada la invocación del artículo 129 de la Ley de la Jurisdicción, ya que la inobservancia del plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo no guarda ninguna relación con los defectos de forma de un escrito o con la posibilidad de subsanación de algún defecto que sea susceptible de ello; los plazos o se cumplen o no se cumplen y cuando, por incumplimiento, se da lugar a que las partes adversas opongan una causa de inadmisibilidad, no procede aplicar el artículo 129, que se refiere a otras situaciones absolutamente diferentes [...]».

Sobre la concurrencia de doctrina constitucional, STC 30 de abril de 1996³³, cabe establecer una enumeración de los defectos susceptibles de subsanación:

- a) Cabe la subsanación respecto a la no presentación de los documentos exigidos como la presentación incompleta de los mismos.

³² (RJ 1987, 2288).

³³ (RTC 1996, 76).

b) Igualmente los supuestos en donde no concurren los requisitos exigidos lo que denota la posibilidad de subsanar otros defectos diferentes a los meramente documentales³⁴.

Esta última interpretación deriva de la previsión contenida en el derogado art. 57.3.º, vigente art. 45.3.º, en cuanto refiere al no acompañamiento de los documentos expresados en el art. 45.2.º o los presentados incompletos y en general siempre que el tribunal estime la no concurrencia de los requisitos exigidos por la Ley para la validez de la comparecencia. Véase el FD sexto de la sentencia citada:

«Así las cosas, ante todo, ha de destacarse que la exigencia de la comunicación previa se inserta dentro del art. 57 LJCA, más concretamente en su apartado 2, al que sigue el 3 con el siguiente texto: "si con el escrito de interposición no se acompañan los documentos anteriormente expresados o los presentados son incompletos, y en general, siempre que el Tribunal estime que no concurren los requisitos exigidos por esta Ley para la validez de la comparecencia, señalará un plazo de diez días para que el recurrente pueda subsanar el defecto, y si no lo hace ordenará el archivo de las actuaciones". Resulta pues evidente que el incumplimiento de lo previsto en el art. 57.2, f) LJCA es perfectamente subsanable, aunque, desde luego, puede dudarse si la subsanación va referida sólo al supuesto de que, habiéndose producido la comunicación previa, no se haya presentado la "acreditación" de ello o si también comprende la inexistencia misma de la comunicación previa. A este respecto es de subrayar que el art. 57.3 LJCA contempla un doble supuesto: a) Por un lado incluye dentro del campo de la posibilidad de subsanación la no presentación de los documentos exigidos y el carácter incompleto de éstos; b) Pero, por otra parte, comprende también los casos de no concurrencia de "los requisitos exigidos por esta Ley", expresión ésta que contrapuesta a la anterior -falta de documentos o su carácter incompleto- evidencia la inclusión en el campo de la subsanabilidad de otros requisitos distintos de los meramente documentales, como es el caso no ya de la falta de acreditación de la comunicación previa, sino de la omisión de la propia comunicación [...].»

Un estudio atento de la resolución ofrece otras soluciones, no se trata de subsanar la falta de acreditación sino que queda permitida la

³⁴ Vid. Álvarez-Cienfuegos Suárez y González Rivas, *Análisis Teórico y Jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Ley 29/1998, de 13 de julio, cit., p. 138-139.

subsanación de la falta del trámite mismo, lo que amplía sobremanera la facultad correctora de los defectos, si bien habrá que convenir que deberá limitarse, al menos temporalmente, esta posibilidad subsanadora por ser una exigencia del principio de seguridad jurídica contenido en el art. 9.3.º de la CE³⁵. La doctrina expuesta está igualmente contenida por las SSTS de 22 de abril de 1996³⁶ y 2 de abril de 1998³⁷.

1. La subsanación de los defectos de la capacidad para ser parte y capacidad procesal por incidencia de la doctrina de los actos propios.

La teoría de los actos propios de origen civilista, responde, de conformidad a la doctrina más autorizada³⁸, al siguiente criterio:

«A nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando tal conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando su ejercicio posterior choca contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe».

Sin embargo, los orígenes de este principio que puede ser sintetizado en el aforismo *Nemini licet adversus sua pacta venire*³⁹, hunde sus raíces en la tradición histórica del Derecho, como demuestra los siguientes aforismos:

- *Nemo potest mutare consilium suum in alterius iniuriam*⁴⁰: Nadie puede mudar su propio designio en perjuicio de tercero.
- *Mutare consilium quis non potest in alterius detrimentum*: Nadie puede cambiar su propio designio en detrimento de tercero⁴¹.

³⁵ Véase respecto a la incidencia de este principio en el proceso contencioso a Fernández Montalvo, *Incidencia de la Constitución en la apreciación de la inadmisión del recurso contencioso-administrativo. Análisis jurisprudencial de los motivos previstos en el art. 82 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, en «Incidencia de la Constitución en los Procesos Contencioso-Administrativos», Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1992, II, s.p. [pero 175-231].

³⁶ (RJ 1996, 3344).

³⁷ (RJ 1998, 3180).

³⁸ Quiros Lobo, *Los Principios Generales del Derecho en la doctrina laboral*, 1.ª edic., Aranzadi, 1984, p. 47 con remisión a Ennecerus.

³⁹ A nadie es lícito volver contra sus propios pactos.

⁴⁰ Papiniano: I. 75, D., De regulis iuris, 50, 17.

⁴¹ C. 33, De regulis iuris, in Sexto, 5, 12.

- *Quod quisque iuris in alterum statuit, eodem et ipse uti debet*: Cada cual debe usar del derecho que él mismo hubiere establecido contra otro⁴².
- *Factum cuique suum non adversario nocere debet*: A cada cual le debe perjudicar su propio acto, no a su adversario⁴³.
- *Ignorantia facti proprii neminem excusat*: La ignorancia de un acto propio no excusa a nadie⁴⁴.

Materializado en Principio General del Derecho mediante su plasmación en jurisprudencia antigua del Tribunal Supremo⁴⁵, fue aplicada originariamente al ámbito del Derecho civil, para, desde allí, impetrar a la totalidad del Ordenamiento jurídico.

Judicializado, la doctrina del *Venire contra factum proprium non valet* es definida en la STC de 21 de abril de 1988⁴⁶, FD quinto señalando:

«La llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de venire contra factum proprium, surgida originariamente en el ámbito del Derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos [...]».

La exégesis del principio se vertebra sobre la protección de la confianza y de la buena fe, de los cuales se deriva un deber de coherencia que limitan la libertad de actuación ante la creación de expectativas

⁴² Rúbrica del Tit. II, Libro II del Digesto.

⁴³ Paulo: 1. 155 pr., D., De regulis iuris 50, 17.

⁴⁴ San Raimundo de Peñafort: *Summa iuris*.

⁴⁵ Vid. SSTs de 26 mayo 1864, 29 marzo y 27 diciembre 1873, 3 julio 1876, 30 enero 1885, 1.º diciembre 1886, 2 mayo, 2 julio, 26 septiembre, 15 y 30 octubre, 23 noviembre y 18 diciembre 1888; 17 abril, 19 junio y noviembre 1889; 18 marzo, 10 mayo y 4 junio 1890; 17 enero, 13 noviembre y 26 diciembre 1891; 13 julio 1892, 6 abril y 13 julio 1893, 25 noviembre y 27 diciembre 1894, 8 noviembre 1895, 27 diciembre 1897, 9 diciembre 1898, 12 octubre 1899, 22 noviembre 1902, 24 enero y 9 noviembre 1907, 31 diciembre 1908, 7 y 14 diciembre 1910, 11 febrero y 24 marzo 1911, 7 octubre 1915, 2 marzo 1916, 21 octubre y 5 noviembre 1919, 17 junio 1920, 14 abril 1921, 21 enero 1922, 2 y 29 diciembre 1928, 7 junio y 30 diciembre 1929, 19 junio 1933, 12 diciembre 1934, 6 enero 1936, 17 mayo 1941, 27 febrero 1942, 3 noviembre 1943 y 16 junio 1944.

⁴⁶ (RTC 1988, 73). También la STC 198/1988 (RTC 1988, 198).

razonables⁴⁷. El control del mismo está atribuido a órganos jurisdiccionales ordinarios en tanto cuestión de legalidad común en cuanto no conecta con ningún precepto o principio constitucional⁴⁸—cuestión distinta es si cabe concebirlo como principio general derivado del ordenamiento unionista—. La única conexión detectada con el ámbito constitucional ha sido con el principio de seguridad jurídica⁴⁹. Su acomodación al ámbito público es aceptada por el Tribunal Constitucional que si bien permite *matizaciones*—por incidencia del principio de legalidad o de independencia judicial— en su aplicación las limitan al respeto de la buena fe y confianza entre las partes. Específicamente al ámbito procesal, su recepción está autorizada, entre otras, por la STC de 30 de enero de 1995⁵⁰, FD cuarto:

«Conforme la doctrina de los actos propios que impide a la parte adoptar un comportamiento contradictorio, y al principio general de la buena fe en el ejercicio de los derechos, que preside las actuaciones procesales, expresamente exigible en el ámbito procesal (arts. 7.7 CC y 11.1 LOPJ), (SSTC 67/1984 [RTC 1984/67], 73/1988 [RTC 1988/73] y 3/1991 [RTC 1991/3]) [...]».

La doctrina de los actos propios conecta con el proceso contencioso y, específicamente, con las causas de inadmisibilidad cuando alegada por la Administración recurrida causa de inadmisibilidad por defectos en la documentación de la capacidad, ésta le haya reconocido en el procedimiento administrativo previo tal cualidad o no haya alegado defectos de la misma. Esta tesis puede verificarse claramente en la STS de 30 de junio de 1997⁵¹, FD segundo:

«De ello se deriva que la Administración ha reconocido en la vía administrativa la personalidad y representación que en el recurso contencioso pretende desconocer, lo que no es de recibo por contrariar la doctrina de los actos propios. En segundo término, no se puede argüir, con éxito, que quien reconoció dicha personalidad fue el funcionario actuante y no la Corporación apelante, por la sencilla razón de que el acto en que se reconoce dicha personalidad y representación es dictado por el Ayuntamiento Pleno y no por un funcionario a título particular [...]».

⁴⁷ ATC de 1 de marzo de 1993, FD primero, (RTC 1993, 77) y ATC de 1 de marzo de 1993 (RTC 1993, 77).

⁴⁸ STC de 21 de abril de 1988 (RTC 1988, 73).

⁴⁹ STC de 21 de abril de 1988 (RTC 1988, 73), FD quinto.

⁵⁰ (RTC 1995, 24).

⁵¹ (RJ 1997, 5385).

Y en otras resoluciones, como son la STS de 8 de noviembre de 1995⁵², FD primero:

«Por otra parte, es más que sabido, como principio, que la Administración no puede ignorar en vía judicial una personalidad ya reconocida en la administrativa, y en este caso, al denegar el recurso de reposición, el Ayuntamiento vino a aceptar que el vecino de la urbanización firmante del escrito, aunque no aportara escritura de poder, actuaba en nombre de la Comunidad de propietarios [...]».

La STS de 18 de enero de 1996⁵³, FD segundo:

«Sin que sea admisible que el Abogado del Estado, como representante del Consejo General del Poder Judicial, pueda ahora negar, en sede jurisdiccional, la validez del acuerdo adoptado por la Junta Directiva Provisional de la Asociación recurrente, que ha sido admitido, en vía administrativa, por su representante, el Consejo General del Poder Judicial».

Item mas, SSTS de 4 de mayo de 1977⁵⁴, 8 de mayo de 1979⁵⁵, 14 de marzo de 1980⁵⁶, 17 de junio de 1981⁵⁷, 1 de julio de 1982⁵⁸, 19 de diciembre de 1983⁵⁹ y 4 junio 1984⁶⁰. En doctrina menor, STSJ de Valencia de 10 de enero de 1997⁶¹, FD segundo y STSJ de Canarias de 29 de enero de 1999⁶², FD primero, STSJ de Madrid de 6 de mayo de 1997⁶³, FD primero y STSJ de Baleares de 18 de septiembre de 1996⁶⁴.

⁵² (RJ 1996, 1777).

⁵³ (RJ 1996, 763).

⁵⁴ (RJ 1977, 1967).

⁵⁵ (RJ 1979, 2389).

⁵⁶ (RJ 1980, 2192).

⁵⁷ (RJ 1981, 2726).

⁵⁸ (RJ 1982, 5254).

⁵⁹ (RJ 1983, 6610).

⁶⁰ (RJ 1984, 3168).

⁶¹ (RJCA 1997, 655).

⁶² (RJCA 1999, 420).

⁶³ (RJCA 1997, 1266).

⁶⁴ (RJCA 1996, 1 228).

LA SUBASTA DE BIENES INMUEBLES Y SUS PROBLEMAS

POR

CRISTINA-CAROLINA PASCUAL-BROTÓNS¹

SUMARIO: I. DISPOSICIONES GENERALES SOBRE LA EJECUCIÓN FORZOSA. 1. La tutela judicial efectiva y el derecho a la ejecución. 2. La subasta en el marco de la ejecución dineraria. 2.1. El procedimiento de ejecución dineraria. 2.2. Culminación de la ejecución; la subasta. 3. Acción ejecutiva y título ejecutivo. 4. Títulos ejecutivos. 5. Sujetos en la ejecución. Especialidades en la subasta. 6. Órgano competente. II. PRESUPUESTOS PROCESALES PARA LA SUBASTA DE BIENES INMUEBLES. 1. Certificación de dominio y cargas. 2. Comunicaciones del Registrador. 3. Información a los titulares de créditos anteriores y preferentes. 4. Comunicación de la ejecución a los arrendatarios, a los ocupantes de hecho y al tercer poseedor. 5. Presentación de títulos. 6. Valoración del inmueble. III. ANUNCIO Y CELEBRACIÓN DE LA SUBASTA. 1. Anuncio. 1.1. Publicidad de los anuncios. 1.2. Contenido de los edictos. 1.3. Subasta simultánea. 2. Celebración. 2.1. Definición. 2.2. Comprobaciones preliminares. 2.3. Requisitos para pujar. 2.4. El acto de la subasta. 2.5. Subasta sin postor. 2.6. Adjudicación en pago. Remate y adjudicación. 2.7. Subasta en quiebra. IV. TRÁMITES POSTERIORES A LA SUBASTA. 1. Cesión del remate. 2. Destino de las sumas obtenidas en la subasta. 2.1. Intereses y costas en la ejecución. 2.2. Reparto del sobrante. 3. Inscripción de la adquisición y cancelación de cargas. 3.1. Acceso al Registro del auto aprobatorio del remate. 3.2. El mandamiento de cancelación. 3.3. Subasta de inmueble no anotado preventivamente. 3.4. Calificación registral del documento. 4. La posesión. V. LA SUBASTA EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA. 1. Trámites previos a la subasta. 2. Anuncio y notificaciones. 3. Límites por créditos personales no garantizados. 4. Distribución del sobrante. VI. PECULIARIDADES Y PROBLEMAS EN LA SUBASTA DE BIENES INMUEBLES. 1. Tercería de dominio; competencia y legitimación; procedimiento; efectos de su interposición en la realización mediante subasta. 2. Tercería de mejor derecho; preferencia entre créditos; procedimiento; efectos. 3. Bienes que integran la sociedad conyugal; deudas contraídas por un cónyuge; deudas privativas; deudas contraídas por un cónyuge una vez disuelta la sociedad de gananciales pero aún no liquidada. 4. Oposición del demandado rebelde. 5. Nulidad. 6. Declinatoria. 7. Arrendamiento en finca subastada. 8. Revocación de la sentencia en casos de ejecución provisional. VII. PROCEDIMIENTOS ALTERNATIVOS DE REALIZACIÓN DE INMUEBLES. 1. Convenio de realización. 2. Realización por persona o entidad especializada.

I. DISPOSICIONES GENERALES SOBRE LA EJECUCIÓN FORZOSA

1. La tutela judicial efectiva y el derecho a la ejecución

La titularidad de la potestad de ejecución corresponde a los propios órganos judiciales como una manifestación típica de la potestad

¹ Secretaria Judicial.

jurisdiccional que la Constitución les ha conferido en su artículo 117.3, y en el mismo precepto se ampara en correspondencia a dicha potestad el derecho a la tutela judicial efectiva.

De un modo general, la tutela judicial efectiva se viene caracterizando como un ajustado sistema de garantías para las partes en el proceso, que no consiste, propiamente en que se dé satisfacción a las pretensiones de fondo de los justiciables, sino en que Jueces y Tribunales permitan, a quien pretende hacer valer sus derechos e intereses, acceder a la jurisdicción, ser oído, proponer y practicar prueba y obtener una resolución fundada en derecho que verse sobre las pretensiones planteadas en juicio.

Pero según constante doctrina del Tribunal Constitucional, este derecho fundamental no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de justicia y pueda ante ellos defender su pretensión jurídica en igualdad con las otras partes, ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho; exige también que el fallo judicial se cumpla, pues en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconozcan o declaren no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones, sin alcance práctico ni efectividad alguna; de ahí que, por tratarse de una exigencia de la tutela judicial, resulte claro que es a los órganos judiciales a quienes corresponde velar por el cumplimiento efectivo de sus resoluciones, como declara el citado artículo 117 de la Constitución.

Por ello, las normas que regulan el proceso de ejecución, entre las que se encuentra la subasta como parte de dicho proceso, han de ser interpretadas en sentido más favorable a la efectividad de este derecho fundamental, con el contenido expresado. Por otro lado, dicho derecho de la tutela judicial efectiva ha de ser respetado, constituyendo un límite a la actuación de la potestad jurisdiccional ejecutiva, de modo que los actos y omisiones producidos en el ejercicio de tal potestad que violen la tutela judicial, así entendida, son nulos de pleno derecho.

Este derecho de acceso al proceso de ejecución no es absoluto, sino un derecho de prestación, como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 190/1991 de 14 de octubre:

«El derecho a la tutela judicial efectiva, y en particular el acceso al proceso, no es un derecho de libertad ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho de prestación o,

dicho de otro modo, un derecho de configuración legal, de modo que no cabe deducir la existencia de un derecho incondicionado y absoluto a la prestación jurisdiccional en toda clase de supuestos cualquiera que sea la naturaleza jurídica del acto y del órgano que procedan ni, en todo caso, este derecho puede ejercerse al margen de los cauces y del procedimiento legalmente establecido. Ello implica que el legislador cuenta con un ámbito de libertad amplio en la definición o determinación de las determinaciones y consecuencias del acceso a la justicia, pues le incumbe crear la configuración de la actividad judicial y más concretamente del proceso, en cuyo seno se ejercita el derecho fundamental ordenado a la satisfacción de pretensiones».

2. La subasta en el marco de la ejecución dineraria

La ejecución dineraria es la actividad jurisdiccional de ejecución forzosa que tiene por finalidad obtener del patrimonio del deudor una determinada cantidad de dinero para entregarla al acreedor (artículo 571 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

De ello se deriva que la ejecución dineraria es la forma o modalidad de ejecución por excelencia. No sólo por cuanto se refiere a la ejecución de títulos ejecutivos por cantidad líquida o que precisen de liquidación, sino también, y siguiendo en este punto a CARMEN SENES MOTILLA, en los supuestos de imposible prestación de obligación *in natura* o de entregar alguna cosa y deban ser cumplidas por equivalencia, entregando una cantidad de dinero como resarcimiento de daños e indemnización de los perjuicios.

2.1. El procedimiento de ejecución dineraria

Se inicia con la **demandá ejecutiva**, continua con el **despacho de ejecución**, en el que se contienen tanto las medidas de localización y averiguación de bienes, el embargo de los bienes concretos si fuera posible y el embargo propiamente dicho, finalizando con la realización de los bienes embargados, por una u otra vía, para con su importe hacer el pago al acreedor de la cantidad debida. Excepcionalmente, en el proceso de ejecución no será necesario seguir todos estos trámites, como en el supuesto de haberse adoptado como medida cautelar en el declarativo correspondiente o en el proceso arbitral el embargo preventivo, que se convierte en firme una vez dictada la sentencia o

laudo arbitral y se insta su ejecución forzosa. De igual modo, no será necesario realizar estos trámites cuando el deudor pague en los supuestos en los que la ley prevé el previo requerimiento de pago o cuando el deudor consigna las cantidades debidas. Tampoco será necesario realizar los bienes cuando lo embargado sea dinero y cubra la totalidad de lo debido o cuando el ejecutado, en cualquier momento, antes de la completa realización de los bienes, paga al ejecutante la totalidad de lo debido.

Ello significa que, aun iniciados los trámites y preparativos de la subasta, como el anuncio de la misma y publicación de edictos correspondientes, se suspenderá el trámite y se archivará el procedimiento en el momento en que el deudor pague al acreedor, si bien con el incremento de las costas y gastos generados por los trámites realizados hasta el momento de dicho pago, previa tasación de los mismos por el juzgado.

Así, una vez que ha sido despachada la ejecución, **el embargo** constituye la actividad preparatoria necesaria para la enajenación judicial y el inicio de la realización forzosa de los bienes. No es una tarea simple, pues comprende funciones diversas: búsqueda de bienes que integran el patrimonio del ejecutado, determinación de su embargabilidad, prelación respecto de otros bienes afectados y selección de los más convenientes en atención a la cuantía de la deuda, y finalmente, la garantía de la traba para que no se frustre la afección. De la adecuada labor del órgano judicial en estos puntos, dependerá posteriormente el éxito de la venta mediante subasta.

Tratándose de bienes inmuebles, la tarea de localización no es difícil, no tanto por la publicidad de los datos registrales, lo que implicaría en cada caso la búsqueda de titularidades de bienes inmuebles del ejecutado en cada Registro de la Propiedad, sino por los datos que facilita la Oficina de averiguación patrimonial al juzgado, previa petición, de los bienes propiedad del ejecutado. En segundo, la prelación de los bienes inmuebles en la traba la establece el artículo 592 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, colocándolos en el séptimo lugar de la lista de bienes embargables, siendo preferente su embargo sólo en lugar de sueldos, salarios o pensiones, y de créditos, derechos y valores realizables a medio y largo plazo.

Finalmente, la seguridad de la traba de los bienes inmuebles viene dada por la garantía que ofrece la **anotación preventiva de embargo**. Este medio de garantía registral parte, según ANTONIO ROBLEDOR VILLAR, de la previa declaración de voluntad jurisdiccional y se

realiza en virtud de mandamiento judicial, expedido siempre a instancia del acreedor ejecutante. El mismo día de su expedición se remitirá el mandamiento por fax (artículo 629 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) desde el tribunal al registro de la Propiedad, donde se extenderá el correspondiente asiento de presentación, quedando en suspenso la práctica de la anotación hasta que se presente el documento original en la forma prevista por la legislación hipotecaria. La medida pretende, de una parte, impedir que el deudor pudiera sustraer el bien a la ejecución enajenándolo a un tercero, que lo haría irreivindicable. Pero también, la anotación preventiva busca que el deudor no pueda gravar el bien afectado con otras cargas de carácter real que puedan disminuir su valor económico. Una vez emitido el mandamiento al registro, su titular ha de calificarlo, examinando la competencia del Juez, las formalidades del documento y obstáculos que puedan surgir de la propia inscripción. Si observa vicios insubsanables denegará la inscripción de la anotación preventiva, y si aprecia un vicio subsanable, la suspenderá pero podrá extender una anotación preventiva de suspensión a tenor de los artículos 65 de la Ley Hipotecaria y 164 del Reglamento Hipotecario.

Respecto a su naturaleza, la anotación preventiva no goza de carácter constitutivo en relación al embargo que ya se ha realizado y consumado como acto procesal, dado que sus efectos se manifiestan con independencia de su posterior anotación. De la misma manera, su existencia no impide que los bienes afectados por la traba y anotación sean objeto de realización forzosa instada en una ejecución distinta. Sin embargo, este aseguramiento posee importantes efectos, ya que se garantiza al ejecutante y frente a todos el derecho a hacerse cobro de su crédito con el producto de la enajenación pública del inmueble. Surge la prioridad registral, que permite ejercitar el derecho inscrito con preferencia a otros posibles anotantes posteriores. Se advierte a terceros, mediante la publicidad registral, de la existencia de la traba e impide que el bien pueda ser enajenado sin la carga del embargo.

También las garantías que ofrece la anotación preventiva del embargo para el acreedor repercuten en la seguridad del tercero, ya que la traba del inmueble anotada registralmente sólo alcanza al importe de la cantidad fijada. Y cuando ésta es satisfecha por un tercer adquirente del bien, debe decretarse la cancelación de la anotación preventiva, sin que pueda denegarse la extinción por entender que el embargo anotado también responde por deudas por intereses o costas que rebasen el límite máximo anotado.

La anotación preventiva de embargo tiene una vigencia temporal de cuatro años a partir del momento en que la misma fue practicada, caducando una vez transcurrido dicho plazo. Pero a instancia de los interesados o por mandato de las autoridades que la decretaron, podrá, prorrogarse por un plazo de cuatro años más, siempre que el mandamiento ordenando la prórroga sea presentado antes de que caduque el asiento (artículo 86 de la Ley Hipotecaria), pudiendo practicarse sucesivas prórrogas en los mismos términos. La constancia de la caducidad en el Registro se realizará a instancia del dueño del inmueble o derecho real afectado.

2.2. Culminación de la ejecución: la subasta

Finalmente, tras la garantía del embargo trabado sobre el bien inmueble, la subasta es, según FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., la fase del procedimiento de realización forzosa en que se fija, mediante pública licitación, el importe por el que los bienes van a ser enajenados; pero, por extensión, este término incluye también aquellas actuaciones anteriores, necesarias para la celebración del acto público (avalúo y publicidad) y las que trae como consecuencia (aprobación del remate, entrega de los bienes y distribución de la suma recaudada). Según TOME PAULE, la subasta es una operación procesal que está integrada por un conjunto de actos encaminados a la ejecución de una resolución judicial. Para ello, mediante la emulación provocada entre los interesados, se pretende determinar el importe de una realización pública forzosa, así como la individualización de la persona que —por ofrecer más— adquiere el derecho a hacerse con el dominio de los bienes rematados.

Frente a las definiciones anteriores, la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla en su artículo 636 la subasta como el procedimiento para la enajenación de bienes embargados cuyas fases regula en los artículos 643 y siguientes de la misma ley bajo la rúbrica «De la subasta de los bienes inmuebles», que comienza con la preparación de los lotes de bienes y termina con la puesta en posesión de los mismos. Fases tradicionalmente integradas en la subasta, como el avalúo, quedarían fuera del término subasta. Por otro lado, la ley fija el objeto de la subasta: la venta de uno o varios bienes o lotes de bienes. Pero es preciso tener en cuenta que frente al concepto amplio expuesto, también se refiere la ley y se admite por la doctrina que la subasta específicamente es el acto donde se ofrecen las sucesivas pujas hasta que la

última no es mejorada. Así lo entiende el artículo 669 de la **Ley de Enjuiciamiento Civil** cuando regula el depósito «Para tomar parte en la subasta...».

Aunque la ley prevé de modo genérico que la realización de los bienes se hará en la forma convenida por las partes e interesados y aprobada por el tribunal, también ha tenido en cuenta que en la mayoría de las ocasiones el anterior acuerdo no será logrado, por lo que dispone un sistema de realización subsidiaria a falta de que exista ese convenio de realización. Y aunque son dos los procedimientos ofrecidos (enajenación por medio de persona o entidad especializada y subasta pública), el último apartado del mismo precepto (artículo 636) señala que sin perjuicio de los dos medios citados, «una vez embargados los bienes, se practicarán las actuaciones precisas para la subasta judicial de los mismos, que se producirá en el día señalado si antes no se solicita y se ordena, con arreglo a lo previsto en esta Ley, que la realización forzosa se lleve a cabo de manera diferente». Con este precepto, la Ley de Enjuiciamiento Civil acaba de forma terminante con el principio de justicia rogada y el principio dispositivo que rigen en el proceso civil, ya que obliga al tribunal a acordar la subasta aunque nadie lo haya solicitado. Ello conlleva que se terminen las posibles conversaciones, arreglos o soluciones extrajudiciales que puedan llevar a cabo paralelamente las partes, mientras pende el proceso a la espera de que el ejecutante solicite la subasta, mecanismo habitual de presión al ejecutado para que proceda por sí, y fuera del ámbito judicial, al pago de la deuda.

Pero con el nuevo sistema se ha dado prioridad al principio de seguridad jurídica de manera que, iniciada una ejecución, no quede al arbitrio del ejecutante las fases de la misma, y concretamente la subasta sea impulsada de oficio, a salvo siempre de la posible suspensión de la ejecución por los motivos que establece la ley, y la suspensión genérica regulada en el artículo 19.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. Acción ejecutiva y título ejecutivo

La acción ejecutiva consiste en aquel derecho subjetivo público, que el acreedor posee frente al deudor ejecutado, dotado de autonomía funcional en cuanto que no siempre el proceso de ejecución no siempre va precedido de un proceso declarativo. Según De la Oliva

Santos, estamos ante un derecho de contenido concreto, a la realización de actos concretos y a la aplicación de sanciones determinadas, entre cuyos modos de realización se encuentra la subasta.

La acción ejecutiva, en el encuadre de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, no se extingue con la mera actuación de todos y cada uno de los actos que integran el proceso de ejecución, sino con el restablecimiento efectivo del derecho del acreedor ejecutante (art. 570: «la ejecución forzosa sólo terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutante»). Paralelamente y desde el punto de vista procedimental, el artículo 239 excluye la caducidad de las actuaciones ejecutivas.

Entendida la acción ejecutiva como derecho a que los órganos jurisdiccionales actúen la responsabilidad contenida en el título ejecutivo, el despacho efectivo de ejecución depende de la presentación de un documento, que es el título ejecutivo, y del cual se deriva en un principio el derecho del ejecutante a la tutela solicitada, y tras su presentación el ejecutante queda relegado de la prueba de los hechos constitutivos que justifiquen o prueben su pretensión, limitándose el órgano judicial al examen de su regularidad formal (art. 551.1), siendo carga del ejecutado la alegación y prueba, en su caso, de los hechos impositivos, extintivos o excluyentes (artículos 556 y 557).

Desde el punto de vista funcional el título ejecutivo sirve a la determinación de los sujetos legitimados activa y pasivamente en el proceso de ejecución, sin perjuicio de que una vez iniciada, por ejemplo, en trámite de subasta, se acredite la sucesión (art. 540) o la extensión legal de la responsabilidad a otros sujetos (art. 538.2). Igualmente el título acredita el volumen y modalidad de la responsabilidad del ejecutado, de suerte que sólo la tutela pretendida conforme con la naturaleza y contenido del título confiere el derecho al despacho de la ejecución.

4. Títulos ejecutivos

Una de las novedades más significativas de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 es la regulación unitaria de los títulos ejecutivos en el artículo 517, salvando así la dualidad existente en la Ley anterior entre la ejecución de títulos judiciales (artículo 919 y siguientes) y los extrajudiciales (art. 1429). En la regulación actual, sólo tendrán apremiada ejecución los siguientes títulos:

- 1.º) La sentencia de condena firme.
- 2.º) Los laudos o resoluciones arbitrales firmes. Este reconocimiento está en consonancia con el artículo 53 de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988.
- 3.º) Las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, acompañadas, si fuere necesario para constancia de su concreto contenido, de los correspondientes testimonios de las actuaciones. El contenido de este número lo integran los autos definitivos que aprueben u homologuen actos de disposición del objeto del proceso de carácter bilateral, quedando excluidos los autos de efectos meramente procesales, como los que acuerdan la suspensión temporal del proceso, o los que acogen una conformidad o allanamiento parcial, que no abarca la totalidad del objeto del proceso.
- 4.º) Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda, que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes.
- 5.º) Las pólizas de contratos mercantiles firmadas por las partes y por Corredor Colegiado de comercio que las intervenga, con tal que se acompañe certificación en la que dicho Corredor acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y la fecha de éstos.
- 6.º) Los títulos al portador o nominativos, legítimamente emitidos, que representen obligaciones vencidas y los cupones, también vencidos, de dichos títulos, siempre que los cupones confronten con los títulos y éstos, en todo caso, con los libros talonarios.
- 7.º) Los certificados no caducados expedidos por las entidades encargadas de los registros contables respecto de los valores representados mediante anotaciones en cuenta a los que se refiere la Ley del Mercado de Valores, siempre que se acompañe copia de la escritura pública de representación de los valores o, en su caso, de la emisión, cuando tal escritura sea necesaria, conforme a la legislación vigente.
- 8.º) El auto que establezca la cantidad máxima reclamable en concepto de indemnización, dictado en casos de rebeldía del acusado o de sentencia absolutoria o de sobreseimiento en procesos penales incoados por hechos cubiertos por el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor.

9.º) Las demás resoluciones judiciales y documentos que, por disposición de esta u otra ley, llevan aparejada ejecución. Es ésta una norma procesal en blanco que integra en el sistema procesal a cuantas previsiones legales atribuyan fuerza ejecutiva a resoluciones judiciales o documentos.

5. Sujetos en la ejecución. Especialidades en la subasta

En esta fase del procedimiento la identificación de las partes debe quedar establecida de forma clara desde el primer momento, pues el proceso de ejecución no puede desenvolverse entre personas abstractas o anónimos, aunque también es cierto que en la ejecución el acento del procedimiento recae sobre los bienes a ejecutar y sobre su propia realización, otorgando a la acción ejecutiva un carácter real del que carece el proceso declarativo anterior, cuando ha existido.

Habida cuenta de que la finalidad de la ejecución es la realización coactiva de una prestación documentada en un título (MORENO CATENA), puede decirse en principio que son parte legítima en estos procesos quienes como tales figuren en dicho título. La Ley de Enjuiciamiento Civil impide que se despache ejecución frente a sujetos diferentes de los previstos en ella, según lo dispuesto en el artículo 538.2, debiendo el Juzgado examinar de oficio si el ejecutado es efectivamente el obligado en el título.

De forma ordinaria la legitimación activa corresponde al acreedor titular del derecho reconocido como indiscutible, y la legitimación pasiva al obligado a la prestación según el mismo título, pero a veces pueden aparecer otros sujetos en cualquiera de las dos posiciones. Así, cabe plantearse, con referencia a la subasta, si el propio ejecutado podría instar la realización del bien y el anuncio de la subasta. Aunque parece difícil dicha situación, cabe que el bien objeto de subasta haya experimentado en ese momento un aumento considerable de valor, bien por auge económico, o recalificación urbanística, e incluso exista peligro de inminente devaluación, y el ejecutado tenga interés en su realización inmediata para obtener en ese momento un mayor avalúo. La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1985 ordenó seguir adelante la ejecución en este caso, pero a la luz del artículo 538.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece como partes de la ejecución «la persona o personas que piden y obtienen el despacho de la ejecución y la persona o personas frente a las

que ésta se despacha», parece difícil colocar a la misma persona en ambas posiciones simultáneamente.

En cuando a las especialidades en la posición del ejecutado en la subasta, no hay que olvidar que pueden existir varios condenados o sujetos pasivos en el título, y sólo uno de ellos ser el titular del bien cuya realización se pide. En tal caso, si el título condena de forma solidaria a todos los demandados, podrá pedirse la satisfacción del importe total de la deuda a través de la realización del bien propiedad de uno solo. Pero si la responsabilidad es mancomunada, será preciso previamente prorratear el importe de la condena entre los obligados según las respectivas cuotas, para que, una vez liquidado el importe que corresponde satisfacer con la realización del bien mediante subasta, dirigir la acción ejecutiva sólo frente al ejecutado titular del bien y por el importe correspondiente. En tal caso, existirán varias ejecuciones comprendidas en una sola, cada una de ellas dirigidas contra un determinado sujeto pasivo.

La Ley en el artículo 538.3 se refiere al supuesto específico que puede darse en caso de realización de bienes que no pertenecen al ejecutado pero sí están especialmente afectos al cumplimiento de la obligación por la que se proceda, como en deudas de comunidad de propietarios, o hipoteca. En tales casos hay que distinguir entre el ejecutado, cuya posición en el proceso queda vacía o se desvirtúa porque es indiferente a la realización del bien aunque sea el obligado al pago, y el que soporta la ejecución como titular del bien que se realiza, y que es verdaderamente el sujeto pasivo de la ejecución aunque no sea el obligado a la prestación. En tales casos dispone la Ley en el mismo artículo que «la ejecución se concretará, respecto de estas personas, a los bienes especialmente afectos». Y por tanto, quedan automáticamente legitimados pasivamente en el proceso de ejecución, y deberán ser salvaguardados respecto a ellos los derechos a la tutela judicial efectiva y prohibición de indefensión que rigen en cualquier proceso para las partes.

La jurisprudencia más reciente aboga por que la tutela judicial efectiva forma parte de la ejecución de las sentencias, lo que implica el derecho a un adecuado cumplimiento de lo declarado en la sentencia, y sólo puede actuar sobre el patrimonio del condenado. La actividad ejecutiva no puede dirigirse contra persona ajena al fallo, pero sin embargo no es conforme a tutela judicial efectiva restringir la legitimación para intervenir en la ejecución a quienes hubieran sido partes en el proceso; la tienen también los que aleguen ostentar

un derecho o interés legítimo que se vería afectado por los actos de ejecución.

Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de octubre de 2000 dice entre sus razonamientos jurídicos que «las resoluciones que son objeto del recurso de amparo acuerdan una serie de medidas dirigidas a dar cumplimiento a la sentencia recaída en el juicio de menor cuantía cuya efectividad práctica, de llevarse a cabo, perjudicarían notablemente los derechos e intereses de los ahora recurrentes en amparo, pese a no haber sido parte en el proceso ni haber sido condenados en la sentencia firme. Además, el Juzgado les negó legitimación para hacer valer sus legítimos derechos e intereses en el propio proceso de ejecución, impidiéndoles recurrir contra las resoluciones judiciales que les afectaban, en virtud de una interpretación de la normativa procesal contraria a las exigencias del artículo 24.1 de la Constitución, y más concretamente, al principio de interpretación más favorable al acceso a la jurisdicción para la defensa de los derechos y libertades. Por todo ello debe otorgarse el amparo. En cuanto a la sentencia que estima el recurso, debe declarar el derecho de los solicitantes de amparo a intervenir como parte en el proceso de ejecución, en ejercicio de su derecho de defensa, con la consiguiente nulidad de las providencias recurridas y retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictarse la primera de ellas.»

6. Órgano competente

La determinación de la competencia del órgano judicial que ha de realizar mediante subasta el bien objeto de ejecución se atiene a diversos criterios en función del título o del modo en que se inicia la ejecución. Así:

Si la realización mediante subasta dimana de una ejecución de una *resolución judicial*, la competencia se determina por el criterio funcional, tomando como partida que se ha sustanciado un anterior proceso, siendo competente en tal caso el órgano judicial que hubiere conocido el asunto en primera instancia (art. 545.1 LEC). El mismo criterio rige en caso de ejecución de transacciones y acuerdos judicialmente homologados o aprobados, con referencia en este caso al órgano que hubiera homologado o aprobado la transacción.

Cuando el título sea un *laudo arbitral*, se atribuye la competencia para su ejecución al Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado (art. 545.2 LEC).

Cuando se trate de una *ejecución hipotecaria*, la competencia viene fijada por el lugar de situación de la finca al Juzgado de Primera Instancia donde radique, y si radicare en más de uno, lo mismo que si fueren varias fincas en diferentes partidos, el juez de primera instancia de cualquiera de ellos, a elección del ejecutante (art. 684.1.1.º LEC).

De lo expuesto se deduce que el lugar donde se ubican los bienes objeto de realización sirve unas veces para determinar el fuero competencial, pero en otros casos es indiferente, pudiendo el órgano judicial proceder a la subasta de bienes que distan territorialmente muy lejos del partido judicial donde ejerce su competencia.

II. PRESUPUESTOS PROCESALES PARA LA SUBASTA DE BIENES INMUEBLES

Una vez iniciada la ejecución, cualquiera que haya sido el título que haya abierto la vía de apremio, y se encuentre afecto mediante el correspondiente embargo un bien inmueble, son necesarios unos trámites o presupuestos antes de la realización mediante subasta y su anuncio, siempre y cuando no se haya optado por los medios alternativos de convenio de realización o realización por persona o entidad especializada, objeto de estudio independiente. Estos trámites comprenden la valoración y avalúo del inmueble, deducción de cargas, y certificación de dominio o titulación. Siguiendo la clasificación de SAGRARIO ARROYO GARCÍA podemos distinguir:

1. Certificación de dominio y cargas

Se deberá remitir mandamiento al Registrador a cuyo cargo se encuentre el Registro de que se trate para que según el artículo 656 de la LEC remita al Juzgado certificación en la que se haga constar los siguientes extremos:

La titularidad del dominio y demás derechos reales del bien o derecho embargado.

Los derechos de cualquier naturaleza que existan sobre el bien registrable embargado, en especial relación completa de las cargas inscritas que lo graven o, en su caso, que se halla libre de cargas.

El Registrador hará constar por nota marginal la expedición de la certificación a la que se refiere el apartado anterior, expresando la fecha y el procedimiento a que se refiere.

El precepto reproduce el antiguo artículo 1489.1 de la LEC 1881 en la redacción dada por la Ley 10/92 y recoge algunos requisitos ya exigidos por la legislación hipotecaria; así, debe hacerse constar la titularidad dominical de la finca embargada a los efectos sobre todo de notificaciones al posible tercer poseedor (artículo 353.1 de la Ley Hipotecaria) y la nota marginal (artículo 143 del Reglamento Hipotecario) para que sirva de advertencia a terceros que con posterioridad a la certificación de cargas adquieran algún derecho sobre la finca embargada, de manera que en base al principio de publicidad registral y eficacia erga omnes de los datos contenidos en el Registro, ese tercer o posterior adquirente nunca pueda alegar desconocimiento de que la finca adquirida estaba afectada a un gravamen anterior, y así, o asume en su día el gravamen o pierde el dominio sobre el bien en caso de realización.

Si de la certificación se derivara que el bien embargado se encuentra inscrito a nombre de persona distinta al ejecutado, el tribunal, previa audiencia de las partes personadas, alzaría el embargo, a menos que el procedimiento se siga contra el ejecutado en concepto de heredero de quien apareciera en el Registro como dueño o que se hubiera embargado teniendo en cuenta este concepto (artículo 658 de la LEC). Si la inscripción de dominio a nombre de tercero fuere posterior a la anotación de embargo, se mantendrá el embargo y, como establece el artículo 662 del mismo Texto Legal, el tercero podrá pedir que se le exhiban los autos en la secretaría, lo que se acordará sin paralizar el curso del procedimiento, entendiéndose también con él las actuaciones ulteriores.

Es criticable la mención legal de que «podrá pedir que se le exhiban los autos», prerrogativa que sobra o está de más si se tiene en cuenta que el artículo 234 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 140 de la LEC establecen de forma genérica y obligatoria para el órgano judicial el acceso a los interesados a las actuaciones judiciales, interés que en el caso del tercer poseedor se convierte en un auténtico derecho subjetivo que le legitima para obtener cuanta información sea precisa para salvaguardar su derecho, pudiendo además, como sigue diciendo el artículo 662, en cualquier momento, liberar el bien satisfaciendo lo que se deba al acreedor por principal, intereses y costas, dentro de los límites de la responsabilidad a que esté

sujeto el bien, ya que dicho tercero de ningún modo está sometido a la vinculación genérica de todo su patrimonio que establece el artículo 1911 del Código Civil respecto del deudor u obligado por el vínculo contractual del préstamo correspondiente que dio origen a la vinculación del bien que es objeto de realización.

2. Comunicaciones del Registrador

A su vez, con la expedición de la certificación de dominio y cargas, el Registrador debe comunicar la existencia de la ejecución a los titulares de derechos que figuren en la certificación y que aparezcan en los asientos posteriores al del ejecutante, siempre que su domicilio conste en el Registro (artículo 659.1 LEC), y no deberá realizarse esta comunicación a los titulares de derechos que se inscribieran con posterioridad a la certificación de dominio y cargas, siempre y cuando éstos ya tengan el oportuno conocimiento por la nota marginal que contempla el artículo 656 citado anteriormente, si bien podrán intervenir en el avalúo y en otras actuaciones que les afecten.

La comunicación se efectuará por correo o telégrafo con acuse de recibo en el domicilio que conste en el Registro; si no constare el domicilio o la comunicación fuere devuelta, se practicará mediante edicto a insertar en el tablón de anuncios del Registro durante 15 días (artículo 660.1 LEC); sin embargo, la falta de tales comunicaciones o sus defectos no serán obstáculo para la inscripción del derecho de quien adquiera el inmueble en la ejecución. (art. 660.2). Este precepto despeja las dudas existentes con anterioridad en materia de nulidad de actuaciones, sobre todo en ejecuciones hipotecarias, ante la falta o la práctica defectuosa de las notificaciones de titulares de cargas posteriores que contemplaba la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, pues expresamente se dice que tales anomalías no conducen a la no adquisición del inmueble en ejecución. Pero desde luego sí parece claro que los perjudicados por tales deficiencias podrán reclamar su crédito en la vía declarativa correspondiente.

Esta función del Registrador algunos autores como SAGRARIO ARROYO GARCÍA la entienden propia del Tribunal; sin embargo no hay discrepancia en que la vía de apremio se siga ante el órgano judicial y tal ejecución, que desde luego posee efectos registrales importantes, se notifique por el Registrador entendiéndose que lo que notifica no es una ejecución de bienes judicial, sino un efecto registral

relativo al dominio a los titulares que pueden verse afectados por una futura cancelación de sus asientos registrales.

El artículo 659.3 siguiente establece una especialidad consistente en que si los titulares de derechos posteriores al del ejecutante satisfacen, antes del remate, el importe del crédito, intereses y costas, dentro del límite de la responsabilidad que resulte del Registro (artículos 629 y 613.3) quedarán subrogados en los derechos del actor ejecutante hasta donde alcance el importe satisfecho, haciéndose constar el pago o consignación al margen de la inscripción o anotación del gravamen en que el acreedor se subroga y los créditos o derechos respectivos, debiéndose presentar en el Registro acta notarial de entrega de las cantidades indicadas o el mandamiento judicial expedido al efecto.

3. Información a los titulares de créditos anteriores y preferentes

A los titulares de créditos anteriores preferentes el tribunal, a instancia del ejecutante (art. 657.1), les comunicará la existencia de la ejecución para que informen sobre la subsistencia del crédito garantizado y su cuantía actual, entregándose los oficios al Procurador del ejecutante, quien se encargará de su cumplimiento.

Los acreedores informarán al Juzgado si subsisten o no, y en el supuesto de subsistir qué cantidad queda pendiente de pago, la fecha de vencimiento y en su caso, los plazos y condiciones en que el pago deba efectuarse. Si el crédito estuviese vencido y no pagado, informarán sobre los intereses moratorios vencidos y la cantidad a la que asciendan los intereses por cada día de retraso. Si la preferencia deriva de embargo anterior, se informará sobre la cantidad pendiente de pago por principal e intereses a la fecha de la información y los intereses por cada día de retraso y previsión sobre costas, todo ello con la finalidad de que los acreedores conozcan exactamente la cuantía de las cargas que pesan sobre el bien en ejecución que van a persistir tras la misma, a diferencia de las cargas posteriores que sí se cancelan. Pero llama la atención de forma negativa el hecho de que la Ley encomiende a un técnico en proceso como es el Secretario Judicial la compleja función de valorar el bien para la subasta con la deducción de los importes comunicados por titulares de cargas anteriores, función que debería haberse realizado a un perito contable en cualquier caso.

4. Comunicación de la ejecución a los arrendatarios y a los ocupantes de hecho y al tercer poseedor

El inmueble pudo ser arrendado con anterioridad a la ejecución, y por la existencia de la vía de apremio el titular no pierde la posibilidad de arrendar la vivienda o local hasta la venta judicial. La consecuencia es que en caso de arrendamientos antiguos, que persistirán tras la adquisición en subasta, es presumible la inexistencia de postores. En arrendamientos posteriores el tribunal podrá declarar a petición del ejecutante que el ocupante tiene o no derecho a permanecer en el inmueble, mediante auto sin ulterior recurso, con reserva de acciones posteriores. Será preciso también comunicar la ejecución al tercer poseedor, teniendo por tal al que adquiere el bien una vez se ha producido la anotación preventiva o expedido la certificación de cargas (art. 662.1), así como el usufructuario o titular del dominio útil de la finca embargada o hipotecada, y al nudo propietario.

5. Presentación de títulos

En la misma resolución en la que se mande expedir la certificación de dominio y cargas, el tribunal podrá de oficio o a instancia de parte, requerir al ejecutado para que en el plazo de 10 días presente los títulos de propiedad si el bien está inscrito e el Registro. Si los presentare, se le comunicará al ejecutante para que manifieste si los encuentra suficientes o proponga la subsanación de faltas que en ellos notare (art. 663).

Si el ejecutado no los presentare, el tribunal, a instancia del ejecutante, podrá emplear apremios para que los presente, obteniéndolos, en su caso, de los registros o archivos en los que se encuentren y, para ello, se podrá facultar al Procurador del ejecutante. Si no existieren títulos, podrán suplirse por los medios del título VI de la Ley Hipotecaria, y si el tribunal fuere competente se llevará a efecto dentro del proceso de ejecución (art. 664 LEC). En todo caso, a instancia del acreedor podrán sacarse los bienes a pública subasta sin suplir previamente la falta de títulos, haciéndose constar en los edictos.

Se observa que en la nueva regulación el requerimiento de títulos al deudor es un trámite potestativo y no preceptivo, consecuencia lógica de la reticencia en la práctica por parte del ejecutado a presentar dichos títulos, lo que dilatava enormemente el procedimiento.

6. Valoración del inmueble

El artículo 666 de la LEC se remite a los artículos 637 y siguientes de la misma para el avalúo. Este valor de tasación o justiprecio nada significa para los terceros licitadores, ya que el rematante habrá de subrogarse en los derechos anteriores y preferentes al del ejecutado y se extinguirán sólo los derechos de crédito posteriores sin preferencia. Para determinar el precio del bien a efectos de la subasta es de suma importancia la información que se haya obtenido de los acreedores preferentes en cuanto al importe de sus cargas.

Determinado el valor para la subasta por el Secretario Judicial, si el resultado fuera negativo, es decir, las cargas y gravámenes igualan o superan el valor de tasación, se alzarán el embargo, lo que quiere decir que la subasta carecerá de objeto por falta de interés económico, pues ningún postor pagará cantidad alguna si antes de pujar ya sabe que el bien le costará más de lo que vale. También es de aplicación el supuesto del artículo 643.2 de la LEC cuando por ser la diferencia mínima, aunque sea superior, previsiblemente en la subasta ni tan siquiera se pujará para cubrir los costes de la propia subasta, ya que en tal caso ésta igualmente carecerá de objeto por falta de interés económico, pues no se obtendría beneficio alguno ni para el ejecutante ni para el ejecutado.

III. ANUNCIO Y CELEBRACIÓN DE LA SUBASTA

1. Anuncio

Los artículos 643 a 654 de la Ley de Enjuiciamiento Civil realizan una regulación muy pormenorizada de la subasta de bienes inmuebles. Pese a que hubiese sido deseable que en la nueva regulación, y dada la mayor importancia de este tipo de bienes, la subasta de inmuebles se hubiese configurado como principal y más completa, persiste la idea de iniciar lo relativo a la subasta con la de muebles, que sirve como procedimiento tipo, quedando la de inmuebles para una sección posterior en que se recogen las especialidades que se han creído conveniente introducir.

1.1. Publicidad de los anuncios

La publicidad de los anuncios de la subasta que prevé el artículo 645 de la LEC se realizará en la sede del Tribunal, con veinte días de

antelación, cuando menos, al señalado para su celebración, debiendo entenderse por tal el tablón de anuncios, y en los lugares públicos de costumbre; añadido que según FRANCO ARIAS cabe suponer será de poca aplicación dado que la anterior regulación también lo mencionaba, sin que se entendiera que debía publicarse en otro lugar.

Establece igualmente el segundo párrafo del artículo 667 que el señalamiento del lugar, día y hora para la subasta se notificará al ejecutado, con la misma antelación, en el domicilio que conste en el título ejecutivo. No lo establece la ley, pero parece aconsejable en aplicación de la tutela judicial efectiva notificar también las fechas de las subastas al propietario o tercer poseedor de la finca, pues son los que efectivamente van a verse perjudicados por la privación del bien, máxime cuando el ejecutado es el obligado personal, pero sin ninguna titularidad sobre el bien especialmente afecto al cumplimiento de la obligación, al que la realización del bien mediante subasta puede producirle incluso la más absoluta indiferencia.

Realmente y respecto a este punto, en la práctica se ha venido entendiendo como lugares públicos de costumbre para publicar anuncios únicamente el tablón de anuncios del Juzgado, y a veces, como ocurre en la tramitación de los expedientes de dominio, en los tablones de los Ayuntamientos donde radicaba la finca en cuestión. Pero ateniéndonos al carácter imperativo de las normas procesales y al principio de seguridad jurídica debería haberse aprovechado la reforma legal para suprimir la referencia a la costumbre como generadora de efectos de índole procesal.

Se prescindía ahora de la publicación en periódicos oficiales como se venía haciendo hasta ahora y que era de dudosa utilidad, ya que difícilmente alcanzaba a la ciudadanía y sí a los subasteros, aunque servía como punto fijo de referencia a partir del que poder conocer todas las subastas que se llevaban a cabo, cosa que se perderá dado que el anuncio de la subasta puede realizarse a través de cualquier medio de publicidad.

Respecto a la publicación en periódicos oficiales, la nueva LEC debía ir acompañada de una reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial que finalmente no prosperó. En dicha reforma estaba prevista la derogación del artículo 236 de la Ley Orgánica del que cabe concluir que la publicación en periódicos oficiales es obligatoria y preferente a cualquier medio. Dicho artículo no ha sido derogado y ello puede plantear serias dudas sobre si sigue siendo necesario, en todo caso, la publicación del edicto de subasta también en los periódicos

oficiales. Dicho artículo también establece que la publicación a través de otros medios será a costa de quien lo solicite, lo que, hasta cierto punto al menos, entrará en contradicción con el artículo 645.2 de la LEC que permite al ejecutante repercutir al ejecutado los gastos de publicidad a través de la tasación de costas.

Dicha contradicción queda salvada al entender que la repercusión a quien lo solicite de la publicación será la norma o previsión genérica, como también se dispone en la LEC en su artículo 164 en sede de comunicación edictal de resoluciones judiciales en general. Sin embargo, de forma específica para la subasta, y en aras de su importancia como resolución destinada a una generalidad de personas y al público en general, a diferencia del resto de resoluciones judiciales que van dirigidas a una parte concreta y determinada que se halla en paradero desconocido, deberá ser de aplicación la previsión del artículo 645.2, es decir, que el órgano acuerde la publicación de los edictos que anuncian la subasta en periódicos oficiales, cuyo gasto será sufragado en principio por el ejecutante, pero podrá ser repercutido posteriormente al ejecutado a través de la tasación de costas.

1.2. Contenido de los edictos

En el edicto habrá de expresarse cuál es el órgano jurisdiccional ante el que se sigue la ejecución y que acuerda la celebración de la subasta que se anuncia, y el día, hora y lugar en que vaya a celebrarse. Deberá identificarse la finca de forma concisa y la valoración inicial, después de las deducciones correspondientes, en caso de que procedan. Se hará constar que la certificación registral y los títulos si existen están de manifiesto en Secretaría; que todo licitador se entiende que acepta como bastante la titulación, y que las cargas anteriores continuarán subsistentes, aceptando quedar subrogado en esa responsabilidad si se adjudica a su favor el remate (artículo 668).

El edicto deberá expresar con el posible detalle, la situación posesoria del inmueble o que, por el contrario, se encuentra desocupado, si se hubiera acreditado cumplidamente esta circunstancia al tribunal de la ejecución, así como la declaración que el tribunal hubiese realizado a instancia del ejecutante de que carecen los ocupantes del derecho a permanecer en el inmueble una vez enajenado (artículo 661).

Cuando además de los edictos se le dé publicidad a la subasta por otros medios, el contenido de los anuncios se acomodará a la naturaleza del medio que se utilice, procurando la mayor economía de cos-

tes, y podrá limitarse a los datos precisos para identificar el bien, el valor de tasación, su situación posesoria, el lugar y fecha de celebración de la subasta y la indicación del lugar o lugares en que se encuentren publicados los edictos (artículo 646). Es positivo que la nueva Ley sea consciente de lo oneroso que resultaba la publicación íntegra de los edictos en los Boletines oficiales, estableciendo los requisitos mínimos, fuera de todo formulismo jurídico, que deben contener tales edictos. Así, la identificación del bien quedaría perfectamente delimitada con la expresión del municipio donde se encuentra, número de finca registral y extensión y número de plantas, siendo superflua la limitación por linderos o descripción de todas las habitaciones de la vivienda.

1.3. Subasta simultánea

Un supuesto especial es la celebración de subasta simultánea (artículo 673), en cuyo caso deberá hacerse constar en los anuncios y se celebrará en el Juzgado donde se siga la ejecución y, mediante exhorto, en uno o varios juzgados donde radiquen la totalidad o parte de los bienes inmuebles objeto de subasta. Deberá instarse por cualquiera de las partes y se acordará por providencia, atendiendo a las circunstancias concurrentes. Los postores podrán acudir a cualquiera de los juzgados, y en el supuesto de existir posturas iguales, se podrá salvar el empate por vía telefónica o por otra vía (fax, correo electrónico, internet, etc.). En el supuesto de no poderse salvar el empate comparecerán ante el juzgado executor para celebrar licitación dirimente entre ellos. La contradicción del precepto es evidente si se tiene en cuenta que difícilmente se podrá salvar un empate en persona que no pudo realizarse telefónicamente, por ejemplo. La única explicación es otorgar un lapso de tiempo a ambos postores, entre la celebración telefónica y la personal, para que adopten una postura final, pero tales posturas límite normalmente son asumidas por los postores cuando acuden al acto de subasta, con lo que en la práctica un empate habría de ser imposible.

2. Celebración

2.1. Definición

Siguiendo a ROBLEDO VILLAR, la celebración de la licitación es fundamental para alcanzar posteriormente la aprobación y adjudica-

ción del remate. Su finalidad va dirigida a procurar la selección de aquella mejor oferta de entre todas las que se declaren admisibles, según las circunstancias concurrentes y la norma aplicable. De su desarrollo se obtiene el remate o mejor postura; pero su realización comporta una complejidad de actuaciones y manifestaciones de voluntad puesto que se trata de un proceso de verificación de concurrencia de los elementos subjetivos necesarios para acceder a la licitación y otros de carácter objetivo en cuanto a admisibilidad de postores y de sus ofertas de adquisición.

2.2. Comprobaciones preliminares

El acto de la subasta propiamente dicha se caracteriza por ser una actuación compleja que se caracteriza por la sucesión de diversos momentos procesales. En primer lugar deberá efectuarse una comprobación de los requisitos necesarios para la celebración, un llamamiento a los postores, con identificación de los mismos y valoración a priori de su capacidad para intervenir en el acto. Además se procederá a una información preliminar a los asistentes, comprobación de su previa consignación, apertura de pliegos cerrados, licitación, publicación de la mejor postura, y documentación en el acta correspondiente.

En base al primer cometido, deberá procederse por el director de la licitación a la comprobación exacta y efectiva de las inserciones y publicaciones de edictos acordadas en el procedimiento, así como a un reconocimiento breve y general de la situación jurídica de los bienes inmuebles embargados, ya que de no hallarse acreditada la publicidad la licitación estaría viciada de nulidad. Por lo tanto, de la gravedad en la falta de publicidad de los edictos (no es lo mismo la ausencia total de publicidad, que la publicación por un día menos del tiempo acordado) dependerá que se celebre o no efectivamente el acto de subasta.

2.3. Requisitos para pujar

Para tomar parte en la subasta se exige que los interesados consignen en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones o presten aval bancario por el 30% del valor que se haya dado al bien subastado (artículo 669.1), con la finalidad esencial de impedir la participación de quienes no tengan intención en adjudicarse efectivamente el bien subastado.

No podrá admitirse la intervención de postores que no reúnan aparentemente la capacidad suficiente para participar en la subasta.

El artículo 648 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite que se puedan hacer **posturas por escrito** en sobre cerrado siempre que conste la identificación del postor, declaración de conocer las condiciones de la subasta, presentación de justificante de ingreso para pujar en la subasta y la postura ofrecida. Con gran acierto la ley despeja la incógnita tradicional sobre el momento de la apertura y publicidad de la postura realizada por escrito, estableciéndose dicho momento en el inicio del acto de la subasta. De entender que se hiciera al finalizar la misma, se estaría concediendo mayores derechos al ausente que al presente en el acto de la subasta, que no podría mejorar la postura escrita. Al hacerlo al inicio además se eliminan las pujas inútiles por debajo de la postura escrita.

Asimismo deberán identificarse de forma suficiente, declarar que conocen las condiciones generales y particulares de la subasta y presentar resguardo de la consignación o el aval. Esta declaración de que conocen las condiciones generales puede devenir dilatoria en la práctica, en el caso de multitud de postores, de manera que no hay obstáculo legal para que por el juzgado se realice de forma genérica y conjunta la declaración de dar por conocidas dichas condiciones, antes de comenzar la puja. Si el licitador hace el depósito con cantidades recibidas en todo o en parte de un tercero, que normalmente es una entidad financiera, como parte del préstamo que ha concertado, se hará constar esa circunstancia en el resguardo a los efectos del destino de los depósitos (artículo 647).

El ejecutante sólo podrá tomar parte en la subasta cuando existan otros licitadores, innovación legislativa que se entiende para evitar adjudicaciones de inmuebles por cantidades irrisorias no discutibles por licitante alguno, pero no tendrá necesidad de consignar ninguna cantidad, exención que responde al legítimo interés que se supone de buen fin en dicho ejecutante, y al hecho de que no le sea más oneroso de lo que ya le resulta la ejecución (además del crédito impagado, gastos del procedimiento, ejecución y vía de apremio).

2.4. El acto de la subasta. (Art. 670)

Será presidido por el Secretario Judicial. Comenzará por la lectura de la relación de bienes y las condiciones de la subasta. Seguidamente se dará paso a anunciar las posturas de los licitadores

que se vayan produciendo, terminándose el acto cuando el secretario lo estime conveniente por entender que no habrá nadie que mejore la última postura, haciendo el anuncio de la misma y manifestando el nombre de quien la haya formulado. Terminada la subasta se levantará acta de ella, expresando el nombre de quienes hubieran participado y las posturas que hicieron (art. 649). El sistema de pujas consiste en la sucesiva y progresiva emisión de ofertas de adquisición de forma verbal por los diferentes participantes, intervenciones que serán moderadas por el director de la licitación. Toda oferta emitida por los concurrentes se denomina postura y es limitada a una cantidad concreta, siempre ascendente respecto a la anterior. El orden de la intervención en la licitación puede partir de un postor cualquiera cuya oferta iguale o supere el tipo inicial, si éste existiere, concediéndose la palabra seguidamente a todo aquel que, admitido en la licitación, supere la postura anterior. La determinación de este postor inicial podrá ser conforme a criterio determinado que tome en consideración el secretario, como aquél que acredite haber realizado el depósito con anterioridad a los demás; también puede aceptarse el orden establecido por la manifestación al Juzgado del deseo de participar en la licitación e incluso, el postor inicial puede ser el acreedor cuando éste desee participar en las pujas.

Se sustituye el sistema de tres subastas por el de subasta única, lo que parece razonable, al quedar con anterioridad normalmente desiertas la primera y segunda subastas, adjudicándose los bienes en la tercera. Con el objetivo de impedir el malbaratamiento de los bienes en provecho sólo de los profesionales de las subastas, la LEC permite una rebaja o depreciación máxima de hasta un 30 % del valor del bien con carácter general, de modo que si **la mejor postura es igual o superior al 70 %** del valor por el que la finca ha salido a subasta, el tribunal aprobará el remate por medio de auto. No se limita el mínimo de la postura inicial, a diferencia de la regulación anterior. Ahora el mínimo se ubica en la postura final, por lo que se podría comenzar la puja con una sola peseta o euro, siempre y cuando se alcanzara ese mínimo del 70 % citado como requisito para aprobar el remate en ese acto.

Cuando la mejor postura alcance dicho 70 % pero el licitador ofreciera pagar a plazos se hará saber al ejecutante, quien podrá pedir que se le adjudique por el 70 %; y si no hace uso de ese derecho, se aprobará el mejor remate de la mejor postura con las condiciones y garantías ofrecidas.

Al margen de fundar la actuación judicial en la obtención de la mayor rentabilidad posible, el Secretario Judicial como director de la licitación podrá contribuir a evitar la práctica de maniobras fraudulentas encaminadas a monopolizar los remates por los postores habituales en las licitaciones. Ello sucede en ocasiones, cuando dos postores se confabulan para asegurarse, con un mínimo coste, la no participación de terceros en la licitación. Uno de ellos emite una determinada puja e inmediatamente, el otro ofrece una oferta superior y desorbitada en relación al valor real del bien, con lo que el resto de participantes desisten de superarla. Ante ello, el primer postor solicita la reserva de su postura en previsión de una posible quiebra de la subasta, situación que efectivamente se producirá posteriormente. Automáticamente se producirá la aprobación del remate a favor de la postura siguiente sin peligro ya de superación; el coste de la maniobra se reduce al importe de lo consignado por el postor que emitió la postura quebrada, todo lo cual ocasiona perjuicios al acreedor ejecutante, a los otros postores y al deudor, que ve desaparecer su derecho a un posible remanente.

Para evitar estas maniobras, el presidente de la subasta puede advertir de palabra de la posibilidad de quiebra de la licitación e invitar, si así lo desean a todos los postores para que emitan posturas intermedias que quedarán reservadas con la conformidad de dichos postores, en previsión de la quiebra.

Si **la mejor postura fuera inferior al 70 %** el ejecutado podrá, en el plazo de diez días, presentar un tercero que mejore la postura superando el 70 % o que siendo inferior **satisfaga el derecho del ejecutante**. Ello puede ocasionar un malbaratamiento del bien en casos de créditos de escasa cuantía en proporción al valor del bien realizado, ya que la LEC no fija un crédito tope en cuanto al mínimo de ese crédito como requisito para aprobar el remate. Esta circunstancia ha de llevar a la práctica de los juzgados a una adecuación o equivalencia a priori, aunque ciertamente es una labor difícil de realizar, entre el crédito del ejecutante y el valor del inmueble, si se quiere evitar que se adjudiquen fincas por cuantías desproporcionadas a su valor.

Cuando el ejecutado no presente tercero que mejore la postura, ni el ejecutante pida la adjudicación en pago, se aprobará el remate a favor del mejor postor, siempre que haya ofrecido al menos **el 50 %** o que, siendo inferior, **cubra al menos la cantidad** por la que se haya despachado ejecución, con la previsión de intereses y de costas. En este supuesto surge el mismo problema que en el caso del párrafo

anterior. Cuando la Ley establece que ha de incluirse la previsión para intereses y costas, no indica quién ha de realizar tal previsión. Ha de entenderse que será a criterio del tribunal, partiendo de la solicitud por dichos conceptos que realice el ejecutante. Otra posibilidad consiste en que el propio ejecutante aporte en el acto de la subasta las minutas para incluir en costas y la liquidación de intereses a la fecha de la subasta, de manera que el Secretario pudiera en dicho acto practicar las operaciones correspondientes, aunque por otro lado es ajustado y precipitado pretender que dichas operaciones que en numerosas ocasiones requieren gran minuciosidad puedan realizarse en un lapso tan corto de tiempo.

Si tampoco la mejor postura cumple estos requisitos, **el tribunal resolverá**, oídas las partes, sobre la aprobación del remate a la vista de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta especialmente la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación por la que se procede, las posibilidades de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, el sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor y el beneficio que de ella obtenga el acreedor. Cuando el tribunal deniegue la aprobación del remate, el bien se podrá adjudicar en pago al acreedor a instancia del mismo y por el 50 % de su valor en tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, o se procederá al alzamiento del embargo.

Es preciso en este punto analizar los criterios citados a tener en cuenta por el tribunal para aprobar o no el remate cuando el mejor postor ofrece postura que no cubre el 50 % ni el importe del crédito:

1.º Conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación por la que se procede. Esta amplitud y subjetividad del concepto atenta al espíritu de seguridad jurídica y modernidad que impregna la LEC. ¿Qué conducta procesal ha de esperarse del deudor para aprobar o no el remate? Podría entenderse que si el ejecutado reconoce la deuda manifestando no poder hacerle frente por un revés económico no se aprobaría el remate, y en cambio si ha estado obstaculizando la ejecución con recursos sin fundamento al límite del abuso del derecho sí se aprobaría el remate. Sin embargo tal conclusión parece que premia o castiga un comportamiento en el proceso que cualquiera que sea, se ampara en la tutela del artículo 24 de la Constitución, correspondiendo en todo caso al Tribunal la inadmisión en su caso de comportamientos del ejecutado que contradi-

gan las reglas de la buena fe, amparado además en el artículo 247 de la LEC.

2.º Posibilidad de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes. De manera que existiendo otros bienes a realizar procederá no aprobar el remate; pero desde luego supone un gasto desmesurado llegar a este punto de la realización para que la misma quede sin efecto.

3.º Sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor. Ha de entender que procederá aprobar el remate si el sacrificio patrimonial para el ejecutado es mínimo en relación con su patrimonio, pero también lógicamente hay que entender que nunca se dará este supuesto, pues de ser así el propio ejecutado no habría permitido tal depreciación de un bien de su propiedad, e incluso habría pagado la deuda antes de la realización del mismo, a no ser por mala fe o negligencia, en cuyo caso desde luego, de apreciarse así por el tribunal, procedería la aprobación del remate.

4.º Beneficio que de la aprobación del remate obtenga el acreedor. Si a pesar de no cubrir su crédito (pues en ese caso se habría aprobado el remate según las reglas anteriores) la postura ofrecida queda cerca de cubrirlo, parece que procede aprobar el remate, pues el acreedor quedaría casi satisfecho.

A pesar de que por algún sector doctrinal el concepto del remate se extiende a la celebración del acto procesal de selección o subasta en sentido estricto, la concepción más actual y a la que se refiere la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 670) es de remate como precio final o postura máxima ofrecida aprobada por el tribunal. Sobre todo esta concepción ha adquirido relieve desde la configuración del Secretario Judicial como director de la subasta, ya que con anterioridad a la reforma operada por la Ley 10/92 de 30 de abril en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, la subasta era presidida por el Juez, quien en el mismo acto de la subasta, y documentado en el mismo acta que se extendía, aprobaba el remate o mejor postura, con las consecuencias procesales correspondientes. Pero dirigir la subasta el Secretario, a quien la Ley no concede facultades para aprobar el remate, el acto finaliza con la constancia por el Secretario en el acta de la mejor postura ofrecida, siendo el juez quien, seguidamente (se entiende que tras la dación de cuenta del secretario), y mediante auto, aprueba el remate. Esta ruptura de la unidad de acto que existía con anterioridad no entorpece el proceso de realización, siempre y cuan-

do el tribunal respete los plazos procesales, pero por otro lado, siendo la aprobación del remate un acto carente de toda actividad jurisdiccional, no se ve inconveniente alguno en que hubiese sido aprobado por el propio secretario en el mismo acto de la subasta. Así, la aprobación del remate tal y como se configura en la ley, no añade nada a la decisión del director de la licitación, pues la mejor postura seleccionada por el secretario está llamada a convertirse, necesariamente, en remate aprobado por el juez, a salvo las especialidades en las posturas ofrecidas por debajo de los topes legales inicialmente fijados, y que requieren para su aprobación previa audiencia de determinados interesados, como se ha expuesto anteriormente.

2.5. Subasta sin postor. (Art. 671 y por remisión art. 651)

No puede entenderse en este punto como postor al ejecutante, pues claramente el artículo 647.2 establece que éste sólo podrá tomar parte en la subasta cuando existan licitadores. En tal caso de ausencia de licitadores, se concede al ejecutante la posibilidad de adjudicarse el bien por el 50% de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. De no ejecutarse esta opción en el plazo de veinte días, el ejecutado podrá pedir que se alce el embargo. Esta posibilidad, incluida la amplitud el plazo que se concede, tiene por finalidad que el ejecutante pueda reflexionar sobre la doble opción citada. Si no la ejercita ello implica que la subasta no ha servido para satisfacer la pretensión del acreedor, o que el valor del bien es nulo, pues ni siquiera tiene interés para el acreedor pese a lo reducido del porcentaje, careciendo de utilidad mantener el embargo.

Este supuesto, posible teóricamente, deviene difícil de producirse en la práctica, ya que si el bien objeto de subasta no es viable, a juicio del ejecutante, para satisfacer su crédito, bien por su escaso valor o por su alta peritación, renunciaría a su realización en subasta, y, en caso contrario, no dudaría en adjudicárselo como mínimo por el importe de su crédito, si éste es inferior al 50% del valor del bien.

2.6. Adjudicación en pago. Remate y adjudicación

La adjudicación se caracteriza por ser el modo normal de finalización del procedimiento de enajenación forzosa. La declaración judicial que transmite la titularidad dominical se puede identificar en ocasiones con el remate o acto mediante el cual se declara la mejor

postura, sobre todo tras el apoyo que brinda en la actualidad el artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre posibilidad de inscripción registral del auto aprobatorio del remate, que se comenta más adelante. El origen y justificación de este uso, como sinónimos de palabras que no lo son, se halla en la propia terminología utilizada tradicionalmente por nuestros textos positivos, que da lugar a imprecisiones.

En realidad **remate y adjudicación** son dos conceptos diferentes pero complementarios. Dejando sentado que el remate es la mejor postura ofrecida en subasta aprobada por el órgano judicial, la adjudicación puede hacer referencia a dos supuestos:

En primer lugar, adjudicación como transmisión directa al ejecutante del bien subastado, sin necesidad de pujar ni aprobación de remate alguno, en los casos y con las formalidades, que establece la ley, lo que se conoce como adjudicación en pago y se regula en el artículo 670 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En segundo lugar, adjudicación como final del proceso de realización forzosa que tiene lugar cuando, una vez aprobado el remate, es consignado el resto del precio dentro del término legal. La inicial aprobación del remate no será en todos los casos, un acto perfecto que la adjudicación únicamente tendrá que ratificar, aunque así será en la mayoría de los supuestos.

A pesar de que algún sector doctrinal distingue entre aprobación inicial del remate y aprobación definitiva del mismo, una vez se ha consignado el precio, el texto legal actual no acoge esta doble vertiente del remate, y distingue claramente en el artículo 670.1, 670.4 párrafo segundo entre aprobación del remate o adjudicación al acreedor como dos figuras válidas para tener acceso a la transmisión dominical. Sobre todo ello aparece en el artículo 670.7 «En cualquier momento anterior a la aprobación del remate o de la adjudicación al acreedor...» y en el artículo 674: «Será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad el testimonio, expedido por el Secretario Judicial, comprensivo del auto de aprobación del remate, de la adjudicación al acreedor...», siempre y cuando se haga constar en el primer caso, en el testimonio, que se ha consignado la totalidad del precio o el rematante ha obtenido crédito para atender el pago del precio del remate.

Así, queda claro a la vista de la regulación actual, que adjudicación y remate quedan perfectamente diferenciados, sin que deba existir

una adjudicación posterior a la aprobación del remate, bastando simplemente la expresión, en el testimonio expedido, de que se han cumplido los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria para que el título tenga acceso al registro. Ello viene referendado en el supuesto que recoge la ley de la necesidad en que puede verse el rematante que para pagar el resto del precio necesita constituir hipoteca sobre la finca que se le adjudica. En tal caso la ley permite al Secretario expedir **inmediatamente** testimonio del auto de aprobación del remate, **aún antes de haberse pagado el precio** (artículo 670.6), lo que evidencia que, fuera de este supuesto especial, dicho testimonio deberá expedirse una vez conste pagado la totalidad del precio del remate.

A la vista de lo expuesto, el ejecutante puede adjudicarse el bien subastado bien tomando parte en la subasta o bien solicitando la adjudicación en determinados supuestos. Para su viabilidad se exige, por una parte, que en la subasta pública no se alcancen posturas que satisfagan tanto el interés del ejecutado como de la propia ejecución, de modo que el resultado fuera el malbaratamiento del bien subastado; por otra parte, es preciso que el acreedor solicite para sí la adjudicación de los bienes para evitar consecuencias más perjudiciales para él, como podría llegar a ser el levantamiento del embargo. Estas características diferencian la adjudicación en pago de la posible concurrencia del acreedor a la subasta para mejorar las posturas de los demás licitadores sin necesidad de previa consignación. Tiene lugar la adjudicación en pago:

- Por el 70 % del valor de salida cuando se hicieren posturas que superen el 70 % del valor del bien, pero ofreciendo pagar a plazos (art. 670.3).
- Por el mismo porcentaje o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos cuando la mejor postura sea inferior a esta cantidad y el ejecutado no presente persona que ofrezca cantidad superior al 70 % o, siendo inferior, resulte suficiente para satisfacer al ejecutante superando la mejor postura (art. 670.4).
- Por el 50 % de su valor de tasación, o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, si en el acto de la subasta no hubiera ningún postor (art. 671).

La adjudicación produce la transmisión de la propiedad de los bienes al ejecutante, siendo inscribible el testimonio del auto aprobando la adjudicación de acuerdo con las normas generales.

2.7. Subasta en quiebra

Por remisión del artículo 655 es de aplicación en este punto la regulación establecida para el caso de quiebra de la subasta de bienes muebles en el artículo 653.

Así, si ninguno de los rematantes consignare el precio en el plazo señalado o si por su culpa dejare de tener efecto la venta, perderán el depósito que hubieren efectuado y se procederá a una nueva subasta, salvo que con los depósitos constituidos por aquellos rematantes se pueda satisfacer el capital e intereses del crédito del ejecutante y las costas. Los que pueden dar lugar a la quiebra de la subasta son tanto el mejor postor como aquellos que hubieran solicitado mantener los depósitos para el supuesto de que el mejor postor incumpliera. Los depósitos de los rematantes que provocaron la quiebra de la subasta se aplicarán a los fines de la ejecución, es decir, al pago al ejecutante, y el resto, si lo hubiere, se entregará a los depositantes. En este supuesto no habrá una segunda subasta en quiebra, aunque ciertamente será difícil que se de en la práctica, ya que las pretensiones del ejecutante se habrán visto satisfechas y por otro lado además el ejecutado podrá pedir que se alce el embargo y quede liberado el bien.

Pero si los depósitos de los rematantes no fueran suficientes para satisfacer al acreedor se deberá celebrar la subasta en quiebra, y el depósito o depósitos consignados se destinarán, en primer lugar, a sufragar los gastos de la nueva subasta y el resto, si lo hubiere, se añadirá a las sumas que se obtuvieren en la segunda subasta. Además de las medidas prácticas expuestas con anterioridad para evitar la quiebra de la subasta, el Código Penal tipifica las conductas de quienes «solicitaran dádivas o promesas para no tomar parte en un concurso o subasta pública; los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio; los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate, o los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación». En el caso de que se observe por el Secretario alguna de estas conductas durante la licitación, deberá deducir testimonio de lo actuado para la incoación del correspondiente procedimiento penal, si bien hay que tener en cuenta que en tales hechos delictivos es difícil probar tanto los hechos como el ánimo de fraude.

Pagados los gastos de la subasta, el sobrante y las sumas que se obtengan en esa segunda subasta se destinarán a pagar al ejecutante

por los conceptos de principal, intereses y costas, y si existiera sobrante, el ejecutado tendría derecho a percibir la diferencia entre la mejor postura de la primera subasta y el remate aprobado en la subasta en quiebra, y se le compensará por la disminución del valor del bien entre la primera y la segunda subasta. Sólo después de efectuada esa compensación, se podrá devolver lo que quede a los depositantes. Sin embargo, tal diferencia de valor del bien entre la primera y segunda subasta será difícil de calcular, a no ser que volviera a tasarse el bien o el ejecutado presentara informes acreditativos del nuevo valor. Resulta además paradójico que se prevea en la ley un nuevo valor del bien en el tiempo que media entre la primera subasta y la subasta en quiebra, cuando no lo ha previsto a lo largo de la ejecución si los distintos trámites entre avalúo y subasta se dilatan en el tiempo.

A su vez, el artículo 653.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece un supuesto en el que se hace innecesario celebrar la subasta en quiebra. Si el postor hubiera efectuado el depósito con dinero de un tercero, y así lo hubiere hecho constar, a tenor de lo establecido en el artículo 647.1.3.º, si resultare aprobado el remate a favor del postor y éste en el plazo de 20 días no pagase la diferencia (art. 670), la persona que pagó en todo o en parte el depósito podrá solicitar se dicte auto aprobando el remate a su favor, consignando simultáneamente la diferencia entre lo depositado y el precio del remate, para lo que dispondrá del mismo plazo concedido al rematante para efectuar el pago, a contar desde la finalización del mismo. Es preciso hacer la salvedad, en cuanto al cómputo del plazo, que obviamente la persona que pagó el depósito, a menos que esté personado en los autos, desconocerá el hecho del impago por el rematante de la diferencia. Por ello se entiende que ha de ser notificado por el Juzgado de la posibilidad que se le otorga de pagar él la diferencia y adjudicarse el remate, contándose el plazo así desde esta notificación, sin que opera de forma automática una vez expira el anterior. Según FRANCO ARIAS se trata de una medida, oportuna pues facilitará que las entidades financieras u otros terceros se presten con mayor facilidad a financiar este tipo de operaciones (préstamos para cubrir el depósito previo para licitar), y, por otro lado, puede evitar también la quiebra de la subasta, aunque existe la posibilidad de que los sujetos que habitualmente se dedican a participar en las subastas no intentan convertir dicha posibilidad en una manera encubierta de ceder el remate.

Es acertada la innovación en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 relativa a que, sentado que el ejecutante no ha de consignar can-

alidad alguna para participar en la subasta, si se aprueba el remate a su favor, y con carácter previo al inicio del cómputo de los veinte días para consignar el precio, se procederá por el Secretario Judicial a la liquidación de lo que se deba por principal, intereses y costas, y sólo una vez notificada esta liquidación al ejecutante, éste consignará la diferencia, si la hubiere (artículo 670.2). Con ello se evita la carga para el ejecutante de tener que realizar una consignación que muchas veces es elevada, totalmente efímera en el caso de que lo que se le debe sea superior al precio, y todo ello por encuadrar la operación en el anterior marco legal.

IV. TRÁMITES POSTERIORES A LA SUBASTA

1. Cesión del remate

A pesar de su escasa regulación, la cesión de remate constituye la base de la gran mayoría de las transmisiones patrimoniales mediante subasta, siendo el aumento de su utilización progresiva por los participantes en la licitación, ya que incrementa la rentabilidad de la enajenación forzosa, y por otro lado mantiene en el anonimato, evitándole tener que acudir a la licitación pública, al definitivo adquirente del bien. El aspecto negativo de esta institución viene dado por la confluencia de intereses particulares de aquellos participantes en las pujas especializados en la adquisición, a precio irrisorio, del bien objeto de enajenación forzosa, para posteriormente aprovecharse económicamente de la posterior transmisión. Por ello la cesión del remate resulta una figura controvertida en cuanto a la conveniencia de utilización, y el legislador, consciente de ello, limita la posibilidad de ceder el remate sólo al ejecutante (artículo 647 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). El nuevo texto legal procesal civil debería haber regulado por tanto más profusamente esta figura, tan utilizada en la práctica.

Siguiendo a ROBLEDO VILLAR, la cesión del remate se trata de una *actuación procesal*, no sólo por la naturaleza de las leyes que la contemplan, sino también porque supone un conjunto de actos jurídicos de las personas que en ellas intervienen, así como del órgano jurisdiccional; tales actos permiten que la cesión se desarrolle y que produzca sus efectos principales de modo directo e inmediato, en el propio proceso. Es también una *actuación pública y colectiva*, ya que en su realización intervienen una pluralidad de personas interesadas

directamente y que puede ser presenciado por cualesquiera otras. Y también *solemne* por cuanto sometida a requisitos de forma y tiempo, además de la debida documentación bajo la fe pública judicial en forma de acta.

Son requisitos de la cesión la voluntad del cedente y del cesionario, verificadas ante el juzgado, lo que produce una transmisión de la posición jurídica a favor de este último de la posición jurídica que ocupa el que ha sido declarado judicialmente mejor postor, tras superar un sistema de pujas. ¿Ha de verificar el juzgado la capacidad del cesionario? Al no regir para él las condiciones específicas de capacidad para intervenir en la subasta establecidas en el artículo 647, deberá evaluarse por el tribunal los requisitos generales para obligarse, con el añadido de que en caso de personas jurídicas, comparezcan por ellas quien legalmente las represente, dejando testimonio del poder correspondiente en los autos para mayor garantía. No ha de olvidarse que será preciso recabar todos los datos del cesionario que deban tener acceso al Registro posteriormente, al dictar el auto de adjudicación. Concretamente, y en el caso de que el cesionario sea persona física, conocer si es casado y en qué régimen matrimonial. Dependiendo de que rijan la presunción de un sistema matrimonial u otro (sociedad de gananciales o separación de bienes), en el caso de que el cesionario manifieste un régimen matrimonial diferente al acogido por la presunción legal, deberá acreditarlo para que surta el efecto legal correspondiente en su adquisición.

La cesión ha de realizarse ante el tribunal que conoce el proceso de ejecución, previa o simultáneamente al pago del resto del precio del remate, es decir, dentro del plazo de los veinte días otorgados tras la aprobación del remate. En todo caso, la fijación y cómputo del plazo para efectuar válidamente la cesión corresponde al órgano judicial al dictar y ejecutar la aprobación del remate, sin que competa posteriormente al Registrador examinar los fundamentos de las resoluciones judiciales.

2. Destino de las sumas obtenidas en la subasta

2.1. Intereses y costas en la ejecución

El artículo 672 deja bien claro que el precio del remate debe utilizarse en primer lugar para satisfacer totalmente al ejecutante respecto no sólo del principal, sino también de los intereses y costas real-

mente producidos, para lo cual será preciso que por el Secretario se practique tasación de costas y liquidación de intereses, que deberán ser solicitados por el ejecutante.

La condena en costas viene determinada por el auto que despacha ejecución, y ello aunque el deudor satisfaga lo debido en el mismo acto del requerimiento, en que serán de su cargo todas las costas causadas hasta ese momento, salvo que justifique que, por causa que no le sea imputable, no pudo efectuar el pago antes de que el acreedor promoviera la ejecución (artículo 583.2). Este precepto deja en el aire el procedimiento que ha de seguir esta alegación, así como su resolución y posibles recursos. Será preciso entender que tras la alegación el tribunal podrá dar traslado de la alegación al ejecutante y resolver lo que estime, resolución que sólo será recurrible en reposición.

Con carácter general, se dispone el último párrafo del artículo 539 que las costas del proceso de ejecución serán a cargo del ejecutado e excepción de las que la ley prevea expresamente que se impongan a alguna de las partes, y ello sin que sea necesario expresa imposición, pero hasta su liquidación, que será en el momento de la aprobación del remate y consignación del precio que fuera superior a lo que se debe por principal, el ejecutante deberá satisfacer los gastos y costas que se vayan produciendo, salvo los que correspondan a actuaciones que se realicen a instancia del ejecutado o de otros sujetos.

No ofrece duda la inaplicabilidad en ejecución de los límites cuantitativos sobre costas que establece el artículo 394 de la misma Ley para los procesos declarativos, pudiendo por tanto las costas sobrepasar dichos límites en el proceso de ejecución, siempre y cuando resulten acreditados los gastos satisfechos o las actuaciones realizadas.

En cuanto a la liquidación de intereses, será una operación aritmética mediante la que se aplicará el interés correspondiente en cada caso, que vendrá dado por el título que sirve de punto de partida a la ejecución. El procedimiento de liquidación es ambiguo en la ley, que como fiel reflejo de la anterior, únicamente regula en los artículos 712 y siguientes de la misma el procedimiento para liquidar daños, perjuicios, frutos, rentas o rendición de cuentas, con posibilidad de convocatoria a juicio verbal en caso de impugnación de la liquidación practicada. Aborrece al más elemental sentido de la economía procesal que por una disconformidad en una cuantía mínima se ponga en marcha el aparato judicial, con citación a juicio, constitución del tribunal, grabación con cámara, etc, por cuantías que pueden ser irrisorias, siempre y cuando se estime que los intereses tienen la conside-

ración de daños o perjuicios, y no realmente de una consecuencia procesal de la mora en el pago perfectamente líquida si se tiene en cuenta que los porcentajes a aplicar siempre vienen dados. En este último caso, no hay cobertura legal para la práctica de la liquidación de intereses, pudiéndose adoptar la solución práctica anterior a la Ley de Enjuiciamiento actual, es decir, su práctica por el Secretario Judicial a instancia de parte, y resolución posterior por auto apelable en el caso de ser impugnada la liquidación. Otra solución es dar traslado a la parte contraria para, si se conforma, aprobar los intereses según minuta aportada, y en caso contrario, resolver directamente la impugnación mediante auto del tribunal también apelable.

2.2. Reparto del sobrante

Una vez pagados los intereses y las costas, y si existe sobrante, se retendrá para el pago de quienes tengan su derecho inscrito o anotado con posterioridad al del ejecutante. Si satisfechos estos acreedores aún existiere sobrante, se entregará al ejecutado o al tercer poseedor, sin perjuicio del destino que deba darse al remanente cuando se hubiera ordenado su retención en alguna otra ejecución singular o en cualquier proceso concursal.

El último inciso plantea la duda de cómo se distribuye el sobrante si concurren cargas posteriores con rango registral con retenciones o embargos extrarregistrales. Claramente debe atenderse con preferencia, y atendiendo al principio de prioridad registral, las cargas posteriores anotadas en el registro, y sólo una vez satisfechas las mismas, atender a los embargos de sobrante, así como las retenciones ordenadas por otros juzgados, que deberán respetar el mismo rango registral, y ello por razones de seguridad jurídica basada en la publicidad de los datos del Registro, y en aplicación de la preferencia de créditos establecida en el artículo 1.923 del Código Civil.

Si la orden proviene de un juicio concursal que afecta al ejecutado, y no existía razón que justificara una ejecución singular en proceso independiente como la llevada a cabo, según FRANCO ARIAS deberá remitirse el importe obtenido para su equitativa distribución en el proceso concursal sin utilizarlo ni tan siquiera para satisfacer al ejecutante. Pero si no es así, debe analizarse previamente a la remisión si existe realmente derecho a ella (artículo 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Si proviene, por ejemplo, de un juicio concursal que afecta a uno de los terceros titulares de cargas no preferentes, sólo se

deberá remitir el importe que a dicho titular de cargas posterior le pueda llegar a corresponder.

¿Cuál es el **procedimiento** a seguir para el reparto del sobrante? El número segundo del citado artículo 672 se limita a señalar al respecto que cualquier interesado podrá solicitar al tribunal que se requiera a los titulares de cargas posteriores para que, en el plazo de treinta días acrediten la subsistencia y exigibilidad de sus créditos y presenten liquidación de los mismos. Aunque parece que sólo a instancia de parte pueden tener lugar los requerimientos, hay que entender que también el tribunal puede acordarlos de oficio con la finalidad de dar un destino correcto al sobrante, ya que de lo contrario, y en caso de no ser solicitado por ningún interesado, dicho sobrante permanecería *sine die* en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del juzgado al no conocer el importe exacto de los créditos.

En el plazo otorgado, si existen liquidaciones o alegaciones, se dará traslado de las mismas a quien haya promovido el incidente, para alegaciones y prueba documental en el plazo de diez días. El tribunal resolverá a continuación, por medio de auto no recurrible, lo que proceda, a los solos efectos de la distribución de las sumas recaudadas en la ejecución y dejando a salvo las acciones que pudieran corresponder a los acreedores posteriores para hacer valer sus derechos cómo y contra quién corresponda. Se ha de insistir en el hecho de que de oficio viene obligado el tribunal a la distribución conforme a derecho del sobrante a pesar del silencio de los posibles interesados, siempre que conste acreditado en autos la preferencia, exactitud, liquidez y exigibilidad de su crédito. Es acertada, por otro lado, la resolución en la misma ejecución en lugar de la remisión al declarativo correspondiente, que por supuesto siempre queda expedito para los interesados.

Si el plazo de los treinta días transcurre sin que ningún acreedor haya presentado la liquidación de su crédito, se dará al remanente el destino acordado inicialmente, es decir, a los titulares de cargas posteriores y cargas no preferentes, con lo cual se da la paradoja de que el Juzgado para averiguar dichos titulares haya de requerirlos de oficio, como ya se ha dicho, con independencia de que se haya o no solicitado por algún interesado.

3. Inscripción de la adquisición y cancelación de cargas

A tenor del artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que proceda la inscripción de la adquisición en el Registro de la

Propiedad, el adquirente deberá presentar testimonio, expedido por el Secretario, comprensivo del auto de aprobación del remate, de la adjudicación al acreedor o de la transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada, y en el que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria.

Así, el testimonio expedido por el Secretario consistirá:

- En testimonio del auto de aprobación del remate tras la subasta, bien a favor del mejor postor, incluido el ejecutante, o bien a favor del ejecutante en los casos de usar la facultad de adjudicación del bien.
- En testimonio del acuerdo de realización y su cumplimiento o de la aprobación judicial de la realización por persona o entidad especializada.

En ambos casos el testimonio deberá contener los extremos necesarios para su inscripción registral, expresando la mejor postura, en su caso, el pago del precio, circunstancias del adjudicatario, expresión de firmeza, el hecho de haber sobranado con la consignación en el caso de haberse efectuado, no siendo necesario que previamente se haya producido la entrega posesoria.

Queda fuera de este ámbito la calificación registral que posteriormente realiza el Registrador, pero desde luego el órgano judicial ha de ser consciente de que el testimonio ha de contener los requisitos que establece la Ley, tanto Ley de Enjuiciamiento Civil como Ley Hipotecaria, para conseguir que tenga buen fin la inscripción de la adquisición.

3.1. Acceso al Registro del auto que aprueba el remate

Ello plantea que sea posible para la inscripción de la adquisición el testimonio del auto que meramente aprueba el remate, como establece el primer inciso del artículo 674. Dicho precepto legal plantea lo siguiente: si el legislador ha querido proteger al adquirente en su «futura» adquisición (futura porque con la simple aprobación del remate no se consolida la adquisición al faltar el pago del precio en el plazo legal), se obliga a que con posterioridad al testimonio del auto se acredite por diligencia u otra forma admitida en derecho el hecho del pago del precio, y se comuniquen asimismo al Registro. Es de espe-

rar la negativa de los Registradores a inscribir la adquisición únicamente con el testimonio de aprobación del remate, al faltar el requisito del pago del precio. Entendiendo el precepto como que efectivamente se inscribe el dominio únicamente con dicho testimonio, que tiene acceso al Registro, en caso de falta de consignación del precio se obligaría al órgano judicial a comunicarlo de forma inmediata al Registro, con la finalidad de que no figure en el mismo un asiento inexacto.

La solución a este problema habría consistido en omitir el testimonio del auto de aprobación del remate como capaz de acceder al Registro, y suplir la necesidad de que conste en el mismo dicha apariencia de buen derecho del rematante, con la simple protección de la anotación preventiva de embargo, de manera que con el auto de aprobación de la adjudicación se produce la cancelación de las cargas posteriores a dicha anotación, incluido el posible asiento de titularidad a favor de persona distinta del ejecutante o ejecutado. Dicho inciso del acceso al Registro del auto aprobando el remate, por lo tanto, se prevé se convierta en foco de controversia entre Juzgados y Registros de la Propiedad. El problema se soluciona si se atiende a que es necesario para que el testimonio del auto aprobando el remate tenga acceso al Registro, que en dicho testimonio se expresa que se ha consignado el precio o que el rematante ha obtenido crédito para atender el pago del precio del remate, por lo que bastará en la práctica esperar el transcurso del término de los veinte días que otorga la ley para el pago del resto del precio del remate, para expedir el testimonio citado con las circunstancias necesarias para su inscripción.

3.2. El mandamiento de cancelación

A instancia del adquirente (huelga hacerlo de oficio cuando es preciso liquidar el correspondiente impuesto y abonar la inscripción en el Registro) se expedirá el mandamiento de cancelación de la anotación o inscripción del gravamen, así como la cancelación de todas las anotaciones e inscripciones posteriores. Subsisten así las cargas anteriores y las preferentes, subrogándose el adquirente en la responsabilidad de las mismas, sin destinar a su satisfacción el precio del remate y sin que dicho adquirente pueda alegar desconocimiento de las mismas, por la publicidad y eficacia frente a terceros de los datos registrales.

Por aplicación del artículo 233 del Reglamento Hipotecario, el mandamiento cancelatorio habrá de contener la relación detallada de

las cargas y gravámenes que se extinguen, con referencia al número o letra, folio y tomo donde conste la inscripción. Para el conocimiento de estas cargas, el órgano judicial se basa en los datos que ofrece la certificación de cargas que expide el Registro como trámite previo de la subasta, no debiendo expresar tal detalle el mandamiento en cuanto a las cargas anotadas o inscritas con posterioridad a la expedición de dicha certificación, que se cancelarán por el propio registrador con una simple alusión genérica a la cancelación de las mismas (artículo 674.2 de la Ley).

Según ROBLEDO VILLAR, en la transmisión del dominio de inmuebles por adjudicación judicial forzosa se produce una especial purga de todos los derechos posteriores o subordinados al crédito ejecutado. La razón reside en que el adquirente no recibe la finca en las condiciones existentes en el momento de producirse la transmisión forzosa, sino en el que tenía al tiempo de la anotación del embargo, lo que conduce a la necesidad de cancelar todas aquellas cargas o gravámenes posteriores al crédito del acreedor ejecutante y que se encuentren vigentes.

Así, la cancelación registral puede operar de dos formas: bien mediante consentimiento del titular registral o bien mediante resolución judicial firme, siendo en este último caso título bastante el mandamiento de cancelación, entendiéndose por mandamiento una clase o tipo de acto de comunicación del tribunal de los contemplados en el artículo 149 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, empleado cuando el órgano judicial ordena el libramiento de certificaciones o testimonios y la práctica de cualquier actuación cuya ejecución corresponda a los registradores de la propiedad, mercantiles, y otros. Es necesario que el mandamiento concrete el Registro al que va dirigido, el órgano ordenante y el procedimiento de referencia, siendo suficiente la firma del Secretario Judicial en el mandamiento, como encargado de los actos de comunicación en el proceso, que certifica y da fe de que el mandamiento librado se expide en virtud de resolución judicial.

Otra formalidad específica del mandamiento se recoge en el artículo 257 de la Ley Hipotecaria, que prescribe la presentación por duplicado. En el mandamiento deberá hacerse constar si el importe de lo vendido o adjudicado fue igual, inferior o superior al importe total del crédito del actor, y si fue superior, que se retuvo el remanente a disposición de los interesados. Es práctica común incorporar los requisitos del mandamiento en el auto de adjudicación que se remite testi-

moniado junto con el mandamiento, que simplemente expresa que se lleve a efecto lo acordado en el mismo.

Respecto de las cargas y gravámenes anteriores que pesaran sobre el inmueble, ordena la Ley de Enjuiciamiento Civil que continuarán subsistentes.

3.3. Subasta de inmueble no anotado preventivamente

En este orden de cosas, se plantea si puede producirse la venta de un bien inmueble en procedimiento de apremio, con acceso al registro, con un embargo previo no anotado preventivamente. La cuestión planteada requiere partir de una premisa incuestionable: la anotación preventiva de embargo no es constitutiva, afirmación que puede observarse en las Resoluciones de 12 de julio de 1999 y 7 de enero de 1992, entre otras. Es decir, el embargo ya existe desde que el juez acuerda el embargo de determinados bienes de una determinada persona, existiendo el embargo desde que por el Agente Judicial se embarga, extendiendo la correspondiente diligencia, un bien concreto, o desde que por resolución judicial notificada posteriormente al interesado se embarga un bien concreto (art. 553.1.4.º y artículo 587 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Esta afirmación produce la consecuencia de que, en materias de tercerías de dominio, el embargo se sobrepone al título del tercerista si aquél fue practicado antes de otorgarse la compraventa. Ésta es la opinión unánimemente mantenida por la Sala Primera en sentencias reiteradas (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 1994, entre otras), con la precisión de que el tercerista no sea un tercero hipotecario y quede amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Como segunda consecuencia, el procedimiento de apremio puede seguir adelante aunque no se produzca la anotación preventiva de embargo (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1995). No obstante, esta posibilidad es peligrosa, y en la práctica nada frecuente. Si accede por ejemplo al Registro de la Propiedad una compraventa en la que el adquirente es tercer adquirente, la adquisición judicial mediante subasta producto del apremio no anotado no podrá ser inscrita, con la consiguiente frustración del principio de seguridad jurídica para todo aquél que adquiere mediante subasta pública judicial un bien. En otro caso, si accede al Registro alguna hipoteca o

derecho real limitado, la compraventa judicial derivada de embargo no anotado podrá inscribirse, aunque subordinada al derecho real limitado inscrito con anterioridad, siempre que su titular sea tercero hipotecario.

Finalmente, lo que ingresa en el Registro son anotaciones preventivas, teniendo presente que los anotantes no son terceros hipotecarios y no tienen, por tanto, derecho a que no se les oponga lo no inscrito o anotado; pero aunque por su condición de titulares de cargas posteriores, difícilmente podrán tener conocimiento de la pendencia del procedimiento si el embargo acordado judicialmente no ha tenido acceso ni constancia en el Registro a través de la anotación preventiva, por lo que, tanto se desconoce el apremio por el Registro, como se desconoce las cargas por el Juzgado. Hay que insistir por tanto, en que este supuesto irrogaría en cualquier caso perjuicios para todos los interesados.

3.4. Calificación registral del documento

La seguridad jurídica que pretende el Registro de la Propiedad se basa en la presunción de exactitud de los datos que contiene, por lo que se impone un proceso de estudio por el Registrador de la documentación presentada y su posterior calificación, ya que sólo el título válido y perfecto puede tener acceso al Registro. Paralelamente, el reconocimiento por nuestro ordenamiento del principio de legalidad y su aplicación a todos los órdenes jurisdiccionales, exige que la actuación registral no se sustraiga a dicho principio.

En el derecho registral español el principio de legalidad se proyecta de una doble manera, como sometimiento a la legalidad vigente y como función del Registrador de velar por esa legalidad, garantizando que la inscripción se practique conforme a derecho, y sin que ello suponga una intromisión en la función jurisdiccional de los tribunales.

En la tarea de calificación se impone primero una labor cognoscitiva e interpretadora del título presentado, examinando cada requisito necesario para la inscripción, y tras ello, se impone el encaje técnico de los hechos recogidos en el título judicial en la normativa, finalizando con la verdadera calificación que consiste en la aplicación del derecho al caso concreto, siendo así la calificación la conclusión a la que llega el registrador sobre si el título presentado merece la protección registral.

Si bien el registrador no puede revisar en principio el contenido de la resolución judicial que pretende acceder al Registro, sí es cierto que a tenor de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, resulta competente para apreciar defectos esenciales en la tramitación del procedimiento, como la ausencia en la resolución judicial de la práctica de las citaciones o notificaciones legalmente exigidas, o cuando la acción ejecutiva se dirige a persona diferente del titular registral, o las formalidades del documento.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley Hipotecaria, cuando el defecto sea subsanable el registrador acordará la suspensión de la inscripción, pudiéndose extender anotación preventiva si así lo solicitare el que presentó el título. Si la deficiencia es insubsanable, se denegará la inscripción y no procederá efectuar anotación alguna. La decisión se comunicará al legitimado para presentar el título inscribible, a quien se devolverá el título con nota suficiente que indique la causa o motivo de la suspensión o denegación, y en su caso, el tomo, folio, finca y letra de la anotación de suspensión que se hubiese practicado, salvo que hubiesen solicitado la devolución del documento sin otra nota que la expresiva de haber sido presentado.

En caso de decisión registral negativa surge la posibilidad de utilizar un recurso bien gubernativo, bien judicial a través del declarativo que corresponda, entendiéndose por tal el juicio ordinario.

4. La posesión

Sin perjuicio de que como cuestión específica se contemple más adelante el supuesto de que exista ocupante en el bien adjudicado, la puesta en posesión del bien adquirido al adjudicatario o rematante por el órgano judicial, es la actuación que culmina el proceso de realización forzosa.

Así, haber alcanzado la titularidad de la adjudicación judicial y su protección tabular mediante la inscripción en el registro de la Propiedad, con simultánea cancelación de cargas si las hubiere, son hechos que no significan la efectiva disposición del bien inmueble adquirido. En ocasiones, la transmisión de la propiedad ha de completarse con la investidura al adjudicatario del status jurídico de poseedor. Conforme a derecho, la adquisición de la posesión puede ser de forma real y efectiva, a través de la ocupación material de la cosa o derecho poseído, o mediante el cumplimiento de determinadas for-

malidades legales, produciendo lo que se conoce con el nombre de tradición simbólica o ficticia (artículo 438 en relación con el 1462 del Código Civil). En todo caso, cuando la Ley prevé la puesta en posesión de los bienes se refiere a la ocupación material del inmueble, ya que solamente la posesión de hecho implica la efectiva disposición de la finca adjudicada.

La Ley de Enjuiciamiento Civil se limita a decir en su artículo 675 que «Si el adquirente lo solicitara, se le pondrá en posesión del inmueble que no se hallare ocupado». Bajo este escueto mandato, el órgano judicial puede llevar a cabo como modos de actuación la puesta en posesión y el lanzamiento, referido este último a un desplazamiento forzoso de la posesión por cuanto existe un poseedor actual del bien a quien es preciso dar trámite de audiencia según dispone la Ley.

Frente al lanzamiento, la puesta en posesión constituye un acto formal y solemne de manifestación externa de la propiedad adquirida. Cuando el órgano judicial conoce la situación posesoria de la finca, fácilmente puede acordar bien el lanzamiento, bien la puesta en posesión. La dificultad surge cuando se desconoce dicha situación posesoria y por ende, si existe o no un ocupante de la vivienda. En tales casos es aconsejable acordar inicialmente la entrega de la posesión, ordenando a los órganos ejecutores (Servicios Comunes, Agente Judicial del propio juzgado) la suspensión del acto si existe un ocupante, momento en que la orden de posesión se transformaría en una orden de requerimiento de desalojo, con las consecuencias distintas en cada caso según la postura del ocupante. Aunque parece que en principio la orden sería compleja, de su adecuada redacción depende el éxito inicial de la primera personación de la comisión judicial en la finca adjudicada, ya que si no se redacta de la forma citada, directamente se suspendería la diligencia de posesión, sin ningún otro efecto, al constatar la existencia de un ocupante en el inmueble.

V. LA SUBASTA EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

1. Trámites previos a la subasta

Existen unas especialidades previstas para la reclamación de deudas dinerarias garantizadas con hipoteca, siempre que en la escritura de su constitución se determine el precio de **tasación de los bienes** para servir de tipo a la subasta y se fije un **domicilio a efectos de**

notificaciones y requerimientos. (artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Las especialidades vienen dadas por el propio proceso de ejecución, con trámites privilegiados para el ejecutante, que cumplidos ciertos requisitos y sin necesidad de embargo ni avalúo del inmueble, logra la venta judicial del inmueble sobre el que se constituyó la hipoteca.

Es determinante en este punto la sentencia 41/1981 del Tribunal Constitucional, relativa al procedimiento sumario de ejecución hipotecaria, de sus características, fases procesales y posibilidades de actuación que concede al deudor. Para el Tribunal este procedimiento se caracteriza por la falta de controversia real entre las partes, con ausencia de una verdadera fase de cognición, y constituye una vía de apremio en la que el Juez realiza un derecho del acreedor, y en la que el margen de actuación procesal que se concede al deudor está extraordinariamente limitado. La actividad jurisdiccional va dirigida de modo exclusivo a actuar y permitir la efectividad del derecho del acreedor hipotecario, sin que la norma conceda al sujeto pasivo de su pretensión la posibilidad de oponerse y someter a debate los presupuestos de la acción ejercitada o incluso las propias anomalías procedimentales que pudieran surgir, fuera de los casos tasados y extraordinarios en los que se permite por la Ley.

La diferencia sustancial con la subasta ordinaria se refiere a los trámites previos a la subasta, ya que la regulación de la subasta en sí, por disposición del artículo 691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se rige por lo dispuesto para la subasta de bienes inmuebles.

En este procedimiento el juez deberá examinar el escrito de demanda y los documentos presentados, despachando la ejecución si se considera competente y se hubieran cumplidos los requisitos exigidos para el escrito y se acompañaran los documentos prevenidos, o denegándola, en otro caso, por medio de auto.

Antes de proceder a la celebración de la subasta, y practicados judicialmente los requerimientos de pago si no los hubiera hecho el ejecutante, se practican una serie de diligencias encaminadas a la constancia en autos de la situación registral de la finca en ese momento, y por otra parte, a la comunicación del procedimiento a los posibles interesados en él, para que puedan intervenir.

A instancia del actor, el juez reclamará del Registrador de la Propiedad que expida certificación donde conste la titularidad del dominio y demás derechos reales del bien o derecho gravado, así

como los derechos de cualquier naturaleza que existan sobre el bien, y en la que se exprese, asimismo, que la hipoteca a favor del ejecutante se halla subsistente y sin cancelar o, en su caso, la cancelación o modificaciones que aparezcan en el Registro. La Ley (artículo 688) no exige la inserción literal de la inscripción de hipoteca, por lo que puede que se desconozcan en la ejecución extremos de importancia sobre cuantías o situaciones contractuales, etc., que puedan afectar a la misma y que consten en el Registro, o a la inversa, seguirse la ejecución sobre extremos no contenidos en el Registro de la Propiedad.

Por nota marginal se hace constar en el Registro que se ha expedido la certificación. Esta nota marginal es de duración indefinida, de manera que, en tanto no se cancele por mandato judicial, el registrador no podrá cancelar la hipoteca por causas distintas de la propia ejecución. Si de la certificación resulta que la hipoteca del ejecutante no existe o ha sido cancelada, el tribunal dictará auto poniendo fin a la ejecución, que será recurrible en apelación.

Cuando de la certificación del Registro apareciese que el último titular, acreditada su adquisición al acreedor y haya inscrito o no su derecho, no fue requerido de pago notarial o judicialmente, se le notificará la existencia del procedimiento para que pueda, si le conviene, intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del principal, intereses y costas en la parte que lo asegure la hipoteca de su finca. Esta notificación se hará en el domicilio que conste en el Registro de la Propiedad, o por edictos si el domicilio es desconocido. Si en la certificación registral aparecen cargas o derechos reales posteriores a la inscripción de la hipoteca del actor, se les comunicará la existencia de la ejecución cuando su domicilio aparezca en el Registro.

2. Anuncio y notificaciones de la fecha de subasta

Transcurridos treinta días desde las diligencias del requerimiento de pago y las notificaciones, pueden instar la subasta de la finca el actor, el deudor o el tercer poseedor (artículo 691), anunciándose su celebración con veinte días de antelación por lo menos, sin necesidad de previo avalúo, sirviendo de tipo el que se fijó en la escritura de constitución de hipoteca. El señalamiento del lugar, día y hora de la subasta habrá de notificarse al deudor en el domicilio que conste en el registro. Aunque no lo diga la ley, es obvio que si el deudor no es

hallado en el domicilio que consta en el Registro, pero en las actuaciones aparece otro domicilio, el tribunal vendrá obligado a practicar la notificación en ese domicilio antes de acudir a la vía de los edictos, siendo de aplicación además los medios de localización y búsqueda que prevé de modo genérico la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 156. Podrán utilizarse también en este procedimiento las formas alternativas de realización mediante convenio o por medio de entidad o persona especializada.

Aunque la regulación del procedimiento parece acertada e incluye aspectos novedosos que sólo poseían una regulación a nivel jurisprudencial, como la distribución del sobrante, es más patente aún en este procedimiento la escasa publicidad que se otorga al anuncio de la subasta. En efecto, en una sociedad que demanda cada vez más en el tráfico inmobiliario el incremento de garantías y seguridad, se pasa de la regulación que exigía la publicación de los edictos de subasta en los Boletines Oficiales de la Provincia (o Comunidad si se trata de Comunidades Autónomas uniprovinciales), y en el *Boletín Oficial del Estado* si el tipo o valor de subasta excedía de cinco millones de pesetas, a una mera publicación de dichos edictos en el sitio destacado, público y visible en la sede del tribunal y lugares públicos de costumbre (artículo 645). Y aunque seguidamente se dispone que mediante providencia, si el tribunal lo juzga conveniente, se dará a la subasta la publicidad que resulte razonable, ello sólo es posible a instancia o previa solicitud del ejecutante o ejecutado, con lo cual, difícilmente y con tan pocos medios procesales podrá el tribunal de oficio acordar los medios de publicidad que estime oportunos.

3. Límites por créditos personales no garantizados

Como se apuntaba anteriormente, se establece una minuciosa regulación del destino que se otorga al precio del remate, que en primer lugar se dirige al pago del crédito hipotecario del actor, los intereses y las costas, sin que lo entregado al actor por cada uno de estos conceptos exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria; si hubiere sobrante, se depositará a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado.

Pero muy acertadamente dispone el legislador que cuando el propietario del bien hipotecado fuera el propio deudor, el precio del remate, en la cuantía que exceda del límite de la cobertura hipoteca-

ria, se destinará al pago de la totalidad de lo que se deba al ejecutante por el crédito que sea objeto de ejecución, una vez satisfechos, en su caso, los créditos inscritos o anotados posteriores a la hipoteca y siempre que el deudor no se encuentre en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra. Con ello se logra evitar que el actor cuyo crédito sea superior a lo que cubre la garantía hipotecaria tenga que acudir a un posterior proceso declarativo para obtener una sentencia de condena que sea título suficiente para despachar una nueva ejecución por el importe sobrante. Esta posibilidad resta fuerza además a la idea de que el proceso de ejecución hipotecaria es de naturaleza real basado en los datos que ofrece el registro, y dirigido contra los bienes hipotecados, ya que en este punto la Ley tiene en cuenta un crédito exclusivamente de naturaleza personal que se satisface dentro de los trámites privilegiados que otorga la garantía hipotecaria sin un previo sometimiento a contradicción de la deuda.

Por ello, aunque por un lado esta posibilidad satisface claramente al acreedor, crea por otro lado un tratamiento desigual frente al resto de créditos personales sí sometidos a los principios procesales de contradicción y audiencia, lo que parece contrario a los principios de igualdad y seguridad jurídica.

4. Distribución del sobrante

Quien se considere con derecho al remanente que pudiera quedar tras el pago a los acreedores posteriores, podrá solicitar al tribunal que se requiera a los titulares de créditos posteriores para que, en el plazo de treinta días, acrediten la subsistencia y exigibilidad de sus créditos y presenten liquidación de los mismos. De estas liquidaciones se dará traslado a quien haya promovido el incidente, para que alegue lo que a su derecho convenga y aporte la prueba documental de que disponga en el plazo de diez días, resolviendo a continuación el tribunal lo que proceda, por medio de auto no recurrible, a los solos efectos de la distribución de las sumas recaudadas en la ejecución y dejando a salvo las acciones que pudieran corresponder a los acreedores posteriores para hacer valer sus derechos cómo y contra quién corresponda. Pero si ningún acreedor presenta la liquidación de su crédito, el remanente, si lo hubiere, se retendrá para el pago de quienes tengan su derecho inscrito o anotado con posterioridad al del ejecutante, pago que hay que entender devendrá obligatorio para el tribunal rea-

lizarlo de oficio, para evitar que dicho remanente quede depositado *in eternis* en la cuenta de depósitos y consignaciones del órgano judicial, en perjuicio del acreedor cuyo crédito es posterior o de menor rango que los citados que sí ha solicitado el pago del suyo a costa de dicho remanente.

Satisfechos, en su caso, los acreedores posteriores, el artículo 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que se entregará el remanente al propietario del bien hipotecado.

Finalmente, como nota distintiva de la realización mediante subasta en la ejecución ordinaria, es preciso señalar que en la ejecución hipotecaria el mandamiento que se expida para la cancelación de hipoteca que garantizaba el crédito del ejecutante, y en su caso, de las inscripciones y anotaciones posteriores, deberá contener como requisito adicional que se hicieron las notificaciones al titular inscrito y a los acreedores posteriores.

VI. PECULIARIDADES Y PROBLEMAS EN LA SUBASTA DE BIENES INMUEBLES

1. Tercería de dominio: competencia y legitimación; procedimiento; efectos de su interposición en la realización mediante subasta

La tercería de dominio es una incidencia en la ejecución de un embargo mediante la cual un tercero, que afirma ser titular de un bien o bienes embargados, pretende el alzamiento de la traba que indebidamente se ordenó sobre ellos. Algún sector doctrinal exigía que se presentara la demanda de tercería como si fuese una acción reivindicatoria en la que concurrieran los requisitos necesarios para su prosperabilidad: identificación del bien y pérdida de la posesión, o del poder de disposición del mismo; pero últimamente la jurisprudencia se había inclinado mayoritariamente por el carácter incidental en la ejecución forzosa de la tercería de dominio.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1998 declara que la función procesal de la tercería de dominio es la invalidación e ineficacia del embargo producido, o en otras palabras, el alzamiento de la traba, la revocación de la decisión judicial del embargo, con lo que la tercería de dominio es una acción cuya función es cambiar los efectos de una resolución judicial, con las consecuencias que procedan, es decir, si la ejecución del embargo se halla en fase de ena-

jenación mediante subasta, acordar la retroacción de las actuaciones hasta el momento mismo de la traba del bien o su afección a la ejecución en trámite, y desafección de dicho bien a la ejecución en el caso de estimación de la tercería interpuesta, con la nulidad de todo lo actuado en ejecución de dicho embargo. Con ello se llega a la conclusión de que el auténtico, necesario y suficiente *petitum* de la demanda de tercería de dominio es que se alce la traba sobre los bienes embargados y cualquier otra petición accesoria.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil adopta una postura clara a este respecto y reconoce que en la tercería de dominio no se admitirá más pretensión actora que la dirigida al alzamiento del embargo (artículo 601.1), y que no se podrá pretender otra cosa por el ejecutante y ejecutado que el mantenimiento del embargo (art. 601.2). Por lo tanto, no cabe, como se admitía en la regulación anterior, acumular otras pretensiones ni plantear reconvención, y lógicamente, el pronunciamiento judicial sobre la pertenencia del bien y la procedencia del embargo se hace a los solos efectos de la ejecución, no produciendo los efectos de cosa juzgada.

¿Quién debe considerarse tercero a efectos de interponer la tercería? Es común en nuestra doctrina (CHICO Y ORTIZ) identificar al tercero como aquel que no ha sido parte en un negocio jurídico pero que puede verse afectado por el mismo y, en concreto, como la persona que goza del efecto fundamental que se deriva de la fe pública registral y que consiste en ser mantenido en la adquisición de su derecho si reúne los requisitos establecidos en la Ley Hipotecaria. Pero sin perjuicio del punto de vista del derecho hipotecario, tercero a los efectos de la tercería ha de ser aquél que no figure legitimado pasivamente en el título ejecutivo, es decir, que no sea el propio ejecutado.

¿En qué momento procede interponer la tercería de dominio? Como lo que la tercería persigue es la desafección de un bien al proceso de ejecución, el art. 596 establece el momento inicial para deducirla en el embargo del bien, aunque sea un embargo preventivo, y el momento final, hasta que, de acuerdo con la legislación civil, se produzca la transmisión del bien (art. 594), es decir, mediante la adquisición a través de la enajenación judicial, todo ello en aplicación del principio de seguridad jurídica.

Competencia y legitimación. La competencia para conocer la tercería viene atribuida por conexión al tribunal que conozca de la ejecución (art. 599). Legitimado activamente lo está el tercero dueño del bien objeto de embargo o titular de un derecho que no hubiere adqui-

rido del ejecutado el bien embargado una vez trabado el embargo, o quienes sean titulares de derechos que, por disposición legal expresa, puedan oponerse al embargo o a la realización forzosa de uno o varios bienes embargados como pertenecientes al ejecutado (art. 595 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En ambos casos, con la demanda deberá aportarse un principio de prueba por escrito que fundamente su pretensión, requisitos éstos que en parecidos términos exigía la anterior Ley en su artículo 1.537, y que ha sido interpretado por la Jurisprudencia en el sentido de que con la demanda se presente un documento que justifique *prima facie* el dominio (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1995).

En cuanto a la legitimación pasiva, la demanda sólo se dirigirá contra el ejecutante y el ejecutado cuando el bien objeto de la tercería hubiera sido designado por el ejecutado, bien en el momento de la diligencia de embargo o en virtud de su deber de colaboración (artículo 589 de la Ley) o en cualquier otro momento. En cambio, si el bien hubiese sido designado por el ejecutante o como consecuencia de la investigación de oficio, o por cualquier otra vía, sólo podrá dirigirse la demanda contra el ejecutante, si bien el ejecutado podrá intervenir en el proceso con los mismos derechos que las demás partes. No parece que haya sido muy acertada esta innovación frente a la legislación anterior, que obligaba en cualquier supuesto a dirigir la demanda contra ambos, pues el ejecutado tiene derecho a defender su titularidad dominical tanto cuando ha sido él mismo quien designó el bien litigioso como cuando su titularidad deviene por ejemplo del resultado que ofrece un registro público, con reserva en cualquier caso de su derecho a mostrar su oposición o no desde su posición de parte demandada en el procedimiento, y no como en el segundo caso como un simple titular de interés legítimo protegido por la redacción del artículo 13.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que intervenga en el proceso sin delimitación inicial de postura procesal.

Así, en ambos supuestos la consecuencia es la misma: la sustracción del bien de la ejecución, y la negación de su titularidad, surgiendo la necesidad de buscar otros bienes, con lo cual se afectará nuevamente al patrimonio del ejecutado.

Procedimiento. La tramitación de la tercería se sustancia por los trámites del juicio ordinario regulado en los artículos 399 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a tenor de lo dispuesto en el artículo 599 de la misma, estableciéndose tres supuestos en los que por medio de auto se rechazará la demanda:

Si no se presentare principio de prueba por escrito, sin que dicho examen sea tan exhaustivo como en la fase de decisión final, tras el sometimiento a prueba de las alegaciones vertidas por el demandante en tercería.

Si se interpone en un momento en que el acreedor o un tercero ha adquirido el bien en pública subasta, tras la adjudicación en pago y entrega del bien al ejecutante, y ello con independencia de que efectivamente el derecho del ejecutante haya sido o no inscrito en el Registro de la Propiedad, lo que le otorgará eficacia *erga omnes* o frente a terceros. Pero en lo que se refiere al límite procesal, con efectos entre las partes intervinientes en el proceso, el límite temporal es anterior y basta la adquisición con efectos civiles.

Si se interpone segunda o ulterior tercería sobre los mismos bienes, fundada en títulos o derechos que poseyera el que la interponga al tiempo de formular la primera (artículo 597 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). La interpretación restrictiva de dicho precepto puede llevar a situaciones contrarias al principio de tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, pues puede que ese segundo tercerista esté amparado por un título que acredite su titularidad con preferencia al primer tercerista. Es por ello que, a la luz del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deba interpretarse el mismo en el sentido de que dicho tercer o ulterior tercerista pueda intervenir en la originaria demanda de tercería alegando lo que a su derecho convenga para un reconocimiento de la titularidad del bien litigioso a su favor.

La tramitación del juicio ordinario cuando versa sobre tercería de dominio posee especialidades:

La no contestación implica un reconocimiento de los hechos (artículo 602), y ello sin que se haga referencia alguna a la situación del ejecutado (rebeldía o no) en el declarativo correspondiente o en la ejecución, ni a un posible allanamiento del mismo, sin perjuicio de lo cual ha de concluirse que sí cabe un reconocimiento expreso de los hechos o allanamiento conforme a las normas generales.

Se resuelve por auto y no por sentencia.

Efectos de la interposición de tercería de dominio en la ejecución mediante subasta. En el momento de la admisión a trámite de la tercería, se suspende la ejecución sólo del bien objeto de tercería (art. 598 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), cualquiera que sea la fase de ejecución en que se encuentre. Está claro por tanto, que si se interpusiere una vez acordada la subasta, o incluso el mismo día de su cele-

bración, habrá de suspenderse la misma. Esta solución, que muchas veces puede obedecer a dilaciones fraudulentas del ejecutado, podría evitarse, aunque el anterior precepto sólo prevea la caución para el tercerista acordada por el tribunal previa audiencia de las partes si lo considera necesario por los daños y perjuicios que podría originar al acreedor ejecutante, aplicando dicha medida de caución para el propio ejecutado que desea continuar la subasta del bien, medida de caución prevista con carácter general en la misma Ley para la ejecución provisional en el artículo 529.3, caución que en este caso garantizaría que, en caso de estimarse la tercería, se restaurará la situación anterior.

La admisión a trámite de la tercería será además razón suficiente para que por el ejecutante se solicite mejora de embargo, concediéndose por el tribunal mediante providencia (art. 598.3).

Además de los efectos de la admisión de la tercería, la Ley prevé otros efectos una vez resuelta la misma. Concretamente, el artículo 603 de la Ley establece que el auto que resuelve la tercería no produce efectos de cosa juzgada sobre la titularidad del bien, lo que es consecuencia de no tener a la tercería de dominio como una acción reivindicatoria, que podrá ser interpuesta en cualquier momento a través del declarativo correspondiente.

Si se estima la tercería, el artículo siguiente dispone que se ordenará el alzamiento de la traba, con cancelación de la anotación preventiva de embargo en los supuestos de bienes inscritos. Esto supone la terminación y archivo de la ejecución instada respecto al bien, en el estado en que dicha ejecución se hallara. Si se desestima, continuará la ejecución en los trámites en que quedó suspendida, resolviendo el tribunal lo que proceda sobre la caución prestada, en su caso, por el tercerista, a cuenta de los daños y perjuicios que puedan haberse irrogado al ejecutante.

2. Tercería de mejor derecho: preferencia entre créditos; procedimiento; efectos

Supone la intervención en las actividades ejecutivas de un tercero, ajeno por tanto a acreedor y ejecutado, que se opone a que se haga pago al ejecutante en tanto que lo obtenido en la ejecución no sea suficiente o no alcance a satisfacer previamente su crédito. Para ello ha de alegar un título superior o prioritario, (de mejor derecho) al del eje-

cutante, o un derecho preferente que justifique su derecho preferente a cobrarse a cargo de los bienes del deudor ejecutado que se embargaron.

El reconocimiento normativo de créditos preferentes y privilegiados exige otorgar a los acreedores que ostenten este carácter un mecanismo para hacerlo valer precisamente en el momento en que más necesario resulta: cuando se pretende sustraer del patrimonio del deudor los bienes por medio de su enajenación pública, haciendo pago a otro acreedor cuyo crédito se halla situado en un lugar inferior en el rango de la prelación legalmente establecida.

La tercería de mejor derecho o de preferencia para el pago es así un incidente en el proceso de ejecución que promueve, al igual que en la tercería de dominio, un tercero, que persigue que el producto obtenido con la realización del bien se destine a satisfacer su crédito antes que el del acreedor ejecutante, sin discutir la validez de las actuaciones ejecutivas, que al contrario, presupone válidas. Teniendo en cuenta esta finalidad de cobro preferente, su interposición procede desde que el bien ha sido embargado hasta el mismo momento de pago al acreedor ejecutante, bien sea mediante la recepción efectiva del dinero en metálico, o bien mediante la entrega de los bienes por haberse los adjudicado en pago (artículo 615 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); pasado este momento carece de todo objeto el incidente de tercería.

Preferencia entre créditos. Para que la acción del tercerista prospere, debe probar la existencia del crédito que alega y su preferencia en relación con el del ejecutante. Las Reglas determinantes de la prelación de créditos están contenidas en los artículos 1921 a 1929 del Código Civil, aunque también existen otras reglas en el Estatuto de los Trabajadores y en el Código de Comercio. El Código Civil divide los créditos privilegiados en dos grupos: los generales y los especiales, dividiendo estos últimos en privilegios mobiliarios e inmobiliarios. En caso de colisión entre un privilegio general y otro especial, se resuelve a favor del especial.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones para determinar el orden de preferencia de determinados créditos, teniendo declarado lo siguiente:

En relación a la anotación preventiva de embargo, que ésta sólo confiere preferencia sobre créditos posteriores; a falta de constancia en la escritura, la preferencia se determina atendiendo a las fechas de firmeza de las respectivas sentencias.

En relación a los créditos laborales, que sobre los establecidos en el artículo 32.3 del Estatuto de los trabajadores, no son preferentes los garantizados con anotación preventiva de embargo. Asimismo, que las indemnizaciones por despido de los trabajadores o por extinción autorizada de la relación laboral, no son créditos salariales ni gozan de las garantías ni de los privilegios de éstos, y que, interpuesta la reclamación salarial una vez transcurrido con exceso el plazo de un año que previene el artículo 32.6 del Estatuto, no goza de la preferencia que éste le otorga.

En cuanto a los créditos sin privilegio, si han sido objeto de litigio, define la prioridad la mayor antigüedad de las sentencias, salvo que el juicio tenga su origen en un título en que conste con certeza el crédito, pues a este respecto, los títulos representativos de deudas vencidas, líquidas y exigibles, con intervención de fedatario público, tienen preferencia por fechas. Las letras de cambio con los anteriores requisitos se equiparan con las pólizas de crédito y siendo anterior el vencimiento, la letra tiene preferencia. En cuanto a las pólizas de comercio, si están intervenidas por fedatario público, se equiparan a las escrituras notariales, pero si necesitan una actividad complementaria para conocer su importe, la fecha de ella será la determinante.

Procedimiento. Rigen las reglas de competencia por conexión, al ser competente para conocer la tercería de mejor derecho el tribunal que conozca la ejecución. La legitimación activa corresponde a quien afirme un derecho a que su crédito sea satisfecho con preferencia al del acreedor ejecutante (art. 614.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En la legitimación pasiva se han de distinguir dos supuestos: si el título del tercerista es ejecutivo bastará con demandar sólo al ejecutante, sin perjuicio de que el ejecutado pudiere intervenir si le conviniera, con plenitud de derechos procesales (art. 617.1 y 2). Y si el título del tercerista no es ejecutivo, deberá demandarse a ambos, ejecutante y ejecutado.

El juicio se sustanciará por los trámites del ordinario, con independencia de la cuantía, y se iniciará por demanda con la que deberá aportarse un principio de prueba del crédito que se afirma preferente, no admitiéndose segundas tercerías de mejor derecho que se funden en títulos o derechos que tuviera el que la interponga al tiempo de formular la primera (art. 614.2), por lo que ha de darse por reproducido en este punto lo resuelto con relación a la tercería de dominio.

La ley establece como causa de inadmisión a trámite de la demanda cuando no se presentare el principio de prueba, al que habría de

añadirse el supuesto, más dogmático que real, de presentarse la demanda cuando no se hubiera despachado ejecución, ni cuando se hubiese entregado al ejecutante la totalidad de las cantidades obtenidas en la ejecución, es decir, cuando la totalidad de los bienes embargados se hubieran realizado y entregado las cantidades al ejecutante, o cuando éste hubiera adquirido la titularidad de los bienes.

En el trámite de contestación a la demanda se regulan expresamente tres posibilidades:

Si los demandados no contestan se entiende que aceptan los hechos alegados (art. 618 de la Ley).

Si los demandados se allanan y el título del tercerista es ejecutivo, se dictará auto mandando seguir la ejecución para satisfacer en primer lugar el crédito del tercerista, pagando previamente al ejecutante las tres quintas partes de los gastos y costas causados a su instancia hasta la notificación de la demanda de tercería. Si el título del tercerista no es ejecutivo, y sólo se allana el ejecutante, deberá darse traslado al ejecutado, quien en el plazo de cinco días deberá prestar o no su conformidad con el allanamiento. Si la presta o no evacúa el trámite, se dictará el auto citado para el caso anterior. Si muestra su oposición, se dictará auto teniendo al ejecutante por allanado y se continuará la tercería con el ejecutado (art. 619).

Si notificado de la demanda de tercería, el ejecutante desiste de la ejecución y el título del tercerista es ejecutivo, se procederá de igual forma que para el caso de allanamiento. Si no fuera así, el tribunal dictará auto de desistimiento del proceso de ejecución, y dará por finalizada ésta, salvo que el ejecutado (supuesto inimaginable) se mostrare de acuerdo en que prosiga para satisfacer el crédito del tercerista.

Las distintas consecuencias que la ley otorga al proceso de ejecución según el título del tercerista sea o no ejecutivo pueden tener su fundamento en que, al tratarse de título ejecutivo, puede satisfacerse sin discusión en la ejecución ya iniciada, es decir, posee fuerza ejecutiva, y sin embargo, si el título alegado por el tercerista no posee fuerza ejecutiva para el despacho de ejecución, la ley no otorga viabilidad al cobro de su crédito una vez se desiste de la ejecución por el ejecutante, obligando al tercerista a instar por sí mismo una nueva ejecución, si le conviniere.

Efectos de la tercería de mejor derecho. Han de distinguirse dos momentos diferentes al igual que en la tercería de dominio.

Como efecto de la admisión a trámite de la demanda de tercería, la ejecución o realización del bien continuará, depositándose lo que se

recaude en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones para reintegrar al ejecutante en las costas de la ejecución y hacer el pago a los acreedores por el orden de preferencia que se determine al resolverse la tercería.

A diferencia de la tercería de dominio, la de mejor derecho se resuelve por sentencia, que decidirá sobre la existencia del privilegio y el orden en que los créditos han de ser satisfechos en la ejecución, pero sin prejuzgar las acciones que a cada uno le puedan corresponder, especialmente las de enriquecimiento. En cuanto a las costas, si se desestimara, se impondrán al tercerista; si se estimare, se impondrán al ejecutante que hubiere contestado, y si el ejecutado hubiere intervenido, formulando oposición, se impondrán por mitad al ejecutante y ejecutado, salvo que el ejecutante se hubiere allanado o que en la tercería sólo hubiere actuado el ejecutado, pues en ambos casos se impondrán a éste.

Si se estimare, no se entregará cantidad alguna al tercerista mientras no se hayan satisfecho al ejecutante las tres quintas partes de las costas causadas en la ejecución hasta el momento en que recaiga la sentencia; finalmente, la preferencia que se acuerde en la tercería de mejor derecho no podrá extenderse a los pagos efectuados al ejecutante con anterioridad a la demanda de tercería (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1998).

3. Bienes que integran la sociedad conyugal:

- deudas contraídas por un cónyuge, deudas privativas,
- deudas contraídas por un cónyuge una vez disuelta
- la sociedad de gananciales pero aún no liquidada

Cuando la ejecución se dirige a la realización de bienes que integran la sociedad conyugal, la problemática se singulariza en caso de que el régimen económico matrimonial sea el de sociedad de gananciales, pues en otro caso rigen las reglas genéricas sobre tercerías, considerándose a todos los efectos que el cónyuge no deudor se coloca en la posición de tercero ante la ejecución de bienes del otro cónyuge. Evidentemente, además, estamos ante el supuesto de que el cónyuge sea un tercero no llamado al proceso, pues si ha sido demandado seguiría la suerte del otro cónyuge en cuanto a su obligación de soportar la ejecución también despachada contra él.

Pero el hecho real y habitual es que muchos procedimientos se dirigen exclusivamente contra uno solo de los cónyuges, y en la eje-

cución se verá afectado el otro por cuanto que los bienes que se embarguen serán de la sociedad de gananciales. La posibilidad de que esto ocurra la ofrece el artículo 1385 del Código Civil, que permite que cualquiera de los cónyuges ejercite la defensa de los bienes y derechos comunes. Sin embargo el Tribunal Supremo ha completado la norma mediante doctrina reiterada que establece que las acciones reales han de ejercitarse frente a ambos cónyuges, en situación de litisconsorcio pasivo necesario, y las personales sólo contra el que intervino en la relación contractual.

En la regulación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, el artículo 541 regula con claridad las consecuencias de la ejecución contra bienes gananciales según el supuesto que se trate. Con carácter general dispone en su primer apartado que «No se despachará ejecución frente a la comunidad de gananciales», es decir, en cuanto a masa de bienes de la comunidad integrada por los dos cónyuges, debiendo procederse en cada caso contra uno o ambos cónyuges. Seguidamente el precepto delimita dos supuestos: deuda contraída por uno solo de los cónyuges de la que deban responder los bienes gananciales (artículos 1365 a 1369 del Código Civil), y deuda privativa de un cónyuge de la que deba responder la sociedad de gananciales con carácter subsidiario a los bienes del deudor (artículo 1373 del Código Civil).

Analizando separadamente ambos supuestos, en cuanto a la **responsabilidad de la sociedad de gananciales por deudas contraídas por uno solo de los cónyuges**, la ley ratifica la doctrina jurisprudencial de inexigibilidad de litisconsorcio pasivo necesario para proceder contra bienes comunes, aunque sí se exige la notificación de la diligencia de embargo y el traslado de la demanda ejecutiva al cónyuge del ejecutado (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1998). La citada notificación participa al cónyuge no deudor la responsabilidad de los bienes comunes, posibilitando su actuación procesal en defensa de la sociedad de gananciales e incluso cuestionando la responsabilidad de ésta en la ejecución. Por otro lado, el traslado de la demanda ejecutiva concuerda con la legitimación que la ley reconoce al cónyuge no deudor para hacer valer las mismas causas de oposición que correspondan al ejecutado en la oposición (art. 541.2).

Siguiendo a CARMEN SENÉS MOTILLA, globalmente consideradas, las causas en las que el cónyuge no deudor puede fundar la oposición son de muy distinto carácter, o si se prefiere, abordan realidades procesalmente diferenciadas, pues la oposición a la responsabilidad de los bienes gananciales incide en el objeto sobre el que se

proyecta la actividad ejecutiva, mientras que las causas legales de oposición a la ejecución tienen que ver con la existencia y exigibilidad de la acción ejecutiva. Es por ello que, según la citada autora, de optar el cónyuge no deudor por acumular unas y otras causas de oposición debería articularlas con carácter subsidiario, pues a la vista de la inversión de la carga de la prueba de la responsabilidad de los bienes gananciales que contempla el artículo 541.2 («Cuando la oposición se funde en esta última causa —que los bienes gananciales no deben responder de la deuda por la que se haya despachado ejecución— corresponderá al acreedor probar la responsabilidad de los bienes gananciales»), el insuficiente acreditamiento por parte del ejecutante de la citada responsabilidad faculta a aquél para pedir judicialmente la disolución de la sociedad de gananciales, supuesto en el que no parece abonado admitirle la discusión de un crédito que sólo podrá proyectarse sobre los bienes que tras la liquidación se adjudiquen al cónyuge ejecutado.

En definitiva, puesto que se opta libremente por la disolución y liquidación, ineludible según SENÉS MOTILLA, de la sociedad de gananciales, el levantamiento del embargo de los bienes que se adjudique el cónyuge del ejecutado supone la pérdida sobrevenida de interés procesal den la impugnación. Diverso es el supuesto en el que, o bien el ejecutante consigue probar la responsabilidad de la sociedad de gananciales, o bien el ejecutado consiente el embargo y la ejecución de los bienes, con los efectos del artículo 1373 del Código Civil, en cuyo caso está plenamente justificada su actuación procesal en defensa de la sociedad común, y ello, porque téngase en cuenta que la insuficiencia probatoria de la responsabilidad de los bienes gananciales no supone la confirmación judicial del carácter privativo de la deuda, a menos que expresamente se inste un pronunciamiento judicial en tal sentido.

En segundo lugar es preciso abordar la **responsabilidad subsidiaria de los bienes gananciales por deudas privativas de un cónyuge**. En tal caso, el artículo 541.3 obliga a notificar el embargo de los bienes de la sociedad de gananciales al cónyuge no deudor. Si éste optare por pedir la disolución de la sociedad conyugal, el tribunal, oídos los cónyuges, resolverá lo procedente sobre la división del patrimonio y, en su caso, acordará que se lleve a cabo con arreglo a lo dispuesto en esta ley, suspendiéndose entre tanto la ejecución en lo relativo a los bienes comunes.

La preceptividad de la notificación del embargo que ahora subra-

ya la Ley había sido sancionada estrictamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo hasta el punto de estimar la impugnación hecha valer en un proceso declarativo posterior al juicio ejecutivo, con expresa declaración de la nulidad de la venta en pública subasta y a salvo la protección que a los terceros adquirentes de buena fe otorga el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Si la notificación del embargo no se hubiese producido, ello llevará aparejada la consiguiente nulidad de actuaciones, con suspensión de las ulteriores actuaciones ejecutivas que se hubieran acordado, y ha de entenderse, aplicando el principio procesal *pro actione* y la jurisprudencia del tribunal Constitucional tendente a la protección de los actos procesales (Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de marzo de 1981), que no será preciso retrotraer las actuaciones judiciales al momento del embargo, sino simplemente suspender las mismas para evacuar el trámite de notificación del embargo y ejecución subsiguiente al cónyuge no deudor, de manera que, ante el silencio o conformidad del mismo, y ya subsanado el vicio, la ejecución proseguiría en los términos ya iniciados, y sólo en caso de una oposición a la ejecución por parte de dicho cónyuge no deudor se abriría el supuesto contemplado en el artículo 1373 del Código Civil, esto es, la disolución de la sociedad de gananciales, sustituyendo el embargo de los bienes comunes por los que resulten adjudicados al cónyuge deudor, de los que integran la sociedad conyugal. Respecto de la sustanciación, la Ley se limita a prever la audiencia de los cónyuges en orden a la división del patrimonio. Ello viene a confirmar que la disolución de la sociedad de gananciales opera *ipso iure* con la notificación del embargo seguida del ejercicio del derecho de opción (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1999), siendo consecuencia necesaria su liquidación. Para ello será preciso suspender la ejecución y liquidar la sociedad conyugal a través del proceso establecido en los artículos 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en defecto de acuerdo entre los cónyuges.

No se estima adecuado, sin embargo, que el cónyuge no deudor pudiera utilizar la vía de la tercería de dominio, ya que, por un lado, el artículo 595 de la Ley fundamenta la tercería de dominio en el error en la atribución de la titularidad del bien embargado, lo que no ocurre en el embargo de bienes de la sociedad conyugal, a menos *a priori* de manera genérica. Y por otro lado, porque el nuevo sistema procesal prevé cauces impugnatorios específicos frente a concretos actos ejecutivos que resultan de aplicación al caso. Así, el artículo 562 de la

Ley de Enjuiciamiento Civil establece que se podrá denunciar la infracción de normas que regulen los actos concretos del proceso de ejecución: 3.º «mediante escrito dirigido al Juzgado si no existiera resolución expresa frente a la que recurrir. En el escrito se expresará con claridad la resolución o actuación que se pretende para remediar la infracción alegada».

De todas formas una vez suspendida la ejecución, siempre cabe la vía de adoptar cautelarmente medidas de garantía del embargo acordado y todavía subsistente (art. 565), ya que dicho embargo será plenamente eficaz mientras la liquidación de la sociedad de gananciales no determine el alzamiento de los bienes que resulten adjudicados al cónyuge no deudor.

¿Puede dirigirse la ejecución de la sentencia frente a la comunidad de gananciales por **deudas contraídas por un cónyuge una vez disuelta la sociedad de gananciales pero aún no liquidada**? Nos encontramos no ante una vigente sociedad de gananciales, sino ante una sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de noviembre de 1996, que sigue esencialmente la tesis mantenida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1992, admite la tercería de dominio del cónyuge no deudor en tanto que no se identifica con su cuota, es decir, que la ejecución no puede alcanzar a los bienes que no pertenecen al propio deudor condenado.

Dice la sentencia que «Segundo. Desde un punto de vista conceptual y desde la perspectiva de la disponibilidad del esposo, es coherente la conclusión de que, mientras no haya liquidación de la sociedad de gananciales, no puede el marido disponer de ningún bien concreto ni parte alícuota de bienes concretos, sino que tan sólo disponer de un derecho abstracto pendiente de concretarse a resultas de la liquidación, por lo mismo, el acreedor del esposo no podría embargar ni el piso concreto que se ha embargado, ni siquiera una mitad indivisa, sino tan sólo la cuota abstracta que le corresponde al condenado en la liquidación de los gananciales. El problema de la solución conceptual es que entrega el acreedor tercero a resultas de lo que ocurra entre los cónyuges ahora separados. Primero por la propia inhibición a efectuar liquidación alguna de los bienes gananciales, como ha sucedido, con lo cual el embargo carece de contenido material; en segundo lugar, abocándole a terciar —¿vía acción subrogatoria?— en el avispero de una liquidación en la que desconoce todo, y finalmente, teniendo que vigilar y reaccionar ante el habitual resultado de que en

aquella liquidación en la que el grupo familiar defiende sus lógicos intereses...».

Desde el punto de vista de la inscripción registral del bien adjudicado en subasta pública a la esposa, cuando fue anotado el embargo del esposo sobre «los derechos que correspondan sobre la propiedad de la finca en litigio», es procedente la denegación de la inscripción del dominio a favor de la citada esposa por parte del registrador por falta de cuotas divisivas, denegación refrendada por el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de julio de 1991 que establece que, una vez disuelta la sociedad de gananciales y en tanto se ultima su liquidación, no puede afirmarse que la propiedad de cada uno de los concretos bienes que la integra corresponda a los cónyuges por cuotas indivisas, de las que puedan disponer separadamente, o que puedan ser ejecutadas para la satisfacción de sus deudas privativas; por el contrario, persiste autonomía patrimonial de esta masa activa y pasiva, lo que trasciende a las titularidades singulares sobre los distintos elementos del activo, que quedan sujetos a un régimen específico de gestión y disposición basado en la unanimidad (artículo 1401 del Código Civil), debiendo esperarse a la realización de la pertinente liquidación para la determinación de los derechos que sobre cada uno de los bienes singulares corresponderán a cada esposo.

4. Oposición del demandado rebelde

Establece el artículo 496 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que *Será declarado en rebeldía el demandado que no comparezca en forma en la fecha o en el plazo señalado en la citación o el emplazamiento. Si la situación de rebeldía o falta de incorporación al proceso al que ha sido llamado persiste no sólo en la fase de declaración sino tras la notificación de la sentencia por correo si su domicilio fuere conocido o mediante edictos en caso contrario, así como tras la notificación del auto despachando ejecución, transcurriendo los diez días que otorga la Ley en el artículo 556.1 sin haberse opuesto a la misma alegando las causas previstas en el mismo precepto, ¿qué mecanismo procesal puede utilizar el ejecutado que tiene noticia de que un bien inmueble de su propiedad se halla en trámites de enajenación mediante subasta?*

Es preciso distinguir en este punto si ha habido o no un emplazamiento o citación practicada en legal forma. En el primer supuesto, el ejecutado podrá solicitar la rescisión de la sentencia firme en los

supuestos y plazos que prevé el artículo 501 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Los efectos de la interposición de la demanda de rescisión en la ejecución del bien mediante subasta los contempla el artículo 504, que establece que *Las demandas de rescisión de sentencias firmes dictadas en rebeldía no suspenderán su ejecución, salvo lo dispuesto en el artículo 566 de esta Ley*. Es decir, la regla general es la no suspensión de la ejecución, a no ser que se solicite dicha suspensión a instancia de parte, se ofrezca caución por el valor de lo litigado y los daños y perjuicios que pudieran irrogarse por la inexecución de la sentencia, y las circunstancias del caso lo aconsejaran, dato este último nada objetivo y sí muy discrecional que deja a criterio cuasi discrecional del tribunal, una vez cumplidos los requisitos anteriores, la decisión de si continúa o no con la realización del bien iniciada, y ello aun cuando se exija por la Ley la audiencia obligatoria del parecer del Ministerio Fiscal.

5. Nulidad

Por otra parte, si lo que ha sucedido es que el ejecutado nunca llegó a ser llamado al proceso en legal forma, a causa de una citación o emplazamiento defectuoso por parte del tribunal, ha de utilizar el recurso o mecanismo de la nulidad de actuaciones, de mucho o mayor cauce que la audiencia al rebelde.

Respecto de la nulidad es preciso decir que no siempre la falta de algún requisito formal o de la ausencia de algún elemento puede determinar la nulidad del acto procesal, pues las omisiones o defectos pueden ser de diversa índole o gravedad, distinguiendo tradicionalmente la doctrina entre inexistencia, nulidad de pleno derecho, anulabilidad y meras irregularidades, aunque no siempre sus límites sean precisos.

La inexistencia implica que el acto carece de aquellos elementos o requisitos indispensables para su constitución como tal. Sin perjuicio de que cierto sector doctrinal no la considera como una categoría diferente de la nulidad, por cuanto producen los mismos efectos, se suele considerar inexistente el acto que no haya sido realizado en el proceso, es decir, la actuación prácticamente fuera del ámbito de un proceso válidamente iniciado y sustanciado ante un órgano investido de la potestad jurisdiccional.

La nulidad de pleno derecho implica, según la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1986, análogas del

Tribunal Constitucional 47/1985 de 27 de marzo y 80/1985, de 4 de julio), que el acto ha prescindido totalmente de un trámite esencial, frustrando su finalidad, o que ha supuesto la disminución efectiva y trascendente de garantías procesales causando indefensión. La declaración de este tipo de nulidad produce efectos desde el momento de realización del acto nulo y puede efectuarse a instancia de parte o de oficio.

La anulabilidad supone la existencia de algún defecto, bien formal, bien sustantivo, que en algunos casos va a producir la invalidez o ineficacia del acto y en otros permite la subsanación. En los primeros casos se plantea el problema de su diferenciación con la nulidad de pleno derecho. La diferencia pudiera venir dada por la intensidad de la falta y por los efectos que ha producido, irrelevantes en todo caso en la nulidad de pleno derecho o, de acuerdo con la regulación contenida en la Ley Orgánica del Poder Judicial, según la posibilidad de subsanación, además de que tradicionalmente se considera que la anulabilidad sólo puede declararse a instancia de parte y está sujeta a plazos preclusivos.

Las meras irregularidades, en cuanto infracción de requisitos menores, no afectan a la validez ni a la eficacia del acto procesal en que concurren, constituyendo una categoría residual.

Los supuestos o causas de nulidad los fija el artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en los siguientes:

Cuando se produzcan con manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.

Cuando se realicen bajo violencia o bajo intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave.

Cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión.

A los anteriores hay que añadir el supuesto de que la actuación de los jueces y tribunales se hubiese producido con intimidación o violencia.

Pues bien, la Ley Orgánica determina la necesidad de que el defecto se haga valer por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate, lo que debe ponerse en relación con el artículo 18.1 del mismo texto legal, en cuya virtud las resoluciones judiciales sólo pueden dejarse sin efecto en virtud de los recursos establecidos en las leyes.

No obstante, el legislador parece que era consciente del problema planteado a raíz de la reforma operada poco antes en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que suscitó numerosas críticas por parte de la doctrina; por ello permite que el juez o tribunal declare de oficio la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular (artículo 240.2). A estos efectos el único requisito procedimental previo es, en aras del principio de contradicción y del derecho de defensa, la previa audiencia de las partes, lo que permite que en parte pueda ser considerado como sustituto del derogado incidente del mismo nombre, en tanto que no deja de ser un auténtico incidente dentro del proceso, que en numerosas ocasiones determinará la suspensión de la tramitación.

Nada impide que el ejercicio de esta potestad del órgano judicial sea instada por cualquiera de las partes procesales, no ya como recurso propiamente dicho, sino como denuncia de la existencia de una infracción motivadora de la nulidad de actuaciones, lo que en la práctica lleva a que la respuesta del órgano judicial a la solicitud de la parte, o en su caso la ausencia de pronunciamiento, rehabilite los medios impugnatorios previstos en el ordenamiento procesal.

Concretando la nulidad de actuaciones al trámite de ejecución de sentencia, puede que la falta procesal sea achacable a actuaciones posteriores a sentencia, sin que afecte a los trámites que la preceden. En efecto, actos procesales no son sólo los realizados antes de dictarse sentencia o resolución que ponga fin al procedimiento, sino estos mismos y también los que se efectúan con posterioridad. Por eso, el vicio procedimental puede originarse una vez que el proceso ha finalizado, en su fase de ejecución, y los artículos 238 a 240 de la Ley Orgánica no limitan su aplicación a los actos procesales realizados hasta sentencia, sino que gozan de una indeterminación que permiten la aplicación de sus disposiciones a los posteriores.

En tal caso, y ante lo que dispone la Disposición Final Decimoséptima de la Ley de Enjuiciamiento Civil («Tampoco se aplicarán, hasta tanto no se reforme la citada Ley Orgánica, los artículos 225 a 230 y 214 de esta Ley, sobre nulidad de las actuaciones y aclaración y corrección de resoluciones, respectivamente»), habrán de seguirse los trámites que dispone el artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial citado para la nulidad de actuaciones tras sentencia definitiva, en su apartado tercero. También procederá el incidente de nulidad de actuaciones fundada en incongruencia del fallo de la sentencia. Admitido a trámite el escrito en el que se pida la nulidad, no quedará

en suspenso la ejecución iniciada, salvo que se acuerde de forma expresa para que el incidente pudiera perder su finalidad. También aquí se faculta ampliamente al Tribunal, e incluso sin exigir al ejecutado fianza o caución alguna.

Además de la rescisión de la sentencia y de la nulidad de actuaciones, el ejecutado puede personarse el cualquier momento a lo largo de la ejecución, tal como dispone el artículo 553.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta postura de «mero contemplador» de la ejecución por vía de apremio de un bien propio no se comprende realmente en qué consiste. Se supone que al entenderse con él todas las actuaciones que tengan lugar tras su personación en autos en legal forma, podrá el ejecutado interponer los recursos que procedan en ejercicio de su derecho, pero no alegar las causas de oposición del artículo 556 citado, para las que sólo posee el plazo de diez días tras la notificación del despacho de ejecución.

6. Declinatoria

Finalmente, fuera de las normas de la oposición, regula la Ley de Enjuiciamiento Civil el planteamiento de la declinatoria, dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se reciba la primera notificación de la ejecución; a través de la declinatoria, el ejecutado puede impugnar la competencia del tribunal, sea funcional, objetiva o territorial, tramitándose como en el proceso de declaración (artículo 547).

7. Arrendamiento en finca subastada

Con carácter general el Tribunal Constitucional, desde su inicio (Sentencia 41/1981 de 12 de febrero), declaró la constitucionalidad del procedimiento en estudio afirmando que «El hecho de que el procedimiento de ejecución sumario se caracterice, consecuentemente con la naturaleza del título, por la ausencia de contradicción procesal, no significa que produzca indefensión y que, en consecuencia, resulte anticonstitucional por ser contrario al artículo 24 de la Constitución».

Pero fue la sentencia de 16 de enero de 1992 la que clara y tajantemente supuso un giro radical en la solución dada al problema. Considera esta sentencia que en el procedimiento hipotecario no cabe

dar por extinguido ningún arrendamiento ni proceder a lanzar al arrendatario, al carecer dicho procedimiento de la posibilidad de tramitar un incidente en el que el arrendatario pueda defender su derecho, de manera que no puede privarse a este último de sus derechos sin que tenga la oportunidad de ser oído y vencido en juicio. El adjudicatario debe solicitar la extinción del arrendamiento y el lanzamiento a través del proceso declarativo.

Esta sentencia fue criticada por gran parte de la doctrina. Lasarte Álvarez entiende que debe prevalecer la idea de la extinción de los arrendamientos posteriores a la hipoteca, no sólo por el fomento del crédito territorial, sino porque el arrendatario pudo conocer la existencia de la hipoteca, y no a la inversa, pudiendo darse el caso de que al adjudicatario le interese que continúe el arrendamiento, lo cual significa que es una opción a su favor y no una carga.

La sentencia citada del Tribunal Constitucional estableció que el desalojo y el lanzamiento del arrendatario requiere que sea oído y vencido en un procedimiento contradictorio, con igualdad de armas procesales entre las partes y con todas las garantías. La sentencia de 5 de mayo de 1995 llega a la conclusión de que el proceso declarativo ordinario no es exigible cuando los Tribunales aprecian la existencia de simulación o fraude; de ello se deduce que el propio Tribunal Constitucional ha reconocido que cabe el lanzamiento en los casos en que el arrendamiento sea claramente fraudulento.

En efecto, existe la posibilidad de que el arrendamiento se utilice como instrumento para el fraude; en estos casos (con independencia de los supuestos en los que el contrato, por parecer auténtico, requiera instar su rescisión en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.291 del Código Civil), es posible rechazar la oposición al lanzamiento mediante resolución fundada con base en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que ordena a los Juzgados y Tribunales rechazar las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

En la sentencia 174/1997, de 27 de octubre, que reitera otras, el Tribunal Constitucional excluye que en el mismo proceso se agregue como apéndice final otro procedimiento contradictorio no previsto en la Ley; es decir, no es posible plantear, al final del procedimiento judicial sumario y dentro del mismo, otro procedimiento declarativo para que se ventile en él la oposición del arrendatario frente al lanzamiento. El arrendatario puede exhibir ante el Juez su título de tercer poseedor al ser requerido de lanzamiento, aduciendo la existencia de un

derecho que en apariencia pueda subsistir, cuya eficacia sólo a efectos de ejecución habrá de valorar el Juez, y ello bastaría para decidir si se debe o no proceder al lanzamiento.

Esta última solución parece la más adecuada, ya que sin necesidad de tramitar un incidente en pieza separada, siempre que se cumpla el principio de audiencia y tutela judicial efectiva, el Juzgado de Primera Instancia debe resolver la cuestión *prima facie* y sin necesidad de remitir al juicio declarativo correspondiente, dado el coste económico del mismo y el tiempo que ha de transcurrir hasta que se consiga una sentencia firme, en base al citado artículo 11.2, pero ello con el límite de que decidir sobre la continuación o no del inquilino en el ejercicio de su derecho no se convierta en una cuestión, en el caso concreto, merecedora del plenario o que sea dudosa, y sin que cualquiera que sea la solución que se adopte mediante la correspondiente resolución, ésta no tenga fuerza de cosa juzgada.

La Ley de Arrendamientos de 1994. Tal frenesí de producción de copiosa y controvertida e incluso contraria jurisprudencia sobre el tema hizo que con ocasión de la reforma del sistema arrendaticio se contemplara expresamente la pervivencia del derecho de arrendamiento en casos de ejecución hipotecaria de finca, solución que sólo podrá aplicarse para el caso de arrendamientos celebrados bajo la vigencia de la nueva ley, es decir, a partir del día 1 de enero de 1995, lo que obligará al órgano judicial a sumar a lo farragoso del tema, la cuestión de contemplar a qué legislación ha de someterse el contrato de alquiler de la finca ejecutada, para dar una solución legal o jurisprudencial al problema.

En definitiva, la Ley de Arrendamientos Urbanos distingue entre:
Arrendamiento de vivienda. Según establece el artículo 13 de la Ley, si durante los cinco primeros años de duración del contrato el derecho del arrendador quedara resuelto por la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria, el arrendatario tendrá derecho, en todo caso, a continuar el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años, sin perjuicio de que pueda manifestar su voluntad de no renovarlo. El plazo de cinco años se computará desde la fecha del contrato o desde la puesta del inmueble a disposición del arrendatario, si fuera posterior.

De esta regulación se desprende que la protección al arrendatario es independiente de que el arrendamiento se haya inscrito o no en el Registro. Transcurridos los cinco años el adjudicatario de la vivienda, si le interesa, deberá acudir al juicio de desahucio correspondiente

para obtener la posesión, sin que quepa proceder a la entrega de la posesión dentro del procedimiento judicial sumario.

Pasados los cinco años, si el plazo de duración del contrato es superior a cinco años y no ha sido inscrito en el Registro, la extinción del contrato se produce como consecuencia del auto de adjudicación, independientemente de que la fecha de la constitución de la hipoteca sea anterior o posterior al arrendamiento.

Por el contrario, si el arrendamiento ha sido inscrito en el Registro antes de la inscripción de la hipoteca y se pactó por tiempo superior a cinco años, continuará el arrendamiento una vez dictado el auto de adjudicación, subrogándose el adjudicatario en la posición del arrendador.

Se ha dicho por la doctrina que el régimen fijado por la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos no plantea demasiadas dudas y que la principal crítica que puede formularse es el plazo de vigencia establecido, desde el punto de vista del fomento del crédito territorial.

Uso distinto del de vivienda. Para los arrendamientos que tienen finalidad distinta a la vivienda, el artículo 29 de la Ley de 1994 establece que el adquirente de la finca arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador, salvo que concurran en el adquirente los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

La subrogación no sólo se aplica a todos los arrendamientos posteriores a la inscripción de la hipoteca, sino también a los anteriores que no consten inscritos y aquellos de que no haya tenido conocimiento el hipotecante de su existencia antes de constituir la hipoteca.

El requisito de la inscripción del arrendamiento para que pueda mantenerse durante todo el tiempo pactado en el caso de vivienda, nos permite entender que tratándose de uso distinto del de vivienda, quedarán extinguidos todos los arrendamientos no inscritos con anterioridad a la inscripción de la hipoteca, salvo que el arrendatario pudiere acreditar que el hipotecante conocía la existencia del arrendamiento con anterioridad.

La Ley de Enjuiciamiento Civil recoge la doctrina tuitiva del Tribunal Constitucional con relación a los arrendatarios, reflejada en sentencias de dicho Tribunal de 16 de enero de 1992 y 24 de enero de 1995, entre otras.

En efecto, el artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil reitera el artículo 1.515 de la ley anterior en cuanto a la entrega de la posesión del adjudicatario. Las especialidades vienen dadas con relación a la existencia de ocupantes en el inmueble. Si de conformidad con el

artículo 661.2 de la Ley se hubiere dictado auto por el que se hubiera declarado que tales ocupantes se encuentran sin título alguno que justifique la ocupación o precario, se procederá al lanzamiento de los mismos, y de igual manera si estuviere ocupado por el ejecutado o por el tercer poseedor. Si el tribunal no hubiese realizado dicha declaración, el adjudicatario podrá instar el lanzamiento, siempre que no hubiere transcurrido más de un año desde la fecha de la adquisición.

¿Qué fecha inicia el cómputo del plazo del año? Si a tenor del artículo 1969 del Código Civil el cómputo de la prescripción se inicia desde que pudo ejercitarse el derecho de que se trate, la subasta por sí no da derecho al mejor postor para ejercitar la acción de lanzamiento, y por tanto ha de estarse a la fecha del auto de adjudicación, dada la interpretación restrictiva del instituto de la prescripción, fundada en principios de seguridad jurídica y no de justicia material. También es ésta la doctrina jurisprudencial, en el sentido de que el auto sigue siendo el momento en el que el adquirente entra en la posesión, aunque sea mediata, del inmueble, produciéndose la consumación de la enajenación con la expedición del testimonio del auto de aprobación del remate y demás requisitos, de forma que de no ejercitarse en el mencionado plazo, sólo se podrá hacer valer en el juicio que corresponda.

Si se solicitare en tiempo y forma, el tribunal citará a los ocupantes indicados por el ejecutante a una vista que se celebrará dentro de los diez días siguientes, en la que podrán alegar y probar lo que consideren oportuno sobre su situación. Se resolverá por medio de auto no recurrible, sin perjuicio de los derechos de los interesados que podrán ejercitar en el juicio correspondiente. Si los ocupantes no comparecieren a la vista, sin alegar justa causa, se acordará el lanzamiento.

Naturalmente, si en el auto que contempla el artículo 661 se acordare que los ocupantes tienen derecho a permanecer en el inmueble por ser arrendatarios, sólo en el declarativo correspondiente se acordará el lanzamiento, si procediere. Llama la atención cómo la Ley otorga fuerza ejecutiva a la decisión del tribunal sobre mantener o no en su posesión al arrendatario tomada únicamente con los escasos datos que tiene a la vista derivados de la ejecución, sin la garantía del plenario. Aún así, la dicción del texto actual ofrece la posibilidad de contradicción y debate sobre la cuestión arrendaticia tras la subasta como novedad en nuestro derecho procesal, mediante la celebración de una vista al efecto.

8. Revocación de la sentencia en casos de ejecución provisional

La regulación que dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 en su artículo 524 se prevé en su apartado tercero que en la ejecución provisional de las sentencias de condena, las partes dispondrán de los mismos derechos y facultades que en la ordinaria, además de que se solicitará por demanda, como establece el apartado primero del mismo artículo, despachándose y llevándose a cabo la ejecución del mismo modo que la ejecución ordinaria (apartado segundo), debiendo entender por ordinaria la ejecución de sentencia definitiva.

En el artículo siguiente se enumeran las sentencias no provisionalmente ejecutables, entre las que por supuesto no se incluyen las sentencias de condena a una cantidad líquida o liquidable, a través de cuya ejecución pueda realizarse el bien afectado a la ejecución mediante subasta pública. Por lo tanto, una vez dictada sentencia de condena, y notificada a las partes, el que haya obtenido el pronunciamiento a su favor podrá, sin simultánea prestación de caución, obtener su ejecución provisional para el caso de que dicha resolución haya sido apelada. La solicitud podrá formularse en cualquier momento desde la notificación de la providencia en que se tenga por preparado el recurso de apelación, hasta que recaiga sentencia en el recurso. El tribunal despachará la ejecución salvo que se tratase de sentencia no provisionalmente ejecutable o que no tuviere pronunciamiento de condena a favor del solicitante.

Contra el auto que deniegue la ejecución provisional se dará recurso de apelación, que se tramitará y resolverá con carácter preferente. Contra el auto que despache la ejecución provisional no se dará recurso alguno, sin perjuicio de la oposición del ejecutado.

La ejecución provisional se suspenderá cuando el ejecutado pusiese a disposición del juzgado, para su entrega al ejecutante, el principal, intereses y costas devengadas hasta ese momento, y una vez liquidados, el tribunal resolverá sobre la continuación o archivo de la ejecución.

Causas de oposición (art. 528):

- Infracción del art. 527 en cuanto al tiempo y procedencia de la ejecución provisional.
- Solicitud de restaurar la situación o compensación económica a su favor en casos de condena no dineraria o de imposible o

difícil ejecución provisional, atendida la naturaleza de las actuaciones ejecutivas.

- Oposición a actuaciones ejecutivas concretas que le causaran una situación imposible de restaurar o compensar, en cuyo caso deberá indicar otras medidas o actuaciones ejecutivas que sean posibles y prestar caución suficiente.

Sustanciación de la oposición. El escrito de oposición lo presentará el ejecutado dentro de los cinco días siguientes a la notificación del despacho de ejecución, y del mismo se dará traslado por el mismo plazo al ejecutante y demás partes personadas.

La estimación de la oposición puede tener distintas consecuencias según el supuesto de que se trate. Así:

- Se decreta no haber lugar a proseguir la ejecución provisional cuando se haya despachado con infracción de su regulación en el art. 527, alzándose embargos y medidas de garantía adoptadas.
- Se deniega la realización de una concreta actividad ejecutiva, prosiguiendo el procedimiento de apremio.

Contra el auto que decida sobre la oposición a la ejecución provisional o medidas ejecutivas concretas no cabrá recurso alguno.

Si la sentencia que resuelve el recurso es confirmatoria de la apelada, no se suscitará problema alguno en cuanto a las actuaciones ejecutivas llevadas a cabo; antes al contrario, se habrá ganado en tiempo y la satisfacción de la parte, en cuanto que cumplimiento del fallo efectuado, habrá sido más completa. El problema surgirá cuando la sentencia de segunda instancia revoque la de primera instancia que ha sido ejecutada provisionalmente, e incluso en un grado de ejecución que puede haber llegado a la enajenación del bien inmueble mediante subasta judicial, con acceso al registro.

Así las cosas, ¿hasta qué punto es admisible, en aras de la seguridad jurídica y de protección a terceros, la inscripción de titularidades dominicales en el Registro de la Propiedad en base a ejecución provisional de sentencias no firmes? ¿Cabe, en concreto, la práctica de cancelaciones de asientos contradictorios?

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este particular. En concreto, la Resolución de 12 de noviembre de 1990 se mantiene la improcedencia de la práctica del asiento de cancelación en fase de ejecución provisional de sentencia apelada, dado que, según dice el Centro Directivo,

únicamente es posible la cancelación cuando se trate de sentencia firme (artículo 82 de la Ley Hipotecaria). La posición del Centro Directivo contradice los preceptos citados de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y confunde la firmeza o no de la resolución judicial con la ejecutividad de la misma. Es decir, hay que atender a la propia Ley Procesal Civil para establecer la ejecutividad de la sentencia, en las condiciones de los artículos 524 y 525 de la misma, máxime teniendo en cuenta su propia posterioridad en el tiempo a los preceptos de la legislación hipotecaria.

No obstante, no cabe la menor duda de que la cancelación tiene carácter definitivo, y los posibles perjuicios serán irreparables, pero ese efecto no será ni más ni menos que el efecto de la ejecución de la sentencia. De seguir la solución contraria y acoger la tesis del Centro Directivo, se llegaría a la conclusión de que la ejecución provisional es imposible. Procede por lo tanto admitir que en fase de ejecución provisional cabe la enajenación del bien mediante subasta y su posterior inscripción registral, en base a un título judicial firme, producto de esa ejecutividad de la resolución no firme que establece la Ley.

Pero, ¿qué efectos producirá la revocación posterior de la sentencia? El artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil distingue los casos de revocación total y parcial:

- Revocación total: se sobreseerá la ejecución provisional, con devolución de cantidades, reintegro de costas, y resarcimiento de daños y perjuicios.
- Revocación parcial: se devolverá la diferencia, con el incremento anual del interés legal del dinero desde la percepción.

Si la sentencia revocatoria no fuera firme, estas percepciones y cantidades podrán pedirse al tribunal que conociere la ejecución provisional (art. 533.3).

Queda claro que en el supuesto que nos ocupa, al haberse producido la inscripción registral de dominio a favor de quien puede ser un tercero hipotecario protegido por el carácter irreivindicable de su adquisición, la restitución consistirá en la restitución de la cantidad entregada y, si ello no fuera posible, quedará abierta la vía de apremio judicial para satisfacer al que obtuvo a su favor la sentencia ganada en segunda instancia los daños y perjuicios causados por la ejecución provisional. Y desde luego podrá tener lugar una nueva traba de bienes y enajenaciones mediante subasta a cuenta de la satisfacción de su crédito.

Questionando la bondad del sistema actual, que no exige fianza alguna para la ejecución provisional de sentencias, y que permite, otorgando fuerza de sentencia firme a la ganada en primera instancia, la ejecución de dicha resolución hasta sus últimos términos, se concluye que ha primado los derechos del que ha obtenido el fallo judicial a su favor frente al que lo discute, sin tener en cuenta que en ocasiones este último podrá ostentar un interés legítimo a revisar el fallo judicial que le ocasiona gravamen. Pero, por otro lado, la nueva ley ha dado carpetazo a los fallos judiciales cuya ejecución se eternizaba en el tiempo por falta de medios materiales de quien, una vez ganada la sentencia en primera instancia, carecía de recursos para prestar la fianza legalmente exigida. Por ello el acierto o error de la nueva regulación consistirá en evaluar estadísticamente en un futuro, los casos de confirmación y de revocación de sentencias, datos que *a priori*, han de presumirse se inclinarán y con diferencia a favor de las sentencias confirmatorias en la instancia, con lo cual el perjuicio real que pueda ocasionar la ejecución provisional, además de escaso en cuanto a supuestos, aún de manera mucho más escasa, por no decir casi inexistente, será en cuanto a imposibilidad en cuanto a la restitución de lo ejecutado.

Finalmente, la Ley apunta que para ejecutar provisionalmente sentencias de condena dictadas en segunda instancia, se procederá conforme a las reglas anteriores, y será competente el órgano que hubiere dictado la sentencia en primera instancia.

VII. PROCEDIMIENTOS ALTERNATIVOS DE REALIZACIÓN DE INMUEBLES

Además de la subasta judicial la Ley de Enjuiciamiento Civil ha previsto otros modos de realización de los bienes, siempre que el bien embargado no se encuentre comprendido en los que relaciona el artículo 634 (entrega directa al ejecutante) y 635 (entrega directa al ejecutante). La enajenación podrá llevarse a cabo en la forma convenida por las partes e interesados y aprobada por el tribunal (artículo 636), lo que se llama convenio de realización (artículo 640), y a falta de convenio, por medio de persona o entidad especializada, en los casos y en la forma prevista por la Ley.

Siguiendo en este punto a ALBERTO MARTÍNEZ SANTOS, una y otra modalidad gozan de una característica común, que es la desjudicialización de la realización de los bienes, y esta circunstancia ha sido

el centro de la crítica de los nuevos modelos, pues quienes comparten la idea de que la enajenación de los bienes embargados es un acto de carácter jurídico, ven en estos nuevos sistemas un gesto testimonial que jamás podrá llegarse a materializar, por la posibilidad de que violase la constitución su desarrollo normativo. Otro sector considera que la función jurisdiccional se centra en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, dentro de cuya labor se halla el control de la ejecución, aunque su materialización se extraiga del ámbito de los juzgados y tribunales.

Los partidarios de los nuevos modelos toman como punto de referencia la ejecución extrajudicial hipotecaria, máxime cuando el artículo 129 de la Ley Hipotecaria unifica como medios de realización la venta extrajudicial por medio de notario y la venta que regula la Ley de Enjuiciamiento Civil.

1. Convenio de realización

El artículo 640 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regula el acuerdo de las partes que evite la subasta judicial. Puede definirse el convenio de realización como el pacto entre las partes, y en su caso los interesados en el proceso, aprobado judicialmente y que tiene por objeto la venta del bien hipotecado, pignorado o embargado y la obtención de un mejor precio que el que pudiera obtenerse en la subasta.

Dice dicho precepto que el ejecutante, el ejecutado y quien acredite interés directo en la ejecución pueden solicitar del tribunal que convoque a una comparecencia; cuando el ejecutante no sea el peticionario deberá conformarse con ella. Nada se dice del tiempo en que deberá presentarse la solicitud, los requisitos que deberán observarse, si el tribunal podrá inadmitirla y quién o quiénes tendrán interés directo en la ejecución. Esa libertad formal casi absoluta hace presumir que la finalidad perseguida por el legislador prima sobre cualquier obstáculo procedimental, siendo en principio obligatoria la comparecencia.

Además, la necesaria conformidad del ejecutante cuando no sea el solicitante implicará la veracidad de la petición, ya que aquélla condicionará la convocatoria. En otro caso no se plantean dudas, pues dejando a salvo alguna motivación ajena al curso normal del procedimiento, el ejecutante sólo pretenderá obtener un mejor precio de venta. De ahí que las solicitudes serán más detalladas de lo que resul-

ta del contenido del precepto, y en último lugar siempre podrá denegarla el órgano judicial tras la preceptiva audiencia.

La omisión relativa al tiempo de la solicitud no es una cuestión de suficiente entidad o, cuando menos, este requisito no es un aspecto del trámite que tenga influencia en el resultado del convenio. En primer lugar la ley únicamente se ocupa de regular las diferentes fases de la subasta judicial que, al regirse por el impulso de oficio, no se interrumpirán hasta que el tribunal dicte auto con efecto suspensivo, en su caso (artículo 640.3). De este modo las partes en la ejecución y quien acredite interés directo vendrán obligados, si les conviene, a observar cierta diligencia para evitar el límite temporal del artículo 636.3.

En segundo lugar hay libertad tanto para la presentación como para la resolución de la solicitud, sin tan siquiera esperar a la tasación del bien, ya que el tribunal vendrá vinculado al acuerdo entre ejecutante y ejecutado, y las partes pueden ponerse de acuerdo sobre el avalúo (artículo 637), acuerdo que formará parte de la solicitud de convocatoria, interviniendo el órgano judicial sólo cuando se vea afectado el derecho de tercero protegido por la ley, pero en modo alguno para comprobar la valoración que las partes hayan pactado. En consecuencia podrá interesarse la comparecencia desde la práctica del embargo hasta que se fije fecha para la celebración de la subasta judicial (artículos 644 y 667).

Las partes y los interesados. El artículo 640.2 prevé la asistencia a la comparecencia del ejecutante, del ejecutado, de quienes puedan estar interesados, de otras personas a invitación de los dos primeros y de cualquier otra que en el acto presenten los asistentes que se ofrezca a adquirir los bienes. Ejecutante, ejecutado e interesados serán citados por el órgano judicial y los demás comparecerán a iniciativa de los dos primeros e, incluso, de la de otros asistentes.

Determinar en la práctica quiénes deban ser convocados por el órgano ejecutor no es tarea sencilla y vendrá condicionada por las actuaciones concretas que hayan tenido lugar en cada ejecución, máxime cuando la ley se limita a regular el supuesto de concurrencia de un ejecutante, un ejecutado, y en su caso, terceros poseedores titulares de carga inscrita (artículo 640.3). Por posibles interesados en el proceso serán los acreedores y terceros poseedores que hubieren inscrito o anotado sus derechos con posterioridad al gravamen que se ejecuta, el reembargante y el embargante de sobrante, siempre que en el proceso consten las respectivas trabas, y más aún en el caso del pri-

mer reembargante, quien a tenor del artículo 610.2 está facultado para instar la realización forzosa del bien embargado.

La comparecencia. El procedimiento se concentra en una comparecencia que podrá repetirse en las condiciones de la primera, cuando las circunstancias del caso lo aconsejen, a juicio del tribunal, para la mejor realización de los bienes. El órgano judicial vendrá sujeto a velar por el normal desarrollo del debate y a recoger las propuestas que se formulen al efecto de aprobar el convenio o de convocar a otra comparecencia. Se dejan al criterio judicial dos aspectos de cierta importancia: el de quiénes están obligados a asistir a la comparecencia y el de si las facultades del órgano judicial pueden extenderse a modificar el contenido del acuerdo según lo que resulte del acto.

La finalidad del procedimiento permite resolver la primera cuestión. Si se pretende alcanzar un acuerdo, la asistencia a la comparecencia del ejecutante y del ejecutado es obligatoria; en otro caso se reflejará en el acta su inasistencia y se pondrá término al acto, sin que sea necesario ordenar la continuación del procedimiento para la subasta judicial. No es admisible que la intervención de las partes de la ejecución tenga un tratamiento similar al de otros sujetos, quienes no tendrán crédito que satisfacer o no sufrirán pérdida patrimonial para su pago y a quienes no se les atribuyen los derechos y obligaciones inherentes a aquella condición (artículo 538 y siguientes). Además, la interpretación del precepto exige un diálogo entre ejecutante y ejecutado que deberá tener lugar ante el juez en la comparecencia.

En cuanto a las facultades judiciales sobre la adopción del acuerdo adoptado entre las partes, ello depende de cómo se entienda la celebración de la comparecencia. Si se sostiene que el acto es una mera formalidad en el que los asistentes formulan sus propuestas ante el Tribunal, se concederá una mayor importancia a la solicitud de comparecencia, aunque la misma no tenga por qué acompañar una propuesta detallada de venta ni deba necesariamente realizarse en forma escrita, con lo que la no asistencia de los interesados no influiría en la resolución judicial definitiva. Pero si se entiende que la comparecencia es un acto procesal básico en el que el juez tendrá que comprobar las posibilidades de llegar a un acuerdo y el empeño de los asistentes para lograrlo, se atribuirá especial valor a la asistencia de los afectados y al desarrollo del acto, facilitando el debate para, si es posible, aprobar un convenio favorable a los intereses en juego.

Desde este punto de vista la asistencia de personas distintas al ejecutante y al ejecutado, y al titular de interés legítimo que hubiere pro-

movido el acto, no produce efecto alguno al no venir requerida por la ley, a no ser que el ausente fuera parte afectada en el convenio o pueda serlo, supuesto en el cual vuelve a ser obligatoria su conformidad e incluso su asistencia al acto, ya que la exigibilidad de conformidad puede provocar dificultades añadidas para la resolución del convenio. Finalmente, el tribunal quedará vinculado por el pacto entre las partes, lo que no significa que no pueda intervenir en el obligado ejercicio de la potestad jurisdiccional dirigiendo el debate a fin de lograr el acuerdo.

Aprobación del convenio y sus efectos. Si se llega a un acuerdo entre ejecutante y ejecutado, que no pueda causar perjuicio para tercero cuyos derechos proteja la Ley Procesal Civil, el tribunal lo aprobará por auto y suspenderá la ejecución del bien objeto de acuerdo. También lo aprobará, si incluyere la conformidad de los sujetos distintos del ejecutante y del ejecutado, a quienes afectare. Será también necesaria la conformidad de los acreedores y terceros poseedores que hubieren inscrito o anotado sus derechos con posterioridad al del gravamen que se ejecuta, aspecto obvio, pues les afecta el convenio en la medida de que puede pactarse un valor del bien que sea inferior al de mercado, pero que satisfaga el crédito del ejecutante, con el consiguiente perjuicio para sus expectativas.

Dada la vinculación del tribunal al acuerdo, son accesorias las conformidades de los demás afectados, a excepción de los titulares de carga posterior, aunque, desde el momento en que han sido citados por el órgano judicial al acto de la comparecencia, su inasistencia habrá de entenderse como conformidad con lo allí resuelto. Una interpretación contraria podría obstaculizar en la mayoría de los supuestos los pactos adoptados por ejecutante y ejecutado. No es preciso el avalúo del bien si el mismo entra dentro del ámbito del acuerdo, y no cabe recurso contra dicha resolución desde el momento de que la misma no es sino un reflejo de la conformidad de las partes, por lo que no existe perjudicado alguno por la resolución judicial.

El auto aprobatorio tendrá efectos suspensivos respecto del bien o bienes objeto del acuerdo, suspensión que se mantendrá hasta que el ejecutante solicite que se alce y se proceda a la subasta judicial por el incumplimiento del convenio dentro del plazo, o si, por cualquier causa, no lograre la satisfacción de su crédito en los términos convenidos (art. 640.4). Resulta evidente que la aprobación del convenio no empeora la situación del ejecutante, ni mejora la del ejecutado, pero exige de éste una especial diligencia respecto del contenido del pacto

y, sobre todo, respecto a su eficaz cumplimiento, ya que, con independencia de las garantías que se hayan ofrecido y de los obligados al pago, recaerán sobre él los efectos del incumplimiento. Por ello parece un contrasentido que se permita presentar persona que consignando o afianzando, se ofrezca a adquirir dichos bienes, y el efecto del incumplimiento sea la subasta del bien y no la ejecución de la garantía prestada. Además, la petición de subasta dependerá de la existencia de algún otro bien trabado en la ejecución o que el del objeto del convenio no haya sido adquirido de modo irrevindicable por un tercero.

2. Realización por persona o entidad especializada

El artículo 641 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regula el encargo judicial a una persona o entidad especializada ajena a las partes para que venda el bien embargado con sujeción a las reglas del mercado, o las de la casa que enajene, dentro de un plazo determinado. Pese a mejorar la técnica procesal empleada respecto a la del convenio de realización, la estructura del precepto citado es anárquica, combina sin orden derecho material y procesal, ordena remisiones a otros preceptos que complican su aplicación y deja sometido la mayor parte del procedimiento al arbitrio judicial.

Al igual que en la regulación del convenio de realización, se observa la intención del legislador de destacar la finalidad de venta del bien embargado por tercero especializado, subordinando dicha finalidad a cualquier obstáculo de índole procedimental. Pero a diferencia de aquél, aparecen numerosos controles en la forma de llevarse a cabo dicha realización, asumiendo el órgano judicial desde el principio la dirección del curso de la venta.

Procedimiento. Se inicia a petición del ejecutante o del ejecutado con el consentimiento del primero, figurando en la solicitud la persona o entidad especializada encargada de la venta, su consentimiento expreso para llevarla a cabo, que la persona o entidad cumple los requisitos legalmente exigidos para operar en el mercado que se trate, y el posible ofrecimiento de la prestación de fianza. La acreditación de que la persona o entidad designada cumple los requisitos legales podrá efectuarse mediante la aportación de la correspondiente habilitación para operar en el mercado que se trate, o la justificación de estar al corriente de sus obligaciones fiscales, aunque se estima que la

primera forma de acreditación ofrece mayores garantías, pues el cumplimiento o no de las obligaciones fiscales tradicionalmente posee efectos sancionadores de carácter administrativo sin relevancia procesal, generalmente.

De lo anterior también se desprende que si el ejecutado presenta la solicitud sin tener el consentimiento del ejecutante, habrá que recabar dicho consentimiento por el órgano judicial, dándole traslado de la petición.

Dicho consentimiento puede recabarse también en el trámite de comparecencia que establece la ley para determinar la persona o entidad a la que vaya a confiarse la realización y la de las condiciones en que ésta deba efectuarse, ya que a dicho acto deberán asistir las partes y quienes conste en el proceso que pudieran estar interesados. Vuelve a ponerse de manifiesto el propósito del legislador de dar audiencia a cualquier sujeto cuyo derecho pueda verse afectado por la venta, y para ello deja en manos del órgano judicial la decisión sobre quién deberá ser convocado a la comparecencia.

El órgano judicial resolverá por providencia lo que estime procedente, pero no podrá autorizar que la enajenación se realice por precio inferior al 70 % de su avalúo, salvo que conste el acuerdo de las partes y de todos los interesados, hayan asistido o no a la comparecencia. El precepto se remite al artículo 666 de la misma Ley de Enjuiciamiento Civil para el avalúo, procedimiento de tasación, y demás reenvíos que se ordenan en dicho artículo. En consecuencia, interesado será el titular de derecho o carga anterior al del gravamen que se ejecuta, el titular de carga posterior, los arrendatarios, los ocupantes de hecho, el reembargante y el embargante de sobrante. Esta comparecencia de proporciones desorbitadas tiene poco que ver con la finalidad del proceso y parece obligado interpretar restrictivamente el precepto, limitando la convocatoria a quien pueda ver realmente perjudicado su derecho, máxime teniendo en cuenta que, a diferencia del convenio de realización, en el que la realización del bien es fruto del pacto entre las partes, en este supuesto la realización se encomienda a una entidad especializada, con las garantías y atributos de imparcialidad y eficacia que no precisa como garantía adicional la asistencia de tantos sujetos a la hora de determinar los aspectos accesorios a dicha realización que contempla la ley.

Por otro lado, además, la asistencia de las partes y de los interesados no es imprescindible, pudiéndose discutir sobre la persona o entidad designada en la solicitud. En este caso, la comparecencia no es un

acto procesal esencial para la realización, ya que la solicitud deberá facilitar al juez los elementos de juicio indispensables para pronunciarse. El objeto de la comparecencia es determinar la persona o entidad a quien vaya confiarse la realización y sus condiciones, sin que pueda deliberarse sobre la propia realización. En lo referente a las condiciones de la venta, se cuestiona el ámbito de lo que el tribunal puede alcanzar a resolver, ya que según dispone la ley, la enajenación se hará según las reglas y usos de la casa o entidad que subasta o enajene. En este ámbito, parece obvio que, una vez encomendada la venta a la entidad correspondiente, el tribunal no podrá establecer la forma de la enajenación, que habrá de acomodarse a las de la entidad, como una enajenación más encomendada a la misma por cualquier otra persona física o jurídica. Lo que sí deberá valorar es que esas reglas se acomoden al fin de la ejecución y a la adecuada protección de los intereses de ejecutante y ejecutado, pero esa valoración habrá de ser previa a la adjudicación de la venta. La persona o entidad especializada deberá prestar caución en la cuantía que el tribunal determine para responder del cumplimiento del encargo, no exigiéndose cuando la realización se encomiende a una entidad pública.

El tribunal resolverá mediante providencia, en la que figurará el bien objeto de la venta, la persona o entidad especializada encargada de ella, las condiciones que, en atención al proceso, resulten oportunas, la caución y plazo para prestarla, el tipo mínimo que, en su caso, deberá superarse (70 %), y el plazo para el cumplimiento del encargo. Nada impide que la resolución se notifique a los interesados que acudieron a la comparecencia, quedando a criterio del tribunal, salvando la obligatoriedad de notificar a ejecutante y ejecutado, la notificación a los restantes intervinientes.

No hay en principio obstáculo a que la providencia sea recurrible en reposición por cualquiera de las partes, pero lo que parece claro *a priori* se cuestiona a la vista de que requisito necesario para el recurso es la existencia de gravamen, que difícilmente existirá si el tribunal no se aparta de lo pactado en la comparecencia o de lo conformado por ambas partes, cuestión que deberá valorarse en cada caso.

Cumplimiento del encargo y su revocación. La providencia contendrá, aunque no lo diga expresamente la ley, el plazo para la enajenación, y en todo caso, así como en defecto de indicación de plazo, el tiempo máximo para efectuar la realización es de seis meses. Una vez consumada la venta, se ingresará la cantidad obtenida en la cuenta de depósitos y consignaciones del juzgado, descontando los gastos efec-

tuados y lo que corresponda a la entidad por su intervención, debiendo presentar a tal efecto cuenta detallada y justificada ante el juzgado del desarrollo de la operación y del destino de las sumas no ingresadas. El tribunal deberá valorar si dichos gastos se adecuan a las reglas y usos de la casa que debió conocer y tener en cuenta con carácter previo a aprobar la realización del bien por la entidad; para ello, dicha entidad habrá tenido que aportar o dejar constancia en autos de sus reglas o forma de enajenar los bienes. El tribunal aprobará la operación o solicitará las justificaciones oportunas. Aprobada la operación, se devolverá la caución prestada, en su caso. Esta aprobación no exige audiencia alguna de las partes intervinientes en la ejecución.

Cuando, transcurridos seis meses desde el encargo, la realización no se hubiere llevado a cabo, el tribunal dictará auto revocándolo, salvo que se justifique por la persona o entidad que la realización no ha sido posible en el plazo indicado por motivos que no le sean imputables y que, por haber desaparecido ya dichos motivos o por ser previsible su pronta desaparición, el encargo podrá cumplimentarse dentro del plazo que se ofrezca y que no podrá exceder de los siguientes seis meses (artículo 641.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). No se comprende la previsión o acomodación a la realidad del precepto, pues se habla de motivos si aludir a ninguno de ellos, como una cláusula abierta de previsibilidad que abarque desde insuficiencia de locales para la licitación como bajas del personal por enfermedad, o similares. Parece que cualquier motivo podría ser válido en principio, debiendo pasar por el filtro o aprobación del tribunal, que se entiende ha de ser restrictivo en la aplicación del precepto, ateniéndose exclusivamente a razones de peso o fuerza mayor. Tampoco debería admitirse la inexistencia de pujas que alcancen el 70 %, pues claramente es difícil que se alcance ese tope en un futuro tras varios intentos anteriores.

Revocado el encargo, la caución se aplicará a los fines de la ejecución, salvo que la persona o entidad que la hubiese prestado acredite que la realización del bien no ha sido posible por causas que no le sean imputables.

El artículo 642 de la Ley dispone que la enajenación deberá aprobarse por el tribunal, mediante providencia, previa comprobación de que la transmisión del bien se produjo con conocimiento, por parte del adquirente, de la situación registral que resulte de la certificación de cargas, cuestión fácil de solventar si el tribunal facilita dicha certi-

ficación de cargas a la entidad correspondiente, y ésta acompaña en su justificación posterior un reconocimiento expreso del adquirente de dicho conocimiento.

Aprobada la transmisión, se estará a lo dispuesto en la propia ley en cuanto a la distribución de las sumas recaudadas, inscripción del derecho del adquirente y mandamiento de cancelación de cargas. Es difícil adecuar el contenido del precepto que establece la aprobación de la transmisión por providencia con los efectos inherentes a dicha resolución, concretamente la transmisión del dominio. Hubiese sido más correcto que la aprobación de la transmisión se realizara por auto, en relación con el artículo 674.1 de la propia Ley que adopta dicha resolución para aprobar el remate, la adjudicación al acreedor o la transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada. A la vista de la contradicción de ambos preceptos, hay que entender de preferente aplicación el último y aprobar la enajenación por auto.

Para dar cumplimiento a los encargos de venta que dispone la Ley, destaca la creación reciente por el Colegio de Procuradores de Burgos de un Servicio Especial de Enajenaciones, mediante un Protocolo firmado en diciembre de 2000 con la Cámara de la Propiedad Urbana de dicha ciudad. El Protocolo establece que una vez se reciba del órgano jurisdiccional el encargo de realización y se preste por el ejecutante una fianza de 30.000 pesetas para responder de los gastos que se originen, el Servicio se hará cargo de la realización encomendada, iniciando la oportuna difusión pública de la misma. Consumada la realización de los bienes, se procederá a ingresar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del tribunal la cantidad obtenida, descontando los gastos efectuados y los derechos de intervención, con un mínimo para bienes inmuebles de 70.000 pesetas, y un máximo de 250.000 pesetas, siendo el porcentaje o comisión un 2 % de la suma obtenida por la realización con los topes citados.

Aunque es una innovación y pauta a seguir para otras ciudades, se observa en el Protocolo la omisión a la forma de publicidad de la enajenación, algo fundamental en este tipo de ventas, si no se quiere que las ventas se conviertan en malbaratamiento de bienes que queden a merced de siempre los mismos postores, de forma aún más evidente que en el caso de las subastas judiciales. Debería haberse previsto, por ejemplo, su difusión en algún periódico de ámbito local, aunque sólo con la puesta en marcha del Servicio se podrá conocer su verdadera efectividad.

BIBLIOGRAFÍA

JUST FRANCO ARIAS. *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. Lex Nova, 2000.

SAGRARIO ARROYO GARCÍA. *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2000.

CARMEN SENÉS MOTILLA. *Disposiciones generales sobre la ejecución forzosa*. Ed. La Ley, 2000.

VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ, VÍCTOR MORENO CATENA. *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. Tecnos, 2000.

LUIS MARTÍN CONTRERAS. *La realización de los bienes en la jurisdicción laboral: la subasta*. Ed. Tirant lo blanch, 1998.

ANTONIO ROBLEDÓ VILLAR. *La subasta judicial: el remate*. Barcelona, 1998.

VARIOS AUTORES. *Ejecución civil*. Ed. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1999.

— *Ejecución de sentencias civiles*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

— *Ley de Enjuiciamiento Civil*, comentada y con jurisprudencia. Ed. La Ley, Madrid, 2000.

ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO. *Caducidad y prórroga de las anotaciones preventivas en el nuevo art. 86 de la LH*. Actualidad Civil n.º 19, 7 al 13 de mayo de 2001.

FRANCISCO JOSÉ BARBANCHO TOVILLAS. *De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares*. Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Varios Autores. Consejo General del Poder Judicial, 2001.

JOSÉ LUIS GILI IBÁÑEZ. *Nulidad de actuaciones en trámite de ejecución de sentencia*. Centro de Estudios de la Administración de Justicia, 1999.

ALBERTO MARTÍNEZ DE SANTOS. «Medios ordinarios, especiales y accesorios a la subasta». *Revista Secretarios Judiciales*, abril 2001.

ALBERTO MONTÓN REDONDO. *Los procedimientos especiales en la Ley 1/2000 de 7 de enero*. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Tomo VI, 2000.

COMENTARIOS A LA LEY ÓRGANICA DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR

Edición de Urbano Castiella y José Miguel de la Rosa Cortina. ARANZADI Editorial, 2001.

La entrada en vigor el 13 de enero de 2001, de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal del Menor, lleva a estos dos juristas a acometer el estudio pormenorizado del nuevo texto legislativo regulador de la «subjurisdicción» penal de menores. Al texto se han incorporado las modificaciones introducidas por las Leyes Orgánicas 7/2000 y 8/2000, en relación con los delitos de terrorismo.

RECENSIONES

Precede al estudio del articulado un análisis de la Exposición de Motivos partiendo de los distintos modelos de justicia penal juvenil. La nueva Ley se adscribe al modelo de responsabilidad penal al regular las garantías penales y procesales del menor-delincente, también con el criterio del «interés del menor» en la clasificación y ejecución de las medidas que los Jueces de menores pueden imponer como sanción penal. En el comentario general del Título Preliminar y del ámbito de aplicación de la Ley se destacan las notas que caracterizan esta materia: ser un derecho penal especial, jurisdicción especializada, el distinto tratamiento jurídico por tramos de edad y la preeminente función procesal del Ministerio Fiscal.

Cada Título comienza con un comentario doctrinal de su contenido al que se añaden las anotaciones legislativas, tanto el sistema de la Ley Orgánica 4/92, como la regulación constitucional, Circulares e Instrucciones de la Fiscalía General del Estado, normas procesales o Tratados internacionales, así como la jurisprudencia aplicable y opiniones de la doctrina civilista, al que sigue el examen individualizado del articulado de la Ley. Cada artículo se completa con las concordancias del propio texto legal, las demás normas procesales y sustantivas con las que se relaciona, los antecedentes legislativos, la tramitación parlamentaria y las cuestiones de que trata cada artículo con una especial referencia a la interpretación de la Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado.

Se completan estos Comentarios con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y pronunciamientos jurisdiccionales de los Audiencias y Juzgados de Menores en que se aplica la LORPM (medidas cautelares, cuestiones de derecho transitorio, prescripción, secre-

BIBLIOGRAFÍA

JUAN FRANCISCO ARIAS. *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. La Ley, 2000.

SALVADOR ALBERTO GARCÍA. *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2000.

CARLOS SÁNCHEZ MONTILLA. *Disposiciones generales sobre la ejecución forzosa*. Ed. La Ley, 2000.

VICENTE CORTÉS DUMÍNGUEZ, VICENTE MORENO CORTÉS. *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. Tirulda, 2000.

LUIS MARTÍN CORTÉS. *La modificación de los límites de la jurisdicción laboral*. Ed. Tirulda, 1998.

ALBERTO BUSTOS VILLALBA. *Revisión de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. Tirulda, 1998.

VICENTE CORTÉS DUMÍNGUEZ. *La Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. Tirulda, 1998.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. La Ley, Madrid, 2000.

ALBERTO DOLIBELER LIZASO. *Coherencia y primacía de las instituciones procesales en el artículo 80 de la LEJ*. *Actualidad Civil* n.º 18, 7 al 13 de mayo de 2001.

FRANCISCO JOSÉ BARRACLOUGH TRINIDAD. *De la ejecución forzosa de las medidas cautelares*. *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Varitas Autómatas. Consejo General del Poder Judicial, 2001.

JOSÉ LUIS GÓMEZ IBARRA. *Análisis de actuaciones en materia de ejecución de sentencia*. Centro de Estudios de la Administración de Justicia, 1995.

ALBERTO MARTÍN DE SALVA. *Medidas cautelares, especiales y vinculadas a la sustantiva*. *Revista Española de Jurisprudencia*, abril 2001.

ALBERTO MORENO BUSTOS. *Los procedimientos especiales en la Ley 1/2000 de 7 de enero*. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, junio 15, 2000.

COMENTARIOS A LA LEY ÓRGANICA DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR

Eduardo de Urbano Castrillo y José Miguel de la Rosa Cortina. ARANZADI Editorial, 2001.

La entrada en vigor, el 13 de enero de 2001, de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal del Menor, lleva a estos dos juristas a acometer el estudio pormenorizado del nuevo texto legislativo regulador de la «subjurisdicción» penal de menores. Al texto se han incorporado las modificaciones introducidas por las Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000, de 22 de diciembre, en relación con los delitos de terrorismo.

Precede al estudio del articulado un análisis de la Exposición de Motivos partiendo de los distintos modelos de justicia penal juvenil. La nueva Ley se adscribe al modelo de responsabilidad penal al regular las garantías penales y procesales del menor-delincuente, tamizado con el criterio del «interés del menor» en la clasificación y ejecución de las medidas que los Jueces de menores pueden imponer como sanción penal. En el comentario general del Título Preliminar y del ámbito de aplicación de la Ley, se destacan las notas que caracterizan esta materia: ser un derecho penal especial, jurisdicción especializada, el distinto tratamiento jurídico por tramos de edad y la preeminente función procesal del Ministerio Fiscal.

Cada Título comienza con un comentario doctrinal de su contenido al que se añaden los antecedentes legislativos, tanto el sistema de la Ley Orgánica 4/92, como la regulación constitucional, Circulares e Instrucciones de la Fiscalía General del Estado, normas procesales o Textos internacionales, así como la jurisprudencia aplicable y opiniones de la doctrina científica, al que sigue el examen individualizado del articulado de la Ley. Cada artículo se completa con las concordancias del propio texto legal, las demás normas procesales y sustantivas con las que se relaciona, los antecedentes legislativos, la tramitación parlamentaria y las cuestiones de que trata cada artículo con una especial referencia a la interpretación de la Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado.

Se completan estos *Comentarios...* con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y pronunciamientos jurisdiccionales de las Audiencias y Juzgados de Menores en que se aplica la LORPM (medidas cautelares, cuestiones de derecho transitorio, prescripción, secre-

to de actuaciones, responsabilidad civil, etc.), y con los textos legales internacionales y estatales que la complementan. Se incorpora el texto de las Circulares 1/2000, de 18 de diciembre y 2/2001, de 28 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre interpretación y aplicación de las Leyes Orgánicas 5/2000, y 7/2000 y 9/2000, respectivamente, y las Conclusiones de las Jornadas de Menores celebradas en el año 2000, que orientan la actuación de los Jueces y Fiscales de Menores en estos procedimientos penales. Y, por último, se añaden unos formularios cuya finalidad, según los autores, es facilitar la labor de los partícipes en el proceso, y que sin duda, son una herramienta muy útil para los Abogados que actúan en esta jurisdicción.

ASPECTOS JURÍDICOS DE LA PROTECCIÓN DEL MENOR

Varios autores. Junta de Castilla y León, 2001

La justificación de la promulgación de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores, 5/2000, de 12 de enero se encuentra en la situación de interinidad creada por el nuevo Código Penal de 1995—que rebaja la mayoría de edad penal a los dieciocho años, pero queda en suspenso hasta que por Ley se regule la responsabilidad penal de los menores (artículo 19 y Disposición Final Séptima)—, siendo su antecedente inmediato la LO 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores, dictada a consecuencia de la STC 36/91, de 14 de febrero, que declaró inconstitucional varios artículos de la antigua Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948. Se trata de dotar de un marco de auténticas garantías al proceso para exigir responsabilidad penal a los menores delincuentes, primando como elemento determinante el interés del menor, fomentar la reeducación de los menores teniendo en cuenta sus circunstancias, así como configurar las competencias de las Comunidades Autónomas en la ejecución de las medidas impuestas en sentencia por los Jueces de Menores.

El libro contiene las ponencias de varios profesionales de la materia que, con motivo de la entrada en vigor de la Ley, han participado en diferentes jornadas promovidas por la Junta de Castilla y León y que pretende, según su Coordinador, analizar los aspectos teóricos de la Ley en dirección a su compleja puesta en práctica.

Los temas que aborda son: *Los derechos del niño: Menores infractores. Algunas consideraciones*, del Magistrado de la Audiencia Provincial y Juez de Menores de Segovia, Luis BRUALLA SANTOS-FUNCIA. Se analizan los antecedentes del tratamiento de menores, sus diferentes modelos político-criminales y principios básicos, la evolución de los sistemas de la justicia de menores (de protección, educativo y de responsabilidad), y las líneas básicas de la nueva LORPM: responsabilidad penal, el interés del menor, el principio de oportunidad y la responsabilidad civil, concluyendo con algunas consideraciones críticas y progresos que la aplicación práctica de la Ley pone de manifiesto.

La protección del menor inadaptado y en conflicto social, por Prudencio APARICIO BLANCO, Juez de Menores. Se hace un estudio de la problemática de la inadaptación juvenil, antecedentes de su tratamiento, significado y delimitación del concepto, consideración como supuesto de desprotección social, y de las medidas a imponer, sancionadoras y protectoras: tutela legal, guarda asistencial, medidas judiciales del artículo 158.3 del Código Civil para evitar al menor un peligro grave, internamiento en centro asistencial y el derecho de corrección de los padres con auxilio judicial.

Las partes en el proceso regulado por la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores, por Rafael GUERRA POSADAS, Letrado de la Comunidad Autónoma. Se examina el papel de cada uno de los intervinientes en el proceso regulado en la Ley: menores, Juez de Menores, el Ministerio Fiscal, la víctima del delito y el Letrado del menor, así como la actuación de las Comunidades Autónomas en la aplicación de las medidas adoptadas por los Jueces de Menores.

Las medidas cautelares en el procedimiento penal de menores, por María Rosario ORNOSA FERNÁNDEZ, Magistrada especialista de Menores. Tras un breve análisis de la estructura y reformas de la Ley, se mencionan una serie de cuestiones generales, tales como la competencia, las partes en el proceso, los tipos de expedientes y las fases del procedimiento. El estudio de la pieza separada de medidas cautelares se inicia con la detención del menor, abarcando su declaración ante la policía y ante el Fiscal, la comparecencia previa ante el Juez de menores, las clases (internamiento, libertad vigilada, convivencia con otra persona, familia o grupo), plazo para decidir, duración de la medida cautelar y el régimen de recursos, con especial referencia a las medidas cautelares de protección del artículo 29 de la LORPM.

La ejecución de medidas. Actuación administrativa, de Alejandro HERRERO PRIETO, Letrado de la Comunidad Autónoma. La ponencia comprende el estudio detallado de cada una de las medidas que pueden adoptar los Jueces de Menores en sus sentencias, la competencia de las entidades públicas de protección y reforma designadas por las Comunidades Autónomas, Ceuta y Melilla, para su ejecución, y el modo de actuación en la ejecución de las medidas impuestas, tanto por la entidad pública como por el Juez de Menores como Juez de vigilancia penitenciaria.

La ejecución de medidas de internamiento en la Ley Orgánica 5/2000, por Tomás MONTERO HERNANZ, Jefe del Servicio de Atención y Reinserción de Jóvenes Infractores, de la Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León. Partiendo de las previsiones de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas en 1989, sobre la privación de libertad, analiza su regulación en la LORPM, en especial su título VII, con un detenido examen de las reglas legales sobre imposición por los Juzgados de Menores y reglas generales y especiales para la ejecución por las Comunidades Autónomas.

Menores extranjeros no acompañados, por Pablo RODRÍGUEZ HOYOS, Jefe del Servicio de Protección a la Infancia, de la Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León. Se analiza la problemática específica de estos menores, en aspectos tales como sus diferencias con los menores inmigrantes o refugiados, criterios para la identificación y determinación de la edad, adecuación de los centros de protección o la repatriación, formulando una serie de propuestas para resolver los problemas prácticos.

Transcribimos a continuación la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2001, dictada en un recurso de casación en interés de la Ley, cuyo fallo, aun respetando la situación jurídica particular derivada de la sentencia, constituye doctrina legal, siendo vinculante para todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado del orden jurisdiccional contencioso administrativo a partir de su publicación en el BOE de 17 de diciembre de 2001.

La doctrina legal que fija es la siguiente:

Las Comunidades Autónomas tienen legitimación para interponer recursos contencioso-administrativos contra las resoluciones que les sean desfavorables, en virtud de los contenidos de los Tribunales de Justicia Central, conforme a los artículos 138.1.a) de la Ley Jurisdiccional Contencioso-Administrativa de 1956 y 19.1.d) de la vigente de 1998, por tener interés legítimo, directo y efectivo, al ser extremo que afecta a la suficiencia de los recursos que la Constitución y la Ley les reconocen y, por ende, a su autonomía financiera.

JURISPRUDENCIA

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección SEGUNDA

Fecha: 22/09/2001

RECURSO DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LA LEY

Núm.: 6629/2000

Ponente: Excmo. Sr. D. Pascual Sala Sánchez

Excmos. Sres.

Presidente:

D. Emilio Pujalte Cárdena

Magistrados:

D. Pascual Sala Sánchez

D. Jaime Román Mascarido

D. Ramón Rodríguez Arribas

D. José María Oter

D. Alfonso Gata Cosada

La ejecución de medidas. Actuación administrativa. de Alejandro HERRERO VRIHO, Letrado de la Comunidad Autónoma. La potestad comprende el estudio detallado de cada una de las medidas que pueden adoptar los Jueces de Menores en sus sentencias; la competencia de las entidades públicas de protección y reforma designadas por las Comunidades Autónomas, Ceuta y Melilla, para su ejecución; y el modo de actuación en la ejecución de las medidas impuestas, tanto por la entidad pública como por el Juez de Menores como Juez de vigilancia penitenciaria.

La ejecución de medidas de internamiento en la Ley Orgánica 5/2000, por Tomás MONTERO HERNANZ, Jefe del Servicio de Atención y Recursos Jurídicos de Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León. Partiendo de las prohibiciones de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas en 1979, sobre la privación de libertad, analiza su regulación en la LORPM, en especial su título VII, con un detenimiento especial de las reglas legales sobre imposición por los Juzgados de Menores y reglas generales y especiales para la ejecución por las Comunidades Autónomas.

Menores extranjeros no acompañados. por Pablo RODRÍGUEZ HOYOS, Jefe del Servicio de Protección a la Infancia, de la Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León. Se analiza la problemática específica de estos menores, en aspectos tales como sus diferencias con los menores inmigrantes o refugiados, criterios para la identificación y determinación de la edad; adecuación de los centros de protección o la repatriación; formulando una serie de propuestas para resolver los problemas prácticos.

Transcribimos a continuación la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2001, dictada en un recurso de casación en interés de la Ley, cuyo fallo, aun respetando la situación jurídica particular derivada de la sentencia, constituye doctrina legal, siendo vinculante para todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado del orden jurisdiccional contencioso-administrativo a partir de su publicación en el BOE de 17 de diciembre de 2001.

La doctrina legal que fija es la siguiente:

«Las Comunidades Autónomas tienen legitimación para interponer recursos contencioso-administrativos contra las resoluciones que les sean desfavorables, en materia de tributos cedidos, de los Tribunales Económico-Administrativos Regionales y Central, conforme a los artículos 28.1.a) de la Ley Jurisdiccional Contencioso-Administrativa de 1956 y 19.1.d) de la vigente de 1998, por tener interés legítimo, directo y efectivo, al ser extremo que afecta a la suficiencia de los recursos que la Constitución y la Ley les reconocen y, por ende, a su autonomía financiera».

**SENTENCIA
TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo
Contencioso-Administrativo
Sección: SEGUNDA

Fecha: 22/09/2001

RECURSO DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LA LEY

Núm.: 6629/2000

Ponente: Excmo. Sr. D. Pascual Sala Sánchez

Excmos. Sres.

Presidente:

D. Emilio Pujalte Clariana

Magistrados:

D. Pascual Sala Sánchez

D. Jaime Rouanet Moscardó

D. Ramón Rodríguez Arribas

D. José Mateo Díaz

D. Alfonso Gota Losada

En la Villa de Madrid, a veintidós de septiembre de dos mil uno.

VISTO por la Sección Segunda de la Sala Tercera de este Tribunal, integrada por los Excmos. Señores Magistrados anotados al margen, el recurso de casación en interés de la Ley interpuesto por la Comunidad Autónoma de Madrid, representada y defendida por la Letrada de su Servicio Jurídico, contra la Sentencia de la Sala de esta Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Quinta, de fecha 31 de mayo de 2000, dictada en el recurso contencioso administrativo 1659/98, sobre comprobación de valores y liquidación en materia de Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD), en cuya casación aparece como parte recurrida la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado, habiendo sido oído el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.— La Sala de esta Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Quinta, con fecha 31 de mayo de 2000 y en el recurso antes referenciado, dictó Sentencia con la siguiente parte dispositiva: «FALLO: Que debemos declarar y declaramos la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo interpuesto por la COMUNIDAD DE MADRID, contra la resolución del TRIBUNAL ECONÓMICO ADMINISTRATIVO REGIONAL DE MADRID de fecha 9 de junio de 1998 sobre Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Sin imposición de costas».

Segundo.— Contra la anterior sentencia, que contiene el voto particular de uno de los Magistrados de la Sala en sentido contrario a la inadmisibilidad por ella declarada, la representación procesal de la Comunidad de Madrid formuló recurso de casación en interés de la Ley con fundamento, sustancialmente, en que el pronunciamiento de inadmisibilidad contenido en la sentencia de instancia por supuesta falta de legitimación de la referida Comunidad para impugnar una resolución contraria a sus intereses recaudatorios del Tribunal Económico Administrativo Regional, era contrario a la suficiencia de un interés legítimo para accionar reconocida por las Leyes Jurisdiccionales Contencioso-Administrativas y por la Jurisprudencia, habida cuenta, además, que la Comunidad no actuó

como órgano delegado del Estado en el sentido con que contemplan este óbice a la legitimación las Leyes Jurisdiccionales mencionadas. Terminó suplicando de la Sala sentase doctrina legal reconociendo la legitimación cuestionada en los concretos términos a que después se aludirá. La representación del Estado, comparecida en el recurso, se manifestó favorable al reconocimiento de la legitimación siempre que se tratase de actos tributarios propios de la Comunidad. Por su parte, el Ministerio Fiscal, en este punto, solicitó la desestimación del recurso y confirmación del criterio mantenido por la sentencia.

Tercero.— Señalada, para votación y fallo, la audiencia del once de los corrientes, tuvo lugar en esa fecha la referida actuación procesal.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. PASCUAL SALA SÁNCHEZ

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.— Conforme consta en los antecedentes, se impugna en este recurso la sentencia de la Sala de esta Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Quinta, de 31 de mayo de 2000, que había declarado la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo interpuesto por la Comunidad de Madrid contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional (TEAR), de 9 de junio de 1998, estimatoria de la reclamación entablada por Doña María Luisa Echevarría Rodríguez contra notificación del resultado del expediente de comprobación de valores incoado por la Dependencia de Gestión Tributaria de la Delegación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en Madrid —en que fue fijada una base imponible, a efectos del ITP y AJD, de 7.741.158 pesetas, en vez de la señalada por la interesada en su autoliquidación, que ascendió a 3.897.605 pesetas— y, también, contra la liquidación por dicho concepto (en realidad, y al parecer, por el de donaciones sobre la diferencia entre base comprobada y base declarada que autorizaba la DA 4.ª de la Ley 8/89, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, según consigna el TEAR en el hecho segundo de su resolución), ascendente a 336.886 ptas, que le fue girada en sustitución o como complemento de la autoliquidación por ella formulada en cuantía de 233.856 pesetas. La concreción de cantidades es necesaria a efectos de comprobar la viabilidad de esta forma casacional —que aquí concurre en cuanto a cuantía se refiere—, dada su naturaleza de recurso subsidiario respecto de las otras dos modalidades (casación común u ordinaria y

para unificación de doctrina) a tenor de lo establecido en la anterior —art. 102.b)— y en la vigente —art. 100— Ley de esta Jurisdicción. En concreto, la sentencia recurrida llegó a la mencionada declaración de inadmisibilidad, previa introducción del motivo de oposición por la vía del art. 43.2 de la anterior Ley Jurisdiccional —art. 33.2 de la vigente—, por entender que la Comunidad de Madrid carecía de legitimación para impugnar una resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional, estimatoria, como antes se ha dicho, de una reclamación formulada frente a actos tributarios (concreción de base imponible y consiguiente liquidación) adoptados en materia de ITP y AJD, tributo estatal cedido a dicha Comunidad.

El fundamento de la conclusión de inadmisibilidad acabada de apuntar lo encuentra la sentencia de instancia en la consideración de que las Comunidades Autónomas actúan, en materia de gestión, liquidación, recaudación e inspección de tributos cedidos, con facultades delegadas del Estado, que conserva su titularidad, tal y como resulta del art. 19.2 de la Ley 8/1980, de 22 de septiembre, Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (cabría añadir que este resultado se desprendería directamente del precepto mencionado antes de su reforma por la Ley Orgánica 3/1996, de 28 de diciembre, y después resulta de su conexión con la Ley de Cesión de Tributos a la que se remite), de los arts. 12 y 14.1 de la Ley 14/1996, de 30 de diciembre, de Cesión de Tributos del Estado a las Comunidades Autónomas y Medidas Fiscales Complementarias, y, antes (sic en la sentencia), de los arts. 11, 12 y siguientes de la Ley de Cesión 30/1983, de 28 de diciembre (cabría aclarar, también, que es esta una Ley vigente todavía para aquellas Comunidades que no hubieran asumido, en todo o en parte, el nuevo régimen de cesión previsto en la antes citada Ley 14/1996), sin que se encuentre incluido, sin embargo, en el ámbito de esas competencias delegadas, el conocimiento de las reclamaciones económico administrativas que puedan deducirse frente a los actos tributarios de las respectivas Comunidades en los tributos cedidos, puesto que es ésta una competencia reservada a los Tribunales Económico Administrativos del Estado en todo caso (art. 20.1 de la Ley Orgánica 8/1989, LOFCA, al que cabría añadir la cita de la Disposición Adicional 7.ª de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en vigor desde el 1.º de enero de 2000). Entonces —continúa el discurso argumental de la sentencia—, estando la legitimación para acceder al recurso contencioso administrativo regulada en el art. 28 de la Ley Jurisdiccional

de 1956, que era la vigente en el momento de la interposición del de que aquí se trata, habría que entender que el interés directo o legítimo que contempla el indicado precepto no puede predicarse de la Administración Autonómica recurrente, puesto que está referido, eminentemente, a los particulares, habida cuenta que «la Administración no se rige por el principio del interés, sino por el de legalidad, de tal manera que no cabe considerar que las consecuencias económicas que pudiera producir (se refiere a la resolución del TEAR estimatoria de la reclamación y, por eso, perjudicial para los intereses recaudatorios de la Comunidad de Madrid) determinan la existencia de interés» (sic). Si a ello se une —sigue la sentencia— que tampoco resulta clara la existencia de un perjuicio patrimonial, puesto que, en definitiva, siempre serían aplicables las reglas de corrección que se establecen en el art. 15 de la LOFCA (se refiere a las medidas de asignación complementaria de recurso que prevé este precepto cuando una Comunidad Autónoma, con la utilización de los recursos financieros regulados en los arts. 11 y 13 —entre los que se encuentran los resultantes de los tributos cedidos—, no pudiera asegurar un nivel mínimo de la prestación del conjunto de los servicios públicos fundamentales que hubiera asumido), y que el propio art. 28, acabado de citar, no reconoce legitimación a los órganos de la Entidad pública autora de los actos impugnados ni a los particulares cuando obraren por delegación de la Administración o como meros agentes o mandatarios de ella, habría de llegarse a la conclusión —siempre según la sentencia— de la falta de interés legitimador de la Comunidad de Madrid para interponer el recurso contencioso administrativo sustanciado en la instancia, aun cuando no se tratara, en el supuesto por ella enjuiciado, de la misma administración (la Comunidad Autónoma no podía ser considerada órgano de la Administración del Estado), ya que, así como el legislador no atribuye legitimación al particular que obra por delegación o como mero agente o mandatario de la Administración, así tampoco cabría «reconocer legitimación a la Comunidad de Madrid, que, aunque no es un particular, sí obra por delegación del Estado en el tributo cedido cuya titularidad corresponde a éste». Y es que —termina el razonamiento en este punto— «entenderlo de otra forma supondría que la Administración del Estado, titular del tributo, carece de un mecanismo de impugnación que sí tendría la Comunidad Autónoma, lo que supone una contradicción evidente».

Como argumentos complementarios, utiliza la sentencia los siguientes:

a) El de que la atribución específica de legitimación a las Comunidades Autónomas para recurrir ante los Tribunales Económico Administrativos los actos de gestión tributaria propios que realiza el art. 19.2 de la antes citada Ley 4/1996, da a entender que no la podría encontrar por aplicación del art. 30.1.b) del Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico Administrativas aprobado por Real Decreto 391/1996, de 1.º de marzo (que, en este extremo, reproduce el art. 11.1.b) del Real Decreto Legislativo 2795/1980, de 12 de diciembre, sobre Procedimiento Económico Administrativo), «pues, de haber estimado que la Comunidad Autónoma se encontraba legitimada bajo la expresión del precepto citado ('cualquier otra persona cuyos intereses legítimos resulten afectados por el acto administrativo de gestión'), no hubiera sido necesaria la atribución expresa de legitimación a que queda hecha la indicación.

b) El de que la Comunidad Autónoma puede instar del Estado la revisión del acto administrativo cuestionado, mediante el procedimiento, legalmente previsto, de declaración de lesividad, puesto que, cuando se trata de revisar sus propios actos en vía administrativa, tanto el Estado como las Comunidades Autónomas, se ven obligados a declarar la lesividad de los declarativos de derechos y a impugnarlos en vía contencioso administrativa, según previene el art. 159 de la Ley General Tributaria y el art. 19.1.d) de la mencionada Ley 14/1996 respecto de los actos de la Comunidad Autónoma, a los que se extiende el alcance de la delegación de competencias en la materia. Por tanto, «el titular del tributo cedido —dice la sentencia— se ve obligado a cumplir las resoluciones del Tribunal Económico Administrativo, teniendo como único mecanismo de impugnación la declaración de lesividad, e igualmente la Comunidad Autónoma respecto de sus propios actos, siendo contradictorio que pudiera dicha Comunidad revisar los actos referidos al tributo cedido por un procedimiento distinto que el indicado de declaración de lesividad, pues ello pudiera constituir un fraude a la Ley, proscrito por el art. 6.4 del Código Civil». (sic).

c) El de que a la misma conclusión habría que llegar a la luz de la nueva Ley Jurisdiccional de 1998, puesto que, con arreglo al art.19.1.d), las Comunidades Autónomas tiene legitimación para impugnar «los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de la Administración del Estado» y no puede considerarse que actos tributarios del Estado adoptados en materia de tributos cedidos puedan afectar a la autonomía de las Comunidades

Autónomas, toda vez que se trata de actos respecto de los que el Estado conserva la titularidad y que, por eso mismo, no pueden significar invasión de atribuciones competenciales de aquellas, que, en esta materia, solo ejercen atribuciones delegadas del Estado.

d) El de que toda la argumentación expuesta se ve reforzada, en el presente caso, por la realidad de que los actos tributarios originarios no fueron dictados por la Comunidad Autónoma, sino por órganos de la Administración del Estado (concretamente, cabe añadir, provenientes de la Delegación en Madrid de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria), aunque ya se trataba de un tributo —ITP y AJFD— cedido a la Comunidad Autónoma de Madrid, pero, en ese momento, todavía no gestionado por ella, con lo que dicha Comunidad no defiende la legalidad de sus actos, «sino la de unos actos administrativos de comprobación y liquidación dictados por la Administración del Estado... que, por un órgano de revisión incardinado en la propia Administración del Estado, resultan anulados» (sic).

e) El de que constituiría un desconocimiento del principio constitucional de seguridad jurídica desde la perspectiva del ciudadano, puesto que, habiendo obtenido este un pronunciamiento favorable a sus intereses de un órgano económico administrativo (una de cuyas finalidades, según la Exposición de Motivos del Real Decreto aprobatorio del Reglamento de Procedimiento de 1.º de marzo de 1996, es arbitrar vías revisorias que hagan posible la evitación de un recurso contencioso administrativo), se vería abocado a soportar un proceso jurisdiccional por el único motivo de la discrepancia de criterios entre las Administraciones interesadas.

Pues bien; ante este planteamiento de la sentencia de instancia, la Comunidad de Madrid, con fundamento, sustancialmente, en que ostenta interés legítimo y directo en la impugnación; en que no actuó como órgano delegado del Estado en el sentido contemplado por el art. 28.4 de la Ley Jurisdiccional de 1956; en que ostentaba legitimación para recurrir en vía económico administrativa y legitimación pasiva, como codemandada, en la vía jurisdiccional ante cualquier impugnación de interesado cuando la resolución económico administrativa no fuera favorable a los intereses de éste; en que así resulta, además, de la nueva Ley Jurisdiccional, porque el acto desfavorable a los intereses recaudatorios de la Hacienda Autonómica afectaba a su autonomía financiera y, por último, en que así había sido reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo —Sentencias de 23 de mayo y 8 de noviembre de 1996 y de 2 de junio de 1954 -16 de julio de

1996— y la doctrina del Constitucional —STC 192/2000, de 13 de julio—, postula de la Sala se sienta doctrina legal en el sentido de que «las Comunidades Autónomas —en concreto la Comunidad de Madrid— que tienen competencias de revisión, inspección y recaudación de los tributos cedidos, tienen legitimación para interponer recursos contencioso-administrativos contra las resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos Regionales y Central, conforme a los arts. 28.1.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 y artículo 19.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, al tener interés real, efectivo, propio y legítimo por afectar al ámbito de su autonomía financiera».

Segundo.— La Sala no puede compartir el planteamiento de la sentencia de instancia que acaba de exponerse y, por el contrario ha de refrendar la interpretación postulada por la Comunidad Autónoma recurrente.

Y es que, aun cuando las Comunidades Autónomas actúan, en materia de gestión, liquidación, recaudación e inspección de tributos cedidos, con facultades delegadas del Estado, que conserva su titularidad tal y como resulta de los preceptos que se han consignado con todo detalle en el fundamento que precede a propósito de la exposición del criterio seguido por la sentencia aquí cuestionada, sin que, entre esas facultades delegadas, se encuentre incluida la de revisión económico-administrativa de los actos en que las mismas se materializan, que, en todo caso corresponde a los órganos económico-administrativos del Estado, es lo cierto que dichas facultades han sido atribuidas a las referidas Comunidades por las correspondientes Leyes de Cesión de Tributos —las Leyes 30/1983, de 28 de diciembre, y 14/1996, de 30 de diciembre, arts. 12 y siguientes de la primera y 14 y siguientes de la segunda— y, asimismo, por la LOFCA, art. 19.2, tanto antes como después de su reforma por la Ley Orgánica 3/1996, de 27 de diciembre, como lógico complemento de la autonomía financiera que les reconoce el art. 156 de la Constitución y de su soporte en la suficiencia de sus Haciendas para hacer frente al ejercicio de sus competencias y para la prestación de los servicios de su responsabilidad, suficiencia ésta que pasa, necesariamente, por la defensa de la integridad de sus recursos financieros, que incluyen expresamente los tributos cedidos total o parcialmente por el Estado, según establece el art. 157.1.a) CE y desenvuelve la antes citada LOFCA.

De esta realidad se desprenden ya tres importantes consecuencias a los fines que aquí importan:

Una, la de que las expresadas facultades de gestión, liquidación, recaudación, inspección y revisión, aun referidas a tributos cedidos, forman parte del ámbito competencial de las Comunidades Autónomas y constituyen necesario complemento de su autonomía financiera y del soporte de ésta, constituido por la suficiencia de sus Haciendas, que, a su vez, exige defender la integridad de los recursos que las integran, entre los cuales, como se ha visto, se encuentran los referidos tributos cedidos, en parangón con todos los demás a que se refiere el elenco de los mencionados en el art. 157.1 de la Constitución y 4.º.1 de la LOFCA y no, por cierto, los menos importantes.

Otra, la del innegable interés directo, y por supuesto legítimo, de las mencionadas Comunidades en mantener la integridad de tales recursos financieros, no sólo con finalidad meramente recaudatoria, sino como instrumento indispensable para el ejercicio de sus competencias, el cumplimiento de sus obligaciones y, en suma, la satisfacción del interés general al que, como toda Administración Pública, deben servir con objetividad (art. 103.1 CE).

Y la tercera que si el interés que caracteriza la legitimación ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo, además de deber ser examinado con criterio amplio, se da siempre que cabe apreciar la existencia de una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación o mantenimiento produzcan automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto, por utilizar las palabras con que se manifiesta la STC 88/1999, de 26 de mayo, FJ 2.º, y las de múltiples sentencias de esta Sala que han analizado el concepto, tanto con referencia a la Ley Jurisdiccional de 1956 (art. 28.1.a) como en relación con la vigente de 1998 (art. 19.1.a), es claro que nunca podría negarse a la Comunidad Autónoma recurrente para impugnar, conforme se destacó hizo la sentencia, una resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid que había estimado una reclamación y anulado una concreción de base imponible y una liquidación que, aun realizadas en vía de gestión por la Delegación en esta Capital de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, afectaba directamente a uno de los Impuestos —el de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados— que el Estado le había cedido, interés que, importa resaltar, es el que sirve de sustrato a cualquier supuesto de legitimación en vía jurisdiccional, conforme después se volverá a razonar, y, cabría añadir, que incluso en los casos de legitimación a que se refiere, para las CC.AA. y

en vía económico administrativa, el art. 19.2 de la Ley de Cesión 14/1996, antes citada.

Tercero.— La conclusión anterior no puede quedar desvirtuada por la alegación de que el art. 28.1.a) de la Ley Jurisdiccional primeramente citada —la de 1956— está referido eminentemente a los particulares, ya que la Administración no se rige por el principio del interés, sino por el de legalidad, ni por la inexistencia de perjuicio patrimonial que pueda imputarse al pronunciamiento económico administrativo impugnado en la instancia: dada la posibilidad de adopción de las medidas de asignación complementaria de recursos a que se ha hecho referencia en el primer fundamento de la presente, ni por la de que las facultades de gestión que la Ley otorga a las Comunidades Autónomas son, conforme antes se dijo, facultades delegadas, ni, tampoco, porque reconocer legitimación a las Comunidades Autónomas para impugnar jurisdiccionalmente actos de la Administración tributaria estatal procedentes de sus órganos de revisión económico administrativos, aun referidos a tributos cedidos, significaría un plus respecto de las facultades de la propia Administración del Estado, que no podría hacerlo (cabría añadir que porque habría de declarar la lesividad de esa resolución del órgano económico administrativo previamente a su impugnación en vía contencioso administrativa) o porque, con arreglo a la nueva Ley Jurisdiccional, habría que negar, también, la legitimación, o, en último término, porque reconocerla supondría vulnerar la seguridad jurídica del ciudadano, que se vería abocado, después de haber obtenido una declaración favorable a sus intereses de un Tribunal Económico Administrativo estatal (en este caso, además, revisora de actos tributarios estatales aunque referidos a tributos cedidos), a intervenir en un proceso contencioso administrativo por una mera discrepancia entre las Administraciones interesadas. Y ello por las razones siguientes:

En primer lugar, porque el que la Administración Autónoma se rija por el principio de legalidad, como cualquier otra Administración Pública, no puede excluir, en absoluto, su capacidad para recurrir jurisdiccionalmente actos de otra Administración que resulten lesivos para sus legítimos intereses, en relación con la defensa de sus competencias o de la integridad de sus recursos económicos, inclusive con independencia de los requisitos de legitimación exigidos para recurrir esos actos, o los propios, en vía económico administrativa. La sentencia de instancia, apunta en sus razonamientos, aunque no lo afirme

categoricamente, que, en aras del principio de legalidad que rige la actuación de cualquier Administración, las Administraciones Autónomas podrían, sí, impugnar jurisdiccionalmente los actos y disposiciones estatales que afecten a su autonomía, pero con desconexión del «interés» como criterio legitimador entendido en la forma expuesta en el fundamento de derecho que precede, y no es así.

Bajo el régimen de la Ley de 1956, la Ley 34/1981, de 5 de octubre, establecía, en su art. 3.º, que «las Comunidades Autónomas (CC.AA.) podrán impugnar las disposiciones de carácter general que, dictadas por la Administración del Estado, afecten al ámbito de su autonomía». Pese a que ninguna referencia se hacía a los «actos» de esa misma Administración estatal, no puede haber duda de que esta omisión estaba justificada porque se entendía que la posibilidad de impugnar tales «actos» estatales estaba comprendida en la cláusula general de legitimación del art. 28.1.a). El interés en la impugnación, en el que obviamente está comprendido el de las CC.AA. de mantener la integridad de los recursos establecidos por la ley para poder cumplir sus funciones y restar los servicios a su cargo, no sólo no es incompatible con el principio de legalidad, sino que, por el contrario, lo complementa o actúa. La legitimación para recurrir «actos y disposiciones» que hoy reconoce a las Comunidades Autónomas el artículo 19.1.d) de la vigente Ley Jurisdiccional no sólo no excluye el interés legítimo como criterio general de legitimación, sino que lo presupone. De ahí que sea correcta la postulación de doctrina legal que realiza la recurrente en el sentido de puntualizar la necesidad del interés legitimador, tanto en la Ley de 1956 como en la vigente, puesto que ambas (la primera con el aditamento que supuso la Ley 34/1981, antes citada) vienen a profesar, en este punto y en definitiva, el mismo criterio. Por otra parte, tampoco puede permitirse que la inexistencia de perjuicio patrimonial, que como se ha visto sirve a la sentencia impugnada para, a mayor abundamiento, negar la existencia de ese «interés», pueda derivar de las medidas de asignación complementaria de recursos prevista en el art. 15 de la LOFCA, no ya porque, como dice la recurrente, haya que tener en cuenta la menor cantidad ingresada, los intereses de demora y la indemnización de los costes del aval —argumento éste que supone no haber captado en su justa medida la diferente dimensión del concepto de perjuicio como elemento integrante del interés—, sino porque dicha asignación complementaria está prevista para el supuesto de que los recursos financieros de las Comunidades Autónomas fueran insuficientes para asegurar un nivel

mínimo de la prestación de los servicios públicos fundamentales que hubiera asumido, y es claro que puede constituir «interés legítimo» de una Comunidad no sólo conseguir ese nivel mínimo, sino, por el contrario, alcanzar el máximo, y no sólo respecto de los servicios fundamentales, sino en relación, también, con los que no tuvieran esa condición. El perjuicio legitimador, simplemente por no obtener el nivel de recursos financieros prevenido legalmente, no puede negarse, desde ningún punto de vista, en el supuesto aquí enjuiciado.

En segundo término, porque, como se ha destacado con anterioridad, las facultades de las CC.AA. en materia de gestión, liquidación, recaudación e inspección de tributos cedidos, les han sido conferidas por la LOFCA y las correspondientes Leyes de Cesión de Tributos y, en tal sentido, forman parte de su propio ámbito competencial y constituyen lógico y necesario complemento de su autonomía financiera. El hecho de que la titularidad, tanto de los Impuestos cedidos como de dichas facultades, continúe siendo del Estado no puede significar que la misma, respecto de estas últimas, excluya su integración en el marco de las competencias de la Comunidad Autónoma cesionaria, conforme lo acredita el que solo por ley podrían ser suprimidas o asumidas nuevamente por el Estado. No se está, pues, en presencia de una delegación de competencias similar a la recogida en el art. 13 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que se encuentra legalmente inscrita en el ámbito estrictamente orgánico de una misma Administración, conforme lo revela la rúbrica del Título II al que el precepto pertenece, sino ante una delegación intersubjetiva que, en tanto sea mantenida por la ley constitucionalmente habilitada para regular el ejercicio de las «competencias financieras» (sic en la dicción constitucional y legal) correspondiente a las CC.AA. —art. 157.3 CE—, es decir, por la LOFCA y las Leyes de Cesión de Tributos ya mencionadas, significará que el Estado ha sido desapoderado del ejercicio de esas mismas facultades, precisamente porque, después de su asunción por las referidas CC.AA., están legalmente atribuidas a éstas. Por consiguiente, no puede utilizarse, en contra de lo que hace la sentencia, la exclusión de legitimación contenida en el art. 28.4.b) de la Ley de esta Jurisdicción de 1956 («no podrán interponer recurso contencioso administrativo en relación con los actos y disposiciones de una Entidad Pública —dice el precepto— los particulares, cuando obraren por delegación o como meros agentes o mandatarios de ella»), pero no sólo porque la exclusión está exclusivamente referida a los particula-

res, sino porque, además, no existe en absoluto identidad de razón, o de términos de comparación, que hagan posible la utilización de la analogía (art. 4.º.1 del Código Civil) o la adopción de la misma solución.

En tercer lugar, porque, aunque, en el supuesto aquí enjuiciado, no se está ante actos de gestión, liquidación o recaudación realizados por la Administración Autónoma como consecuencia del ejercicio de las facultades delegadas que la ley le atribuye en materia de tributos cedidos, sino ante actos de la Administración estatal, llevados a cabo con anterioridad a su asunción por la Comunidad Autónoma cesionaria, que han sido anulados por el Tribunal Económico Administrativo Regional (órgano del Estado) al estimar la reclamación entablada por el sujeto pasivo de un impuesto a aquella cedido (el ITP y AJD), esta realidad no puede ser utilizada, como hace la sentencia recurrida, para reforzar la conclusión de que, en tales circunstancias, la Administración Autónoma carece de legitimación y no tiene más alternativa, so pena de reconocerle mayores facultades de impugnación jurisdiccional que las que la propia Administración del Estado tiene, que la de instar de esta última la declaración de lesividad y la ulterior impugnación en vía contencioso administrativa. En efecto: a diferencia de la Administración estatal financiera y de la de la misma clase de las CCAA respecto de sus tributos propios, que no pueden directamente demandarse a sí mismas cuando en la vía económico administrativa obtienen resoluciones desfavorables a sus actos de gestión, inspección o recaudación tributaria, pero que sí pueden emprender la revisión de oficio por nulidad de pleno derecho de dichas resoluciones a iniciativa del Ministro de Hacienda (art. 153.1 de la Ley General Tributaria y art. 56 del Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico Administrativas), o de las correspondientes Autoridades Autónomas, y pueden actuar, asimismo y previa declaración de lesividad, su anulación en sede contencioso administrativa a cargo de la respectiva «Administración tributaria», estas facultades no están atribuidas a la Administración Autónoma cuando las resoluciones de la vía económico administrativa, adoptadas en materia de tributos cedidos, les son desfavorables, en razón de que la revisión en tales vía y materia están reservadas, como se ha visto anteriormente, a los Tribunales Económico Administrativos del Estado. De ahí que, si no se reconociera legitimación a las CCAA para recurrir en vía contencioso administrativa tales resoluciones y se dejara en manos de otra Administración —la del Estado, en este caso— esa

posibilidad según su propia apreciación —es decir, sin obligatoriedad de iniciación, que, por lo demás, sería absurdo establecer—, la autonomía financiera que la Constitución (art. 156.1) y las leyes (art. 1.º de la LOFCA) les reconocen «para el desarrollo y ejecución de sus competencias» resultaría desconocida en el importantísimo aspecto del mantenimiento de la integridad y suficiencia de los recursos que, de modo expreso, la Ley Orgánica vigente en la materia —la LOFCA— les atribuye. Por eso, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 192/2000, de 13 de julio, a propósito del problema de determinar «si la competencia sobre las reclamaciones económico administrativas relativas a los tributos cedidos por el Estado debe corresponder al Tribunal Económico Administrativo Regional, según dispone el art. 20.1.b) de la LOFCA, o, por el contrario, a los órganos autonómicos correspondientes» (F.J. 4) y ante la objeción de la Comunidad Autónoma allí concernida de que la revisión en vía económico administrativa de las actuaciones de la Administración Autónoma por el Tribunal Regional del Estado podría mermar sus recursos financieros, la rechazó simplemente con el argumento de que «las resoluciones de los órganos económico administrativos del Estado son, según el art. 20.2 de la propia LOFCA, susceptibles de recurso contencioso administrativo» y, por eso mismo, pudo concluir que «el art. 20.1.b) de la LOFCA no vulnera(ba) la autonomía financiera de la Comunidad Autónoma» (F.J. 8 *in fine*). Importa insistir en que es precisamente la imposibilidad en que se encuentran las CC.AA. para declarar la lesividad, primero, e impugnar, luego, en vía contencioso-administrativa las resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos estatales que les sean desfavorables en materia de tributos cedidos (pese a que la tienen respecto de «sus propios actos declarativos de derechos» en dichos tributos ex art. 19.1.d) de la Ley 14/1996, antes mencionada), la que les atribuye, como única salida, interés legitimador para impugnarlas jurisdiccionalmente, situación ésta que, como fácilmente puede comprenderse, no cambia por el hecho de que se esté ante actos de gestión todavía efectuados por la Administración estatal por no haber sido asumidas, como en el caso de autos ocurre, por la Administración Autónoma.

Es conveniente aclarar, para evitar confusiones en torno al antes examinado problema de la delegación, que este sencillo y directo razonamiento del Tribunal Constitucional no queda desvirtuado por la argumentación, contenida en el F.J. 9 de su sentencia, de que el establecimiento del control específico de legalidad que supone la atribu-

ción a órganos económico administrativos estatales de la revisión de actos tributarios de las CC.AA. en materia de tributos cedidos, no vulnera la autonomía política de éstas, porque no se trataría «del establecimiento por la legislación estatal de controles sobre competencias de gestión explícitamente atribuidas a las CC.AA. por sus Estatutos de Autonomía, sino de funciones ejecutivas ejercidas por las CC.AA. por delegación del Estado en el seno... de una materia atribuida a este último con carácter exclusivo por el art. 149.1.CE» ya que, en el fundamento siguiente —el 10—, aclara la necesidad de que el Estado, dentro de su libertad de opción por uno u otro sistema de financiación autonómica, haya de actuar «dentro de los márgenes que la Constitución le otorga y respetando los principios y las competencias financieras autonómicas en ella establecidas (singularmente en el artículo 157 CE)». Es claro que, entre esas Competencias financieras, están, aunque sea por delegación del Estado y como antes se dijo, las relativas a la gestión y liquidación de los tributos cedidos, que, al estar, también, específicamente señaladas y atribuidas por la Ley a las CC.AA., ha de estimarse pertenecen a su ámbito competencial.

Y, por último y en cuarto lugar, porque ningún desconocimiento del principio de seguridad jurídica puede significar permitir que un ciudadano que hubiera obtenido una resolución favorable en vía económico administrativa y, como tantas veces se ha dicho, en materia de tributos cedidos, se viera obligado a defenderla en vía contencioso administrativa ante la impugnación de la Administración Autónoma desfavorecida, habida cuenta que no se trataría de una mera discrepancia de criterio entre Administraciones, a modo de una *res inter alios acta*, sino de la defensa de la integridad de los recursos financieros de una de esas Administraciones, que lógicamente no puede quedar al arbitrio de la otra. La seguridad jurídica no se hace efectiva cercenando el acceso a la jurisdicción de una Administración que está defendiendo la integridad de sus recursos y con ella su autonomía financiera, sino, por el contrario, garantizándola, cualquiera que sea la solución que, en torno al problema de fondo suscitado, en definitiva se acoja. Téngase presente que la posibilidad de impugnación jurisdiccional que aquí se reconoce, en manera alguna restringe las garantías del particular que hubiera obtenido una resolución favorable (acto declarativo de derechos) de un órgano de revisión económico-administrativa estatal, puesto que esas garantías consisten, precisamente y conforme se ha ya razonado, en la necesidad de que, para anularla, no quepa otra alternativa que la declaración de lesividad y el

ulterior recurso contencioso-administrativo, según lo establecido, hoy, en los arts. 19.2, 43 y 45.4 de la vigente Ley Jurisdiccional, en relación con el art. 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificado por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y 159 de la LGT, puesto que la revisión de actos nulos ha quedado reducida por dicha Ley a los que lo sean de pleno derecho en los supuestos previstos en su art. 62.1, conforme preceptúa el art. 102.1 en su versión actualmente en vigor. Por consiguiente, se está ante un total respecto del principio de que sólo la impugnación jurisdiccional resulta admisible frente a los referidos actos declarativos de derechos, que es lo que garantiza con el proceso de lesividad y con la doctrina que aquí se estima procedente.

Cuarto.— Por las razones expuestas, que revelan lo erróneo del criterio mantenido por la sentencia de instancia, y porque, al constituir éste un cercenamiento de la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan defender en vía jurisdiccional la integridad de sus recursos financieros, afecta gravemente al sector del interés general que aquellas tienen encomendado, se está en el caso, de conformidad con lo establecido en el art. 100 de la vigente Ley Jurisdiccional, de dar lugar al recurso y de fijar en el fallo la doctrina legal interesada por la Comunidad de Madrid, aunque sin mención a sus competencias de revisión en vía administrativa, de inspección y recaudación de los tributos cedidos, por derivar estas facultades directamente de un mandato legal no necesitado de ratificación en un recurso de la naturaleza del presente, y con especificación, en aras de la necesaria claridad, de que la legitimación habrá de estar referida a las resoluciones económico-administrativas contrarias a sus intereses. Todo ello con respeto de la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a costas y con la publicidad y efectos prevenidos en el precepto acabado de citar.

En su virtud, en nombre del Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que, sin prejuzgar la situación jurídica particular derivada de la sentencia pronunciada por la Sala de esta Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Quinta, con fecha 31 de mayo de 2000, en el recurso contencioso-administrativo al principio rese-

ñado, debemos declarar, y declaramos, haber lugar al recurso de casación en interés de la ley formulado contra la misma por la Comunidad de Madrid y, consecuentemente, fijar como doctrina legal que:

«Las Comunidades Autónomas tienen legitimación para interponer recursos contencioso-administrativos contra las resoluciones que les sean desfavorables, en materia de tributos cedidos, de los Tribunales Económico-Administrativos Regionales y Central, conforme a los artículos 28.1.a) de la Ley Jurisdiccional Contencioso-Administrativa de 1956 y 19.1.d) de la vigente de 1998, por tener interés legítimo, directo y efectivo, al ser extremo que afecta a la suficiencia de los recursos que la Constitución y la Ley les reconocen y, por ende, a su autonomía financiera».

Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el *Boletín Oficial del Estado* y en la Colección que edita el Consejo General del Poder Judicial, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

N.º LEY	FECHA	FECHA BOCM	ASUNTO	ASUNTO	DECRETO
10/2001	14/12/2001	17/12/2001	POR LA QUE SE CONCEDE UN SUPLEMENTO DE CRÉDITO Y UN CRÉDITO EXTRAORDINARIO Y SE AUTORIZA LA MODIFICACIÓN DEL NIVEL DE ENDEUDAMIENTO DE LA CM Y SUS ORGANISMOS AUTÓNOMOS ADMINISTRATIVOS A 31-12-2001		
11/2001	19/12/2001	30/1/2002	UNIONES DE HECHO DE LA CM		
12/2001	21/12/2001	26/12/2001	DE ORDENACIÓN SANITARIA DE LA CM		
13/2001	26/12/2001	28/12/2001	PRESUPUESTOS GENERALES DE LA CM PARA 2002		
14/2001	26/12/2001	28/12/2001	MEDIDAS FISCALES Y ADMINISTRATIVAS		
15/2001	27/12/2001	31/12/2001	RENTA MÍNIMA DE INSERCIÓN EN LA CM		
N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO	
125/2001	02/08/2001	07/09/2001	ECONOMÍA Y EMPLEO	SE CREAN, MODIFICAN Y SUPRIMEN DIVERSOS FICHEROS AUTOMATIZADOS QUE CONTIENEN DATOS DE CARÁCTER PERSONAL DEL INSTITUTO MADRILEÑO PARA LA FORMACIÓN	
135/2001	30/08/2001	07/09/2001	ECONOMÍA Y EMPLEO	CORRECCIÓN ERRORES DEL DECRETO 95/2001	

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
136/2001	30/08/2001	07/09/2001	ECONOMÍA	ESTABLECIMIENTO DE UN PERÍODO TRANSITORIO PARA LA INDICACIÓN DE PRECIOS POR UNIDAD DE MEDIDA EN LOS PEQUEÑOS COMERCIOS Y VENTA AMBULANTE
137/2001	30/08/2001	07/09/2001	ECONOMÍA Y EMPLEO	SE APRUEBA CON CARÁCTER TRANSITORIO EL REGLAMENTO DE LA INDICACIÓN GEOGRÁFICA PROTEGIDA «CARNE DE LA SIERRA DE GUADARRAMA»
138/2001	30/08/2001	07/09/2001	SERVICIOS SOCIALES	SE AUTORIZA LA CONSTITUCIÓN POR LA CM DE LA FUNDACIÓN PARA EL MECENAZGO Y EL PATROCINIO SOCIAL DE LA CM
147/2001	06/09/2001	13/09/2001	EDUCACIÓN	SE AUTORIZA LA IMPLANTACIÓN DE ENSEÑANZAS, EL RECONOCIMIENTO DE NUEVOS CENTROS Y EL CAMBIO DE DENOMINACIÓN EN UNIVERSIDADES PRIVADAS DE MADRID
148/2001	06/09/2001	14/09/2001	MEDIO AMBIENTE	SE SOMETE A AUTORIZACIÓN LA ELIMINACIÓN EN LA CM DE RESIDUOS PROCEDENTES DE OTRAS PARTES DEL TERRITORIO NACIONAL

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
149/2001	06/09/2001	20/09/2001	SANIDAD	SE COMPLEMENTAN LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN PARA LA TRAMITACIÓN DE LOS EXPEDIENTES DE AUTORIZACIÓN DE APERTURA DE OFICINAS DE FARMACIA EN LA CM
150/2001	06/09/2001	20/09/2001	SANIDAD	SE REGULAN LA AUTORIZACIÓN Y REGISTRO DE LOS LABORATORIOS DE LA CM QUE REALICEN CONTROLES ANALÍTICOS DE PRODUCTOS ALIMENTICIOS
151/2001	13/09/2001	26/09/2001	ECONOMÍA Y EMPLEO	SE REGULA LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LAS GRÚAS DE VEHÍCULOS AUTOMÓVILES
152/2001	13/09/2001	03/10/2001	ECONOMÍA Y EMPLEO	SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE LA LEY 11/1998, DE 9 DE JULIO, DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES DE LA CM
153/2001	13/09/2001	20/09/2001	EDUCACIÓN	SE AUTORIZAN ENSEÑANZAS EN EL CENTRO DE ENSEÑANZA SUPERIOR ESCUELA SUPERIOR DE GESTIÓN COMERCIAL Y MARKETING ADSCRITO A LA UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
154/2001	20/09/2001	28/09/2001	EDUCACIÓN	SE REGULAN LOS REGÍMENES DE CONTRATACIÓN DE PROFESORES ESPECIALISTAS
155/2001	20/09/2001	21/09/2001	PRESIDENCIA Y HACIENDA	SE MODIFICA LA DENOMINACIÓN Y ESTRUCTURA DE LAS CONSEJERÍAS
198/2001	27/09/2001	28/09/2001	PRESIDENCIA	SE ESTABLECEN LAS FIESTAS LABORALES PARA 2002 EN LA CM
199/2001	27/09/2001	28/09/2001	HACIENDA	SE ADAPTAN LAS INTERVENCIONES DELEGADAS EN LAS CONSEJERÍAS Y ORGANISMOS DE LA CM A LA DENOMINACIÓN Y ESTRUCTURAS DE LAS CONSEJERÍAS ESTABLECIDAS
200/2001	27/09/2001	28/09/2001	JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICAS	SE APRUEBA LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DEL ORGANISMO AUTÓNOMO IMAP
201/2001	27/09/2001	09/10/2001	MEDIO AMBIENTE	SE DECLARA LA PREVALENCIA DEL INTERÉS GENERAL DE LAS OBRAS «LÍNEA VILLALBA-SEGOVIA. SUPRESIÓN DEL PASO A NIVEL EN EL PUNTO KM 15,050 EN LOS MOLINOS»
202/2001	27/09/2001	08/10/2001	SANIDAD	SE ESTABLECEN DETERMINADAS MEDIDAS SANITARIAS COMPLEMENTARIAS EN RELACIÓN CON LA PREVENCIÓN Y CONTROL DE LAS ENCEFALOPATÍAS ESPONGIFORMES TRANSMISIBLES

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
217/2001	27/09/2001	28/09/2001	SERVICIOS SOCIALES	SE MODIFICA LA ESTRUCTURA BÁSICA DE LA CONSEJERÍA DE SERVICIOS SOCIALES
224/2001	04/10/2001	30/10/2001	ECONOMÍA E INNOVACIÓN TECNOLÓG.	SE REGULA EL PROCEDIMIENTO A EFECTUAR PARA DEJAR FUERA DE SERVICIO TANQUES DE ALMACENAMIENTO DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS LÍQUIDOS
226/2001	04/10/2001	09/10/2001	ECONOMÍA E INNOVACIÓN TECNOLÓG.	SE MODIFICA EL DECRETO 149/96, DE 31 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE CREA EL INSTITUTO TECNOLÓGICO DE DESARROLLO AGRARIO
230/2001	11/10/2001	22/10/2001	JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICAS	SE REGULA EL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA CM DE LOS NACIONALES DE LOS DEMÁS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA
234/2001	11/10/2001	22/11/2001	MEDIO AMBIENTE	SE DECLARA LA PREVALENCIA DEL INTERÉS GENERAL DE LA ACTIVIDAD MINERA DE EXPLOTACIÓN DE GRANITO ORNAMENTAL EN LA CONCESIÓN «EL VENERO»

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
235/2001	11/10/2001	29/10/2001	MEDIO AMBIENTE	SE APRUEBA LA CUOTA SUPLEMENTARIA PARA LA FINANCIACIÓN DE OBRAS DE INFRAESTRUCTURA EN EL MUNICIPIO DE VILLAMANRIQUE DE TAJO
236/2001	11/10/2001	29/10/2001	MEDIO AMBIENTE	SE APRUEBA LA CUOTA SUPLEMENTARIA PARA LA FINANCIACIÓN DE OBRAS DE INFRAESTRUCTURA EN EL MUNICIPIO DE NAVAS DEL REY
237/2001	11/10/2001	29/10/2001	MEDIO AMBIENTE	SE APRUEBA LA CUOTA SUPLEMENTARIA PARA LA FINANCIACIÓN DE OBRAS DE INFRAESTRUCTURAS EN EL MUNICIPIO DE ZARZALEJO
239/2001	11/10/2001	22/10/2001	ECONOMÍA E INNOVACIÓN TECNOLÓG.	SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA CONSEJERÍA DE ECONÓMICA E INNOVACIÓN TECNOLÓGICA
240/2001	11/10/2001	22/10/2001	EDUCACIÓN	SE MODIFICA EL DECRETO 90/1997, POR EL QUE SE FIJAN LAS COMPET. DE LOS ÓRGANOS PROVISIO. DE LA UNIVERSIDAD «REY JUAN CARLOS» HASTA LA APROA. ESTATUTOS

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
244/2001	18/10/2001	30/10/2001	ECONOMÍA E INNOVACIÓN TECNOLÓG.	SE MODIFICA EL DECRETO 149/1996, DE 31 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE CREA EL INSTITUTO TECNOLÓGICO DE DESARROLLO AGRARIO
245/2001	18/10/2001	29/10/2001	ECONOMÍA E INNOVACIÓN TECNOLÓG.	SE ESTABLECE LA COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DEL INSTITUTO MADRILEÑO DE INVESTIGACIÓN AGRARIA Y ALIMENTARIA DE LA CM
246/2001	18/10/2001	30/10/2001	ECONOMÍA E INNOVACIÓN TECNOLÓG.	SE CREA EL INSTITUTO REGIONAL DE ARBITRAJE DE CONSUMO
248/2001	25/10/2001	12/11/2001	PRESIDENCIA	SE MODIFICA LA COMISIÓN DE COORDINACIÓN PARA LA INTRODUCCIÓN DE LA MONEDA ÚNICA
249/2001	25/10/2001	12/11/2001	EDUCACIÓN	SE CREA EN LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, EL INSTITUTO UNIVERSITARIO «FLORES DE LEMUS» DE ESTUDIOS AVANZADOS EN ECONOMÍA
250/2001	25/11/2001	20/11/2001	LAS ARTES	SE DECLARA BIEN DE INTERÉS CULTURAL EN LA CATEGORÍA DE ZONA PALEONTOLÓGICA «EL SOTO», EN EL TÉRMINO MUNICIPAL DE MÁSTELES

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
252/2001	08/11/2001	22/11/2001	LAS ARTES	SE DESIGNAN REPRESENTANTES DE LA COMUNIDAD DE MADRID EN EL PATRONATO DE LA FUNDACIÓN «CAMINO DE LA LENGUA CASTELLANA»
253/2001	08/11/2001	17/12/2001	ECONOMÍA E INNOVACIÓN TECNOLÓG.	SE UNIFICAN LOS PROCEDIMIENTOS RELACIONADOS CON LA INSCRIPCIÓN EN LOS REGISTROS DE EMPRESA DE ACTIVIDADES INDUSTRIALES REGULADAS
254/2001	08/11/2001	16/11/2001	TRABAJO	SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA CONSEJERÍA DE TRABAJO
257/2001	15/11/2001	22/11/2001	JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICAS	SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA MESA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD DE MADRID
258/2001	15/11/2001	26/11/2001	EDUCACIÓN	SE MODIFICA EL DECRETO 6/1998, DE 9 DE ENERO, POR EL QUE SE CREA EL CENTRO DE MEDICINA DEPORTIVA
259/2001	15/11/2001	10/12/2001	SANIDAD	SE ESTABLECEN LOS HORARIOS DE ATENCIÓN AL PÚBLICO, SERVICIOS DE GUARDIA Y VACACIONES DE LAS OFICINAS DE FARMACIA EN LA CM

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
260/2001	22/11/2001	30/11/2001	JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICAS	SE MODIFICA PARCIALMENTE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA CONSEJERÍA DE JUSTICIA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
261/2001	22/11/2001	03/12/2001	EDUCACIÓN	SE AUTORIZA LA SUPRESIÓN DE ENSEÑANZAS EN LA UNIVERSIDAD «SAN PABLO» CES DE MADRID Y SE REGULA SU PERÍODO DE EXTINCIÓN
262/2001	22/11/2001	30/11/2001	SERVICIOS SOCIALES	SE MODIFICA EL ARTÍCULO 15 DEL DECRETO 192/1996, DE 26 DE DICIEMBRE, SOBRE LA ACREDITACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LAS INSTITUCIONES COLABORADORAS DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL
263/2001	22/11/2001	30/11/2001	ECONOMÍA E INNOVACIÓN TECNOLÓG.	SE ESTABLECE EL CALENDARIO Y EL HORARIO COMERCIAL DE APERTURA DE ESTABLECIMIENTOS EN DOMINGOS Y FESTIVOS DURANTE EL AÑO 2002
264/2001	29/11/2001	30/11/2001	HACIENDA	SE ESTABLECEN LAS COMPETENCIAS Y ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA DE LA CONSEJERÍA DE HACIENDA

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
265/2001	29/11/2001	20/12/2001	MEDIO AMBIENTE	SE APRUEBA EL PLAN DE ACTUACIÓN SOBRE HUMEDADES CATALOGADAS DE LA CM
266/2001	29/11/2001	14/12/2001	MEDIO AMBIENTE	SE MODIFICA EL DECRETO 323/1999, DE 11 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE
267/2001	13/12/2001	19/12/2001	PRESIDENCIA	SE MODIFICA EL REGLAMENTO DE LOS JUEGOS COLECTIVOS DE DINERO Y AZAR
268/2001	13/12/2001	26/12/2001	EDUCACIÓN	SE CREAN 17 ESCUELAS DE EDUCACIÓN INFANTIL DE PRIMER CICLO EN LA CM
274/2001	20/12/2001	31/12/2001	PRESIDENCIA	SE FIJA EL CALENDARIO PARA EL AÑO 2002 DE DÍAS INHÁBILES A EFECTOS DEL CÓMPUTO DE PLAZOS ADMINISTRATIVOS EN LA CM
280/2001	20/12/2001	26/12/2001	MEDIO AMBIENTE	SE APRUEBAN LAS TARIFAS MÁXIMAS DE LOS SERVICIOS DE ADUCCIÓN, DISTRIBUCIÓN, DEPURACIÓN Y ALCANTARILLADO DE AGUA, PRESTADOS POR EL CANAL DE ISABEL II, EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
283/2001	27/12/2001	28/12/2001	TRABAJO	SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL SERVICIO REGIONAL DE EMPLEO
284/2001	27/12/2001	28/12/2001	TRABAJO	SE APRUEBA LA ESTRUCTURA DEL SERVICIO REGIONAL DE EMPLEO

DATE	DESCRIPTION	AMOUNT	BALANCE
1890
1891
1892
1893
1894
1895
1896
1897
1898
1899
1900

