

N.º 16  
Mayo  
Agosto  
2003

*Revista Jurídica de la* **Comunidad de Madrid**





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

N.º 16 Mayo-Agosto

Año 2003

## **Estudios**

Contratos y concesiones de obras: la Ley 13/2003, reguladora del contrato de concesión de obras públicas.

El proceso de liquidación de la Cámara de la Propiedad Urbana de Madrid.

Proceso Contencioso-Administrativo, Medidas Cautelares y Publicidad Registral: La Anotación Preventiva de Interposición del Recurso Contencioso-Administrativo.

¿Derogación tácita de los artículos 101 de la Ley 30/1992 y 125 de la Ley de Expropiación Forzosa?

Ley Penal y Territorialidad.

## **Comentarios**

Evolución y actualidad de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La normativa de licencias comerciales de la Comunidad de Madrid: algunas cuestiones sin resolver (primera parte).

Estudio de las relaciones entre Minas, Urbanismo y Medio Ambiente, con motivo de la construcción del Parque Temático de San Martín de la Vega

Suelos contaminados ¿Para cuándo la aprobación por parte del Gobierno de la Nación de los parámetros que permitan a las Comunidades Autónomas actuar en la materia e impedir la inoperatividad de la Ley Básica Estatal de Residuos 10/1998 de 21 de abril?

Los catálogos y las potestades administrativas sobre los bienes protegidos.

**Memoria de la Dirección General de los Servicios Jurídicos: Año 2002**

## **Recensiones**

**Leyes y Decretos de la Comunidad de Madrid. Segundo cuatrimestre 2003**

R1395



# REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

N.º 16. Mayo-Agosto 2003

arçia



4007 817 404

**NORMAS DE PUBLICACIÓN**  
Dirección:  
Instituto Jurídico  
Facultad de Derecho  
Universidad de Madrid

# REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Los trabajos que se publican en la Revista Jurídica podrán aparecer en cualquier otra publicación, previa autorización de la Dirección de la revista. Los que no se publican voluntariamente se publican por escrito.

**N.º 16. Mayo-Agosto 2003**

El contenido de la revista se refiere a la actividad jurídica en la Comunidad de Madrid, en la que se hará especial hincapié en la doctrina de la Dirección, Dirección, NIF, etc.

No se aceptan trabajos de carácter científico o de actualidad que no estén relacionados con la actividad jurídica en la Comunidad de Madrid.

Los autores de los trabajos publicados en esta revista se comprometen a la disponibilidad permanente y exclusiva de los trabajos en la Revista.

Trabajo de la Revista  
Instituto Jurídico  
Facultad de Derecho  
Universidad de Madrid  
4007 817 404

**Directora:**

Rosario López Ródenas  
Directora General de los Servicios Jurídicos  
rosario.lopez@madrid.org

**Subdirectora:**

Alejandra Frías López  
Letrada del Servicio Jurídico Central  
alejandra.frias@madrid.org

**Edita:**

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

**Imprime:**

Imprenta del organismo autónomo  
Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid

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

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

<http://www.comadrid.es> o [www.madrid.org](http://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.madrid.org/pres_serv_juridicos/revista_juridica/index.htm)

**Y en Intranet**

[http://infomadrid/pres\\_serv\\_juridicos/revista\\_juridica/index.htm](http://infomadrid/pres_serv_juridicos/revista_juridica/index.htm)

Tirada: 800 ejemplares  
Edición: 05/03  
I.S.S.N.: 1139-8817  
Depósito legal: M-6.420-1999  
IMPRIME: B.O.C.M

**NORMAS DE PUBLICACIÓN****Estudios**

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

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

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

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

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

Estudios (José YUSTY BASTARRICHI) .....	233
La normativa de licencias comerciales de la Comunidad de Madrid: algunas cuestiones sin resolver (primera parte) (Inés CHAMARRO STORMS y Tomás IVORRA ARDITE) .....	241
Estudio de las relaciones entre Minas, Urbanismo y Medio Ambiente, con motivo de la construcción del Parque Temático de San Martín de la Vega (Silvia PÉREZ BLANCO) .....	261
Notas conmemorativas: Para celebrar la aprobación por parte del Gobierno de la Nación de las disposiciones que permiten a las Comunidades Autónomas actuar en la materia e impulsar la implementación de la Ley Básica Estatal de Residuos (1998 de 21 de abril) (M. <sup>a</sup> del Carmen LÓPEZ DE LUAZO SÁNCHEZ) .....	285

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid

Podrán ser remitidos para su publicación en la Revista Jurídica los trabajos jurídicos que no estén publicados o aceptados para su publicación. 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 incluirán. También podrán ser remitidos trabajos que ya se incluyeron en ediciones anteriores de la Revista o indirectamente en publicaciones de la misma.

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica podrán estar en cualquier otra publicación, pero la autorización de la Dirección de la misma. Los que no se publiquen en esta revista podrán ser publicados por otras revistas.

La Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid es un órgano de publicación de la Comunidad de Madrid. Los trabajos se remiten en papel, por triplicado, y en digital. Los trabajos se aceptan en su totalidad o en parte. Los trabajos aceptados en su totalidad se publican en el número de la revista que se indica en el título del trabajo. Los trabajos aceptados en parte se publican en el número de la revista que se indica en el título del trabajo.

No se devuelven los originales de los trabajos, pero se devuelve el original de los trabajos que se aceptan en parte.

Los autores de los trabajos publicados en esta revista se comprometen a aceptar las condiciones de publicación y a ceder los derechos de explotación de los trabajos.

Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid  
ISSN: 1137-4711  
Depósito Legal: M. 4489-1998  
IMPRESIÓN: S.A.C. 2

ÍNDICE

Memoria de la Dirección General de los Servicios Jurídicos  
Año 2003

Estudios

<i>Contratos y concesiones de obras: la Ley 13/2003, reguladora del contrato de concesión de obras públicas</i> (Francisco GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO) .....	11
<i>El proceso de liquidación de la Cámara de la Propiedad Urbana de Madrid</i> (José Ramón APARICIO DE LÁZARO) .....	57
<i>Proceso Contencioso-Administrativo, Medidas Cautelares y Publicidad Registral: La Anotación Preventiva de Interposición del Recurso Contencioso-Administrativo</i> (José Antonio DOMÍNGUEZ LUIS) .....	81
<i>¿Derogación tácita de los artículos 101 de la Ley 30/1992 y 125 de la Ley de Expropiación Forzosa?</i> (Fernando LUQUE REGUEIRO) .....	125
<i>Ley Penal y Territorialidad</i> (Natalia REUS MARTÍNEZ) .....	171

Comentarios

<i>Evolución y actualidad de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa</i> (José YUSTY BASTARRECHE) .....	233
<i>La normativa de licencias comerciales de la Comunidad de Madrid: algunas cuestiones sin resolver (primera parte)</i> (Inés CHAMARRO STORMS y Tomás IVORRA ARDITE) .....	241
<i>Estudio de las relaciones entre Minas, Urbanismo y Medio Ambiente, con motivo de la construcción del Parque Temático de San Martín de la Vega</i> (Silvia PÉREZ BLANCO) .....	261
<i>Suelos contaminados ¿Para cuándo la aprobación por parte del Gobierno de la Nación de los parámetros que permitan a las Comunidades Autónomas actuar en la materia e impedir la inoperatividad de la Ley Básica Estatal de Residuos 10/98 de 21 de abril?</i> (M.ª del Carmen LÓPEZ DE ZUAZO SÁNCHEZ) .....	285

*Los catálogos y las potestades administrativas sobre los bienes protegidos* (Marta BERNABÉ CAMAFRETTA) ..... 325

**Memoria de la Dirección General de los Servicios Jurídicos: Año 2002** ..... 359

**Recensiones** ..... 373

**Leyes y Decretos de la Comunidad de Madrid. Segundo cuatrimestre 2003** ..... 381

El proceso de liquidación de la Comunidad de Madrid (José Ramón APARICIO DE LAZARO) ..... 37

Proceso Contractual-Administrativo. Medidas Contractuales y Publicidad Registral. La estructura procesal de intervención del Recurso Contractual-Administrativo (José Aguado DOMÍNGUEZ JIMÉ) ..... 81

Proposición técnica de los artículos 101 de la Ley 30/1992 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa (Fernando LLORE RE-QUIRO) ..... 102

Las Juntas y Responsabilidad (Natalia REUS MARTÍNEZ) ..... 171

Comentarios

Liquidación y actividad de la Administración Contractual-Administrativa (José JUSTY BASTARCHE) ..... 113

La normativa de licitación comercial de la Comunidad de Madrid: algunas cuestiones sin resolver (primer parte) (José CHAMARRO STORMS y Tomás IVORRA ARDITI) ..... 241

Estudio de las relaciones entre Reino, Extranjero y Madrid: análisis con motivo de la contratación del Parque Temático de San Martín de la Vega (Silvia PÉREZ BLANCO) ..... 261

Sanos contenidos y sus efectos en aplicación por parte del Gobierno de la Nación de los fundamentos que permiten a las Comunidades Autónomas actuar en la materia e impedir la intervención de la Ley Básica Estatal de Reservas 10/8 de 21 de abril (M. del Carmen LÓPEZ DE HARO SÁNCHEZ) ..... 282

**CONTRATOS Y CONCESIONES DE OBRAS:  
LA LEY 13/2003, REGULADORA DEL CONTRATO  
DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS**

Francisco García Gómez de Mercado

**ESTUDIOS**

**1. INTRODUCCIÓN**

Como señala GABÓN Y MARÍN<sup>1</sup>, básicamente, el contrato o contrato se distingue de la concesión. Se dice así que la Administración puede realizar las obras o servicios públicos por modos diversos: a) encargándose directamente de la ejecución de la obra pública o realización del servicio; b) contratando con particular su ejecución; c) otorgando al mismo el derecho a participar, entregando a éste la realización de la obra o el establecimiento del servicio y su explotación, reservado este momento de ejecución de la obra u obra u prácticas por el particular; d) realizando la obra o establecimiento o explotación y otorgando a particular la explotación y realización de obra o establecimiento. La simple realización de obra por contrato supone que el particular no tiene intervención alguna en la explotación de la misma. La concesión se caracteriza por la explotación por particular de un establecimiento o servicio de carácter público y explotación de la obra pública y explotación de obra o establecimiento de un tipo de concesión en la que la explotación, no se distingue entre contrato y concesión. La concesión es, así, una modalidad de contrato.

<sup>1</sup> GABÓN Y MARÍN, *Los contratos de obra pública*, p. 10.

Los catálogos y las posesiones administrativas sobre los bienes protegidos (Marta BERNABÉ CAMAFREITA)	525
Memoria de la Dirección General de los Servicios Jurídicos Año 2002	159
Recepciones	373
Leyes y Decretos de la Comunidad de Madrid. Segundo cuatrimestre 2003	283

ESTUDIOS

**CONTRATOS Y CONCESIONES DE OBRAS:  
LA LEY 13/2003, REGULADORA DEL CONTRATO  
DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS**

POR

FRANCISCO GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO

ABOGADO

DOCTOR EN DERECHO

ABOGADO DEL ESTADO EXCEDENTE

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Contratos de obras. 3. La concesión de obras públicas: concepto y regulación. 4. Preparación y adjudicación. 5. Ejecución y modificación. 6. Contratos con terceros. Financiación privada e hipoteca de la concesión. 7. Extinción.

**1. INTRODUCCIÓN**

Como señala GASCÓN Y MARÍN<sup>1</sup>, históricamente, el contrato o contrata se distinguía de la concesión. Se decía así que «la Administración puede realizar las obras o servicios públicos por modos diversos: a) encargándose directamente de la construcción de la obra pública o realización del servicio; b) contratando con particulares su ejecución; c) acudiendo al sistema de concesión a particulares, entregando a éstos la realización de la obra o el establecimiento del servicio y su explotación, sirviendo ésta de elemento de retribución de la obra u obras practicadas por el particular; d) realizando la obra o estableciendo el servicio de la Administración y encomendado a particulares la prestación y explotación del mismo. La simple realización de obra por contrata supone que el particular no tiene intervención alguna en la explotación de la misma. La concesión lleva en sí una intervención directa del particular concesionario en la realización del servicio, en la explotación de la obra pública» y distingue contrato de concesión.

Por el contrario, en la actualidad, fuera del caso de la concesión demanial, no se distingue entre contrata y concesión. La concesión es, así, una modalidad de contrato.

<sup>1</sup> GASCÓN Y MARÍN, José, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, 5.ª ed., C. Bermejo Impresor.

En este sentido, la reciente Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, siguiendo el dictamen del Consejo de Estado, introduce la regulación del mismo en la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Texto Refundido de 16 de junio de 2000 (LCAP), que ya contenía algunas previsiones al respecto, si bien ahora se configura como un contrato típico distinto del de obras en sentido estricto. De este modo, como significa la exposición de motivos, la financiación y construcción de las obras públicas quedaría instrumentada sustancialmente a través de alguna de las modalidades siguientes:

- Construcción mediante un contrato administrativo de obras (arts. 120 y ss. LCAP), con financiación de una o varias Administraciones públicas en función de la finalidad de las obras y, eventualmente, ayudas de los fondos de la Unión Europea. Es más, se prevé la concesión demanial como modalidad de financiación de la obra pública (arts. 130-134 LCAP).
- Construcción mediante un contrato administrativo de obra bajo la modalidad de abono total del precio, el llamado sistema alemán, es decir, con financiación previa del contratista y pago aplazado por parte de la Administración, de conformidad con lo establecido en el artículo 147 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.
- Construcción y explotación de la obra pública en régimen de concesión, confiriendo el protagonismo principal, bajo la tutela y control de la Administración, a la iniciativa y capital privados, opción ésta en la que queda incluida la variedad del contrato de concesión que incorpora la obligación adicional para el concesionario de construir una obra u obras diferenciadas de la que es objeto de concesión, pero vinculadas a ella (arts. 220 y ss. LCAP).

A tenor de la disposición final tercera de la Ley 13/2003, ésta será de aplicación a los contratos cuya licitación se realice con posterioridad a su entrada en vigor (tres meses después de su publicación, que tuvo lugar el día 24 de mayo), entendiéndose a estos efectos que se inicia la licitación con su primera publicación, o, en los procedimientos negociados sin publicidad, a partir de la fecha de remisión de la invitación a los empresarios a presentar ofertas. Esto es, a diferencia de las disposiciones transitorias primera y sexta de la LCAP, que distinguen entre expediente de contratación y contrato, se atiende a la licitación para determinar la aplicación del nuevo régimen a expediente y el contrato mismo.

## 2. CONTRATOS DE OBRAS

### a) El contrato de obras común

El contrato de obras, regulado por los artículos 120 y ss. LCAP y 118 y ss. De su Reglamento, de 12 de octubre de 2001 (RGCAP), puede ser definido como aquel que tiene por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen su forma o sustancia a cambio de un precio.

Según el todavía vigente artículo 1 de la Ley de Obras Públicas, de 13 de abril de 1877, se consideran como tales las que sean de general uso y aprovechamiento y las construcciones destinadas a servicios que se hallen a cargo de la Administración. Ahora bien, como señala CLIMENT BARBERÁ<sup>2</sup>, «el presente artículo 120 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no distingue entre contratos de obras privadas o contratos de obras públicas, sino que, como es patente..., se limita a determinar que el contrato de obras es el que contraen las Administraciones Públicas y cuyo objeto sea una transformación de inmuebles, recogiendo así los elementos conceptuales de las obras públicas y privadas de las Administraciones Públicas, pero excluyendo el elemento diferencial y característico de las obras públicas, que es precisamente que su objeto satisfaga un interés o necesidad pública», «lo que además es congruente con las Directivas comunitarias en la materia»<sup>3</sup>.

Así, a tenor del artículo 120 LCAP,

«a los efectos de esta Ley se entiende por contrato de obras el celebrado entre la Administración y un empresario cuyo objeto sea: a) La construcción de bienes que tengan naturaleza inmueble, tales como carreteras, ferrocarriles, puertos, canales, presas, edificios, fortificaciones, aeropuertos, bases

<sup>2</sup> En la obra colectiva, dirigida por Ricardo GARCÍA MACHO, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Tirant Lo Blanch, págs. 638 y 639.

<sup>3</sup> Conforme al art. 1 de la Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, «se entenderá por contratos públicos de obras: los contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicador definido en la letra b), por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de obras relativas a una de las actividades contempladas en el Anexo II o de una obra definida en la letra c); bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador», considerándose en la letra c) que se entiende por obra «el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinada a cumplir por sí misma una función económica o técnica».

navales, defensa del litoral y señalización marítima, monumentos, instalaciones varias, así como cualquier otra análoga de ingeniería civil. b) La realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo, como dragados, sondeos, prospecciones, inyecciones, corrección del impacto medioambiental, regeneración de playas, actuaciones urbanísticas u otros análogos. c) La reforma, reparación, conservación o demolición de los definidos en las letras anteriores».

Existen, pues, diferentes tipos de obras, a cuya clasificación se refiere el artículo 123 LCAP, aplicables, insistimos, con independencia del carácter público o privado de la obra.

No faltan, sin embargo, autores, como GÓMEZ-FERRER<sup>4</sup>, que defienden el carácter jurídico-privado del contrato de obras privadas de la Administración, por lo que sólo se regiría por la LCAP en cuanto a su preparación y adjudicación.

El contrato de obras era en la LCE el contrato prototípico, cuya regulación se aplicaba supletoriamente a los demás contratos, incluso típicos, situación que ha cambiado en la LCAP pues ahora existe una regulación general del contrato administrativo y la del de obras no es ya de aplicación supletoria a los demás (aunque siga siendo posible su aplicación, en su caso, por vía analógica).

Es doctrina reiterada del Consejo de Estado que se trata de una modulación administrativa del contrato civil de arrendamiento de obra por ajuste o precio alzado de los artículos 1588 y ss. CC para su acomodación al tráfico en masa de la Administración (DCE 4-12-1958, 9-7-1959 y 24-10-1968), expresándose esta configuración en el principio de riesgo y ventura derivado de la articulación de las prestaciones de un precio fijo o alzado a cambio de un resultado.

Así, según nos ilustra HERRERO PRIETO<sup>5</sup>, «este contrato viene a constituir lo que civilmente se denominaría contrato de arrendamiento de resultado puesto que el contratista se obliga a realizar la obra a su riesgo y ventura», cuyo resultado «ha de ser un bien inmueble. Si por el contrario fuera un bien mueble habríamos de contrato de suministro» (Cfr. arts. 120, 171 y 172 LCAP).

Al igual que prevé el Código Civil, cuyo artículo 1588 dispone que «puede contratarse la ejecución de una obra conviniendo en que el que la ejecute ponga solamente su trabajo o su industria, o que también suministre el material», el artículo 119 RGCAP establece (bien

<sup>4</sup> GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, y otros, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, págs. 634 y ss.

<sup>5</sup> En la obra colectiva, dirigida por SÁEZ HIDALGO, Ignacio, *La contratación pública: aspectos jurídicos y de gestión. Su aplicación en Castilla y León*, Ed. Lex Nova, pág. 480.

que partiendo quizá de la regla general inversa a la del Código) que «en los contratos de obras la Administración podrá aportar, total o parcialmente, los materiales, maquinaria, instalaciones u otros medios destinados a su ejecución. Cuando la Administración facilite al contratista materiales precisos para la obra se considerarán éstos en depósito desde el momento de la entrega, siendo el contratista responsable de su custodia y conservación hasta tanto que la obra sea recibida sin perjuicio de que el órgano de contratación pueda fijar en el pliego de cláusulas administrativas particulares las garantías que estime pertinentes».

De otro lado, el contrato de obras puede ir unido o no a la elaboración del correspondiente proyecto<sup>6</sup>. A tenor del artículo 122 LCAP, «en el supuesto de adjudicación conjunta de proyecto y obra, la ejecución de ésta quedará condicionada a la supervisión, aprobación y replanteo del proyecto por la Administración», si bien el proyecto de obras puede ser objeto de un contrato autónomo, encuadrado entre los de servicios (art. 216 LCAP). Si el proyecto es elaborado por el contratista, éste asumirá la responsabilidad correspondiente, establecida en los artículos 217 a 219 LCAP, en función de que se hayan hecho cargo del mismo íntegramente o en colaboración con la Administración y bajo su supervisión (art. 124.5 LCAP).

A juicio de VINYOLES<sup>7</sup>, tradicionalmente se considera que «es deseable que el proyecto y la licitación de las obras no aparezcan vinculadas», para poder determinar previamente el alcance económico para el erario público de las obras y, además, haber mayor concurrencia, pero parece adecuado en obras de gran complejidad o que necesitan técnicas o procedimientos nuevos o poco utilizados». En este sentido, el artículo 125 LCAP dispone:

«1. La contratación conjunta de elaboración de proyecto y ejecución de las obras correspondientes tendrá carácter excepcional y sólo podrá aplicarse en los siguientes supuestos:

a) Cuando el sistema constructivo pudiera resultar determinante de las características esenciales del proyecto.  
b) Cuando las características de las obras permitan anticipar diversos tratamientos de trazado, diseño y presupuesto.

2. En todo caso, la licitación de este tipo de contrato requerirá la redacción previa por la Administración del correspondiente anteproyecto o documento similar y sólo, cuando por

<sup>6</sup> En cualquier caso, como luego se verá, los proyectos quedan sujetos a las instrucciones y supervisión de la Administración (arts. 127 y 128), y sus posibles defectos determinan la responsabilidad del contratista-proyectista (arts. 124.5 y 217-219 LCAP).

<sup>7</sup> VINYOLES I CASTELLS, Miquel, *La adjudicación de los contratos públicos*, Ed. Civitas, págs. 156 y 157.

*causas justificadas fuera conveniente al interés público, podrá limitarse a redactar las bases técnicas a que el proyecto deba ajustarse».*

En los casos establecidos por la LCAP, la ejecución de obras puede verificarse por la propia Administración, ya sea a través de sus servicios, con sus medios personales y reales (arts. 152 y 153 LCAP y 174-179 RGCAP), o mediante la colaboración de empresarios particulares, siempre que en este último caso su importe supere el límite establecido en la ley. En este último caso, los contratos de colaboración tendrán carácter administrativo pero no constituirán contratos de obras (art. 152.3 LCAP).

Téngase en cuenta, por lo demás, que el artículo 2.2 LCAP determina la aplicación de las normas administrativas de capacidad, publicidad, licitación y adjudicación a los contratos de obras celebrados por sujetos privados que tengan por objeto ciertas infraestructuras, como hospitales, equipamientos deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios e incluso edificios de uso administrativo, siempre que sean subvencionados directamente por la Administración con más del 50 por ciento de su importe y éste sea igual o superior a ciertas cifras<sup>8</sup>.

#### *b) Contratos de obra bajo la modalidad de abono total del precio*

Como supuesto especial, se admite, como venimos diciendo, la construcción mediante la modalidad de abono total del precio, el llamado sistema alemán, es decir, con financiación previa del contratista y pago aplazado por parte de la Administración, de conformidad con lo establecido en el artículo 147 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, desarrollado por el Real Decreto 704/1997, de 16 de mayo.

Es, por tanto, aquel contrato en el que el precio del contrato será satisfecho por la Administración mediante un pago único en el momento de la terminación de la obra, obligándose el contratista a financiar la construcción adelantando las cantidades necesarias hasta que se produzca la recepción de la obra terminada. Ello permite mejorar la capacidad de gasto de la Administración, por cuanto implica pagar la obra una vez terminada y en un período determinado de años, lo que permite aliviar el presupuesto (pero, en cierta medida, hipotecar el de los años futuros).

<sup>8</sup> Cfr. Informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa 45/95, de 21 de diciembre de 1995.

El contrato de obra pública bajo la modalidad de abono total del precio se regirá por lo previsto en el artículo 147 de la Ley 13/1996, desarrollado por el citado Real Decreto 704/1997, y con carácter supletorio se ajustará al régimen establecido en la LCAP y en las demás normas que resulten de aplicación por razón de la materia.

El contrato de obra bajo la modalidad de abono total del precio será de aplicación en los casos que reglamentariamente se determinen, atendiendo a la naturaleza de la obra y la cuantía del contrato. Así, el artículo 1 del Real Decreto 704/1997 considera aplicable esta modalidad a los contratos de obras que tengan por objeto la construcción de infraestructuras de carreteras, ferroviarias, hidráulicas, en la costa y medioambientales, con la condición de que el precio total de licitación alcance ciertos umbrales mínimos. Se rechaza expresamente la acumulación de obras para alcanzar tales límites, y se excluyen las obras de reforma, reparación, conservación o mantenimiento y demolición de infraestructuras, esto es, se limita a las de construcción y de modificación de forma o sustancia del suelo o subsuelo (Cfr. art. 120 LCAP). Asimismo y en aplicación del artículo 175.1 LCAP, que prevé la aplicación de las normas del contrato de obras al de suministro de fabricación, esta modalidad será de aplicación a ciertos suministros de fabricación para la modernización de las Fuerzas Armadas (disp. adicional primera del Real Decreto 704/1997).

El expediente de contratación y aprobación del contrato presentará las siguientes especialidades:

- i) No será exigible el certificado de existencia de crédito a que se refiere el artículo 68.2 LCAP. En todo caso, se acompañará certificado de compromisos de crédito para ejercicios futuros.
- ii) No será de aplicación lo previsto en los artículos 62 c) LCAP, sobre nulidad por carencia de crédito, ya que no es preciso éste al suscribirse el contrato, y 70.4 LCAP, sobre condición suspensión de la existencia de crédito cuando el contrato se formalice el ejercicio anterior al de inicio de su ejecución.
- iii) Al expediente de contratación se incorporará preceptivamente el informe del Ministerio de Economía y Hacienda u órgano autonómico equivalente.

Los pliegos de cláusulas administrativas particulares que regulen la construcción y financiación de las obras conforme a esta modalidad deberán incluir necesariamente las condiciones específicas de la financiación, así como en su caso la capitalización de sus intereses y su liquidación.

La adjudicación del contrato se efectuará por procedimiento abierto o restringido, mediante la modalidad de concurso. No se admite, pues, la subasta ni el procedimiento negociado.

La selección del contratista deberá ponderar las condiciones de financiación y la refinanciación, en su caso, de los costes de construcción. A estos efectos, las ofertas de los concursos deberán expresar separadamente el precio de construcción y el precio final a pagar, incluyendo los costes de financiación.

El compromiso de gasto previsto en este contrato por razón del pago del precio único, será objeto de adecuada e independiente contabilización. En los presupuestos de gastos del ejercicio en que haya de producirse la recepción de la obra, se consignará con carácter preferente el crédito necesario para amparar el citado compromiso de gasto.

A los efectos del artículo 14.3 LCAP (que consagra el principio de financiación al ritmo de la ejecución), se autoriza expresamente a que la Administración efectúe el pago único desde la recepción de la obra terminada. El precio incluirá en todo caso los costes reales.

Ahora bien, de conformidad con los artículos 5, 6 y 7 del Real Decreto 704/1997, si bien en principio el pago se realizará a la recepción de obra terminada, siempre y cuando el contratista haya realizado la totalidad del objeto satisfactoriamente, se admite, conforme al artículo 61.5 LGP, que el pago del precio se fraccione en distintas anualidades con un máximo de diez, con la correspondiente contabilización en cada una de ellas. Sobre el compromiso de gasto y, en especial los gastos plurianuales que admite el citado artículo 61 LGP.

El Gobierno de la Nación o el Consejo de Gobierno de la correspondiente Comunidad Autónoma podrá acordar la financiación de todos o parte de los pagos previstos, mediante el cobro de un peaje o tasa por uso de la infraestructura.

### c) Contrato de obra financiado mediante concesión demanial

Los artículos 130-134 LCAP, redactados por la Ley de 23 de mayo de 2003, regulan, según la rúbrica de la sección correspondiente, la financiación de la obra pública mediante concesión de dominio público. Nótese que aquí, al igual que en la concesión de obras públicas y a diferencia del régimen general del contrato de obras, sí parece indispensable que la obra tenga carácter público.

En primer lugar, el artículo 130 LCAP previene que «lo dispuesto en esta sección resultará exclusivamente aplicable a los supuestos en que una obra pública, por su naturaleza y sus características, no sea susceptible de explotación económica y, por tanto, objeto del contrato de concesión de obras públicas».

En estos supuestos y a tenor del artículo 131 LCAP, «la construcción y conservación de la obra pública, o bien sólo su conservación, podrá ser objeto del correspondiente contrato de ejecución y mantenimiento, o sólo de mantenimiento, de obra pública, pudiendo otorgar como contraprestación la Administración competente por razón de la materia, conforme a la legislación demanial específica de la misma, una concesión de dominio público en la zona de servicios o en el área de influencia en que se integra la obra».

«En el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares se determinará el uso y destino así como las características de la explotación previstos para los bienes de dominio público objeto de la concesión» (art. 132 LCAP).

«Para seleccionar al contratista y concesionario el órgano de contratación valorará, conjuntamente, la oferta relacionada con la construcción y mantenimiento de la obra, o sobre su proyecto, ejecución y mantenimiento, o sólo sobre su mantenimiento, así como las obras o actuaciones que el licitador se proponga realizar sobre el dominio público y el régimen de explotación que prevea para éste» (art. 133 LCAP).

Por lo demás, «no podrá otorgarse una concesión de dominio público a resultados del contrato regulado en esta sección contraviniendo el régimen de utilización de los bienes de dominio público regulados en las leyes específicas» (art. 134 LCAP).

### 3. LA CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS: CONCEPTO Y REGULACIÓN

La concesión de obras públicas, definida como la convención por la que un ente público confía a otro sujeto la realización de una obra pública cuya posterior explotación consiste en la remuneración de este último en función de los resultados financieros de dicha explotación<sup>9</sup>, era ya contemplada en España por la Real Orden de 10 de octubre de 1845, que preveía la posibilidad de realizar obras públicas «por empresa»; y este sistema fue recogido por la Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, que la denomina ya concesión (arts. 53 y ss., derogados por la Ley de 23 de mayo de 2003).

Pero, a pesar de estos lejanos precedentes, la concesión no es una figura histórica que no pueda adaptarse a las actuales circunstancias económicas, sociales, jurídicas y políticas. Antes al contrario, ha disfrutado de un nuevo vigor en los últimos años.

<sup>9</sup> Cfr. RUIZ DE OJEDA y GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas.

A la concesión se ha referido la Comisión Europea, para considerarla compatible, con condiciones, con los principios y reglas del Derecho comunitario. Así, la Comisión ha definido la concesión como el supuesto en el cual las autoridades públicas confían a otra parte la gestión de proyectos de infraestructura u otros servicios públicos en su nombre y la otra parte asume la operación a su riesgo y ventura. Pues bien, la Comisión confirma que tales concesiones, que son usadas cada vez más en los Estados miembros, deben someterse a los principios y reglas del Derecho comunitario en relación con la prohibición de discriminación, exigencia de tratamiento igual, transparencia, reconocimiento mutuo y proporcionalidad, pero no son, de por sí, contrarias a los mismos.

De hecho, la concesión de obras públicas viene contemplada, al igual que el contrato de obras, por la Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras, que la define como «el contrato que presente los caracteres contemplados» al definir el contrato de obras, «con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista o bien únicamente en el derecho a explotar la obra o bien en dicho derecho acompañado de un precio».

La Ley de 23 de mayo de 2003, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, ha venido a conferir a este contrato una regulación propia, integrada en la LCAP, mediante un nuevo título de la misma, el título V del libro II (arts. 220 y ss.), pero, a diferencia de la regulación anterior, de forma separada del contrato de obras. Es, así, la concesión de obras públicas un nuevo contrato administrativo típico independiente, pero integrado en la regulación general de los contratos públicos.

A su vez, de acuerdo con CLIMENT BARBERÁ<sup>19</sup>, «esta modalidad contractual de obras se ha de diferenciar y delimitar de la figura del contrato típico de gestión de servicios, en especial de la concesión de servicios... que es el que tiene mayores puntos de contacto con la figura que examinamos [art. 156 a) LCAP];... esto... lleva a plantearse una serie de cuestiones cuando se trata de contratos de concesión de obras públicas, que son soporte de un servicio público, ya que, en este caso, la explotación de la obra se solapa necesariamente con la gestión del servicio público, lo que entra dentro del ámbito de este otro contrato típico», cuestión que entendemos habrá de resolverse atiendo, al igual que en los contratos mixtos (art. 6 LCAP) a la prestación que tenga más importancia (la construcción y/o explotación obra o el servicio público).

<sup>19</sup> Ob. cit., pág. 727.

El origen de la Ley, que pretendía coherencia con la LCAP, pero constituir una disposición legal autónoma, se manifiesta en muchos de sus preceptos, que, con una técnica legislativa desacertada, repiten de forma innecesaria los generales de la LCAP (Cfr., p. ej. causas de extinción, actual art. 264 LCAP). Además, al no haberse modificado prácticamente el resto del texto de la LCAP, ni haberse reformado correlativamente el RGCAP, pueden plantearse dificultades interpretativas. A nuestro juicio, aun regulado por separado, el contrato de concesión de obras públicas sigue pudiendo englobarse básicamente en un concepto amplio del contrato de obras, y, al no haberse modificado las reglas generales que mencionan los distintos tipos de contratos (p. ej. clasificación) entendemos que serán aplicables al de concesión de obras públicas las normas del contrato de obras (del que anteriormente dicha concesión era una modalidad), salvo que resulten incompatibles con la nueva regulación.

Pues bien, de la nueva Ley cabe destacar que supone una ampliación del concepto de concesión de obra pública, de suerte que las obras públicas susceptibles de ser objeto de este contrato se extienden más allá del ámbito del de obras de la LCAP.

Dice, así, el nuevo artículo 220.1 LCAP que:

*«se entiende por contrato de concesión de obras públicas aquel en cuya virtud la Administración Pública o entidad de Derecho público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras relacionadas en el artículo 120 o, en general, de aquellas que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en este título».*

Sobre esta retribución, el artículo 225 LCAP, establece que «el concesionario será retribuido directamente mediante el precio que abone el usuario o la Administración por la utilización de la obra, por los rendimientos procedentes de la explotación de la zona comercial [conforme al art. 223, que prevé zonas complementarias de explotación comercial por el concesionario] y, en su caso, con las aportaciones de la propia Administración de acuerdo con lo previsto en esta Ley, debiendo respetarse el principio de asunción de riesgo por el concesionario». A estas aportaciones de la Administración se refiere, a su vez, el artículo 224 LCAP, junto a ciertas reglas sobre la financiación privada. La retribución y financiación del concesionario es completa-

da, sin una gran sistemática, por los artículos 236, 245 a 247 y 253 y siguientes, sobre los que volveremos más adelante.

Debemos señalar aquí, sin embargo, la posibilidad de que «cuando dos o más obras públicas mantengan una relación funcional entre ellas, el contrato de concesión de obra pública no pierde su naturaleza por el hecho de que la utilización de una parte de las obras construidas no esté sujeta a remuneración siempre que dicha parte sea, asimismo, competencia de la Administración concedente e incida en la explotación de la concesión». Ahora bien, aunque una parte no goce de remuneración, se tendrá en cuenta el importe total de las obras realizadas tanto para el plan económico-financiero que presenten los licitadores como para la determinación de las tarifas a aplicar por la utilización de la obra objeto de concesión (art. 226 LCAP).

Como principio general, debe respetarse el de asunción de riesgo por el concesionario, el tradicional principio de riesgo y ventura del contratista del artículo 98 LCAP, que, no obstante, se suaviza. Conforme a este principio, el contratista se somete a la eventualidad de obtener una ganancia mayor o menor (o incluso pérdidas) cuando sus cálculos no están bien hechos o no responden a las circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato. El contratista, por ello, sabe que el desarrollo del contrato está expuesto a un riesgo, a un evento posible y dañoso<sup>11</sup>. Sin embargo, lo cierto es que en diversos países se ha ido implantando una relativización del principio de riesgo y ventura, asegurando unos ingresos mínimos al concesionario (y, como contrapartida una participación de la Administración en los ingresos superiores a ciertos límites), lo que asegura una más fácil financiación del proyecto y tampoco supone una infracción del principio de referencia, que se mantiene como principio de base, que no se excluye sino que sólo se modula.

En esta línea, el artículo 220.2 LCAP, dispone que:

*«la construcción y la explotación de las obras públicas objeto de concesión se efectuarán a riesgo y ventura del concesionario, quien asumirá los riesgos económicos derivados de su ejecución y explotación en los términos y con el alcance establecidos por esta Ley, lo que será en todo caso compatible con los distintos sistemas de financiación de las obras que en ella se regulan y con las aportaciones a que pudiera obligarse la Administración concedente».*

<sup>11</sup> GIMÉNEZ CERVANTES, José, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, coeditada por los Ministerios de Justicia y Fomento y el BOE, págs. 357 y 358.

Por otro lado, al igual que en el contrato de obras, el contratista (concesionario) puede hacerse cargo también de la redacción del proyecto, lo que no es, sin embargo, la regla general<sup>12</sup>. El concesionario responderá de los daños derivados de los defectos del proyecto cuando, según los términos de la concesión, le corresponda su presentación o haya introducido mejoras en el propuesto por la Administración. La responsabilidad se extenderá también a los daños debidos a defectos de los proyectos para la conservación y explotación de la obra pública (art. 229.5 LCAP).

Asimismo, cabe referirse a la previsión de que «el régimen del contrato de concesión de obras públicas previsto en este título será aplicable a todas las entidades de Derecho público cualquiera que sea su régimen jurídico de contratación y denominación» (art. 220.5 LCAP). Ello supone que no serán de aplicación las limitaciones a la observancia de la LCAP respecto de la Administración institucional contenidas en el artículo 1.3 de la misma, e incluso podría deducirse de ello que tampoco sería aplicable la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, por la que se regulan los procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, que incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE, pues, como advierte RODRIGO FERNÁNDEZ<sup>13</sup>, «en el ámbito de los transportes, la excepción [de la aplicación de la regulación general] se refiere a las organizaciones que se encargan del transporte de personas y mercancías de un punto a otro. Por consiguiente, los organismos que gestionaran los puertos y aeropuertos, por ejemplo, están incluidos en el ámbito de aplicación de las Directivas generales» (y, por tanto, la LCAP).

Por lo demás, la nueva regulación del contrato de concesión de obras públicas deja a salvo los distintos regímenes especiales de diferentes tipos de concesiones.

Así, la propia Ley de 23 de mayo de 2003 confiere nueva redacción a los artículos 133-135 de la Ley de Aguas, Texto Refundido de 20 de julio de 2001, sobre los contratos de concesión de obras hidráulicas, el primero de los cuales señala que su régimen jurídico será el ahora

<sup>12</sup> Dice, así, el artículo 220.3 LCAP que «la Administración concedente podrá establecer que el concesionario redacte el proyecto de construcción de las obras conforme a las exigencias determinadas en el correspondiente estudio o anteproyecto, en los términos señalados en el capítulo II. En este supuesto la aprobación del proyecto corresponderá a la Administración concedente y formará parte del contrato de concesión».

<sup>13</sup> «La nueva regulación de los procedimientos de adjudicación de contratos y recursos en los sectores de agua, energía, transportes y telecomunicaciones. Directiva 93/38/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993», en la obra colectiva, *Perspectivas jurídicas actuales. Homenaje a Alfredo Sánchez-Bella Carswell*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, pág. 263.

establecido en la LCAP, «sin perjuicio de las peculiaridades que se establecen en los artículos siguientes», entre las que destacan un plazo máximo de 75 años y la incorporación a la sociedad o entidad que al efecto se constituya de las comunidades de usuarios del agua relacionadas con la obra objeto de la concesión.

La concesión como medio de gestión privada de infraestructuras ha sido aplicada en España de forma especial a las autopistas, a partir de la Ley de Autopistas en régimen de concesión, de 10 de mayo de 1972, algunos de cuyos preceptos se derogan ahora y otros reciben nueva redacción (disposición derogatoria única y disposición adicional octava de la Ley de 23 de mayo de 2003). En dicha Ley (desarrollada por el Decreto de 25 de enero de 1973, que aprueba el pliego de cláusulas generales), el adjudicatario se obliga a constituir una sociedad anónima española con el objeto de explotar la concesión y, potestativamente, otras concesiones de carreteras (art. 8, redactado por Ley 55/1999); y con esa sociedad anónima se formalizará el contrato en escritura pública (art. 11). Se habilita la expropiación forzosa, por el procedimiento de urgencia, de los bienes necesarios, que se incorporarán al dominio público desde su ocupación y pago; actuando el concesionario como beneficiario (arts. 16 y 17). Éste, además de gozar de los beneficios financieros y tributarios que se establezcan, podrá percibir de los usuarios el peaje que corresponda a las tarifas aprobadas (art. 14)<sup>14</sup>.

#### 4. PREPARACIÓN Y ADJUDICACIÓN

Con carácter previo a la decisión de construir y explotar en régimen de concesión una obra pública, el órgano que corresponda de la Administración concedente acordará la realización de un estudio de viabilidad<sup>15</sup> de la misma (art. 227 LCAP). Acompañando este estudio,

<sup>14</sup> Precisamente, en una línea que avanzaba la nueva regulación ahora comentada, la Ley de Autopistas fue modificada por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, para permitir que puedan ser objeto de concesión la conservación y explotación de tramos de autopistas ya construidos, y que las sociedades concesionarias de autopistas puedan extender su objeto social (en principio limitado a la construcción, explotación y conservación de la autopista). Igualmente relevante, como pone de manifiesto la propia exposición de motivos de la Ley, es la introducción de la figura del contrato de servicios de gestión de autovías, por el que se adjudica al contratista la ejecución de actuaciones para mantener dichas infraestructuras en condiciones óptimas de viabilidad, por un plazo de hasta 20 años, pudiendo extenderse su objeto a las actividades de conservación, adecuación, reforma, modernización inicial, reposición y gran reparación de las autovías de primera generación a los actuales y más exigentes criterios de seguridad vial.

<sup>15</sup> La figura del estudio previo de viabilidad no se encuentra prevista en la LCAP, pero sí en la legislación de alguna Comunidad Autónoma, como es la Ley murciana 4/1997, de 24 de julio. Con todo, constituiría una figura análoga el estudio informativo del artículo 25 del Reglamento General de Carreteras, de 2 de septiembre de 1994.

las personas naturales o jurídicas u otras Administraciones que se propongan construir y explotar una obra podrán solicitar la iniciación del correspondiente procedimiento (art. 222 LCAP).

En función de la complejidad de la obra y del grado de definición de sus características, la Administración concedente, aprobado el estudio de viabilidad, podrá acordar la redacción del correspondiente anteproyecto. Éste podrá incluir, de acuerdo con la naturaleza de la obra, zonas complementarias de explotación comercial (art. 228 LCAP).

En el supuesto de que las obras sean definidas en todas sus características por la Administración concedente, se procederá a la redacción, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto de acuerdo con lo dispuesto en los correspondientes artículos de esta Ley y al reconocimiento de la utilidad pública de la obra a los efectos previstos en la legislación de expropiación forzosa<sup>16</sup> (art. 229 LCAP).

Si bien el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en general y en especial para los distintos contratos típicos, viene regulado por el RGCAP, al nacer la nueva regulación huérfana de desarrollo reglamentario, el contenido de los pliegos del contrato de concesión de obras públicas viene regulado por el artículo 230 LCAP, conforme al cual tales pliegos deberán hacer referencia, al menos, a los siguientes aspectos: i) objeto del contrato, ii) reglas sobre adjudicación del contrato, iii) capacidad y solvencia exigibles a los licitadores<sup>17</sup>, iv) contenido de las proposiciones, v) retribución del concesionario, vi) umbral mínimo de beneficios derivados de la explotación de la zona comercial por debajo del cual no podrá incidirse en los elementos económicos de la concesión, vii) beneficios económico-financieros y tributarios que pueden reconocerse por razón del objeto del contrato de concesión de obras públicas, así como las eventuales aportaciones que pudiera realizar la Administración concedente u otras Administraciones Públicas, viii) cuantía y forma de las garantías provisionales y definitivas, ix) características especiales, en su caso, de la sociedad concesionaria, a la que luego nos referiremos, x) plazos, xi) derechos y obligaciones específicas de las partes durante las fases de ejecución de las obras y explotación, xii) penalidades y

<sup>16</sup> Cfr. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco, *Utilidad pública, ocupación y reversión de los bienes expropiados*, Ed. Comares.

<sup>17</sup> El precepto añade que «a estos efectos, en el supuesto en que liciten personas jurídicas dominantes de un grupo de sociedades, se podrá tener en cuenta a las sociedades pertenecientes al grupo, siempre y cuando aquéllas acrediten que tienen efectivamente la libre y plena disponibilidad de los medios necesarios de las sociedades del grupo para la ejecución del contrato», lo que supone una repetición, innecesaria, de la norma del art. 15.1 LCAP.

supuestos que puedan dar lugar al secuestro de la concesión, xiii) expresa sumisión a lo dispuesto en esta Ley, que nos parece innecesaria, y xvi) normas sobre la presentación de ofertas.

Establece, además, la Ley una serie de normas, algunas de las cuales constituyen reiteración de las generales y otras que, aun siendo consagradas sólo para la concesión de obras públicas, bien podrían generalizarse. Este segundo caso es, por ejemplo, el del artículo 230.2 LCAP, conforme al cual «el órgano de contratación podrá incluir en el pliego, en función de la naturaleza y complejidad de éste, un plazo para que los licitadores puedan solicitar las aclaraciones que estimen pertinentes sobre su contenido. Las respuestas tendrán carácter vinculante y deberán hacerse públicas en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el proceso de licitación».

Constituye, en cambio, quizá, una reiteración innecesaria, una vez que la regulación de la concesión de obras públicas se ha integrado en la LCAP, la previsión del artículo 231.1 LCAP, a cuyo tenor «el órgano de contratación, con carácter previo a la convocatoria de licitación, comprobará que se han cumplido todos los trámites preparatorios y aprobará el correspondiente expediente de contratación que llevará implícita la del pliego de cláusulas administrativas particulares. En la misma resolución se acordará la apertura del procedimiento de adjudicación mediante la convocatoria de la licitación del contrato» (Cfr. arts. 49, 67 y 69 LCAP).

Por lo demás, el artículo 231 LCAP establece que la convocatoria deberá ser publicada según el correspondiente modelo de anuncio oficialmente aprobado y de acuerdo con las normas de publicidad de los contratos de obras (Cfr. art. 135 LCAP), sin otra especialidad que algún plazo. Asimismo, el órgano de contratación pondrá a disposición de los interesados, para su consulta, cierta información complementaria. En el procedimiento abierto el órgano de contratación facilitará a los interesados que lo soliciten el pliego de cláusulas administrativas particulares, mientras que en el procedimiento restringido o negociado dicho pliego se facilitará a los candidatos seleccionados. Entendemos que esta última regla no debe interpretarse como contraria a la general del artículo 49.6 LCAP, en el sentido de que los pliegos se facilitarán a los interesados, sino más bien una especificación de la misma (tal vez generalizable, aunque también discutible) sobre quiénes sean interesados, pues en los procedimientos restringido o negociado sólo los candidatos seleccionados tienen un interés directo (si bien cabría entender que otros sujetos ostentan también un interés legítimo, aunque no directo).

Seguidamente, el artículo 232 LCAP se ocupa de los requisitos exigidos a los licitadores. La previsión de que «podrán ser licitadores

quienes reúnan los requisitos de capacidad y solvencia económica, financiera y técnica, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 15, 16 y 19 de esta Ley y no estén incurso en los supuestos de prohibición para contratar previstos en su artículo 20» y que «el pliego de cláusulas administrativas concretará los medios para acreditar la solvencia técnica, económica y financiera, de acuerdo con la naturaleza y objeto de la concesión» son redundantes e innecesarias, en relación con las normas generales de los artículos 15 y ss. LCAP. Tal vez lo único relevante sea, a contrario, la no exigencia de clasificación, exigida por el artículo 25.1 LCAP para los contratos de obras de cierta cuantía.

Asimismo reiterativa es la regla de que «para participar en la licitación será necesario constituir una garantía provisional en la cuantía que establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares que no podrá ser inferior al 2 por 100 del presupuesto estimado de la inversión» (art. 232.2 LCAP), pues tal garantía viene exigida con carácter general por el artículo 35.1 LCAP. Lo único relevante sería la falta de umbral cuantitativo mínimo, pues el citado precepto predica la exigencia de esta garantía provisional respecto de los contratos que alcanzan los umbrales de publicidad comunitaria establecidos para cada uno de los contratos típicos, y en este caso no se hace así.

Una de las particularidades tradicionales del contrato de concesión de obra pública, ordenada, en especial, por la Ley de Autopistas a la que luego nos referiremos, y, contemplada, en general, por el artículo 130.3 de la redacción anterior de la LCAP, es la previsión de que el adjudicatario constituya una sociedad concesionaria, que sea la contratista. Así, el artículo 232.3 LCAP establece ahora que «quienes concurren individual o conjuntamente con otros a la licitación de una concesión de obras públicas, podrán hacerlo con el compromiso de constituir una sociedad que será la titular de la concesión. La constitución y, en su caso, la forma de la sociedad deberán ajustarse a lo que establezca, para determinados tipos de concesiones, la correspondiente legislación específica».

De otro lado, el artículo 233 LCAP regula el contenido de las proposiciones de los licitadores, con una precisión más propia de una norma reglamentaria. A ello se añade una norma especial relativa a las variantes (la general está contenida en el art. 87 LCAP) en el sentido de que «en los términos y con el alcance que se fije en el pliego, los licitadores podrán introducir las mejoras que consideren convenientes, y que podrán referirse a características estructurales de la obra, a su régimen de explotación, a las medidas tendentes a evitar los daños al medio ambiente y los recursos naturales, o a mejoras sustanciales, pero no a su ubicación».

El artículo 234 LCAP contiene ciertas reglas sobre empresas vinculadas y régimen de las proposiciones, para excluir aquellas que formulen dos o más empresas en que el concesionario pueda ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante o aquellas que puedan ejercerla sobre él o que, del mismo modo que el concesionario, estén sometidas a la influencia dominante de otra empresa por razón de propiedad, participación financiera o normas que la regulen. Esta norma, que bien pudiera generalizarse a toda la LCAP, contrasta con la admisión, en general, de una pluralidad de proposiciones por empresas de un mismo grupo, como admite el artículo 83.3 LCAP a los efectos de valorar las bajas temerarias<sup>18</sup>.

Finalmente y de acuerdo con el artículo 235 LCAP, la adjudicación de las concesiones podrá llevarse a cabo por procedimiento abierto o restringido, siempre mediante concurso (queda, pues, excluida la subasta), o por procedimiento negociado de acuerdo con lo previsto en la LCAP. Sin embargo, hay que hacer notar que la LCAP no contiene unas reglas generales sobre cuándo sea aplicable el procedimiento negociado. Dice, así, el artículo 75.1 LCAP que «sólo procederá en los casos determinados en el libro II de la presente Ley para cada clase de contrato». No existiendo normas específicas para la concesión de obras públicas, podemos entender aplicables las del contrato de obras (arts. 140 y 141 LCAP).

## 5. EJECUCIÓN Y MODIFICACIÓN

### a) Contenido del contrato y ejecución de las obras

De conformidad con el artículo 221.1 LCAP, «el contrato de concesión de obras públicas comprenderá necesariamente durante todo el término de vigencia de la concesión:

- La explotación de las obras públicas conforme a su propia naturaleza y finalidad.
- La conservación de las obras.
- La adecuación, reforma y modernización de las obras para adaptarlas a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación de los servicios o la realización de las actividades económicas a las que aquéllas sirven de soporte material.

<sup>18</sup> Así lo entiende, por ejemplo, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 40/1999, de 30 de junio.

- d) Las actuaciones de reposición y gran reparación que sean exigibles en relación con los elementos que ha de reunir cada una de las obras para mantenerse apta a fin de que los servicios y actividades a los que aquéllas sirven puedan ser desarrollados adecuadamente de acuerdo con las exigencias económicas y las demandas sociales».

No es, pues, esencial la construcción de la obra misma. Así, el artículo 220.1 LCAP nos dice que en este contrato «la Administración concedente otorga al concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación de las obras...».

«Cuando el contrato tenga por objeto conjuntamente la construcción y la explotación de obras públicas, los pliegos generales o particulares que rijan la concesión podrán exigir que el concesionario esté igualmente obligado a proyectar, ejecutar, conservar, reponer y reparar aquellas obras que sean accesorias o estén vinculadas con la principal y sean necesarias para que ésta cumpla la finalidad determinante de su construcción y que permitan su mejor funcionamiento y explotación, así como a efectuar las actuaciones ambientales relacionadas con las mismas que en ellos se prevean», al paso que «en el caso de que el contrato tenga por único objeto la explotación de obras ya construidas, el concesionario vendrá asimismo obligado a la conservación, reparación o reposición de las obras accesorias o vinculadas a la obra principal, si el pliego de cláusulas administrativas particulares de la concesión no dispusiera otra cosa» (art. 221.2 LCAP).

Por lo demás, «en el supuesto de que estas obras vinculadas o accesorias puedan ser objeto de explotación o aprovechamiento económico, éstos corresponderán al concesionario conjuntamente con la explotación de la obra principal, en la forma determinada por los pliegos respectivos» (art. 221.3 LCAP).

En todo caso, a tenor del artículo 236 LCAP, «las obras se realizarán conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación y en los plazos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares», de conformidad con el correspondiente pliego de prescripciones técnicas y bajo el control de la Administración. En su ejecución el concesionario puede ser ayudado por la propia Administración o contratarla «en todo o en parte con terceros, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley y en el pliego de cláusulas administrativas particulares», cuestión sobre la que luego volveremos, al tratar de los contratos con terceros. La ayuda de la Administración podrá consistir bien en la financiación parcial de la obra, en los términos que también examinaremos más adelante, o bien en la ejecución por su cuenta de parte de la misma, lo que exige que la parte que ejecute la Adminis-

tración presente características propias que permitan su tratamiento diferenciado. Si no dispone otra cosa el pliego de cláusulas administrativas particulares el importe de la obra que se ejecute se abonará de acuerdo con lo establecido en el artículo LCAP para el contrato de obras (certificaciones de obra), y, finalmente, la obra deberá ser objeto a su terminación de la correspondiente recepción formal.

Con arreglo al artículo 241 LCAP, «a la terminación de las obras se procederá al levantamiento de un acta de comprobación por parte de la Administración concedente. El acta de recepción formal se levantará al término de la concesión cuando se proceda a la entrega de bienes e instalaciones al órgano de contratación. El levantamiento y contenido del acta de comprobación se ajustarán a lo dispuesto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y los del acta de recepción a lo establecido en el artículo 147 de esta Ley» para el contrato de obras. «Al acta de comprobación se acompañará un documento de valoración de la obra pública ejecutada y, en su caso, una declaración del cumplimiento de las condiciones impuestas en la declaración de impacto ambiental, que será expedido por el órgano de contratación y en el que se hará constar la inversión realizada». «La aprobación del acta de comprobación de las obras por el órgano de la Administración concedente llevará implícita la autorización para la apertura de las mismas al uso público, comenzando desde ese momento el plazo de garantía de la obra cuando haya sido ejecutada por terceros distintos del concesionario, así como la fase de explotación».

#### b) Prerrogativas y derechos de la Administración

El artículo 249 LCAP se ocupa, según su rúbrica, de las prerrogativas y derechos de la Administración. Se incluyen, desde luego, las prerrogativas generales establecidas en el artículo 59 LCAP, esto es, las de interpretación, modificación y resolución del contrato, dentro de los términos legales, las cuales se reiteran aquí, pero no necesitan especiales explicaciones.

Además, el citado precepto comprende las siguientes: i) restablecer el equilibrio económico de la concesión a favor del interés público, en la forma y con la extensión prevista en el artículo 248 LCAP, al que luego nos referiremos; ii) establecer, en su caso, las tarifas máximas por la utilización de la obra pública; iii) vigilar y controlar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, a cuyo efecto podrá inspeccionar el servicio, sus obras, instalaciones y locales, así como la documentación, relacionados con el objeto de la concesión; iv) asumir la explotación de la obra pública en los supuestos en que se produzca

el secuestro de la concesión, que seguidamente estudiaremos; v) imponer al concesionario las penalidades pertinentes por razón de los incumplimientos en que incurra, que también examinaremos después; vi) ejercer las funciones de policía en el uso y explotación de la obra pública en los términos que se establezcan en la legislación sectorial específica; vii) imponer con carácter temporal las condiciones de utilización de la obra pública que sean necesarias para solucionar situaciones excepcionales de interés general, abonando la indemnización que en su caso proceda; y viii) como cláusula residual, cualesquiera otros derechos reconocidos en ésta o en otras leyes<sup>19</sup>.

El ejercicio de las prerrogativas administrativas previstas en este artículo se ajustará a lo dispuesto en la LCAP, en especial su artículo 59, y a la legislación específica que resulte de aplicación. En particular, será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, modificación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del concesionario, como ya resulta del repetido artículo 59 LCAP, y en las modificaciones acordadas en la fase de ejecución de las obras que puedan dar lugar a la resolución del contrato de acuerdo con el artículo 240.2 de esta Ley (como norma especial frente a la del art. 59.3 b) LCAP respecto de las modificaciones contractuales en general) y en aquellos supuestos previstos en la legislación específica (art. 249.2 LCAP).

El artículo 251 LCAP regula el secuestro de la concesión, como medida de carácter cautelar ante la deficiencia en la ejecución del contrato. Así, «el órgano de contratación, previa audiencia del concesionario, podrá acordar el secuestro de la concesión en los casos en que el concesionario no pueda hacer frente, temporalmente y con grave daño social, a la explotación de la obra pública por causas ajenas al mismo o incurriese en un incumplimiento grave de sus obligaciones que pusiera en peligro dicha explotación. El acuerdo del órgano de contratación será notificado al concesionario y si éste, dentro del plazo que se le hubiera fijado, no corrigiera la deficiencia se ejecutará el secuestro. Asimismo, se podrá acordar el secuestro en los demás casos recogidos en esta Ley con los efectos previstos en la misma».

Pues bien, «efectuado el secuestro, corresponderá al órgano de contratación la explotación directa de la obra pública y la percepción de la contraprestación establecida, pudiendo utilizar el mismo personal y material del concesionario. El órgano de contratación designará

<sup>19</sup> Sobre el ejercicio de los poderes de policía de la Administración, Cfr. también artículos 94, 95 y 97 LCAP.

uno o varios interventores que sustituirán plena o parcialmente al personal directivo de la empresa concesionaria. La explotación de la obra pública objeto de secuestro se efectuará por cuenta y riesgo del concesionario, a quien se devolverá, al finalizar aquél, con el saldo que resulte después de satisfacer todos los gastos, incluidos los honorarios de los interventores, y deducir, en su caso la cuantía de las penalidades impuestas» (art. 252.2 LCAP).

Por su carácter cautelar, «el secuestro tendrá carácter temporal y su duración será la que determine el órgano de contratación sin que pueda exceder, incluidas las posibles prórrogas, de tres años. El órgano de contratación acordará de oficio o a petición del concesionario el cese del secuestro cuando resultara acreditada la desaparición de las causas que lo hubieran motivado y el concesionario justificase estar en condiciones de proseguir la normal explotación de la obra pública. Transcurrido el plazo fijado para el secuestro sin que el concesionario haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones, el órgano de contratación resolverá el contrato de concesión» (art. 252.3 LCAP).

Para cerrar este apartado, relativo a las prerrogativas y derechos de la Administración, vamos ahora a referirnos a las penalidades por incumplimientos del concesionario.

El artículo 95 LCAP prevé, para todos los contratos administrativos, la imposición de penalidades por incumplimiento de plazos, a las que expresamente se remite el apartado 5 del artículo 252 para la fase de ejecución de la obra, sin perjuicio de posibles prórrogas contempladas por el artículo 96 LCAP. Sobre ello, sin embargo, incide también el artículo 247.2 LCAP, según el cual «cuando el concesionario se retrasara en la ejecución de la obra, ya sea en el cumplimiento de los plazos parciales o del plazo total, y el retraso fuese debido a fuerza mayor o a causa imputable a la Administración concedente, aquél tendrá derecho a una prórroga en el plazo de ejecución de la obra y correlativa y acumulativamente en el plazo de concesión, la cual será, por lo menos, igual al retraso habido, a no ser que pidiera una menor. Si el concesionario fuera responsable del retraso se estará a lo dispuesto en el régimen de penalidades contenido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en esta Ley, sin que el retraso pueda suponer la ampliación del plazo de la concesión».

Ello se completa, para la explotación de la concesión de obras públicas, con otras penalidades, que presentan la misma naturaleza pero responden a distintos supuestos de incumplimiento (art. 252 LCAP). De este modo «los pliegos de cláusulas administrativas particulares establecerán un catálogo de incumplimientos de las obligaciones del concesionario, distinguiendo entre los de carácter leve y grave. Deberán considerarse penalizables el incumplimiento total o

parcial por el concesionario de las prohibiciones establecidas en esta Ley, la omisión de actuaciones que fueran obligatorias conforme a ella y, en particular, el incumplimiento de los plazos para la ejecución de las obras, la negligencia en el cumplimiento de sus deberes de uso, policía y conservación de la obra pública, la interrupción injustificada total o parcial de su utilización, y el cobro al usuario de cantidades superiores a las legalmente autorizadas».

«El órgano de contratación podrá imponer penalidades de carácter económico, que se establecerán en los pliegos de forma proporcional al tipo de incumplimiento y a la importancia económica de la explotación. El límite máximo de las penalidades a imponer no podrá exceder del 10 por 100 del presupuesto total de la obra durante su fase de construcción. Si la concesión estuviera en fase de explotación, el límite máximo de las penalidades anuales no podrá exceder del 20 por 100 de los ingresos obtenidos por la explotación de la obra pública durante el año anterior» (art. 252.2 LCAP).

Además y sin perjuicio de las penalidades procedentes, el pliego puede definir los incumplimientos graves que darán lugar a la resolución de la concesión o al secuestro temporal de la misma (art. 252, apartados 3 y 4, LCAP).

Es más, «con independencia del régimen de penalidades previsto en el pliego, la Administración podrá también imponer al concesionario multas coercitivas cuando persista en el incumplimiento de sus obligaciones, siempre que hubiera sido requerido previamente y no las hubiera cumplido en el plazo fijado. A falta de determinación por la legislación específica, el importe diario de la multa será de 3.000 euros». Es cierto que se mantiene, en general, la compatibilidad entre multas coercitivas y sanciones, por la falta de carácter sancionador de las primeras, que son estímulos para el cumplimiento (Cfr. art. 99.2 LAP, y STS 10-7-1984, Ar. 5577, 3-7-1986, Ar. 4518, y 19-6-1987, Ar. 6509)<sup>20</sup>; pero no es menos cierto que, en rigor, las penalidades impuestas a los contratistas tampoco constituyen una sanción en sentido estricto y son más bien asimilables a las multas coercitivas, por lo que la previsión objeto de comentario parece redundante.

Otras posibles penalidades, en razón de la (falta de) calidad del servicio, vienen contempladas por el artículo 244.5 LCAP, pues «la Administración podrá incluir en los pliegos de condiciones mecanismos para medir la calidad del servicio ofrecida por el concesionario, y otorgar ventajas o penalizaciones económicas a éste en función de los mismos».

<sup>20</sup> Cfr. también GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco, *Sanciones administrativas. Garantías, derechos y recursos del presunto responsable*, Ed. Comares, págs. 5 y 6.

### c) Derechos y deberes del concesionario

La Ley establece un catálogo de derecho y obligaciones del concesionario, la mayoría de los cuales no son sino remisiones a otros preceptos legales y, en gran medida, derivados del propio contenido del contrato.

Dice, así, el artículo 242 LCAP, que los concesionarios tendrán los siguientes derechos:

a) «El derecho a explotar la obra pública y percibir la retribución económica prevista en el contrato durante el tiempo de la concesión».

b) «El derecho al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión, en la forma y con la extensión prevista en el artículo 248 de esta Ley».

c) «El derecho a utilizar los bienes de dominio público de la Administración concedente necesarios para la construcción, modificación, conservación y explotación de la obra pública. Dicho derecho incluirá el de utilizar, exclusivamente para la construcción de la obra, las aguas que afloran o los materiales que aparezcan durante su ejecución, previa autorización de la Administración competente, en cada caso, para la gestión del dominio público correspondiente», para lo que habrá que estar a lo dispuesto en la Ley de Aguas, Texto Refundido de 20 de julio de 2001, así como el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, de 11 de abril de 1986, modificado por Real Decreto de 23 de mayo de 2003.

d) «El derecho a recabar de la Administración la tramitación de los procedimientos de expropiación forzosa, imposición de servidumbres y desahucio administrativo que resulten necesarios para la construcción, modificación y explotación de la obra pública, así como la realización de cuantas acciones sean necesarias para hacer viable el ejercicio de los derechos del concesionario. Los bienes y derechos expropiados que queden afectos a la concesión se incorporarán al dominio público». La disposición adicional octava de la Ley de 23 de mayo de 2003 se ocupa del reconocimiento de la utilidad pública, que en el Estado corresponderá al titular del departamento, y establece que la aprobación del proyecto y consiguiente acuerdo de adjudicación llevarán aparejados la necesidad de ocupación de los bienes necesarios para la ejecución, «respecto de los cuales el concesionario asumirá los derechos y obligaciones del beneficiario».

Este derecho habilita al concesionario para actuar como si fuera un beneficiario de la expropiación, aunque no lo sea realmente, al no recibir la propiedad de los bienes. En efecto, como señala el artículo 3.1 del Reglamento de Expropiación Forzosa, de 26 de abril de 1957

(REF), «se entiende... por beneficiario el sujeto que representa el interés público o social para cuya realización está autorizado a instar de la Administración expropiante el ejercicio de la potestad expropiatoria y que adquiere el bien o derecho expropiados», y esta segunda condición no se cumple en el presente caso. En esta línea, GARCÍA MACHO<sup>21</sup> corrobora que «sobre la base de la definición que el artículo 3.1 REF hace de la figura del beneficiario, el Tribunal Supremo, en dos fallos semejantes, ha puntualizado las notas características de este concepto. En ambas sentencias se mantiene la tesis de que uno de los requisitos para ser beneficiario de la expropiación es la adquisición del bien o derecho expropiado, y que, justamente por ello, la empresa en cuestión no puede ser beneficiaria, ya que no ha adquirido la finca expropiada, sino que ésta ha pasado a dominio público. En efecto, la beneficiaria debe reunir el doble requisito de representar el interés público y ser el adquirente del bien expropiado», con cita de las Sentencias de 14 de junio y 16 de noviembre de 1977 (Ar. 2820 y 4233), que niegan la condición de beneficiaria a la empresa concesionaria de la explotación de autopistas, pues, conforme al artículo 17 de la Ley de Autopistas, de 10 de mayo de 1972, «los bienes y derechos expropiados afectados a la concesión se incorporan al dominio público del Estado desde su ocupación, aunque añade que «en el procedimiento expropiatorio el concesionario asumirá los derechos y obligaciones del beneficiario», pero no lo es realmente.

e) «El derecho a ceder la concesión de acuerdo con lo previsto en el artículo 114 de esta Ley [norma general sobre cesión de contratos administrativos] y a hipotecar la misma en las condiciones establecidas en esta Ley [arts. 255-258], previa autorización administrativa, en ambos casos, del órgano de contratación».

f) «El derecho a titular sus derechos de crédito, en los términos previstos en el artículo 254 de esta Ley», como medio de financiación privada del concesionario, al igual que la emisión de obligaciones y otros títulos (art. 253) y los créditos participativos (art. 259).

g) «Cualesquiera otros que le sean reconocidos por esta u otras Leyes o por los pliegos de condiciones».

De otro lado, se enumeran las obligaciones del concesionario, en términos semejantes al contrato de gestión de servicios públicos (art. 161 LCAP), sin perjuicio de las diferencias entre el contenido de uno

<sup>21</sup> GARCÍA MACHO, Ricardo, «Los elementos de la expropiación», en la obra dirigida por SANTAMARÍA PASTOR, *Derecho administrativo, Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1989. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, pág. 515. Cfr. también GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco, *Legislatión de expropiación forzosa. Comentarios y jurisprudencia*, Ed. Comares, 2.ª ed., págs. 48 y ss.

y otro contrato. De este modo y a tenor del artículo 243 LCAP, «serán obligaciones generales del concesionario:

- a) Ejecutar las obras con arreglo a lo dispuesto en el contrato.
- b) Explotar la obra pública, asumiendo el riesgo económico de su gestión con la continuidad y en los términos establecidos en el contrato u ordenados posteriormente por el órgano de contratación.
- c) Admitir la utilización de la obra pública por todo usuario, en las condiciones que hayan sido establecidas de acuerdo con los principios de igualdad, universalidad y no discriminación<sup>22</sup>, mediante el abono, en su caso, de la correspondiente tarifa.
- d) Cuidar del buen orden y de la calidad de la obra pública, y de su uso, pudiendo dictar las oportunas instrucciones, sin perjuicio de los poderes de policía que correspondan al órgano de contratación.
- e) Indemnizar los daños que se ocasionen a terceros por causa de la ejecución de las obras o de su explotación, cuando le sean imputables de acuerdo con el artículo 97 de esta Ley.
- f) Proteger el dominio público que quede vinculado a la concesión, en especial, preservando los valores ecológicos y ambientales del mismo.
- g) Cualesquiera otras previstas en esta u otra Ley o en el pliego de cláusulas administrativas particulares».

El artículo 244 LCAP se ocupa, de modo especial, del uso y conservación de la obra pública. Así, «el concesionario deberá cuidar de la adecuada aplicación de las normas sobre uso, policía y conservación de la obra pública»; y, en especial, «mantener la obra pública de conformidad con lo que, en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación».

En particular, por lo que se refiere a la defensa de la explotación de la obra pública frente a terceros, «el concesionario podrá impedir el uso de la obra pública a aquellos usuarios que no abonen la tarifa correspondiente, sin perjuicio de lo que, a este respecto, se establezca en la legislación sectorial correspondiente», pues si la tarifa es pagada está obligado a admitir su uso sin discriminación [art. 243 c) LCAP]. Además, «el personal encargado de la explotación de la obra pública, en ausencia de agentes de la autoridad, podrá adoptar las medidas necesarias en orden a la utilización de la obra pública, for-

<sup>22</sup> Téngase en cuenta que la denegación de la prestación de un servicio de forma discriminatoria puede incluso ser constitutiva del delito tipificado en el artículo 512 del Código Penal.

mulando, en su caso, las denuncias pertinentes. A estos efectos, servirán de medio de prueba las obtenidas por el personal del concesionario debidamente acreditado y con los medios previamente homologados por la Administración competente, así como cualquier otro admitido en Derecho». Con ello las denuncias del personal del concesionario se acercan a las de los propios agentes de la autoridad, aunque sin llegar a estar dotadas de presunción *iuris tantum* de veracidad (art. 137.3 LAP)<sup>23</sup>.

#### d) Régimen económico-financiero: la retribución del concesionario

En la propia definición de este contrato (art. 220.1 LCAP) se contempla, a favor del concesionario, la existencia de «una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en este título»; y sobre esta retribución, el artículo 225 LCAP, establece que «el concesionario será retribuido directamente mediante el precio que abone el usuario o la Administración por la utilización de la obra, por los rendimientos procedentes de la explotación de la zona comercial y, en su caso, con las aportaciones de la propia Administración de acuerdo con lo previsto en esta Ley, debiendo respetarse el principio de asunción de riesgo por el concesionario», sobre el cual, así como sobre su moderación a través del mantenimiento del equilibrio económico del contrato, volveremos más adelante.

La retribución o compensación económica del contratista puede consistir, pues, en una o varias de las siguientes modalidades, cuyos ingresos debe separar contablemente el concesionario (art. 246.6 LCAP)<sup>24</sup>.

- i) Un precio que abone el usuario o la Administración por la utilización de la obra, la tarifa o peaje, a aprobar por la Administración (art. 249 c) LCAP) y recibir por el concesionario [art. 242 a) LCAP],

<sup>23</sup> En la legislación sectorial destaca la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre, de 30 de julio de 1987, y el Reglamento de 28 de septiembre de 1990, que autorizan y obligan a los concesionarios a la aplicación de la policía de ferrocarriles. Expresamente, el Reglamento prohíbe, por ejemplo, viajar sin billete (art. 293.1.11) y establece una sanción entre 5.000 y 86.000 pesetas (30 y 517 Euros). No obstante, la facultad de imponer las sanciones corresponde a la autoridad administrativa, no al concesionario (art. 297). El concesionario sólo puede denunciar los hechos, si bien sus empleados tienen la consideración de agentes de la autoridad (aquí sí) y, por consiguiente, sus informes gozan de presunción de veracidad (art. 299). Cfr. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, *Sanciones administrativas*, Ob. cit., págs. 140 y ss. y 227.

<sup>24</sup> Cfr. *Autopistas de peaje. Modelos de financiación y gestión*, Ed. Empresa Nacional de Autopistas, 1994.

que es el medio típico de financiación de las concesiones de obra pública (p. ej. autopistas). Ello viene desarrollado por el artículo 246 LCAP; del que cabe destacar que «las tarifas que abonen los usuarios por la utilización de las obras públicas serán fijadas por el órgano de contratación en el acuerdo de adjudicación. Las tarifas tendrán el carácter de máximas y los concesionarios podrán aplicar tarifas inferiores cuando así lo estimen conveniente»; y que «las tarifas serán objeto de revisión de acuerdo con el procedimiento que determine el pliego de cláusulas administrativas particulares».

En la legislación sectorial, cabe destacar que, aparte de las previsiones de la Ley de Autopistas en régimen de concesión, para todo tipo de carreteras estatales, su Ley reguladora, de 29 de julio de 1988, establece que las carreteras pueden ser explotadas directamente por el Estado o de forma indirecta por cualquiera de los medios que establece la legislación de contratos administrativos (como la concesión), financiándose entonces con cargo a los recursos propios de la empresa, los ajenos que movilice y las subvenciones que puedan otorgarse; y que, como regla general, su utilización será gratuita para el usuario, si bien, excepcionalmente, podrá exigirse el pago de peaje, cuyas tarifas aprobará el Gobierno (arts. 13, 14 y 16). Ello viene especialmente desarrollado para las Autopistas de Peaje.

Por tanto, aun cuando no pueda convertirse en regla general la explotación de carreteras de peaje, no queda legalmente limitada a aquellas que tienen la condición de autopistas. No obstante, para una opinión, no sería lícito exigir peaje cuando no exista vía alternativa, pues se violaría la libertad de circulación interior que recogen los arts. 19 y 139 de la Constitución, pero este principio no es claro y, aunque en algunos países la imposición de peaje ha motivado protestas (p. ej. huelga de camioneros en Brasil), en otros países (como Chile) es aceptado que la única vía para un determinado itinerario sea de peaje. La libre circulación no tiene por qué ser necesariamente gratuita, como no lo es, desde luego, el traslado de las islas a la península y viceversa, ni lo es, en la propia península, el traslado en transporte público.

ii) Una retribución por la utilización de la obra abonada por la Administración (art. 246.4 LCAP): el llamado «peaje sombra».

El llamado peaje sombra (*shadow toll*, en inglés) consiste en que la Administración pague al contratista la compensación por el peaje que, en el régimen común, pagaría el usuario. Aparece así la necesidad de un recuento de vehículos (sin peaje físico); a fin de calcular las compensaciones a pagar por la Administración, en función de las tarifas ofertadas por el concesionario. Aplicado ya en otros países, en Espa-

ña ha sido llevado a la práctica, por vez primera, en la Comunidad de Madrid (en la llamada M-45).

Para acomodar legalmente este sistema (aunque con una redacción no muy afortunada), el artículo 4 de la Ley 11/1997, de 28 de abril, introdujo un nuevo artículo 25 bis en la Ley de Carreteras de la Comunidad de Madrid a cuyo tenor «la Comunidad de Madrid podrá subvencionar en todo o en parte las tarifas que corresponda satisfacer a los usuarios cuando el servicio deba prestarse gratuitamente por razones de interés público», habiéndose aplicado, con esta especialidad, la Ley estatal de autopistas de 1972<sup>25</sup>.

La gran ventaja del sistema de peaje sombra es el escalonamiento en el tiempo de los pagos a realizar por la Administración. Ahora bien, este sistema (al igual que el peaje ordinario) sólo es razonablemente aplicable a la realización de infraestructuras que sean rentables para la iniciativa privada, pero, al igual que en el peaje «duro», también concurre la ventaja de que el mejor estado de la vía lleva a un mayor uso (y, por ende, el cobro de las correspondientes tarifas), por lo que se fomenta de manera indirecta la calidad de la construcción y su adecuada conservación.

Y, por supuesto, desde el punto de vista del usuario, las ventajas son evidentes. Se dispone de infraestructuras que no serían factibles si la Administración acometiese las obras con sus exclusivos recursos, y no tiene que pagar directamente peaje alguno, ni sufrir las incomodidades adicionales de los peajes (como las colas). Ahora bien, indirectamente, el coste no es soportado sólo ni fundamentalmente por los usuarios (como en las autopistas de peaje) sino por todos los contribuyentes, usen o no la infraestructura correspondiente (como ocurre en el caso de construcción mediante contrato de obra pública, que la Administración debe pagar de forma más o menos inmediata —conforme se va construyendo la vía—).

iii) Otras aportaciones de la Administración, que a su vez pueden ser diversas, si bien genéricamente se encuentran limitadas (por el art. 224.3 LCAP) al supuesto de que «existan razones de rentabilidad económica o social, o concurren singulares exigencias derivadas del fin público o interés general de la obra objeto de concesión», y pueden consistir en la financiación conjunta de la obra, mediante aportaciones dinerarias o no dinerarias, subvenciones o préstamos reintegrables, con o sin interés, o préstamos participativos, de conformidad

<sup>25</sup> DE AGUEDA MARTÍN, «La financiación por el sistema de peaje-sombra en las carreteras de la Comunidad de Madrid», en la obra colectiva *Nuevas formas de financiación de proyectos públicos*, dirigida por ROMERO ÁLVAREZ, Ed. Civitas, págs. 139 y ss.

con las previsiones del correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, debiendo respetarse en todo caso el principio de asunción de riesgo por el concesionario.

1.º En primer lugar, el apartado 2 del artículo 236 LCAP, que trata de la ayuda de la Administración mediante la ejecución o financiación parcial de la obra, establece que dicha financiación podrá abonarse en los términos pactados, durante la ejecución de las obras, de acuerdo con lo establecido en el artículo 145 LCAP (sistema de certificaciones de obra), o bien una vez que aquéllas hayan concluido, en la forma en que se especifica en el artículo 245 LCAP, al que luego haremos referencia, en relación con las aportaciones de la Administración. «En las obras financiadas parcialmente por la Administración concedente, mediante abonos parciales al concesionario con base en las certificaciones mensuales de la obra ejecutada, la certificación final de la obra acompañará al documento de valoración y al acta de comprobación» (art. 241.3 LCAP).

Cabe subrayar que la Ley parece contemplar la financiación de la obra mediante el sistema propio del contrato de obras, esto es, a través de certificaciones, sólo como un segmento de la financiación de la misma. Se parte de que la retribución del concesionario consiste, básicamente, en la explotación de la obra, en los términos que estudiaremos seguidamente, y sólo parcialmente es dable este sistema. De todas formas, tampoco nos parece descartable que la ejecución de la obra (que no su explotación) pudiera ser íntegramente financiada de este modo, si así se acuerda, al amparo del principio de libertad de pactos del artículo 4 LCAP.

Esta primera retribución es, por lo demás, doblemente contingente pues no sólo depende de que así se prevea, sino que, lógicamente, no tendrá lugar cuando la concesión no comprenda la ejecución de la obra.

2.º De acuerdo con el artículo 245 LCAP, en relación con las aportaciones públicas a la construcción de la obra, y aparte de la ya mencionada financiación parcial mediante certificaciones (conforme al art. 236 LCAP), también es posible una aportación de la Administración una vez concluidas las obras o incluso al término de la concesión, cuyo importe será fijado en los pliegos de condiciones correspondientes o por los licitadores en sus ofertas cuando así se establezca en dichos pliegos. En estos dos supuestos, resultará de aplicación la normativa sobre contratos de obra bajo la modalidad de abono total, el llamado sistema alemán del artículo 147 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, salvo en la posibilidad de fraccionar el abono. Además, estas aportaciones podrán consistir en aportaciones no dinerarias del

órgano de contratación de acuerdo con la valoración de las mismas que se contenga en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Los bienes inmuebles que se entreguen al concesionario se integrarán en el patrimonio afecto a la concesión, destinándose al uso previsto en el proyecto de la obra, y revertirán a la Administración en el momento de su extinción, debiendo respetarse, en todo caso, lo dispuesto en los planes de ordenación urbanística o sectorial que les afecten. Todas estas aportaciones podrán proceder no sólo de la Administración concedente sino de cualesquiera otras Administraciones y organismos nacionales o internacionales (art. 224.4 LCAP).

3.º Por lo que se refiere ya a las aportaciones públicas a la explotación de la obra, se contemplan las siguientes (art. 247 LCAP):

- a) «Subvenciones al precio, anticipos reintegrables, préstamos participativos, subordinados o de otra naturaleza, aprobados por el órgano de contratación para ser aportados desde el inicio de la explotación de la obra, o en el transcurso de la misma cuando se prevea que vayan a resultar necesarios para garantizar la viabilidad económico-financiera de la concesión. La devolución de los préstamos y el pago de los intereses devengados en su caso por los mismos se ajustarán a los términos previstos en la concesión.
- b) Ayudas en los casos excepcionales en que, por razones de interés público, resulte aconsejable la promoción de la utilización de la obra pública antes de que su explotación alcance el umbral mínimo de rentabilidad».

iv) Finalmente, hay que hacer referencia a los rendimientos procedentes de la explotación de la zona comercial (art. 246.5 LCAP), lo que desarrolla el artículo 223 LCAP, según el cual «atendiendo a su finalidad, las obras públicas podrán incluir, además de las superficies que sean precisas según su naturaleza, otras zonas o terrenos para la ejecución de actividades complementarias, comerciales o industriales que sean necesarias o convenientes por la utilidad que prestan a los usuarios de las obras y que sean susceptibles de un aprovechamiento económico diferenciado, tales como establecimientos de hostelería, estaciones de servicio, zonas de ocio, estacionamientos, locales comerciales y otros susceptibles de explotación. Estas actividades complementarias se implantarán de conformidad con lo establecido en los pliegos generales o particulares que rijan la concesión y, en su caso, con lo determinado en la legislación o el planeamiento urbanístico que resulte de aplicación. Las correspondientes zonas o espacios quedarán sujetos al principio de unidad de gestión y control de la

Administración Pública<sup>26</sup> concedente y serán explotados conjuntamente con la obra por el concesionario directamente o a través de terceros en los términos establecidos en el oportuno pliego de la concesión».

#### e) Riesgo del contratista y mantenimiento del equilibrio económico

El principio básico sigue siendo el de riesgo y ventura del contratista (art. 98 LCAP); de modo que, no obstante las modalidades de retribución y financiación examinadas, «el concesionario... en todo caso, asumirá el riesgo en función de la inversión realizada» (art. 224, apartados 1 y 3, LCAP).

Este principio es reiterado por el artículo 239.1 LCAP con una dicción no muy brillante al señalar que «las obras se construirán a riesgo y ventura del concesionario, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 98 y 144 de esta Ley [sobre riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato de obras], salvo para aquella parte de la obra que pudiere ser ejecutada por cuenta de la Administración, según lo previsto en el apartado 2 del artículo 236, en cuyo caso regirá el régimen general previsto para el contrato de obras» (que es, precisamente, el expuesto en el primer inciso del precepto). Lo cierto es que existen ciertas reglas especiales para la concesión de obras públicas, sistematizando y precisando los medios de restablecimiento del equilibrio económico-financiero, partiendo de la declaración general contenida en el primer apartado del artículo 248 LCAP expresiva de que «el contrato de concesión de obras públicas deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario» (art. 248.1 LCAP), lo que se instrumenta, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente, a cuyo tenor «la Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

1.º «Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. A estos efectos, se entenderá por causa de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 144 de esta Ley», para el

<sup>26</sup> Lo que, sin embargo, no puede privar de sus competencias a otras Administraciones Públicas (sanidad, Inspección de Trabajo, juego, etc.). Una interpretación literal, en ese sentido, vulneraría las competencias de las demás Administraciones concurrentes. A nuestro juicio, el precepto habilita a la Administración concedente a ejercer un control unitario en el sentido del venir referido al conjunto de la obra y las explotaciones accesorias, pero sin excluir la intervención de otras Administraciones competentes por razón de la materia.

contrato de obras. Sobre esta base, se agrega que «si la concurrencia de fuerza mayor implicase mayores costes para el concesionario a pesar de la prórroga que se le conceda, se procederá a ajustar el plan económico-financiero. Si la fuerza mayor impidiera por completo la realización de las obras se procederá a resolver el contrato, debiendo abonar el órgano de contratación al concesionario el importe total de las ejecutadas, así como los mayores costes en que hubiese incurrido como consecuencia del endeudamiento con terceros» (art. 239.3 LCAP).

2.º «Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las condiciones de explotación de la obra», en virtud del llamado *ius variandi*, a cuyo ejercicio en este contrato nos referiremos en el siguiente epígrafe.

3.º «Cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión, de acuerdo con lo previsto en los artículos 230.1.e) y 233.1.d) de esta Ley». Con ello se hace referencia tanto a la revisión de precios, pues la primera cita corresponde al contenido del pliego en relación con «las fórmulas de revisión de precios durante la ejecución de las obras y de actualización de costes durante su explotación»; y la segunda la consideración en el plan económico-financiero a presentar por el licitador de «la incidencia en las tarifas... de los rendimientos de la demanda...».

En los supuestos señalados, «el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, la ampliación o reducción del plazo concesional, dentro de los límites fijados en el artículo 263, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. En el supuesto de fuerza mayor..., la Administración concedente asegurará los rendimientos mínimos acordados en el contrato siempre que aquélla no impidiera por completo la realización de las obras o la continuidad de su explotación» (art. 248.3 LCAP).

No se contemplan expresamente, sin embargo, alteraciones imprevisibles, sean por el llamado *factum principis* o por la doctrina del riesgo imprevisible.

#### f) Modificaciones

Para la concesión de obras públicas, la LCAP contempla el ejercicio del *ius variandi* de la Administración por lo que se refiere a la modificación del proyecto (art. 240) y, asimismo, por cuanto hace a la modificación de la obra pública (art. 250).

Debemos partir del reconocimiento de esta prerrogativa a la Administración, tanto por vía general (art. 59.1 LCAP) como especial para este contrato (art. 249.1 b) LCAP), y su regulación general del artículo 101 LCAP.

Pues bien, en primer lugar, el artículo 240.1 LCAP parafrasea lo establecido en el artículo 101.1 LCAP, para decir que «una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el proyecto por razón de interés público, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente» y únicamente añade, como consecuencia propia del restablecimiento del equilibrio económico-financiero<sup>27</sup>, que «el plan económico-financiero de la concesión deberá recoger en todo caso, mediante los oportunos ajustes, los efectos derivados del incremento o disminución de los costes».

A ello añade el apartado 2 del mismo artículo que «el concesionario podrá solicitar la resolución del contrato cuando el órgano de contratación imponga modificaciones en la fase de ejecución que incrementen o disminuyan la obra en un porcentaje superior al 20 por 100 del importe total de las obras inicialmente previsto o representen una alteración sustancial del proyecto inicial»; en línea con las previsiones legales para otros tipos contractuales —excepto el de gestión de servicios públicos— [arts. 8.3 c), 149 e), 192 c) y 214 e) LCAP].

De otro lado, por lo que se refiere a la modificación de la obra pública, el artículo 250.1 y 2 LCAP dispone que «el órgano de contratación podrá acordar, cuando el interés público lo exija, la modificación o la ampliación de la obra pública, así como la realización de obras complementarias directamente relacionadas con el objeto de la concesión durante la vigencia de ésta, procediéndose, en su caso, a la revisión del plan económico-financiero al objeto de acomodarlo a las nuevas circunstancias», y «toda modificación que afecte el equilibrio económico de la concesión se regirá por lo dispuesto en el artículo 248 de esta Ley».

Nótese que en este contrato, al igual que en el contrato de gestión de servicios públicos (art. 163 LCAP), la compensación del desequilibrio motivado por la modificación no distingue según se produzca un aumento o reducción de la obra, a diferencia de otros tipos contractuales, y especialmente del contrato de obras, en que la reducción de la obra no es indemnizable (art. 146 LCAP).

<sup>27</sup> Así, según la STS de 28 de julio de 1987 (Ar. 7689): «El *ius variandi*... es una de las más trascendentales características del contrato administrativo, en cuanto implica un apartamiento del principio básico que en materia contractual es el *pacta sunt servanda*. Derivada tal potestad de las inexorables e indisponibles exigencias del interés público, ha de tener como contrapartida necesaria, en garantía del contratista, la compensación adecuada para el mantenimiento del equilibrio financiero».

Finalmente, «las modificaciones que, por sus características físicas y económicas, permitan su explotación independiente serán objeto de nueva licitación para su construcción y explotación» (art. 250.3 LCAP)<sup>28</sup>.

## 6. CONTRATOS CON TERCEROS. FINANCIACIÓN PRIVADA E HIPOTECA DE LA CONCESIÓN

### a) Contratos con terceros

En términos generales, la LCAP se ocupa de la subcontratación en su artículo 115, y de los pagos a subcontratistas y suministradores en su artículo 116; preceptos que son aplicables aquí.

La primera especialidad de la concesión de obra pública, contenida en el artículo 237 LCAP, es la posible obligatoriedad de la subcontratación, al prever que «en el contrato de concesión de obras públicas, la Administración podrá imponer al concesionario que subcontrate con terceros un porcentaje de los contratos de obras objeto de la concesión que represente, al menos, un 30 por 100 del valor total de dichas obras, debiendo preverse que los licitadores puedan incrementarlo, haciendo constar su cifra en el contrato. Alternativamente, se puede invitar a éstos para que señalen en sus ofertas el porcentaje mínimo que vayan a subcontratar con terceros».

Como pone de manifiesto GÓMEZ FERRER<sup>29</sup>, se trata no de la cesión de la concesión de obra (a pesar de la confusa redacción original del precepto, ya corregida) sino de la ejecución de la obra, y ello es debido a que, tratándose de una obra de gran importancia económica, puede existir un interés público en que su ejecución se reparta entre pequeñas empresas, con una gestión única.

Otra especialidad de la subcontratación en la concesión de obra pública reside en que el concesionario deberá someter los contratos que celebre con un tercero a ciertas normas de publicidad establecidas para el contrato de obras, así como ciertos plazos. A efectos de lo establecido en el párrafo anterior, no se considerarán terceros aquellas empresas que se hayan agrupado para obtener la concesión, ni las empresas vinculadas a ellas. El concesionario deberá actualizar la lista de las empresas que reúnan tal condición conforme a las modificaciones que se vayan produciendo en las relaciones entre las empresas afectadas (art. 237.2 LCAP).

<sup>28</sup> Por el contrario, la Sentencia de 24 de enero de 1984 (Ar. 486) negaba la procedencia de un nuevo contrato para un proyecto adicional.

<sup>29</sup> GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, y otros, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, pág. 639.

Ambas especialidades resultan del artículo 3 de la Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras, en relación con las concesiones de obras públicas.

Ahora bien, «cuando el concesionario sea alguna Administración pública, ésta deberá acomodarse íntegramente a lo dispuesto en esta Ley para aquellas obras que deban ser ejecutadas por terceros» (art. 237.5 LCAP).

Por otra parte, es claro que tanto en el régimen civil como en el administrativo, la subcontratación no libera al contratista de su responsabilidad con la otra parte del contrato principal, aquí la Administración (art. 115.3 LCAP). Para este contrato en particular, se añade, en el artículo 238 LCAP, que «corresponde al concesionario el control de la ejecución de las obras que contrate con terceros debiendo ajustarse el control al plan que el concesionario elabore y resulte aprobado por el órgano de contratación. Éste podrá en cualquier momento recabar información sobre la marcha de las obras y girar a las mismas las visitas de inspección que estime oportunas»; y «el concesionario será responsable ante el órgano de contratación de las consecuencias derivadas de la ejecución o resolución de los contratos que celebre con terceros y responsable asimismo único frente a éstos de las mismas consecuencias».

#### b) Financiación privada e hipoteca de la concesión

La LCAP, tras la reforma operada por la Ley de 23 de mayo de 2003, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, cuida especialmente la financiación privada del concesionario, sobre la base indudable de que una mejor, más fácil y más segura financiación de aquél redundará en beneficio de la actividad concesional y, por ende, de la Administración.

Dice, así, el artículo 224.2 LCAP que «el concesionario podrá recurrir a la financiación privada para hacer frente a sus obligaciones contractuales en los términos y condiciones que se establecen en esta Ley. Además de los medios previstos en el capítulo IV de este título [a los que ahora vamos a hacer referencia] podrá obtener financiación mediante la contratación de préstamos o créditos con entidades de crédito de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente. Dichos contratos deberán ser comunicados al órgano de contratación en el plazo de un mes desde su suscripción. Asimismo, el concesionario podrá recurrir a otros medios de financiación privada previa autorización del órgano de contratación».

Los medios de financiación previstos en el citado capítulo son los

siguientes: la emisión de obligaciones y otros títulos (art. 253), la incorporación a títulos negociables de los derechos de crédito del concesionario (art. 254), la hipoteca de la concesión (arts. 255-258) y los llamados créditos participativos (art. 259), sin que proceda entrar ahora en ellos, no sólo por las limitaciones de este estudio sino también por exceder del Derecho administrativo, fuera de las autorizaciones debidas.

En todo caso, estamos hablando de financiación privada, y por ello el artículo 260 LCAP aclara que «el conocimiento de las cuestiones litigiosas que se susciten por aplicación de los preceptos contenidos en este capítulo será competencia del orden jurisdiccional civil, salvo para las actuaciones en ejercicio de las obligaciones y potestades administrativas que, con arreglo a lo dispuesto en dichos preceptos, se atribuyen a la Administración concedente, y en las que será competente el orden jurisdiccional contencioso-administrativo».

Nos merece, sin embargo, un especial interés la hipoteca de la concesión administrativa de obras públicas a que ya se refiere el artículo 107.6º de la Ley Hipotecaria, conforme al cual:

«Podrán también hipotecarse:

(...)

6.º Las concesiones administrativas de minas, ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público, y los edificios o terrenos que, no estando directa y exclusivamente destinados al referido servicio, pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen agregados a aquellas obras, quedando pendiente la hipoteca, en el primer caso, de la resolución del derecho del concesionario».

En cuanto esta hipoteca, como toda garantía real, implica la enajenación eventual del bien dado en garantía, ello puede suponer la novación subjetiva del contrato, lo que exige, como requisito fundamental, entre otros, la autorización previa de la Administración (art. 114 LCAP).

Además, por el principio registral de tracto sucesivo, será necesario que previamente se haya inscrito la propia concesión administrativa, como derecho real inscribible en el Registro de la Propiedad (arts. 31 y 60 y ss. del Reglamento Hipotecario). Por el coste que ello supone, en ocasiones se recurre a una promesa de hipoteca, sin efectos reales, pero unida al otorgamiento de poderes para la constitución e inscripción definitiva de la misma<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Es más, aunque en principio el poder es por esencia revocable, la jurisprudencia ha admitido, excepcionalmente, un poder irrevocable cuando se otorga en interés del representante o de terceros, particularmente en supuestos como éste, con una función de garantía. Cfr. ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil I*, vol. 2.º, 6.ª ed., Librería Bosch, págs. 409 y 410.

Conforme al artículo 175.3º del Reglamento Hipotecario, «las inscripciones de hipotecas constituidas sobre obras destinadas al servicio público, cuya explotación conceda el Gobierno y que estén directa y exclusivamente afectas al referido servicio, se cancelarán, si se declarase resuelto el derecho del concesionario, en virtud del mismo título en que se haga constar esa extinción y del documento que acredite haberse consignado en debida forma, para atender al pago de los créditos hipotecarios inscritos, el importe de la indemnización que en su caso deba percibir el concesionario. Esta previsión de consignación es congruente con el artículo 110.2.º de la Ley Hipotecaria, a cuyo tenor la hipoteca se extiende naturalmente, aun sin mención a ello en el contrato, a las indemnizaciones concedidas o debidas al titular del bien hipotecado (aquí el concesionario) por razón de éste, siempre que el hecho que las motivare haya tenido lugar después de la constitución de la hipoteca; a lo que añade que si esta indemnización debiera hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación asegurada (p. ej. extinción del contrato administrativo con anterioridad al vencimiento del crédito que financia al concesionario) y quien haya de satisfacerla (aquí la Administración) hubiere sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca, se depositará su importe en la forma que convengan los interesados o, en defecto de convenio, en la establecida por los artículos 1176 y siguientes del Código Civil para la consignación.

La escasa regulación de la hipoteca de la concesión ha venido a ser completada por los artículos 255 a 258 LCAP, redactados por la Ley de 23 de mayo de 2003, reguladora de dicho contrato.

En primer lugar, el artículo 255 dispone que «las concesiones de obras públicas con los bienes y derechos que lleven incorporados serán hipotecables conforme a lo dispuesto en la legislación hipotecaria, previa autorización del órgano de contratación» si bien «no se admitirá la hipoteca de concesiones de obras públicas en garantía de deudas que no guarden relación con la concesión correspondiente», por lo que la hipoteca se limita a la garantía de obligaciones derivadas de la financiación de la propia concesión. Las solicitudes referentes a las autorizaciones administrativas se resolverán por el órgano competente en el plazo de un mes, debiendo entenderse desestimadas si no resuelve y notifica en ese plazo.

Para proteger los derechos del acreedor hipotecario, el artículo 256.1 LCAP consagra una suerte de acción administrativa de deterioro o devastación, al señalar que «cuando el valor de la concesión hipotecada sufriera grave deterioro por causa imputable al concesionario, el acreedor hipotecario podrá solicitar del órgano de contratación pronunciamiento sobre la existencia efectiva de dicho deterioro,

Si éste se confirmara podrá, asimismo, solicitar de la Administración que, previa audiencia del concesionario, ordene a éste hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño, sin perjuicio del posible ejercicio de la acción de devastación prevista en el artículo 117 de la Ley Hipotecaria. No obstante, en el caso de ejercitarse la acción administrativa prevista en este apartado, se entenderá que el acreedor hipotecario renuncia a la acción prevista en el citado artículo 117 de la Ley Hipotecaria».

Asimismo, en línea de proteger los derechos del acreedor hipotecario, el artículo 256 LCAP, en sus apartados 2 y 3, añade que «cuando procediera la resolución de la concesión por incumplimiento de alguna de las obligaciones del concesionario, la Administración, antes de resolver, dará audiencia al acreedor hipotecario por si éste ofreciera subrogarse en su cumplimiento y la Administración considerara compatible tal ofrecimiento con el buen fin de la concesión»; y que «si la obligación garantizada no hubiera sido satisfecha total o parcialmente al tiempo de su vencimiento, antes de promover el procedimiento de ejecución correspondiente, el acreedor hipotecario podrá ejercer las siguientes facultades siempre que así se hubiera previsto en la correspondiente escritura de constitución de hipoteca:

- a) Solicitar de la Administración concedente que, previa audiencia del concesionario, disponga que se asigne a la amortización de la deuda una parte de la recaudación y de las cantidades que, en su caso, la Administración tuviese que hacer efectivas al concesionario. A tal efecto, se podrá, por cuenta y riesgo del acreedor, designar un interventor que compruebe los ingresos así obtenidos y se haga cargo de la parte que se haya señalado, la cual no podrá exceder del porcentaje o cuantía que previamente se determine.
- b) Si existiesen bienes aptos para ello, solicitar de la Administración concedente que, previa audiencia al concesionario, le otorgue la explotación durante un determinado período de tiempo de todas o de parte de las zonas complementarias de explotación comercial. En el caso de que estas zonas estuvieran siendo explotadas por un tercero en virtud de una relación jurídico-privada con el concesionario, la medida contemplada por este apartado deberá serle notificada a dicho tercero con la indicación de que queda obligado a efectuar al acreedor hipotecario los pagos que debiera hacer al concesionario».

Como hemos señalado anteriormente, dada la exigencia de autorización administrativa para la cesión del contrato (art. 114 LCAP), se

ha entendido que la hipoteca exige tal autorización, como enajenación potencial, y así se previene en el ya citado artículo 255 LCAP. Además, el artículo 257 LCAP exige la autorización del nuevo concesionario, y, así, dispone que «el adjudicatario en el procedimiento de ejecución hipotecaria quedará subrogado en la posición del concesionario, previa autorización administrativa». A estos efectos, «todo el que desee participar en el procedimiento de ejecución hipotecaria en calidad de postor o eventual adjudicatario, incluso el propio acreedor hipotecario si la legislación sectorial no lo impidiera, deberá comunicarlo al órgano de contratación para obtener la oportuna autorización administrativa, que deberá notificarse al interesado en el plazo máximo de 15 días, y sin la cual no se le admitirá en el procedimiento. La autorización tendrá carácter reglado y se otorgará siempre que el peticionario cumpla los requisitos exigidos al concesionario. Si hubiera finalizado la fase de construcción o ésta no formara parte del objeto de la concesión, sólo se exigirán los requisitos necesarios para llevar a cabo la explotación de la obra».

Habida cuenta de la exigencia de una sociedad concesionaria en las autopistas de peaje, el artículo 28 de su Ley reguladora dispone que «en el caso de ejecución hipotecaria, sólo podrán ser licitadores en la subasta quienes se comprometan a constituir, en el plazo de tres meses a contar del remate, una sociedad anónima con los requisitos establecidos en esta Ley para ser concesionario»; y «la adjudicación quedará condicionada a la efectiva constitución de la sociedad, la cual tendrá, desde dicho momento, la consideración legal de concesionario, subrogándose en los derechos y obligaciones de su causante».

«Si la subasta quedara desierta o ningún interesado fuese autorizado por el órgano de contratación para participar en el procedimiento de ejecución hipotecaria, la Administración concedente podrá optar por alguna de las siguientes actuaciones en el supuesto de que el acreedor hipotecario autorizado, en su caso, para ser concesionario no opte por el ejercicio del derecho que le atribuye el artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [la adjudicación en pago]: a) Acordar el secuestro de la concesión conforme a lo previsto en el artículo 251 de esta Ley [la LCAP] sin que el concesionario pueda percibir ingreso alguno. Se dará trámite de audiencia al acreedor hipotecario para ofrecerle la posibilidad de proponer un nuevo concesionario. Si la propuesta no se produjera o el candidato propuesto no cumpliera los requisitos exigibles conforme a lo establecido en el apartado anterior, se procederá a la licitación de la misma concesión en el menor plazo posible. b) Resolver la concesión y, previo acuerdo con los acreedores hipotecarios, fijar la cuantía de la deuda y las condiciones en que deberá ser amortizada. A falta de acuerdo, la Administración quedará

liberada con la puesta a disposición de los acreedores del importe de la indemnización que correspondiera al concesionario por aplicación de lo previsto en el artículo 266 de esta Ley», ya citado (art. 257.3 LCAP).

A tenor del artículo 258.1 LCAP, «cuando procediera la resolución de la concesión y existieran titulares de derechos o cargas inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad sobre la concesión, se observarán las siguientes reglas:

- a) La Administración, comenzado el procedimiento, deberá solicitar para su incorporación al expediente certificación del Registro de la Propiedad, al objeto de que puedan ser oídos todos los titulares de tales cargas y derechos.
- b) El registrador, al tiempo de expedir la certificación a que se refiere el párrafo anterior, deberá extender nota al margen de la inscripción de la concesión sobre la iniciación del procedimiento de resolución.
- c) Para cancelar los asientos practicados a favor de los titulares de las citadas cargas y derechos, deberá mediar resolución administrativa firme que declare la resolución de la concesión y el previo depósito a disposición de los referidos titulares de las cantidades y eventuales indemnizaciones que la Administración debiera abonar al concesionario conforme a lo previsto en el artículo 266».

Por último y sin perjuicio de lo dispuesto para el caso de que la subasta quedara desierta (adjudicación al acreedor en pago), cuando la resolución de la concesión procediera por causa imputable al concesionario, los citados titulares de los derechos y cargas podrán ejercitar, por su orden, el derecho de subrogarse en la posición jurídica del concesionario, siempre que, por reunir los requisitos necesarios para ello, fueran autorizados previamente por el órgano de contratación (art. 258.2 LCAP).

## 7. EXTINCIÓN

La concesión de obra pública, como todo contrato administrativo, se extingue por cumplimiento o por resolución (arts. 109 y 261.1 LCAP).

En todo caso, «extinguida la concesión revertirá a la Administración la obra pública concedida, las zonas complementarias anexas y los bienes e instalaciones incluidos en las zonas de explotación comercial si las hubiera» (art. 261.2 y 223.2 LCAP).

En primer lugar, conforme al artículo 262 LCAP: «la concesión se entenderá extinguida por cumplimiento cuando transcurra el plazo inicialmente establecido o, en su caso, el resultante de las prórrogas o reducciones que se hubiesen acordado»; causa de extinción a propósito de la cual se vuelve a insistir en la reversión de la obra, así como de los bienes e instalaciones necesarios para su explotación y los incluidos en la zona de explotación comercial, si la hubiera, de lo que deberá hacerse constancia en el acta de recepción. Tales bienes revertirán libres de arrendatarios y otros contratistas, pues «quedarán igualmente extinguidos todos los contratos vinculados a la concesión y a la explotación de sus zonas comerciales».

El artículo 263 LCAP regula el plazo de las concesiones, que deberá estar determinado en el pliego de cláusulas administrativas particulares conforme a las siguientes reglas:

- i) Si son concesiones mixtas, de construcción y explotación, las obras públicas se otorgarán por el plazo que se acuerde en el pliego de cláusulas administrativas particulares, que no podrá exceder de 40 años.
- ii) En cambio, en las concesiones sólo de explotación, el plazo no puede exceder de 20 años, y es necesario justificar expresamente el establecimiento de un plazo superior a 15 años.
- iii) Los plazos fijados en los pliegos podrán «potestativamente» ser prorrogados hasta los señalados límites máximos, e incluso más allá de ellos y hasta los 60 y 25 años, respectivamente, para restablecer el equilibrio económico del contrato o, excepcionalmente, para satisfacer los derechos de los acreedores en el caso en que los derechos de crédito del concesionario hayan sido objeto de titulización.

Ya por lo que se refiere a la resolución del contrato, nos encontramos, nuevamente, con una repetición de normas generales. Así, el artículo 264 LCAP repite, innecesariamente, las causas generales contempladas en las letras a), b) y c) del artículo 111 LCAP, que, por consiguiente omitimos.

Además, son causa de resolución en este contrato, otras que, aun cuando no vengán literalmente reconocidas con carácter general, sí entroncan con las generales o resultan análogas a las previstas específicamente en otros contratos:

- i) Así, es causa de resolución de la concesión, la ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados

autorizados para ello en los casos en que así procediera, de acuerdo con lo establecido en esta Ley (art. 264 c) LCAP), siquiera pudiera considerarse como una concreción de la situación de insolvente fallido de la letra b) del artículo 111 LCAP.

ii) Se tipifica como causa extintiva «el abandono, la renuncia unilateral, así como el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales» (art. 264 j) LCAP). El incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales es una causa general prevista en el artículo 111 g) LCAP. Por lo que se refiere al abandono y la renuncia unilateral, con un resabio de la concepción de la concesión como acto unilateral (tal como sigue configurándose normalmente la de dominio público) parece contraria a la naturaleza contractual de la concesión de obra pública. Es más, como quiera que la resolución la puede instar o declarar la parte no incurso en la causa extintiva, a diferencia del desistimiento de la Administración que sí puede ejecutar ésta (art. 265.2 LCAP), entendemos que no se está reconociendo, realmente, un derecho del contratista a desistir del contrato *ad nutum*, libremente, sino más bien una resolución por falta de cumplimiento del contratista.

iii) De otro lado, «la demora superior a seis meses por parte del órgano de contratación en la entrega al concesionario de la contraprestación, de los terrenos o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato» [art. 264 f) LCAP], es semejante a los supuestos resolutorios debidos a la suspensión del comienzo de la ejecución del contrato por causa imputable a la Administración [arts. 8.3, 149 b), 192 a) y 214 a) LCAP].

iv) «El secuestro de la concesión por un plazo superior al establecido como máximo [de tres años] sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones» [art. 264 e) y 251.3 LCAP], causa no idéntica pero sí similar a la suspensión del contrato por plazo superior al previsto acordada por la Administración, que se tipifica en otros contratos [arts. 149 c), 192 b) y 214 b) LCAP].

v) Al igual que en el contrato de gestión de servicios públicos, con el que guarda cierta analogía esta concesión, en fase de explotación, se configuran como causas extintivas, el «rescate de la explotación de la obra pública por el órgano de contratación», entendiendo por tal «la declaración unilateral del órgano contratante, discrecionalmente adoptada, por la que da por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su

titular», y «la supresión de la explotación de la obra pública por razones de interés público» [arts. 264 g) y h) y 167 b) y c) LCAP]. Estas causas se hallan emparentadas con el desistimiento del contrato por la Administración, que en otros tipos negociales se reconoce como causa de extinción [arts. 149 c), 192 b) y 214 b) LCAP]. A estas causas extintivas también se las ha calificado como de expropiaciones virtuales en que, a diferencia de las expropiaciones propiamente dichas, no se siguen los procedimientos establecidos en la legislación de expropiación forzosa, pero que, al igual que éstas, llevan consigo la privación singular de propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos en virtud de un acuerdo imperativo de la Administración por razones de interés público y con derecho a una indemnización<sup>31</sup>.

vi) Es también causa común con el contrato de gestión de servicios públicos «la imposibilidad de la explotación de la obra pública como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración concedente con posterioridad al contrato» [arts. 264 i) y 167 d) LCAP], como supuesto del llamado *factum principis*.

vii) Termina la enumeración de causas de resolución de la concesión de obras públicas con una cláusula residual: «Cualesquiera otras causas expresamente contempladas en esta u otra Ley o en el contrato», lo que ya prevé el artículo 111 h) y i) LCAP. Dentro de éstas, hay que mencionar especialmente las «modificaciones en la fase de ejecución que incrementen o disminuyan la obra en un porcentaje superior al 20 por 100 del importe total de las obras inicialmente previsto o representen una alteración sustancial del proyecto inicial» (art. 240.2 LCAP), en línea con las previsiones legales para otros tipos contractuales —excepto el de gestión de servicios públicos— [arts. 8.3 c), 149 e), 192 c) y 214 e) LCAP].

«La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del concesionario, mediante el procedimiento que resulte de aplicación de acuerdo con la legislación de contratos» (art. 265.1 LCAP, copia del art. 112.1 LCAP).

Ahora bien, a pesar de inútiles reiteraciones<sup>32</sup>, existen también algunas reglas especiales para la aplicación de las causas de resolución de este contrato.

<sup>31</sup> Cf. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco, *Legislación de expropiación forzosa. Comentarios y jurisprudencia*, Ed. Comares, 2.ª ed., págs. 29 y 30.

<sup>32</sup> Por ejemplo art. 265.3, en relación con el 112.3 LCAP.

- i) La resolución por mutuo acuerdo se condiciona de forma semejante a la regla general pero se excluye en caso de secuestro acordado por infracción grave (arts. 112.4 y 265.4 LCAP).
- ii) En los casos de fusión, escisión, aportación o transmisión de empresas se exige autorización administrativa previa para que la entidad absorbente o resultante pueda continuar con la concesión, eso sí, teniendo en cuenta el grado de desarrollo del negocio concesional (arts. 112.5 y 6, y 265.5 y 6 LCAP).
- iii) Los supuestos de insolvencia —salvo la suspensión de pagos—, secuestro, rescate, supresión e imposibilidad originarán siempre la resolución del contrato. En los restantes casos de resolución del contrato el derecho para ejercitarla será potestativo para aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diera lugar a aquélla (arts. 112.2 y 265.2 LCAP).

Nuevamente, por lo que se refiere a los efectos de la resolución, existen algunas reiteraciones de normas generales<sup>33</sup>.

Debe existir una liquidación por la efectiva ejecución del contrato, de forma semejante a la prevista para los contratos de obras y de servicios públicos (arts. 151 y 169 LCAP), que son los que tienen más relación con éste.

De este modo, el artículo 266.1 LCAP dispone que «en los supuestos de resolución, el órgano de contratación abonará al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la concesión. Al efecto, se tendrá en cuenta su grado de amortización en función del tiempo que restara para el término de la concesión y lo establecido en el plan económico-financiero. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de seis meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares».

Cabe destacar el último inciso, relativo a que «si el concesionario hubiese contado entre sus recursos con financiación de terceros, sólo se le abonará el sobrante después de solventar las obligaciones contraídas con aquéllos», norma que tiene su antecedente en la cláusula 107 f) del pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de las autopistas en régimen de concesión, según la cual el pago liquidatorio a favor del concesionario se efectúa «después de solventar las obligaciones contraídas con terceras personas con cuyos créditos el concesionario hubiese contado entre sus recur-

<sup>33</sup> Por ejemplo art. 266.6 confrontado con el 113.3 LCAP; y art. 266.4 en conexión con el art. 113.4 LCAP.

sos. Pues bien, en cuanto el pago hecho a tales personas o entidades redunda en beneficio del acreedor (el concesionario) extingue la deuda de la Administración a favor de éste, con arreglo a los artículos 1162 y 1163 del Código Civil. Ello constituye una importante garantía para quienes financian a los concesionarios.

En los supuestos de rescate, supresión e imposibilidad y sin perjuicio de la liquidación debida conforme a lo ya expuesto, «la Administración concedente indemnizará al concesionario por los daños y perjuicios que se le irroguen. Para determinar la cuantía de la indemnización se tendrán en cuenta los beneficios futuros que el concesionario dejará de percibir, atendiendo a los resultados de explotación en el último quinquenio cuando resulte posible, y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de ser entregadas a aquélla, considerando su grado de amortización» (art. 266.3 LCAP), regla idéntica a la del artículo 169.4 LCAP para supuestos análogos de extinción de la gestión de servicios públicos.

En el supuesto de demora superior a seis meses en la entrega de los elementos debidos al contratista, de forma también semejante a lo previsto para la gestión de servicios públicos, el contratista podrá optar por la resolución del contrato, con los efectos señalados en el párrafo anterior, o por exigir el abono del interés legal de las cantidades debidas o los valores económicos convenidos, a partir del vencimiento del plazo previsto para el cumplimiento de la contraprestación o entrega de los bienes pactados (arts. 266.2 y 169.3 LCAP).

Por último, a diferencia de la resolución necesaria de los contratos de las zonas complementarias en caso de extinción por transcurso del plazo concesional (art. 262.4 LCAP), en caso de resolución, «el órgano de contratación podrá acordar también, como consecuencia de la resolución de la concesión, la resolución de los contratos otorgados por el concesionario para el aprovechamiento de las zonas complementarias de explotación comercial, abonando la indemnización que en su caso correspondiera. Esta indemnización será abonada con cargo al concesionario cuando la resolución se produjera como consecuencia de causa imputable a éste. Cuando no se acuerde la resolución de los citados contratos, los titulares de los derechos de aprovechamiento seguirán ejerciéndolos, quedando obligados frente al órgano de contratación en los mismos términos en que lo estuvieran frente al concesionario, salvo que se llegara, de mutuo acuerdo, a la revisión del correspondiente contrato» (art. 266.5 LCAP).

## EL PROCESO DE LIQUIDACIÓN DE LA CÁMARA DE LA PROPIEDAD URBANA DE MADRID

POR

JOSÉ RAMÓN APARICIO DE LÁZARO

PENSIONARIO DE CARRERA DEL CUERPO DE TÉCNICOS SUPERIORES DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID, ABOGADO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL ORIGEN HISTÓRICO DE LA CÁMARA DE LA PROPIEDAD URBANA DE MADRID. II. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CÁMARAS OFICIALES DE LA PROPIEDAD URBANA: EVOLUCIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL. III. LA REGULACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD DE MADRID. IV. CONCLUSIÓN.

### I. INTRODUCCIÓN: EL ORIGEN HISTÓRICO DE LA CÁMARA DE LA PROPIEDAD URBANA DE MADRID

El pasado 3 de marzo fue publicado en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* el Decreto 17/2003, de 13 de febrero, por el que se reanuda el proceso de liquidación de la Cámara de la Propiedad Urbana de Madrid y se constituye una Junta Liquidadora. Con dicho Decreto culmina el tortuoso proceso de liquidación, en particular, de las Cámaras de la Propiedad Urbana, de Madrid, que se había iniciado en 1990 con la aprobación de la Ley 4/1990, de 28 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990<sup>1</sup>.

Iniciaremos nuestra exposición, explicando cuál ha sido el devenir de unas Corporaciones cuyo origen se remonta a 1907. En efecto, la creación de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana tiene lugar con la aprobación del Real Decreto de 16 de junio de 1907, dictado a propuesta del Ministro de Fomento y que supuso la transformación de las hasta entonces Asociaciones, fundadas al amparo de la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887, en auténticas Corporaciones de Derecho público, como así lo señalaba, expresamente, su Reglamento provisional, aprobado mediante Real Decreto de 18 de mayo de

<sup>1</sup> BOE de 30 de junio. Frente a lo que en un principio pueda parecer, la fecha es correcta. Se trata de un ejemplo de prórroga presupuestaria.

1920<sup>2</sup>. En ese sentido, el Real Decreto de 1907 no hace sino tomar como referencia las primeras regulaciones sobre las Cámaras Oficiales de Industria, Comercio y Navegación, de 1886 y 1911<sup>3</sup>.

Así, los estatutos de las diferentes Cámaras debieron siempre ajustarse a un modelo tipo: inicialmente, el contenido en el citado Reglamento provisional de 18 de mayo de 1920 y, con posterioridad, a los aprobados mediante el Decreto de 10 de febrero de 1950, 2 de febrero de 1956 y Real Decreto 1469/1977, de 2 de junio<sup>4</sup>. Paralelamente, el Real Decreto de 25 de noviembre de 1919 previó la colegiación obligatoria de los propietarios de fincas urbanas en las Cámaras, cuya cuota se giraba junto con la contribución real por inmueble (actual Impuesto sobre Bienes Inmuebles) y el Real Decreto-Ley de 6 de mayo de 1927 confirmó tal colegiación obligatoria, incorporando, como regla, la obligación de pago de una cuota «proporcionada a la que los propietarios paguen al Tesoro por contribución urbana».

De ese modo, en el ámbito de la actual Comunidad de Madrid existió, en su día, una Asociación de Propietarios de Madrid, que había sido creada en 1842 y que gozaba de naturaleza privada, transformándose en 1907, en aplicación de lo dispuesto en el citado Real Decreto, en una verdadera Corporación de Derecho público, perdurando hasta la aprobación del Decreto 17/2003 referido. En este punto es de resaltar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 16 de octubre de 2000, relativa al Recurso Contencioso Administrativo interpuesto por una asociación denominada, curiosamente, Cámara de la Propiedad Urbana y en el que se defendía la tesis de que dicha asociación era la misma que había sido constituida nada más y nada menos que en 1842, aunque durante un tiempo estuvo tutelada por la Administración. Esta cuando menos simpática postura fue rechazada de plano por la Sala afirmando que «nada hay en este momento que avale esta tesis, puesto que la asociación como tal se supone extinguida al constituirse la Cámara de la Propiedad Urbana». Este criterio es confirmado por el Tribunal Constitucional, en cuya Sentencia 11/2002, de 17 de enero, (FJ 10) indica que «las Corporaciones de Derecho público son "entidades cuya creación y disolución se produce como consecuencia de la decisión del poder público" (STC 132/1989, de 18 de julio, FJ 18) y que el Decreto Ley 8/1994,

<sup>2</sup> No obstante, el Real Decreto de 16 de junio de 1907 no empleaba el término Corporación, estableciendo en su Disposición Transitoria Primera que las asociaciones que se transformen en Cámaras deberán solicitarlo al Ministerio de Fomento con estricta sujeción a lo dispuesto en el citado Real Decreto, cuestión sobre la que no cabe duda alguna tras la aprobación del citado Real Decreto de 18 de mayo de 1920.

<sup>3</sup> Así lo entiende J. MESEGUER YEBRA en «Una perspectiva nueva para las Cámaras de la Propiedad Urbana», 1998.

<sup>4</sup> Dictamen 3.823/1999, de 12 de enero de 2000, del Consejo de Estado.

como en su día —fallidamente— la Ley 4/1990, "suprime a las actuales Cámaras de Propiedad Urbana del todo (esto es, como lo único que eran, Corporaciones de Derecho Público)" [STC 178/1994, FJ 4 A]».

## II. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CÁMARAS OFICIALES DE LA PROPIEDAD URBANA: EVOLUCIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Si bien es cierto que en el apartado precedente concluimos afirmando que la Cámara de la Propiedad Urbana de Madrid tenía la consideración de ser una Corporación de Derecho público que había existido entre 1907, fecha de su transformación en tal clase, y 2003, fecha de su liquidación, a decir verdad esa es una afirmación que debe expresarse en un sentido amplio, poco riguroso, por cuanto las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana han experimentado una evolución, plagada de vicisitudes, a modo de lo que serían los acontecimientos sobresalientes en la vida de una persona física, que permite ser calificada de tortuosa, como ya dijimos en la introducción al presente estudio. Veamos, pues, cuáles han sido los hitos más importantes en el transcurso de las Cámaras de la Propiedad Urbana:

### 1.ª NORMATIVA VIGENTE HASTA 1990

Como vimos con anterioridad, las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana fueron reguladas mediante un conjunto de Reales Decretos y Decretos de 1919, 1920, 1950 y 1956, hasta la ulterior aprobación del Real Decreto 1469/1977, de 2 de junio<sup>5</sup>. Ésta es, sin duda, la norma de referencia en 1990 cuando se produce el acontecimiento que va a marcar todo el devenir posterior de las Cámaras de la Propiedad Urbana, que, como ya apuntamos al inicio de nuestra exposición, fue la decisión adoptada por el legislador de liquidar o suprimir las Cámaras como Corporaciones de Derecho público.

En este punto, es necesario hacer un breve análisis del Real Decreto 1469/1977 mencionado. Así, su artículo 11 determinaba que «las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana (...) son Corporaciones de Derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines y ostentan la

<sup>5</sup> Otras normas de referencia eran el Real Decreto 3587/1983 de 28 de diciembre (BOE de 27 de abril de 1984), sobre el control financiero de las Cámaras de la Propiedad Urbana por la Intervención General de la Administración del Estado y la Orden de 12 de febrero de 1979, del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Reglamento General de Elecciones de miembros de las Juntas de Gobierno de las Cámaras de la Propiedad Urbana (BOE de 17 de febrero).

representación única y exclusiva de la propiedad urbana». De igual modo su artículo 21 establecía como «(...) fines esenciales de las Cámaras: 1. La protección, defensa y representación de la propiedad urbana. 2. La promoción, conservación, estudio y difusión de la propiedad urbana. 3. El establecimiento y gestión de servicios en beneficio del sector. 4. La colaboración con la Administración Pública en cuanto al ejercicio de sus funciones que afecten al propio sector». El artículo 31 las hacía depender del Ministerio de la Vivienda; el 41 determinaba que «Las Cámaras están constituidas por todos los propietarios de fincas urbanas enclavadas en el territorio de su jurisdicción. La incorporación de dichos propietarios es obligatoria». El artículo 51 preveía que «Las Cámaras pueden adquirir bienes de toda clase mediante compra, permuta, herencia, legado, donación, subvención y en general mediante cualquier título bastante. Tienen también capacidad las Cámaras para enajenar, gravar e hipotecar sus bienes». El artículo 111 establecía una prolija relación de los cometidos de las Cámaras entre las que destacaban las de proponer y solicitar del Poder público las normas y resoluciones que estimen necesarias o convenientes para el fomento y mejora de la propiedad urbana (...) con legitimación para ejercer toda clase de acciones en defensa de los intereses de la propiedad urbana (letra a); asistir y asesorar a los propietarios urbanos en la defensa de sus intereses y especialmente asumir su representación y defensa en juicio ante cualquier organismo, Tribunal, Juzgado y autoridades en el ejercicio de toda clase de acciones y recursos, cuando se trate de intereses colectivos de sus miembros. Si se tratare de derechos privativos de uno o varios propietarios de la Cámara podrá proporcionar servicio de Letrados siempre que así lo soliciten los interesados (letra e). Informar ante los Tribunales, con carácter pericial, en cuantos asuntos se relacionen con la propiedad urbana (letra h), añadiendo el artículo 121 los servicios que obligatoriamente debían prestar las Cámaras como eran: a) De asesoramiento en Derecho y arbitraje en materia de propiedad urbana; b) De información urbanística; c) De registro de fianzas; d) De censo y estadística; e) De iniciativas y reclamaciones de interés general para la propiedad urbana; y el 131 los servicios de prestación voluntaria como eran, grosso modo, los de administración de fincas urbanas, arquitectura, bolsa de la propiedad y de la construcción, suministro de materiales, reparaciones o representación y defensa judicial o extrajudicial de los propietarios en cuanto a sus intereses singulares. El artículo 15 regulaba los órganos de Gobierno y Administración de las Cámaras como eran la Asamblea General, la Junta de Gobierno, el Presidente, el Vicepresidente, el Tesorero, el Contador y el Secretario. Destaca, así, la designación por Orden del Ministerio

de la Vivienda de los Presidentes (artículo 181), a quienes el artículo 34 les confería la representación de las Cámaras o como funciones de la Junta de Gobierno la de adoptar los acuerdos relativos a la adquisición, gravamen y disposición de los bienes de la Cámara, con las limitaciones establecidas en este Reglamento (artículo 191), así como la condición de Funcionarios dependientes de dicho Ministerio de los Secretarios de las Cámaras.

De la exégesis de los preceptos indicados, así como del análisis de otras cuestiones, como el régimen de personal, impugnación de sus actos o el económico, se llega a la conclusión de que las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana seguían un esquema de innegable paralelismo con el de las Cámaras Oficiales de Industria, Comercio y Navegación. Así lo corrobora el Tribunal Constitucional (STC 76/1983; Fundamento Jurídico 26) al señalar que «en la medida en que deben calificarse como Corporaciones de Derecho público, representativas de intereses económicos, estas Cámaras "participan de la naturaleza de las Administraciones Públicas y, en ese sentido, la constitución de sus órganos así como su actividad en los limitados aspectos en que realizan funciones administrativas han de entenderse sujetas a las bases que, con respecto a dichas Corporaciones, dicte el Estado en el ejercicio de las competencias que le reconoce el artículo 149.1.18 de la Constitución"».

## 2.ª LA LEY 4/1990, DE 29 DE JUNIO, DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA 1990 Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 178/1994, DE 16 DE JUNIO

Así las cosas, la Disposición Final Décima de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990 va a dar lugar a una modificación absoluta del régimen jurídico hasta entonces vigente, por cuanto aprobaba la supresión de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana como Corporaciones de Derecho público<sup>6</sup>, facultando, al mismo tiempo, al Gobierno para que, mediante una disposición de carácter reglamentario, dispusiera el destino del patrimonio y del personal de las Cámaras.

<sup>6</sup> Sin embargo, lo cierto es que las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana se encontraban ya previamente en una situación de cierta dificultad, dado que la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales para 1988 eliminó el recurso económico financiero por excelencia de aquéllas, como era la cuota cameral y la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales para 1989 suprimió la afiliación obligatoria; cuestión esta última que, por otro lado, quedó confirmada con la Sentencia del Tribunal Constitucional 113/1994, de 14 de abril, en virtud de la cual otorgó el amparo solicitado por una Sociedad Anónima por entender vulnerado su derecho fundamental a la libertad de asociación, con la consiguiente libertad de opción para afiliarse, o no, a la Cámara de la Propiedad Urbana, como posteriormente se expondrá en este estudio.

Como es sabido, dicha norma legal fue objeto de dos recursos de inconstitucionalidad acumulados (números 2255/1990 y 2283/1990, interpuestos por el Gobierno de la Xunta de Galicia y por el actual Ministro de Defensa, como comisionado de otros 78 Diputados del Grupo Parlamentario Popular, respectivamente), recursos que fueron estimados mediante la STC 178/1994, de 16 de junio, dando lugar a la consiguiente anulación de la Disposición Final Décima de la Ley mencionada. En este punto conviene recordar que tal anulación vino derivada por la apreciación por el alto Tribunal de que la disposición legal referida había vulnerado los límites materiales de las Leyes de Presupuestos resultantes del artículo 134.2 de nuestra Constitución<sup>7</sup>. La STC 178/1994 estima que la Ley de Presupuestos Generales no es el marco adecuado para la introducción de una normativa del tenor de la cuestionada por los recurrentes, careciendo de vinculación con el ámbito del contenido posible de este tipo de Ley<sup>8</sup>. O, dicho de otro modo, el Tribunal Constitucional no formuló reparo alguno por razones de orden material, en especial en las relativas a la estricta perspectiva competencial, sino tan sólo por cuestiones de índole formal. Así, respecto de cuestiones materiales, el Alto Tribunal entiende que «la supresión de las Cámaras de la Propiedad Urbana como Corporaciones de Derecho público tiene carácter básico» (FJ 4 A)<sup>9</sup>. En concreto, el fallo declara que las Corporaciones de Derecho público son unas entidades cuya creación y disolución se produce como consecuencia de la decisión del poder público (FJ 4 A). De igual modo, entiende que si hay algo básico en el régimen jurídico de las Administraciones Públicas es la decisión de incluir o excluir un determinado fenómeno —las Cámaras— en el ámbito de las mismas (FJ 4 A)<sup>10</sup>. Igualmente, previene que entra dentro de la competencia estatal la adopción de las medidas sobre el personal

<sup>7</sup> La doctrina expuesta es reiterada en la STC 16/1996, de 1 de febrero (FJ 5), por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Generalidad de Cataluña contra determinados preceptos y partidas presupuestarias de la misma Ley 4/1990.

<sup>8</sup> En esta línea J. SÁNCHEZ REVENGA ya apunta a la progresiva ampliación del contenido de la Ley de Presupuestos y su heterogeneidad para dar lugar a la aprobación de las comúnmente llamadas leyes de acompañamiento o, peyorativamente, leyes escoba, que reúnen en su contenido una multitud de modificaciones puntuales a leyes sustantivas.

<sup>9</sup> En este punto, añade que la decisión básica no vacía la competencia autonómica, pues las CC.LL. «mantienen intacta su facultad de actuación para dotar a las organizaciones de propietarios de fincas urbanas del régimen jurídico que estimen procedente, con la sola limitación de que ese régimen jurídico no sea el de las Corporaciones de Derecho público, lo que ha quedado expresamente excluido por el legislador estatal».

<sup>10</sup> A este respecto la STC 16/96 señala que «a la vista de la jurisprudencia constitucional sobre las bases que el Estado puede dictar al amparo del artículo 149.1.18 CE, debe con-

y patrimonio de las Cámaras suprimidas, siempre que tales medidas requieran el grado de homogeneidad de lo básico (FJ 4 B)<sup>11</sup>.

### 3.ª LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 113/1994, DE 14 DE ABRIL

Como bien afirma POMED SÁNCHEZ<sup>12</sup>, uno de los problemas más reiteradamente planteados al Tribunal Constitucional en relación con la Administración Corporativa ha sido el relativo a la adscripción obligatoria, destacando la falta de uniformidad del Alto Tribunal al respecto. Dicho lo cual, cabe indicar que, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, jurisprudencia que, es de resaltar, coincide plenamente con la doctrina elaborada en esta misma materia por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 23 de junio de 1981, 10 de febrero de 1983 y 3 de junio de 1993), dos son los elementos sobre los que se fundamenta esa cuestión:

#### A) La constitucionalidad de la adscripción forzosa, salvo en determinados supuestos

Esta doctrina se resume, fundamentalmente, en las SSTC 89/1989, de 11 de mayo, y 132/1989, de 18 de julio. En la primera, el Constitucional resolvió una cuestión de inconstitucionalidad relativa a la Ley 2/1974, de 12 de febrero, de Colegios Profesionales. Concluye la constitucionalidad de la colegiación obligatoria, como requisito exigido por la Ley para el ejercicio de la profesión, por cuanto «no constituye una vulneración del principio y derecho de libertad asociativa, activa o pasiva, ni tampoco un obstáculo para la elección profesional (art. 35 CE), dada la habilitación concedida al legislador por el artículo 36» (FJ 8). Siempre, claro está, que ello no conlleve la negación de la efectividad de los derechos proclamados en los arts. 22 y 28.1 CE.

Por su parte, la STC 132/1989, advierte que en el caso de las agrupaciones de naturaleza corporativa creadas por Ley, no puede hablarse de efectivo ejercicio de los derechos fundamentales consagrados en los arts. 22 y 28 CE pues «con toda evidencia, en el

claire que a fortiori será básica la decisión de crear una nueva categoría de corporaciones; y si crear una categoría de corporación es básica, igualmente lo será suprimirla».

<sup>11</sup> Así sucede con la afección de los bienes al cumplimiento de fines o servicios públicos (FJ 4 B), con la adscripción de su personal a las Administraciones autonómicas, que no con la Función Pública autonómica (FJ 4 C) y con el sometimiento de los actos de disposición a la previa autorización de la Administración de tutela (FJ 4 D).

<sup>12</sup> Luis Pomed Sánchez: «La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la Administración Corporativa», en *Los Colegios Profesionales y la Administración Corporativa*. «Cuadernos de Derecho Judicial», 2001-I. CGPJ.

caso de las Corporaciones Públicas (...) no puede predicarse la libertad positiva de asociación, pues su creación no queda a la discreción de los individuos (...) y tampoco les es aplicable la garantía del artículo 22.4 en cuanto a su disolución o supresión, al constituirse como creaciones de los poderes públicos, y sujetas por tanto a la decisión de éstos en cuanto a su mantenimiento y configuración».

Pues bien, sentado esto, de acuerdo con la sentencia mencionada, podemos indicar que el legislador cuenta con dos límites que debe respetar a la hora de crear este tipo de entidades. Por un lado, un límite externo consistente, como señala POMED SÁNCHEZ, en la prohibición de monopolizar las posibilidades asociativas de los miembros de estas Corporaciones<sup>13</sup>. Por otro, se prevé un límite interno relativo a la excepcionalidad de este tipo de entidades en un régimen de libertad personal<sup>14</sup>, todo ello sin perjuicio de añadir que los dos límites mencionados en esta Sentencia<sup>15</sup> se descomponen en tres en la doctrina constitucional posterior<sup>16</sup>.

*B) La prohibición de la exclusividad y salvaguarda de los derechos de asociación y sindicación*

A este respecto, podemos destacar algunos fallos del Tribunal Constitucional, entre los que cabe reseñar la STC 123/1987, de 15 de julio, que declara que la colegiación para quienes ejerzan profesiones tituladas no es incompatible con la libertad de sindicación. La STC 166/1992, de 26 de octubre, en la que se otorga el amparo frente a una denegación de candidatura a elecciones colegiadas por lo que aparenta ser conducta antisindical. El

<sup>13</sup> La STC 132/1989 establece que los fines que persigan las Corporaciones han de ser compatibles con la libre creación y actuación de asociaciones que persigan objetivos políticos, sociales, económicos, etc., en el marco de los derechos de asociación y sindicación, sin que puedan suponer, por tanto, obstáculos o dificultades a su libre creación y funcionamiento.

<sup>14</sup> Así el Fundamento Jurídico séptimo de la STC 132/1989 asevera que «en los términos de nuestra ya citada STC 67/1985 —cuyo tenor literal se reitera en la reciente STC 89/1989— referente a la adscripción obligatoria en Colegios Profesionales, las excepciones al principio de libertad de asociación han de ajustarse en cada caso porque respondan a medidas necesarias para la consecución de fines públicos, y, con los límites precisos «para que ello no suponga una sanción (incidencia contraria a la Constitución), de los derechos fundamentales de los ciudadanos» (fundamento jurídico 3). En consecuencia, tal limitación a la libertad del individuo afectado consistente en su integración forzosa en una agrupación de base (en términos amplios) «asociativas» sólo será admisible cuando venga determinada tanto por la relevancia del fin público que persigue, como por la imposibilidad, o al menos dificultad, de obtener tal fin, sin recurrir a la adscripción forzosa a un ente corporativo».

<sup>15</sup> La doctrina sentada en la STC 132/1989 se reitera en la STC 139/1989, de 20 de julio, así como en la STC 194/1998, de 1 octubre.

<sup>16</sup> La STC 179/1994, de 16 de junio, introduce la prohibición de creación *ex lege* de este tipo de entidades como regla.

Constitucional (FJ 4) limita la posibilidad de ser declarado inelegible por representar intereses contrapuestos a los de la organización colegial cuando tal conflicto de intereses sea determinante de incompatibilidad y no de conformidad con la regulación o actividad de dicha organización sindical. Y la STC 5/1996, de 16 de enero, recuerda la reserva de Ley para la creación de Colegios Profesionales.

Pues bien, las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana no reúnen los requisitos exigibles por la doctrina asentada, de tal modo que, como apreció el Tribunal Constitucional en su STC 113/1994, de 14 de abril, no cabe exigir la adscripción obligatoria a tales Cámaras, por inconstitucionalidad sobrevenida, en virtud de la Disposición Derogatoria, apartado 3, de nuestra Constitución española. Y ello, por varias razones:

En primer lugar, porque el régimen legal de las Cámaras previsto en el artículo 11 del Real Decreto 1649/1977 no respetaba la libertad de asociación en su sentido originario, positivo o externo, en la medida en que las mismas ostentaban la representación única y exclusiva de la propiedad urbana. Y al establecer una especie de monopolio representativo del sector social de los propietarios urbanos, incumple de modo manifiesto el primero de los criterios de constitucionalidad, es decir, «que la adscripción obligatoria a estos entes —las Corporaciones Públicas—<sup>17</sup> no imposibilite el paralelo y libre ejercicio del derecho de asociación» (FJ 14).

En segundo lugar, porque «las excepciones al principio de libertad negativa de asociación<sup>18</sup>, en cuanto tales, deben ser siempre excepcionales, pues «la utilización generalizada de esta vía respondería a unos principios de carácter corporativo, aun cuando fuera de modo encubierto, incompatibles con el Estado social y democrático de Derecho» (STC 67/1985, FJ3). En este caso, el encauzamiento a través de la figura de una Corporación de Derecho público de un interés social tan difuso hoy día, a diferencia de lo que era el caso en este país en la primera mitad de siglo, como lo es el de los propietarios de fincas urbanas, hace que esta opción deba ser vista como expresiva de una generalización de un mode-

<sup>17</sup> La aclaración es nuestra.

<sup>18</sup> Sobre el concepto de libertad negativa de asociación, como señala el Fundamento Jurídico 8 de la propia STC 113/1994, «la Constitución, en efecto, reconoce el derecho de asociación (art. 22.1), habiendo especificado este Tribunal Constitucional, desde su STC 5/1981, cómo esta libertad pública incluye, de forma general, la llamada libertad negativa de asociación, es decir, el derecho a no asociarse con independencia de que una interdicción expresa y concreta de afiliación obligatoria sólo se contenga en el inciso cuarto del art. 28.1 CE».

lo que sólo en cuanto puntual y particular puede ser considerado compatible con la Constitución» (FJ 15).

En tercer lugar, porque «no es posible, tampoco, encontrar un fundamento constitucional, directo o indirecto, en estas corporaciones de Derecho público, Las mismas, en efecto, (...) no pueden ampararse el art. 36 CE, al no tratarse de Colegios Profesionales, ni en el artículo 52 CE, que se refiere exclusivamente a "organizaciones profesionales", dentro de las cuales resulta imposible dar cabida a la propiedad urbana» (FJ 16).

Y, en cuarto y último lugar, porque los cometidos o funciones que realizaban las Cámaras, regulados como se vio con anterioridad en el Real Decreto 1649/1977 mencionado «tampoco (...) permite apreciar la relevancia pública de estos fines» (FJ 17), poniendo de manifiesto su «insuficiencia (...) para servir de fundamento a la estructuración de los intereses de este sector económico en forma de Corporación de Derecho público de adscripción y sostenimiento obligatorio» (FJ 17).

#### 4.º EL REAL DECRETO-LEY 8/1994, DE 5 DE AGOSTO, EL REAL DECRETO 2308/1994, DE 2 DE DICIEMBRE Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 11/2002, DE 17 DE ENERO

Habían transcurrido prácticamente 4 años desde la supresión de las Cámaras de la Propiedad Urbana, mediante la Ley 4/1990, cuando el Tribunal Constitucional dictó la STC 178/1994, a la que ya nos referimos con anterioridad, declarando la inconstitucionalidad de dicha norma legal, si bien, como quedó ya expuesto, por motivos meramente formales. Ante esta situación, el Gobierno considerando válidas y subsistentes las razones de fondo que justificaron la supresión de las Cámaras, decidió volver a iniciar el proceso de liquidación<sup>19</sup>, para lo cual aprobó el Real Decreto-Ley 8/1994, de 5 de agosto<sup>20</sup>, cuyo contenido es sustancialmente coin-

<sup>19</sup> Así lo indica el Preámbulo del Real Decreto 2308/1994, de 2 de diciembre. En ese sentido la Exposición de Motivos de Real Decreto-Ley 8/1994, de 5 de agosto señala que «En estas circunstancias y teniendo en cuenta el período de transitoriedad que abrió en su momento la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1990 en lo que se refiere al régimen jurídico tanto del personal como del patrimonio de las Cámaras Oficiales de la Propiedad, procede por razones de urgencia para evitar un mayor deterioro de la situación de dichas entidades y concretar las expectativas creadas a su personal, regular a través del instrumento jurídico pertinente el destino de personal y patrimonio de dichas Cámaras cuya razón de ser como Corporaciones de Derecho público, dado el contenido de los intereses que representan y la libertad de asociación consagrada en la Constitución, no resulta justificado. La urgencia subrayada anteriormente aconseja la utilización del mecanismo previsto en la Constitución, procediendo, por tanto, la promulgación del oportuno Real Decreto-Ley».

<sup>20</sup> Convalidado por Resolución de la Mesa del Congreso de los Diputados de 15 de septiembre de 1994 (BOE de 20 de septiembre).

cidente con la Disposición Final Décima de la Ley 4/1990. Es decir, el Decreto-Ley tenía por objeto, en definitiva, retrotraer la situación jurídica en la que se encontraban las Cámaras al momento en que se aprobó la Ley 4/1990, esto es, al instante en que habían sido suprimidas como Corporaciones de Derecho público<sup>21</sup>. Así la STC 11/2002 indica que «...circunstancia completamente novedosa, cual fue la declaración de nulidad —por la STC 178/1994— de la norma que había suprimido las Cámaras de la Propiedad Urbana. Con ello, obviamente, las Cámaras recobraron existencia jurídica y a la provisionalidad de la situación de la disolución en la que se encontraban le sucedió una provisionalidad distinta: la propia de entidades en curso de recuperación de su validez jurídica».

A este respecto, el Decreto-Ley, en sí, tan sólo contiene un artículo único mediante el que se establece tal supresión y lo que es más importante, lleva a cabo un mandato al Gobierno —Disposición Adicional— con el fin de que, en virtud de su potestad reglamentaria, desarrolle mediante Real Decreto los dos aspectos esenciales del proceso de supresión: De una parte, el régimen y destino del patrimonio de las Cámaras y, de otra, el del personal de las mismas.

En ese sentido, el propio Decreto-Ley fija ya *a priori* unas reglas para concretar dicho régimen y destino. Así, en cuanto al patrimonio se efectuará un inventario de los bienes y derechos que lo constituyen, determinando qué parte del mismo ha sido generado con cargo a la cuota obligatoria u otras actuaciones derivadas de obligaciones legales y qué otra se considera generada mediante ingresos diferentes. Correlativamente, dispone que la primera de las dos partes será inscrita, titulada o ingresada «a nombre de las (...) Administraciones Públicas para el cumplimiento o realización de fines o servicios públicos», mientras que la segunda tras su igual inscripción, titulación o ingreso a favor de las Administraciones Públicas, podrá ser adscrito a «aquellas asociaciones sin ánimo de lucro constituidas o que se constituyan y que tengan como finalidad esencial la defensa, promoción e información de los propietarios y usuarios de viviendas urbanas».

<sup>21</sup> Como bien afirma LESMES SERRANO (Carlos Lesmes Serrano «La tutela de la Administración Corporativa», en *Los Colegios Profesionales y la Administración Corporativa*, «Cuadernos de Derecho Judicial» 2001-I, CGPJ), en el proceso de supresión y liquidación de las Cámaras se manifiesta claramente la acción de tutela de la Administración sobre unas Corporaciones que tenían naturaleza de Derecho público. Tutela que se manifiesta principalmente en el cambio de su configuración legal, suprimiendo su carácter de Corporaciones de Derecho público, pero también en las decisiones adoptadas para su liquidación tanto en materia de personal como en materia patrimonial.

Y en cuanto al personal, se fijará el destino de aquél que «el día 1 de junio de 1990 prestaba servicios en las Cámaras sometidas a tutela estatal, siempre que no hubieran sido objeto de traspaso a la correspondiente Comunidad Autónoma, el cual se integrará en la Administración del Estado, así como el régimen y condiciones en que se producirá esta integración, con respeto de las normas vigentes sobre el personal al servicio de la Administración Pública», añadiendo que «las restantes Administraciones Públicas que ejerzan la tutela sobre las correspondientes Cámaras de la Propiedad Urbana adoptarán asimismo las determinaciones necesarias para la integración de aquellas».

Pues bien, con arreglo al mandato referido, el Gobierno dictó el Real Decreto 2308/1994, de 2 de diciembre<sup>22</sup>. Siguiendo el mismo esquema utilizado para analizar el contenido del Decreto-Ley, podemos entrar a examinar las siguientes cuestiones:

#### A) Patrimonio de las Cámaras

El Real Decreto concreta que el inventario a que se refiere el Decreto-Ley contendrá una descripción de los derechos y obligaciones de las Cámaras, establecido de acuerdo con las normas de contabilidad y los principios de contabilidad generalmente aceptados, pudiendo ser elaborado dicho inventario directamente por la Administración, o ser contratado con terceros.

De igual modo, define los bienes que deben entenderse incluidos en las dos partes a las que hicimos mención al estudiar el Decreto-Ley. Así, primero, se consideran como generados con cargo a la primera de las dos partes, esto es, al conjunto de bienes derivados de actuaciones legales incluida la cuota cameral, la parte que corresponda y sea igual al porcentaje medio o tanto por ciento que represente el presupuesto ordinario aprobado para cada Cámara, tomando como referencia los años 1983 a 1987, ambos inclusive, de los bienes y derechos adquiridos por las Cámaras entre la fecha de entrada en vigor del Decreto-Ley de 6 de mayo de 1927 y el 1 de enero de 1989<sup>23</sup>.

Segundo, se considera generada mediante ingresos diferentes de los anteriores: los bienes y derechos existentes en las Cámaras cuya adquisición o generación se hubiera realizado con anterioridad a la de entrada en vigor del Decreto-Ley de 6 de mayo de 1927;

<sup>22</sup> BOE de 22 de diciembre.

<sup>23</sup> Fecha en la que, como ya se indicó anteriormente en la oportuna nota a pie de página, quedó suprimida la incorporación obligatoria a las Cámaras, en aplicación de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre.

los adquiridos con posterioridad a dicha fecha y respecto de los cuales conste fehacientemente que han sido obtenidos con los rendimientos o por reinversión neta de los existentes con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto-Ley mencionado; la parte de los bienes y derechos correspondientes o igual al resto del porcentaje señalado en el sub-apartado precedente y, finalmente, los bienes o derechos transmitidos a título gratuito a las Cámaras y los adquiridos por reinversión del importe de la enajenación de aquellos, así como los frutos de unos y otros.

Tercero: respecto de los bienes y derechos que, según el inventario, hayan sido obtenidos o generados por las Cámaras con posterioridad al 1 de enero de 1989 se estará al origen de los fondos con los que hayan sido obtenidos.

Así las cosas, el Real Decreto también prevé la imputación de cargas y gravámenes del patrimonio que han de minorar la segunda de las dos partes en que se divide aquél, (la señalada en la segunda subdivisión que efectuamos en el presente apartado), determinando que se debe imputar a aquélla las cargas nacidas entre el día 12 de mayo de 1927 y 31 de diciembre de 1988 que subsistan al cierre del inventario, mientras que las nacidas entre ambas fechas sólo si aún no se hubieran extinguido, si bien exceptuando como integrante de esta parte del patrimonio aquella otra que corresponda y sea igual al porcentaje medio o tanto por ciento que represente el presupuesto ordinario aprobado para cada Cámara, tomando como referencia los años 1983 a 1987, ambos inclusive, de los bienes y derechos adquiridos por las Cámaras entre la fecha de entrada en vigor del Decreto-Ley de 6 de mayo de 1927 y el 1 de enero de 1989, que se entenderá imputable a la parte generada con cargo al conjunto de bienes derivados de actuaciones legales incluida la cuota cameral.

Junto con esta clasificación de los bienes y derechos el Real Decreto regula los requisitos y el procedimiento para adscribir aquella parte del patrimonio generada mediante ingresos diferentes a los derivados de actuaciones legales incluida la cuota cameral. En ese sentido, el Real Decreto previene que sólo podrá efectuarse en favor de asociaciones legalmente constituidas<sup>24</sup>, sin ánimo de lucro y que tengan como finalidad principal la promoción y defensa de los propietarios y usuarios de viviendas urbanas, debiendo efectuarse la solicitud de la adscripción en el plazo

<sup>24</sup> Esta es la única variante entre el texto del Decreto-Ley y el del Real Decreto 2308/1994; la novedad introducida por el Gobierno no deja de ser un ejemplo de ejercicio de su potestad reglamentaria, relativa a los denominados Reglamentos ejecutivos o de desarrollo.

de un año desde que la Administración tutora apruebe el correspondiente inventario de bienes<sup>25</sup>.

B) *El personal de las Cámaras*

En materia de personal también cabe realizar una división en atención al tipo de relación laboral que vincule a los trabajadores con la Cámara, pudiendo distinguir una doble tipología:

Primero, los Secretarios de las Cámaras y el personal laboral de las Cámaras que a fecha de 1 de junio de 1990 tuviera la condición de empleado fijo o con derecho a reserva de plaza. Este personal contaba con un derecho de opción consistente en, bien integrarse como personal laboral fijo al servicio de la Administración que ejerciera la tutela de cada Cámara en cada caso concreto, bien renunciar a la integración en la Administración tutora y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose los períodos inferiores a un año, con un máximo de doce mensualidades. Este derecho de indemnización es, en definitiva, alternativo al de integración, puesto que el apartado 6 del artículo 5 del Real decreto 1308/1994 prevé que «el personal con derecho a la integración que renuncie a la misma percibirá una indemnización (...)». Podría calificarse este derecho de indemnización como una especie de indemnización por despido colectivo, pues, no en vano, la cuantía de la indemnización (veinte días de salario por año de servicio, con un máximo de 12 mensualidades) no deja de ser la misma que la prevista para tales casos, como se verá en el apartado siguiente.

Segundo, el personal laboral que a fecha de 1 de junio de 1990 careciera de la condición de empleado fijo o con derecho a reserva de plaza. Este personal no cuenta con el derecho de opción mencionado<sup>26</sup>, de tal forma que se le debe aplicar las reglas gene-

<sup>25</sup> Respecto de la posibilidad de adscripción de estos bienes no deja de ser clarificador la STC 178/1994, de 16 de junio, cuyo Fundamento Jurídico 4 B) previene que «el carácter facultativo del precepto —el apartado 2 a) de la Disposición Final Décima— (...) «podrán» adscribir a aquellas asociaciones...» implica que la asignación de la finalidad en este caso no es realmente básica, por no tener carácter obligatorio».

<sup>26</sup> Cabe resaltar que se han planteado múltiples recursos judiciales en esta materia, promovidos por el personal que no disfrutaba de este derecho, intentando que éste le fuera reconocido. A este respecto, podemos señalar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 31 de octubre de 2001, relativo al Decreto 46/1999, sobre procedimiento de Liquidación y Extinción de las Cámaras de la Propiedad Urbana de Galicia, que señala «ninguna vulneración de la legalidad existe en el hecho de que la Comunidad Autónoma, en el libre ejercicio de sus competencias, haya adoptado medidas similares a las de la normativa estatal a la hora de determinar el régimen y destino del personal de las Cámaras suprimidas. Lo que no puede es imponerse la integración automática de todo el personal de las Cámaras, en contra del ámbito de actuación reconocido a cada Comunidad Autónoma». De igual modo la Sentencia de 18 de noviembre de 1999, del mismo Tribunal Superior de Jus-

rales en materia de extinción de contratos de trabajo por cesación total de la actividad empresarial<sup>27</sup>.

5.ª LA LEY 66/1997, DE 30 DE DICIEMBRE

Pendiente de resolverse el Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto contra el Real Decreto-Ley 8/1994, de 5 de agosto, las Cortes Generales aprobaron la Ley 66/1997, de 30 de diciembre<sup>28</sup>, cuya Disposición Adicional Trigésima, con carácter de norma básica al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución, y tras derogar en este extremo el Real Decreto-Ley mencionado (derogación de su Disposición Final Primera, en relación con la Disposición Adicional Única) prevé que «1. Las Comunidades Autónomas que, conforme a las competencias estatutariamente asumidas en relación con las corporaciones de Derecho público representativas de intereses económicos, hayan constituido o constituyan entidades representativas del sector inmobiliario urbano con la denominación de Cámaras de la Propiedad u otras similares, adecuarán su actuación en todo caso a los principios contenidos en esta disposición. 2. Las Cámaras de la Propiedad Urbana tendrán base asociativa, la afiliación a las mismas será voluntaria y su estructura y funcionamiento de carácter democrático. 3. Las Cámaras de la Propiedad Urbana habrán de tener asignadas funciones que resulten de utilidad para las Administraciones Públicas y de interés para el sector de la propiedad inmobiliaria, podrán asimismo realizar

ticia, afirma que «no cabe duda que la aludida Sentencia del TC, de fecha 16 de junio de 1994, otorgó a las respectivas Comunidades Autónomas la posibilidad de arbitrar los procesos de integración personal y, es obvio también, que el Real Decreto-Ley 8/1994, de 5 de agosto y el Real Decreto 2308/1994, de 2 de diciembre, a través de su artículo 5, suprimieron definitivamente las Cámaras de la Propiedad Urbana, poniendo fin de ese modo a los contratos hasta entonces en vigor. Es de destacar que el contrato que vincula al actor con la Cámara de la Propiedad Urbana de La Coruña es de fecha 1 de enero de 1995, por tanto posterior, no ya a la fecha fijada para la integración, sino también a la de supresión de las Cámaras. Sostener que la Administración viene obligada a subrogarse en los derechos y obligaciones que corresponden a la Cámara frente a sus empleados, en directa aplicación de lo prevenido por el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, supone desconocer precisamente el mecanismo integrador antes aludido. Que se fijase como fecha determinante para la integración la de 1 de junio de 1990, en el sentido de acoger la Administración al personal que en dicha fecha estuviera como fijo en la Cámara, no supone más que primar el principio de estabilidad en el empleo en supuestos de carácter excepcional, que en nada conculcan el principio de igualdad a que hace referencia el recurrente, toda vez que su situación de incorporado a la Cámara el 1 de enero de 1995, no puede compararse a la de aquellos que con anterioridad al 1 de junio de 1990 ostentaban la condición de fijos».

<sup>27</sup> En la actualidad compuestas por el artículo 51 del Real Decreto Legislativo 1995, de 24 de marzo, Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, desarrollado en este punto por el Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos en materia de Regulación de Empleo y de Actuación Administrativa en materia de Traslados Colectivos.

<sup>28</sup> BOE de 31 de diciembre

prestaciones y servicios de carácter retribuido en favor de los propietarios de bienes inmuebles de naturaleza urbana que lo soliciten. 4. Las Comunidades Autónomas podrán contribuir a la financiación de las referidas funciones destinando los recursos que estimen convenientes. 5. Las Comunidades Autónomas que sin haber finalizado el proceso de liquidación de las Cámaras de la Propiedad Urbana, de conformidad con lo establecido con el Real Decreto-Ley 8/1994, de 5 de agosto, y el Real Decreto 2308/1994, de 2 de diciembre, acuerden interrumpirlo, aplicarán la presente disposición. En tal supuesto garantizarán en todo caso al personal procedente de aquéllas los derechos que tienen reconocidos en las disposiciones citadas y Reales Decretos de traspaso de funciones. 6. Queda derogada la disposición final primera en relación con la disposición adicional única del Real Decreto-Ley 8/1994, de 5 de agosto. 7. La presente disposición tiene el carácter de normativa básica conforme a lo establecido en el artículo 149.1.180 de la Constitución española».

Señala MESEGUER YEBRA<sup>29</sup> que numerosas referencias de esta Disposición auguran un resurgimiento del carácter público de estas entidades que ya parecía superado, poniendo como ejemplo las funciones de utilidad pública que se le asignan, lo que supone algo parecido a declararlas de interés público, la posible financiación pública e, incluso, la autorización, para que aquellas Comunidades Autónomas que no hubieran finalizado el proceso de liquidación al amparo de la anterior normativa, pudieran interrumpirlo. En ese sentido, entiende que concluyente resulta comprobar si alguna Comunidad Autónoma recupera la naturaleza clásica de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana, poniendo de manifiesto el caso de Castilla y León, cuya Ley 2/1999, de 19 de febrero, reguladora del Depósito del Importe de Fianzas de Contratos de Arrendamiento, ofrece como alternativa el depósito de dicha fianza «bien en las Cámaras de la Propiedad Urbana o, en su defecto, en otras Corporaciones de Derecho público». Por nuestra parte, al supuesto previsto en Castilla y León, podemos añadir los casos de las Cámaras de la Propiedad Urbana en Cataluña y el País Vasco<sup>30</sup>, Comunidades en las que existen Cámaras de la Propiedad Urbana como verdaderas Corporaciones de Derecho público que funcionan bajo la tutela y control de sus respectivas Comunidades Autó-

<sup>29</sup> Joaquín Meseguer Yebra: «Una perspectiva nueva para las Cámaras de la Propiedad Urbana», 1998.

<sup>30</sup> Decretos 240/1990, de 4 de septiembre y 312/1988, de 27 de diciembre, respectivamente. Así, en estas dos Comunidades existen Cámaras de la Propiedad Urbana en Badalona, Barcelona, Gerona, Hospitalet de Llobregat, Manresa, Mataró, Reus, Sabadell, Tarragona, Tarrasa, Guipúzcoa Álava y Vizcaya.

nomas, o el caso de Baleares cuyo Decreto 97/2000, de 11 julio, prevé que las funciones que llevaba a cabo la Cámara pasan a ser desempeñadas por el Instituto Balear de la Vivienda, y todo ello al margen del proceso llevado a cabo en la Comunidad de Madrid, sobre el que nos referiremos en el siguiente apartado de este estudio.

Sin embargo, frente a la opinión expresada por MESEGUER YEBRA, el Tribunal Constitucional entiende que no hay tal reviviscencia al régimen previo al Decreto-Ley. Así, en la STC 11/2002(FJ 7) afirma que «En definitiva, el régimen normativo aplicable a las Cámaras con la entrada en vigor del Decreto-Ley no es realmente el que les fue de aplicación en el pasado, sino un régimen distinto. Ha habido, por tanto, una innovación normativa (la posibilidad de que la Administración de tutela designe un representante en cada Cámara a los efectos de realizar la previa autorización de los actos camerales que afecten a su personal y patrimonio) conectada de modo indirecto al fin perseguido por el Decreto-Ley en cuestión, y debe aceptarse que esa sola innovación, traducida en la instauración de un régimen de autorizaciones, justifica la promulgación de aquél».

### III. LA REGULACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

#### 1.º LA TRANSFERENCIA A LA COMUNIDAD DE MADRID DE LAS COMPETENCIAS EN MATERIA DE CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO

Subraya LESMES SERRANO<sup>31</sup> la singularidad de que durante la liquidación de las Cámaras de la Propiedad, se produjo la sustitución de la Administración del Estado por Administraciones Autonómicas en la función de tutela, poniendo como ejemplo el Decreto 495/1997, de 14 de abril, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en esta materia.

En el ámbito de la Comunidad de Madrid, se produjo idéntico traspaso mediante la aprobación del Real Decreto 943/1995, de 9 de junio<sup>32</sup>, por el que se traspasa a la Comunidad de Madrid la ejecución de las medidas que las citadas disposiciones atribuyen en materia de Cámaras de la Propiedad Urbana a la Administración

<sup>31</sup> Carlos Lesmes Serrano: «La tutela de la Administración Corporativa», en *Los Colegios Profesionales y la Administración Corporativa*. «Cuadernos de Derecho Judicial» 2001-I, CGPJ.

<sup>32</sup> BOE de 11 de julio.

del Estado en relación con las Cámaras Oficiales de la Propiedad existentes en la Comunidad Autónoma, correspondiendo a la misma adoptar sobre su personal y patrimonio las medidas previstas por el Real Decreto-Ley 8/1994, de 5 de agosto. Añade que el personal que tuviera derecho a integrarse en la Administración del Estado conforme al Real Decreto 2308/1994, podría optar entre su integración en la misma o en la Administración de la Comunidad de Madrid, en los términos que establece el citado Real Decreto o que pueda establecer la Comunidad Autónoma en cumplimiento de lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 8/1994, de 5 de agosto.

Sin embargo, lo cierto es que la competencia de la Comunidad de Madrid, *sensu stricto*, tiene su origen en su Estatuto de Autonomía<sup>33</sup>. Así, el Estatuto referido en su redacción originaria, aprobada por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, atribuyó a la Comunidad madrileña la función ejecutiva en materia de Cámaras de la Propiedad Urbana, en el marco de lo que establezca la legislación estatal reguladora de las Corporaciones de Derecho público —artículo 28.6—. Esta competencia fue ampliada en virtud de la Ley Orgánica 10/1994, de 24 de marzo, que le atribuyó el desarrollo legislativo, incluida la potestad reglamentaria y ejecución, en el marco de la legislación básica del Estado, en materia de Corporaciones de Derecho público representativas de intereses económicos y profesionales —artículo 27.9—, redacción que se mantiene en el actual artículo 27.6.

## 2.º EL DECRETO 91/1998, DE 28 DE MAYO

La Comunidad de Madrid acordó, mediante Decreto 91/1998, de 28 de mayo, interrumpir el proceso de liquidación de la Cámara de la Propiedad Urbana de Madrid, declarando de aplicación la Disposición Adicional Trigésima de la Ley 66/1997 ya comentada, de tal modo que se acordó interrumpir el proceso de liquidación, al tiempo que se nombraba una Junta Gestora, presidida por el representante delegado de la Comunidad en la Cámara, a la que encomendó además de las funciones hasta entonces atribuidas a la Junta de Gobierno, la elaboración de un censo de afiliados, el estu-

<sup>33</sup> Es conocida la doctrina de que la competencia comunitaria no nace con el correspondiente decreto de transferencia, sino con el estatuto; con aquél se traspasa un servicio estatal, con lo que se llena de contenido la competencia estatutaria y se evita la repetición de instituciones (STC 11/1983, de 6 de diciembre). Los decretos de transferencias, lejos de ser normas de atribución de competencias, se limitan a ejecutar las que sí lo son (STC 125/1984, de 20 de diciembre). Traspasan servicios, funciones e instituciones. Al no contener normas atributivas de competencias (STC 56/1989, de 16 de marzo), los decretos de traspasos no pueden alterar ni constreñir las disposiciones atributivas de competencias (STC 147/1991, de 8 de junio).

dio y propuesta de un nuevo Reglamento General de Elecciones, la convocatoria de las mismas y la vigilancia del proceso electoral.

De este modo, la Comunidad de Madrid puso en marcha un proceso con la finalidad de dar un nuevo impulso a la Cámara de la Propiedad Urbana de Madrid, configurándola de nuevo como una verdadera Corporación de Derecho público<sup>34</sup>. A tal efecto, la Comunidad, procedió a elaborar un proyecto de Decreto por el que se hubiera aprobado un nuevo Reglamento de la Cámara. Sin embargo, la tramitación del proyecto quedó interrumpida como consecuencia del dictamen desfavorable emitido por el Consejo de Estado<sup>35</sup>, por entender que existía reserva de ley en materia de constitución de las Cámaras, o, lo que es lo mismo, la regulación de dicha constitución sólo podía efectuarse mediante una norma con rango de ley. Así, el Alto Órgano Consultivo previene que «las entidades representativas de intereses objetivos del conjunto de un sector (...) sólo pueden crearse, bien directamente por la Ley, caso por caso, bien por resolución administrativa que opera en el estricto cuadro de una Ley reguladora de tipos concretos», añadiendo a continuación que «en el caso sometido a consulta, la Comunidad de Madrid no ha aprobado ninguna Ley que cree la Cámara Oficial de la Propiedad Urbana de Madrid en cuanto corporación de Derecho público, ni tampoco existe una norma de rango legal que, específicamente, autorice al Consejo de Gobierno a constituirla».

En este punto, cabría reprochar al Consejo de Estado que, aun cuando efectivamente la Comunidad de Madrid no había aprobado una norma con rango de ley en los términos antes señalados en

<sup>34</sup> Así se indica en el Preámbulo del Decreto 16/2001, de 1 de febrero. Sin embargo, no es de la misma opinión el Consejo de Estado y en el propio dictamen (3.823/1999, de 12 de enero de 2000, ya referido con anterioridad) al que se hace referencia en el preámbulo mencionado, señala que «la Cámara Oficial de la Propiedad Urbana de Madrid era una corporación de Derecho público, que quedó extinta en aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 8/1994, de 5 de agosto. Su proceso de liquidación quedó interrumpido por el Decreto 91/1998, de 28 de mayo, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid. Ahora bien, la extinción producida no perdió su virtualidad por la citada interrupción, pues, por utilizar la expresión del Tribunal Constitucional en la Sentencia 178/1994, de 16 de junio, estaba «suprimida del todo», añadiendo más adelante «Extinta la Cámara Oficial de la Propiedad Urbana y no reviviscente por la interrupción del proceso de liquidación (...)». En definitiva, el Consejo de Estado parece compartir la opinión ya expuesta del Tribunal Constitucional en cuanto a que no hay reviviscencia al régimen previo al Decreto-Ley».

<sup>35</sup> Emitido según lo dispuesto en el artículo 20.1 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, conforme a la doctrina asentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 204/1992, de 26 de noviembre. En relación con la materia de la función consultiva del Consejo de Estado referida a las Comunidades Autónomas, cabe destacar el trabajo publicado en esta misma *Revista Jurídica* (número 12 Enero-Abril de 2002) por Carlos Yáñez Díaz.

primer lugar, la Disposición Adicional Trigésima de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, si bien no llega a crear tales Corporaciones, no es menos cierto que, en el supuesto de que las Cámaras hubiesen quedado extinguidas, sería título suficiente para entender cumplidos los requisitos exigibles en segundo lugar por el propio Consejo de Estado, es decir, sería acorde con la posibilidad de su creación por una norma reglamentaria como desarrollo dentro del margen y límites predeterminados por la Ley indicada. En efecto, en el presente caso, dicha disposición legal regula los elementos esenciales sobre los que ha de configurarse toda Corporación de Derecho público, caso de cuestiones tales como sus fines principales, los miembros que pueden integrarla y su forma de organización.

### 3.ª LA DISPOSICIÓN FINAL DÉCIMA DE LA LEY 18/2000, DE 17 DE DICIEMBRE

Con el objetivo de superar las objeciones formales efectuadas por el Consejo de Estado, fue aprobada la Disposición Final Décima de la Ley 18/2000, de 17 de diciembre, cuyo punto segundo prevé que «se autoriza al Gobierno para regular, mediante Decreto, las medidas a adoptar por la Comunidad de Madrid en relación con la Cámara de la Propiedad Urbana de Madrid, de acuerdo con lo establecido en el Real-Decreto Ley 8/1994, de 5 de agosto, de supresión de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana y su Consejo Superior como corporaciones de Derecho público, Disposición Adicional Trigésima de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social y demás disposiciones que le fueran de aplicación. Entre dichas medidas se podrán establecer los mecanismos de control de los actos de gestión, administración y disposición que afecten a su patrimonio, que se estimen necesarios hasta que tenga lugar, en su caso, la liquidación de la misma. Tales controles se podrán efectuar por los medios que se determinen por el Gobierno, incluyendo, en su caso, la designación de un interventor delegado en la referida Cámara, con las funciones que se le asignen, sin perjuicio de las correspondientes al representante delegado de la Comunidad de Madrid en dicha Cámara».

### 4.ª LOS DECRETOS 16/2001 Y 17/2001, DE 1 DE FEBRERO

Teniendo en cuenta la habilitación legal contenida en la Ley 18/2000, el Gobierno de la Comunidad acordó aprobar dos Decretos. El primero, el 16/2001, de 1 de febrero, por el que se dictan normas provisionales de funcionamiento de la Cámara de la Pro-

iedad Urbana. Como se señala en su Preámbulo, esta disposición reglamentaria persigue introducir algunas precisiones respecto de las funciones atribuidas al representante delegado de la Comunidad de Madrid (sus funciones se concretan en la autorización de todos los actos de disposición, gestión y administración adoptados por los órganos de gobierno de la Cámara que afecten al patrimonio y personal de la misma), al tiempo de introducir en la Cámara el ejercicio del control financiero por parte de la Intervención General de la propia Comunidad, control que, por otro lado, ya se contemplaba en la normativa estatal<sup>36</sup>.

Paralelamente a la aprobación del Decreto 16/2001, fue aprobado el Decreto 17/2001 cuyo objeto era establecer las reglas en virtud de las cuales se producirá la integración, en la Administración de la Comunidad de Madrid, del personal de la Cámara de la Propiedad Urbana que contara con este derecho, en aplicación del Real Decreto-Ley 8/1994.

A tal respecto, es esclarecedor el propio Preámbulo del Decreto 17/2001, cuando expone que la Comunidad de Madrid —como ya se explicó con anterioridad— mediante el Decreto 91/1998, acordó interrumpir el proceso de liquidación de la Cámara de la Propiedad Urbana de Madrid, declarando de aplicación la Ley 66/1997, con la preceptiva garantía al personal de los derechos reconocidos en el Decreto-Ley 8/1994. Sin embargo, continúa exponiendo el Preámbulo, lo cierto es que el Decreto 91/1998 no estableció las reglas en virtud de las cuales se llevaría a cabo la integración del personal de la Cámara de la Propiedad Urbana de Madrid, motivo por el cual se procede a aprobar el citado Decreto 17/2001.

Así las cosas, el Decreto 17/2001 traslada al ordenamiento jurídico de la Comunidad de Madrid, las mismas reglas fijadas por «el Estado para delimitar los sujetos del derecho de integración, atribuyendo el mismo al personal que prestaba servicios como empleado fijo en la Cámara el día 1 de junio de 1990»<sup>37</sup>. Es decir, la Comunidad de Madrid ha optado por seguir idéntico criterio al estatal para determinar qué personal puede integrarse en su Administración. Sin embargo, podría haber optado por otra solución distinta, por ejemplo, regulando un régimen más amplio para el personal al servicio de la Cámara Urbana, que integrara a todo aquél. Aun siendo competente para desarrollar la legislación básica del Estado en esta materia (artículo 27.6 del Estatuto de Autonomía), la Comunidad de Madrid podría haber dicta-

<sup>36</sup> Real Decreto 3587/1983, de 28 de diciembre.

<sup>37</sup> Preámbulo del propio Decreto.

do medidas distintas a las previstas en el Decreto-Ley, pero, sin embargo, en el ejercicio de sus competencias, se decantó por regular un régimen idéntico al previsto por la normativa estatal, sin que pueda pretenderse que ello suponga tacha jurídica alguna. (A este respecto, nos reiteramos en lo expuesto en la nota 27.)

#### 5.º EL DECRETO 17/2003, DE 13 DE FEBRERO

Como indicábamos al principio de este estudio, con la aprobación del Decreto 17/2003 culmina el tortuoso proceso de liquidación de la Cámara de la Propiedad Urbana de Madrid, que se había iniciado en 1990 con la aprobación de la Ley 4/1990, de 28 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990.

En cuanto a las razones que motivan la liquidación de la Cámara de la Propiedad Urbana de Madrid, podemos hacer referencia al menos a tres: de partida, la evolución de la situación de las Cámaras, iniciada, como hemos visto, con la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de abril de 1994, que declaró inconstitucional la adscripción obligatoria de los propietarios de fincas urbanas a este tipo de Cámaras y, en consecuencia, determinó la nulidad de la obligación de abonar los correspondientes recursos camerales o cuotas que hasta entonces debían pagar con carácter general los titulares de derechos reales o de bienes inmuebles urbanos. De este modo, la progresiva reducción de ingresos que obtenían estas Cámaras, las colocó en una situación económica muy difícil, hasta el punto de reducir dramáticamente su viabilidad económica.

En segundo lugar, conviene poner de manifiesto la paulatina liquidación de las demás Cámaras de la Propiedad Urbana. En efecto, con la excepción del País Vasco, Cataluña y Castilla-León, el resto de Comunidades Autónomas han liquidado sus Cámaras<sup>38</sup>.

<sup>38</sup> Así, el Decreto 62/1994, de 28 de octubre, de la Comunidad Autónoma de La Rioja determina que las funciones que hasta su liquidación venía desempeñando la Cámara de la Propiedad Urbana de esa Comunidad, serán ejercidas, conjuntamente, por las Consejerías de Obras Públicas y de Hacienda y Economía. De igual modo, el Decreto 80/1995, de 29 de agosto, de la Junta de Castilla-La Mancha prevé que la adscripción de bienes resultantes de la liquidación de su Cámara de la Propiedad Urbana se realizará mediante Orden del Consejero de Economía y Hacienda. Asimismo, el Decreto 178/1996, de 15 de abril, del Gobierno de Navarra atribuye las competencias en esta materia al Departamento de Economía y Hacienda, como igual sucede en Andalucía con el Decreto 86/1996, de 20 de febrero, que otorga la competencia a la Consejería de Economía y Hacienda, o en Aragón, el Decreto 7/1995, de 26 de enero, donde la adscripción se realizará mediante Orden del Consejero de Economía y Hacienda; Decreto 46/1999, de 11 de febrero, de la Xunta de Galicia. El Decreto 1/1997, de 9 de enero, del Principado de Asturias atribuye las competencias en esta materia a la Consejería de Fomento; Decreto 97/2000, de 30 de junio, de las Islas Baleares, ya comentado con anterioridad; Decreto 145/1995, de 24 de mayo, de las Canarias y Decreto 16/1991, de 21 de enero.

En tercer lugar, como se señala en el propio Preámbulo del Decreto 17/2003, una vez confirmada la constitucionalidad de la normativa estatal que procedió a la disolución de las Cámaras de la Propiedad Urbana, mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero 2002, han quedado despejadas las incertidumbres jurídicas sobre la materia existentes hasta entonces.

Así las cosas, siguiendo el esquema contenido en el Preámbulo del Decreto, en él se prevé la disolución de la Junta Gestora, la constitución de una Junta Liquidadora, el régimen y destino del patrimonio y personal a su servicio. Asimismo se establece que la Comunidad de Madrid podrá, en su caso, arbitrar fórmulas de colaboración respecto de los procesos judiciales encomendados a la Cámara por sus asociados que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de esta disposición reglamentaria. Pasamos a analizar tales medidas:

#### A) *La disolución de la Junta Gestora y constitución de la Junta Liquidadora*

El Decreto dispone la disolución de la Junta Gestora de la Cámara de la Propiedad Urbana de Madrid, creada por el Decreto 91/1998, de 28 de mayo, y constituye, correlativamente, una Junta Liquidadora en la que se encuentran representadas las Consejerías afectadas por el proceso de liquidación de la Cámara<sup>39</sup>. En cuanto a sus funciones, el artículo 4 del Decreto le atribuye fundamentalmente dos:

- a) La asunción de las propias de la Junta de Gobierno de la Cámara de la Propiedad Urbana de Madrid, que fueron encomendadas mediante el Decreto 91/1998, de 28 de mayo, a la Junta Gestora.
- b) La elaboración del inventario de los bienes, derechos y obligaciones de la Cámara de la Propiedad Urbana de Madrid, así como la aprobación y liquidación del mismo.

De la exégesis del precepto, se concluye que, con la primera de dichas funciones, se ha querido subrayar la incuestionable continuidad entre una y otra Junta, mientras que con la segunda, se pone de manifiesto que la Comunidad de Madrid no hace sino

<sup>39</sup> Consejerías de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, de Hacienda, de Justicia y Administraciones Públicas y de Presidencia.

una mera trasposición, si se nos permite la expresión, de la normativa estatal a su ordenamiento jurídico interno<sup>40</sup>.

*B) El régimen y destino del patrimonio y personal a su servicio*

En cuanto al destino del patrimonio de la Cámara de la Propiedad Urbana de Madrid, el Decreto vuelve a remitirse al ordenamiento jurídico estatal, al establecer que será el regulado en el Real Decreto 2308/1994, de 2 de diciembre, cuestión sobre la que nos atenemos a lo ya expuesto en su momento.

Respecto del personal, el Decreto tampoco realiza una innovación normativa, adoptando medidas semejantes a las previstas por la norma estatal. Así, realiza una clara división entre los dos colectivos en que se puede dividir a los trabajadores de la Cámara de la Propiedad Urbana. Por un lado, los que tienen derecho a integrarse en la Administración de la Comunidad de Madrid y, por otro, los que carecen de tal derecho y, por tanto, la liquidación de la Cámara y, en consecuencia, el cese de su actividad, da lugar a la extinción de sus contratos laborales.

Sobre el primer conjunto de trabajadores, el Decreto se remite, como no podía ser de otra manera, al Decreto 17/2001, pues este reglamento es el que, ciertamente, regula el procedimiento para la integración del personal, si bien sólo lleva a cabo la simple regulación mientras que la materialización de la integración, como tal, se produce con la entrada en vigor del Decreto de 13 de febrero de 2003. Y como ya quedó expuesto al analizar el contenido del Decreto 17/2001, éste trasponía, una vez más, la regulación estatal, por lo que el Decreto de 13 de febrero de 2003 realiza la oportuna previsión sobre el personal que teniendo derecho a integrarse en la Comunidad de Madrid, renuncia a tal derecho, al optar por la correspondiente indemnización, para lo cual, como se señala en el apartado 3 del artículo 6, «por la Junta Liquidadora se procederá de forma inmediata a llevar a cabo las actuaciones previstas en el párrafo anterior, sin necesidad de cumplir los trámites establecidos en el artículo 7 del Decreto 17/2001, de 1 de febrero».

<sup>40</sup> En este punto merece la pena de nuevo remitirnos al Preámbulo del Decreto 17/2003 cuando significa que «como señalan las Sentencias del Tribunal Constitucional 178/1994 y 11/2002, el Real Decreto-Ley 8/1994 regula la forma y requisitos por los que ha de regirse la Administración competente —estatal o autonómica— a la hora de ejecutar las medidas referidas a las Cámaras. A tal respecto, teniendo en cuenta que la Comunidad de Madrid, mediante la aprobación del presente Decreto, se limita a ejecutar dichas medidas previstas por el Real Decreto 2308/1994, de 2 de diciembre».

*C) Los procesos judiciales encomendados a la Cámara por sus asociados*

*La Disposición Adicional Única del Decreto señala que la Comunidad de Madrid podrá, en su caso, arbitrar fórmulas de colaboración respecto de los procesos judiciales encomendados a la Cámara por sus asociados que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de esta disposición reglamentaria. Se trata, pues, de una previsión en favor de los órganos de la Comunidad de Madrid que, a nuestro juicio, parece tener la finalidad de permitir a la Administración madrileña optar por aquellas fórmulas o instrumentos que en cada caso considere más adecuados para que no se produzca un quebranto de los intereses de los asociados de la Cámara. En efecto, pese a que con la extinción de la personalidad jurídica de la Cámara de la Propiedad Urbana, derivada de su liquidación, la Comunidad de Madrid no tendría obligación alguna para con los asociados de tal entidad corporativa, la previsión contenida en la Disposición Adicional Única es un claro ejemplo del interés de la Comunidad de Madrid por sus ciudadanos, en general, y por los asociados de la Cámara, en particular, que se concreta en las fórmulas de colaboración a que se refiere la Disposición ahora disecada. Así, por ejemplo, la Comunidad podrá formalizar convenios de colaboración administrativa con Colegios Profesionales o suscribir contratos de asistencia, que permitan continuar la tramitación de los pleitos mencionados.*

**IV. CONCLUSIÓN**

Con acierto indica el Preámbulo del Decreto 17/2003 que la Sentencia 11/2002, de 17 de enero, del Tribunal Constitucional despeja las incógnitas jurídicas existentes hasta la fecha en materia de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana, quedando expedito el camino para adoptar una decisión definitiva sobre la Cámara de la Propiedad Urbana de Madrid con plenas garantías de seguridad jurídica. La decisión adoptada por la Comunidad de Madrid parece la más correcta de las posibles. Y ésta no es una afirmación gratuita, sino basada en los pronunciamientos del propio Tribunal Constitucional, en su STC 113/1994, de 14 de abril, remitiéndonos de nuevo aquí a lo ya señalado en este estudio con ocasión de la prohibición de la exclusividad y salvaguarda de los derechos de asociación y sindicación: el encauzamiento a través de la figura de una Corporación de Derecho público de un interés social tan difuso hoy día, a diferencia de lo que era el caso en este país en la primera mitad de siglo, como lo es el de los pro-

pietarios de fincas urbanas, hace que esta opción deba ser vista como expresiva de una generalización de un modelo que sólo en cuanto puntual y particular puede ser considerado compatible con la Constitución. En definitiva, que las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana son unas entidades obsoletas cuya razón de ser no encaja en el moderno Estado Social Democrático de Derecho, que ha de actuar sólo en aquellos ámbitos donde el libre mercado no alcanza y en materia de propiedad urbana el mercado, por sí mismo, ofrece suficientes instrumentos al alcance de los ciudadanos como para que la Administración no tenga que actuar.

## PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, MEDIDAS CAUTELARES Y PUBLICIDAD REGISTRAL: LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO<sup>1</sup>

POR

JOSÉ ANTONIO DOMÍNGUEZ LUIS

DOCTOR EN DERECHO  
LETRADO DEL TRIBUNAL SUPREMO  
PROFESOR ASOCIADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO  
DE LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

**SUMARIO:** I. LA PUBLICIDAD REGISTRAL Y EL URBANISMO. II. EL ASIENTO DE ANOTACIÓN PREVENTIVA: CARACTERES GENERALES. III. LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. A) Su formulación positiva en la legislación urbanística y en la jurisprudencia. B) La anotación preventiva de interposición del recurso contencioso-administrativo como medida cautelar. C) La anotación preventiva de interposición del recurso contencioso-administrativo como anotación preventiva publicitaria. D) Régimen jurídico. i) Legitimación activa. ii) Legitimación pasiva: participación del titular registral en el proceso cautelar. iii) Momento de la solicitud. iv) Objeto del recurso: la determinación de las fincas. v) Tramitación. vi) Contracautelas: la prestación de caución. vii) Órgano jurisdiccional competente y título para la anotación. viii) Efectos de la anotación preventiva.

### I. LA PUBLICIDAD REGISTRAL Y EL URBANISMO

El Registro de la Propiedad se nos ofrece hoy como el instrumento jurídico por excelencia de la publicidad sustantiva material de los derechos reales inscritos<sup>2</sup>, y ello en la medida en que los asientos registrales encierran la denominada «verdad legal u oficial», es decir, aquella que permite disponer de una referencia precisa en orden a evitar precisamente la contienda entre intereses contrapuestos, acen-

<sup>1</sup> El presente trabajo constituye la versión, revisada y ampliada, del texto de la Comunicación presentada en el XII Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en Marrakech, del 2 al 6 de noviembre de 1998, organizado por el Centro Internacional de Derecho Registral (CINDER).

<sup>2</sup> El Registro de la Propiedad, en definición de MESA MARTÍN, «es el órgano autoritario de la publicidad autenticadora de las situaciones jurídicas reales» («El Registro de la Propiedad, significado y función», volumen de Ponencias presentadas al IV Congreso Internacional de Derecho Registral, CNRPME-CER, Madrid, 1981, pág. 160).

tuando de esta manera la finalidad cautelar o preventiva que el Registro está llamado a cumplir; publicidad registral que se presenta entonces como aspecto contenido en el concepto más amplio de seguridad jurídica<sup>3</sup>. Además de ser la institución pública que despliega una importante función práctica, colaboradora y coadyuvante a una mejor implementación de las políticas públicas, entre ellas la ordenación del territorio y urbanismo, publicitando y legitimando relaciones jurídicas completas y perfectas sobre bienes inmuebles, con plenos efectos jurídicos de seguridad en el tráfico<sup>4</sup>.

En este punto, preciso es resaltar la vertiente protectora del Registro de la Propiedad articulada a través del principio de publicidad material, es decir, la publicidad registral respecto de los derechos inscritos que se proyecta a su vez en dos principios: el principio de legitimación y el principio de fe pública registral.

El principio de legitimación —que se encuentra formulado en la Ley Hipotecaria en un doble plano: sustantivo, con una plasmación positiva (art. 98) y otra negativa (art. 97) y procesal (art. 1.3)— constituye la presunción *iuris tantum*<sup>5</sup> derivada de la inscripción del título de adquisición, modificación o transmisión de los derechos sobre inmuebles en virtud de la cual los derechos inscritos existen, con la extensión y contenido que publica el asiento y, además, que pertenecen a quien aparezcan como titular de los mismos (art. 38)<sup>6</sup>. Implica una presunción doble, por consiguiente: de una parte, una presunción objetiva referente a la existencia misma o vigencia del derecho inscrito (el derecho inscrito existe); y de otra parte, una presunción subjetiva relativa a la pertenencia del derecho inscrito a su titular registral.

Por su parte, el principio de fe pública registral (art. 34 LH) juega en las situaciones patológicas<sup>7</sup> derivadas de supuestos de inexactitud del Registro y de adquisiciones *a non domino* y se complementa con la presunción de buena fe del tercero, en la medida en que dicho principio establece, como norma esencial, que a quien adquiere de titular inscrito y en determinadas condiciones —onerosidad, buena fe, ausencia de inscripción de causas de resolución o rescisión, o sea, el

<sup>3</sup> Vid. sobre el tema MEZQUITA DEL CACHO, J. L. «Seguridad jurídica y sistema cautelar», Ed. Bosch, Barcelona, 1989, vol. I, págs. 54 y ss. y 251 y ss.

<sup>4</sup> Vid. DOMÍNGUEZ LUIS, J. A. «Registro de la Propiedad y Administración Pública», Edit. Comares, Granada, 1995, págs. 325 a 333.

<sup>5</sup> En consecuencia, admite prueba en contrario, pues de otra forma equivaldría a dar fuerza de cosa juzgada a los asientos registrales, efecto este en modo alguno perseguido por el legislador como se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria.

<sup>6</sup> ARNAIZ EGUREN, R. «Registro de la Propiedad y Urbanismos», Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 26.

<sup>7</sup> GARCÍA GARCÍA, J.M. «Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario», Civitas, Madrid, 1988, vol. I, pág. 543.

denominado tercero hipotecario, siempre que inscriba—, se le mantiene en su adquisición, aunque se resuelva, con posterioridad a su inscripción, el derecho de su otorgante<sup>8</sup>.

Estos efectos protectores del Registro de la Propiedad, en su doble manifestación de legitimación y fe pública, constituye lo que desde la perspectiva hipotecarista clásica se conoce como publicidad con efectos propios o publicidad eficacia; es decir, aquella resultante de la inscripción de situaciones jurídicas que suponen una mutación real propiamente dicha: es, sin duda, el tipo de publicidad que tradicionalmente viene caracterizando a la institución registral<sup>9</sup>.

Por ello, la publicidad registral consigue tanto la seguridad estática del derecho subjetivo como la seguridad dinámica del tráfico jurídico inmobiliario, constitutivas ambas de la dimensión seguridad jurídica<sup>10</sup> que se erige en principio esencial del ordenamiento jurídico y de cuya efectiva realización son responsables últimos los poderes públicos, quienes han de instrumentalizar los medios que la posibiliten, en nuestro caso a través de la institución registral, la cual está pensada fundamentalmente para dotar de certeza y firmeza a la circulación o tráfico de la riqueza y, más precisamente, para la dinámica de ésta, antes que para la defensa estática del derecho subjetivo en rigurosa aplicación del principio *suum quique tribuere* en que se resume la más clásica noción de la Justicia, así conmutativa como distri-

<sup>8</sup> ARNAIZ EGUREN, R. *op. cit.*, pág. 27.

<sup>9</sup> Para un sector de la doctrina hipotecarista representa el eje primordial de la esencial distinción entre la institución de los «Registros jurídicos» y los «Registros administrativos» (Vid. al respecto CHICO Y ORTIZ, «La publicidad efecto y la publicidad noticia», BCRP-ME, núm. 309, 1994), distinción ésta que, por lo demás, es criticada por otro sector de la doctrina hipotecarista al calificarla de «ambigua y equívoca», pues se arguye en este sentido que todos los Registros son administrativos, al establecerse y dirigirse por la Administración —y el Registro de la Propiedad no es una excepción— y todos son jurídicos, al estar regulados por normas positivas (Vid. PAU PEDRON, A. «Curso de práctica registral», ICAI, Madrid, 1986, pág. 21). Concretamente, esta segunda línea doctrinal prefiere distinguir entre «Registros de seguridad jurídica» (Registro de la Propiedad) y «Registros de información administrativa», atendiendo a criterios de esencia y finalidad de los mismos: desde la primera perspectiva, los Registros de seguridad jurídica —se dice— son necesaria y esencialmente públicos, mientras que los Registros de información administrativa son sustancialmente condensadores de información (meros archivos de datos) «que han de facilitar la actuación administrativa y no sirven tanto para la actividad de los particulares». Desde el punto de vista teleológico, los primeros tienen por finalidad dotar a las relaciones jurídicas entre particulares de seguridad, mientras que los segundos se dirigen a revestir a la conducta de la Administración de objetividad y eficacia.

<sup>10</sup> Por tanto, la pretendida contraposición entre seguridad del tráfico y seguridad del derecho, en cuanto, se afirma, exponente la primera de la publicidad registral mientras que la segunda sería la antítesis de esta última: no es de recibo porque, en primer lugar, de existir algún género de antítesis sería la derivada de relacionar la seguridad del derecho subjetivo apoyado en la publicidad registral frente al derecho subjetivo basado exclusivamente en la clandestinidad. Pero es que, además, la publicidad registral «no sólo contempla al derecho en movimiento, en circulación, sino que lo contempla en reposo, integrado en la calma del asiento registral» (GARCÍA GARCÍA, «Derecho Inmobiliario...», *op. cit.*, t. I, pág. 48).

butiva. Y es que, en rigor, el Registro de la Propiedad reporta un valor social que se exterioriza en seguridad jurídica, individual y colectiva, pues aquél no solamente afianza el derecho individual, cuanto, obviamente, el interés comunitario<sup>11</sup>. Porque, jurídicamente, la seguridad que interesa es una seguridad de carácter social, no tanto individual, pues aquélla se erige en uno de los fines principales del propio Derecho.

Hemos tenido ocasión de señalar<sup>12</sup> que frente a la concepción angosta del Registro de la Propiedad como medio de escueta protección ligada a una postura liberal que proclama el dominio como derecho sagrado e inviolable, la realidad actual nos presenta la imagen de una propiedad sometida a limitaciones conducentes a ordenar el territorio con vistas a su desarrollo comunitario, donde la institución registral aparece como el instrumento público que ofrece amplias posibilidades para orientar una buena política de ordenación territorial, constituyendo un medio indispensable para el mantenimiento y conservación de los planes a realizar y de las mejoras estructurales que se obtengan<sup>13</sup>, pues ciertamente la utilización del Registro de la Propiedad constituye el instrumento idóneo para la promoción, realización y conservación de la seguridad jurídica inmobiliaria<sup>14</sup> y, por ende, un medio preferente de control y publicidad de las situaciones resultantes de la actuación urbanística. No en vano se ha dicho que el urbanismo, como actividad jurídica inmobiliaria, tiene su garantía natural en la publicidad registral<sup>15</sup>.

Con acierto se expresaba ya hace algunos años ARNÁIZ EGUEREN<sup>16</sup> al referirse al urbanismo como una de las más típicas manifestaciones de la contemplación unitaria del Derecho bajo el prisma de los dos grandes principios de personalidad y comunidad, pues siendo el primero esencial para que la persona realice sus fines básicos, lo que presupone su inserción en la organización comunitaria, el segun-

<sup>11</sup> ORBE, H. F. «La publicidad registral base de la seguridad jurídica del tráfico de bienes inmuebles (El Registro de la Propiedad como garante de dicha seguridad)», IX Congreso Internacional de Derecho Registral, CRPNE-CER, Madrid, 1993, tomo II, págs. 1239 y ss.

<sup>12</sup> DOMÍNGUEZ LUIS, J. A. «Registro de la Propiedad y Administración Pública», *op. cit.*, págs. 233 y ss., especialmente págs. 282 y ss.

<sup>13</sup> CORRAL DUENAS, F. «La ordenación del territorio y el Registro de la Propiedad», RCDI, núm. 528, 1978, págs. 927 y ss., espec. págs. 929-930.

<sup>14</sup> LOPEZ MEDEL, J. «Filosofía de la institución registral y cambio social», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, t. II, pág. 1693.

<sup>15</sup> MANZANO SOLANO, A. «Algunos aspectos registrales del proceso urbanizador», en el libro «Homenaje a José María Chico y Ortiz», CRPME-M. Pons, Madrid, 1995, págs. 1023.

<sup>16</sup> «La planificación urbanística y el Registro de la Propiedad», Ponencias presentadas al IV Congreso Internacional de Derecho Registral, CNRPME-CEH, Madrid, 1981, pág. 620.

do, por su parte, se constituye en la base instrumental de protección de la comunidad jurídica que haga respetar y proteja la persona y sus derechos fundamentales. De suerte que, como observaba el autor, desde la publicación de la primera Ley del Suelo en 1956 hasta nuestros días la relación Urbanismo-Registro de la Propiedad ha sido cada vez más estrecha, hasta el punto de que en la actualidad este último constituye una pieza esencial del sistema jurídico que regula y garantiza los derechos de la Administración y de los particulares en los procesos de transformación del suelo, consiguiendo de esta manera la publicidad inmobiliaria centrada en la ordenación del territorio<sup>17</sup>.

En efecto, el Registro de la Propiedad es, hoy más que nunca, una institución que coadyuva eficazmente a la realización de los fines del Estado<sup>18</sup>. Si en su origen destacaba su configuración esencialmente civilista, referida casi en exclusiva a regular las relaciones de Derecho privado sobre bienes, propia por lo demás de la concepción liberal e individualista del derecho de propiedad del momento en que aparece esta institución, es evidente que en el contexto del nuevo modelo de Estado que, lejos de mantenerse impasible ante la realidad social que le sirve de sustrato existencial, se compromete efectivamente en una tarea de conformación social, esta institución adquiere nuevos perfiles, paralelamente a la sustancial mutación del derecho de propiedad que se constituye ahora en elemento fundamental en la tarea socializadora de los poderes públicos en el marco general de la ordenación del territorio<sup>19</sup>. Curiosamente, ya el propio MORELL Y TERRY<sup>20</sup> auguraba que el Registro de la Propiedad no sería una institución al servicio exclusivo de los intereses privados y del Derecho civil, sino que cooperaría a la función del Estado en la realización de los fines sociales<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> CORRAL GILÓN, J. M. «La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas», CRPME-CER, Madrid, 1996, pág. 7.

<sup>18</sup> Un esquema ilustrativo de los fines que persigue la institución registral en DOMÍNGUEZ LUIS: «Registro de la Propiedad...», *op. cit.*, págs. 325 y ss.

<sup>19</sup> Sobre la propiedad como categoría social puede verse DOMÍNGUEZ LUIS: «Registro de la Propiedad...», *op. cit.*, págs. 252 y ss.

<sup>20</sup> *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Ed. Reus, Madrid, 1925, I, págs. 77 y 78. En concreto, el autor anunciaba entonces que el Registro «será un medio por el cual el Estado pueda investirse de mayores atribuciones para expropiar, comprar e intervenir en la transferencia de la propiedad y de las cargas que la afectan. Podrá utilizarse como instrumento que favorezca una adecuada parcelación de las tierras y ponga obstáculos al latifundio absorbente y al minifundio esterilizador. Servirá para la reintegración de la tierra al agricultor a través de los arrendamientos, la enfiteusis y la redención de cargas. Coadyuvará eficazmente a una fértil política colonizadora, mediante el reparto y cesión de tierras. Dará elementos a la asociación como medio de que el agricultor goce de la plenitud del crédito y alcance el máximo bienestar rural y, en fin, tenderá a fomentar los cotos sociales de previsión y los patrimonios familiares e institución del «homestead». Y concluye el autor afirmando que el Registro «puede ser considerado como una poderosa palanca del mejoramiento social».

<sup>21</sup> Precisamente, a la relevancia del interés comunitario como proyección de la institución registral se ha referido LOPEZ MEDEL, afirmando a este respecto que el destinatario

Precisamente, como resultado de esa aspiración permanente de realizar una adecuada coordinación entre el Registro de la Propiedad y la acción administrativa urbanística, surge el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueba las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, en cuyo Preámbulo podemos leer lo siguiente: «Desde la Ley del Suelo y de Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 ha sido una aspiración permanente realizar una adecuada coordinación entre el Registro de la Propiedad y la acción administrativa urbanística que, no obstante, hasta la fecha, nunca había sido abordada de una forma global a pesar de los reiterados llamamientos legislativos sobre este punto. A través de la disposición adicional décima de la Ley 8/1990, de 25 de julio (arts. 307 a 310 del Texto Refundido de 26 de junio de 1992), se ha regulado el tema mediante unas breves pero imprescindibles normas susceptibles de un desarrollo reglamentario posterior más detallado, como en el propio texto legal se reconoce (...) La acción urbanística y el Registro de la Propiedad se desenvuelven en esferas distintas, pues, la primera no es materia propiamente registral y las mutaciones jurídico-reales, cuando se reflejan en el Registro de la Propiedad, se plasman con arreglo a sus normas propias e independientemente de las urbanísticas. No obstante, si la acción urbanística en sí misma provoca una alteración en las titularidades inmobiliarias surge un punto de contacto de necesaria coordinación. A la vez, es conveniente que los poderes públicos se sirvan de una institución que, aunque se desenvuelve en el campo privado, puede ser una eficaz colaboradora a la actuación urbanística. Desde esta doble vertiente se ha realizado el desarrollo reglamentario de los preceptos legales, puesto que, por un lado, se ha dado entrada a una gran información urbanística que en otro tiempo quedaba fuera de los libros registrales, pero sin desvirtuar el contenido y los efectos que son sustanciales al Registro de la Propiedad y, por otro, se ha desarrollado el mandato legal buscando soluciones que sin debilitar la acción

del Registro no es ni el funcionario que lo lleva, ni el particular que acude a él para sentirse más seguro, ni el que quiere conocer la fortuna del deudor para mejor aprovechar su crédito: el verdadero destinatario de la institución registral es la sociedad entera, la cual debe conocer la situación jurídica de sus miembros con fines de seguridad, de bienestar y de orden, objetivos éstos que, por lo demás, han de presidir la total actuación de los poderes públicos pues en éstos se reside la responsabilidad de la completa y correcta realización de aquéllos en cuanto funciones esenciales del Estado que aparecen indisolublemente unidas a la noción y al concepto de Estado y, por tanto, requieren una gestión conforme al Derecho público. Con ello, lejos de desnaturalizarse, el Registro se adecua al presente jurídico-socio-económico, aumentando en contenidos y reforzando su papel institucional («Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público», CNRPME-CEH, Madrid, 1985, pág. 127).

pública sean, no obstante, respetuosas y coherentes con la normativa registral».

## II. EL ASIENTO DE ANOTACIÓN PREVENTIVA: CARACTERES GENERALES

Las notas características de esta clase de asiento son su provisionalidad<sup>22</sup>—transitoriedad o temporalidad— y su finalidad garantista. Por la primera, la anotación preventiva se presenta como un asiento cuyo destino primordial es, o convertirse en asiento definitivo, o caducar<sup>23</sup>; mientras que tiene un significado de garantía registral para derechos en formación, situaciones o expectativas dignas de ser tenidas en cuenta que, por razones diversas, no pueden optar a la inscripción definitiva<sup>24</sup>.

Diferencia DE CASSO<sup>25</sup> las anotaciones preventivas de las ins-

<sup>22</sup> No obstante, DIEZ-PICAZO critica la consideración de la anotación preventiva como asiento «provisional» pues, afirma, es un asiento «en sí mismo, definitivo. Tiene una vigencia, un plazo de duración limitado. Ésta es su más importante característica» (*Fundamentos del Derecho Civil Peninsular*, Civitas, Madrid, 1995, III, pág. 490).

<sup>23</sup> DURÁN CORSANEGO examina las posturas doctrinales y jurisprudenciales así como la evolución legislativa experimentada en relación a la nota de provisionalidad o interinidad de la anotación preventiva, sobre la base del comentario negativo a la Resolución de la DGRN de 25 de mayo de 1990 por la que se asimilan las anotaciones administrativas a las judiciales en cuanto a su duración temporal y a la prórroga «indefinida» de las mismas de acuerdo con un criterio «analógico», o como gustan expresarse algunos tratadistas, de «afinidad o igualdad jurídica esencial», de «semejanza en lo esencial», de «identidad de razón», etc. En este sentido, una de las conclusiones que expone el autor dice que la referida Resolución de la DGRN de 25 de mayo de 1990 «no sólo se basó en la reforma anterior, dando por buena la derogación del principio general de caducidad de las anotaciones preventivas, cualquiera que sea su clase, que venía rigiendo desde 1945, sino que extendió a las anotaciones preventivas de origen administrativo aquella excepción a una norma general, fundándose en una inexistente analogía, e incidiendo asimismo en ignorar la jerarquía de las normas (se refiere a la reforma reglamentaria de 17 de marzo de 1959 que introdujo un párrafo segundo al artículo 199 del RH sustrayendo las anotaciones preventivas ordenadas por la Autoridad judicial del principio general de caducidad, después de vencida la prórroga en su caso acordada, establecido en el artículo 86 de la LH), y adoptando una solución extraordinariamente inoportuna, dada la creciente intervención administrativa en la esfera de los derechos privados» (DURÁN CORSANEGO, E. «Anotaciones preventivas administrativas. Su duración. Su caducidad», en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en Homenaje del Profesor Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 1073).

<sup>24</sup> Subraya DURÁN CORSANEGO que «una de las innovaciones introducidas por la Ley de 1861 consistió en la regulación de las antiguas 'hipotecas judiciales' que, en lo sucesivo, pasaban a denominarse 'anotaciones preventivas'. Con este cambio de denominación, y así lo justificaba la Exposición de Motivos de la Ley, se quería «indicar aquellas prohibiciones de enajenar cuyo objeto es que en su día la sentencia tenga ejecución cumplida» (op. cit., t. I, pág. 1052). Por su parte, LACRUZ y SANCHO consideran que más característico que la provisionalidad del derecho es la transitoriedad del propio asiento, «correspondiente a cierto estado de pendencia, sea del derecho que forma su contenido, sea de la fase de desarrollo en que se encuentra, sea de su situación en relación al Registro» (*Derecho inmobiliario Registral*, Marcial Pons, Madrid, 1984, pág. 215).

<sup>25</sup> DE CASSO, I. «Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad», Instituto de Derecho Civil, Madrid, 1951, pág. 513.

cripciones propiamente dichas por dos notas principales: i) ser asientos provisionales, que garantizan un derecho eventual, no nacido, no consolidado o no ejercible aún; en cambio, las inscripciones son definitivas o de derechos existentes o ciertos; y ii) ser su eficacia transitoria o supeditada a que el derecho anotado se consolide —en cuyo caso se convierten en inscripciones— o a que no llegue a constituirse o se extinga, desapareciendo entonces; por el contrario, el efecto de la inscripción es permanente, mientras subsista y no se extinga el derecho inscrito.

A partir de estas consideraciones previas puede ofrecerse, aunque no ocultando ciertas prevenciones al respecto<sup>26</sup>, una definición genérica de anotación preventiva entendiendo por tal «un asiento transitorio que tiene por objeto advertir de una causa de posible modificación de un derecho inscrito», transitoriedad que se traduce en hacer «tránsito a un asiento distinto (inscripción o cancelación), y esto esencialmente y dentro de un plazo determinado»<sup>27</sup>.

El fundamento de este tipo de asiento, se ha dicho, reside en la necesidad de preservar la eficacia del principio de presunción de exactitud registral, contando para ello con un mecanismo registral —el asiento de vigencia temporalmente limitada— que «enerve la eficacia de la fe pública en favor de titulares de situaciones jurídicas que, pudiendo ser afectados por ella, no son inscribibles»<sup>28</sup>.

Ahora bien, como señala PAU PEDRÓN<sup>29</sup>, caracterizada la anotación preventiva por su provisionalidad será siempre, no obstante, el

<sup>26</sup> Ha señalado FECED que se hace difícil precisar un concepto unitario de la anotación preventiva por cuanto en nuestra legislación esta clase de asientos se refiere a supuestos muy diversos y a situaciones jurídicas carentes de homogeneidad, al punto que la propia Ley Hipotecaria no ofrece una definición de anotación preventiva, limitándose el artículo 42 a enumerar las personas o titulares que pueden solicitar la práctica de este asiento, observándose las notables diferencias que separan unos derechos anotables de otros (FECED GRESA, R. «La anotación preventiva de demandas», en el *Curso de Conferencias 1947*, Ilustre Colegio Notarial de Valencia, Imprenta Diana, págs. 8-9).

<sup>27</sup> CANO TELLO, *Manual de Derecho hipotecario*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 227. Precisa el autor que esta clase de asiento «tiene por objeto advertir de la existencia de una posible causa de modificación de un derecho inscrito como una sentencia declarativa de una titularidad distinta de la registral (anotación preventiva de demanda de propiedad), o una ejecución sobre los bienes inscritos (anotación preventiva de embargo), o la consolidación de un derecho en vías de formación sobre los bienes inscritos en favor del titular (anotación de derecho hereditario o de legado)».

<sup>28</sup> CANO TELLO, *idem*, pág. 228. Explica cómo de acuerdo con el artículo 34 de la LH —adquisición a título oneroso por tercero de buena fe— éste adquiere la cosa únicamente con las cargas y gravámenes que figuran en el Registro, pues las cargas no inscritas no perjudican a tercero, sin que se den contra él las acciones rescisorias, revocatorias o resolutorias, salvo, en principio, cuando su causa conste explícitamente en el Registro. Por su parte, de acuerdo con el artículo 37, las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no son oponibles a tercero sal que «deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro».

<sup>29</sup> PAU PEDRÓN, A: «Curso de práctica registral», *op. cit.*, pág. 40.

«criterio del legislador» el que determine el tipo de asiento a través del cual accedan los derechos al Registro. Depende de aquél el que la publicidad registral se refleje por medio de una inscripción o de una anotación y no tanto de una «necesidad lógica».

El artículo 42 de la LH establece la enumeración de aquellas personas que pueden solicitar anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro puede establecerse si bien el esquema clasificatorio que del mismo resulta no tiene carácter cerrado en virtud de lo dispuesto en el apartado 10 de dicho precepto que se remite sobre esta materia a lo dispuesto en la propia LH o en otra Ley. Así, por lo que ahora nos interesa, lo dispuesto a este respecto en la legislación urbanística. Y sin duda que de los tipos que enumera el artículo 42 de la LH es, en relación con el tema que nos ocupa, la anotación preventiva de demanda la que más interesa y, en este sentido, ARNAIZ EGU-REN<sup>30</sup> recoge una definición de esta clase de anotación preventiva concibiéndolo como «el asiento registral de vigencia limitada temporalmente que publica la pendencia de un proceso».

### III. LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

#### A) Su formulación positiva en la legislación urbanística y en la jurisprudencia

Destacar, en primer lugar, que la práctica judicial no ha hecho uso de la anotación de demanda ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, hasta el punto que no es posible encontrar, sino es en fecha reciente, pronunciamientos judiciales admitiendo la posibilidad de la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo, precisamente hasta que dicha posibilidad ha sido positivizada en la legislación urbanística.

Se ha dicho que esta inusual práctica en modo alguno podría encontrar apoyo legal en el número 1 de artículo 42 de la LH, razonando a este respecto que dicho precepto se refiere al proceso civil y no al contencioso-administrativo. Aferrarse a esta explicación, aun cuando anclada en un precepto legal, supone olvidar el carácter dinámico, que no estático, del ordenamiento jurídico y, sobre todo, ignorar los principios hermenéuticos que se recogen en el artículo 3.1 del Código Civil. Amén de que era imposible que en la fecha en que se redacta el mentado precepto registral pudiera preverse su aplicación

<sup>30</sup> «Registro de la Propiedad...», *op. cit.*, págs. 587-588.

en el proceso contencioso-administrativo, por la sencilla razón de que la regulación de la Jurisdicción contencioso-administrativa en nuestro país tal como la entendemos ha de esperar a su Ley reguladora de 27 de diciembre de 1956 (LRJCA).

Lo cierto es que la interpretación literal y finalista del artículo 42 de la LH —considerado como *numerus clausus*— ha sido determinante. Y ello pese a que el apartado 10 de este precepto deja abierta la espita para que la enumeración allí establecida se incremente con nuevos supuestos establecidos en la propia LH o «en otra Ley»<sup>31</sup>. Aparte de que el artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —aplicable supletoriamente según la Disposición adicional sexta de la LRJCA— permitía al Juez (por tanto, también al contencioso-administrativo) adoptar «las medidas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere».

Pero es que además, como observa LASO<sup>32</sup>, no hay inconveniente alguno en extender sus efectos siempre que la pretensión que se ejercita sea conforme con la estructura institucional de la anotación. En este sentido, de acuerdo con el indicado artículo 42, los requisitos que para este autor habrían de cumplir con carácter general las acciones contencioso-administrativas para ser objeto de anotación serían las siguientes:

- 1.º que se refieran o se proyecten sobre bienes concretos y determinados;
- 2.º que procedan de un derecho susceptible de trascendencia real sobre el bien concreto respecto del que se pide la anotación;
- 3.º caben, no obstante, las demandas anotables por concurrencia de una acción real o personal de trascendencia eventualmente real: v. gr. la impugnación de la indebida delimitación de una unidad de actuación por el titular de una zona verde de cesión gratuita excluido del ámbito de la misma contiguo a la zona verde<sup>33</sup>;

<sup>31</sup> Así, se contemplaban supuestos de anotación preventiva en el art. 11.2 de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957; el art. 194 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, de 12 de enero de 1973; el art. 12.4 de la Ley de Costas de 28 de julio de 1988 y arts. 23 y 29.2 de su Reglamento de 1 de diciembre de 1989 o el art. 309.2 del TRLS de 1992, como de inmediato se verá.

<sup>32</sup> Se refiere el autor al artículo 42.1 de la LH y señala que «cuando la Ley habla de 'demandar en juicio' la propiedad de los bienes inmuebles o la alteración de derechos reales, aunque piense en el modelo característico del juicio civil, único imaginable en la época de su redacción originaria o así lo desarrolle en el Reglamento, no excluye la utilización de cualquier otro proceso seguido con la misma finalidad, aun cuando este proceso, por ser materia de orden público, no sea el civil, esto es, sea el contencioso-administrativo» («Cautelas registrales para el proceso contencioso-administrativo», REDA, n.º 77, 1993, pág. 80).

<sup>33</sup> En este caso, si se impugna el acto de delimitación puede ser solicitada la anotación de la demanda sobre las fincas que integran la misma toda vez que, de consumarse la edi-

- 4.º que la acción que se ejercite sea de la competencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Decíamos, no obstante, que había que esperar a la Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, para encontrar la primera regulación específica de los actos administrativos en materia de urbanismo inscribibles en el Registro de la Propiedad<sup>34</sup>, concretamente en el apartado Primero de la Disposición Adicional Décima, que se incorporará posteriormente al Real Decreto Legislativo 1/92, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana como artículo 307<sup>35</sup>.

De conformidad con el número 2 del artículo 309 del TRLS de 1992 «se harán constar mediante anotación preventiva los actos de los números 3 y 6 del artículo 307», esto es, «la incoación de expediente sobre disciplina urbanística o de aquellos que tengan por objeto el apremio administrativo para garantizar el cumplimiento de sanciones impuestas» y «la interposición del recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de planeamiento, de ejecución del mismo o de licencias»<sup>36</sup>. Como se ha dicho, la anotación

de ellas, quedaría excluida la zona verde del área de reparto, eliminándose la justa distribución de los beneficios y cargas del planeamiento.

<sup>34</sup> Hasta este momento, las anteriores redacciones de la Ley del Suelo —nos dice CORRAL GIJÓN— «sólo contenían normas dispersas en las cuales se hablaba, a veces con notoria impropiedad, de 'anotar', 'tomar razón', 'hacer constar en el Registro' y otras expresiones por el estilo» («La publicidad registral...», *op. cit.*, pág. 167).

<sup>35</sup> No afectado, junto con los artículos 308, 309 y 310 relativos al Registro de la Propiedad, por la declaración de inconstitucionalidad de la STC 61/1997, de 20 de marzo, como tampoco por la Disposición derogatoria única de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones, que expresamente mantiene su vigencia. Su tenor es el siguiente: «Serán inscribibles en el Registro de la Propiedad: 1. Los actos firmes de aprobación de los expedientes de ejecución del planeamiento en cuanto supongan la modificación de las fincas registrales afectadas por el Plan, la atribución del dominio o de otros derechos reales sobre las mismas o el establecimiento de garantías reales de la obligación de ejecución o de conservación de la urbanización. 2. Las cesiones de terrenos con carácter obligatorio en los casos previstos por las Leyes o como consecuencia de transferencias de aprovechamiento urbanístico. 3. La incoación de expediente sobre disciplina urbanística o de aquellos que tengan por objeto el apremio administrativo para garantizar el cumplimiento de sanciones impuestas. 4. Las condiciones especiales de concesión de licencias, en los términos previstos por las leyes. 5. Los actos de transferencia y gravamen del aprovechamiento urbanístico. 6. La interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de planeamiento, de ejecución del mismo o de licencias. 7. Las sentencias firmes en que se declare la anulación a que se refiere el número anterior, cuando se concreten a fincas determinadas y haya participado su titular en el procedimiento. 8. Cualquier otro acto administrativo que, en desarrollo del planeamiento o de sus instrumentos de ejecución modifique, desde luego o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas o la descripción de éstas».

<sup>36</sup> No oculta LASO su disconformidad con la redacción del artículo 307.6 TRLS al afirmar que «su lectura provoca inevitables dudas en orden a su aplicación, que deberán ser resueltas en el desarrollo reglamentario y a través de la elaboración jurisprudencial que sin

constituye un asiento que tiene un «objeto variable», en un primer momento identificado con la pura acción real y después ampliado hasta comprender el objeto a que se refieren, precisamente, los números 3 y 6 del artículo 307 citado<sup>37</sup>.

Comentando LASO MARTÍNEZ<sup>38</sup> este precepto, según la redacción originariamente recogida en la Ley 8/90, extrae las siguientes conclusiones:

- a) que la Ley crea una nueva anotación de carácter puramente administrativo, semejante a la contenida ya en los arts. 27 y 28 del Reglamento Hipotecario aunque para objetivos ciertamente diferentes pero en todo caso de carácter meramente declarativo y no necesitados de auxilio judicial;
- b) que acoge también expresamente una hipótesis nunca discutida cual es la de la utilización de la anotación para garantizar el cumplimiento de las sanciones impuestas, lo que hace entender que el precepto se está refiriendo a las anotaciones de embargo para garantizar obligaciones dinerarias, de uso generalizado y tradicional por las Administraciones Públicas;
- c) finalmente, se recoge la auténtica anotación judicial de demanda trasladada al contencioso administrativo<sup>39</sup>.

La nueva regulación urbanística va a producir, como se ha adelantado, un cambio radical en nuestra jurisprudencia, en un primer momento reacia a admitir la posibilidad de la anotación preventiva de la interposición del recurso contencioso-administrativo con base en lo dispuesto en el artículo 42.10 de la LH. Buena muestra de esta superada tendencia es el caso del **Auto de 23 de mayo de 1989**, del Tribunal Supremo, que rechaza la pretensión de anotación preventiva en el Registro de la Propiedad del recurso a que se referían las actuaciones. En el caso, el demandante pidió que se decretase la anotación preventiva en el Registro Inmobiliario de la interposición del presen-

duda se producirá», para añadir que «el texto no es afortunado ni en la estructura normativa que facilite su aplicación, ni en su terminología, ni, por fin, en su misma redacción sistemática, si bien el Texto Refundido ha corregido alguno de sus errores» («Cautelas registrales...», *op. cit.*, pág. 71).

<sup>37</sup> ARNAIZ EGUREN: «Registro de la Propiedad...», *op. cit.*, pág. 588.

<sup>38</sup> «Las anotaciones en materia de urbanismo de la Ley 8/90», *op. cit.*, págs. 245 y ss. Un estudio más pormenorizado de ellas, resaltando sus aspectos administrativos en «Las anotaciones preventivas de origen administrativo creadas por la Ley de 25 de julio de 1990», *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 122, 1991, págs. 297 y ss.

<sup>39</sup> Ahora bien, como precisa el propio autor, de estas tres alternativas, no resulta novedosa la anotación de embargo, de indudable aplicación en el terreno urbanístico; la verdadera novedad reside en las otras dos: las anotaciones de origen administrativo atribuidas a la Administración para hacer efectiva la disciplina urbanística y las anotaciones del proceso contencioso-administrativo.

te recurso jurisdiccional al amparo de los artículos 42 de la Ley Hipotecaria y 139 de su Reglamento, para el general conocimiento de la pendencia del recurso en el cual se pretende la anulación de la licencia municipal de construcción de un edificio de 18 viviendas bajos y sótanos, en el Paseo de la Virgen, del pueblo de Medina de Pomar (Burgos). El demandante alega que los futuros compradores de viviendas y locales comerciales deben conocer desde el primer momento la existencia de este recurso para evitarles perjuicios innecesarios en un futuro por no haber sido parte esos potenciales adquirentes en el otorgamiento de la licencia —que se reputa ilegal— objeto del recurso; y el auto recurrido señala que al amparo del n.º 10 de art. 42 de la Ley Hipotecaria en relación con el 221 de la del Suelo, es procedente el acceso al Registro de la Propiedad por vía de anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo interpuesto.

Frente a ello, declara el Tribunal Supremo que «esta Sala no puede compartir esta doctrina, pues el artículo 221 de la Ley del Suelo no faculta a los Tribunales contencioso-administrativos, en supuestos como el presente, a acordar y disponer la anotación preventiva en el Registro Hipotecario de los recursos contencioso-administrativos que se interpongan para pedir la anulación de licencias de obras, sino que lo que aquel precepto autoriza, a instancia de la Comisión Provincial de Urbanismo e incluso por la autoridad directa de las Corporaciones Locales, es la anotación o inscripción en el Registro Inmobiliario de los actos administrativos que se produjeran en el ejercicio de las funciones reguladas en la indicada Ley del Suelo según ha dicho este Tribunal en Sentencias de 27 de febrero de 1980, 7 de febrero de 1984 y 26 de abril de 1985; pero lo que aquel precepto no permite, es que el Tribunal de la Jurisdicción ordene anotaciones preventivas en el Registro de la Propiedad de tales demandas, pues el apartado 10.º del art. 42 de la Ley Hipotecaria en el que la Audiencia se funda, impone como requisito para que pueda despacharse la anotación que quien la pidiera tuviera derecho a exigirla conforme a lo dispuesto en alguna Ley; y el expresado artículo 221 de la del Suelo no faculta a los particulares a exigir a la Administración, ni a los Tribunales ni al Registro de la Propiedad la práctica de anotaciones preventivas, por lo que el Tribunal *a quo* no pudo ni debió decretarla a instancia del demandante, y tal medida debe revocarse; lo cual ya deja sin soporte la discusión de la cuantía de la fianza que había dado inmediato motivo a la apelación, pues no cabe exigir fianza alguna para decretar una anotación preventiva que no puede despacharse, ya que no cabe librar mandamientos judiciales de anotaciones preventivas cuando las mismas no vienen autorizadas expresamente por alguna Ley según conocida doctrina de la Dirección General de los Registros de la que ya son

ejemplo sus antiguas Resoluciones de 3 y 14 de diciembre de 1960» (Fundamento de Derecho Quinto).

En la misma línea se expresa el **Auto de 1 de octubre de 1991** que, en su Fundamento de Derecho Único, declara lo siguiente: «El auto apelado por la Comunidad de Propietarios del edificio "El Cambaz" de Panticosa —Huesca— deniega una petición, formulada por la misma, sobre anotación preventiva de demanda en el Registro de la Propiedad al amparo de lo previsto en el artículo 42 de la Ley Hipotecaria. La Sala de instancia denegó la petición por entender que la acción ejercitada, en cuanto pretendía la anulación de una licencia de obra, no resultaba incardinable en ninguno de los supuestos previstos en dicho precepto; y tal pronunciamiento debe ser mantenido ya que la argumentación utilizada por el apelante, mera reiteración de las aducidas en instancia, no desvirtúa el fundamento de la resolución denegatoria, consistente, en definitiva, en que el supuesto de hecho de la presente *litis* no aparece recogido en el indicado artículo y sabido es que la procedencia de la anotación preventiva en el Registro requiere la existencia de alguna de las causas establecidas en el artículo 42, sin que su omisión pueda suplirse con la genérica invocación del aseguramiento de la ejecución de la sentencia estimatoria que, en su día, pueda dictarse».

Frente a esta tendencia inicial, la Ley 8/90 y después el TRLS de 1992 propician el cambio en nuestra práctica jurisprudencial en relación a esta clase de anotación preventiva, como lo demuestra el **Auto de 15 de abril de 1993**: que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por la que se denegó la anotación en el Registro de la Propiedad de la interposición del recurso contencioso-administrativo contra acuerdo municipal aprobatorio de Plan Parcial, en cuanto en el mismo se establece que la gestión del planeamiento se realizará por sistema de expropiación, mediante tasación conjunta, que revoca la sentencia impugnada en este particular extremo y decreta tal inscripción pues, declara, «conduce a ello ineludiblemente lo dispuesto en el número 6 del apartado primero de la disposición adicional décima de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, vigente ya en el momento de la interposición de dicho recurso y hoy art. 307.6 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, sin que a lo mismo se oponga válidamente el que, como dice la resolución recurrida, la inscripción o anotación pedida no esté prevista en la legislación hipotecaria, puesto que esa disposición adicional reforma la Ley Hipotecaria con el rango sufi-

ciente, y —añade— si bien ni entonces ni ahora se han llevado a cabo las modificaciones del Reglamento Hipotecario para el desarrollo de tal disposición adicional (...), la omisión de ello no puede erigirse en obstáculo para que lo dispuesto por la Ley quede sin eficacia, pudiendo suplirse con la extensión analógica de lo dispuesto en dicho Reglamento para las anotaciones preventivas de demanda» (Fundamento de Derecho Segundo).

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en el **Auto 115/1996, de 30 de abril**<sup>40</sup> declara la procedencia de practicar la anotación preventiva de la demanda de amparo, a partir precisamente de lo dispuesto por el artículo 42 de la LH, estableciendo una doctrina que resume muy bien lo expuesto precedentemente. El Fundamento de Derecho Único de esta resolución dice esencialmente que «En nuestro sistema hipotecario los supuestos de anotación preventiva son taxativos, de suerte que sólo procede en los casos expresamente previstos en la ley. Hemos de examinar, por ello, si la anotación preventiva de la demanda que promueve un proceso constitucional de amparo puede tener encaje en alguno de los casos contemplados en la Ley, pues el art. 42.1 LH sólo prevé este peculiar asiento registral, que anuncia la pendency de un proceso cuya decisión final puede implicar la ineficacia o inoperancia jurídica de los títulos inscritos con posterioridad, en el caso de quien demanda en un proceso judicial la propiedad o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier otro derecho real sobre un bien inmueble. Al respecto ya señalamos en el ATC 81/1995 que si bien en la demanda de amparo no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades fundamentales por razón de los cuales se formula el recurso (art. 41.3 LOTC), la declaración de nulidad del acto o resolución judicial que haya impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, es uno de los pronunciamientos que puede contener la sentencia que otorgue el amparo [art. 55.1 a) LOTC]; de lo que se sigue que la sentencia recaída en un recurso de amparo puede producir los mismos efectos de anulación o destructores de eficacia jurídica sobre los títulos inscritos en el Registro de la Propiedad que las resoluciones judiciales, razón por la cual en el supuesto del art. 42.1 LH deben entenderse incluidas también las hipótesis de demandas de amparo, que si no se mencionan es simplemente porque en la época en que se redactó el precepto no existía la jurisdicción constitucional. Interpretación a la que, por otra parte, se llega, sin dificultad, atendiendo al espíritu y finalidad de la norma y a la nueva realidad social (jurídica) que resulta de la existencia del Tri-

<sup>40</sup> En el mismo sentido, AATC n.º 148/90, 181/90, 266/93, 247/94 y 164/96.

bunal Constitucional, conforme a los criterios hermenéuticos del art. 3.1 CC. De este modo, a través de la publicidad registral que garantiza la anotación preventiva, se consigue cautelarmente, frente a los actos posteriores que puedan perjudicarlos, preservar los derechos inscritos del demandante de amparo afectados por la vulneración del derecho fundamental objeto del proceso constitucional. El art. 56 LOTC faculta al Tribunal Constitucional para acordar como medida cautelar la suspensión de la ejecución del acto o resolución recurrida en amparo, con mayor razón estará permitido a este Tribunal que acuerde una medida cautelar como la anotación preventiva de la demanda de amparo que no exige ni presupone la suspensión de la efectividad de la resolución recurrida y, simplemente, anuncia registralmente frente a los terceros, la pendencia del proceso constitucional con sus eventuales consecuencias sobre los derechos inscritos».

#### B) La anotación preventiva de interposición del recurso contencioso-administrativo como medida cautelar

Las medidas cautelares constituyen, sin duda, uno de los aspectos esenciales de la «estructuración de una tutela jurisdiccional efectiva»<sup>41</sup> por cuanto «la tutela jurisdiccional no será efectiva si, al pronunciarse la sentencia, resulta difícil o prácticamente imposible la satisfacción de la pretensión»<sup>42</sup>. En esta perspectiva, la medida cautelar se erige en garantía de la efectividad del proceso<sup>43</sup> y, en este sentido, puede afirmarse que constituye un derecho comprendido en la cláusula primera del artículo 24 de la Constitución<sup>44</sup>. Y en concreto, de la sentencia que lo culmina, tratando siempre de conciliar el principio de la seguridad jurídica y el de la eficacia de la acción administrativa<sup>45</sup>.

A la tradicional medida cautelar del proceso contencioso-administrativo —la suspensión de la ejecución del acto administrativo objeto

<sup>41</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, en el Prólogo a la obra de CAMPO CABAL: «Medidas cautelares en el contencioso-administrativo», Ed. Temis, Bogotá, 1989, pág. IX.

<sup>42</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J.: «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)», Civitas, Madrid, 1998, pág. 2019.

<sup>43</sup> Acerca de la distinción entre «medidas cautelares» y «procesos cautelares» véase CAMPO CABAL, J. M.: «Medidas cautelares...», *op. cit.*, págs. 3 y ss.

<sup>44</sup> Un interesante trabajo sobre la materia en AGUADO I CUDOLÁ, V.: «La reciente evolución de la tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo», en *La protección jurídica del ciudadano. Libro homenaje al Profesor D. Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, II, págs. 1675 y ss., con abundante cita bibliográfica y jurisprudencial, centrado especialmente en la cautela de suspensión de la ejecución del acto administrativo, verdadera protagonista de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo.

<sup>45</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, II, pág. 2020.

de impugnación jurisdiccional<sup>46</sup>— se unió, pues, la posibilidad de esta clase de anotación preventiva prevista en la legislación del suelo, ampliación de este concepto que encuentra plena confirmación en el artículo 129 de la LRJCA, según la redacción de la Ley 29/1998, de 13 de julio, según el cual «los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia»<sup>47</sup>. En consecuencia, se abren al Juez contencioso-administrativo todas las posibilidades en materia de medidas cautelares, amén de las plasmadas en la legislación procesal civil, hipotecaria y la genuina sectorial administrativa<sup>48</sup>, siempre que su adopción esté encaminada a asegurar la efectividad del proceso<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> No obstante, ya el Tribunal Supremo en la Sentencia de 16 de junio de 1997 declara que «la regulación de nuestro proceso contencioso-administrativo, cuyas normas, como todas, han de ser reinterpretadas a la luz de las exigencias del Texto Constitucional, admite la adopción de medidas cautelares distintas a la única nominada en el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción (SSTC 14/1992 y 148/1993)».

<sup>47</sup> Alude RUIZ RISUEÑO al «carácter inominado» de este precepto, en el que no se especifica «en qué consisten y cuáles son», pero que «la única exigencia para ser considerada como tal, es que su adopción asegure la eficacia de la sentencia final» (*El proceso contencioso-administrativo*, Ed. Colex, Madrid, 1998, pág. 430).

<sup>48</sup> Cabe citar el artículo 29.2.c) del Reglamento de Costas (aprobado por Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre) como ejemplo de la «creciente tendencia a decretar la anotación preventiva en las leyes administrativas más recientes» (DURÁN CASARNEGO: «Anotaciones preventivas administrativas...», *op. cit.*, pág. 1054, nota núm. 15).

<sup>49</sup> Comentando este precepto, afirma GONZÁLEZ PÉREZ que «En consecuencia, el órgano jurisdiccional competente podrá adoptar no sólo las medidas típicas admitidas en la legislación procesal civil y en cualquiera otra norma del Ordenamiento jurídico, como las de la Ley del Suelo y la legislación hipotecaria, sino cualesquiera otras atípicas que sean adecuadas para hacer efectiva la sentencia que en su día ponga fin al proceso» (*op. cit.*, II, pág. 2022 y 2023). El reciente Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002 se pronuncia en los siguientes términos: «La razón de ser de la justicia cautelar, en el proceso en general, se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso. Con las medidas cautelares se trata de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso o, como dice expresivamente el art. 129 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio, LJCA, en adelante), «asegurar la efectividad de la sentencia». Por ello el *periculum in mora* forma parte de la esencia de la medida cautelar y el art. 130 LJCA especifica como uno de los supuestos en que procede la adopción de ésta aquél en que «la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso». En definitiva, con la medida cautelar se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil. Como señala la STC 218/1994, la potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial; esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia. Pero, además, en el proceso administrativo la «justicia cautelar» tiene determinadas finalidades específicas, incluso con trascendencia constitucional, y que pueden cifrarse genéricamente en constituir un límite o contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de las Administraciones Públicas, con el fin de garantizar una situación de igualdad, con respecto a los particulares, ante los tribunales, sin la cual sería pura ficción la facultad de control o fiscalización de la actuación administrativa que garantiza el art. 106.1 CE («Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican»), así como también el 153.e) CE («El control de

La Exposición de Motivos de la Ley es esclarecedora a este respecto cuando afirma que «se parte de la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente, por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario».

La Ley aborda esta cuestión mediante una regulación común a todas las medidas cautelares, cualquiera que sea su naturaleza. El criterio para su adopción consiste en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición puede hacer perder la finalidad del recurso, pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto<sup>50</sup>. En este contexto se sitúa, por tanto, la anotación preventiva de la que nos ocupamos, mediante la cual el Registro de la Propiedad revitaliza su función de servir de garantía para la efectividad del proceso<sup>51</sup>.

En efecto, la anotación preventiva cumple, como hemos visto, una función enervadora de la fuerza protectora de la fe pública registral y, por ello, puede decirse que «no son más que un complemento de un buen sistema registral»<sup>52</sup>. La anotación preventiva resuelve el conflicto de intereses que surge entre el tercero de buena fe protegido por la

la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá: [...] c) Por la jurisdicción Contencioso-Administrativa, el de la Administración autónoma y sus normas reglamentarias) y, en último término, respecto de la legislación delegada, el 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").

<sup>50</sup> Ya la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, en referencia expresa a la anotación preventiva de demanda, declara que su finalidad es «que sea respetada la Administración de Justicia, evitando que se eludan las sentencias, haciendo el demandado, con actos propios, imposible la ejecución de un fallo y adoptando precauciones que impidan al litigante hacer imposible en su día el cumplimiento de la sentencia». Comentaba FECED a este respecto que «si no se concediera este medio cautelar quedaría a voluntad del demandado burlar los efectos de la sentencia dictada, concediéndole la injusta posibilidad de anularlos» (La anotación preventiva..., *op. cit.*, pág. 14). Vid. Resoluciones de la DGRN de 21 de diciembre de 1915, 4 de julio de 1919 y 29 de octubre de 1946.

<sup>51</sup> Señala ALVAREZ-CAPERÓCHIPI que la anotación preventiva «refleja la falta de coherencia del Derecho hipotecario material», agregando en tono crítico que «todo el Derecho hipotecario español moderno está volcado sobre la seguridad del adquirente, y ha marginado la función del registro como instrumento de seguridad del crédito y como garantía de la efectividad del proceso; justamente son éstas las funciones primordiales de la anotación preventiva». Para insistir a continuación que «el Derecho hipotecario está volcado en la eficacia de la inscripción que es un reflejo de la eficacia del derecho inscrito para el adquirente, y ha descuidado las otras funciones que histórica y dogmáticamente está llamado a cumplir el registro». Por ello, concluye, «podemos hablar de la anotación preventiva como de una institución maldita por su nombre (...); el calificativo "preventiva" ha hecho de la anotación algo accesorio, de eficacia secundaria y dependiente, y de efectos primordialmente negativos» (*Derecho Inmobiliario Registral*, Civitas, Madrid, 1986, págs. 108-109).

<sup>52</sup> Díez-Picazo: «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial», *op. cit.*, III, pág. 491.

fe pública registral y los titulares de situaciones jurídicas no inscribibles permitiendo el acceso de estos últimos al Registro<sup>53</sup>, lo que no impide el normal desenvolvimiento de la mecánica registral, que sigue su curso, pero establece una llamada de atención para aquellos que pretenden adquirir un bien o derecho inscrito en el Registro respecto de los cuales se nos anuncia la pendencia de un litigio.

Como pone de manifiesto LASO<sup>54</sup>, el principio de seguridad jurídica, que se revela en el orden registral de forma primordial a través del principio de fe pública registral, puede cuestionar la tutela judicial y en este eventual enfrentamiento la «verdad material» dimanante de la eficacia de las resoluciones judiciales debe prevalecer sobre la «aparición de verdad formal» resultante de los asientos registrales.

Se habla de «situaciones jurídicas no inscribibles»<sup>55</sup> como objeto del asiento de la anotación preventiva en la medida en que no necesariamente lo que se anota siempre es un derecho, real o personal, perfecto, eventual o transitorio; sino que en este caso —anotación preventiva de demanda o de interposición de recurso contencioso-administrativo— el objeto de esta clase de asiento lo es primeramente la condición/situación de parte interesada como demandante en el proceso, de la que pueden derivar derechos o pretensiones que han de hacerse efectivas sobre el bien o derecho inscrito (pensemos en la impugnación del acto aprobatorio de un proyecto de reparcelación, de otorgamiento de concesiones administrativas, de concentración parcelaria, etc.).

En el supuesto de la anotación preventiva de demanda civil, como también en la de interposición del recurso contencioso-administrativo, esa falta de inscribibilidad procede de la naturaleza de la acción anotada, que es eso, acción, pretensión, pero no derecho subjetivo. Se corresponde así con los llamados «asientos de contradicción» o asientos provisionales del Derecho germánico («Widerspruchen»), que protegen al titular extrarregistral en tanto se produce la rectificación del Registro y anuncia a los terceros que hay un derecho no inscrito, un derecho que está inscrito en favor de un no titular o una inexactitud de cualquier otro tipo<sup>56</sup>.

Finalmente, se apunta que esta medida cautelar constituye un instrumento singular para la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos ante la «invasión omnipresente» de la acción administrativa<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> Díez-Picazo, *op. cit.*, III, pág. 492.

<sup>54</sup> Laso Martínez: «Cautelas registrales...», *op. cit.*, pág. 73.

<sup>55</sup> Díez-Picazo, «Fundamentos...», *op. cit.*, III, pág. 492.

<sup>56</sup> Díez-Picazo, *op. cit.*, III, págs. 484 y 493.

<sup>57</sup> Laso Martínez: «Cautelas registrales...», *op. cit.*, pág. 72.

### C) La anotación preventiva de interposición del recurso contencioso-administrativo como anotación preventiva publicitaria

El Registro de la Propiedad se presenta como «institución administrativa destinada a contener la publicidad oficial de la situación jurídica de los bienes inmuebles», pero no se limita, en la concepción tradicional, a publicar los actos y contratos (o sea, la constitución, declaración, modificación o extinción) relativos al dominio y a los demás derechos reales, sino que a él también llegan «situaciones inmobiliarias» o «situaciones de proyección inmobiliaria»<sup>58</sup>. En esta línea, ROCA SASTRE<sup>59</sup> considera que la anotación preventiva de interposición del recurso contencioso-administrativo se trata de una anotación preventiva que tiene por objeto «la publicidad registral de situaciones inmobiliarias de contención judicial», encuadrándose de esta manera dentro de la categoría funcional de anotaciones preventivas de «mera publicidad registral» frente a las «constitutivas de especial garantía registral», pues su función es ser «instrumentos de publicidad de fuerza negativa», cuya misión es impedir su inoperancia por efecto de la fe pública del Registro<sup>60</sup>.

De la misma manera ARNÁIZ EGUREN<sup>61</sup> distingue entre «anotaciones preventivas publicitarias», tipo demanda, y «anotaciones preventivas constitutivas o de garantía», tipo embargo. Sin duda, la anotación preventiva que analizamos pertenece a las primeras. Previamente el autor señala que en materia de anotaciones preventivas de origen urbanístico se hace preciso distinguir los tipos de efectos que puede generar la publicidad registral, a saber: a) la «publicidad eficaz», que es el efecto propio del asiento de inscripción que tiene por objeto títulos de creación, modificación o extinción del dominio o de los derechos reales; b) la «publicidad noticia simple», dirigida a evitar el nacimiento de una titularidad inatacable, como consecuencia de la protección que confiere al tercero el principio de fe pública (v. gr. anotación preventiva de demanda en ejercicio de una acción real); y c) la «publicidad noticia pura», o sea, de mera divulgación de datos a través del Registro, cual es el caso de los supuestos que contemplan los artículos 309.3 del TRLS de 1992 («Se harán constar mediante nota marginal los demás actos y acuerdos a que se refiere el

<sup>58</sup> DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, III, pág. 490.

<sup>59</sup> ROCA SASTRE, R. M.<sup>a</sup> Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: «Derecho hipotecario», Ed. Bosch, Barcelona, 1997, tomo IV, pág. 283.

<sup>60</sup> *Idem*, pág. 295.

<sup>61</sup> «Registro de la Propiedad...», *op. cit.*, pág. 608.

artículo 307») y 309.2 («Se harán constar mediante anotación preventiva los actos de los números 3 y 6 del artículo 307»)<sup>62</sup>.

Se trata con esta clase de asiento de advertir a terceros adquirentes del dominio o de otros derechos reales sobre la finca afectada por el acto administrativo cuya impugnación jurisdiccional se anota, de la existencia del proceso y de sus posibles consecuencias jurídico-registrales y, por ende, como se ha indicado oportunamente, enervar el juego normal del principio de la fe pública registral<sup>63</sup>. Precisamente, este efecto publicitario de «publicidad noticia pura», en tanto que afecta al «contenido económico» de la propiedad, es una de las características de esta clase de asientos instaurados en el ámbito urbanístico, trascendiendo de esta manera la función tradicional del Registro de la Propiedad como instrumento publicador de presunciones jurídicas sobre titularidades reales y asumiendo así una nueva tarea de advertencia a terceros adquirentes interesados acerca de la situación urbanística<sup>64</sup> de una determinada finca, a los efectos de subrogación legal que contempla el artículo 21 de la Ley 6/98 y, en definitiva, cumplimentando un papel cada día más fundamental de colaboración con la Administración Pública<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> Los apartados 3 y 6 del artículo 307 se refieren precisamente a la incoación del expediente sobre disciplina urbanística y a la interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de planeamiento, de ejecución del mismo o de licencias, respectivamente.

<sup>63</sup> La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2002, con ocasión del recurso de casación interpuesto contra un Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 13 de septiembre de 1999, que acordó la anotación preventiva sobre una finca registral del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo interpuesto por una sociedad mercantil contra la resolución del Ayuntamiento de Las Rozas de 28 de diciembre de 1988 que acordaba dirigir oficio al Registrador de la Propiedad de este término municipal para que inscribiera a favor de dicha entidad local dos parcelas, declara que «Sin embargo, resulta que el acuerdo impugnado en el proceso en el que se ha adoptado la anotación preventiva que aquí se discute resuelve precisamente dirigir oficio al Registrador de la Propiedad de Las Rozas para que inscriba a su nombre (el de la entidad local, recurrente en casación) la finca sobre la que se ha acordado anotación preventiva, y el interés de la medida cautelar concedida se justifica en la necesidad de dar publicidad registral a la existencia de un recurso en el que se impugna aquel acuerdo».

<sup>64</sup> La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de enero de 2001, declara que «la anotación preventiva prevista en el art. 67 del Real Decreto 1093/1997, tiene por objeto constatar un hecho de contenido urbanístico como medio de que los terceros conozcan las afecciones o limitaciones urbanísticas, referidas a la finca en cuestión».

<sup>65</sup> Vid. ARNÁIZ EGUREN, R.: «La inscripción registral de actos urbanísticos», Colegio de Registradores de la Propiedad y mercantiles de España, arcial Pons, Madrid, 1999, pág. 491 a 493.

#### D) Régimen jurídico

Se contempla en los artículos 67 a 72 del Real Decreto 1093/97<sup>66</sup>, que son desarrollo de los artículos 307 a 310 del TRLS de 1992, y en cuanto sea de aplicación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

De este conjunto normativo podemos establecer el siguiente esquema de los requisitos para la práctica de esta clase de anotación preventiva:

##### i) Legitimación activa

Para poder ser parte en un proceso no basta una aptitud o capacidad genérica —*legitimitas ad processum*—, sino específica para un proceso concreto —*legitimitas ad causam*—<sup>67</sup>. La admisibilidad de la pretensión procesal administrativa está condicionada a la existencia de una aptitud especial o legitimación, porque la existencia de ésta viene ligada en definitiva a la de un interés legítimo de la parte a cuya satisfacción sirve el proceso<sup>68</sup>. La legitimación, en suma, constituye la específica situación jurídica material en la que se encuentra un sujeto respecto del objeto litigioso de un determinado proceso y, por tanto,

<sup>66</sup> Recordemos que el Preámbulo de esta norma se nos dice que su contenido «está anclado no sólo en la disposición adicional que le sirve de apoyo (se refiere a la Disposición Adicional Décima de la Ley 8/90) sino también en el resto de las normas urbanísticas y en los preceptos generales de la legislación hipotecaria y que en sí mismo contiene mecanismos suficientes para afrontar los problemas que puedan presentarse de cara al Registro de la Propiedad, ofreciendo soluciones que, en cuanto registrales, han de ser uniformes en todo el Estado, en una materia, la registral, también necesariamente uniforme, por afectar a los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos y ser de orden público».

<sup>67</sup> La STS de 25 de septiembre de 1989 señala que la «cuestión previa a toda decisión sobre el fondo de un proceso es la relativa al cumplimiento de un presupuesto tan esencial como el integrado por la legitimación de quien lo promueve, que tanto se proyecta en el aspecto sustantivo, constituido por la titularidad del derecho o de la acción por parte de quien los ejercita, *legitimitas ad causam*, como por la aptitud para postular su satisfacción ante los Tribunales, *legitimitas ad processum*, o, más claramente, que, según el Ordenamiento jurídico, no sólo basta tener derecho a pedir su satisfacción, sino que ésta se pida en forma por aquél que se encuentre capacitado al efecto» (Fundamento de Derecho Primero). Por su parte, la STC 93/1990, de 23 mayo se refiere a «la concurrencia del requisito de la *legitimitas ad causam* en función de un criterio amplio y flexible adecuado a cada proceso en particular, por el que se garantiza la efectividad del artículo 24.1 de la Constitución; lo que no comporta que se desvirtúe la finalidad de este precepto de que mediante el proceso jurisdiccional correspondiente según la materia objeto del debate procesal se tutelén los derechos e intereses legítimos que realmente incidan en la esfera jurídica de las partes intervinientes en el proceso; amplitud de criterio en la interpretación del interés en cada caso invocada a favor de la existencia de legitimación para el ejercicio de una acción en relación con el objeto de la pretensión».

<sup>68</sup> Cfr. STS de 22 de diciembre de 1997. Sobre el concepto de interés legitimador para ser demandante en el proceso contencioso-administrativo, véase GONZÁLEZ PÉREZ, «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...», *op. cit.*, I, págs. 462 y ss.

nos indica quién es el titular de la relación jurídica surgida como consecuencia de la producción de un acto administrativo o de una disposición reglamentaria, erigiéndose, por lo demás, en un elemento fundamental de la pretensión<sup>69</sup>.

Aunque el precepto reglamentario se refiere al «que promoviere recurso contencioso-administrativo...», ha de entenderse que no basta instar la iniciación del proceso para que pueda solicitarse la medida cautelar que comentamos, sino que es preciso que quien lo insta goce de legitimación en tanto que presupuesto de admisibilidad del proceso [art. 51.1.b) LRJCA]<sup>70</sup>.

El citado artículo 67 establece, pues, un «régimen de legitimación abierto»<sup>71</sup> que ha de conectarse con lo dispuesto a tal efecto en la LRJCA, concretamente en el artículo 19 y las restricciones a dicha legitimación activa que contempla el artículo 20.

El artículo 19 de la LRJCA establece quienes están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, entre éstos,

<sup>69</sup> GARBÉRIA LLOBREGAT, J., en *Comentarios a la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-Administrativa de 1998*, en colaboración con GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., Y GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N., *Centro de Estudios Ramón Areces*, Madrid, 1999, pág. 206 y 208-209.

<sup>70</sup> La STS de 1 de octubre de 1997 establece la siguiente doctrina general sobre la materia: «1.º) La legitimación es uno de los presupuestos esenciales para la admisibilidad del proceso. La legitimación, permite que el demandante concrete su derecho a ser parte en el pleito (...). 2.º) El presupuesto procesal de la legitimación, ha sido —y es— entendido por nuestra jurisprudencia con un criterio amplio y antiformalista, tal como expresa la representación procesal de la parte demandante. Tanto la jurisprudencia como la doctrina científica, se han detenido en precisar cómo debe ser entendido el concepto de interés directo, al que se refiere el artículo 28.1. a) de la Ley Jurisdiccional. Y es evidente que sobre tanto importante cuestión, se aprecia una clara y evidente evolución en la jurisprudencia y en la doctrina científica; 3.º) La evolución jurisprudencial y doctrinal sobre el concepto de legitimación en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, obliga a distinguir y precisar los siguientes conceptos: interés legítimo; interés directo; intereses colectivos o difusos, y el mero interés por la legalidad. A través de los conceptos interés legítimo e interés directo, se garantiza una utilidad sustancial al interesado; y es que frente a las potestades administrativas, el administrado es titular de una esfera jurídica cuyo contenido no es otro que un conjunto de utilidades a través de las que se satisface el interés propio (derechos subjetivos). Pero junto a ello, hay que situar los intereses colectivos o difusos, que caen dentro del ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva; a través de ellos, cabe enlazar el artículo 27.10 de la Constitución española de 1978, con Estatuto de la Asociación demandante; por esta vía se amplía el concepto de interés directo; pero sin que dentro de dicho concepto quepa incluir a quien se limita a actuar en defensa de la legalidad (SSTS, entre otras de fechas 14 julio 1988, 7 febrero 1989, 12 junio 1989, y 19 julio 1991); 4.º) La Sentencia de esta Sala de fecha 31 mayo 1990, precisó que no puede confundirse el interés directo con el mero interés de la legalidad, que sólo legitima en aquellos campos de la actuación administrativa en que por ley esté reconocida la acción pública. No estamos aquí en un supuesto en que sea factible el ejercicio de la acción pública o popular. Ni estamos ante un caso de interés legítimo o ante un caso de interés directo. Pero si estamos ante un supuesto en que hacen acto de presencia intereses colectivos o difusos, que caen dentro del ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva. Además, el artículo 28.1 de la LJCA, se refiere a la legitimación corporativa, y obliga a interpretarlo en términos tales que no se vulnere el artículo 24 de la Constitución española de 1978» (Fundamento de Derecho Primero).

<sup>71</sup> ARNAIZ AGUREN: «La inscripción registral...», *op. cit.*, pág. 467.

las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo —auténticos «títulos de legitimación»<sup>72</sup>—, cualquier ciudadano en ejercicio de la acción popular<sup>73</sup>, o la propia Administración autora de un acto, en este último caso previa su declaración de lesividad para el interés público<sup>74</sup>. Todos ellos, pues, deben considerarse legitimados para solicitar la cautela registral.

En cualquier caso, es evidente que la adopción en su caso de la medida cautelar lo será a instancia de parte, careciendo el órgano jurisdiccional de facultades para decretar de oficio la anotación preventiva.

#### ii) Legitimación pasiva: participación del titular registral en el proceso cautela.

En el proceso contencioso-administrativo, tal como dispone el artículo 21.1 de la LRJCA, la legitimación pasiva corresponde, en primer lugar, a la Administración que ha realizado la actividad objeto de impugnación jurisdiccional<sup>75</sup> —legitimación que en este caso resulta inequívoca teniendo en cuenta su condición de autora precisamente de la actuación contra la que se dirige la pretensión impugnatoria— y, en segundo lugar, aquellos que sean titulares de derechos o intereses legítimos que pudieran quedar afectados por la estimación del recurso y, en consecuencia, pudieran ver alterada la situación jurídica que les proporcionó el acto o disposición recurridos.

El artículo 131 de la LRJCA<sup>76</sup> dispone que «el incidente cautelar se sustanciará en pieza separada, con audiencia de la parte contraria...». Ello no es sino consecuencia del principio de contradicción procesal que exige, como norma general en el proceso contencioso-adminis-

<sup>72</sup> GARBERÍA LLOBREGAT, *Ibidem*.

<sup>73</sup> Cfr. artículo 304 TRLS de 1992, declarado vigente por Ley 6/98.

<sup>74</sup> Señala ARNAIZ EGUREN que en los supuestos de procesos derivados de la declaración de lesividad de actos administrativos, difícilmente podrán originarse las operaciones registrales tales como las que se derivan de asentos como el aquí examinado, pues, según el autor, se trata de pretensiones de anulación a instancia de la Administración, generalmente ajenas al titular de las fincas a que afecta, no obstante reconocer la posibilidad jurídica de que una tal situación pueda producirse (*idem*, pág. 468). En efecto, cabe admitir la viabilidad de una tal posibilidad teniendo en cuenta que en el proceso de autoimpugnación en que típicamente consiste la declaración de lesividad de los actos administrativos por parte de la Administración autora de los mismos, ésta asume la posición procesal de demandante y coloca con ello en la de demandado al favorecido por el acto administrativo —esto es, el titular de la finca afectada positivamente por el acto administrativo cuya declaración de lesividad se insta— que es, por tanto, el interesado en su mantenimiento.

<sup>75</sup> Vid. artículos 1.1 y 25 LRJCA.

<sup>76</sup> Como se indica seguidamente, el artículo 68 del RD 1093/97 se remite, en cuanto a la sustanciación de la solicitud de la anotación, a los trámites establecidos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

trativo, el emplazamiento de los que aparezcan como interesados en el expediente administrativo<sup>77</sup> y, concretamente en el proceso cautelar, que se oiga a la parte que puede resultar perjudicada por la medida cautelar<sup>78</sup>, que en este caso no es otro que la persona o personas a cuyo favor se encuentran inscritos en el Registro de la Propiedad los bienes o derechos que pueden resultar afectados por la eventual anulación del acto administrativo objeto de impugnación jurisdiccional, esto es, el titular registral. De esta manera se trata también de dar efectivo cumplimiento al principio registral o hipotecario de **tracto sucesivo**, en cuanto requisito para la práctica del asiento de anotación preventiva<sup>79</sup>.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado mediante **Resolución de 25 de febrero de 1994** señalando que «el principio registral de tracto sucesivo, que aparece formulado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria se traduce en el caso de anotaciones preventivas de demanda en la ineludible exigencia de que el titular registral del derecho que se reclame, o la nulidad de cuya adquisición se solicite, sea parte en el proceso correspondiente, de suerte que pueda hacer valer en él su derecho (cfr. regla 1.ª en relación con el párrafo último del artículo 140 del Reglamento Hipotecario), extremo éste sujeto a especial cautela en la calificación para evitar que, como dijera la Resolución de este Centro directivo de

<sup>77</sup> Vid. art. 49.1 LRJCA. Por su parte, el art. 31.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común considera interesados en el procedimiento administrativo a los siguientes: «a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos. b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte. c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva».

<sup>78</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...», *op. cit.*, II, pág. 2071.

<sup>79</sup> La Resolución de 26 de mayo de 1997 de la DGRN, en relación con los arts. 42.1 de la LH y 139 del RH, declara que «cuando se trata de practicar una anotación de demanda de la prevista en el artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria, el Registrador no puede entrar a valorar la eventual falta de fundamento jurídico de la acción ejercitada en la demanda, pues ello supondría una anticipación de la propia sentencia, esto es, una invasión de la actividad jurisdiccional reservada en exclusiva a Jueces y Magistrados (artículos 117 de la Constitución española y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial); ahora bien, sí deberá comprobar que la acción ejercitada tiene efectivamente trascendencia real y que ésta queda suficientemente precisada en su alcance». Y ello previa consideración de que «el Registrador, aunque tiene muy limitada su potestad de calificación cuando se trata de documentos judiciales, tiene, sin embargo, la facultad y el deber de decidir si existen para el asiento judicialmente ordenado «obstáculos que surjan del Registro» (cfr. artículo 100 del Reglamento Hipotecario), lo que le obliga a rechazar dicho asiento si con él se vulneran las exigencias (trascendencia real inmobiliaria, determinación, número cerrado de las anotaciones preventivas, número cerrado de las afecciones reales) del sistema registral español (cfr. Resolución de 12 mayo 1992), pues en estas exigencias están implicados intereses que, por afectar al estatuto jurídico de la propiedad inmueble, trascienden de los intereses particulares de las partes entre quienes se ventila la cuestión litigiosa; la protección de aquellos intereses públicos corresponde en vía gubernativa en primera instancia al Registrador de la Propiedad».

13 de febrero de 1992, sufra aquél en el propio Registro las consecuencias de una indefensión procesal».

En la misma línea, pero centrándose en el supuesto de la anotación preventiva creada por la legislación urbanística, la **Resolución de 12 de diciembre de 1997** de la DGRN, ya citada, declara que «para que pueda practicarse una anotación preventiva de demanda es preciso que aquélla esté dirigida contra el titular registral del dominio o del derecho real a que la demanda se contrae». Doctrina ésta que, como apunta la propia resolución, «debe ponerse en relación con las particularidades de la demanda en el recurso contencioso-administrativo (véanse los artículos 57, 64, 66 y 68 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), pero también con el principio de tutela judicial establecido en el artículo 24 de la Constitución española y con la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto (véanse las Sentencias 108/1981, de 8 octubre; 9/1981, de 31 marzo, 72/1990, de 23 abril; 63/1982, de 20 octubre, etc.), de modo que, en tal hipótesis, procederá la anotación aun cuando la demanda vaya dirigida solamente contra la Administración que dictó el acto impugnado, si en el mandamiento, ordenando la anotación, consta, al menos, que conforme al artículo 64 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha tenido lugar el emplazamiento directo y personal de los titulares registrales de las fincas sobre las que se ordena la anotación, en cuanto personas a cuyo favor derivan derechos del acto Administrativo impugnado [cfr. artículo 28, b) de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa] y cuya identificación, aunque no resultare del escrito de interposición de la demanda o del propio acto recurrido, se hace ostensible al Tribunal en el momento de la calificación registral suspensiva».

Y concluye este Centro directivo señalando que «no puede estimarse en contra de las anteriores consideraciones, la alegación de que la omisión en el número 6 del artículo 307 de la Ley del Suelo, de la cautela contenida en el número 7 del mismo precepto (la exigencia de participación del titular registral en el procedimiento) signifique ahora la no necesidad de ese emplazamiento, pues, por una parte, el cometido del artículo 307 de la Ley del Suelo es exclusivamente señalar la posibilidad de anotación de la interposición del recurso contencioso-administrativo, pero no prejuzgar los requisitos necesarios para tal anotación (para ello habrá de estarse a la normativa relativa al Registro de la Propiedad en general, y a la anotación preventiva, en particular); y, por otra, ese emplazamiento es la garantía de la posibilidad de intervención del titular registral en procedimiento que le afecta directamente y, consiguientemente, del acceso registral de la sentencia que en su día se dicte (haya comparecido o no en el procedimiento el titular registral emplazado)».

Lo expuesto viene corroborado por el artículo 68 del RD 1093/97 al disponer que «será requisito para la práctica del asiento el haber oído, en todo caso, al titular registral de la finca y a los que según la certificación sean titulares de derechos y cargas que consten en ésta». Si la solicitud de anotación ha sido formulada por uno de los titulares dominicales, la audiencia se referirá a los restantes sujetos de derechos plenos o limitados sobre la finca a que la misma afecte<sup>80</sup>.

En todo caso, la práctica de la anotación no afecta a las facultades de disposición por el titular de los bienes o derechos que resulten afectados por ella<sup>81</sup>. En este sentido, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1993, declara que «la anotación no producirá el cierre registral, como ya destacó la Dirección General de los Registros en su Resolución de 4 de julio de 1919, puesto que los derechos a que se refiere pueden ser objeto de transmisiones aunque, como se ha dicho, subordinadas al resultado del proceso y efectos de la anotación pendiente. Así lo disponen el art. 71 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual los bienes inmuebles y derechos reales anotados podrán ser enajenados pero sin perjuicio de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación, el art. 76 del Reglamento Hipotecario según el cual la anotación preventiva puede convertirse en inscripción cuando la persona a cuyo favor estuviere constituida adquiera definitivamente el derecho, y el 198 del mismo Reglamento conforme al cual tomada la anotación de demanda si ésta prosperase en virtud de sentencia firme se practicarán las inscripciones o cancelaciones que se ordenen en ésta».

Por su parte, el **Auto de 7 de marzo de 1997 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia**, recaído en la pieza de suspensión del recurso n.º 5038/96 sobre impugnación de licencia de obras para la construcción de un edificio de 32 viviendas y locales comerciales, acuerda la anotación preventiva solicitada al amparo del art. 307.6 del TRLS de 1992, razonando al respecto que dado que la finalidad de este asiento «no es otra que la de advertir a terceros de la existencia del recurso, mal puede denegarse la adopción de dicha medida, aun cuando ya se hubieran producido transmisiones a terceros, pues no consta que éstas afecten a la totalidad del inmueble, ni nada impide transmisiones posteriores de los terceros adquirentes».

<sup>80</sup> ARNÁIZ EGUREN: «La inscripción registral...», *op. cit.*, pág. 475.

<sup>81</sup> No obstante, es cierto que, como se tratará más adelante, la pendencia de una anotación preventiva de esta naturaleza puede provocar serias dificultades para la negociabilidad de los bienes o derechos afectados por la misma.

## iii) Momento de la solicitud

El artículo 67 del RD 1093/97 dispone quien solicitare la anotación preventiva por interposición de recurso contencioso-administrativo «... podrá solicitar, con el escrito de interposición o después, si existiere justificación suficiente...».

En este punto hay que señalar que la LRJCA distingue dos momentos procesales distintos: de una parte, la actuación procesal consistente en la «interposición del recurso» (art. 45) o demanda en sentido técnico, o sea, la declaración de voluntad que realiza el demandante en solicitud de inicio del proceso; y, de otra parte, aquel acto procesal en el que se formula la pretensión que se ejercita en el proceso<sup>82</sup>, de ordinario frente a la Administración, que no es una demanda en sentido técnico pero que la propia LRJCA denomina «demanda» (arts. 52 y 54) o «escrito de demanda» (art. 56)<sup>83</sup>. O dicho de otra manera, en el proceso administrativo, con carácter general, los actos de postulación tienen momentos específicos de formulación: en el escrito de interposición, la acción y en la demanda, la pretensión. Como excepción, por ejemplo, el artículo 45.5 de la LRJCA que prevé la iniciación del recurso mediante demanda directa cuando tenga por objeto una disposición general<sup>84</sup>, acto, inactividad o vía de hecho en que no existan terceros interesados; o el artículo 78 de la LRJCA regulador del procedimiento abreviado, donde la acción y la pretensión se simultanean en el escrito de demanda, no existiendo escrito previo de interposición.

Es, por tanto, el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, de acuerdo con el mentado artículo 67, el trámite que señala el momento procesal inicialmente idóneo para solicitar la anotación preventiva, y ello de acuerdo con la propia redacción del precepto que condiciona la presentación de la solicitud en un momento procesal posterior a que exista una causa justificada —«(...) o después, si existiere justificación suficiente»—, dice textualmente.

<sup>82</sup> Como dice la STS de 1 de octubre de 1997, «la pretensión procesal es el objeto de proceso. La pretensión procesal (en otras palabras lo que reclama o pide la parte), viene al proceso mediante actos procesales de las partes en los que se contienen los hechos relevantes que van a configurar el objeto del proceso» (Fundamento de Derecho Segundo).

<sup>83</sup> Como explica GONZÁLEZ PÉREZ, en nuestro Derecho procesal administrativo se da normalmente la distinción entre demanda y pretensión, designándose «escrito de demanda» el acto de alegaciones en el que se formula la pretensión, mientras que lo que se denomina «escrito de interposición del recurso» es la verdadera demanda, confusión que tiene su causa en la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cual al dar el concepto de «demanda» en su artículo 524 vincula tal concepto al de pretensión («Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...», *op. cit.*, I, págs. 914 y 1024).

<sup>84</sup> Consecuentemente, el artículo 129.2 de la LRJCA dispone que en el supuesto de que se impugne una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición de dicha medida cautelar deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda.

Que la solicitud pueda formularse en un trámite posterior al del escrito de interposición lo contempla expresamente el artículo 70 del RD 1093/97 cuando declara que «la demanda interpuesta en el procedimiento será también anotable». Ello no es sino plasmación de lo que ya apunta el artículo 1.6 del RD 1093/97 cuando establece que serán inscribibles en el Registro de la Propiedad, entre otros actos, el de «la interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de los planes de ordenación, de sus instrumentos de ejecución o de las licencias, así como de la demanda formulada en dicho recurso».

En todo caso, ha de tenerse en cuenta que el artículo 129.1 de la LRJCA prevé que la adopción de cuantas medidas cautelares tendientes a asegurar la efectividad de la sentencia pueda solicitarse por los interesados «en cualquier estadio del proceso»<sup>85</sup>. Ello permite incluso la posibilidad de que dicha solicitud se formule en otra instancia, con ocasión de la interposición de los recursos procedentes contra la resolución dictada en el recurso contencioso-administrativo y hasta tanto se dicte la sentencia firme que dé lugar a la práctica de los asientos pertinentes que de la misma puedan resultar o a la cancelación de la anotación preventiva, en los términos expresados en el artículo 71 del RD 1093/97. Por tanto, la solicitud de esta medida cautelar puede plantearse en relación con la interposición de los recursos de apelación y casación regulados en la LRJCA y teniendo en cuenta los efectos de las sentencias recaídas en ellos (arts. 85.10, 95.2 y 98.2), con excepción de la modalidad de casación en interés de la ley y del recurso de revisión, habida cuenta la caracterización de cada uno de ellos (arts. 100.7 y 101.4 y 102)<sup>86</sup>.

En cuanto a la forma para solicitar la anotación preventiva, entendemos que deberá hacerse mediante otro sí en los escritos de interposición del recurso contencioso-administrativo o de la demanda o, en

<sup>85</sup> Cfr. art. 83.2 de la LRJCA. Como señala ARNAIZ AGUREN, «no existe inconveniente en que la pretensión de que el Registro publique la existencia del proceso y asegure su resultado pueda tener lugar en cualquier instante, a partir de la iniciación del procedimiento» («La inscripción registral...», *op. cit.*, pág. 469). El Auto de 22 de junio de 2001 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional afirma que «En principio, y dada la amplia referencia que se contiene en el artículo 129.1 de la Ley Jurisdiccional a la «adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia», nada impide que en un proceso contencioso-administrativo pueda solicitarse y acordarse una «anotación preventiva», bien que en nuestro caso no sea de «demanda», ya que el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo no es técnicamente una demanda sino que sólo tienen en común con ella el servir de iniciación de un proceso y la solicitud de la parte demandante viene referida a la pendencia misma del recurso jurisdiccional».

<sup>86</sup> El autor incluye también como excepción a dicha posibilidad el recurso de casación para la unificación de doctrina.

su caso, en escrito separado e independiente —escrito de medidas cautelares<sup>87</sup>.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que el artículo 51 de la LRJCA regula un trámite de admisión del recurso contencioso-administrativo que preceptivamente se impone al Juez o Tribunal ante el que se interpuso, a quien corresponde promover y decidir dicho incidente<sup>88</sup>. Entre los motivos de inadmisión se contempla, precisamente, «la falta de legitimación del recurrente», que se ha considerado muy favorablemente en relación con la regulación de la Ley de 1956 en la medida que permitirá la inadmisión de aquellos recursos instados por personas «sin ningún interés legítimo discernible»<sup>89</sup>.

Además de este trámite de inadmisión de oficio, señalar que las partes —concretamente las demandadas— pueden plantear la inadmisibilidad del recuso en el trámite de alegaciones previas del artículo 58 LRJCA, amén de que en el momento de dictar sentencia también cabe la posibilidad de examinar la concurrencia de los requisitos procesales de admisibilidad del recurso (art. 69). En cualquier caso, una elemental medida de prudencia exige que la solicitud de anotación preventiva de la interposición del recurso haya superado con éxito, al menos, el trámite de admisión de oficio, pues carecería de sentido ordenar de manera automática dicha medida cautelar con la presentación del escrito de interposición del recurso cuando, eventualmente, cupiera apreciar la concurrencia de defectos procesales que enervarían la existencia misma del proceso.

En consecuencia, puede afirmarse que el efecto procesal legitimador de la anotación será la interposición del recurso contencioso-administrativo siempre que sea admitido, pues de lo contrario éste no existe y ningún efecto puede entonces derivarse<sup>90</sup>.

#### iv) Objeto del recurso: la determinación de las fincas

En primer lugar, recordar que el objeto del proceso contencioso-administrativo no es tanto el acto o disposición administrativos frente a los que se formula la pretensión cuanto la pretensión misma; aquéllos no son sino el presupuesto procesal para el ejercicio de

<sup>87</sup> En este sentido, TORRES FERNÁNDEZ, J. J.: «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa» (AA.VV.), Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 1019.

<sup>88</sup> Dice el precepto: «El Juzgado o Sala (...), declarará no haber lugar a la admisión del recurso...».

<sup>89</sup> CONDE MARTÍN DE HUIJAS, V.: «El procedimiento contencioso-administrativo», en *La reforma de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1997, pág. 71. Vid. GONZÁLEZ PÉREZ: «Comentarios...», I, págs. 446 y ss.

<sup>90</sup> LASO MARTÍNEZ: «Cautelas registrales...», *op. cit.*, pág. 85.

ésta<sup>91</sup>, pues el recurso contencioso en nuestro sistema está contemplado en relación con el acto administrativo o disposición impugnados, en cuanto que actúan como presupuesto procesal del proceso. El artículo 1 de la LRJCA es concluyente cuando dispone que «los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujeta al Derecho administrativo...».

En este sentido, es clara la STS de 11 de noviembre de 1986 cuando distingue ambos conceptos señalando que «el objeto del recurso contencioso-administrativo son las "pretensiones" deducidas en relación con un "acto administrativo" —artículo 1.º de la Ley jurisdiccional—. Son pues dos conceptos distintos —pretensiones y actos— que afloran procesalmente en momentos también diferentes. El escrito de interposición identifica desde el primer momento el acto impugnado —artículo 57 de dicha Ley—. La pretensión sólo aparecerá después al formularse la demanda —artículo 69 de la mencionada Ley—».

El contenido del acto o disposición impugnados delimita precisamente el ámbito de las pretensiones que se pueden formular respecto a él en el proceso<sup>92</sup>, o sea, el ámbito objetivo de la pretensión —y por supuesto del proceso— viene referida al contenido —salvo excepciones— de los actos. De ahí que el objeto del recurso sea, a su vez, desde la perspectiva del órgano judicial, juzgar dentro de las alegaciones formuladas para fundamentar el recurso (y la oposición) (art. 33.1 LRJCA)<sup>93</sup>, siendo así que tales pretensiones son declaraciones de voluntad por las que se solicita del órgano judicial una actuación, fundada en Derecho administrativo, frente a otro sujeto distinto del autor de la declaración, esto es, la Administración: la pretensión es un acto, no un derecho<sup>94</sup>.

Dicho esto, la disposición reglamentaria que comentamos se refiere a «actos de la Administración Pública que tengan por objeto la aprobación definitiva de los planes de ordenación, de sus instrumentos de ejecución o de licencias», matizándose de seguido que la anotación preventiva que de la impugnación de los mismos ha de recaer

<sup>91</sup> La STS de 28 de enero de 1992 parte del «carácter revisor de nuestra jurisdicción (SS. 2 junio, 14 julio, 2 octubre y 2 noviembre 1987), lo que convierte en necesidad el tener que contar, como presupuesto del contencioso, con un acto administrativo previo; arts. 1, 37, 41 y 57 de nuestra Ley Jurisdiccional. Presupuesto procesal cuya ausencia provoca la inadmisibilidad de la vía judicial; art. 82-c) de la misma Ley». Sobre el carácter «revisor» de la Jurisdicción contencioso-administrativa véase GONZÁLEZ PÉREZ, «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...», *op. cit.*, I, págs. 759 a 762.

<sup>92</sup> STS de 3 de febrero de 1997.

<sup>93</sup> STS de 7 de marzo de 1997.

<sup>94</sup> Sobre los conceptos de acción y pretensión procesal, con especial referencia a la pretensión procesal contencioso-administrativa véase GONZÁLEZ PÉREZ, «Comentarios...», *op. cit.*, I, págs. 747 y ss.

«sobre fincas concretas y determinadas que resulten afectadas por el acto impugnado».

La cuestión que se suscita en este punto tiene que ver con las condiciones registrales para la práctica de la anotación preventiva, a saber: a) que la anotación instada recaiga sobre fincas determinadas; y b) que haya sido emplazado su titular en el procedimiento. Tales requisitos o condiciones vienen reforzados por otros expresados en este mismo artículo 67 del RD 1093/97 y en el siguiente artículo 68 al disponerse la exigencia de prestar fianza para acordar la medida en prevención de los daños que pudieran producirse precisamente «al titular de la finca o derecho anotado» y cuyo incumplimiento «impedirá la práctica de la anotación». Por su parte, el artículo 68 establece que la solicitud de la anotación deberá ir «acompañada de certificación registral de dominio y cargas», además de que en el proceso cautelar sean oídos «en todo caso» tanto el titular registral de la finca como «los que según la certificación sean titulares de derechos y cargas que consten en ésta».

Respecto a la necesidad de que la anotación preventiva verse sobre fincas concretas y determinadas, es evidente que parece exigible en quien promueva esta anotación preventiva la carga de individualizar los bienes o derechos inscritos<sup>95</sup> que pueden resultar afectados por la eventual anulación de los actos urbanísticos objeto de impugnación jurisdiccional, lo que en última instancia supone que el proceso verse objetivamente sobre ellas<sup>96</sup>, habiendo de considerar la posibilidad de subsanar los defectos de que al respecto adolezca la solicitud en el plazo de diez días (arts. 45.3 y 56.2 LRJCA)<sup>97</sup>. Requisito éste que,

<sup>95</sup> La Resolución de la DGRN de 12 de diciembre de 1997 —dictada en un supuesto anotación preventiva de interposición de recurso contencioso-administrativo contra acuerdo que aprueba relación individualizada de bienes afectados por expediente de expropiación forzosa para la ejecución de Unidad de Actuación sobre determinada finca registral que carece ya de existencia registral tras la aprobación e inscripción del proyecto de compensación— declara que «si se tiene en cuenta que el juego subrogatorio inherente a la repartición o la compensación no se produce entre una de las fincas de procedencia y las de reemplazo que ocupan la misma superficie física que acotaban en su día aquéllas, sino entre las antiguas y las nuevas que con ella se correspondan según el proyecto aprobado (cfr. artículos 157.3 y 167 de la Ley del Suelo), no puede accederse a la pretensión del recurrente cuando, como ahora ocurre, no se establece esta correspondencia entre la finca originaria a la que se contrae el mandamiento calificado y las fincas de reemplazo que ocupan la porción de terreno que aquélla delimitaba; todo ello sin perjuicio de la posibilidad, ya reconocida en el auto apelado, de practicar dicha anotación sobre la nueva finca de reemplazo que con ella se corresponda».

<sup>96</sup> LASO MARTÍNEZ: «Cautelas registrales...», *op. cit.*, pág. 78.

<sup>97</sup> El Auto del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1994, en relación a la solicitud de anotación preventiva de la interposición del recurso contencioso-administrativo contra un proyecto de Actuación urbanística, hace referencia a que «la Sala de instancia no denegó definitivamente, sino que la supeditó a su solicitud en debida forma en razón de que la solicitante no había expresado las fincas sobre las que había de recaer y dejado su concreción a período de ejecución del correspondiente auto».

como apunta ARNÁIZ EGUREN<sup>98</sup>, es de todo punto lógico teniendo en cuenta que nuestro sistema registral funciona siempre por fincas concretas y por folios registrales perfectamente determinados<sup>99</sup>.

Ciertamente, esta tarea de concreción de las fincas se presenta sin duda difícil en el supuesto previsto por la disposición reglamentaria de solicitar esta medida cautelar en relación con la impugnación de un instrumento de planeamiento pues, como observa ÁLVAREZ-LINERA<sup>100</sup>, es prácticamente imposible practicar este asiento en el Registro de la Propiedad cuando el objeto del proceso es la impugnación de un instrumento de planeamiento que, o bien abarca al conjunto de fincas de un municipio (caso del Plan General o de las Normas Subsidiarias de Planeamiento), o bien a un conjunto de fincas no bien precisado (caso de los instrumentos subordinados: Planes Especiales, Planes Parciales). Aparte que, como señala GONZÁLEZ PÉREZ<sup>101</sup>, habida cuenta la naturaleza normativa de los instrumentos de planeamiento<sup>102</sup>, la anulación que pudiera producirse en la sentencia no afectaría, en principio, a los actos que hubieran podido dictarse en aplicación del instrumento anulado, de ahí la dificultad de acceso al Registro de un proceso contencioso-administrativo que tenga por objeto la anulación de tales instrumentos de planeamiento.

Dificultad ésta que tiene que ver también con las diferencias conceptuales que surgen entre el planeamiento urbanístico y el modo de llevar el Registro de la Propiedad: éste tiene por eje el denominado sistema de «folio real», en el que la finca registral se erige en centro del sistema. En cambio, el planeamiento, como señala ARNÁIZ EGUREN<sup>103</sup>, concibe el suelo en función de su capacidad de acogida de suelo urbano y utiliza como medio de determinación del mismo conceptos tales como el de sector, zona, área o parcela que, en principio, son ajenos al Registro. De ahí el que difícilmente un instrumento de

<sup>98</sup> «La inscripción registral...», *op. cit.*, pág. 470.

<sup>99</sup> El artículo 243 de la Ley Hipotecaria instituye lo que se conoce como sistema de «folio real o registral» al disponer que «el Registro de la Propiedad se llevará abriendo uno particular a cada finca en el libro correspondiente. Todas las inscripciones, anotaciones y cancelaciones posteriores relativas a la misma finca se practicarán a continuación, sin dejar claros entre los asientos».

<sup>100</sup> ÁLVAREZ-LINERA Y URÍA, C.: «La nueva Ley del Suelo y el Registro de la propiedad: la anotación preventiva de la demanda contencioso-administrativa en materia urbanística», *RDU*, n.º 146, 1996, pág. 51.

<sup>101</sup> «Comentarios a la Ley del Suelo», *op. cit.*, III, págs. 2.425-2.426.

<sup>102</sup> La postura doctrinal mayoritaria se decanta por concebir el plan como norma de carácter reglamentario. Vid. TRAYTER JIMÉNEZ, J. M.: «El control del planeamiento urbanístico», Ed. Civitas, 1996, págs. 44 y ss., especialmente notas bibliográficas y la extensa nota n.º 75 sobre jurisprudencia que se pronuncia a favor precisamente de la naturaleza normativa de los planes urbanísticos.

<sup>103</sup> «Registro de la Propiedad...», *op. cit.*, pág. 609.

planeamiento pueda referirse a fincas determinadas, salvo en supuestos específicos de determinadas figuras de Plan Especial, singularmente referidas a la rehabilitación de sectores urbanos.<sup>104</sup>

En cambio, las dificultades apuntadas no se presentan cuando se trata de la impugnación de actos de aprobación de licencias urbanísticas<sup>105</sup> porque para su otorgamiento es necesario, entre otros extremos, especificar el bien o bienes objeto de la actuación.

En todo caso, el requisito de que «se tome anotación preventiva sobre fincas concretas y determinadas que resulten afectadas por el acto impugnado» es puesto de manifiesto por el **Auto del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1994**, ya citado, que declara a este respecto que «igual suerte han de correr las alegaciones de la apelante en lo que respectan a la procedencia de acceder a su petición de anotación preventiva en el Registro de la Propiedad de la interposición de su recurso contencioso-administrativo contra el referido acto<sup>106</sup>, que la Sala de instancia no denegó definitivamente, sino que la supeditó a su solicitud en debida forma en razón de que la solicitante no había expresado las fincas sobre las que había de recaer y dejado su concreción a período de ejecución del correspondiente auto, por cuanto según se desprende de la disposición adicional décima, párrafos primero, 6 y 7, y segundo de la Ley 8/1990, de 25 julio sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoración del Suelo —actualmente artículos 307.6 y 7 y 308 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 junio—, en relación con los preceptos de aplicación de la Ley Hipotecaria y de su Reglamento, la anotación preventiva de referencia ha de recaer sobre fincas determinadas y por ello, para que el órgano jurisdiccional pueda decretarla y librar el oportuno mandamiento, debe saber indudablemente sobre qué fincas ha de recaer su decisión, sin que sea procedente acordarla de forma indeterminada para luego concretar su objeto, ya que pudiera ocurrir que conocido éste no procediese sobre el mismo, produciéndose una resolución inútil».

<sup>104</sup> Una ilustración sobre la materia puede verse en ARNÁIZ EGUREN: «El concepto de finca y la trascendencia de su descripción en el Registro de la Propiedad y en el catastro», RCDI, n.º 645, 1998, págs. 365 y ss., especialmente 379 y ss.

<sup>105</sup> Una exposición detallada de la naturaleza jurídica, requisitos y procedimiento para su obtención en «Comentarios a la LS», *op. cit.*, I, págs. 279 y ss., y III, págs. 1.668 y ss. Un estudio sobre la materia teniendo en cuenta las modificaciones introducidas por la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/97 en ORTEGA BERNARDO, J.: «Las licencias urbanísticas», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 154, 1997, págs. 69 y ss.

<sup>106</sup> Acuerdo de 30 noviembre 1989 del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid, por el que se aprobó definitivamente el Programa de Actuación Urbanística número 4 (PAU 4) del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, denominado Valdebernardo Norte y Sur.

Por otra parte, el repetidamente citado artículo 67 del RD 1093/97 añade otra condición para la práctica de esta anotación preventiva, a saber: que se refiera a fincas concretas y determinadas «que resulten afectadas por el acto impugnado». Lo que no deja de tener su lógica puesto que, como ya sabemos, la finalidad perseguida con esta clase de medida cautelar no es otra que publicitar o, mejor aún, como precisa ARNÁIZ EGUREN<sup>107</sup>, «divulgar» la situación urbanística en que se encuentra una determinada finca, singularmente aquella dimanante del contenido de la pretensión ejercitada por quien promueve el recurso contencioso-administrativo.

Finalmente, el artículo 67 del RD 1093/97 se refiere a actos «que tengan por objeto la aprobación definitiva...», esto es, actos de contenido positivo, por lo que ha de entenderse que en ningún caso procederá esta anotación preventiva tratándose de actos de contenido negativo, es decir, aquellos que denieguen la aprobación del Plan, de sus instrumentos de ejecución o de concesión de la licencia solicitada<sup>108</sup>.

#### v) Tramitación

De acuerdo con el artículo 68 del RD 1093/97, la solicitud de la anotación ha de sustentarse por los trámites establecidos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, esto es, la tramitación del incidente cautelar se lleva a cabo en pieza separada, con audiencia de la parte contraria en un plazo que no excederá de diez días (art. 131 LRJCA). Ello no obstante, habrá de estarse supletoriamente a lo establecido en la LEC sobre el trámite de los incidentes (arts. 387 y siguientes).

La disposición reglamentaria contempla un requisito específico que debe ser en todo caso cumplimentado con ocasión de la presentación de la solicitud de la anotación preventiva: a la misma ha de acompañarse una certificación registral de dominio y cargas. Constituye ésta un documento complementario al escrito de solicitud y sirve para identificar a los legitimados pasivamente en el incidente cautelar cuya audiencia resulta preceptiva. La aportación de la misma competente al solicitante, sin que el órgano jurisdiccional se encuentre vinculado a la realización de petición de publicidad formal al Registro de la Propiedad<sup>109</sup>.

<sup>107</sup> «La inscripción registral...», *op. cit.*, pág. 494 y 496).

<sup>108</sup> En este sentido se manifiesta ARNÁIZ EGUREN, «Registro de la Propiedad...», *op. cit.*, pág. 610.

<sup>109</sup> ARNÁIZ EGUREN: «La inscripción registral...», *op. cit.*, pág. 475.

vi) *Contracautelas: la prestación de caución*

De acuerdo con el artículo 67 del RD 1093/97, la solicitud de anotación preventiva de interposición de recurso contencioso-administrativo implicará necesariamente por parte del demandante el ofrecimiento de «indemnización por los perjuicios que pudieran seguirse en caso de ser desestimado el recurso, de tal forma que la falta de la caución que, en su caso, exija el Tribunal para evitar daños al titular de la finca o derecho anotado, impedirá la práctica de la anotación». La disposición reglamentaria insiste sobre esta cuestión en los artículos 68 y 69.

Por su parte, el artículo 133 de la LRJCA dice que «cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos».

Se advierte un matiz diferencial entre ambas normas en el sentido de que mientras en el artículo 67 del RD 1093/97 la prestación de fianza se presenta como requisito preceptivo para la práctica del asiento, en cambio en el precepto de la LRJCA aquélla es una facultad que corresponde al órgano jurisdiccional en atención a la apreciación que obtenga sobre si de la misma puede resultar algún daño o perjuicio a los intereses públicos o de tercero.

Paralelamente, el artículo 69 del RD 1093/97 señala que «la anotación se practicará en virtud de mandamiento judicial en el que se consigne literalmente la resolución dictada y que se ha prestado, *en su caso*, la caución correspondiente»<sup>110</sup>, inciso este último que parece neutralizar la rotundidad con la que se expresa el artículo 67 como acabamos de comprobar.

En todo caso, cierto es que la exigencia de caución o garantías suficientes constituye una de las denominadas contracautelas de todo proceso cautelar<sup>111</sup>.

La razón de esta medida la expresa el Preámbulo del RD 1093/97 al señalar que existiendo «la previsión legal de que pueda acceder al Registro, a instancia de los particulares, la interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de planeamiento, de instrumentos de ejecución del mismo o de licencias», en tales casos la anotación preventiva «ha de estar rodeada de las necesarias cautelas a fin de evitar que la actuación pública se resintiere injustificadamente».

<sup>110</sup> El subrayado es nuestro.

<sup>111</sup> RUIZ RISUENO: «El proceso...», *op. cit.*, pág. 431.

De esta manera se trata de conjurar los riesgos derivados de un eventual ejercicio abusivo de la petición de anotación preventiva<sup>112</sup> una vez constatados los efectos contundentes que provoca una medida tan agresiva como ésta: de una parte, atenúa la irresistible ejecutividad del acto administrativo objeto de impugnación jurisdiccional y, de otra parte, implica para quien la solicita una garantía patrimonial que se proyecta sobre una finca concreta y determinada que tiene como reflejo un quebranto patrimonial para el titular registral afectado por la misma, como por ejemplo la merma en las posibilidades de acceso al crédito o de enajenar<sup>113</sup>. En efecto, como advierte ARNAIZ EGUREN<sup>114</sup>, no obstante la utilidad que ofrece esta medida cautelar, también puede resultar peligroso su abuso en la medida en que puede favorecer situaciones de presión sobre el titular registral, ya que provoca una situación de interdicción de la finca afectada durante la tramitación del proceso, que si bien no puede ser calificada técnicamente como carga, sin embargo puede originar toda clase de dificultades para la negociación sobre la misma en el tráfico inmobiliario, al punto de dar lugar a la práctica paralización de su negociabilidad.

Acordada la procedencia de la caución, ésta se erige en *conditio sine qua non* para la práctica de la anotación preventiva, subordinándose pues ésta a la constitución de aquélla<sup>115</sup>; requisito éste que en

<sup>112</sup> Defiende BAÑO LEÓN la lógica de la norma contenida en el Real Decreto 1093/97 en tanto que dirigida a «prevenir el uso torticero de los recursos contenciosos en materia urbanística», pero en cambio duda de la legalidad de tal medida: «al no tener base bastante en la Ley Hipotecaria y suponer una mediatización de las potestades del Juez o Tribunal de lo contencioso» («Las medidas cautelares en el recurso contencioso-administrativo. Particular referencia al urbanismo, medio ambiente y contratación administrativa», en *Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, «Cuadernos de Derecho Judicial», VIII, 1999, pág. 266).

<sup>113</sup> LASO MARTÍNEZ: «Cautelas registrales...», *op. cit.*, págs. 72 y 88-89. Y es que como explica el autor, «la referencia al inmueble proporcionará al juzgador un elemento doble de valoración: activamente, reflejará el interés verdadero protegible, dándole elementos de juicio para contrastar la legitimidad de la petición; pasivamente, le proporcionará igualmente la medida del interés en juego para evaluar la garantía que impida su abusivo ejercicio».

<sup>114</sup> «La inscripción registral...», *op. cit.*, pág. 471 y 472.

<sup>115</sup> La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de enero de 2001, ya citada, se expresa en los siguientes términos: «El acto apelado, partiendo de lo dispuesto en los artículos 129 y 130 de la Ley de esta Jurisdicción y 67 del Real Decreto 1093/1997 que regula la anotación preventiva de que se trata, y entendiendo que no existe justificación suficiente de la necesidad de acordar tal medida y que la misma provocaría perjuicios al titular de la finca afectada, desestimó la solicitud de anotación preventiva como medida cautelar. Esta Sala rechaza dicha argumentación, que no se estima concorde con lo que establece el art. 67 citado, del que no se desprende que la anotación preventiva que en él se prevé provoque interdicción de la finca afectada, por implicar dificultades para la negociación sobre la misma en el tráfico inmobiliario, como razona el auto apelado, ni supone perjuicio para terceros. Y esto lo corrobora, según tiene constancia esta Sala, que el acreedor hipotecario sobre la finca respecto de la que se pide la anotación preventiva Argentaria Caja Postal y Banco Hipotecario, S. A., personándose en la pieza separada en la que se reprodujo la misma petición no se opone a la petición de referida anotación preventiva, siempre

todo caso ha de ser exigido por el órgano judicial competente para acordar la medida cautelar<sup>116</sup>. Así se deduce del inciso segundo del artículo 133.2 de la LRJCA al disponer que «la medida cautelar acordada no se llevará a efecto hasta que la caución o garantía esté constituida y acreditada en autos, o hasta que conste el cumplimiento de las medidas acordadas para evitar o paliar los perjuicios a que se refiere el apartado precedente».

En cuanto a la forma en que pueda constituirse la caución, el inciso primero de este mismo precepto establece que «la caución o garantía podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho», es decir, no existe en principio limitación alguna, si bien en la práctica lo habitual es que se exija fianza en metálico o aval bancario, evitando así los inconvenientes que puedan derivarse de la eventual ejecución de otras modalidades, entiéndase la pignoratícia o hipotecaria, y excluida la posibilidad de fianza personal, según establece el último párrafo del artículo 1.428 de la LEC<sup>117</sup>.

vii) *Órgano jurisdiccional competente y título para la anotación*

Evidentemente, lo será el Juez o Tribunal competente para conocer del recurso contencioso-administrativo cuya anotación preventiva se interesa, pues como ya se ha puesto de manifiesto las medidas cautelares tienen un carácter instrumental y accesorio respecto del proceso principal al que sirven. Así, el artículo 7.1 de la LRJCA dispone que «los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo que fueran competentes para conocer de un asunto lo serán también para todas sus incidencias...», lo que exige de éstos, por una elemen-

que se mantenga la carga inscrita a su favor». Y añade más adelante: «Evidentemente dicha impugnación como toda afección o limitación urbanística puede traducirse en un contenido económico, y por ello a este respecto el citado art. 67 del R. Decreto 1093/1997, previene que la solicitud de dicha anotación preventiva se hará, ofreciendo indemnización por los perjuicios que pudieran seguirse en caso de estimarse el recurso, de tal forma que la falta de caución que, en su caso, exija el Tribunal para evitar daños al titular de la finca o derecho anotado, impedirá la práctica de la anotación. En el presente caso la solicitante de tal medida ofreció indemnización que el Tribunal ponderadamente acuerde, incumpliendo así la exigencia de dicho precepto, de tal forma que la falta de caución, que garantice dicha indemnización impide la práctica de la anotación pedida. Y la cuantía de dicha caución teniendo en cuenta las manifestaciones de la titular de la finca afectada sobre la que se están realizando construcciones en virtud de la licencia impugnada, se estima que debe de ascender a trescientos cincuenta millones de pesetas (350.000.000 ptas.), que deberá de prestar la recurrente para llevar a efecto la anotación preventiva solicitada».

<sup>116</sup> El Auto del TS de 21 de marzo de 1984 declara que «la exigencia de caución es facultad que corresponde al Tribunal cuando acuerda dicha medida, según la apreciación que obtenga sobre sí de la misma, puede resultar algún daño o perjuicio a los intereses públicos o de tercero, pues así se dispone en el artículo 124 de la Ley de esta Jurisdicción».

<sup>117</sup> En este sentido, GONZÁLEZ PÉREZ: «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...», *op. cit.*, pág. 2086 y ÁLVAREZ-LINERA Y URÍA: «La nueva Ley del Suelo...», *op. cit.*, pág. 49.

tal medida de prudencia, que antes de acordarse la medida cautelar que en su caso se hubiere solicitado el órgano jurisdiccional verifique su competencia, de conformidad con lo prevenido a este respecto en el artículo 51.1.a) de la LRJCA, como anteriormente se ha indicado.

Y teniendo en cuenta el objeto del proceso contencioso-administrativo en que la medida cautelar puede ser adoptada —recordemos una vez más que «el recurso ha de referirse a actos de la Administración Pública que tengan por objeto la aprobación definitiva de los planes de ordenación, de sus instrumentos de ejecución o de licencias y que recaigan sobre fincas concretas y determinadas»—, la competencia corresponderá normalmente a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo<sup>118</sup> o a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia<sup>119</sup>.

En cuanto a la forma de la resolución, ha de distinguirse entre la resolución judicial que ponga fin al incidente cautelar en la que se acuerde la anotación preventiva de la interposición del recurso contencioso-administrativo y aquella otra que sirve para comunicar al órgano registral correspondiente la práctica del asiento acordado. Como sabemos el artículo 69 del RD 1093/97 establece que «la anotación se practicará en virtud de mandamiento judicial en el que se consigné literalmente la resolución dictada y que se ha prestado, en su caso, la caución correspondiente», es decir, señala el título formal para la práctica de la anotación por parte del encargado del Registro de la Propiedad. Recordemos que el mandamiento es un medio de comunicación para el traslado de las resoluciones judiciales que ordenen la práctica de cualquier actuación cuya ejecución corresponda a los Registradores de la Propiedad, entre otros (art. 149.5.º LEC)<sup>120</sup>. Dicho mandamiento habrá de contener literalmente la resolución dictada en el incidente cautelar en la que se acuerde la práctica de la anotación preventiva, con la indicación de las circunstancias al efecto pertinentes: determinación de las fincas afectadas, referencia a la certificación registral que sirve de complemento a la solicitud de la medida cautelar y a las personas que han sido oídas en el procedimiento, así como la indicación de haberse prestado la caución, si procede.

Cual sea la forma que deba adoptar esa resolución judicial implica tener en cuenta lo dispuesto a este respecto en los artículos 206 de la LEC y 245 de la LOPJ, que distinguen entre «Providencias», «Autos» y «Sentencias» básicamente.

<sup>118</sup> Vid. art. 8.1.c) de la LRJCA.

<sup>119</sup> Vid. art. 10.1. a) y b) de la LRJCA.

<sup>120</sup> Vid. arts. 257 LH y 165 RH. Téngase en cuenta la supletoriedad de la LEC en el orden contencioso-administrativo (Disposición final primera de la LRJCA y artículo 4 de la propia LEC).

Pues bien, sobre esta materia el artículo 43 de la LH dispone que «en el caso del número primero del artículo anterior (o sea, la anotación preventiva de demanda) no podrá hacerse la anotación preventiva sino cuando se ordene por providencia judicial, dictada a instancia de parte legítima y en virtud de documento bastante al prudente arbitrio del juzgador». Partiendo de esta norma, ÁLVAREZ-LINERA<sup>121</sup> no duda en señalar que la anotación preventiva de demanda contencioso-administrativa en relación con actos de urbanismo debe hacerse por providencia, a propuesta del respectivo Secretario Judicial, según dispone el artículo 290 de la LOPJ<sup>122</sup>. Sin embargo, y así lo apunta ya GARCÍA GARCÍA<sup>123</sup>, parece más adecuado que la resolución judicial en que se acordare esta medida cautelar lo fuera en forma de «Auto», entre razones porque, como señala este autor, las anotaciones preventivas contenidas en la LH —y más concretamente la del art. 42.1.º— no son de ordenación material<sup>124</sup>, sino limitativas de derechos de las partes y de terceros.

El artículo 131 de la LRJCA no admite dudas a este respecto: «El incidente cautelar se sustanciará en pieza separada, con audiencia de la parte contraria, en un plazo que no excederá de diez días, y será resuelto por auto dentro de los cinco días siguientes». Lo que no es sino consecuencia de lo dispuesto en el artículo 245.1.b) de la LOPJ que prevé que adopten la forma de «Auto» aquellas resoluciones judiciales cuando decidan, entre otros casos, las cuestiones incidentales y adoptará la fórmula establecida en el artículo 248.2 de la LOPJ, es decir, «serán siempre fundados y contendrán en párrafos separados y numerados los hechos y los razonamientos jurídicos y, por último, la parte dispositiva. Serán firmados por el Juez, Magistrado o Magistrados que los dicten»<sup>125</sup>. Y el artículo 206.2.1.º de la LEC prevé, entre otros supuestos, que cuando se trate de anotaciones e inscripciones registrales la resolución del órgano jurisdiccional adoptará la forma de auto.

<sup>121</sup> «La nueva Ley del Suelo y el Registro...», *op. cit.*, 47.

<sup>122</sup> Eso sí, el autor alude a la reforma de la LEC operada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, que acabó con la distinción entre providencias de mera tramitación y las que no tenían este carácter.

<sup>123</sup> «Código de legislación hipotecaria y del Registro Mercantil», Ed. Civitas, Madrid, 1986, pág. 44, nota n.º 12.

<sup>124</sup> El art. 245.1.a) de la LOPJ, citado, se refiere a las Providencias como aquellas resoluciones que «tengan por objeto la ordenación material del proceso».

<sup>125</sup> En relación a la medida cautelar típica de la suspensión de la ejecución del acto administrativo objeto de impugnación jurisdiccional, que entendemos trasladable a la medida cautelar que nos ocupa, señala RUIZ RISUENO que «la pieza separada ya no podrá ser resuelta mediante fórmulas estereotipadas, sino que requerirá una necesaria, imprescindible y específica motivación», en referencia a la ya clásica obra de GARCÍA DE ENTERRÍA sobre esta materia, «La batalla por las medidas cautelares» («El proceso...», *op. cit.*, pág. 435).

Finalmente, el Auto que decida la pieza separada de medidas cautelares, si hubiere sido dictado por un órgano unipersonal (Juez de lo Contencioso-Administrativo) será recurrible en apelación, en un solo efecto [art. 80.1.a) LRJCA]; y si lo hubiere dictado un órgano colegiado (Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ), será recurrible en casación, previa interposición del recurso de súplica [art. 87.1.b) y 3 LRJCA]<sup>126</sup>.

#### viii) Duración y efectos de la anotación preventiva

Dispone el artículo 72 del RD 1093/97 que «la duración, prórroga y las demás cuestiones no especialmente previstas en los artículos anteriores, se regirán por lo establecido en la legislación hipotecaria para la anotación preventiva de demanda».

En cuanto a la duración temporal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 309.2 del TRLS de 1992, le será aplicable el régimen general de los artículos 86 de la LH y 199 del RH, es decir, cuatro años, prorrogables por otros cuatro años más. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que según establece este precepto reglamentario, según la reforma introducida por el Decreto de 17 de marzo de 1959 para el caso de las «anotaciones preventivas ordenadas por la autoridad judicial», cual es el caso, se dispone que «no se cancelarán por caducidad, después de vencida la prórroga establecida en el artículo 86 de la Ley,

<sup>126</sup> Téngase en cuenta la redacción dada al apartado tercero del artículo 87 de la LRJCA por la Disposición final decimocuarta de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Ha de hacerse notar el cambio sustancialmente que en esta materia ha operado la vigente LRJCA respecto de la anterior redacción dada por Ley 10/92, de cuya literalidad en la regulación del recurso de casación contra autos se extraía por la jurisprudencia la consecuencia de la irrecurribilidad de aquellos que ordenaban la práctica de la anotación preventiva, en cuanto supuesto no contemplado expresamente en el anterior artículo 94.1.b). Ejemplo de esta doctrina es el Auto del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1996 (casación 1811/1995, recurso de queja), que declara que «evidentemente el supuesto no está contemplado en el artículo 94 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el que se limita el recurso de casación contra autos a sólo cuatro clases de éstos —los que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación, los que pongan término a la pieza separada de suspensión y los recaídos en ejecución de sentencia— en ninguno de los cuales cabe subsumir los acordados en materia de anotaciones preventivas de demanda en el Registro de la Propiedad, sin que quepa, como los recurrentes pretenden, hacer extensiva a éstos los relativos a la pieza separada de suspensión, dado lo extraordinario del recurso de casación, que sólo se da en los supuestos previstos en la ley». La interpretación extensiva que se pretende del supuesto de la suspensión no es procedente, porque, como puede comprenderse, ambos casos se refieren a realidades diversas: no es lo mismo una medida judicial que priva de eficacia a un acto administrativo (que eso es lo que representa la suspensión), que una medida judicial que, dejando intacto el acto impugnado, se limita a publicar en el Registro de la Propiedad la existencia de un recurso contencioso-administrativo (que eso es lo que representa, y nada más, la anotación preventiva)». Esta misma doctrina se recoge, entre otros, en el Auto de 24 de septiembre de 1999.

hasta que haya recaído resolución definitiva firme en el procedimiento en que la anotación preventiva y su prórroga hubiesen sido decretadas».

Ello se corresponde con lo prevenido en el artículo 132 de la LRJCA, cuyo apartado número 1 prescribe que «las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley. No obstante, podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado»<sup>127</sup>.

Los efectos que se deducen de las anotaciones preventivas los clasifica DE CASSO<sup>128</sup> en generales a todas ellas y en especiales.

Son efectos generales: a) asegurar las consecuencias de un juicio o procedimiento, en cuanto al que lo inicia; b) caucionar un derecho no hecho efectivo; c) impedir perjuicios a personas que contratan con otras, cuya capacidad se halla en litigio, o a estas mismas; d) impedir la anotación de títulos, de igual o anterior fecha a los ya anotados, cuando resulten incompatibles (art. 17 LH); e) otorgar preferencia para el cobro de los créditos anotados (arts. 44 LH y 1.923 CC); y f) preparar la inscripción definitiva.

Son efectos especiales los que sean consecuencia de los anteriores, en cada caso, según la clase de anotación de que se trate. Y así, a modo de ejemplo, se citan las anotaciones de demanda o de embargo, que impiden la ocultación, destrucción o enajenación de las cosas a que se refieren y, en consecuencia, que el deudor se constituya en situación de insolvencia (art. 44 LH); o la anotación de un título que adolece de defecto subsanable, que producirá el efecto de retrotraerse la eficacia de la inscripción, una vez subsanada la falta, a la fecha en que se practicó la anotación (arts. 67 y 70 LH).

La proyección de los efectos en los principios hipotecarios supone, como se ha indicado, el enervamiento de la fe pública registral respecto del adquirente de buena fe, que no podrá alegarla en su favor. En este sentido, y en relación con el supuesto específicamente considerado de la anotación de la interposición del recurso contencioso-administrativo en el ámbito urbanístico, quiere decirse que en el caso de que no se hubiere tomado la anotación y en el plazo que media

<sup>127</sup> Añade el apartado número 2 de este precepto que «no podrán modificarse o revocarse las medidas cautelares en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate, y tampoco, en razón de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar».

<sup>128</sup> «Derecho hipotecario...», *op. cit.*, págs. 515-516.

desde la iniciación del procedimiento hasta la fecha de la presentación en el Registro del testimonio del fallo hubiese surgido un titular protegido, no se podría realizar la inscripción de la resolución judicial por aplicación de los principios de fe pública, tracto sucesivo o prioridad registral.

El derecho anotado, pues, perjudica a tercero y el no anotado no le perjudica, pero no tiene un alcance positivo, el adquirente de un derecho anotado lo adquiere según la realidad jurídica. Además, no puede predicarse de la anotación preventiva el efecto legitimador, ni cabe considerar tercero protegido al que anota, pues para conseguir ambos efectos es necesario la inscripción.

El principio de prioridad se da en una medida muy limitada ya que el efecto de cierre del Registro es provisional y sólo se produce respecto de los títulos traslativos del dominio o de los derechos reales: únicamente otorga un rango prioritario en el caso del crédito re-faccionario, que surte los mismos efectos que la inscripción de hipoteca.

Finalmente, en relación con las facultades dispositivas del titular del derecho gravado con la anotación, dispone el artículo 71 de la LH que «los bienes inmuebles o derechos reales anotados podrán ser enajenados o gravados, pero sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación»<sup>129</sup>, es decir, no podrá ser utilizado si la anotación fuera de las de enajenar comprendidas en los artículos 26.2 y 42.4 de la LH en relación con el artículo 145 del RH. En definitiva, puede afirmarse que la anotación preventiva otorga una especial protección del derecho anotado, pero no altera ni fortalece a éste<sup>130</sup>.

En relación directa con la duración y efectos de la de anotación preventiva se encuentra el efecto que sobre la misma ha de tener la sentencia firme que se dicte en el proceso contencioso-administrativo en que la misma fue adoptada como medida cautelar. A ello se refiere el artículo 71 del RD 1093/97 cuando dice que «la sentencia firme que ponga fin al procedimiento contencioso-administrativo en el que se hubiera ordenado la anotación preventiva producirá los siguientes efectos: 1. Será título bastante para practicar los asientos dispuestos

<sup>129</sup> El citado Auto de 22 de junio de 2001 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional declara que «la anotación preventiva tiene diversas finalidades, entre ellas, la de asegurar los resultados de un proceso, lo que, sin duda, conecta con el carácter cautelar de las medidas que se puedan adoptar en el proceso contencioso-administrativo, pero no impide las hipotéticas transmisiones de los inmuebles a que afecta».

<sup>130</sup> CHICO Y ORTIZ, «Calificación jurídica, conceptos básicos y formularios registrales», Marcial Pons, Madrid, 1987, p. 237 y CANO TELLO, «Manual de Derecho hipotecario», *op. cit.*, págs. 237-239.

en ella. 2. Cuando de la sentencia resulte la creación, modificación o extinción del dominio o de algún derecho real inscribible, se practicarán los asientos pertinentes en la forma establecida por el artículo 198 del Reglamento Hipotecario. Dicho artículo será de aplicación también respecto de la cancelación de asientos contradictorios practicados en virtud de títulos de fecha anterior a la anotación preventiva, cuando la titularidad de los derechos proceda de actos sujetos al control de los Juzgados y Tribunales contencioso-administrativos, en cuyo caso, a efectos de la cancelación de los asientos originados por los títulos a que se refiere este artículo, se resolverá en este orden jurisdiccional lo que proceda en trámite de ejecución de sentencia, previa citación de los titulares de los derechos afectos por la posible cancelación. 3. Cuando de la sentencia no resulte la creación, modificación o extinción del dominio o de algún derecho real, o la modificación de la descripción de las fincas sobre las que se hubiese practicado, la propia sentencia será título bastante para la cancelación de la anotación».

Esto es, si de la sentencia firme se deriva una mutación jurídico-real que afecte a la titularidad de fincas determinadas, al contenido de los derechos inscritos o a la modificación de la descripción del inmueble en cuestión se procederá a la práctica de los asientos que se correspondan con el contenido material de la sentencia misma, en el bien entendido que en tal caso no se deja al criterio del Registrador la decisión de los asientos a practicar, sino que la decisión se atribuye al órgano jurisdiccional, al punto de que si de la sentencia no resultase claramente tal extremo, sería necesario su complemento en el trámite de ejecución<sup>131</sup>.

Cuando del contenido sentencia no resulte la señalada mutación jurídico-real, se procederá a la cancelación de la anotación preventiva, solución ésta totalmente lógica pues si aquella no da lugar a una inscripción ordinaria por no suponer dicha mutación jurídico-real, es imposible que se origine otro asiento, tanto si el fallo concluye en la validez como en la nulidad de la actuación administrativa objeto de impugnación<sup>132</sup>.

<sup>131</sup> Así se expresa ARNÁIZ EGUREN. «La inscripción registral...», *op. cit.*, p. 482.

<sup>132</sup> *Idem.* p. 486.

## ¿DEROGACIÓN TÁCITA DE LOS ARTÍCULOS 101 DE LA LEY 30/92 Y 125 DE LA LEY DE EXPROPIACIÓN FORZOSA?

POR

FERNANDO LUQUE REGUEIRO

LETRADO DE LA COMUNIDAD DE MADRID  
SERVICIO JURÍDICO CENTRAL

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. LEGISLACIÓN APLICABLE A LA PROTECCIÓN PROCESAL DE LA VÍA DE HECHO. III. CRITERIOS DOCTRINALES. IV. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES. V. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA DEROGACIÓN TÁCITA DE LOS ARTÍCULOS 101 DE LA LEY 30/92, DEL 125 DE LA LEY DE EXPROPIACIÓN FORZOSA Y DEMÁS ARTÍCULOS CONCORDANTES (EL DESAPODERAMIENTO DEL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL PARA EL CONOCIMIENTO DE LOS INTERDICTOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN). 1. Criterios interpretativos a utilizar (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. El Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo es la sede natural del enjuiciamiento de la actuación material de la Administración. 4. Existencia de un cauce procesal *ad hoc* para la tramitación de las pretensiones relativas a la vía de hecho. 5. Improrrogabilidad y exclusividad de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. VI. CONCLUSIÓN: LA DEROGACIÓN TÁCITA DE LOS ARTÍCULOS 101 DE LA LEY 30/92 DEL 125 DE LA LEY DE EXPROPIACIÓN FORZOSA Y DEMÁS ARTÍCULOS CONCORDANTES.

### I. INTRODUCCIÓN

Una de las materias más inciertas del Derecho Procesal Administrativo actual es la de la exclusividad del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo en el conocimiento de las pretensiones deducidas frente a las vías de hecho. Si se reconoce dicha exclusividad, la consecuencia necesaria será que los artículos 101 de la Ley 30/92, 125 de la Ley de Expropiación Forzosa y demás artículos concordantes deben entenderse derogados tácitamente, en tanto en cuanto estos preceptos siguen reconociendo la posibilidad de ejercitar interdictos contra la Administración en la vía jurisdiccional civil.

En efecto, la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, al regular finalmente el recurso contencioso-administrativo contra las actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho, ha cuestionado uno de los resquicios competenciales del Orden Jurisdic-

cional Civil, cual era el conocimiento de interdictos contra la Administración<sup>1</sup>.

Como se sabe, hasta la entrada en vigor de la LJCA de 13 de julio 1998, la Jurisprudencia había consolidado 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 26 de noviembre sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común) se concedía al perjudicado por una actuación constitutiva de 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: el Civil y el 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 *posesio* privada frente a la vía de hecho, 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 mientras no se regulara expresamente y con todas las garantías, el tratamiento jurídico procesal de la vía de hecho administrativa.

Así llegamos al momento actual, una vez promulgada la LJCA de 1998, en la que se han planteado dos tesis:

<sup>1</sup> En agosto de 2001 elaboré un trabajo titulado «Falta de jurisdicción de los órganos del orden jurisdiccional civil para el conocimiento de las acciones interdictales formuladas contra la Administración Pública» (*Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, N.º 11, 2001). En dicho trabajo planteaba el problema interpretativo derivado de la regulación expresa del recurso contencioso-administrativo contra las vías de hecho por parte de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998. En el momento en que elaboré el citado artículo la doctrina mayoritaria defendía la coexistencia de dos vías procesales paralelas para la defensa de los derechos e intereses afectados por la vía de hecho (la vía contenciosa y la vía interdictal civil). Fuimos pocos los que defendimos la tesis opuesta. Es decir, que sólo cabía accionar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo para obtener la tutela contra las vías de hecho, debiendo entenderse derogada tácitamente la vía interdictal civil contra las vías de hecho. No obstante, podemos afirmar que dos años después, la incertidumbre jurídica cuestionada ha sido resuelta, no doctrinalmente, pero sí en la práctica del foro, puesto que, como podremos observar a lo largo de las presentes líneas, las Audiencias Provinciales se han decantado por la solución que propusimos. Así pues, en el presente trabajo procedemos a profundizar en los argumentos que ya utilizamos hace dos años. Añadimos nuevos argumentos de especial interés en la materia y analizamos las últimas resoluciones judiciales que han afrontado el problema interpretativo expuesto.

1.ª Aquella que propugna que la protección procesal frente a la vía de hecho puede llevarse a cabo tanto en vía civil como contenciosa.

2.ª Aquella que defiende que la vía civil interdictal debe entenderse derogada una vez producida la regulación del recurso contencioso-administrativo contra las actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho, en la LJCA de 1998.

Así pues, intentaremos hacer algo de luz en esta discusión. Ya adelantamos que la tesis que sostendremos será esta última<sup>2</sup>. Por tanto, podrá servir de fundamento a la excepción de falta de Jurisdicción que podremos oponer los que ostentamos la representación y defensa de la Administración Pública en los casos que se planteen (y se seguirán planteando) demandas interdictales contra la Administración en el Orden Jurisdiccional Civil, reconduciendo así la materia al conocimiento de los jueces del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Esta fue también la tesis defendida por el Servicio Jurídico de la Comunidad de Madrid en las XX Jornadas de encuentro de los Servicios Jurídicos de las Comunidades Autónomas celebradas en Bilbao en junio de 2003. En efecto, quien escribe propuso para dichas Jornadas la ponencia «la competencia exclusiva del orden contencioso-administrativo en los supuestos de vía de hecho de la Administración». Dicha ponencia fue elaborada por el Letrado de los Servicios Jurídicos Centrales del Gobierno Vasco D. Gorka Zorrozuai Aierbe.

Desgraciadamente no profundizó en la problemática propuesta, sino que se limitó a la mera exposición de la teoría sobre la vía de hecho. El Servicio Jurídico de la Comunidad de Madrid intervino en el debate subsiguiente a través de mi persona, y defendimos las tesis que sostenemos en el presente trabajo. A nuestras tesis se adhirió la mayoría de los Servicios Jurídicos presentes.

<sup>3</sup> 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 permanecer 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.

Para ello, analizaremos la regulación jurídica desde un punto de vista de Derecho positivo, así como los criterios doctrinales y jurisprudenciales sobre esta materia. Finalmente, ofreceremos los argumentos que fundamentan nuestra tesis.

## II. LEGISLACIÓN APLICABLE A LA PROTECCIÓN PROCESAL DE LA VÍA DE HECHO

Desde el punto de vista del Derecho positivo podemos delimitar los preceptos relativos a esta materia en dos grupos. Un primer grupo que englobaría todos los preceptos que siguen manteniendo la competencia del Orden Jurisdiccional Civil para el conocimiento de la protección procesal frente a la vía de hecho, y un segundo grupo, que englobaría todos aquellos preceptos que atribuyen al Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo la tutela de la vía de hecho administrativa.

Así, dentro del primer grupo podemos destacar el artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (*siempre que sin haberse cumplido los requisitos sustanciales de declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación y previo pago o depósito, según proceda, en los términos establecidos en esta Ley, la Administración ocupare o intentase ocupar la cosa objeto de expropiación, el interesado podrá utilizar, aparte de los demás medios legales procedentes, los interdictos de retener y recobrar para que los Jueces le amparen y, en su caso, le reintegren en su posesión amenazada o perdida*) y el artículo 101 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. (*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.*)

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 perturbadoramente 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 LOPI, 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.

Dentro del segundo grupo podemos destacar fundamentalmente el artículo 30 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativo de 13 de julio de 1998 (*En caso de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación. Si dicha intimación no hubiere sido formulada o no fuera atendida dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente recurso contencioso-administrativo*) y el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en su redacción otorgada por la LO de 13 de julio de 1998) atribuye al Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo el conocimiento de la pretensiones que se deduzcan contra las actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho.

Como puede observarse, de la lectura de estos preceptos ninguna consecuencia clara se deduce respecto de la cuestión que estamos tratando<sup>4</sup>, por lo que debemos desechar la interpretación literal y aislada de los citados preceptos. Habrá que atender a otros criterios interpretativos, en los términos que más adelante trataremos.

## III. CRITERIOS DOCTRINALES

Como ya anunciara de forma premonitoria FRANCISCO RUIZ RISUEÑO<sup>5</sup>, la cuestión que estamos tratando tiene su punto de partida en la deficiente técnica legislativa aplicada 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.*

De esta forma, puede decirse que es mayoritaria la doctrina que considera que la nueva regulación de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 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, se sostiene que aquella se establece como vía alternativa a la acción civil.

Esta línea es mantenida, entre otros, por los siguientes autores: PASCUAL SALA, XIOL RÍOS y FERNÁNDEZ MONTALVO, GARCÍA

<sup>4</sup> La Sentencia de 29 de enero de 2001 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 10), con ponencia de VELÁZQUEZ DE CASTRO PUERTA, expone en esta misma línea en su Fundamento de Derecho.

<sup>5</sup> Segundo que *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.*

<sup>6</sup> 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.

GÓMEZ DE MERCADO LÓPEZ MENUDO, GONZÁLEZ PÉREZ,  
GONZÁLEZ NAVARRO Y GARCÍA DE ENTERRÍA\*.

\* PASCUAL SALA, XIOL RÍOS, FERNÁNDEZ MONTALVO. *Práctica Procesal Contencioso-Administrativa*. Tomo II. Pág. 747. Editorial Bosch, 1999. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F. *Legislación de Expropiación Forzosa*. Págs. 453 y 454. Editorial Comares, 2001. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F. *Comentarios a la Ley de Jurisdicción contencioso-Administrativa de 1998*. Obra Colectiva coordinada por Rivero González, M. Págs. 326, 327 y 328. Editorial Aranzadi, 1999. LÓPEZ MENUDO, F. *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, en *Revista Española de Derecho Administrativo* n.º 1100. Págs. 322 y 323. 1998. GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Comentarios a la Ley de Jurisdicción contencioso-Administrativa de 1998*. Tomo I. Tercera Edición. Pág. 735. Editorial Civitas, 1998. GONZÁLEZ PÉREZ, J. «Comentarios sobre la impugnación de la inactividad de la Administración y la vía de hechos», en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, n.º 2. Pág. 61. 1999. 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. GARCÍA DE ENTERRÍA, TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo I*. Novena edición. Pág. 796. Editorial Civitas, 1999.

De esta forma, PASCUAL SALA, XIOL RÍOS y FERNÁNDEZ MONTALVO 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 parte de una premisa lógica, y es que siguiendo a CAIZOS FERNÁNDEZ, afirma que la Jurisdicción Contencioso-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 cabe 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 contencioso-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 LJCA (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 la 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.

Como principales argumentos, los citados autores, consideran de relevancia los siguientes:

Sin embargo, GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, en obra distinta a la anterior, si aborda 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 defendidas 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, 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 puntados 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 nada se cuestiona respecto de esta problemática, limitándose a señalar, que al amparo del art. 125 de la LEP 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, si 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, si plantea la cuestión en sitio diferente (?), 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.

GARCÍA DE ENTERRÍA reconoce que la nueva acción contencioso-administrativa

1.º En la tramitación parlamentaria se sustituyó la expresión imperativa del proyecto «deberá» por «podrá» en el artículo 30 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativo. GÓMEZ DE MERCADO<sup>7</sup> sin embargo matiza este punto y apunta la posibilidad de que dicha modificación se deba al ahora carácter potestativo del requerimiento previo. Compartimos esta apreciación y por tanto, este argumento carece de suficiente consistencia<sup>8</sup>.

2.º Ni la Ley Orgánica del Poder Judicial en su nueva redacción, ni la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa 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

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 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 LEP).

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, la citada autora reconoce que la praxis es bien distinta (y en esto estoy absolutamente de acuerdo, confirmando 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.

<sup>7</sup> GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F. *Comentarios a la Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998*. Obra Colectiva coordinada por Rivero González, M. Págs. 326, 327 y 328. Editorial Aranzadi, 1999.

<sup>8</sup> En esta misma línea el *Fundamento de Derecho Quinto del Auto de 25 de abril de 2001 de la Audiencia Provincial de Burgos* cuando dice que en modo alguno se opone a lo dicho, la dicción del artículo 30 de la Ley 29/98 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuando utiliza el término «podrá», en cuanto dicho término lo que hace es establecer la facultad al justiciable de acudir por dicha vía al proceso contencioso-administrativo, sin necesidad de seguir un actuar previo, como sucede en los restantes procesos ante la jurisdicción especializada.

mediante interdictos, si bien en casos excepcionales. En este punto debemos reconocer que en efecto no existe derogación expresa de los preceptos legitimadores del interdicto contra la Administración, pero entendemos que nuestros esfuerzos deben centrarse en la determinación de la posible derogación tácita de los mismos.

3.º Se argumentó en tercer lugar que 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. A nuestro juicio se olvida de un principio procesal esencial, cual es la improrrogabilidad y exclusividad de la Jurisdicción (como desarrollaremos más adelante).

4.º Se añade, por último, un cuarto argumento, afirmándose que el propio artículo 3 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa 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». Este argumento no lo considero relevante, por cuanto dicho artículo exige un presupuesto para su aplicación. Si no concurre este presupuesto aquel precepto carece de virtualidad. En el presente caso es claro que la propia Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa atribuye expresamente a los órganos del Orden Jurisdiccional Contencioso la protección contra la vía de hecho, por lo que el citado precepto no resulta aplicable, ya que no se trata de una cuestión expresamente atribuida al Orden Jurisdiccional Civil, sino, más al contrario, es una cuestión expresamente atribuida al Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo.

Así pues, es indudable que la mayoría de la Doctrina defiende la coexistencia en el plano legal de la acción interdictal civil y el nuevo recurso contencioso-administrativo contra la vía de hecho. No obstante, este mismo sector doctrinal plantea de *lege ferenda* la necesidad de que la protección contra las vías de hecho deba residenciarse en el Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo. En esta línea

GONZÁLEZ NAVARRO<sup>9</sup> recuerda 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.

Otro sector doctrinal, representado por GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ<sup>10</sup> sostiene, sin embargo, la misma conclusión que nosotros mantenemos, 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 Contencioso-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 Contencioso-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, por nuestra parte 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.

#### IV. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

Antes de entrar en el estudio del estado de la cuestión en la Jurisprudencia 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 Provin-

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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.

ciales, por lo que siendo rigoristas y en sentido estricto, no merece el calificativo de jurisprudencia ex artículo 1.6 del Código Civil, de modo que su infracción no puede invocarse como motivo de recurso de casación.

2.º El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción no se ha pronunciado expresamente sobre esta cuestión. Sin embargo, ha tenido ocasión de hacerlo al hilo de determinados conflictos relativos al interdicto de obra nueva (que como se sabe es una cuestión ya resuelta años antes por el Tribunal de Conflictos<sup>11</sup>) que se han suscitado, con posterioridad a la promulgación de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998.

En efecto, la *Sentencia de 9 de abril de 1999 del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción* (así como la posterior *Sentencia de 20 de octubre de 1999* del mismo Tribunal) se expresan en los siguientes términos:

*Persisten las razones básicas para resolver este conflicto de jurisdicción conforme se ha adelantado, y los artículos 26.2 y 30 de la nueva Ley 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998, 1741), Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, avanzan inequívocamente en ese sentido. De un lado, se admite el recurso contencioso-administrativo contra las actuaciones materiales de la Administración que constituyan vías de hechos, y, de otro, se establece el régimen de impugnación previo a dicho recurso. Pese a la tardía entrada en vigor de esta Ley respecto al caso de*

<sup>11</sup> El hito fundamental en la evolución hacia el posicionamiento consistente en la inadmisibilidad de los interdictos de obra nueva contra la Administración se circunscribe en tres sentencias dictadas en el año 1993 por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (dos de 20 diciembre y una de 21 diciembre, que de forma concluyente excluyen las obras públicas de la acción interdictal de obra nueva, argumentando la primera de las sentencias de 20 diciembre 1993 que «En efecto, con el interdicto de obra nueva de lo que se trata es de impedir que otro edifique o en lo edificado se mantenga inmovilizada esta situación, difiriendo a un juicio declarativo, en su caso, la continuación de la obra o su demolición. Si se examina esta figura interdictal, se comprueba que mediante ella se trata de obtener una resolución provisional de suspensión de una obra, pues la finalidad genérica de los interdictos de obra nueva es impedir los irreparables daños que pudieran producirse con la construcción de una obra, pero la finalidad inmediata es la suspensión o paralización. Se comprende así la gravedad de la medida cuando se trata de una obra pública, y más en este supuesto de una autovía que podría venir impedida o demorada *sine die* si los interdictos de obra nueva fueran posibles y se obtuviera una paralización, aun con la provisionalidad inherente a una medida de carácter cautelar y conservativa, como es esta figura procesal. La razón es de mayor profundidad y se enlaza directamente con el interés general que la "obra pública" tiene y de la significación misma de la Administración como gestora de intereses generales, pues no podría consentirse que una obra de tal naturaleza quedara diferida a un ulterior proceso declarativo, sin otra fase procesal anterior que la interdictal de obra nueva, instrumental y de "cognitio limitada"».

En la misma línea y con mayor contundencia si cabe la sentencia de 21 diciembre 1993 insiste en que «La naturaleza del interdicto de obra nueva (...) pugna con la posición constitucional de la Administración Pública y consiguiente régimen jurídico de los actos administrativos. El mismo Tribunal de conflictos confirma dicho posicionamiento en la más reciente sentencia de 30 marzo 1998 así como en las de 9 de abril de 20 de octubre de 1999».

autos, no hay duda de que la nueva normativa enlaza con la exégesis aquí defendida en el marco de la legislación anterior.

Como se puede observar, la sentencia parece traslucir que la línea a seguir después de la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1998 es precisamente la de la inadmisión de interdictos contra la Administración en vía civil por falta de jurisdicción. No obstante, sería imprudente afirmar que el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción ha reconocido tal aspecto, puesto que de la literalidad de aquel pronunciamiento no puede deducirse con plena seguridad dicha conclusión.

3.º Tampoco el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la cuestión que estamos tratando, y 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*<sup>12</sup> (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 nor-*

<sup>12</sup> Tampoco dedican ningún pronunciamiento a esta cuestión las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta) ni la de 20 de mayo de 2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta), lo cual, a nuestro juicio debe criticarse, por cuanto se elude la implantación de un criterio uniforme sobre la cuestión, evitando de esta forma la inseguridad jurídica que la situación actual produce.

*mativa anterior, la posibilidad de combatir la vía de hecho administrativa, sin necesidad de acudir a la Jurisdicción Civil sino ante la Jurisdicción Contenciosa-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 contenciosa-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 jurisdicción, pues se limita a reconocer la competencia de la Jurisdicción Contenciosa-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 en vía civil, o por el contrario se constituyan como vías paralelas.

Una vez hechas estas consideraciones previas, debemos señalar que la Jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales civiles ha evolucionado: es decir, entre los jueces civiles hay una tendencia a declararse faltos de jurisdicción para conocer de los interdictos contra la Administración.

En el año 1998 (año en el que finalmente se aprueba la LJCA), y como no podía ser de otro modo, se mantienen los planteamientos vigentes hasta entonces. Ilustra esta tesis el Fundamento de Derecho primero de la *Sentencia de 18 de noviembre de 1998 de la Audiencia Provincial de Pontevedra* (Sección 11), con ponencia de PICATOSTE BOBILLO<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> «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 art. 38 de la Ley de Régimen jurídico del Estado de 1957 que establecía la imposibilidad de entablar interdictos contra la Administración, siempre que

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<sup>14</sup>.

Esta 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 procédure*). 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-administrativa, 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.

<sup>14</sup> Así, el Fundamento de Derecho primero de la Sentencia de 8 de febrero de 1999 de la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 30) se dice que: «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 Avila: «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 autoriza 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

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 10), con ponencia de MOS-COSO 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 (arts. 25.2 y 30) la vía de hecho de la Administración como una actividad administrativa impugnabile y

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.

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».

Es durante el año 2000 cuando se manifiesta la tendencia por parte de los jueces civiles a declararse faltos de Jurisdicción para conocer de los interdictos contra la Administración<sup>15</sup>.

Es el Auto de 6 de abril de 2000 de la Audiencia Provincial de Lleida (Sección 20), el que por primera vez, establece una extensa y adecuada fundamentación jurídica sobre la cuestión. Lo exponemos a continuación:

*«PRIMERO: la cuestión planteada en el recurso es si un interdicto contra una actuación por vía de hecho de un Ayuntamiento es compe-*

<sup>15</sup> Así, en primer lugar, podemos citar la Sentencia de 19 de septiembre de 2000 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 40), 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: «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 art. 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 40), 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: «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 previsto 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 hecho».

La alegación no puede ser aceptada. Ni el art. 9.4 de la LOPJ —en su actual redacción— ni los art. 13.b) y 25.2 de la actual LJCA, por mor de los establecidos, 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, regían cuando ocurrieron los hechos objeto de este proceso, ni siquiera cuando fue presentada la demanda que lo dio origen».

tencia 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 estamos 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 "vis 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 atribuía 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 Contenciosa-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 14 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 jurisdicción, 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, ahonda asimismo en la cuestión, concluyendo que la competencia para conocer esta materia corresponde actualmente al Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo (Fundamento de Derecho tercero). En análogo sentido parece decantarse la Sentencia de 30 de mayo de 2000 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14), Fundamentos de Derecho primero y segundo<sup>16</sup>. Durante el año 2001

<sup>16</sup> La Sentencia de 11 de mayo de 2000 de la Audiencia Provincial de Zamora, Fundamento de Derecho tercero se expresa en los siguientes términos:

se ha producido la consolidación de la doctrina ya apuntada en el año 2000.

«Planteadas así la cuestión, a los únicos efectos de resolver sobre la excepción de falta de Jurisdicción alegada por el Ayuntamiento interdictado, resulta preciso aludir a la LJCA de 1998, que sus art. 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 sujeción 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 art. 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 lo 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 concibe 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 a castelar 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 art. 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 jurídica 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 propiedad 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, Fundamentos de Derecho primero y segundo expone:

La Sentencia de 29 de enero de 2001 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 10), 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<sup>17</sup>.

«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 explícita-

«... es decir, cuando estemos en presencia de una irregularidad sustancial al que parece aludir el art. 125 de la LEF, 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.

<sup>17</sup> El Auto de 9 de febrero de 2001 de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección Quinta), en esta misma línea su Fundamento de Derecho cuarto. De la interpretación a sensu contrario de la Sentencia de 17 de enero de 2001 de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 4.ª), en su Fundamento de Derecho tercero, se infiere igual planteamiento. 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».

mente 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 competencia 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».

La Sentencia de 2 de marzo de 2001 de la Audiencia Provincial de León (Sección Tercera)<sup>18</sup>, con Ponencia de ADOLFO MALLO MALLO,

<sup>18</sup> El Fundamento de Derecho tercero se expresa en los siguientes términos:

«La tesis que defendemos se ha visto reforzada, en nuestra opinión, por la promulgación de la Ley Orgánica 6/1998 de 13 de julio de reforma de la LOPJ y de la nueva LJCA 29/1998, de 13 de julio. Ciertamente que la novedosa legislación no procede a la denegación expresa de las normas relativas a la utilización de la vía interdictal contra la Administración, sin embargo, el nuevo apartado 4 del art. 9 LOPJ, al definir el ámbito competencial de la jurisdicción contenciosa, añade expresamente que sus órganos también conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyen vías de hecho, y por su parte, la nueva LJCA, ha establecido un cauce procesal específico para el control de las actuaciones administrativas constitutivas de vías de hecho (arts. 30, 32-2 y 46-3). Así las cosas y no sin reconocer la polémica doctrinal existente, nos parece afinado el juicio que emite la profesora doña Ana Belén G. D. (Interdictos contra la Administración: sobre su vigencia y perspectivas), publicado en Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 433 de 6 abril de 2000 que concluye: «En definitiva: la protección frente a las vías de hecho administrativas constituye, en sentido técnico, una 'materia' que el artículo 9.4 de la LOPJ atribuye a la jurisdicción contenciosa; y habiendo establecido la LJCA un cauce procesal habilitado a este fin, que cubre (y supera) todas las necesidades a las que servía la vía interdictal, el mantenimiento de ésta supondría desconocer el principio de improrrogabilidad de la jurisdicción, que veda la existencia de cauces procesales paralelos, diseñados con el mismo objeto, ante órdenes juris-

es digna de mención por un doble motivo. De un lado, llama la atención que en los Fundamentos de Derecho de una resolución judicial se aluda expresamente a los diferentes criterios doctrinales en la materia (con cita incluso de determinados trabajos doctrinales), y se asume por parte del Ponente, de una forma abierta, las tesis del sector doctrinal que niega protección civil contra las vías de hecho. Así en el Fundamento de Derecho tercero *in fine* se llega a la siguientes conclusión: «el recurrente ya no tiene una necesidad de protección jurídica especial capaz de justificar un control civil de las vías de hecho desde el momento en que la jurisdicción contencioso-administrativa dispone de todos los medios necesarios para conocer adecuadamente de estos asuntos jurídico-públicos».

El Auto de 25 de abril de 2001 de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección Segunda)<sup>19</sup>, con Ponencia de PICÓN PALACIO, llega a la

dicionales diferentes. Jurídicamente, pues, la posibilidad de incoar procesos interdictales contra las Administraciones públicas parece que debe quedar excluida a partir de la entrada en vigor de la LJCA».

La opinión es compartida por el profesor Santiago G. V. (*Comentario al art. 32 de la LJCA, REDA 100 de 1998*) quien cuestionándose si, tras la LJCA la jurisdicción civil sigue ostentando competencia para el control de vías de hecho, indica que «Pudo justificarse una extensión de la jurisdicción civil al conocimiento de asuntos de carácter público o administrativo en tanto en cuanto la jurisdicción contencioso-administrativa no tutelaba adecuadamente los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Pero, por ello mismo, cuando la LJCA/1998 contempla todos los medios procesales necesarios para conceder una respuesta jurídica adecuada frente a las vías de hecho deja de justificarse el conocimiento de la jurisdicción civil. Este no queda tanto prohibido como latente y forzosamente inoperante (y con ello el posible apoyo que pudiera encontrarse para admitir la demanda en vía civil en los arts. 101 de la LRJ-PAC y 125 de la Ley de Expropiación Forzosa). En conclusión, el recurrente ya no tiene una necesidad de protección jurídica especial capaz de justificar un control civil de las vías de hecho desde el momento en que la jurisdicción contencioso-administrativa dispone de todos los medios necesarios para conocer adecuadamente de estos asuntos jurídico-públicos».

<sup>19</sup> El Fundamento de Derecho quinto reza del siguiente tenor:

«Lógica consecuencia de cuanto se deja dicho, y puesto que en nuestro ordenamiento jurídico se parte del principio de impropiedad de la jurisdicción, como se lee en los artículos 9.1 y 6 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, no puede conocer la jurisdicción civil de los recursos jurisdiccionales contra las actuaciones de hecho de la Administración, pues de las mismas conoce la jurisdicción especializada y no la ordinaria. Y puesto que la posibilidad de enjuiciar la vía de hecho ante la jurisdicción civil —artículo 1632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881— era el presupuesto que habilitaba la posibilidad de utilizar los interdictos contra la Administración, es lo cierto que hoy en día, desaparecida dicha posibilidad, no es posible promover interdictos contra la Administración, lo que obliga a modificar el criterio de la Sala al respecto y a desestimar, el recurso interpuesto».

En modo alguno se opone a lo dicho, la dición del artículo 39 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuando utiliza el término 'podrá', en cuanto dicho término lo que hace es establecer la facultad al justiciable de acudir por dicha vía al proceso contencioso-administrativo, sin necesidad de seguir un actuar previo, como sucede en los restantes procesos ante la jurisdicción especializada.

Tampoco se opone a lo dicho el argumento de la Ley de Expropiación Forzosa y la propia Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como alguna otra norma sectorial, sigan conteniendo referencias a la posibilidad de utilizar los interdictos, pues al haber configurado en la LO 6/1985, de 1 de julio, del

misma conclusión que la sentencia anterior, aunque con argumentos diferentes. En efecto, la argumentación se circunscribe a la invocación del principio de impropiedad de la jurisdicción (arts. 9.1 y 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). La consecuencia de dicho principio, tal y como se lee en dicha resolución judicial, determina que no pueda conocer la jurisdicción civil de los recursos jurisdiccionales contra las actuaciones de hecho de la Administración, pues de las mismas conoce la jurisdicción especializada, es decir, la contencioso-administrativa y no la ordinaria.

En segundo lugar, el citado Auto alude a un segundo argumento que no compartimos. Se afirma en dicho Auto que «puesto que la posibilidad de enjuiciar la vía de hecho ante la jurisdicción civil —artículo 1632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881— era el presupuesto que habilitaba la posibilidad de utilizar los interdictos contra la Administración, es lo cierto que hoy en día, desaparecida dicha posibilidad, no es posible promover interdictos contra la Administración, lo que obliga a modificar el criterio de la Sala al respecto y desestimar el recurso interpuesto».

No compartimos esta argumentación jurídica porque parte de un presupuesto inexacto. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 es cierto que ya no utiliza la denominación de *interdictos*, ni regula procedimientos especiales para su tramitación, pero se mantiene la posibilidad de ejercitar acciones posesorias, ahora tramitándose como juicio verbal. La nueva Ley no regula expresamente las acciones posesorias contra la Administración, pero tampoco lo hacía la Ley anterior. Por tanto, ninguna consecuencia puede extraerse de esta circunstancia.

Otra sentencia especialmente importante en esta materia es la Sentencia de 23 de julio de 2002 de la Audiencia Provincial de Santander, con Ponencia de SÁEZ VÉLEZ. Su importancia radica en el hecho de que se concluye con total claridad la derogación de los artículos 125 de la Ley de la Ley de Expropiación Forzosa y el artículo 101 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre. En efecto, el Fundamento de Derecho primero de la citada sentencia pone de manifiesto la contradicción existente entre los artículos 125 de la Ley de Expropiación Forzosa y el artículo 101 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre respecto de los artículos 25 y 30 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativo. Partiendo de esta contradicción, la sentencia acude al cri-

Poder Judicial con nueva distribución de competencias entre la jurisdicciones, no es posible entender que por preceptos aprobados anteriormente y en leyes de rango ordinario, se pueda modificar esa distribución de conocimientos que se ha llevado a cabo tras la LO 6/1985 de 13 de julio».

terio interpretativo derogatorio de *lex posterior derogat lex anterior*. Como los preceptos de la LJCA de 1998 son posteriores a la Ley de Expropiación Forzosa y a la Ley 30/92, debe concluirse que los preceptos de estas dos últimas leyes citadas deben entenderse derogados tácitamente<sup>20</sup>.

#### V. FUNDACIÓN JURÍDICA DE LA DEROGACIÓN TÁCITA DE LOS ARTÍCULOS 101 DE LA LEY 30/92, DEL 125 DE LA LEY DE EXPROPIACIÓN FORZOSA DEMÁS ARTÍCULOS CONCORDANTES (EL DESAPODERAMIENTO DEL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL PARA EL CONOCIMIENTO DE LOS INTERDICTOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN)

##### 1. Criterios interpretativos a utilizar (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 artículo 3.1 del Código Civil.

Así, creemos fundamental en este punto invocar en primer término una interpretación histórica, complementada con una interpretación lógica.

Para realizar esta interpretación histórica, debemos conocer cuál fue el origen de la admisión de los interdictos contra la Administración. Este 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

<sup>20</sup> Finalmente podemos mencionar el Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 50 de Madrid de 8 de enero de 2003, en el que al amparo del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se aprecia la falta de jurisdicción del Orden Jurisdiccional Civil para conocer de la demanda de juicio verbal de interdicto de obra nueva contra la Comunidad de Madrid, declarándose competente la jurisdicción contencioso-administrativa.

en que incurría la Administración (como en los casos de la vía de hecho). Ello es explicado por LÓPEZ MENUDO de forma brillante cuando dice que *en la etapa de formación de nuestro sistema administrativo las competencias del juez ordinario, y entre ellas la de conocer de interdictos contra la Administración, delimitaban el ámbito mismo de la Justicia frente a un poder gubernativo o una jurisdicción separada de aquella. La restricción a la posibilidad de ejercer acciones interdictales contra la Administración fue decisiva para trazar la línea fronteriza de lo que constituía el ámbito privilegiado de la Administración exento de la fiscalización de los jueces. El mayor o menor acervo de competencias en la Justicia ordinaria no era entonces algo indiferente sino que afectaba al equilibrio mismo de la relación entre poderes; los recelos ante los desequilibrios en uno u otro sentido tentan, pues, plena justificación*<sup>21</sup>.

Este sistema debe entenderse en dichas coordenadas, no siendo extrapolable, según nuestro criterio, a contextos distintos<sup>22</sup>. Es la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956 la que instaura definitivamente un sistema de control jurisdiccional. Así, su Exposición de Motivos (Expositivo II,5, apartado 30) proclama frente a las posiciones tradicionales de influencia francesa precedentes, el carácter judicialista de la Ley: «siguiendo la orienta-

<sup>21</sup> F. LÓPEZ MENUDO, *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Pág. 38, Civitas, 1988.

<sup>22</sup> A esta misma conclusión llega el Auto de 25 de abril de 2001 de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección Segunda), en sus Fundamentos de Derecho tercero y cuarto: *Como bien es sabido, el hasta hace muy poco vigente ordenamiento jurídico español ha venido prohibiendo la utilización de los interdictos contra la Administración. Así lo ha manifestado el tenor literal de los artículos 38 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 103 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958. Sin embargo, dichos textos legales, el artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, y posteriormente el artículo 101 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aunque partían de la prohibición en general del uso de los interdictos contra la Administración, permitían, como excepción, la utilización de dicha vía ante la jurisdicción civil en aquellos supuestos en los que la misma había incurrido en vía de hecho. Tal regulación respondía a una tradición jurídica española que derivaba, a su vez, de la legislación revolucionaria francesa, donde el control de la legalidad del actuar de la Administración se encomendaba, como regla general, a órganos administrativos, aunque actuando en forma contenciosa; así, en la legislación francesa, la jurisdicción civil no podía conocer de asuntos administrativos, bajo la idea de que controlar la Administración era administrar y ello atenuaba contra el dogma de la división de poderes, como se recogió en la Ley de 16-24 de agosto de 1790. Sin embargo, esa prohibición se exceptuaba en los casos de vote de fait, esto es, cuando la Administración actuaba de forma flagrantemente ilegal, lo que justificaba la pérdida del privilegio de ser enjuiciada por los propios órganos administrativos de control.*

CUARTO Por lo tanto, lo que justificaba históricamente la excepción de prohibición de los interdictos contra la Administración era, precisamente, la existencia de la vía de hecho, en cuyo caso la jurisdicción civil era competente de acuerdo con los preceptos legales antes citados, de enjuiciar a la Administración. Criterio reiteradamente seguido por esta Sección y, en general, por las Audiencias Provinciales españolas. Sin embargo, esta regulación legal ha venido a alterarse no tanto, aunque también, por la publicación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuanto por la de la LO 6/1998 de 13 de julio, de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ción que impuso la de 5 de abril de 1904, en cuanto confía la Jurisdicción Contencioso-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 (aspecto éste que trataremos más adelante).

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, como decimos, la nueva Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa 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 cierta desprotección, por no hablar de indefensión.

2.º Porque en la nueva Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa se mantiene el carácter judicialista del control de la actuación administrativa, ya que en este aspecto es continuista respecto de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 (así se desprende —el carácter continuista—, de la Exposición de Motivos de la nueva Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa: «se ha querido conservar, conscientemente, todo aquello que en la práctica ha funcionado bien, de conformidad con los imperativos legales»). Ello determina que toda la desconfianza que históricamente se ha vertido respecto de la justicia administrativa cese definitivamente, y que cualquier solución que pase por depositar en los jueces de lo contencioso-administrativo el conocimiento de esta materia en exclusiva pueda llevarse a buen fin sin recelos injustificados y sin la conciencia de dejar desprotegido al ciudadano en los supuestos de vía de hecho. El temor que se produzca dicha desprotección (que supuestamente se produciría en el caso de que se concluyera que los jueces civiles carecen de jurisdicción para conocer de los interdictos contra la Administración) debe desecharse por cuanto la nueva Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998 establece todas las garantías procesales para que este tipo de pretensiones puedan ser satisfechas sin dilación en el tiempo.

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 Ley Orgánica del Poder Judicial

de 1985. Al ser una Jurisdicción especializada en Derecho administrativo, y conociendo que en este tipo de procesos se resuelven mediante el estudio de la actuación de la Administración en el caso concreto (el juez debe examinar la competencia actuada y el procedimiento seguido en la actuación de la Administración) parece lógico pensar 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 la tutela plenaria de las mismas, sino también sobre la tutela cautelar; una vez, que la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 por fin establece una cauce procesal *ad hoc* para la tramitación de dichas pretensiones. Además de ser la solución lógica, es indudablemente la solución más acorde con el espíritu de la Ley Orgánica del Poder Judicial que pretende que los asuntos sean resueltos por los órganos judiciales más preparados y especializados en la materia de la que conocen (en los términos que más tarde expondremos).

4.º Porque la Jurisdicción Contencioso-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

5.º Porque resulta esencial para dilucidar la problemática tratada no olvidar un principio fundamental rector de la relación y coexistencia entre los distintos órdenes jurisdiccionales. Éste es el principio de improrrogabilidad y exclusividad de los distintos órdenes jurisdiccionales, y en concreto, la improrrogabilidad y exclusividad de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que se constituye 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. Aquélla es tan «ordinaria» como ésta

Ya hemos adelantado que el Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo no es una jurisdicción especial, sino especializada dentro de la Jurisdicción Ordinaria, y por tanto, otorga a los ciudadanos

una tutela judicial del mismo nivel que el Orden Jurisdiccional Civil. Dicha afirmación es una obviedad, pero creemos oportuno recordarlo en el presente trabajo, pues, no podemos olvidar que la problemática que estamos abordando tiene su origen histórico — como ya hemos visto — 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 Ley Orgánica del Poder Judicial 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<sup>23</sup>. Por tanto, a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial 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 en virtud del desarrollo que la citada Ley Orgánica ha realizado del art. 17.3 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).

<sup>23</sup> Entre otras, podemos señalar las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1987, 1 de febrero de 1988 y 25 de octubre de 1989.

Por otro lado, debemos señalar que el principio *Jura 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)<sup>24</sup> no debe ser considerada menor, pues como señala LÓPEZ MENU-DO<sup>25</sup> en los interdictos contra la Administración existe una «alta dosis de prejudicialidad jurídico-administrativa». Nuestro criterio coincide con 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. Como apunta el citado autor, *en contra de lo que suele decirse, en los interdictos contra la Administración no se enjuician solo y exclusivamente aspectos civiles o relativos a la posesión; fundamentalmente, el juicio versa sobre materia administrativa, si bien sea como presupuesto o simple basamento para otorgar o no la protección a derechos civiles; mas ello no quita que en realidad se produzcan juicios sobre la legalidad de la actuación administrativa. Se quiere decir, en suma, que a diferencia de los juicios plenarios sobre propiedad o posesión donde siendo parte la Administración el juez conoce fundamentalmente de cuestiones civiles, no ocurre así en los interdictos, pues al existir un principio prohibitivo de acudir a ellos, salvo en los supuestos que conocemos, lo primero que ha de hacer el juez es verificar si el interdicto planteado le sitúa o no en una incompetencia de jurisdicción, lo que le lleva indefectiblemente a entrar en la «cuestión previa», puramente administrativa y que cubre prácticamente la totalidad de la tarea juzgadora, de si la Administración actuó o no conforme*

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> LÓPEZ MENU-DO, F. «Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1998», en *Revista Española de Derecho Administrativo* n.º 1100. Págs. 322 y 323, 1998.

a las atribuciones, reglas, límites ... que tienen marcados por el propio Derecho administrativo<sup>26</sup>.

La solución propuesta es, como decíamos anteriormente, la solución más acorde con el espíritu de la Ley Orgánica del Poder Judicial que pretende que los asuntos sean resueltos por los órganos judiciales más preparados y especializados en la materia de la que conocen. Es bastante expresiva en este punto la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando dice en el apartado VII de la misma que *se introduce también como sistema de promoción en la carrera judicial, la especialización que es, por un lado, necesaria a la vista de la magnitud y complejidad de la legislación de nuestros días, y por otra parte conveniente en cuanto introduce elementos de estímulo en orden a la permanente formación de Jueces y Magistrados.*

Como puede observarse es el propio legislador (orgánico) quien introduce el criterio de especialización como un criterio necesario para la adecuada resolución de los asuntos judiciales, y no sólo se establece aquel criterio como una mera intención del legislador, sino que se positiviza a lo largo del articulado de aquella Ley Orgánica. Así, el artículo 312.2 del citado texto legal dice que *las pruebas para la promoción de la categoría de Juez a la de Magistrado especialista de lo contencioso-administrativo y de lo social tenderán además a apreciar, en particular, aquellos conocimientos que sean propios de cada orden jurisdiccional.*

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 una cauce procesal *ad hoc* para ello<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> F. LÓPEZ MENUDO. *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Pág. 45. Civitas, 1988.

<sup>27</sup> Esta afirmación ya fue compartida por F. LÓPEZ MENUDO en *vía de hecho administrativa y justicia civil*, Pág. 47. Civitas, 1988. En efecto, se señala que *no hay razón alguna para sostener un mayor grado de independencia ni una superior sobvenia técnica del juez ordinario para conocer de este tipo de litigios en que la Administración es parte. Esto es algo que se deduce fácilmente de la «jurisprudencia» civil sobre la materia. Con absoluto respeto, pero en aras de la verdad, hay que decir que muchos tumbos o vacilaciones de la misma pueden ser imputadas al desconocimiento o inseguridad sobre instituciones o regulaciones administrativas, cuyo debido manejo aportaría a la labor hermenéutica una mayor regularidad y firmeza, que redundaría a su vez en una mayor seguridad jurídica para los ciudadanos... Por otra parte, puede observarse en el juez ordinario una especie de escepticismo «contingente» a penetrar en la trama de la actuación administrativa, siendo así que en la mayoría de los casos es absolutamente necesario, no bastando, como suele decirse, un examen prima facie del asunto para poder dictar una sentencia ajustada a Derecho.*

### 3. El Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo es la sede natural del enjuiciamiento de la actuación material de la Administración

La Jurisdicción Contencioso-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 cabe dos posibilidades: bien considerar dicha actuación como un conjunto de facta conclusiva 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 contencioso-administrativa...*

Puede decirse que el Tribunal Constitucional, en esta importante sentencia ha querido poner de manifiesto dos ideas: por un lado, ha querido zanjar definitivamente los recelos que tradicionalmente se ha tenido hacia la justicia administrativa (y ello por una razón lógica, ya que actualmente esta justicia administrativa se administra dentro del propio Poder Judicial). Por otro lado, el Tribunal Constitucional prescinde en este punto de todo criterio material para la delimitación competencial de los distintos órdenes jurisdiccionales, de modo que se prescinde de los problemas derivados de la posible prejudicialidad civil que pudiera suscitarse ante el Juez Contencioso-Administrativo cuando conozca de este tipo de pretensiones<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> En esta misma línea podemos traer a colación los comentarios de F. LÓPEZ MENUDO cuando señala que *en tales supuestos el juez administrativo no defendería propiamente la legalidad civil, sino la sumisión de la Administración al Derecho, pero no al Derecho civil, sino al Derecho administrativo. Por otra parte, no podrá decirse que el monopolio que ostenta el juez civil para conocer de los interdictos le venga exclusivamente por consecuencia de su competencia sobre materia de propiedad o posesión, ya que los interdictos pueden plantearse contra la Administración tanto cuando ésta invade ese ámbito material como cuando sin invadirlo incurre en vicios graves de procedimiento, sin que pueda afirmarse en estos casos que las atribuciones fiscalizadoras donanen del juez ordinario en virtud de una supuesta competencia natural o típica. Por último conviene recordar que el control de las vías de hecho no es un tema absolutamente extraño a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que constituye materia típica de su función juzgadora, no encontrando esa jurisdicción mejor*

Así pues, siendo la sede natural para conocer de las pretensiones contra las actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pierde consistencia el mantenimiento simultáneo de la competencia del Orden Jurisdiccional Civil.

#### 4. 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<sup>29</sup>, 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.

Con gran visión de futuro, F. LÓPEZ MENUDO hace ya más de quince años afirmaba que *no nos parece descabellado que la jurisdicción contencioso-administrativa asumiese el control sobre las vías de hecho, ora mediante un procedimiento sumario ad hoc, o bien, actuando, lisa y llanamente, su propia competencia para conocer de las acciones interdictales sensu proprio cuando la Administración Pública fuese parte en el litigio de modo directo, o en litisconsorcio, e incluso en aquellos supuestos en que la perturbación o el despojo a los poseedores por acciones de terceros pudiera relacionarse en alguna medida con la existencia de actos administrativos previos*<sup>30</sup>.

El sistema afortunadamente ha cambiado con la LJCA de 1998 (asumiendo la primera de las opciones apuntadas por el citado autor). En dicha Ley 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 regu-

razón a su propia existencia que cuando fiscaliza actuaciones administrativas nulas de pleno derecho, categoría de actuaciones semejantes, por no decir idénticas, de las que se comprenden en la llamada vía de hecho. F. LÓPEZ MENUDO, *Vía de hecho administrativa y justicia civil*. Pág. 46. Civitas, 1988.

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> F. LÓPEZ MENUDO, *Vía de hecho administrativa y justicia civil*. Pág. 40. Civitas, 1988.

lación de la tutela cautelar que hace innecesaria la vía interdictal civil<sup>31</sup>.

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).

Esta idea se plasma en la Exposición de Motivos de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio 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*».

Este párrafo es a nuestro juicio bastante revelador ya que se está reconociendo (no sabemos si con verdadera intencionalidad) que la nueva acción regulada en dicho texto legal tiene naturaleza interdictal (además de ser un acción declarativa y de condena). Es cierto que no se afirma esto de forma categórica, puesto que el término *interdictal* resulta precedido por la expresión *en cierto modo*. Así pues, ¿cuál es el verdadero significado de dicha afirmación? ¿Tiene o no naturaleza interdictal la acción contra la vía de hecho? La respuesta a esta interrogante entendemos que debe ser positiva y ello por las siguientes razones.

El interdicto de retener o recobrar tiene (o tenía) por objeto cesar la perturbación posesoria, y si ésta ya se había producido, la restauración a la situación anterior a la perturbación o despojo posesorio; y todo ello de una forma sumaria.

La misma finalidad es la que se persigue con la acción contra la vía de hecho, en los términos en que se regula en la Ley de Jurisdicción

<sup>31</sup> El art. 136 de la LJCA dice: 1. En los supuestos de los art. 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 ocasione 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.

Contencioso-Administrativa. En efecto, el artículo 71.1 a) de dicho texto legal establece que cuando la sentencia estimase el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la vía de hecho, dicha sentencia declarará no ser conforme a derecho la actuación constitutiva de vía de hecho, y dispondrá que cese o se modifique la actuación impugnada. Esto quiere decir, que como bien apuntaba la Exposición de Motivos, a través de la acción contra la vía de hecho se pretende una sentencia declarativa, en el sentido de que dicha sentencia debe declarar que la actuación material es constitutiva de vía de hecho, y por tanto, debe declarar que dicha actuación no es conforme a Derecho.

Además, dicha acción es de condena, puesto que la sentencia que se promueve a través de dicha acción debe condenar en su caso a la Administración para que cese o modifique la actuación que se ha declarado no conforme a Derecho (por ser declarada actuación material constitutiva de vía de hecho).

Así pues, la finalidad del interdicto de retener y recobrar es idéntica a la finalidad perseguida por la acción contra la vía de hecho diseñada por la Ley de Jurisdicción de 1998.

Sólo resta examinar si la sumariedad propia de los interdictos puede configurarse como cualidad atribuible a la acción contra la vía de hecho. La respuesta a esta segunda interrogante creemos igualmente que debe ser afirmativa si nos circunscribimos al régimen de medidas cautelares previsto en el mismo texto legal<sup>32</sup>. Así, el artículo

<sup>32</sup> El régimen de medidas cautelares previsto en la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998, para los recursos contra las actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho ha sido criticado por la doctrina en alguno de sus aspectos. Así, podemos recomendar el artículo de ANA BELÉN GÓMEZ DÍAZ, «Recurso contra las vías de hecho: una regulación peligrosa y problemática», publicado en la *Revista de Administración Pública* n.º 1151 (enero-abril 2000), páginas 236 y siguientes. Dicha autora afirma que el régimen de medidas cautelares previsto para estos supuestos establece un principio de fondo sólo aparentemente privilegiado, y ello por dos motivos: en primer lugar, la inversión del régimen común tiende en principio a propiciar o facilitar la adopción de las medidas cautelares (en base a la presunta mayor gravedad de la infracción legal atribuida a la actuación administrativa constitutiva de vía de hecho), y se confiere al artículo 136 un atractivo aparente. Frente a ello, la citada autora matiza que en el proceso de formación de la voluntad judicial en torno a una solicitud de medidas cautelares es siempre el mismo, con independencia de que la adopción de las mismas constituya regla o excepción. Así dice que cualquier juez sensato, a la hora de redactar el Auto correspondiente, utiliza conjuntamente todos los criterios de valoración disponibles; pondera los perjuicios respectivos que puedan causarse a las partes o a un tercero; estima el riesgo que la denegación de la medida puede suponer para la utilidad final del proceso, y por supuesto, echa un vistazo al *fumus boni iuris*, a fin de apreciar intuitivamente las posibilidades de éxito o de fracaso del recurso; y sólo entonces decide. No es razonable suponer que va a hacer caso omiso del *fumus boni iuris* (positiva o negativamente) en los supuestos de petición de medidas cautelares de régimen común, ni tampoco que no va a valorar el *periculum in mora* en los supuestos de aplicación del artículo 136. Concluye la citada autora que dicho precepto supone exclusivamente una directriz de predisposición en principio favorable al otorgamiento de la medida. Por mi parte comparto las argumentaciones predichas, aunque considero que si el valor del artículo 136 es el concluido por GÓMEZ DÍAZ, no debe menospreciarse el mismo. Es cier-

lo 136 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa prevé la posibilidad de que la medida cautelar consistente en el cese de la perturbación posesoria pueda ser solicitada incluso antes de la interposición del recurso contencioso-administrativo (si bien el interesado habrá de pedir la ratificación de dicha medida cautelar al interponer el recurso, que además deberá ser interpuesto inexcusablemente en el plazo de diez días desde la notificación de la adopción de la medida cautelar).

No sólo se prevé la posibilidad de pedir el cese de la perturbación posesoria antes de la interposición del recurso, sino que se establece como regla general que dicha medida cautelar se adoptará en todo

to que el sistema no es del todo perfecto, pero al menos se marca un matiz que debe tener en cuenta el juzgador (que no es poco) a la hora de adoptar o denegar la medida cautelar. En lo demás habrá que confiar en la prudencia y en el buen uso que del artículo 136 hagan los órganos judiciales.

En segundo lugar, se pone de manifiesto por la citada autora un segundo contratiempo derivado de la propia naturaleza del objeto del proceso contra la vía de hecho. Dicho obstáculo viene determinado por las dificultades considerables que el recurrente ha de sufrir para la prueba del *fumus boni iuris* de su pretensión. Ello se entiende si sabemos que en la inmensa mayoría de los casos, el conocimiento del recurrente en torno a una vía de hecho se basará en puras presunciones (se ignora normalmente por el recurrente si el órgano que ha actuado tiene o no competencia, se ignora si se ha seguido o no el procedimiento legalmente establecido; es decir, si hay o no acto de cobertura). Dicha dificultad, tal y como se reconoce por la citada autora se intensifica en los supuestos de solicitud de medidas preprocesales.

Otro de los aspectos criticados por GÓMEZ DÍAZ es el régimen de medidas preprocesales, calificado como confuso por la misma. Se apuntan por dicha autora las siguientes dudas interpretativas. La primera duda interpretativa se circunscribe a la remisión que el artículo 136.2 hace al artículo 135 (en las supuestas del apartado anterior las medidas también podrán solicitarse antes de la interposición del recurso, tramitándose conforme a lo dispuesto en el artículo precedente). Sin embargo, el artículo 135 no sólo contiene reglas de tramitación, sino que también incluye dos determinaciones de fondo. La adopción de la medida *inadita parte*, que en opinión de GÓMEZ DÍAZ es predicable a los casos de vías de hecho, aunque se encuentra con la dificultad añadida de que el Juez debe confiar en la veracidad de lo relatado por el recurrente, sin aportación documental en la mayoría de los casos, y sin poder oír a la Administración demandada. El segundo requisito exigido por el artículo 135 con carácter general es la concurrencia de la especial urgencia. La autora citada también considera aplicable tal requisito a los supuestos de vía de hecho, no sólo en virtud de la remisión que el artículo 136.2 realiza, sino sobre todo, por la propia mecánica institucional de las medidas cautelares *inadita parte*. Añade la autora, con acierto según nuestra opinión, que dada la indeterminación y flexibilidad de lo que haya de entenderse por urgencia, el requisito no parece excesivamente gravoso.

Finalmente, también suscita dudas la fijación del tiempo hábil para solicitar las medidas cautelares en estos supuestos. Concretamente la interrogante se circunscribe a determinar si dicha solicitud de medida cautelar puede efectuarse antes de que transcurra el plazo de diez días a partir de la presentación del requerimiento. La respuesta debe ser positiva según la autora citada, aportando tres razones: porque el citado plazo de diez días debe considerarse como una mera simple referencia temporal para que la Administración, en su caso, pueda rectificar. Porque la situación de especial urgencia que ha de concurrir para formular la solicitud de medida cautelar sería incompatible con la obligada espera durante diez días; y porque si el recurso puede interponerse válidamente a partir del undécimo día siguiente al requerimiento, y las medidas pueden solicitarse antes de la interposición parece incuestionable que puedan pedirse con anterioridad (lo contrario sería dejar vacío de contenido dicha norma).

caso, salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en el artículo 30 o que la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el juez ponderará circunstanciadamente. La configuración positiva de dicha medida cautelar, estableciendo la regla general en favor de la adopción de la medida cautelar, debe ser aplaudida, y al tiempo determina indudablemente que la acción contra la vía de hecho participe de la naturaleza interdictal a la que nos estamos refiriendo.

En conclusión, podemos decir que la sumariedad propia de los interdictos es característica predicable también de la acción contra la vía de hecho, y ello gracias a la configuración de la medida cautelar que para estos casos ha establecido el legislador. Así pues, si la finalidad de los interdictos de retener o recobrar es la misma que la de la acción contra la vía de hecho, y participa del carácter sumarial, también propio del interdicto, no podemos sino que concluir que en efecto la acción contra la vía de hecho tiene también naturaleza interdictal, o por lo menos, y para ser más precisos, tiene la misma naturaleza que los interdictos de retener o recobrar.

Si no erramos en las premisas precedentes, debemos concluir que la acción contra la vía de hecho prevista en la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa viene a sustituir al interdicto de retener o recobrar, cuando éste se ejercita contra la Administración.

En definitiva, debemos decir que se ha solventado el principal escollo que hasta entonces existía para el trasvase definitivo de esta materia al Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo. Se puede afirmar que la nueva Ley ritual protege cautelar y plenariamente a todos aquellos que puedan resultar afectados por las vías de hecho, por lo que la vía interdictal civil carece en la actualidad de significación. Más al contrario, entendemos que el mantenimiento simultáneo de esta vía interdictal produce más distorsiones que ventajas, sobre todo en relación con el principio de seguridad jurídica.

Por último debe recordarse que la utilización de los interdictos contra la Administración tampoco se constituyó en un instrumento especialmente sensible para los afectados por las vías de hecho. Al contrario, basta transcribir las observaciones de F. LÓPEZ MENUDO para entender lo que decimos. En efecto el citado autor señala que tras el minucioso análisis de la llamada jurisprudencia menor sobre interdictos, considera que lo más grave que puede ocurrirle al ciudadano no es ni siquiera el carecer de medios jurídicos de defensa frente al poder público, sino el vivir confiado en que dispone de garantías suficientes y que cuenta in extremis, con ese presunto «salvavidas» de las acciones interdictales, siendo así que tales garantías lucen realidad en los libros

de Derecho administrativo<sup>32</sup>. De esta forma tan elegante se trasluce que ningún reparo debe oponerse al cambio de sistema, puesto que dicho sistema no funcionaba correctamente. Estas apreciaciones podemos confirmarlas a la vista de la jurisprudencia que hemos analizado para la elaboración del presente trabajo. Por tanto, si definitivamente dejaran de admitirse interdictos contra la Administración en vía civil, la presunta pérdida de protección en todo caso es inocua. Debe por tanto, superarse la resistencia tradicional a desechar dicho cauce procesal, puesto que la práctica forense demostró que dicho cauce procesal, cuando una de las partes era la Administración, carecía en muchos de los casos de virtualidad práctica.

### 5. Improrrogabilidad y exclusividad de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Una vez sentadas las premisas anteriores, esto es, el carácter ordinario que no privilegiado de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, su carácter de sede natural de enjuiciamiento de la actuación material de la Administración, 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 lo que es más importante, paralelamente se modificó la Ley Orgánica del Poder Judicial, 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...».

Debe señalarse la importancia del citado artículo 9.4 de la LOPJ si tenemos en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional que señala que sólo a través de la Ley Orgánica del Poder Judicial cabe la delimitación competencial de los distintos Órdenes Jurisdiccionales.

Así, podemos recordar lo dispuesto en el Fundamento de Derecho

<sup>32</sup> F. LÓPEZ MENUDO. *Vía de hecho administrativa y justicia civil*. Pág. 41. Civitas, 1988.

cuarto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 213/1996 de 19 de diciembre, cuando dice que:

«...Ha de estarse, pues, a la materia que la Constitución ha reservado a las leyes orgánicas y, más concretamente, por incidir la Ley ordinaria en lo dispuesto en la LOPJ respecto a los asuntos atribuidos al orden jurisdiccional penal al alcance de la reserva establecida en el art. 122.1 CE. Pues este precepto constitucional se remite no a cualquier Ley Orgánica sino precisamente a la Ley Orgánica del Poder Judicial para establecer el «diseño básico» de la organización judicial o la «configuración definitiva» de los Tribunales de Justicia (SSTC 38/1983 y 254/1994). De este modo, en cuanto a la «constitución... de los Juzgados y Tribunales» (art. 122.1 CE), que es lo que aquí importa, únicamente la Ley Orgánica del Poder Judicial puede determinar la institución de los diferentes órdenes jurisdiccionales y la definición genérica de su ámbito de conocimiento litigioso, de capital importancia para el diseño de la organización judicial (SSTC 224/1993 y 254/1994). Esto es, dicho en otros términos la delimitación de los distintos órdenes jurisdiccionales y la atribución genérica de competencia objetiva a los Juzgados y Tribunales de cada uno de ellos...

Por tanto, como tan sólo corresponde a la Ley Orgánica del Poder Judicial la delimitación de las competencias entre los distintos Órdenes Jurisdiccionales, no cabe dudar, en virtud del meritado artículo 9.4, que la competencia para conocer de las pretensiones cautelares y plenarios 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 Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio 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 formular 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 jurisdic-

ción 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 FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A.<sup>24</sup> 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 esta 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).

Si 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

<sup>24</sup> DE LA OLIVA, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS. *Derecho procesal civil*. Tomo I. Pág. 327. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1992.

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 permita 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 de hacer cierto apunte crítico respecto del hecho de que la doctrina administrativista (por lo menos 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<sup>35</sup>.

No podemos olvidar, además, que la inaplicación del art. 9.4 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).

<sup>35</sup> El art. 9.6 de la LOPJ dice que 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.

## VI. CONCLUSIÓN: LA DEROGACIÓN TÁCITA DE LOS ARTÍCULOS 101 DE LA LEY 30/92, DEL 125 DE LA LEY DE EXPROPIACIÓN FORZOSA Y DEMÁS ARTÍCULOS CONCORDANTES

Una de las dificultades del Derecho actual, derivado del complejo internormativo es la determinación de la Ley vigente aplicable. De forma bastante expresiva señalaba ALEJANDRO NIETO en una de sus obras más interesantes (La organización del desgobierno) que encontrar una norma es tarea con frecuencia imposible y ni los juristas más expertos están nunca seguros de si la disposición que han encontrado está o no vigente. El lego cree que el problema es interpretar una norma. No hay tal: el problema más grave es encontrarla y precisar si está vigente y en qué medida no entra en contradicción con otras de rango superior o de igual rango pero posteriores. El sistema normativo se convierte así en un bosque impenetrable, en un laberinto en el que los expertos merodean en cotos privados, inaccesibles a los ciudadanos. Si se examinan las sentencias de los Tribunales, podrá comprobarse que su labor es, fundamentalmente de identificación de la norma aplicable y luego, en su caso, de limpieza, declarando lo que está vigente y lo que está derogado<sup>36</sup>.

Dichas aseveraciones cobran virtualidad a la vista de la problemática que estamos tratando, puesto que de un lado pueden invocarse una serie de preceptos legitimadores de la admisión de interdictos contra la Administración, y de otro, pueden invocarse otros preceptos que llevarían a la solución contraria.

El primer grupo de preceptos se encabeza por los artículos 125 de la Ley de Expropiación Forzosa y el artículo 101 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Como artículos concordantes, señala con acierto FRÍAS LÓPEZ<sup>37</sup>, 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.

<sup>36</sup> ALEJANDRO NIETO. *La organización del desgobierno*. Editorial Ariel. 20 edición. 1984. Barcelona.

<sup>37</sup> FRÍAS LÓPEZ, A. «Los interdictos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en la *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid* n.º 9. Pág. 23. 2001.

— 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), como decíamos, 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.

Entiendo que bastaría con la invocación del artículo 9.4 de la LOPJ para poder afirmar la derogación tácita de tales preceptos, en tanto en cuanto la Jurisprudencia Constitucional (como señalábamos anteriormente al citar la Sentencia del Tribunal Constitucional 213/1996 de 19 de diciembre) ha postulado que sólo a través de esta Ley Orgánica del Poder Judicial cabe proceder a la delimitación competencial de los distintos Órdenes Jurisdiccionales.

Ello no obstante, y reconociendo que no cabe hablar de la derogación expresa del artículo 101 de la Ley 30/92 y del artículo 125 de la LEF y concordantes, podría plantearse en este punto la posibilidad de la derogación tácita de los mismos<sup>38</sup>. Como señalan DIEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS<sup>39</sup> la derogación tácita, así como la deroga-

<sup>38</sup> 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*.

<sup>39</sup> DIEZ PICAZO, GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*. Tomo I. Pág. 116 Editorial Tecnos, 1986.

ción 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.

Así, 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 art. 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 el art. 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 art. 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 de especialidad.

En efecto, además del criterio de temporalidad, debe añadirse un segundo criterio derogatorio, cual es el del principio de especialidad (*lex specialis derogat lex generalis*), 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 este segundo criterio derogatorio (el del principio de especialidad) desvirtúa el argumento en contrario relativo a que ni la Ley 4/99, de modificación de la Ley 30/92 ni la LEC 1/2000 (que son leyes posteriores en el tiempo) contemplan esta derogación.

A mayor abundamiento, debemos admitir que lo ordinario y lo deseable, desde luego, hubiera sido que la Ley 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 deseáramos.

Respecto de la nueva LEC 1/2000, sabemos de un lado, que la denominación tradicional de interdicto es suprimida, pero se trata sólo de una 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<sup>40</sup>.

<sup>40</sup> Por las razones anteriores no estamos de acuerdo con el razonamiento que en este punto se hace en el *Fundamento de Derecho quinto del Auto de 25 de abril de 2001 de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección Segunda)*, cuando dice que: «lógica consecuencia de cuanto se deja dicho, y puesto que en nuestro ordenamiento jurídico se parte del principio de improrrogabilidad de la jurisdicción, como se lee en el artículo 9.1 y 6 de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, no puede conocer la jurisdicción civil de los recursos jurisdiccionales contra las actuaciones de hecho de la Administración, pues de las mismas conoce la jurisdicción especializada y no la ordinaria. Y puesto que la posibilidad de enjuiciar la vía de hecho ante la jurisdicción civil — artículo 1632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 — era el presupuesto que habilitaba la posibilidad de utilizar los interdictos contra la Administración, es lo cierto que hoy en día, desaparecida dicha posibilidad, no es posible promover interdictos contra la Administración, lo que obliga a modificar el criterio de la Sala al respecto y a desestimar el recurso interpuesto. Como ya hemos señalado, la supresión de los interdictos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil es puramente terminológica, si bien ahora se reconduce dicha acción procesal a los trámites del juicio verbal. No se produce una supresión de este tipo de acción procesal. En efecto, entiendo que si no se hubieran promulgado la LJCA de 1998 y la LO de 13 de julio de 1998 de modificación de la LOPI, cabría el ejercicio de los interdictos, o lo que es lo mismo las acciones de protección posesoria contra la Administración al amparo de la nueva LEC.

En definitiva, a nuestro juicio, la nueva LEC nada aporta a la cuestión tratada.

En definitiva, si queremos ser rigurosos con el principio de improrrogabilidad 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.

Para terminar el presente estudio sólo resta afirmar, que de conformidad con toda la argumentación señalada, 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 cautelar (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 hemos vertido a lo largo de nuestra exposición, 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.

La pretensión de unificación de la jurisdicción de hecho, el criterio de especialidad fundamental y base para la aplicación de las normas penales en el espacio. Dicho, sin duda, por razones históricas, pero sobre todo, por la finalidad que en la aplicación de la Ley penal presta su localización en el territorio donde surge un hecho su sujeción.

En conclusión, la territorialidad no es el único y exclusivo criterio. Es preciso utilizar, como a su vez, otros criterios que permitan una mejor adaptación de las normas penales, con el fin de conseguir en forma más rápida y sencilla un sistema para cumplir los fines propuestos. Basta el efecto constitutivo como los sistemas penales se aplican con el resultado de una organización consistente de ciertos principios a fin de la rápida aplicación de una ley.

Por otro lado, admitir esa combinación es fácil de comprender, cada vez que al sustentarse el criterio de territorialidad sobre la base del territorio del Estado, se obliga a cada uno a construir un sistema positivo consistente de la evidencia incontestable de extender la eficacia de sus leyes penales sobre su propio territorio, pero sin limitarse exclusivamente a él.

La ley penal y territorialidad... el principio de territorialidad... el principio de personalidad pasiva... el principio de justicia universal... el principio de infracciones internacionales... el principio de reconocimiento en el derecho español vigente...

1. El artículo 1.º de la Ley 1/1995, de 20 de enero, de modificación de la Ley 1/1971, de 20 de mayo, de Enjuiciamiento Civil, establece que el procedimiento civil se regirá por el procedimiento de Enjuiciamiento Civil de 1981 en todo lo que no se oponga a lo dispuesto en esta Ley. En consecuencia, el artículo 1.º de la Ley 1/1995, de 20 de enero, de modificación de la Ley 1/1971, de 20 de mayo, de Enjuiciamiento Civil, establece que el procedimiento civil se regirá por el procedimiento de Enjuiciamiento Civil de 1981 en todo lo que no se oponga a lo dispuesto en esta Ley.

### LA LEY PENAL Y TERRITORIALIDAD

POR

NATALIA REUS MARTÍNEZ

SECRETARIA JUDICIAL  
AUDIENCIA NACIONAL

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. SIGNIFICADO. III. FUNDAMENTO. IV. EFECTOS. V. ASPECTOS DETERMINANTES. VI. RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO ESPAÑOL VIGENTE. PRINCIPIO DE PERSONALIDAD. I. INTRODUCCIÓN. II. SIGNIFICADO. III. FUNDAMENTO. IV. EFECTOS. V. ELEMENTOS. VI. LIMITACIONES. VII. CLASES. VIII. RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO ESPAÑOL VIGENTE. PRINCIPIO REAL O DE PROTECCIÓN. I. INTRODUCCIÓN. II. SIGNIFICADO. III. FUNDAMENTO. IV. EFECTOS. V. ELEMENTOS. VI. PRINCIPIO DE PERSONALIDAD PASIVA. VII. RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO ESPAÑOL VIGENTE. PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL. I. INTRODUCCIÓN. II. SIGNIFICADO. III. FUNDAMENTO. IV. EFECTOS. V. ELEMENTOS. VI. INFRACCIONES INTERNACIONALES. VII. RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO ESPAÑOL VIGENTE.

#### I. INTRODUCCIÓN

El principio de territorialidad representa el punto de partida, el criterio de conexión fundamental y básico para la aplicación de las normas penales en el espacio. Ello, sin duda, por razones históricas, pero sobre todo, por la facilidad que en la aplicación de la Ley penal presta su localización en el territorio donde ejerce un Estado su soberanía.

Sin embargo, la territorialidad no es el único y exclusivo criterio. Es preciso utilizar, junto a aquél, otros principios que, también autónomamente adoptados serían insuficientes, porque ninguno en forma aislada y unilateral sirve para cumplir los fines propuestos. Basta al efecto constatar cómo los sistemas jurídicos actuales son el resultado de una organización combinada de ciertos principios y no de la rígida aplicación de uno sólo.

Por otro lado, admitir esa combinación es fácil de comprender, toda vez que al sustentarse el criterio de territorialidad sobre la base del territorio del Estado, esa realidad obliga a cada uno a construir un sistema punitivo partiendo de la evidencia incuestionable de extender la eficacia de sus leyes penales sobre su propio territorio, pero sin limitarse exclusivamente a éste.

La problemática de la territorialidad penal, no obstante, implica acudir a un numeroso grupo de disposiciones extrapenales, para determinar con detalle el ámbito específico que comprende la vigencia de este principio.

## II. SIGNIFICADO

El principio de territorialidad puede definirse como aquel criterio que establece la aplicación con carácter exclusivo de la ley penal del territorio a todos los hechos delictivos que se cometen en el mismo.

En correspondencia con esta afirmación es indudable que el significado genuino de este principio deriva precisamente, de la estimación del territorio como espacio en que la ley penal de un Estado halla su ámbito de aplicación. Y, ciertamente, de este modo es posible señalar un significado positivo, coincidente con lo anterior, puesto que un Estado puede someter a su poder punitivo todas aquellas acciones que se cometan en su territorio, y otro negativo, en cuanto la consecuencia que produce la aplicación exclusiva de la ley penal nacional en ese territorio es la ausencia de la aplicación de la misma a hechos ocurridos más allá de esos límites, y asimismo, la negativa a la aplicación de la ley penal extranjera.

En el primer sentido, dicha posición encierra los siguientes efectos: prescindir de la nacionalidad de los sujetos activos y/o pasivos del delito, prescindir de la nacionalidad de los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro, y en sentido contrario, considerar que lo único relevante es la nacionalidad del territorio, y en definitiva, la determinación del espacio sujeto a la autónoma capacidad soberana de un Estado.

Junto a este sentido, que presenta un carácter prácticamente absoluto, debe agregarse aquel otro que calificamos de negativo, que comporta la inaplicación de esa misma ley a los hechos punibles perpetrados en lugares comprendidos bajo la soberanía y jurisdicción de otros Estados. Éste, a diferencia del anterior, carece de este carácter absoluto puesto que se halla sometido a importantes excepciones, tanto cuantitativa como cualitativamente.

Este principio ha sido catalogado como egocéntrico, egofista o nacionalista, al no tener en cuenta más que un dato objetivo: el espacio o territorio de soberanía de un Estado.

## III. FUNDAMENTO

En la actualidad aparece mayoritariamente aceptada la justificación del principio de territorialidad sobre la tesis de la soberanía terri-

torial. Según éste, la ley penal es territorial porque se aplica en el ámbito espacial sobre el que ejercita la soberanía el poder estatal.

Junto a este fundamento, otras razones de carácter pragmático o utilitario se han argüido para legitimar este principio, e incluso, la doctrina científica ha pretendido hallar su fundamento en la vieja teoría del contrato social. Esta última idea, se basa en la defensa que *Becaria* hiciera acerca de que el lugar de la pena es el lugar de delito.

Sin embargo, la manifiesta fragilidad de la misma, como se ha reconocido en la literatura jurídica, radica en que encuentra su apoyo en la aplicación exclusivamente a los miembros que han aceptado el contrato social, careciendo de vigencia en cuanto se trate de ciudadanos extranjeros que han cometido delitos en ese territorio. De ningún modo sobre ese sustrato puede hoy asentarse la territorialidad penal.

Es indudable para nosotros que la razón de ser de este principio radica en la soberanía territorial, que en su concreto contenido material en lo penal nos indica cómo el Estado soberano ejercita su poder, con exclusión de cualquier otro, dentro de los límites espaciales a los que su soberanía se extiende. Esto es, por el hecho de cometer el delito en ese territorio el Estado soberano ejerce su poder punitivo y aplica sus propias normas, excluyendo sus propias normas, excluyendo cualquier otra ley penal.

Desde el punto de vista procesal se aduce a su favor la facilidad que representa la proximidad del lugar del delito y del lugar del juicio, demostrada a través de la instrucción, recogida de los medios de prueba, economía y celeridad de la persecución. Junto a ellas puede aducirse la importancia que presta a efectos de formar la convicción de los jueces, posibilitando de esa manera un mejor enjuiciamiento.

En la esfera penal abundan las justificaciones, algunas de ellas concluyentes. Así, desde el prisma del principio de legalidad y de las garantías individuales del delincuente, la doctrina ha mostrado la conveniencia de este sistema por diversas razones: por una parte, porque la mejor garantía de los derechos individuales es conocer la ley del país donde se cometió la infracción, constituyendo una garantía esencial de la libertad ciudadana, frente a una intervención punitiva abusiva. En definitiva, esos argumentos se sostienen sobre la base de considerar esencial que el delincuente pueda saber, cuando lleva a cabo su acto, cuál es la ley según la cual será juzgado.

Desde el ángulo específico del delito, se mantiene la conveniencia de este principio por el interés estatal de proteger su propio orden público que es una poderosa e irrefutable argumentación que, por otra parte, no es sino un inevitable efecto derivado de la vigencia de la soberanía territorial. No así la consideración de la alarma social o conmoción pública producida por el delito, pues a pesar de la eviden-

te certeza de que aquél atenta a la sociedad en la que se produce, emplear esta regla sería una verdadera contradicción con la de la ultraterritorialidad penal, que se basa precisamente, en la aplicación de una ley penal extranjera por un juez extranjero y en un territorio extraño al del lugar de comisión de delito.

A nuestro juicio tampoco puede decirse que la función o valor intimidante de la pena sea más eficaz, o que se cumple mejor la prevención general por el hecho de aplicar el principio de territorialidad.

Las leyes penales —y el carácter territorial de las mismas— descansan en la potestad soberana del Estado sobre su territorio, con especificidad absoluta en esta materia, por cuanto esa potestad encuentra su más alta y relevante expresión en el *ius puniendi*. Naturalmente, en este marco hallan cabida el interés de cada Estado en la defensa y protección de su orden público contra cualquier ataque y ofensa, y el desinterés en la defensa o protección de otros órdenes públicos extranjeros sujetos, lógicamente, a la potestad soberana de sus respectivos Estados. Acertadamente podría traducirse ese desinterés por el respeto a la soberanía extranjera, preservando de ese modo coherentemente el significado del principio de territorialidad.

#### IV. EFECTOS

La importancia asignada a la vigencia de este principio en orden a la represión de las infracciones delictivas, no ofrece dudas.

Sin embargo, es preciso aludir a ciertas particularidades que inciden en su efectiva ejecución para valorar globalmente su interés.

En primer término, cabe destacar su componente específico de egoísmo y nacionalismo que se traduce en el aislamiento entre los Estados. Pero este principio de territorialidad se combina con el ejercicio de otros principios, eliminando así aquella aparente incomunicación.

En segundo término, cabe referirse a las lagunas represivas que comporta. Es sobradamente conocido por todos la facilidad en el tránsito por las fronteras interestatales. Ello, unido a la intensa movilidad de los ciudadanos entre los Estados, facilita burlar la vigencia del principio de territorialidad y escapar a la acción de la justicia del Estado en el que se cometió el delito. Esto es, traspasando los límites territoriales soberanos de un Estado, se traspasan los límites del *ius puniendi* estatal, con incalculables posibilidades de lograr la impunidad.

De ahí que hayan de entrar en juego dos factores para corregir estos supuestos que se presentan fácticamente. El primero de ellos es

el factor elemental de la solidaridad internacional que permite colmar esta laguna represiva proporcionada por la territorialidad penal, a través del concurso del Estado en el que se halla el delincuente, ejercitando por la vía de entrega o devolución de éste al Estado en que se cometió la infracción. El segundo de ellos, y más extendido en la práctica internacional, es el empleo de instrumentos jurídicos, como la extradición, capaces para devolver al territorio de comisión del delito al individuo huido.

El instituto de la extradición tampoco colma las lagunas del principio de territorialidad, cuando el delincuente huido al extranjero se refugia en el país de su nacionalidad, ya que en estos casos lo usualmente legislado y habitualmente ejercido por los Estados es la negativa a entregar a su nacional a las autoridades extranjeras. Este supuesto se soluciona con el sometimiento del sujeto a los Tribunales propios, no ya en virtud del principio de territorialidad, sino por la vigencia de otros criterios de extensión del alcance de la ley penal, aunque tampoco en todo caso.

Estas y otras insuficiencias llevan a algunos autores a estimar que este principio no es adecuado ya a las necesidades actuales, y que para proteger eficazmente a la sociedad es necesario tener en cuenta las tendencias actuales de la delincuencia que hoy más que nunca prácticamente desconoce las fronteras nacionales.

Así, en definitiva, creemos que resulta una quimera hablar de crisis en este momento, bastando para constatarlo con comprobar el arraigo de este principio en las legislaciones nacionales. La pretendida crisis, de ser tal, puede producirse en ciertos ámbitos geográficos muy delimitados. Esto es, cuando los Estados ceden competencias o potestades en lo penal por su agrupación en comunidades más amplias dotadas de órganos de representación, legislación y ejecución supraestatales. En tanto esto no ocurra en materia penal, será difícil creer en la crisis del principio de territorialidad.

#### V. ASPECTOS DETERMINANTES

El significado del principio de territorialidad obliga a realizar algunas determinaciones de innegable importancia para comprender el exacto alcance del ejercicio de *ius puniendi* estatal. La más importante de esas determinaciones ha de referirse al territorio con el fin de entender correctamente su dimensión, dadas las concretas particularidades que presenta.

## A) El territorio

### 1. Concepto y naturaleza

El concepto penal de territorio se configura sustancialmente en virtud de ciertas ficciones jurídicas, que no coinciden con el concepto puramente geográfico que presenta su noción en la ciencia política. En tanto que en ésta el territorio es una parte física, natural o geográfica necesaria o indispensable para constituir el Estado, en la ciencia penal la concepción del mismo se configura sobre consideraciones jurídicas, presentándose como el ámbito de validez espacial del ordenamiento jurídico-penal de un Estado.

Existen distintas teorías acerca del concepto de territorio, pero la que más coherencia alcanza es la teoría de la competencia, fruto de una concepción del territorio como ámbito espacial de validez de la norma penal que adoptamos. Ninguna otra de las teorías propuestas ilustra más adecuadamente que ésta el hecho de que el territorio es el espacio de soberanía del Estado y que ello es así por la aplicación en él de un sistema jurídico determinado.

### 2. Contenido y elementos

La concreta conformación del territorio, ya como elemento constitutivo del Estado, ya como ámbito de validez de sus normas, o como ambas cosas al mismo tiempo, es una cuestión a la que se ha prestado escasa atención por la doctrina iuspublicista y por los teóricos del Derecho y del Estado.

A pesar de la aceptación generalizada de un concepto jurídico del territorio, más amplio que el representado por la noción física o geográfica, no es común sin embargo, encontrar explicitaciones claras del contenido o alcance exacto de dicho concepto.

Si aquél es, como decíamos, todo espacio en el que se ejercita eficazmente la ley penal, su contenido se compone del territorio físico, real o geográfico: la superficie terrestre; y del territorio jurídico que incluye además: las aguas internacionales, ríos, lagos, espacio marítimo (mar territorial) y aéreo, al que alcanza las soberanías estatales, y el llamado territorio flotante que se extiende a las naves y aeronaves que navegan bajo bandera nacional o portando el pabellón del Estado.

A continuación se analizan sus diversos elementos, tomando como referencia de sus concretas delimitaciones, las disposiciones de ámbito internacional básicas en la materia, y las normas jurídicas españolas que, en cada caso, particularizan el régimen nacional.

### 2.1. Suelo o tierra firme

Es aquella parte, porción o trozo de la superficie terrestre que encerrada dentro de las fronteras del Estado se halla sometida a la soberanía de éste. La determinación de la extensión de esta superficie geográfica viene establecida por el llamado límite o frontera terrestre.

Obviamente, en este concepto se comprende, tanto el territorio continental como el insular, o los territorios de Ultramar, que están sometidos a la plena soberanía de un Estado.

En nuestro país, al no existir en este concreto aspecto conflicto alguno de delimitación fronteriza, el territorio español propiamente dicho, está formado por la parte de la Península Ibérica situado dentro de las fronteras nacionales, las Islas Baleares y Canarias y las plazas o territorios en el Norte de África (Ceuta, Melilla, Islas Canarias y Baleares y los Peñones de Alhucemas y Vélez de la Gomera).

### 2.2. Subsuelo

Es aquella zona subyacente tanto al suelo o superficie terrestre como al mar territorial que se halla sujeta a la soberanía estatal.

Al no existir disposición nacional e internacional fijando su concreta extensión, sólo cabe recurrir a la específica capacidad instrumental o técnica del Estado para ejercer o desarrollar su potestad soberana sobre esta zona.

### 2.3. Las aguas interiores

Se comprenden en ellas los ríos, lagos, lagunas, bahías o cualesquiera otros elementos naturales pluviales, que discurren o se estacan dentro de las fronteras que limitan la soberanía del Estado.

La problemática que plantea la delimitación de estos espacios en el caso de que constituyan aguas fronterizas o limítrofes, suele estar resuelta por el procedimiento de la línea que alcanza mayor profundidad denominada *down way*, vaguada o cauce más profundo.

### 2.4. Mar territorial

Es la denominación más extendida y usual y la que ha alcanzado categoría jurídica a través de Convenios internacionales.

De acuerdo con esta conceptualización, puede perfectamente indicarse que la frontera marítima del Estado que posee litoral se ha de trazar en la línea del mar que determina el límite de la extensión del mar territorial. Sobre dicha zona, cada Estado ejerce plenamente su soberanía.

La justificación aducida para extender la soberanía del Estado sobre esa franja costera se explica sobre dos razones esenciales: por un lado, en la necesidad de mantener la seguridad del Estado limítrofe, o lo que es igual por razones de defensa, y, por otro, a efectos sanitarios y fiscales.

Una compleja y complicada sucesión de teorías, mediante el empleo de diversos y diferentes elementos, se han sucedido históricamente tratando de fijar la extensión del mar territorial, antes de que se fijara su anchura jurídicamente mediante disposiciones internacionales.

Si bien la Convención de Ginebra de 1958 no llegó a reglamentar internacionalmente una extensión determinada, por lo que cada Estado se limitó a su arbitrio aquella extensión, la Convención de 1982 establece un límite máximo que no puede exceder de 12 millas marinas.

En nuestra legislación, la Ley 10/1977 de 4 de enero, que trae su origen de la Convención de Ginebra, amplió aquel límite a todos los efectos a 12 millas, disponiendo en su artículo 1.º la soberanía del Estado español se extiende fuera de su territorio y sus aguas interiores, al mar territorial adyacente a sus costas. Dicha soberanía se ejerce, de conformidad con el Derecho internacional, sobre la columna de agua, el lecho, el subsuelo, y los recursos de ese mar, así como al espacio aéreo suprayacente.

Debe diferenciarse, debido al distinto régimen jurídico imperante en cada una de ellas, entre mar territorial y zona contigua, zona económica exclusiva, plataforma continental y alta mar. En tanto que las cuatro primeras quedan sometidas, en diferente medida, a la autoridad y poder estatal ribereño, la última pertenece libremente a todos los Estados.

## 2.5. Espacio aéreo

Definimos el espacio aéreo como aquella parte o trozo situado inmediatamente por encima de la superficie terrestre y del mar territorial. Engloba, por lo tanto, una zona o columna perpendicular de aire sobre las capas atmosféricas que envuelven el territorio y el mar costero de un Estado, en el que éste ejerce su plena y exclusiva so-

beranía, respecto de todas las actividades que pueden realizarse en ella, fundamentalmente las aeronáuticas, y reconociendo el derecho de tránsito.

La justificación esencial que puede utilizarse para extender la soberanía estatal a este ámbito reside en razones de seguridad, y como consecuencia, en razones de defensa ante posibles agresiones que provengan del espacio aéreo. Es, efectivamente, la constatación de que también desde el aire es posible realizar acciones delictivas, agresiones, lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos, lo que produce la ampliación del concepto de territorio a este medio, para de esta forma, asegurarse el poder estatal la represión de aquellas conductas.

Históricamente se han barajado innumerables teorías con la pretensión de delimitar con precisión tanto la extensión de la soberanía estatal sobre el espacio aéreo, cuanto delimitar adecuadamente el poder del Estado sobre su zona aérea.

En la actualidad, debido a la proliferación en los últimos años de objetos aeroespaciales puestos en órbita por los Estados, podría incluso asegurarse la mayor generalización de aquella tesis partidaria de la ilimitación de la soberanía sobre el espacio aéreo, toda vez que hoy es posible atacar la seguridad estatal desde distancias mucho más alejadas de la Tierra. A ello contribuye la ausencia de una determinación jurídica adoptada nacional o internacionalmente acerca de límites en este ámbito.

En la actualidad ha de recurrirse a la legislación especial para hallar explícitas referencias de la sujeción a las leyes penales del espacio aéreo. Así hay que destacar la Ley 48/1960 de 21 de julio, de la Navegación Aérea y Convenio de Chicago de 7 de diciembre de 1944.

En definitiva, se carece de previsión acerca de la extensión del espacio aéreo español, como igualmente de una delimitación del espacio aéreo que permita conocer cuando termina éste y empieza el espacio ultraterrestre o cósmico.

De acuerdo con el Tratado de las Naciones Unidas de 27 de enero de 1967, sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, puede y debe entenderse que el espacio ultraterrestre es diferente del espacio aéreo, y se halla sujeto a un régimen jurídico distinto a éste.

En virtud de lo dispuesto en dicho Tratado cabe deducir que el espacio aéreo español se extiende verticalmente hasta donde sea posible ejercer la jurisdicción, excepción hecha del espacio ultraterrestre y demás cuerpos celestes que son *res communis humanitatis*. Sobre esa zona, la ley penal española es aplicable sobre el espacio aéreo suprayacente al territorio geográfico y al mar territorial, tanto peninsular como insular, de acuerdo con la Ley 48/1960 de 21 de julio, de la

Navegación Aérea, la cual será de aplicación a todos los hechos delictivos que se cometan en el mismo. Siendo de aplicación también lo dispuesto en el artículo 23.1.º de la LOPJ de 1985, determinando la competencia de la jurisdicción española para conocer de los mismos, por quedar incluido el espacio aéreo dentro de la genérica expresión de territorio español.

## 2.6. Principio del pabellón

En virtud de una ficción jurídica más se considera territorio del Estado a los llamados territorios flotantes, esto es, a los buques que porten el pabellón o bandera del Estado, y a las aeronaves registradas en el mismo. En base a dicha ficción se aplica la ley penal nacional a las infracciones delictivas que se cometan a bordo del buque o aeronave, aunque el hecho haya sido cometido por un extranjero en (o sobre) territorio de soberanía extranjera o en (o sobre) alta mar.

A partir de esta noción aparece una peculiaridad hasta ahora no consignada en los elementos configuradores del territorio. Nos referimos a la superposición de dos territorios, o si se prefiere, de dos soberanías. La razón es que el delito o la infracción cometida a bordo de un buque o aeronave, paradójicamente, puede haberse cometido hallándose la misma en territorio extranjero. Bien puede decirse en estos supuestos, que la infracción al mismo tiempo se comete en dos territorios o que tiene dos lugares de comisión: uno, el espacio de situación (territorio extranjero) en el que se halla; otro, la prolongación del territorio o territorio móvil representado por la nave o aeronaves. En ambos casos, sin embargo, por aquella ficción será aplicable el poder punitivo estatal de la nacionalidad de la nave o aeronave, prescindiendo de la ley penal de la nacionalidad del territorio en el que se hallan.

Conviene, no obstante, tener en cuenta que el principio del pabellón o territorio flotante, no trata unilateralmente a éste, sino que somete a un distinto régimen jurídico a las naves y/o aeronaves, según sean éstas públicas o privadas, y según donde cada una de éstas se hallen.

## B) El lugar de comisión del delito

### 1. Consideraciones previas

A pesar que la determinación del lugar de comisión del delito no plantea en la inmensa mayoría de las infracciones penales ninguna problemática especial de índole técnico-jurídica, por cuanto lo fre-

cuenta es que la acción u omisión y el resultado se produzca en el mismo lugar (o territorio), impidiendo con ello el planteamiento de problemas de aplicación de leyes penales o de competencias entre Tribunales nacionales, también es cierto que existen ciertas infracciones cuya acción u omisión se produce (u omite) en lugar distinto al resultado, y que cuando esto ocurre y entran en juego dos territorios distintos y soberanos, se plantea qué ley penal es aplicable y qué órganos judiciales son los que tienen la competencia para su conocimiento.

La especial problemática aludida vendrá, pues, comprendida en todas aquellas infracciones en los que la acción y el resultado se produzcan en lugares diferentes, sujetos a distintas soberanías. En particular, en los delitos a distancia, en los delitos complejos, cuya acción se integra por varias figuras delictivas; en el delito complejo, que requiere la realización de varias acciones u omisiones; o en los delitos permanentes o habituales, en los cuales la acción antijurídica se prolonga en el tiempo.

Para solucionar esta cuestión se han formulado y defendido diferentes teorías, las cuales básicamente parten de tomar en consideración, ora la manifestación de voluntad ora el resultado, exclusivamente, o ambos al mismo tiempo.

En virtud de la llamada teoría de la actividad se estima que el lugar de comisión del delito es el lugar donde el sujeto ha llevado a cabo su acción u omisión delictiva.

Este criterio de la actividad, sin embargo, no elimina los problemas originados por aquellos delitos a distancia, complejos, etc. y puede conducir a impunidades indeseables en los supuestos de trascendencia internacional, sin dar solución, por otro lado, a los conflictos de soberanía que se pueden producir.

Según la teoría del resultado, el delito se entiende cometido en aquel territorio en el que se produce el resultado o consecuencia de la conducta activa u omisiva del sujeto.

En el ángulo estrictamente penal se objeta la imposible aplicación efectiva de esta tesis en ciertos delitos, así como la multiplicidad de leyes penales que pueden devenir aplicables cuando el delito produce efectos en varios territorios a la vez.

Por último, según la teoría de la ubicuidad, el delito se entiende cometido tanto en el lugar donde el sujeto ha realizado la manifestación de voluntad o donde debiera haberse realizado la acción u omisión, como en el lugar donde se ha producido el resultado o efectos de aquéllas. Aparece así, ésta, como una teoría combinada de las dos anteriores (actividad y resultado), en la que priman por igual los lugares de realización de la acción (u omisión) y del resultado, poseyendo ambos la misma significación o equivalencia. En último término, se

deduce consiguientemente que los Tribunales de cualesquiera de los países en los que haya acontecido alguno de aquellos aspectos, tienen competencia para conocer del delito.

Su aceptación en la doctrina penal extranjera y española actual es elocuente, al igual que en buena parte del Derecho positivo comparado, como puede constatarse con un simple repaso de las legislaciones:

## 2. La legislación española

### 2.1. La LOPI de 1985

En la actualidad, al no existir norma alguna específica que regule esta materia sólo es posible interpretar el artículo 23 de la LOPI, intentando deducir alguna luz del vocablo «cometido» utilizado en ese precepto. Pero esa palabra puede prestarse a distintas interpretaciones. En principio, la más usual de las acepciones vendría a identificarla como ejecución, perpetración o más propiamente «comisión».

Si esta fuera la única exégesis posible o correcta a partir de la palabra cometidos, nos conduciría a la teoría del resultado y con ella a una nada desdeñable quiebra de la territorialidad penal, en la medida que determinados actos delictivos realizados en nuestro país pero consumados o frustrados fuera de él no quedarían sometidos a la Ley penal española, sino a la ley del lugar de comisión en sentido estricto, careciendo incluso de competencia para juzgar aquí los delitos comenzados a cometer en España pero consumados o frustrados en territorio extranjero.

Frente a esta acepción del término «cometidos», se puede mantener otra, identificándolo con la actividad delictiva desarrollada en territorio nacional, en cuanto los actos aquí realizados dieran lugar a la comisión del delito, aun cuando la consumación o frustración del mismo tuvieran lugar más allá del territorio nacional.

Ninguna de las dos alternativas esbozadas a partir del término que comentamos permite, no obstante, dar entrada al reconocimiento de la teoría de la ubicuidad, teoría que a nuestro entender debía ser la acertada.

El legislador no ha pretendido, en absoluto, determinar en el n.º 1 del artículo 23, el lugar de comisión del delito, limitándose en él al reconocimiento del principio de territorialidad, sin más planteamientos.

### 2.2. El Código Penal Militar de 1985

Carece la Ley penal militar de norma que determine dónde se entiende cometido el delito.

Sin negar que en lo que respecta a la aplicación de la Ley penal militar es prácticamente secundaria tal determinación, toda vez que esta norma se manifiesta aplicable cualquiera que sea el lugar de comisión. Pero una vez que se ha decidido el legislador por obviar su regulación habrá que estar a lo dispuesto en Tratados y convenios internacionales.

En definitiva, las posibles lagunas que pudieran derivarse de la ausencia de norma expresa en la legislación militar española —y aún en la penal común—, y en la medida que no estuviera regulado en las normas internacionales pactadas, creemos ha de resolverse atribuyendo la aplicación de la Ley penal española en cuanto el hecho punible de que se trate pueda calificarse de delictivo conforme a lo perpetrado en ella, independientemente de que la actividad y el resultado hayan tenido o no lugar en territorios diferentes.

## C) La paridad de nacionales y extranjeros

Aunque no haya dudas de que en la actualidad la ley penal territorial se manifiesta estatuyendo la igualdad de trato para nacionales y extranjeros, hay que coincidir con QUINTANO RIPOLLÉS en que esta paridad es un axioma del Derecho moderno y que es un postulado cultural incorporado al acervo de los pueblos civilizados, en contraste con las arcaicas prácticas de privilegio penal, tanto en pro como en contra del extranjero.

La reflexión histórica fundamental se ha centrado en examinar si en la aplicación al extranjero de la ley de la nacionalidad del territorio donde se comete el delito, cabe o no otorgar alguna relevancia a la ignorancia de la ley para excusar de algún modo aquel acto, dado su desconocimiento máxime si se hallaba accidental o temporalmente en el lugar.

Podría resultar oportuno proponer una excepción consistente en aceptar la no aplicación de la ley territorial al extranjero si el hecho es de mínima gravedad y siempre que no se halle tipificado como tal en la ley penal de su nacionalidad o en la ley del lugar de su residencia, si fueren distintas. En tales supuestos, la quiebra de la potestad soberana quedaría legitimada sobre la base de la escasa alarma y conmoción social y, sobre todo, en la ignorancia de la ley. Esto, obviamente, no sería de aplicación a los extranjeros domiciliados en el país o cuya presencia fuere prolongada, sino tan sólo a los visitantes, transeúntes o sujetos temporal o accidentalmente afincados en Estados distintos al suyo. Únicamente cabe esgrimir como razón para su rechazo el que invalida el principio de igualdad ante la ley a través de la ignorancia de la misma.

También pueden esgrimirse razones de política-criminal diversa que se contienen en la práctica totalidad de las legislaciones nacionales, como por ejemplo: cuando la nacionalidad es un elemento de tipicidad del delito mismo.

Por último, cabe acudir al instituto del error, cuando el hecho reúna los requisitos que en su regulación prevé la legislación española o nacional correspondiente, que en nuestro caso se contiene en el art. 14 del Código Penal.

## VI. RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO ESPAÑOL VIGENTE

Hasta en tanto no se logre algún día volver a integrar en el Código Penal las normas que determinan su aplicación en el espacio, dos normas extrapenales continúan regulando el principio de territorialidad: el Código Civil en su art. 8, párrafo 1.º y la LOPJ de 1985.

### A) El artículo 8 del Código Civil

Este es el precepto en el que la totalidad de la doctrina patria ha visto reflejado el principio de territorialidad de la ley penal. En su primer párrafo, actualmente dispone: «las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español».

No obstante, no puede decirse que esta norma, por sí sola, sea disposición suficiente para determinar el alcance exacto del principio de territorialidad en el orden penal. Por el contrario, ha de constatarse su palmaria insuficiencia, comprensible, por otra parte, teniendo en cuenta el sector del ordenamiento jurídico al que pertenece.

Si bien reconoce, en efecto, la territorialidad de las leyes penales, en cuanto se deduce de su texto por una parte con carácter general la obligatoriedad de estas leyes en el territorio nacional (carácter positivo), y por otro, la ausencia de esa obligatoriedad en territorio extranjero (carácter negativo), e incluso la obligación de aplicar siempre la ley territorial prescindiendo de dar relevancia a cualquier elemento de extranjería —reconociendo por tanto la paridad de nacionales y extranjeros, pues ambos igualmente quedan sometidos a la Ley penal española con independencia de su relación más o menos estable o accidental con el territorio nacional—, no con ello agota las imprescindibles dimensiones derivadas de la vigencia de la territorialidad en materia penal.

Su insuficiencia presenta dos aspectos perfectamente delimitados. En primer lugar al carecer de toda precisión en cuanto a la noción del territorio. Desde este ángulo no es razonable pensar que en el artículo 8.1.º del Código Civil se comprenda el territorio en sentido jurídico, pues más bien se están contemplando las situaciones de presencia en el territorio físico o geográfico.

En segundo lugar, como constataba ANTÓN ONCENA la insuficiencia se manifiesta porque se puede cometer un delito estando en el extranjero (enviando sustancias explosivas, participando como inductor o cómplice en delito ejecutado en España, etc.), y de acuerdo con el principio de territorialidad se aplica en tales casos sin género ninguno de duda la Ley penal española, pues la territorialidad se refiere no a los que habiten en territorio español, sino al delito realizado en España. Esta certera observación acerca del significado de la territorialidad de la Ley penal, que comporta la aplicación de la Ley penal nacional a los delitos realizados en el territorio con independencia de que el delincuente se halle en él en el momento de su realización, no es posible captarla desde el artículo 8.1.º del Código Civil, puesto que no permite obligar o vincular a quienes desde el extranjero realizan un acto cuya culminación se verifica en territorio español.

Antes de concluir esta valoración, de la que se desprende en definitiva su necesaria complementación con preceptos específicos colmando las indudables insuficiencias deparadas por el artículo 8.1.º del Código Civil, debemos determinar el sentido de la expresión «leyes penales» en el contexto de este precepto. Esto es, si puede interpretarse en su acepción estricta, abarcando únicamente las leyes penales en sentido formal, o si por el contrario, puede integrarse con otras disposiciones generales, mediante un criterio amplio comprensivo de las infracciones administrativas, fiscales, etc.

Resulta evidente, desde una posición derivada de la noción de orden público que caracteriza las disposiciones penales, esta segunda acepción —leyes en sentido material—. Por el contrario nosotros interpretamos restrictivamente la expresión y expresamos la necesidad de limitarlo a aquellas normas de carácter penal con rango formal de ley, exigencia, por otra parte, inherente constitucionalmente a toda disposición reguladora de la materia penal, conforme ha sentado definitivamente el Tribunal Constitucional.

### B) La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985

La Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, regula, dentro del título I «De la extensión y límites de la jurisdicción», el ámbito de la com-

petencia judicial penal en el espacio y, de los preceptos destinados a este fin, ha de deducir el ámbito de aplicación de la ley penal en el espacio. Además del art. 23 de esta Ley dedica a aquella regulación, de otros preceptos dispersos en el Título Preliminar también es posible extraer consecuencias respecto a la territorialidad penal.

Desde el punto de vista sistemático y desde una perspectiva de simple economía legislativa nada se puede objetar a esta norma, pues no sólo economiza preceptos sino que destina un solo precepto, dividido en cinco párrafos o apartados, para establecer los principios determinativos de la competencia judicial en el espacio, dentro del Libro I rubricado «De la extensión y límites de la Jurisdicción y de la planta y organización de los juzgados y tribunales».

La LOPJ reconoce el principio de territorialidad en los artículos 4, 9.1.º y 3.º, 21 y 23, párrafo 1.º (los dos primeros incordian en el Título I del Libro I ya citado).

a) El artículo 4. Puede decirse, sin duda, que este precepto es genérico o general en dos vertientes, la primera en cuanto recoge el principio de la competencia territorial general, afectando por igual a cualquier orden jurisdiccional (civil, penal, contencioso-administrativo o social), extendiéndose, además, a todas las personas y a todas las materias. La segunda en tanto remite a la Constitución y demás leyes para poder determinar con precisión el alcance de la declaración general que formula.

En definitiva, puede decirse que nos hallamos ante una declaración programática y genérica de la competencia territorial de la jurisdicción española determinada de la propia soberanía del Estado de la cual emana.

b) El artículo 9. Este precepto, únicamente de modo muy secundario, implica un reconocimiento de la territorialidad jurisdiccional. Más bien esta norma establece una distribución o especialización funcional entre los diversos órganos jurisdiccionales en atención a las materias que han de conocer. Por ello, podríamos señalar que regula competencia y contenido de la competencia para cada orden jurisdiccional.

Su párrafo 3.º, referido al orden penal y que determina el contenido de la competencia en este ámbito, desde un punto de vista estrictamente formal presenta la defectuosa mención de causas y juicios criminales que entraña redundancia, resultando poco afortunado en su redacción.

El primer apartado del precepto examinado, limita el ejercicio de la potestad jurisdiccional del poder judicial a aquellos casos en que dicha competencia le sea atribuida por la propia LOPJ o por otras

leyes. Hay opiniones de comentaristas de esta Ley que mantienen que en el apartado 1.º se reconoce además de las notas de unicidad y totalidad, la de exclusividad de conocimiento, con sujeción siempre, a lo dispuesto en la Ley; con ello, dicen, se cierra la posibilidad de extensión jurisdiccional a ámbitos no reconocidos expresamente en la norma, lo que parece ilógico y evidencia clara desconfianza a un poder, cuya exclusiva función es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en toda clase de procesos.

El tercer apartado, exclusivamente referido al orden jurisdiccional penal, se limita a efectuar una distribución interna de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la militar (cuyo contenido y conocimiento se ha de completar con lo dispuesto en el artículo 3.2.º), sin entrar a regular las excepciones que por razón de las personas o lugar de comisión del delito, quedan exceptuadas del conocimiento de los Jueces y Tribunales penales españoles. De ahí que señaláremos antes el interés tangencial de este precepto en cuanto a la materia objeto de nuestro estudio.

c) El artículo 21. Nuevamente nos hallamos con este precepto ante una declaración general, válida para la totalidad de órdenes jurisdiccionales, en este caso determinando la exclusividad de los Juzgados y Tribunales españoles para conocer de los juicios que se susciten en territorio nacional, con independencia de la nacionalidad de los sujetos, reconociendo legalmente el carácter relativo o limitado de la misma, toda vez que ha de tenerse en cuenta lo establecido en esta misma ley y en los tratados o convenios internacionales firmados por España, y los supuestos específicos de inmunidad de jurisdicción y ejecución previstos en normas de Derecho internacional público, que excepcionan el carácter absoluto de la competencia.

Por lo que respecta al orden jurisdiccional penal, al margen de lo previsto en el artículo 23, debe señalarse respecto de este precepto lo siguiente: desde el punto de vista técnico resulta desafortunada su redacción por cuanto la expresión «conocerán de los juicios» aparece bastante impropia, debiendo más bien decirse «conocerán de las causas» al tener un más amplio ámbito; establece, por otra parte, en definitiva, que la competencia viene atribuida conforme a lo dispuesto en esta ley, o en normas internacionales, remitiendo por tanto para su exacta delimitación en lo penal al artículo 23; y expresamente recoge los supuestos de inmunidad o exención aplicable; también en el orden penal, previstos en normas de Derecho internacional público, lo cual es de pura lógica, y con ello se confirma la regla general.

Puede añadirse además, otro defecto en la redacción de este precepto, como el de no mencionar a los apátridas y los acogidos al dere-

cho de asilo, a pesar de que España ha ratificado por adhesión (instrumento de 22 de julio de 1978) la Convención internacional sobre el Estatuto de los Refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951).

d) El artículo 23. Valoración. La declaración general del artículo 21 reconociendo el principio de territorialidad penal, recibe en el artículo 23, primer párrafo, su especificidad en lo que respecta a las disposiciones penales. Este precepto reza así:

*«En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves sin perjuicio de lo previsto en los Tratados Internacionales en los que España sea parte».*

Sin embargo, es fácil de constatar la ausencia de precisión acerca de lo que debe entenderse por territorio español así como la no-diferenciación de las clases o categorías de territorio en sentido ficticio, y lo que es más importante no determinar dónde y cómo se tiene cometido el delito.

Es efectivamente lamentable la parquedad manifiesta con la que este precepto reconoce el contenido jurídico del territorio español, a los efectos de determinar el ámbito de competencia de la jurisdicción nacional, y por ende de la ley penal en el espacio. Debemos entender —obviamente— con la expresión «territorio español», no sólo el territorio real o físico, sino también el resto de espacios que conforman el denominado territorio jurídico o formal. Debemos entender, asimismo, que a falta de esta precisión queda el recurso a la legislación especial. Esta definición de territorio debería haberse incluido en el nuevo Código Penal de 1995, que según nuestra opinión debería haber contenido esta precisión al regular el ámbito de aplicación espacial de la ley penal. No obstante, en este precepto se recogen con toda evidencia dos notas características del principio de territorialidad: la primera, precisamente por ausencia de mención, la paridad de nacionales y extranjeros ante la jurisdicción y, por ello, ante la ley penal. Esto es, con independencia de la nacionalidad de los sujetos activos y/o pasivos, todas las infracciones delictivas cometidas en España serán juzgadas por los Tribunales españoles, salvo las posibles exenciones, inmunidades o inviolabilidades previstas en los Tratados internacionales. La segunda, deducida de la imposibilidad de aplicar otra ley penal distinta a la correspondiente al territorio, la aplicación en todo caso de la Ley penal española, que quedará exceptuada asimismo, en los supuestos previstos en los Tratados internacionales.

## EL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD

### I. INTRODUCCIÓN

Este principio que recibe diferentes denominaciones aunque la que encabeza este capítulo es la más extendida y que parte de tomar como punto de referencia la nacionalidad o condición personal del sujeto activo (y/o pasivo) del delito, no es una regla de extraterritorialidad penal única, ni siquiera básica o fundamental, sino complementaria y subsidiaria, junto con otras, del principio de territorialidad.

En efecto, la extraterritorialidad penal no se apoya, exclusivamente, en el principio de personalidad para extender el ámbito de aplicación de la Ley nacional a hechos delictivos ocurridos en territorios extranjeros, sino que utiliza conexiones diferentes, ampliando su eficacia y jurisdicción —por razones diversas de la nacionalidad o del estatuto personal de los sujetos—. Parece razonable que ello sea así, en la medida que el principio en cuestión tiene una incidencia relativa y cuestionable sobre los intereses nacionales en el extranjero, y por otra parte, dichos intereses no han de ser, necesaria e inevitablemente, puestos en peligro o lesionados allí por personas de la misma nacionalidad.

Su incidencia es relativa, en cuanto la inmensa mayoría de los supuestos delictivos comprendidos bajo este criterio (que son, en realidad, todos los delitos, exceptuando los que caen en el área específica del principio real), quedarán sometidos a la Ley penal del territorio en que se cometan, y es cuestionable por cuanto tiene de censura del principio de territorialidad. Esto es bien comprensible, sobre todo si tomamos su carácter absolutamente supletorio y subsidiario, derivado de la vigencia de axiomas tales como el de la no entrega del nacional que después de cometido el delito en territorio extranjero se refugia en su propio territorio y con la consiguiente inaplicación de la ley del lugar donde, efectivamente, se produjo el quebrantamiento o perturbación del orden jurídico.

Solamente con la explicación formalizada sobre la estrecha ligazón existente entre el ciudadano y sus leyes donde quiera que éste se halle, y en su reverso, el alargamiento del brazo protector del Estado sobre su nacional delincuente e infractor de las leyes extranjeras, se justifica en teoría este principio.

### II. SIGNIFICADO

El principio de personalidad es la antítesis del principio territorial, por cuanto propugna postulados antagónicos a los sustentados por éste:

El postulado principal, indudablemente, y el que da sentido pleno a éste, es que la ley penal propia del ciudadano, debe aplicarse a todos los delitos perpetrados por los ciudadanos del Estado cualesquiera que sea el sitio —territorio estatal o territorio extranjero— en que esos hechos delictivos fuesen cometidos.

Con esta exclusiva referencia puede deducirse que la concepción del principio de personalidad represente la contrapartida a la idea de la determinación de la soberanía del Estado, por su territorio, al hacer recaer el acento en el elemento personal.

La relación o enlace efectivo entre el Estado y su nacional, aunque éste se halle en el extranjero, tiene como segundo efecto esencial, apuntado por QUINTANO RIPOLLES, el mantener su propio fuero jurisdiccional sobre personas que se hallen más allá de los propios límites territoriales, y en los que la cualidad objetiva, el *status*, puede más que la consideración geográfica y localista.

En definitiva, su significación se reduce o limita a la aplicación de la ley nacional por los Tribunales nacionales a aquel sujeto vinculado por su *status* de nacional, que ha cometido en el extranjero una infracción. Frente al principio de territorialidad que coloca el énfasis en un elemento objetivo —el territorio de soberanía del Estado—, el principio de personalidad hace de un elemento subjetivo —la relación Estado-ciudadano—, el pivote central de su operatividad.

### III. FUNDAMENTO

La vigencia e importancia del principio de personalidad se pretende legitimar recurriendo a justificaciones de distinta índole, que no siempre resultan compatibles ni congruentes entre sí, y que puede agruparse en torno a dos nociones:

1. La primera de naturaleza eminentemente política, que puede subdividirse a su vez en estos tres aspectos, por su origen, en el primado de las nacionalidades, y por su finalidad, en el deber de fidelidad del ciudadano a sus leyes y/o en el derecho de representación.
2. La segunda noción de naturaleza estrictamente penal, subdividida por su parte, en cuanto a los destinatarios de las normas penales y en cuanto basada en razones pragmáticas o realistas.

Respecto a la primera infieren determinados autores, que la teoría personalista resulta de la política de las nacionalidades tan vigorosa a mediados de la primera centuria, cuando MANZINI la proclamaba la

idea madre. Precisamente por adoptar como concepción hegemónica la consideración o elemento de la nacionalidad, relegando a un segundo término el elemento material, se alzaprime el criterio de conexión basado en la personalidad entendiendo como grupo de personas sometidas a una autoridad común. Ciertamente, no debe negarse la coherencia de una argumentación como la descrita, partiendo de una proposición sencilla y contundente, cual la de nucleizar el Estado sobre la base de la nacionalidad. Puede aceptarse que el origen del principio de personalidad se halle en el auge del sentimiento de las nacionalidades, donde encontraría adecuado sentido, pero no puede admitirse que ese sentimiento rige sosteniendo su justificación.

Otra posición, destaca, por un lado, la especial consideración del súbdito o nacional, y por otro lado, la obediencia o fidelidad que éste debe tener a sus leyes. Ambos aspectos confluyen en la estimación de que las fronteras no suponen ningún obstáculo para mantener la especial ligazón y el deber de fidelidad, que se traduce en la protección dispensada por el Estado, aunque se trate de hechos cometidos en territorios sujetos a soberanías diferentes.

Pese a otros antecedentes doctrinales, se considera a MEZGER el impulsor de la teoría que sostiene que el principio de personalidad se funda a la vez en la relación de fidelidad y en ser el Estado nacional una especie de gestor de negocios de aquél donde se había realizado el delito.

La fortuna del nombre y su significado han sido escasos, no así la crítica y rechazo que ha generado una tal legitimación del principio de personalidad. En nuestro país, ANTÓN ONECA no cree puede mantenerse que el interés del Estado donde se ha realizado el delito juegue aquí papel preponderante, desde el momento mismo en que se le niega la extradición del nacional por motivos que interesan exclusivamente al Estado de la nacionalidad. Asimismo le rechaza CEREZO MIR por considerar, de acuerdo con la opinión del precitado autor, que el Estado nacional actúa principalmente en virtud de su propio interés.

Se percibe claramente del significado atribuido al principio de personalidad la absoluta inexistencia de un Derecho penal por representación y, consecuentemente, que el Estado que tiene la posibilidad de ejercitar el poder punitivo no actúa en estos casos como gestor de negocios ajenos, por delegación o en representación del Estado extranjero. Y ello, porque no hace sino actuar en su propio interés, ya en la medida en que protege bajo su ordenamiento jurídico al delincuente refugiado ya en la medida en que no tiene en cuenta el interés del Estado de comisión del delito, pues no le cede el derecho a juzgarlo, y en cuanto no acepte, generalmente, siquiera la aplicación de la ley penal extranjera vulnerada.

La representación o gestión ajena tendrá razón de ser si el Estado de la nacionalidad actuase en defecto del extranjero por una imposibilidad material que no se fundase en una previa condición derivada de la no extradición del nacional.

En cuanto a las razones penales, hay quien ha pretendido fundamentar la vigencia del principio de personalidad en atención a los destinatarios de la aplicación de las normas penales. La ley penal se crea por el legislador en virtud de las condiciones e idiosincrasia de los ciudadanos, que en definitiva serán los destinatarios específicos de la norma represiva. Por ello, resulta un contrasentido la aplicación que de ella se hace en base al principio de territorialidad, a los extranjeros que delinquen en territorios de nacionalidad distinta a la suya.

La concepción de este principio de personalidad como criterio complementario del de territorialidad hace que las razones pragmáticas o realistas emerjan a un primer plano, convirtiéndose en justificaciones fundamentales. Efectivamente, la existencia en las legislaciones del principio de no extradición del nacional que se ha refugiado en su país tras haber cometido un delito, sólo puede solucionarse convincentemente de dos formas: aplicándole sus leyes propias, leyes del territorio nacional en el que busca refugio o amparo, o consintiendo la impunidad. Esta segunda solución es repudiada por la alarma social, producido por el delito impune y el sujeto peligroso, en el círculo en el que éste vive.

La primera solución, por tanto, que evita la impunidad del nacional refugiado en su propio país, es la aplicable.

#### IV. EFECTOS

Históricamente, se ha venido poniendo de manifiesto la positiva valoración del principio de personalidad tanto por razones procesales como penales, utilizando como presupuesto argumentos absolutamente idénticos a los esgrimidos en pro del principio territorial, aunque con significado antitético.

Desde las perspectivas procesales, se dice que en virtud de este principio es posible facilitar los trámites procesales y asegurar las mayores garantías de una justicia penal equitativa. También posibilita la labor del juez además de adecuar la responsabilidad penal a la personalidad del delincuente. Es, para Quintano Ripollés, un argumento poderoso el que nadie mejor que el juez nacional del delincuente puede valorar tan exactamente la prueba e individualizar la responsabilidad que es una operación axiológica, en la que cuentan

los factores psicológicos y éticos más variados, muchos de los cuales han de escapar probablemente al juzgador extranjero.

Sólo si se parte de un recelo y desconfianza hacia la justicia penal extranjera puede comprenderse las afirmaciones precedentes, sosteniendo que con este principio se posibilita enjuiciar en él hechos con las debidas garantías, adecuando la responsabilidad penal. De lo contrario, es improbable aceptar con convicción un mejor enjuiciamiento de unos hechos cometido posiblemente a cientos de kilómetros del país de origen, y que aquí sea más fácil encontrar las pruebas y juzgar con acierto. Precisamente todo lo anterior legitima el principio de territorialidad, esto es, la facilidad para recoger las pruebas, la inmediatez del procedimiento, etc.

Desde el ángulo penal, en su favor puede esgrimirse el argumento de la finalidad de la pena, desarrollado por QUINTANO RIPOLLÉS, en el sentido de que ganada la teoría y aun la práctica del Derecho penal moderno a un objetivo de protección y corrección del delincuente, el sistema de prevalecida del estatuto de éste, pudiera alegar iguales razones que valen en la ley civil para su conexión con la ciudadanía.

Asimismo, razones prácticas, como la del derecho del delincuente a fijar su residencia efectivamente en el país de origen, del cual no puede ser expulsado por el Estado cuya nacionalidad ostenta, y las tantas veces reiterada de evitar la impunidad de los propios ciudadanos.

Frente a ellas, hay inconvenientes tan poderosos como el de la intromisión en la soberanía territorial extranjera y su consecuencia, la eliminación de la aplicación de la ley penal extranjera y la eliminación de la presencia de los tribunales extranjeros.

#### V. ELEMENTOS

La configuración de este criterio de conexión de la ley penal especial requiere, necesariamente, de los elementos para poder alcanzar su pleno sentido. Uno, absolutamente esencial, de carácter positivo y sustancial, que es de la nacionalidad del sujeto. El otro, de carácter objetivo o procedimental, determinante de la efectiva aplicación de la ley penal, que es la presencia del sujeto en el territorio de su nacionalidad. Junto a ellos, pueden citarse impropriamente otros requisitos subsidiarios, que son más bien limitaciones a la vigencia de este criterio, tales como el principio *non bis in idem*, o la regla del abono de las penas impuestas en el extranjero.

### A) Nacionalidad del sujeto

En este elemento radica la verdadera esencia del principio, puesto que es la nacionalidad del sujeto lo que liga su persona y sus hechos a la Ley penal nacional. En efecto, el excluir el territorio y sustituir éste por la nacionalidad se elimina conceptualmente el lugar y se centra la atención en la persona que a través de la conducta típica entra en conflicto con el ordenamiento.

Sin embargo, con ser decisiva, la nacionalidad en sí, no lo es menos la concreción del momento en que ha de ser tomada en cuenta. En la actualidad y por razones pragmáticas o realistas, se tiene en cuenta la nacionalidad en el momento ora de la comisión del delito, ora con posterioridad, cuando el sujeto es perseguido y reclamado por la Justicia del país de comisión del delito.

Denominamos elemento de nacionalidad en sentido propio la consideración de ésta, antes o durante la realización del delito. Si hiciéramos caso de la mayor parte de los argumentos que se han formulado para legitimar este criterio, desde luego que la nacionalidad únicamente sería decisiva en esos momentos o etapas del iter criminis, careciendo de valor o resultando indiferente el cambio de nacionalidad posterior.

Denominamos elemento de nacionalidad en sentido impropio, la consideración de ésta en un momento posterior al de la realización del delito. Cuando el sujeto, tras cometer su infracción se refugia en un país distinto al de su nacionalidad y obtiene en éste una nueva nacionalidad, bien dolosamente para eludir toda represión penal, bien del mismo modo para gozar de una aplicación penal más benigno ó suave, no cabe apoyarse en las razones legitimadoras al uso del principio de personalidad. La distorsión derivada de esta nacionalidad impropia y sus efectos, obedece, únicamente a una realidad incontrovertible, cual es que la nacionalidad sobrevinida o adquirida con posterioridad a la comisión del delito, impide la extradición del delincuente.

### B) Presencia del sujeto en el territorio nacional

Este elemento representa la condición *sine qua non* para la efectiva aplicación del principio de personalidad. Es evidente que no puede aplicarse la ley penal de su nacionalidad si el sujeto no se halla en dicho territorio, si el sujeto no está a disposición de las autoridades judiciales nacionales.

## VI. LIMITACIONES

Justamente para evitar aquella exaltación absurda del poder penal, la generalidad de los ordenamientos penales establecen una serie de limitaciones al principio de personalidad, pretendiendo con ello buscar un paliativo, una mitigación o moderación de sus alcances.

Las limitaciones de que es objeto el principio personal, y que pueden conceptuarse como condiciones objetivas de punibilidad, unas, y como obstáculos procesales o condiciones de perseguibilidad otras, no son todas ni las mismas, sin embargo, en los diferentes Estados,

### A) Gravedad de la infracción

La reserva del principio personal para infracciones que presenten una determinada gravedad o que se hallen conminadas con una determinada pena, sólo es sostenible jurídicamente por un innegable desprecio del derecho extranjero vulnerado. La consecuencia, en último término, es la ausencia de persecución y la impunidad para las infracciones menores que lleven aparejadas una sanción leve, en virtud de la protección del Estado en el que se refugia el sujeto.

### B) Principio de la doble incriminación

Una limitación legitimada en función del reconocimiento que el Derecho extranjero otorga a la infracción, es la necesidad de que el hecho sea delictivo tanto en el lugar en que se ha cometido, como en el territorio donde se refugia, en el cual a la postre habrá de ser juzgado y, en su caso condenado. Si la conducta del sujeto no parece incriminada en el lugar de comisión, dicho comportamiento es impune, aunque en el territorio nacional fuere merecedora de reprobación penal; y, evidencia *a posteriori* que si la conducta del sujeto aparece incriminada en el lugar de la comisión, la determinación de la responsabilidad penal concreta se sujeta ya a la ley penal de la nacionalidad.

### C) Principio *ne bis in ídem*

Este axioma fundamental insito en el principio de legalidad penal, en virtud del cual no puede ser castigado dos veces un sujeto por el mismo hecho, supone una evidente limitación del ejercicio del *ius*

*puniendi* de la nacionalidad, cuando el sujeto ya ha sido castigado en el extranjero. Deben efectuarse en este aspecto dos concreciones; una deriva de la existencia de una sentencia penal en el extranjero, determinante de la responsabilidad, ya sea exculpatoria, ya sea condenatoria; la otra, viene a colación cuando se ha condenado, efectivamente, al sujeto a una pena, en cuyo caso ésta si no está cumplida en su totalidad, genera y mantiene su vigencia en el territorio de la nacionalidad. Ambos aspectos ponen de manifiesto, nuevamente, el reconocimiento del Derecho extranjero v/a las decisiones o sentencias judiciales en materia penal.

#### D) Principio del abono de las penas

Conectado con el apartado anterior, este reconocimiento o aceptación de la sentencia extranjera implica una limitación más del principio personal, y por idénticas razones de justicia material, determinando la compensación de la sanción impuesta y cumplida efectivamente en el extranjero.

### VII. CLASES

Prácticamente todas las reflexiones precedentes descansan sobre la exclusiva referencia de la nacionalidad del sujeto activo o autos del delito, esto es, sobre lo que se denomina comúnmente principio de personalidad activa. Sin embargo, junto a éste, es conveniente distinguir en la doctrina otras clases o perspectivas de consideración categorial.

De acuerdo con POLAINO, pueden diferenciarse estas cinco clases o perspectivas de consideración categorial: a) principio de personalidad activa del delito; b) principio de personalidad pasiva o en atención al sujeto pasivo o bien jurídico protegido por el delito; c) principio del domicilio; d) principio de la doble nacionalidad, activa y pasiva, y e) principio personal extremo o absoluto.

#### A) Principio de personalidad activa

También conocido como principio de personalidad puro o principio de sujeción personal activa, toma en cuenta exclusivamente al sujeto activo del delito. Su concepto estricto decide que la ley penal es aplicable únicamente al ciudadano que delinque en el extranjero contra un extranjero, no ya contra un conciudadano del propio autor.

De acuerdo con ello, resulta decisiva la nacionalidad del sujeto activo, y la ausencia de esa misma nacionalidad en el sujeto pasivo.

#### B) Principio de personalidad pasiva

Esta modalidad posee la peculiaridad de prescindir del sujeto activo del delito y recurrir a centrar su atención en el sujeto pasivo y/o bien jurídico protegido del delito. De ahí que también se denomine principio de la nacionalidad del ofendido o principio de protección de los nacionales.

De acuerdo con su significado, resaltan como esenciales la nacionalidad del sujeto pasivo y/o bien jurídico protegido y la ausencia de esa misma nacionalidad en el sujeto activo, coincidiendo en buena medida con el llamado principio real o de protección de intereses.

Se han vertido duras críticas por la doctrina, legitimadas en distintas consideraciones que puedan sintetizarse en: por una parte, la manifestación extrema del principio real o de protección de intereses. Esta certera objeción es de CEREZO MIR el cual estima que en realidad no guarda relación alguna con el principio de personalidad. Por otra parte, el posibilitar una peligrosa parcialidad con respecto al inculpado (extranjero).

#### C) Principio de domicilio

El criterio del domicilio considera como punto de conexión suficiente el domicilio del extranjero en territorio del Estado. Se trata en realidad, de una derivación del principio personal activo, según el cual es suficiente para fundamentar el poder punitivo interno del Estado el domicilio nacional del extranjero.

Si bien, en efecto, no se puede objetar nada desde el punto de vista del Derecho internacional contra este criterio, sí se puede señalar su impropiedad, apareciendo, como aparece, fundamentado sobre el principio de personalidad, con el que no guarda ni en su origen ni en su legitimación, ninguna relación.

Lo relevante aquí es exclusivamente el domicilio o residencia del sujeto activo del delito, prescindiendo de todo lo más, incluso de la nacionalidad que realmente posea. No parece exista justificación suficiente para esta extensión de la eficacia ultraterritorial de la ley penal.

**D) Principio de la doble nacionalidad**

Conforme a éste se entiende que la ley penal se aplicará al ciudadano que delinque en país extranjero precisamente contra otro ciudadano que es titular de la misma nacionalidad que aquél ostenta.

La objeción fundamental recae inevitablemente sobre esta concepción acotada o restrictiva del criterio de la personalidad, que denota una especie de principio endogámico, destinado a ofrecer una protección especial a sus ciudadanos.

**E) Principio personal extremo o absoluto**

Esta categoría, negadora del principio de territorialidad, significa que la ley penal de un Estado es sólo aplicable a los ciudadanos del mismo, con exclusión de todos los extranjeros. Su dogmatismo característico se muestra inadmisibles tanto en el marco normativo de nuestro Derecho positivo como en el plano del Derecho penal comparado.

**VIII. RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO ESPAÑOL VIGENTE**

La regulación del principio de personalidad en el artículo 23 número 2 de la LOPJ de 1985 ha venido a eliminar buena parte de las deficiencias admitidas reiteradamente a lo largo de los más de cien años de vigencia de la LOPJ de 1870.

El texto del artículo 23, número 2 dispone: «Asimismo conocerá de los hechos previstos en las leyes españolas como delito, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueran españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurren los siguientes requisitos: a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de un Organismo internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito, inciso redactado conforme a la Disposición final única de la LO 11/99, de 30 de abril; b) que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los Tribunales españoles; c) que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle la que le corresponda».

Lo que el legislador establece con el principio de personalidad, es la sujeción a la ley penal española —vía los Tribunales españoles— de

cualquiera de los hechos delictivos cometidos por españoles en el extranjero, prescindiendo de la nacionalidad del bien jurídico protegido o de la índole a la que responda ese bien, cuando se den los requisitos en él establecidos y no se trate de los supuestos delictivos amparados en los números siguientes:

**A) Cuestiones previas**

1. Conviene en este momento determinar la naturaleza de las condiciones previstas en el artículo 23.2 de la LOPJ esto es, si aquellas se pueden conceptualizar como condiciones objetivas de punibilidad o penalidad, o por el contrario nos hallamos ante condiciones de procedibilidad o perseguibilidad.

Aun cuando, de acuerdo con COBO y VIVES, puede decirse que todo es discutido acerca de las condiciones objetivas de punibilidad, desde su misma existencia, hasta su función, situación sistemática y posible distinción con otros conceptos penales y procesales, una definición de ellas vendría a conceptualizarlos como hechos futuros e inciertos (condiciones) independientes de la voluntad del autor (objetivas), que determinan la punición o la mayor punición de la conducta, dividiéndose, según produzcan la imposición de la pena o un aumento o disminución de la misma, en propias o impropias. Y se den o no tales condiciones el delito está completo y perfecto, condicionando la concreta imposición de la pena en base precisamente a la oportunidad político-criminal de su punibilidad.

Por el contrario las condiciones objetivas de perseguibilidad o de procedibilidad, son obstáculos u óbices procesales que no afectan a la existencia de un delito sino a la posibilidad de su persecución.

Las circunstancias que aparecen en el artículo 23.2 de la LOPJ son condiciones objetivas de perseguibilidad, ya que condicionan la apertura del procedimiento penal, en este caso, en nuestro país, por los hechos ocurridos fuera de él. Son, en efecto, además, posteriores e independientes tanto al delito en sí mismo, como a su autor y posibilitan, caso de su no-concurrencia acumulativa, la imposibilidad de aplicar la Ley penal española por ausencia de competencia para su conocimiento de los Tribunales españoles. En definitiva, son simples obstáculos procesales, que, en absoluto, condicionan la existencia del delito.

2. Hay que detallar también como cuestión previa que la coherencia de aplicar el principio de personalidad a los españoles que lo fueren en el momento de la comisión del delito, quiebra con la extensión de éste a los nacionalizados españoles con posterioridad a la comisión del hecho.

Resulta altamente cuestionable esta regulación —amparada por algunas opiniones doctrinales y por la doctrina jurisprudencial— por dos razones que consideramos esenciales. Por una parte, debido a la distorsión evidente en el fundamento del principio de personalidad, que permite su aplicación a sujetos extranjeros en el momento de la comisión del hecho; por otra parte, por tomar en consideración no el momento de ejecución sino un momento posterior como dato relevante y esencial para determinar la competencia de los Tribunales españoles y la consiguiente aplicación de la Ley penal española.

Sólo desde una perspectiva de estricta justicia material, obedeciendo a razones pragmáticas y realistas pretendiendo impedir que el delito quedare impune por la existencia de un obstáculo insalvable, cual el de la no entrega del nacional, es posible comprender esta orientación torpe y contraria a la fundamentación del principio en el que se incluye.

3. Por otra parte y aunque sea evidente que el hecho delictivo ha de cometerse más allá del territorio nacional, pues de lo contrario no nos hallaríamos en presencia de criterios de extraterritorialidad sino de territorialidad penal, es de alabar la expresión «fuera del territorio nacional».

4. Importante es, asimismo, la exigencia de que los hechos realizados en el extranjero sean delitos según las leyes penales españolas. Ello ha de interpretarse requiriendo que dichos hechos sean formalmente delitos o infracciones graves, quedando excluidos de la aplicación de este criterio, aquellas infracciones leves o faltas para la legislación española.

Entendemos acertada la regulación del principio de personalidad establecido en la LOPJ en este punto ya que sólo deja el margen de extraterritorialidad las infracciones leves, y si tenemos en cuenta la escasa relevancia penal de éstas, de acuerdo con el Código Penal español, no hay posibilidad de creer que por esta ausencia de represión se produzca aquí alarma o temor social alguno, por dar refugio al nacional infractor.

## B) Condiciones

a) *Doble incriminación.* El primer requisito específico del artículo 23.2, exige que el hecho sea punible en el lugar de ejecución. No se requiere especial cualificación de la infracción, limitándose a exigir que sea «hechos punible».

Mantenemos la necesidad de no extender la eficacia de la Ley penal española por este criterio, si los hechos no merecen ser consi-

derados infracciones penales en el territorio de su ejecución, en todo caso. Lo contrario sería exacerbar el deber de fidelidad tantas veces concebido como fundamento de este principio, por la exclusiva consideración de la ley del sujeto activo, siendo así que la actividad desplegada por este sujeto es irrelevante en el extranjero y que carece de interés su represión aquí, donde además no necesita buscar refugio para su impunidad, al no existir delito que lo motive o impulse.

b) *Querrela o denuncia.* Opta la LOPJ de 1985 por admitir querrela o denuncia del Ministerio Fiscal o del agraviado para atribuir competencia a los tribunales españoles.

Inexplicablemente, se elimina la posibilidad de la querrela interpuesta por cualquier persona con arreglo a las leyes como se contenía en los textos históricos sin que puedan aducirse razones convincentes para justificar su omisión.

c) *Reconocimiento de las decisiones extranjeras.* El texto vigente, toma en cuenta las decisiones penales extranjeras al excluir la persecución de las infracciones cometidas fuera del territorio nacional cuando el delincuente hubiere sido absuelto, indultado, o condenado y hubiere, en este caso, cumplido la condena allí.

Con carácter general, esta regulación reconoce efectos a las decisiones extranjeras sobre las cuales se fundamenten aquellas resoluciones judiciales. Dicho reconocimiento implica una asimilación a lo previsto en la legislación penal y procesal española sobre absolución, indulto o condena del reo.

Pero, además, con ese mismo carácter comporta la constatación de la primacía o prioridad de la jurisdicción del lugar de comisión para el enjuiciamiento de los delitos a los que se refiere. Aquí halla el principio de personalidad un adecuado contrapeso a la pretensión de aplicar la Ley nacional al sujeto con independencia del lugar en que se encuentre. Reconoce dicha prioridad o primacía en el sentido de que si el delincuente ha sido ya absuelto, indultado o condenado en el extranjero, la Ley penal española no será ejercitada y la decisión judicial extranjera producirá todos sus efectos asimilada a la decisión judicial española.

Ahora bien, esta aceptación de la jurisdicción principal, no deja de ser un simple hecho que tiene su base y apoyatura, única y exclusivamente, en la presencia o no del reo en territorio español antes de que la jurisdicción extranjera haya procedido a dictar resolución absolviendo, indultando o condenando al delincuente. Este carácter supletorio o subsidiario de la Ley penal española presenta, pues, un carácter puramente pragmático, entendiéndose como pretensión del legislador español de no dejar impune un delito que tiene como sujeto activo a uno de sus nacionales, cuando la ley penal extranjera no se

ha ejercitado y la legislación penal española impide que se ejercite (de hecho) al no extraditar al nacional que se halla en su territorio.

Íntimamente relacionado con esta condición se encuentran:

1. *El principio ne bis in ídem.* Es un principio esencial del Derecho penal moderno en virtud del cual nadie puede ser castigado dos veces por el mismo hecho. Si no existe justificación que ampare la aplicación de la ley penal al objeto de castigar dos veces el mismo hecho injusto cometido dentro del territorio nacional, aún resulta más injustificable esta duplicidad de castigos si se trata de un hecho injusto cometido en el extranjero, y ya sancionado allí —o, en su caso, absuelto o indultado—. Esta regulación de uno de los principios más íntimamente unidos al de legalidad, no está sin embargo exento de cuestionamiento.

2. *El principio de abono de penas.* El reconocimiento del principio de abono de las penas mantiene la norma tradicional en nuestro país, en caso de cumplimiento parcial en el extranjero de la condena allí impuesta.

Razones humanitarias y de política-criminal subyacen en este principio, sin que pueda ponerse reparo alguno. Al contrario, si el sujeto ha extinguido ya parte de su responsabilidad, es absolutamente lógico que en su propio país y por sus propios Tribunales, se tenga en cuenta, abonándole en la proporción correspondiente la condena ya cumplida.

Evidentemente el problema de este abono se suscitará cuando se trate de penas heterogéneas, tema no resuelto por la ley que parece operar siempre con sanciones homogéneas e implícitamente con penas privativas de libertad. El criterio de solución en aquel caso, debería ser el mismo utilizado para aquellos supuestos en que los Tribunales han de proceder a modificar la condena por la aplicación retroactiva de leyes posteriores más favorables para el reo. En este sentido, parece de rigor se dé audiencia al Ministerio Fiscal y especialmente al reo, antes de proceder al abono correspondiente.

### C) Valoración

Sorprende *prima facie* que la regulación del principio de personalidad efectuada por la LOPJ prescinda del requisito de la presencia del reo en el territorio nacional. La ausencia de esta condición permite entender aplicable el artículo 23.2 a los nacionales aunque se hallen en el extranjero, a pesar de la imposibilidad de condenar en rebeldía en nuestro Derecho, y aún más, parece posibilitar la solicitud de extradición del nacional, incluso al Estado en cuyo territorio se cometió el delito.

En cualquier caso, surge la contradicción evidente de la posibilidad de solicitar la extradición al amparo de este precepto, con lo dispuesto en el artículo 826 de la LECR que no contempla el supuesto de solicitud de extradición del español que haya cometido en el extranjero otros delitos distintos de aquellos que atenten contra la seguridad exterior del Estado. De ahí que, a nuestro juicio, no proceda la posibilidad aludida, siendo en definitiva necesario que el español se halle en territorio español para ser de aplicación el artículo 23.2 de la LOPJ.

Por el contrario esta posibilidad no aparece vedada para los extranjeros naturalizados, a los cuales puede ser de aplicación el número 3 del artículo 826 de la LECR.

Para finalizar, hay que destacar que aun valorando las novedades introducidas por LOPJ de 1985 en relación con el texto derogado de 1870, hemos de lamentar que no se hayan producido algunas otras que hubieran permitido, a buen seguro, mejorar el ámbito de aplicación de la ley penal, merced a consideraciones menos egoístas y nacionalistas, que no benefician en absoluto la cooperación internacional en su lucha contra la delincuencia.

## PRINCIPIO REAL O DE PROTECCIÓN

### I. INTRODUCCIÓN

Este principio recibe muy diversas denominaciones en la literatura penal. Por su propia configuración, este sistema, que no ha tenido nunca históricamente carácter único, exclusivo o prevalente, constituye un punto de conexión complementario y subsidiario del principio de territorialidad.

A pesar de que son aquí muchas las objeciones formuladas a propósito del principio de personalidad, la vigencia de esta regla de extraterritorialidad penal tiene como finalidad la específica protección de ciertos intereses estatales en el extranjero, alguno de los cuales, por su propia naturaleza no son objeto de protección o tutela en el territorio en el que el delito se comete, o el grado de tutela allí no es suficientemente relevante para la importancia del bien jurídico que lesionan o ponen en peligro.

### II. SIGNIFICADO

En la doctrina penal, unos autores tienen en cuenta la naturaleza del bien jurídico protegido, en tanto otros, amplían el campo del mismo refiriéndose únicamente a la nacionalidad del interés jurídico.

En su sentido más propio, el principio de protección de intereses es aquel criterio de aplicación extraterritorial de la ley penal, que posibilita la aplicación de ésta a las infracciones contra ciertos bienes o intereses jurídicos estatales, cometidas en el extranjero. De esta afirmación se deduce, estrictamente, dos consecuencias, las cuales no son asumidas generalmente. Por un lado, que su base la constituyen exclusivamente intereses estatales, colectivos o comunitarios, independientemente de su valor o importancia. De otra parte, quedan excluidos de su ámbito de protección bienes o intereses jurídicos individuales.

Podemos señalar cómo en un sentido impropio, el principio de protección de intereses comporta la aplicación de la Ley penal del Estado no sólo a intereses estatales, sino también a los individuales que pueden ser lesionados o puestos en peligro en el extranjero.

Si bien nuestra opinión coincide con el significado expuesto como propio, analizaremos en este título también la proyección del principio de protección de intereses sobre la infracción de bienes jurídicos individuales.

### III. FUNDAMENTO

La vigencia de este sistema se pretende legitimar en una especie de autotutela penal del Estado, basada ora en la naturaleza de los bienes o intereses jurídicos que con este criterio se tratan de proteger, ora por la desprotección de los mismos en la legislación extranjera, y en una especie de legítima defensa que ejerce el Estado sobre las agresiones a los que pueden verse sometido aquéllos.

Hay que convenir, en efecto, en la justificación y licitud del Estado para tutelar y garantizar la protección de sus bienes más importantes o vitales cuando éstos se vulneran en el extranjero. Con mayor razón cuando esta vulneración, por la propia naturaleza de los bienes en juego, no merece la protección del ordenamiento jurídico donde han sido quebrantados. Pero carece de justificación ejercitar el *ius puniendi* en defensa de intereses individuales o privados, tanto por el hecho de que en todo caso se hallan protegidos en el lugar de comisión, como porque en esos supuestos no puede acreditarse la necesidad de autotutela o defensa del Estado al que por la nacionalidad del sujeto pasivo se ligan.

### IV. EFECTOS

En el estado actual de la coordinación de las legislaciones penales interestatales se reveló como un dato plenamente evidente la escasa

tutela que cada una de ellas presta a los intereses de las otras. Lógica consecuencia de esto es la necesidad y conveniencia de un sistema como el de protección de intereses estatales. Sólo a través de él, a nuestro entender se resguarda y garantiza la defensa de bienes jurídicos esenciales para la propia existencia del Estado cuando éstos son lesionados o puestos en peligro más allá del territorio en el que impera su soberanía.

Es absolutamente comprensible que todo Estado se reserve la aplicación de su ley penal cuando desde el extranjero se vulneran bienes de vital importancia para la organización política, social o económica. Máxime si algunos de esos bienes, por su especial naturaleza (p. ej.: traición o delitos en general contra la seguridad exterior del Estado) no pueden ser protegidos sino por sus mismas leyes.

En estos supuestos, por otra parte, no se advierte ni vulneración del principio territorial extranjero, ni conflictos o colisión de intereses entre la ley del lugar de comisión del delito y la Ley del Estado afectado.

### V. ELEMENTOS

Teniendo en cuenta exclusivamente el significado que conceptuamos como propio, destacan como decisivos en el principio real o de protección de intereses, dos grandes elementos, la nacionalidad y la cualidad o naturaleza de los bienes jurídicos. A ellos ha de añadirse un tercero que determina la efectiva defensa de aquéllos mediante la sanción penal: la presencia del reo en el territorio. Este último no presenta variación respecto a lo expuesto respecto del mismo en el principio de personalidad. Tampoco se tratan las limitaciones (p. ej.: Incriminación en el territorio de comisión, *ne bis in idem*, abono de las penas, etc.), por su equiparación con el principio precedentemente comentado.

#### A) Nacionalidad del bien jurídico

Es absolutamente imprescindible que el bien jurídico lesionado o puesto en peligro en el extranjero ostente la nacionalidad del Estado que se dispone a protegerlo con la aplicación de sus leyes. Lo relevante, pues, es la nacionalidad del bien vulnerado. Los bienes o intereses jurídicos propios de otros Estados no corresponden protegerlos en base a este principio.

## B) Naturaleza del bien jurídico

Dado que no todos los bienes jurídicos nacionales quedan amparados por este sistema, es preciso exponer qué es lo que decide su adscripción y sujeción a la ley penal estatal. Aunque en concreto cada legislación nacional amplíe o restrinja el catálogo de infracciones perseguibles en virtud de éste, podemos sin duda, estudiar las connotaciones de todas ellas en abstracto.

Los bienes jurídicos incluidos en el principio de protección de intereses presentan en común una entidad jurídica, específica, que viene dada por la naturaleza del interés o bien jurídico protegido. En efecto, todos ellos son bienes jurídicos estatales, esto es, hallan su razón de ser en la importancia y trascendencia que tienen para la organización jurídico-política nacional o para algunas de las más relevantes funciones que tiene asignado el Estado en cuanto a tal. No cabe, por tanto en este sistema, bienes de carácter personal o individual conformados por afectar a uno o varios ciudadanos de la comunidad. Decide, únicamente, su naturaleza estatal.

En definitiva, lo relevante es la nacionalidad y la naturaleza estatal de los bienes jurídicos quebrantados en el extranjero, con independencia de la nacionalidad del sujeto activo de la infracción (nacional o extranjero), aunque en lo sustantivo cabe muy bien una estimación diversa de la responsabilidad de un nacional o de un extranjero, e incluso que la primera sea la sola exigible en el tipo, como sucede en los delitos denominados de propia mano.

## VI. PRINCIPIO DE PERSONALIDAD PASIVA

Respondiendo a esa concepción extrema del principio de protección de intereses, se reconoce en este principio un doble sustrato, el de garantizar aquellos bienes esenciales del Estado y el de defender los intereses individuales de los nacionales del Estado en el extranjero.

Es frecuente tanto en la doctrina nacional como extranjera, ampliar el significado del principio de protección de intereses en atención al sujeto pasivo del delito. Sin modificar las razones legitimadoras del mismo, se consideran comprendidos bajo la misma denominación común tanto los intereses vitales del Estado cuanto los bienes individuales o particulares de sus nacionales. Dice QUINTANO RIPOLLÉS que, así como en el principio de personalidad, la consideración del sujeto activo del delito es lo que cuenta para que la ley penal opere fuera de su ámbito local propio, es decir, la pertenencia del delin-

cuento a la ciudadanía del Estado que lo persigue, en el principio real es la del sujeto pasivo la que decide la competencia, tratándose de la cualidad de la víctima, del Estado o de los intereses que éste juzga dignos de mayor protección.

Este criterio puede mantenerse desde una perspectiva realista, pero desde un punto de vista conceptual la opinión debe ser diferente, porque la protección de los intereses particulares o individuales está garantizada plenamente en el lugar de comisión del delito, al contrario de lo que ocurre con los intereses estatales. La amplitud o dilación de este principio de protección o defensa más allá de ciertos límites, ya no obedecería a la estricta necesidad de garantizar adecuadamente bienes desprovistos de protección o infraprotegidos en el extranjero, sino a la articulación de un sistema hegemónico, demasiado ambicioso, con claras pretensiones estatistas y garantistas, incidiendo, como ponen de relieve algunos autores, en una ilimitada, arbitraria y unilateral competencia que equivale a una desnaturalización del principio.

Autoarrojarse esta pretensión, comporta la colisión con otro interés más importante, el derivado de la vigencia del principio territorial.

Debe, por ello concluirse, censurando la práctica de un criterio como el de la personalidad pasiva, no ya por lo que tiene de garantista y hegemónico cuanto por lo que representa de indeseable desprecio del Derecho extranjero.

## VII. RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO ESPAÑOL VIGENTE

### A) Consideraciones previas

El artículo 23, número 3 de la LOPJ reconoce como principio complementario el principio real o de protección de intereses, con la siguiente redacción: «Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse según la Ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado; b) contra el Titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, o el Regente; c) rebelión o sedición; d) falsificación de la firma o estampillas reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales; e) falsificación de moneda española y su expedición; f) cualquiera otra falsificación que perjudique directamente el crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado; g) atentado contra autoridades o funcionarios públicos espa-

ñoles; h) los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española; i) los relativos al control de cambios».

A este precepto ha de añadirse, de acuerdo con el número 5 del mismo artículo, lo preceptuado en la letra c) del número 2 del artículo 23 que establece como requisito: «que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda».

Conforme con la fundamentación de este principio de extraterritorialidad penal, se prescinde de conceder relevancia a la calificación del hecho en la ley extranjera, a la nacionalidad del sujeto activo, y al lugar donde se hayan realizado, a la hora de cometer los delitos en él previstos, a la jurisdicción española. De este modo, en principio, tanto los españoles como los extranjeros —y los apátridas aunque no se indique— pueden cometer cualquiera de los delitos reseñados en el extranjero, y ser juzgados en España en aplicación de lo dispuesto en este precepto.

Sin embargo, esta regla general necesariamente habrá de ponerse en relación con las concretas infracciones amparadas en este artículo, y más aún con la regulación que para cada una de ellas establezca la Ley penal española. A este propósito es preciso recordar que la nacionalidad tiene relevancia —aun cuando en principio ello no lo parezca—, tanto por la específica referencia que determinados delitos de la parte especial de nuestro Código efectúan a ella, convirtiéndose de esta forma la condición de nacional en un elemento típico del delito; cuanto por la propia naturaleza de alguna de las infracciones, cuyo bien jurídico reside, precisamente, en la relación de fidelidad al Estado, cualidad que sólo poseen, obviamente, los nacionales del mismo y extremando aquella relación posiblemente los extranjeros o apátridas residentes en el territorio nacional.

Igualmente, la exigencia de que los delitos en cuestión se cometan «fuera del territorio nacional» cuadra coherentemente con el sentido del principio de protección de intereses.

Sin embargo, también aquí hemos de reenviar al concreto examen de cada una de las figuras delictivas sobre las que se proyecta, en atención al respeto estricto del principio de legalidad y a la determinación particular de las distintas conductas delictivas.

La reserva trae su origen asimismo de la configuración efectuada por el Código Penal en algunos puestos, exigiendo en el tipo penal que la acción de que se trate se realice, precisa y, necesariamente, dentro del territorio nacional. Entendiendo, por ello, que no es de aplicación

el artículo 23.3 en estos casos aun cuando generalice todos los delitos con la expresión «fuera del territorio nacional», por no adecuarse a los elementos típicos previstos en el Código Penal.

Por lo que respecta al catálogo de infracciones, si bien hay autores que estiman no existe razón aparente para establecer dos grupos de hechos, los del apartado 3 y 4 del art. 23, exponiendo dudosamente, que el sector de delitos, en sus nueve grupos, del apartado 3.º parece obedecer a un criterio de perjuicio a los intereses del Estado español, entendemos nosotros perfectamente razonable esta diversa agrupación, advirtiendo con claridad que todos los delitos del apartado de referencia tienen como único y exclusivo denominador común la protección de intereses y bienes jurídicos estatales y colectivos.

Por otra parte, hay que significar cómo a diferencia del apartado 4, en este punto se efectúa una determinación cerrada y taxativa de supuestos delictivos sin posibilidad de ampliar el catálogo de infracciones al carecer de una cláusula abierta o en blanco.

## B) Condiciones de procedibilidad

La LOPJ únicamente limita la competencia de los Tribunales españoles por este criterio cuando el delincuente haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero y haya cumplido, en este último caso, la totalidad de la condena, ya que en otro caso se tendrá en cuenta ésta para rebajarle la que le corresponda proporcionalmente.

El legislador de 1985 ha ido lejos en la regulación de este aspecto. Así, resulta correcta la procedencia de no disponer diferenciaciones en relación con los extranjeros equiparando su tratamiento a los nacionales; y en definitiva pudiendo realizar su persecución penal de igual forma ya se hallen en territorio español, ya en el extranjero mediante el recurso de la extradición. Por otro lado, satisfactoriamente también, ha continuado dando pleno reconocimiento a las decisiones penales extranjeras.

## EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL

### I. INTRODUCCIÓN

En la realidad positiva actual, este criterio universalista no es sino un criterio complementario y subsidiario junto a otro, del principio de territorialidad.

Podría decirse, en efecto, que eludida por inviable una justicia universal absoluta el principio del mismo nombre se constituye en el exponente de ese ideal, toda vez que actúa con la misma pretensión de determinar la aplicación de la ley penal con independencia del concreto lugar de comisión del delito, sobre la base de aceptar como verdaderamente esencial la realización de la justicia punitiva, esto es, la eliminación de toda posible impunidad.

Naturalmente que la operatividad de esta regla, por su propia caracterización de principio complementario y subsidiario del territorial, no persigue la represión universal de cualquier tipo de infracciones que pueden cometerse en el extranjero, sino que se limita a un cierto número de supuestos delictivos, que normalmente las legislaciones nacionales establecen a modo de catálogo (cerrado o no), en el momento de regular su aplicación. En primer término, destaca como nota relevante en su regulación la procedencia u origen de esos delitos. En efecto, todos ellos presentan la característica singular de proceder de acuerdos internacionales, o sea, de Convenios o Tratados entre distintos Estados. Derivado de esta concreta fuente de producción de normas, puede lógicamente deducirse, en segundo término, que los delitos incardinados en sede de este criterio tengan connotaciones internacionales y presenten como matiz de relevancia la protección de ciertos bienes jurídicos de carácter internacional o universal, cuya infracción lesiona o pone en peligro no el específico marco de un valor estatal o individual sino, por el contrario el amplio espectro de intereses jurídicos reconocidos y amparados por la Comunidad internacional.

## II. SIGNIFICADO

Manteniendo la filosofía del principio absoluto de la extraterritorialidad del derecho de penar, el significado del criterio de justicia universal consagra el reconocimiento de que determinadas acciones delictivas violan o quebrantan ciertos valores esenciales del orden imperante en la comunidad internacional, y convirtiéndose en auténticos delitos *societas generis humani* que obligan a todos los Estados a sancionar sus infracciones cuando los sujetos autores de los mismos se hallen en su territorio.

Efectivamente, este principio relativo de justicia universal tiene como finalidad permitir sin obstáculo alguno que ciertas infracciones, por diversos motivos, puedan enjuiciarse por cualquier Estado sea cual sea el lugar en que se hayan cometido. Únicamente, desde luego, cierta especie o categoría de delitos, precisamente aquellos en los cua-

les prima el reconocimiento de la idea de comunidad de intereses, que proclama la garantía de bienes jurídicos en cuya salvaguarda penal está interesada directamente en cuanto tal la propia comunidad mundial.

Estos hechos delictivos, por su importancia y significación, otorgan a las leyes y Tribunales del lugar de aprehensión la facultad de su aplicación y atribuciones, no importando el lugar de comisión de los mismos ni los sujetos y bienes jurídicos afectados (nacionales y extranjeros). Se erige aquí, por encima de intereses de cualquier otra índole, un axioma fundamental, el del interés represivo internacional, pivote central sobre el que gira el meritado principio.

En definitiva, su significado idéntico al del principio de universalidad absoluta del derecho de castigar, nos enseña sencillamente que en cierta categoría de delitos, definidos por afectar a intereses esenciales de la comunidad internacional, el juez del lugar de aprehensión del delincuente posee la competencia para juzgar conforme a la ley penal del territorio de aprehensión, prescindiendo del lugar de efectiva comisión del delito y de la nacionalidad de los sujetos u objetos efectivamente lesionados o puestos en peligro.

## III. FUNDAMENTO

Una triple legitimación es posible esbozar para fundamentar la vigencia del derecho de castigar en base al principio de comunidad de intereses. En primer lugar y, sin duda, la más importante y decisiva de las justificaciones es debida a la cualidad o categoría de los bienes jurídicos afectados. En segundo término y derivado del primero debemos recurrir a razones de solidaridad internacional que se traducen en una representación de intereses universales. Por último, y como justificación también relevante aunque enfrentada con la anterior, a la propia necesidad de protección estatal similar a la expresada a propósito del principio personal y de protección de intereses.

Todas ellas en todo caso ponen de manifiesto la ausencia de una verdadera comunidad jurídica internacional, ofreciendo una muestra del esfuerzo conjunto para la represión de determinadas infracciones cuyo número aumenta cada día, tal vez sobre el sustrato ideal de un alto imperativo de moralidad y no de bajo pragmatismo inmediato.

Sin duda, la legitimación esencial se halla en la consideración misma de los hechos sujetos a la vigencia de este principio. Nos hallamos indudablemente ante los llamados delitos internacionales o *delicta iuris Pentium*, que afectan a todos los Estados que forman la comunidad internacional, en cuanto atacan intereses comunes a todo

Estado. O de otro modo, ante acciones que atentan contra los bienes y valores reconocidos en todos los pueblos. Y es que, hay bienes que en su propia esencia asumen un prevalente carácter comunitario o universal, que permite y aún reclama la inmediata aplicación del ordenamiento penal vigente en el Estado en que se produce la aprehensión del delincuente.

Debido, pues, a la importancia y trascendencia propia que poseen los intereses jurídicos en juego para la comunidad internacional, cualquier Estado miembro se halla legitimado para juzgar las ofensas o agresiones que sufran ya que su fundamento radica en que la comunidad internacional, como tal, está interesada en su persecución y castigo.

La apelación a la solidaridad internacional, o a una civilización universal contra el crimen para la defensa de los comunes intereses culturales, en defecto de una verdadera comunidad internacional, comporta, precisamente, que cada Estado actúe como representante de la comunidad de Estados civilizados.

Esta justificación, innegable muestra de la extraterritorialidad más absoluta de las leyes penales, no debe equivocadamente ampararse en la reivindicación de un derecho de soberanía, en la protección o defensa de intereses individuales o estatales, sino en la legitimación otorgada por la comunidad internacional para actuar como representante de ella en defensa de bienes jurídicos en cuya protección existe un interés común de todos los Estados.

Aparece así convenientemente fundamentada la justificación del juez del lugar en que el culpable ha sido aprehendido mostrándose como ideal, presagio de un ordenamiento internacional verdaderamente solidario.

FIERRO fundamenta este sistema universal de represión en un criterio de protección (como el personal y real), argumentando en su apoyo que es el resultado de una valoración más amplia, pues toda la Humanidad está interesada por igual en la erradicación de esta categoría de infracciones delictivas y ello ocurre no sólo porque estas conductas ofendan o agredan las pautas culturales de todos los pueblos sino también y quizá en forma preponderante, porque esa clase de delitos asumen modalidades operativas de carácter internacional, frente a las cuales sólo es posible responder con eficacia aunando los esfuerzos de todas las naciones interesadas.

Esta legitimación adoptando las mismas razones de protección que amparan al principio personal o real, no debe, sin embargo, utilizarse como fundamento único y menos aún excluyente de la tesis de representación. A nuestro entender, ambos aspectos deben concebirse con carácter complementario, dado que en realidad apoya la misma finalidad, aunque partiendo de diferente fundamento.

#### IV. EFECTOS

Puede reiterarse aquí el clásico cuestionamiento efectuado a la concepción absoluta del principio de universalidad y, en particular, a la necesidad que este sistema demanda de una mayor homogeneidad de la legislación penal y una mayor igualdad de civilización.

La ausencia de homogeneidad de los derechos penales nacionales requiere previamente una uniformidad valorativa frente al catálogo de hechos que serían objeto de represión universal.

La desigualdad de civilización, por el contrario, no puede corregirse desde el ángulo que nosotros abordamos rebasando, obviamente, las pautas del Derecho penal.

La extensión de este principio, en la medida en que la delincuencia se internacionaliza puede conducir a un defensivo riguroso lleno de consecuencias indeseables desde la perspectiva de la seguridad jurídica, por lo que es deseable una adopción muy controlada y limitada de la idea de la justicia penal universal.

No debe pasarnos desapercibido que este encomiable propósito se encuentra sometido a numerosos inconvenientes materiales y dificultades prácticas, siendo necesario en consecuencia, no sólo limitar adecuadamente su ámbito, sino también tomar en consideración la ausencia de uniformidad que depare el distinto grado de desarrollo y civilización de los Estados que componen la comunidad internacional.

Frente a esta problemática singular, debe convenirse en la limitación del repertorio de supuestos protegibles y asimismo en la oportunidad de restringir la aplicación del principio de justicia universal cuando existen posibilidades de utilizar otros instrumentos de colaboración interestatales, que depuren con mejores garantías la responsabilidad del sujeto.

Ello es lo que con buen criterio hacen ciertos Estados reservando la aplicación de su ley penal únicamente para aquellos casos en que no es posible la efectiva aplicación de la Ley del lugar de comisión (por ejemplo Códigos Penales alemán, italiano o portugués).

Debe por último, no extremarse la solidaridad internacional intentando cada Estado juzgar indiscriminadamente la delincuencia internacional a costa de sacrificar las garantías esenciales del Derecho penal civilizado.

En tanto sea perfectamente apreciable una absoluta desigualdad de civilización y legislación, no debe ponderarse esta regla de extraterritorialidad como panacea o virtud universal. Lo contrario sería engañoso y en absoluto beneficia a la comunidad internacional.

## V. ELEMENTOS

### A) Aprehensión del delincuente

El único elemento decisivo en el principio de justicia universal es la efectiva aprehensión del delincuente por el Estado. Carecen por tanto de relevancia o es indiferente, tanto el territorio en el que el delito se cometió, como la nacionalidad del sujeto o la nacionalidad del interés jurídico al que la infracción afectó directamente.

La presencia del sujeto en el territorio de un Estado, a disposición de las autoridades judiciales del mismo, conlleva la aplicación de la Ley penal del lugar de aprehensión por los Tribunales de ese lugar, prescindiendo de la legislación del país donde se cometió el delito. El Estado, donde se ha producido la aprehensión, tiene así el derecho y el deber de ejercitar la justicia represiva, cuando el delito de que se trate se halle previsto como tal en su legislación, y derive de Convenios o Tratados internacionales disponiendo la ubicuidad represiva.

### B) Ausencia de tribunales internacionales: creación de la Corte Penal Internacional

La realidad demostrada por esa atribución a cada Estado de la competencia para reprimir por solidaridad internacional los crímenes o delitos que afecten a intereses de la Comunidad Universal, manifiesta con claridad meridiana la ausencia de una jurisdicción internacional por encima de las estatales.

Efectivamente no existe una jurisdicción penal internacional, como existe un Código penal internacional, que defina o tipifique aquellos delitos cuya esencia no derive de afectar intereses nacionales o individuales sino internacionales o universales, como no existe tampoco una comunidad de naciones que legisle sobre esas infracciones y su modo de reprimirlas.

La historia del Tribunal Penal Internacional (TPI) empieza en 1872, cuando GUSTAVO MOYNIER de la Cruz Roja de Ginebra, propuso constituir un Tribunal Penal Internacional tras las violaciones de la ley en la guerra franco-prusiana. Al fin de la Primera Guerra Mundial, el Tratado de Versalles incluyó la constitución de un tribunal integrado por los Estados aliados. Más adelante la Liga de Naciones debatió un estatuto al objeto de crear un Tribunal Penal Internacional, aunque finalmente ningún Estado se mostró dispuesto a firmar su constitución.

Tras la Segunda Guerra Mundial, los Tribunales de crímenes de guerra de Nuremberg y Tokio propiciaron una renovación de los esfuerzos hacia la creación de un tribunal permanente. Estos tribunales generaron el precedente de Derecho internacional para el castigo de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad prescindiendo del elemento protectivo de la soberanía nacional a quienes los perpetraron. Pero, no pueden sino censurarse dichos precedentes internacionales, que aun salvando un buen propósito, nos prueban lo que nunca debe hacerse con el Derecho penal, esto es, ponerlo a disposición de los poderosos, de los vencedores en este caso, sacrificando sin más cuantos axiomas sean precisos con tal de imponer la razón de la fuerza. Los esfuerzos para establecer un tribunal permanente —aunque se invocó en la Convención sobre Genocidio de 1948— se fueron demorando durante decenios por la guerra fría y su sistema internacional bipolar, así como por el rechazo a aceptar una jurisdicción legal internacional.

Los crímenes de guerra perpetrados durante los conflictos de desmembramiento de la antigua Yugoslavia y durante el genocidio en Ruanda pusieron de relieve la incapacidad de la comunidad internacional para castigar a los responsables de las violaciones de Derecho Internacional Humanitario y de otros crímenes internacionales. La indignación suscitada por estos dramas indujo al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a decidir la instauración de dos Tribunales Penales Internacionales, uno para la antigua Yugoslavia, otro para Ruanda, con objeto de juzgar las infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario, el crimen del genocidio y los crímenes contra la humanidad cometidos en esos dos territorios. Posteriormente, en 1995, la Asamblea General de las Naciones Unidas formó un comité preparatorio para estudiar el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional Permanente. Se impulsó el movimiento para instaurar un nuevo sistema de represión y de sanción, independiente de los intereses políticos de los Estados, cuyo objetivo sería potenciar la aplicación y el máximo respeto de los derechos humanos fundamentales cuya violación se califica de crímenes internacionales.

Respaldan ampliamente el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional Estados, Organizaciones no Gubernamentales, y la sociedad en general. Del 15 de junio al 17 de julio de 1998 tuvo lugar en Roma una Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios realizada bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Ciento veinte países —con abrumadora mayoría con relación a los presentes— aprobaron el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Este órgano judicial permanente, pero sin efectos retroactivos, establecerá la responsabilidad penal individual (ya que no se juzgará disputas entre Esta-

dos, juzgadas por la Corte Internacional de Justicia), de las violaciones más graves al Derecho Internacional Humanitario: genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Según lo dispuesto en el Estatuto de Roma, esta Corte se establecerá cuando haya sido ratificada por 60 países.

Entre los beneficios de esta Corte Penal Internacional supone en el actual panorama político actual, se encuentran: a) Dar un impulso sin vuelta atrás a los esfuerzos por poner fin a la impunidad. b) Disuadir de cometer crímenes graves comprendido en el Derecho internacional. c) Permitir que se inicie el proceso de reconciliación, ofreciendo a las víctimas y sus familias la oportunidad de que se haga justicia y se averigüe la verdad.

Otro aspecto a destacar serán las tres vías posibles por las que la Corte iniciaría actuaciones en el asunto: 1) por investigaciones iniciadas por la Fiscalía de Corte sobre una situación en la que se hayan cometido alguno de los crímenes reseñados, basándose en información de cualquier fuente; 2) por petición de Estados que han ratificado el Estatuto de Roma, para que el Fiscal investigue una situación en la que se han cometido alguno de los crímenes reseñados; 3) por petición del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas; y 4) un Estado que acepta la jurisdicción del TPI eleva el caso.

Sin embargo, dentro de los indudables beneficios que este avance supone, encontramos deficiencias que conviene conocer, la elevación de los casos ante el Tribunal no garantiza que éste posea jurisdicción sobre ellos. Una vez elevado el caso, un grupo de jueces ha de determinar si el Tribunal puede entender el caso. El TPI sólo puede entender de los casos relativos a crímenes que: 1) ocurren en el territorio de un Estado que ha ratificado el Tratado; 2) son cometidos por ciudadanos de Estados que han ratificado el Tratado; y 3) son presentados por el Consejo de Seguridad de acuerdo con la Carta de la ONU, capítulo VII sobre los términos de aplicación de su autoridad, independientemente de si un Estado ha aceptado la jurisdicción del Tribunal.

Así la capacidad del Tribunal para aceptar casos es muy limitada. Además el TPI no puede juzgar ningún caso ya juzgado antes, que se halle en curso de investigación o que se juzga de buen fe en cualquier país con jurisdicción sobre él. Las partes ante el Tribunal pueden asimismo decidir no aceptar la jurisdicción de éste sobre crímenes de guerra durante siete años. Además si se suscita una situación en la cual una acusación pudiera constituir una amenaza para el mantenimiento de la paz, el Consejo de Seguridad puede votar la suspensión del caso durante 12 meses. Y puede renovar la suspensión cada año de forma indefinida, así como instar el aplazamiento de toda investiga-

ción o acusación que efectúe el TPI. La limitación más significativa que pesa sobre la jurisdicción del TPI reside en que se trata de un tribunal de última instancia. El TPI está obligado a respetar los procedimientos nacionales, deriven o no en acusación formal, salvo cuando pueda demostrarse que el Estado no pudo actuar, carece de sistema judicial independiente o ha invocado complementariedad jurisdiccional desde la mala fe.

No cabe duda de que la puesta en marcha del TPI es otro paso importante hacia la internacionalización del Derecho. Con su creación, la comunidad internacional sigue progresando hacia una perspectiva compartida acerca de la justicia global y, al hacerlo, se suma a los principios de las convenciones de posguerra relativas a los derechos humanos y a la prevención del genocidio. Nos encontramos, sin duda, ante un avance de la Humanidad, pero supone sin duda un motivo de gozo y satisfacción para todos aquellos que no dudamos de la necesidad imperiosa de salvaguardar los inalienables derechos humanos y libertades fundamentales de los hombres. Como dijo el Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan: *«el establecimiento de la Corte es un regalo de esperanza para las generaciones futuras y un avance en el camino de los derechos humanos universales y el respeto de la ley»*.

Sin embargo, es difícil predecir si el Tribunal tendrá éxito. De momento tres importantes potencias se han desentendido del TPI en distinto grado. China no ha firmado el Tratado; Estados Unidos ha suspendido su firma y Rusia aún no lo ha ratificado. Para que el TPI proceda de manera eficaz, necesita el apoyo de las principales potencias aunque sólo sea para capturar a las personas acusadas de cometer crímenes o para reunir pruebas.

Estados Unidos rehusa apoyar al TPI por temor a que su personal militar, sobre todo en misiones en el extranjero, se convierta en objeto de acusaciones. Se ha propuesto concluir acuerdos bilaterales de forma que los estadounidenses estén exentos de presentarse ante el TPI. Este ha sido un motivo de disputa entre la UE y Estados Unidos. Después de que Gran Bretaña torpedeara una postura europea unánime, la Unión Europea ha ofrecido un compromiso. Más que aceptar la amplia exención de Estados Unidos pide, la UE ofrece la aplicación de tal exención sólo para soldados y personal civil enviado al extranjero en misión oficial. Los países miembros del Tratado del TPI no deberían aceptar acuerdo de naturaleza recíproca y deberán actuar de modo que no exista impunidad ni exención aplicable a ciudadanos de países firmantes del Tratado. Por último, los acuerdos que se alcancen deberán garantizar que Estados Unidos persiga en su territorio los delitos cometidos por personal estadounidense que entre en los

supuestos previstos por el TPI. No se conoce el número de países de la UE que firmarían acuerdos bilaterales con Estados Unidos.

No puede descartarse que las poderosas potencias del Norte permanecen al abrigo de una indeseada atención de parte del TPI. Por su parte, los Estados del Sur, frágiles desde el punto de vista geopolítico, pueden carecer de recursos para investigar y perseguir a sus propios ciudadanos. Pueden, asimismo, ser demasiados débiles para impedir la detención de sus propios ciudadanos por fuerzas extranjeras de intervención o de pacificación, o para impedir que el Consejo de Seguridad les acuse. En lugar de un sistema imparcial que mantenga y aplique la justicia global, podríamos ser testigos de otra institución de dominio de las potencias del Norte.

El 11 de abril de 2002, Naciones Unidas celebró el depósito de las 60 ratificaciones necesarias para que el estatuto entrara en vigor. Ningún tratado internacional de esta envergadura ha conocido una evolución similar. Muchos creen que no es una casualidad que todo el proceso de negociaciones haya tenido como nota definitoria la simbiosis entre los distintos actores involucrados, la sociedad civil y los llamados *Estados afines*, así como las Naciones Unidas y los tribunales *ad hoc*. Fue el secretario general de la ONU, Kofi Annan, quien calificó esta simbiosis de «nueva diplomacia», una forma de hacer política internacional definida por un grado de cooperación y coordinación entre los actores, sin precedentes.

A partir de la entrada en vigor del estatuto que tuvo lugar el día 1 de julio (81 países han ratificado el estatuto), hemos entrado en una nueva fase del proceso, cada día más próximo al establecimiento de la Corte, y el trabajo de los Estados debe centrarse en:

1. Capitalizar el momento, aprovechando la publicidad y repercusión mediática que recibirá la Corte, a la vez el trabajo se deberá centrar en evitar críticas hacia una Corte que no verá la luz hasta finales de 2003.
2. Hacer el seguimiento de la Asamblea de Estados Parte, con reuniones periódicas.
3. Se necesita que muchos más Estados formen parte de la Corte (de los 63 que ratificaron el 11 de abril, 139 firmaron el Estatuto) para que pueda tener jurisdicción universal. Es fundamental que la Corte no aparezca como un proceso dominado por Occidente, crítica que sólo podría ser contrarrestada si la Corte representa a toda las regiones y los sistemas legales más importantes.
4. Involucrar a la sociedad civil de todo el mundo, única garantía de que la Corte será entendida por la población civil a quien

está destinada, y que se mantendrá el nivel constante de presión sobre los Gobiernos.

5. Vigilar el funcionamiento de la Corte durante los primeros años con el desarrollo de una estrategia seria por parte del fiscal. Será recomendable que el Consejo de Seguridad y la Corte mantengan una buena relación, y que se favorezca el consenso para que sea el Consejo el que remita una situación a la Corte, otorgándole todo el apoyo de la ONU.
6. Por último, será fundamental para la eficacia de la Corte la transposición a la legislación nacional de las obligaciones de asistencia judicial recogidas en el Estatuto, así como los principios generales o la definición de los crímenes.
7. Finalmente, se deberá seguir vigilando la posición de los EE.UU., para contrarrestar la *legislación anti Corte Penal* que aún está siendo debatida por la Administración Bush, y que puede perjudicar la credibilidad y el funcionamiento de la Corte.

Considerada la norma jurídica internacional más importante desde la proclamación de la Corte de las Naciones Unidas, la Corte Penal Internacional ha entrado en vigor con todo por hacer y con graves sombras sobre su eficacia, no sólo por el rechazo estadounidense, sino por falta de apoyo por parte de países como China, India, Pakistán o Irak, mientras que Rusia firmó su estatuto pero todavía no lo ha ratificado.

De momento, no tiene sede definitiva, sala de audiencias, fiscal jefe ni garantías reales de funcionamiento. La Corte arrancó el 1 de julio de 2002 sin ceremonias ni barroquismo, acaso para no molestar al poderoso aliado estadounidense, cuyo bombardeo diplomático, a pesar de no ser Estado parte, amenaza claramente al funcionamiento efectivo de la nueva institución ante el temor de que sus conciudadanos puedan ser juzgados por el TPI.

En principio, cualquier autor de delitos de genocidio, crímenes de guerra o crímenes contra la Humanidad deberá responder ante la nueva instancia, cuya sede estará en La Haya lo que supone una situación sin precedentes en la historia de la Justicia y el Derecho. Un equipo provisional de ocho personas, instituido por el Gobierno holandés, empezará a recibir las denuncias, los testimonios y los elementos de prueba para transmitirlos después, al futuro fiscal jefe del TPI.

Este equipo embrionario, compuesto por expertos de todo el mundo, se instalará en un edificio de catorce plantas situado a la entrada de La Haya y conocido como «el arca». El inmueble, cuyas dos immaculadas alas parecen simbolizar el despegue de la justicia

universal, fue cedido por el Gobierno de Holanda. La sede definitiva se instalará en un edificio en construcción cercano al mar del Norte que estará terminado en el 2008.

El Tribunal Penal Internacional es una institución independiente basada en un tratado y separada del sistema de la ONU. Se compone de 18 jueces, la Oficina del Fiscal y la Oficina del Registro. Es responsable ante los países que han ratificado el tratado (asamblea de Estados miembros). La asamblea establecerá un mecanismo independiente de vigilancia para la inspección, valoración e investigación del tribunal; elegirá a los jueces, fiscales y otros funcionarios del tribunal; fijará su presupuesto (casi 31 millones de euros en su primera fase) y podrá votar por destituir jueces, fiscales y otros funcionarios de la institución.

Sin sala de juicios, fiscal jefe, jueces ni presidente, su personal está siendo escogido en estas fechas y aún quedan por abordar aspectos como la financiación, con lo que el funcionamiento efectivo no se producirá hasta comienzos del año 2004. Con todo, la creación de esta Corte ha sido recibida como un paso de gigante en pro de la Justicia internacional. «Es, potencialmente el mecanismo más importante creado desde hace 50 años para la protección de los Derechos Humanos», afirma la organización de Derechos Humanos norteamericana e internacional «Human Right Watch».

A diferencia de otros tribunales especiales entrará en funciones una Corte establecida por la voluntad soberana de toda la comunidad internacional. Esta Corte tendrá jurisdicción sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional, crímenes claramente definidos en su Estatuto, únicamente cuando los Estados no deseen o no puedan ejercer su jurisdicción nacional con el mismo fin. Es preciso hacer hincapié en este principio de la complementariedad que se encuentra plenamente reflejado en el Estatuto. La Corte de ninguna manera menoscaba la soberanía de los Estados; por el contrario, complementará la acción judicial de los mismos. Esta complementariedad, aspecto esencia de la Corte, es precisamente lo que ha permitido que un gran número de Estados se hayan convertido en signatarios del Estatuto y lo hayan ratificado o estén muy cerca de hacerlo.

Al ser la Corte una creación de la comunidad internacional, resulta indispensable que cuente con el mayor número de ratificaciones, ya que la efectividad de la Corte radicará, en gran medida, en el apoyo que reciba de los Estados. Solamente una Corte auténticamente universal será capaz de poner fin a la impunidad por los crímenes más severos, de ayudar a solucionar conflictos, de impartir justicia cuando un Estado no desee o no pueda hacerlo o de disuadir a futuros cri-

minales de guerra. Los países parte del Estatuto tendrán un papel trascendental en la etapa inicial de vida de la Corte, ya que tendrán, entre otros asuntos, que elegir a los magistrados y al fiscal, así como adoptar una serie de instrumentos que sienten las bases del accionar de la Corte. Al impedir la impunidad por los crímenes más graves para la comunidad internacional, la Corte Penal Internacional contribuirá a que esa paz, tan anhelada por todos los pueblos, se vaya materializando.

El pasado mes de diciembre, el Gobierno remitió al Consejo General del Poder Judicial el proyecto de Ley de Cooperación con la Corte Penal Internacional, que permitirá a España aplicar el Estatuto de este Tribunal, adoptado por Naciones Unidas en la Conferencia de Roma de 1998 y en vigor desde el mes de julio de 2002. España fue uno de los primeros países en ratificar el Estatuto, el 24 de octubre de 2000.

Esta ley regulará las relaciones entre la Corte Penal y los distintos órganos españoles con competencia en esta materia y establece la posibilidad de que España reciba en sus cárceles a condenados por este Tribunal internacional «caso por caso y teniendo en cuenta que la legislación española no contempla la pena de prisión a perpetuidad».

La Corte tiene competencias sobre los delitos de genocidio, lesa humanidad (asesinatos, exterminio, esclavitud, deportación o ataque generalizados contra la población civil) y crímenes de guerra. La futura ley regulará, de un lado, tanto la solicitud de España a la Corte Penal Internacional para que inicie una investigación sobre hechos de su competencia, como para que se inhiba sobre hechos que ya se han enjuiciado en España, cuya competencia es preferente; y, de otro lado, la inhibición de la jurisdicción española a favor de ese Tribunal.

En la exposición de motivos, el proyecto de ley —sobre el que ahora deben emitir dictámenes el CGPJ y el Consejo de Estado— afirma que «se regula con particular cuidado el llamado mecanismo de activación a través de denuncia por España de una situación que podrá ser competencia de la Corte Penal». Así la denuncia es una «competencia exclusiva del Gobierno», no de particulares, toda vez que hay «diversas variables de política exterior que deben ser ponderadas por el órgano constitucionalmente responsable de la política exterior». De hecho, la memoria justificativa del proyecto de ley sostiene que la denuncia «debe ser una competencia exclusiva del Gobierno pues deben ponderarse no sólo datos jurídicos, sino políticos».

La ley pone también «particular cuidado» en la regulación de eventuales conflictos competenciales entre la Corte y los Tribunales españoles, de forma que cuando la autoridad judicial española

entienda que es competente o lo ha sido para enjuiciar un asunto y puede ser objeto de procesos paralelos en la Corte y en nuestro país, el Ejecutivo tiene el deber de «sostener la competencia española». En caso de que la Corte estime lo contrario y pretenda asumir el enjuiciamiento de ese proceso, el Gobierno podrá recurrir ante la «Sala de cuestiones preliminares» de la Corte y, en su caso, ante la Sala de Apelaciones.

Respecto de las alegaciones del detenido para no ser entregado a la Corte, la ley establece unos criterios muy restrictivos «apartándose de los modelos clásicos en materia de extradición —afirma la Exposición de Motivos—, ya que ni siquiera la existencia de cosa juzgada puede impedir la entrega». Sin perjuicio, eso sí, de la valoración del supuesto concreto que, en su caso, pueda hacer la Corte.

A partir del día 11 de marzo de 2003, la Corte Penal Internacional es ya una realidad, la impunidad será más difícil para aquellos líderes y combatientes que cometan genocidio, crímenes de guerra o de lesa humanidad.

En presencia del Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, y de cientos de enviados oficiales de los cinco continentes, la Corte Penal Internacional (CPI) quedó oficialmente inaugurada en su sede de La Haya. Los 18 jueces que formarán el tribunal juraron sus cargos y eligieron por unanimidad a su primer presidente, el canadiense Philippe Kirsch.

El tribunal tardará en ponerse en marcha algunas semanas, pues aún falta por elegir, el próximo mes de abril, al que será su primer fiscal: una figura tan importante como los jueces mismos, pues será la única persona física que, de forma individual, podrá instar la apertura de un procedimiento. Esta facultad la tendrán además cada uno de los 89 países que se convirtieron en Estados parte mediante la ratificación del Estatuto de la CPI, y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

En el acto, que tuvo como anfitriona a la reina Beatriz de Holanda, los once magistrados y siete magistradas de países distintos que integran las salas del tribunal, designaron como vicepresidentas primera y segunda a la ghanesa Akua Kuenyehia y a la costarricense Elisabeth Odio Benito. Después celebraron una audiencia simbólica.

La Corte Penal Internacional actuará complementaria o subsidiariamente, es decir, sólo en aquellos casos en los que ninguno de los países concernidos o con posibilidad de hacerlo hayan actuado contra el sospechoso o sospechosos de haber cometido un crimen de guerra, de lesa humanidad o genocidio.

El tribunal no podrá ejercer sus funciones con carácter retroactivo, sino únicamente respecto a hechos ocurridos tras la aprobación

del Estatuto de Roma, el día 17 de julio de 1998. En condiciones normales, la Corte sólo tendrá jurisdicción cuando los acusados sean ciudadanos de un Estado parte o cuando los crímenes se hayan cometido en un Estado parte. No obstante, estas dos condiciones no serán exigibles si es el Consejo de Seguridad de la ONU el que decide instar la acusación.

Esta última será la vía más clara para llevar ante la Corte Penal Internacional eventuales crímenes de guerra cometidos durante un posible ataque a Iraq, ya que ni Estados Unidos ni Iraq son parte de la Corte, si bien otros países dispuestos a participar en él —como el Reino Unido— sí lo son.

La Corte Penal no puede juzgar por ahora los «actos de agresión», concepto que la Carta de las Naciones Unidas asocia con el quebrantamiento de la paz. El motivo es que los países participantes en la Conferencia de Roma no se pusieron de acuerdo a la hora de definir ese tipo de acción, normalmente entendida como un ataque bélico ilegal. Sólo si los Estados parte consensúan el significado y alcance del término, también esta figura penal podrá enjuiciarse en la Corte.

Kofi Annan denominó la inauguración de la Corte Penal Internacional como un hecho histórico, y destacó el efecto disuasorio que el nuevo órgano puede tener para algunos dictadores y señores de la guerra en potencia «al saber que un día pueden ser llamados a rendir cuentas». Annan proclamó que «no puede haber paz sin justicia».

La Comisión Europea afirmó por su parte, a través del comisario de Exteriores, Chris Patten, que con la creación de la Corte «la impunidad se ha terminado». Añadió que «la Corte da esperanzas a los miles de víctimas que han sufrido en el pasado atrocidades sobre las que ahora este tribunal tiene jurisdicción».

El propósito último de la Corte Penal Internacional se centra en comprometer a la Comunidad Internacional con el rechazo a la impunidad de quienes independientemente de su rango, posición, o nacionalidad, violan el Derecho internacional de una manera tal que resulta especialmente grave y cruel. Para este fin, debemos tener presente que sólo con un Tribunal Penal Internacional guiado por los esenciales principios de responsabilidad individual, universalidad e imparcialidad, podemos evitar sufrimientos a inocentes por parte de quienes, en la mayoría de los casos amparados por su condición social, se mantienen en sus países libres de toda condena o a cubierto en el exilio.

La existencia y efectivo funcionamiento de la Corte Penal Internacional, a buen seguro conllevaría el ejercicio del *ius puniendi* en todos aquellos delitos de relevancia internacional que en la actualidad caen en el ámbito de aplicación del principio de justicia universal.

## VI. INFRACCIONES INTERNACIONALES

Es posible advertir dos corrientes doctrinales enfrentadas en el concreto tema de la determinación de las infracciones que deben incluirse en el ámbito de aplicación de este principio. Aunque existe unanimidad en cuanto a la inclusión de los delitos llamados comúnmente internacionales, previstos en Convenios o Tratados internacionales, la discrepancia surge, precisamente, cuando se limita exclusivamente a éstos, o se amplía el catálogo de infracciones abarcando otras de origen estatal o nacional.

A nuestro juicio, no parece conveniente extender la competencia universal a otras infracciones, aunque sean graves, si carecen de ese carácter internacional, para la represión de las cuales existen medios o instrumentos internacionales distintos a éste. La limitación del principio de justicia universal a las infracciones de intereses comunes a todos los Estados cuyo origen se encuentra en Convenios o Tratados internacionales, nos parece adecuado y coherente con el significado que debe deducirse de la vigencia de este sistema de represión.

Las discrepancias doctrinales son menos acusadas en la realidad del Derecho positivo. Al margen de las diferencias inevitables que cada legislación penal nacional presenta, puede apreciarse una relativa uniformidad y en concreto la reserva de la aplicación de este criterio para concretar infracciones de bienes jurídicos cuya represión ha sido acordada internacionalmente.

## VII. RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO ESPAÑOL VIGENTE

### A) Consideraciones previas

El gran hito de la LOPJ de 1985 ha sido indudablemente el reconocimiento e inclusión expresa del principio de justicia universal entre los principios de extraterritorialidad penal, para determinados delitos de trascendencia internacional.

El vigente artículo 23, número 4 dispone: *«Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) genocidio; b) terrorismo; c) piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves; d) falsificación de moneda extranjera; e) los relativos a la prostitución; f) tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes; g) y cualquier otro que, según los Tratados o Convenios internacionales, deba ser perseguido en España».* Al mismo es de aplicación,

el artículo 23 número 5, esto es, *«que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiera cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda».*

Interesa hacer algunas precisiones a propósito de esta norma. En primer lugar, que el repertorio de infracciones previsto, es una cláusula abierta, en la medida que, además de las infracciones específicas relatadas, caben otras que deban o puedan ser perseguidas en España, de acuerdo con los Convenios o Tratados internacionales. Si bien no puede oponerse reparo al catálogo de infracciones previstas, dada la trascendencia y consideración de delitos eminentemente internacionales, si puede objetarse que en este sentido no se ha ido demasiado lejos, dejando aparentemente fuera de esta regla algunos delitos con origen en Convenios firmados y ratificados por España que establecen en sus normas la aplicación del principio de justicia mundial. Nos referimos, entre otros, a los delitos de toma de rehenes, represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, daños a cables submarinos, publicaciones obscenas, trata de mujeres y niños, esclavitud, y delitos contra personas internacionalmente protegidas.

Probablemente la razón de estas ausencias significativas, sea la falta de una verdadera legislación interna sobre esta materia, y el legislador, precisamente, haya querido obviar disposiciones sobre esos delitos que carecerían de vigencia en la práctica. Téngase en cuenta que como el propio precepto indica es preciso que los hechos sean susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española como delitos. De modo que no basta con la ratificación del Tratado o Convenio correspondiente, sino que se requiere el acuerdo de desarrollo y tipificación de las infracciones en la ley penal española para proceder en virtud del art. 23, número 4.

A nuestro entender con independencia del catálogo de infracciones contenido, el artículo 23.4 representa una consolidación plenamente aceptable de la protección internacional de bienes jurídicos internacionalmente protegidos.

Por otra parte, y conforme con el carácter secundario de la extraterritorialidad penal, la legislación penal española consagra asimismo en este principio, las reglas del *non bis in idem* y del abono de las penas, a las que son extrapolables lo expuesto anteriormente en los otros principios.

### B) Infracciones

Vamos a examinar cada uno de los delitos perseguibles por la jurisdicción penal española en base al principio de justicia universal,

incluyendo las referencias de los instrumentos internacionales que sirven de origen a los mismos.

a) *Genocidio*. Supuso una gran novedad su introducción, aunque la Convención de 9 de diciembre de 1948 de la que trae causa no establezca el criterio de la jurisdicción universal, al disponer el art. 6: «Las personas acusadas de genocidio o de cualquiera de los actos enumerados en el art. 3 serán juzgadas por un Tribunal competente del Estado en cuyo territorio fue cometido, o ante la Corte Penal Internacional que sea competente respecto a aquellas de las partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción».

Dada la inexistencia de esa Corte Penal Internacional, en definitiva, el Convenio se limita a exigir a los Estados la persecución de los delitos de genocidio que se cometen en su territorio o a extraditar a las personas al Estado del lugar de comisión del delito, excluyendo su consideración de delito político.

De acuerdo pues con el art. 23.4 a) de la L.O.P.J. de 1985 será de aplicación el art. 607 del Código Penal español (y disposiciones comunes previstas en el art. 616) precepto tipificador del delito de genocidio en el ordenamiento jurídico penal español, a todos los que realicen alguna de las conductas en él incriminadas, con independencia del lugar de comisión, siempre que el sujeto fuere aprehendido en territorio español.

b) *Terrorismo*. Incorpora los delitos de terrorismo a los incluidos en el principio de justicia mundial siguiendo las tendencias y acuerdos internacionales, concretamente europeos que en los últimos años han promovido la represión universal de estos delitos, esencialmente «dado el trágico incremento del terrorismo en numerosas naciones y la actuación de algunas organizaciones terroristas en el territorio de más de un Estado». Hay que destacar el Convenio Europeo para la represión del terrorismo hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1977 y en vigor para nuestro país desde el 21 de agosto de 1980, cuyo artículo 7 reconoce de forma rotunda el principio universal de castigar.

En nuestro país la Ley Orgánica 8/1984 de 29 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del art. 55, segundo de la Constitución, en su Capítulo I, artículo segundo disponía la extraterritorialidad de las normas penales.

Lo dispuesto en esta ley sólo es aplicable si los responsables están integrados en grupos que operen en España o que cooperen o colaboren con ellos.

Estas notables variaciones que aporta el texto de la Ley respecto del Convenio Europeo, plantean la duda si podemos o no, descubrir

entre ambas disposiciones normativas distintos ámbitos de proyección. A nuestro juicio sí, por cuanto una y otra presentan en su contenido distinto alcance: la Ley 8/1984 más restrictiva en cuanto a su proyección mundial, el Convenio Europeo más amplio.

En efecto el legislador español, con razón o no, ha pretendido incriminar especialmente con esta ley el terrorismo que opera de ese modo, sobre la base no del principio de justicia universal, sino del principio real o de protección de intereses nacionales.

Derogada, la Ley Orgánica 8/1984, la problemática expuesta queda eliminada con la introducción en el Código Penal de las conductas de terrorismo. En la actualidad pues, quedan sometidos al criterio de justicia universal las actividades que aparecen tipificadas en los arts. 516 y 517, 576 y 577, 477 y 578, 551 y 572, 557, 561, 450, 163, 164 y 165, 170 y 346.

c) *Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves*. La consideración del carácter internacional de piratería encuentra sus orígenes en el Derecho internacional consuetudinario y fue codificada por el Convenio de Ginebra sobre normas referentes a la alta mar, en vigor para nuestro país desde el día 26 de marzo de 1971.

El legislador español ha unificado en el mismo apartado la piratería y el apoderamiento ilícito de aeronaves, incluyendo por tanto en el mismo grupo la piratería de naves y aeronaves, dado que el apoderamiento ilícito de aeronaves o secuestro es una forma de piratería.

En definitiva, para colmar lo dispuesto en el apartado c) del art. 23.4 de la LOPJ, es preciso recurrir a varias disposiciones legales, las cuales contemplan parcial y anticuadamente lo acordado en vía internacional, y así lo dispuesto en el Convenio de La Haya de 16 de diciembre de 1970 queda prácticamente sin vigencia al carecer de disposiciones de Derecho interno que doten de efectividad a lo allí dispuesto. Este delito no está incluido como tal en el Código Penal vigente.

d) *Falsificación de moneda extranjera*. Distingue la LOPJ de 1985 con un criterio a nuestro entender censurable, entre falsificación de moneda nacional y falsificación de moneda extranjera, incluyendo la primera en el ámbito del principio real —art. 23.3 e)— en tanto que la segunda queda sujeta al principio de justicia universal —art. 23.4 d).

La opción escogida por el legislador fue la de prever un apartado específico para delitos cometidos en el extranjero que afectan a intereses nacionales y otro para delitos cuyo bien jurídico se halla protegido internacionalmente, optar por incardinar la moneda nacional en aquel grupo y dejar la extranjera para este otro. A esta elección del legislador no pueden oponerse reparos sustanciales, toda vez que ambas se castigarán con independencia del lugar de comisión en territorio español sobre la base de la aplicación de los mismos preceptos y

sanciones. En cambio, sí resulta absolutamente censurable, la distinta tipificación realizada en cuanto a la nacionalidad de la moneda. En efecto en tanto el art. 23.3 e) se refiere expresamente a la falsificación y expedición de moneda española, el art. 23.4 d) nos habla tan sólo de falsificación de moneda extranjera, excluyendo, al parecer abiertamente, las conductas de expedición (como también las de introducción) restringiendo con ello la competencia de la jurisdicción penal española en estos casos.

En conclusión, sólo es posible aplicar la jurisdicción penal española cuando se trata de falsificación de moneda extranjera, o lo que es igual, cuando se dan los elementos típicos del art. 386, 1.º del Código Penal que tipifican las acciones de fabricar moneda falsa, careciendo de aplicación, por el contrario, lo dispuesto en los arts. 386, 2.º y 3.º y siguientes por referirse a las acciones de introducción y expedición.

e) *Los relativos a la prostitución.* El apartado e) del art. 23, 4.º de la LOPJ introduce una nueva novedad al ampliar a todos los delitos relativos a la prostitución, el principio de justicia universal.

De esta manera el referido apartado ha de colmarse acudiendo a las figuras delictivas que aparecen tipificadas en el Capítulo V del Título VIII, y en concreto los artículos 188 y 190 aunque en el primer artículo citado ha desaparecido la precisión, contenida en el art. 452 bis a) del Código Penal derogado, sobre el lugar de comisión, que, por otra parte, es lógico al ampliarse el catálogo de infracciones a todos los delitos del Capítulo V del Título VIII.

En dicho precepto se incluyen los delitos de corrupción de menores e incapaces por la Disposición final única de la LO 11/99, de 30 de abril, que amplía la aplicación del principio de jurisdicción universal a estos delitos.

f) *Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.* La novedad que depara este apartado, radica en la inclusión en el ámbito de aplicación del principio de justicia universal de las conductas de tráfico de drogas.

Hasta la promulgación de la LOPJ de 1985 no podía decirse que nuestra legislación se hallase adecuada a las convenciones internacionales ratificadas por España sobre esta materia.

Pese a haber ratificado todos los acuerdos internacionales, la única disposición que se halla, contenida en el art. 375 del Código Penal, con la redacción de la Ley Orgánica 10/1995, que no prevé, sin embargo, el reconocimiento del principio universal de castigar, aunque sí la reincidencia internacional.

Tanto en el Convenio único de 30 de marzo de 1961, como el Convenio de Viena de 21 de febrero de 1971, se contienen concretas referencias a la persecución y castigo de los delitos de tráfico de dro-

gas. Sin embargo, en España esta disposición carecía de las correspondientes normas de Derecho interno para dar vigencia efectiva a este principio. Pues bien el legislador de 1985 ha optado por dar plena efectividad a lo dispuesto en estos convenios internacionales, permitiendo la aplicación de los artículos del Código Penal aunque los hechos se hayan realizado en el extranjero.

Estimamos que con esta disposición se evita la impunidad de estas conductas, posibilitando dar satisfacción a las necesidades de la represión internacional de estos delitos teniendo en cuenta la doble dimensión del problema, por un lado las características comerciales que desarrollan su actividad en diversos países; por otro, la necesidad de una acción concertada en la lucha contra el tráfico ilícito de estas sustancias, con la necesidad política de control y, en su caso, represión.

g) Y cualquier otro que, según los Tratados o Convenios internacionales, deba ser perseguido en España.

En esta «norma en blanco o cláusula abierta» en la que se incluirán aquellos delitos que afectan a bienes protegidos internacionalmente, tras la ratificación por España de los correspondientes Tratados o Convenios internacionales y la adecuada política legislativa de desarrollo de los mismos a nivel interno, podrán encontrar cabida en alguno de los siguientes instrumentos internacionales:

1. Delitos contra personas internacionalmente protegidas, de acuerdo con la Convención de 14 de diciembre de 1973, aún no ratificado.
2. Toma de rehenes, conforme a la Convención internacional de 17 de diciembre de 1979 en vigor desde el 25 de abril de 1984 para España.
3. Esclavitud, Convención de Ginebra de 25 de septiembre de 1926, así como la Convención de 7 de septiembre de 1956, ratificada por España.
4. Trata de mujeres y niños. Existe únicamente en el Código Penal vigente la disposición prevista en el art. 188 referida al proxenetismo, existiendo a pesar de ello diversos instrumentos internacionales ratificados por España como simples acuerdos sin proyección en la legislación interna.
5. Publicaciones obscenas, delito tipificado en el art. 186 del Código Penal y reconocido como delito internacional en el Arreglo de París de 4 de marzo de 1910 y Convenio de Ginebra de 1923, ratificado por España.
6. Daños a cables submarinos. Hay que someterse a la Ley de 12 de enero de 1887 que define y castiga ciertas infracciones.

7. Represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, en virtud del Convenio de Montreal de 23 de septiembre de 1971 en vigor para España desde el 26 de enero de 1973.

En resumen, consagra este precepto, de manera explícita, el principio de justicia universal, sumándose a las legislaciones más avanzadas y recientes, como la alemana, austriaca y portuguesa.

La posible ampliación del catálogo de figuras a incriminar por la vía de este principio, requiere necesariamente que, el Estado español adecue la legislación interna, hasta colocarse a la altura de otras legislaciones que protegen de esa forma distintos bienes jurídicos pactados internacionalmente, tales como la esclavitud, la falsificación de valores especialmente protegidos y delitos que afecten a intereses económicos.

EVOLUCIÓN Y ACTUALIDAD DE LA JURISDICCIÓN  
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

PNR

JOSÉ YUSTI BARRUENCO

Magistrado de Sala en la Contencioso-Administrativa y Jefe de Sala  
Tribunal de lo Contencioso-Administrativo  
Corte Suprema de Justicia de España

COMENTARIOS

— Dice con cierta frecuencia Merdinal del Alamo, Magistrado del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es algo así español como la tortilla de patata o la castañeta.

— Un jurista tan ilustre no dice estas cosas solamente por alán de hacer un chiste, sino con algún fundamento.

— En Inglaterra no existe más Jurisdicción que la ordinaria. La Administración Pública inglesa no es controlada por jueces de la Contencioso-Administrativa que no existe, sino por el juez ordinario de lo Civil.

— Se me puede decir, y con cierta razón, que el caso de Inglaterra no es comparable con nada, pues es una nación peculiar en casi toda. Sin embargo, algo parecido ocurre en Italia.

— Pero en Francia, de donde se dice, y creo que no es exacto, que nació el Derecho administrativo, tampoco existe la Jurisdicción contenciosa, o por lo menos, lo que hay no es nada parecido a lo nuestro, sino que los pleitos contra la Administración se resuelven por unos órganos, llamados Consejos de Prefectura y Consejo de Estado, que son dependientes de la propia Administración Pública, compuestos por funcionarios de carrera, órganos que debe su origen a la Administración napoleónica, y que son fieles a su divina misión de servir a la Administración y también administrarla. Entiende la descripción francesa que la división de poderes debe llevarse hasta sus límites extremos, y por consiguiente, la Justicia nada tiene que decir sobre la Administración, pues de lo contrario se estaría consagrando la sumisión de ésta a los jueces.

— La situación española sólo se explica por un largo proceso histórico. Los españoles somos menos racionalistas que los franceses y menos amantes de la tradición que los ingleses, pero aún así, y nuestro sistema también lo es.

7. Reparación de los actos ilícitos con la seguridad de la infancia civil, en virtud del Convenio de Montreal de 23 de septiembre de 1971, en vigor para España desde el 26 de enero de 1973.

En resumen, consagra este precepto, de manera explícita, el principio de justicia universal, fundamentado en las legislaciones más avanzadas y recientes, como la alemana, austríaca y portuguesa.

La posible ampliación del catálogo de figuras a incluirse por la vía de este precepto, requiere necesariamente que, el Estado español adopte la legislación interna, hasta colocarse a la altura de otras legislaciones que protegen de sus actos delictivos a los jurisdicciones pactadas internacionales, tales como la alemana, la austríaca y la portuguesa.

COMENTARIOS

## EVOLUCIÓN Y ACTUALIDAD DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

POR

JOSÉ YUSTY BASTARRECHE

MAGISTRADO JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N.º 3 DE MADRID  
 PROFESOR DE DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA  
 UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

Dice con cierta frecuencia Mendizábal Allende, Magistrado del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es algo tan español como la tortilla de patata o la castañuela.

Un jurista tan ilustre no dice estas cosas solamente por afán de hacer un chiste, sino con algún fundamento.

En Inglaterra no existe más Jurisdicción que la ordinaria. La Administración Pública inglesa no es enjuiciada por jueces de lo Contencioso-Administrativo, que no existe, sino por el juez ordinario, de lo Civil.

Se me puede decir, y con cierta razón, que el caso de Inglaterra no es parangonable con nada, pues es una nación peculiar en casi todo. Sin embargo, algo parecido ocurre en Italia.

Pero en Francia, de donde se dice, y creo que no es exacto, que nació el Derecho administrativo, tampoco existe la Jurisdicción contenciosa, o por lo menos, lo que hay no es nada parecido a lo nuestro, sino que los pleitos contra la Administración se resuelven por unos órganos, llamados Consejos de Prefectura y Consejo de Estado, que son órganos de la propia Administración Pública, compuestos por funcionarios de carrera, órganos que debe su origen a la Administración napoleónica, y que son fieles a su divisa «*juzgar a la Administración es también administrar*». Entiende la doctrina francesa que la división de poderes debe llevarse hasta sus últimos extremos, y por consiguiente, la Justicia nada tiene que decir sobre la Administración, pues de lo contrario se estaría consagrando la sumisión de ésta a los jueces.

La situación española sólo se explica por un largo proceso histórico. Los españoles somos menos racionalistas que los franceses y menos amantes de la tradición que los ingleses; somos algo distinto, y nuestro sistema también lo es.

La teoría mayoritaria española, muy fiel a la francesa, entiende que no existe Derecho administrativo hasta que, después de la Guerra de la Independencia, se instaura en España el Estado constitucional, primero de una forma tambaleante, y a partir de 1833<sup>1</sup>, ya más consistente.

Ahora bien, creo que tienen parte de razón quienes, como mi maestro, el profesor Alfredo Gallego Anabitarte, entendemos que, sin negar el mérito y la influencia notable de la Revolución Francesa, el Derecho administrativo nace siempre y cuando exista una Administración Pública (con éste u otro nombre) que asume la tarea de prestar bienes y servicios a la comunidad política a la que sirve. Esa misma actividad hace nacer unas reglas de conducta, unas normas de actuación que componen el Derecho administrativo, llamado hasta 1900, Derecho público<sup>2</sup>.

En el caso de España, la situación de potencia hegemónica en el continente europeo durante los siglos XVI y parte del XVII no cabe duda que tuvo que tener como soporte fundamental una Administración, una maquinaria administrativa en el interior que hizo posible la creación de ejércitos y armadas y el mantenimiento de un importante aparato diplomático, que llevasen el dominio español a donde no se ponía el sol. La política exterior es un reflejo de la interior y esa gran política intervencionista de la Casa de Austria exigía una Administración Pública bien organizada que se desplegó en las materias esenciales: Asuntos Exteriores, Hacienda, Ejército, Marina e Indias.

Ahora bien, no hay que exagerar. La acción administrativa en esa época es realmente escasa en ciertas materias y en algunas incluso inexistente, como la educación, sanidad, obras públicas, industria, etcétera.

Por eso la tarea administrativa y la de impartir justicia pueden ser desarrolladas por las mismas personas: Corregidores, Alcaldes Mayores, Reales Audiencias y Reales Chancillerías, y algunos Consejos, entre ellos desde luego el de Castilla, tienen a su cargo tanto los asuntos gubernativos como los de justicia. Pero siendo esto cierto, también lo es que durante todo el Antiguo Régimen se distinguen las funciones, de manera que los asuntos de gobierno, tales como el cobro de impuestos, licencias y permisos de caza, pesca, de aprovechamiento de aguas, de comercio, etc., se tramitan en forma de expediente, mien-

<sup>1</sup> En septiembre de 1833 fallece (por fin) Fernando VII. En octubre de ese mismo año ya se forma el primer Ministerio Constitucional.

<sup>2</sup> En ese año se reforma el Plan de Estudios de las Facultades de Derecho de España, y la asignatura Derecho público se divide en lo que hoy es Derecho constitucional y Derecho administrativo. En Alemania, sin embargo, siguen unidas.

tras que las cuestiones de justicia, es decir, las relativas a propiedad, arrendamientos, filiación, derechos nobiliarios (muy importantes en esta época), asuntos criminales, etc., se llevan «con figura y estrépito de juicio», es decir, con intervención de abogados y procuradores. Mientras que en los asuntos gubernativos no hay derechos subjetivos propiamente dichos, ocurre lo contrario en los asuntos de justicia, en los cuales, además, el Corregidor o Alcalde Mayor tiene que oír preceptivamente el dictamen del Teniente Letrado o Asesor, lo que no pasa en los asuntos gubernativos, que puede despachar por sí y ante sí. El Rey y sus oficiales no pueden intervenir en la Justicia. Pero ésta a su vez no puede controlar la acción de Gobierno.

Por ello es también constante la preocupación del Rey y del Consejo de Castilla de evitar que se transformen en judiciales los asuntos gubernativos, pues «se convierten en pleitos perpetuos»<sup>3</sup>. Los particulares tenían gran interés en dicha conversión, pues en asuntos de justicia tenían más posibilidades de ganar, mediante la intervención de sus abogados, lo que no podía pasar en la vía gubernativa.

Pero como el propio desarrollo de la sociedad lo exigía, se tiene que crear poco a poco una fórmula de revisión de los actos y decisiones de las autoridades en materia gubernativa, y de esta forma se inicia lo que se llamará la justicia privativa del Rey.

Cuando un súbdito de su Católica Majestad, en la España del XVI al XIX quiere discutir un impuesto, o un permiso de aprovechamiento de aguas, o cuestiones similares, no puede llevar su problema ante el Corregidor o Alcalde Mayor como asunto de justicia, ni recurrir luego a la Real Audiencia. Solamente puede, ante la decisión, por ejemplo, del recaudador, dirigirse al Consejo de Hacienda o, ya en el siglo XVIII, primero al Intendente y luego al mencionado Consejo. Esto ocurre no sólo en materia de Hacienda, sino también en cuestiones como montes, minas, comercio, abastos, etc.

En realidad, las llamadas justicias privativas, hoy serían denominadas vías administrativas, recursos administrativos.

Cuando, muerto Fernando VII se instaura en España, en octubre de 1833 el Régimen Constitucional<sup>4</sup> se comprende la necesidad de que exista algún tipo de revisión judicial frente a las decisiones administrativas.

<sup>3</sup> Cfr. GALLEGO ANABITARTE, A. *Administración y jueces: Gubernativo y contencioso. Reflexiones sobre el Estado y la justicia en el Antiguo Régimen*, IEA, Madrid, 1970.

<sup>4</sup> Cuya partida de nacimiento se considera el Real Decreto de 30 de noviembre de 1833, dividiendo España en provincias, y creando la figura del Subdelegado de Fomento, posteriormente llamado Jefe Político, y a partir de 1849, Gobernador Civil. La Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado vuelve a los orígenes, denominándolos Subdelegados del Gobierno.

Ya el Estatuto de Bayona había previsto el establecimiento de un Consejo de Estado, en los artículos 52, 58 y 59<sup>5</sup>. La Constitución de 1812 creaba un Consejo de Estado de competencias poco definidas, pero el párrafo XXX del Discurso Preliminar aclara que «en él se habrá de refundir el conocimiento de los negocios gubernativos que andaban antes repartidos entre tribunales supremos de la Corte con grande menoscabo del augusto cargo de administrar justicia, de cuyo santo ministerio no deben en ningún caso ser distraídos los magistrados»<sup>6</sup>.

No significaron novedad alguna en este punto el Consejo de Estado creado por Fernando VII en 1825 ni el Consejo Real instituido por la reina gobernadora, M.<sup>a</sup> Cristina de Nápoles en 1834, y suprimido 3 años después. Durante todo este tiempo los conflictos se resuelven por los Ministros de la Corona.

La solución, adoptada cuando el régimen constitucional estaba algo más asentado, fue tan pintoresca como nuestra patria. Se mantiene el recurso administrativo, a cargo del propio órgano o autoridad que dictó la resolución recurrida, y contra la decisión de éste se podrá plantear un procedimiento de revisión ante un órgano que es un órgano administrativo, no judicial, que se instaura en las Leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845, que crean los Consejos Provinciales y el Consejo Real (a partir de 1858 se denominará Consejo de Estado). En un principio estos Consejos no tenían por misión resolver este recurso, sino solamente emitir dictamen preceptivo para que la resolución fuese adoptada por la autoridad administrativa: Gobernadores Civiles, Diputaciones Provinciales, Ayuntamientos Constitucionales, Ministros y Consejo de Ministros, según los casos. En este último supuesto la sentencia adoptaba la forma de Real Decreto-Sentencia, fuese acorde o no con el dictamen del Consejo Real.

Es lo que se ha llamado «*jurisdicción retenida*», porque la función de juzgar a la Administración permanece en poder de la propia Administración, si bien con intervención asesora de unos órganos especialmente dedicados a ello.

En definitiva un sistema muy parecido al de la justicia privativa del Antiguo Régimen. Es decir, una aplicación más de la famosa frase del Gattopardo: «Todo debe cambiar, para que nada cambie»<sup>7</sup>.

Se intenta con este sistema evitar el peligro de un gobierno de los jueces. A este respecto dice Macarel: «*La decisión de las contestaciones*

<sup>5</sup> Cfr. MENDIZÁBAL ALLENDE, R. «Pasado, presente y futuro de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa». En *Jornadas sobre el proceso contencioso administrativo*, EGAP, Santiago de Compostela, 1994, págs. 39 y ss.

<sup>6</sup> Ídem, págs. 39 y 40.

<sup>7</sup> Cfr. LAMPEDUSA, G. T., *El Gattopardo*, Madrid, 1974.

*administrativas pertenece a la Administración, porque la autoridad judicial no podrá percibir o apreciar con exactitud las razones de Estado y de interés público que pueden con frecuencia dominar en tales negocios».* Y el Diccionario de Alcubilla señala: «*Los partidarios del sistema administrativo puro entendían que, sin despojarse la Administración del Estado de sus atributos propios, no puede someter sus acuerdos a la crítica y, en definitiva, a la revocación o confirmación de los Tribunales de Justicia ordinarios o especiales, que de esa suerte se colocarían en una relación de superioridad respecto a ella*»<sup>8</sup>.

Por si el control no fuere suficiente, la admisión de la demanda dependía también de la propia autoridad administrativa: Es el Jefe Político, el Ministro o el Consejo de Ministros, según los casos, el que admite o no a trámite la demanda.

El Decreto de 7 de agosto de 1845, aunque suprime el Consejo Real y los Consejos Provinciales, mantiene la Jurisdicción retenida. El Real Decreto de 16 de octubre de 1856 vuelve a la situación anterior.

La Gloriosa Revolución de 1868, que expulsó de España a Isabel II, proclama la unidad de fueros jurisdiccionales, suprimiendo, en la medida en que no lo había hecho ya la Ley de Bases de 11 de abril de 1868, los Juzgados especiales de Hacienda, Tribunales de Comercio, Tribunal de las Órdenes Militares, la Jurisdicción Especial de Extranjería, y otras, aunque conservando la Jurisdicción Militar y la Eclesiástica, si bien reducidas a unos límites razonables.

Esta tendencia unificadora apuntaba ya a un sistema judicialista en lo contencioso-administrativo. El Decreto de 13 de octubre de 1868 suprime la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que ejercían el Consejo de Estado y los Consejos Provinciales, ordenando remitir todos los asuntos al Tribunal Supremo y a las Audiencias Territoriales.

Naturalmente, estos cambios, al ir ligados a la Revolución, desaparecen con el Sexenio, y con la Restauración de Alfonso XII se vuelve al sistema anterior<sup>9</sup>.

La Ley de 13 de septiembre de 1888, llamada de Santamaría de Paredes, por ser este Ministro su principal impulsor, estableció una regulación más completa y atribuyó el conocimiento de los asuntos contencioso-administrativos a unos órganos seminuevos: Los Tribunales Provinciales de lo Contencioso-Administrativo, constituidos por el Presidente de la Audiencia Provincial, o de la Sala 1.<sup>a</sup> si es Audiencia Territorial, dos Magistrados y dos Diputados Provinciales que fuesen Letrados, designados estos últimos por sorteo anual. Y el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, creado en el seno del Consejo de

<sup>8</sup> Ambas citas están tomadas de este último Diccionario, apéndice 7, págs. 383 y 384.

<sup>9</sup> Decreto de 20 de enero de 1875.

Estado, compuesto por un Presidente que debería ser Consejero de Estado con 8 años de antigüedad en el cargo, y 7 Ministros designados entre personas que reúnan las condiciones para ser Consejeros de Estado.

Se trata de una jurisdicción delegada, puesto que a estos órganos les corresponde no ya la emisión de un dictamen, sino el conocimiento y fallo de los asuntos sometidos a ellos, si bien la composición del Tribunal de lo Contencioso del Consejo de Estado es de extracción marcadamente administrativa.

Esta situación cambiará de forma significativa con la Ley de 5 de abril de 1894, que suprime el Tribunal de lo Contencioso del Consejo de Estado, y crea una Sala de lo Contencioso-Administrativo en el Tribunal Supremo, pero sólo 3 de sus Magistrados pueden ser de procedencia administrativa.

La Ley de 5 de abril de 1904 supone la integración plena de esta jurisdicción en el Tribunal Supremo, con una composición netamente judicial. Los Tribunales Provinciales continuarán igual. La Ley de 18 de marzo de 1944 restablece la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, suprimida durante la guerra.

Por lo tanto, el sistema, hasta bien entrado el siglo XX es peculiar: Jurisdicción delegada en los órganos de primera instancia, y plena en la segunda.

No obstante, hubo un rebrote notable de la jurisdicción retenida: Las cuestiones de personal, que tradicionalmente se habían excluido de la jurisdicción contencioso-administrativa. En 1944 se crea la llamada jurisdicción de agravios, que atribuía estas cuestiones, salvo las que implicasen pérdida de la condición de funcionario, al Consejo de Ministros. Se extingue en 1957, tras haber soportado durante toda su existencia una durísima crítica, no sólo por parte de la doctrina, sino sobre todo por los propios funcionarios.

Es la Ley de 27 de diciembre de 1956, recientemente jubilada por la entrada en vigor la Ley de 13 de julio de 1998, la que opera, definitivamente, la plena judicialización del sistema: Entramos de lleno en una etapa jurisdiccional, en todos los órganos e instancias; es una jurisdicción ordinaria, con personal especialmente preparado para desempeñarla.

No deja de ser curioso y paradójico que sea precisamente el Régimen de Franco el que da ese importante paso, cumpliendo así las expectativas de los progresistas del siglo XIX, entre ellos los hombres de la Revolución de 1868. Ello me hace meditar acerca de la complejidad de la etapa política anterior a la actual Monarquía parlamentaria, y la necesidad de evitar cuidadosamente los juicios excesivamente simples y definitivos sobre la misma.

La Ley de lo Contencioso-Administrativo de 1956, alabada por toda la doctrina, ha prestado un gran servicio a nuestra patria, sometiendo la actividad administrativa a los cauces del Derecho, y haciendo más difícil la tendencia, casi diría «natural», del gobernante y del político a la arbitrariedad. Arbitrariedad no quiere decir injusticia, sino simplemente, incumplimiento de la legalidad, conducta que no tiene por qué ser necesariamente injusta.

En más de 40 años de vigencia, la Ley de 1956 ha demostrado indudables virtudes, y no pocos defectos. El principal, que no sé hasta qué punto es pecado de la propia Ley, o de la organización judicial en su conjunto, ha sido la situación de atasco permanente y grave en la resolución de los pleitos<sup>10</sup>. Con ser este el principal problema, no es el único. La Ley de 1956 ha sido incapaz de evitar la repetición continua de asuntos idénticos y no garantiza eficazmente la ejecución de las sentencias. En el otro platillo de la balanza, tenemos que es un procedimiento extraordinariamente sencillo y ágil, desprovisto de las miles de trampas existentes en la todavía vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

La evolución parece que ha concluido con la Ley de 13 de julio de 1998, la actualmente vigente. Pero con ella nos plantamos en la actualidad, cuya crítica dejamos a otros más autorizados.

## 1. LA BÚSQUEDA DEL EQUILIBRIO ASIMÉTRICO: LA LICENCIA PARA LA APERTURA DE GRANDES ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES.

<sup>10</sup> En la Sala de lo Contencioso-Administrativo de La Coruña, donde he desempeñado comisión de servicio desde noviembre de 1997 hasta noviembre de 1998, desde que se presenta la demanda, hasta que se dicta sentencia, transcurren casi tres años. A ello hay que añadir la vía administrativa previa, y el posible recurso de casación. «Pleitos perpetuos», que diría un clásico.

## LA NORMATIVA DE LICENCIAS COMERCIALES DE LA COMUNIDAD DE MADRID: ALGUNAS CUESTIONES SIN RESOLVER (PRIMERA PARTE)

POR

INÉS CHAMARRO STORMS

ABOGADA (DEPARTAMENTO DE DERECHO INMOBILIARIO DE URÍA & MENÉNDEZ)

TOMÁS IVORRA ARDITE

ABOGADO (DEPARTAMENTO DE DERECHO URBANÍSTICO DE URÍA & MENÉNDEZ)

LICENCIADO EN ADMINISTRACIÓN Y DIRECCIÓN DE EMPRESAS

**SUMARIO:** 1. La búsqueda del equilibrio asimétrico: la licencia para la apertura de grandes establecimientos comerciales; 2. La necesidad de obtener licencia comercial para la apertura de grandes establecimientos comerciales en la Comunidad Autónoma de Madrid; Breve recorrido legislativo; 3. Regulación del Régimen de Licencia Comercial en la Comunidad Autónoma de Madrid; 3.1. Concepto de gran establecimiento comercial minorista; 3.2. Algunas cuestiones en relación con el concepto de gran establecimiento comercial establecido por la Comunidad Autónoma de Madrid; 3.2.1. Precisión sobre el concepto de superficie útil de exposición y venta al público; 3.2.2. Los grandes establecimientos colectivos; 3.2.3. El caso de los medianos establecimientos comerciales; 3.3. Actos que requieren licencia comercial; 3.4. Algunas cuestiones en relación con los actos que requieren licencia comercial; 3.4.1. Instalación de grandes establecimientos comerciales; 3.4.1.1. Objeto del artículo 18 de la Ley 16/1999; 3.4.1.2. Finalidad de la licencia de obras; 3.4.1.3. Inexistencia de responsabilidad económica por parte del municipio; 3.4.1.4. Posibilidad de subsanar la previa inexistencia de licencia comercial; 3.4.1.5. El supuesto concreto de las concesiones administrativas; 3.4.2. Ampliación de grandes establecimientos comerciales; 3.4.2.1. Ampliaciones sujetas a licencia; 3.4.2.2. La excepción del artículo 20 de la Ley 16/1999; 3.4.3. Traslado dentro o fuera del término municipal de implantación inicial; 3.4.4. Cambio de empresa titular o promotor de gran establecimiento comercial; 3.4.4.1. El promotor del gran establecimiento comercial; 3.4.4.2. El titular del gran establecimiento comercial; 4. Bibliografía.

### 1. LA BÚSQUEDA DEL EQUILIBRIO ASIMÉTRICO: LA LICENCIA PARA LA APERTURA DE GRANDES ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES.

En las últimas décadas España se ha sumado a la tendencia que venía experimentando Europa de progresivo crecimiento de los establecimientos comerciales de ámbito minorista. Este fenómeno ha parecido lo suficientemente importante a las autoridades estatales

de los últimos años, que ha llevado a la creación de un marco normativo que regula la actividad de los establecimientos comerciales de ámbito minorista. Este marco normativo se ha desarrollado a través de la Ley 16/1999, de 12 de mayo, de regulación del régimen de licencia comercial en la Comunidad Autónoma de Madrid. Esta ley establece un sistema de licencia comercial que tiene como objetivo principal garantizar el equilibrio entre el desarrollo comercial y la protección del medio ambiente y del patrimonio histórico-artístico de la Comunidad Autónoma de Madrid. El artículo 18 de la Ley 16/1999 establece el concepto de gran establecimiento comercial minorista, que se define como aquel establecimiento comercial que tenga una superficie útil de exposición y venta al público superior a los 100 metros cuadrados. Este concepto de gran establecimiento comercial minorista es el que da lugar a la necesidad de obtener licencia comercial para su apertura. La licencia comercial es un acto administrativo que tiene como finalidad autorizar la apertura de un gran establecimiento comercial minorista en un determinado lugar. La licencia comercial es un acto que requiere la intervención de la Administración Pública y que tiene un carácter de autorización. La licencia comercial es un acto que tiene un carácter de autorización y que tiene un carácter de autorización. La licencia comercial es un acto que tiene un carácter de autorización y que tiene un carácter de autorización.

No obstante, hubo un debate notable de la jurisdicción competente para resolver las cuestiones de personal, que tradicionalmente se habían resuelto de la jurisdicción contencioso-administrativa. En 1944 se crea la llamada jurisdicción de agrarios, que atribuye estas cuestiones, salvo las que implicasen pérdida de la condición de funcionario, al Consejo de Ministros. Se extingue en 1957, tras haber operado durante toda su existencia una doctrina crítica, nacida por parte de la doctrina, sino sobre todo por los propios funcionarios.

En la Ley de 27 de diciembre de 1956, recientemente rebautizada por la entrada en vigor la Ley de 13 de junio de 1978, la que operó de limitación, la plena jurisdicción del sistema. Entramos de lleno en una etapa jurisdiccional, en todos los órganos e instancias, es una jurisdicción ordinaria, con personal especializado preparado para desempeñarla.

Se dice de ser curioso y paradójico que sea precisamente el Régimen de Franco el que da un importante paso, cumpliendo así las expectativas de los progresistas del siglo XIX, entre ellos los hermanos de la revolución francesa, Pío y Juan Manuel de Sotomayor, al crear el primer tribunal de lo contencioso-administrativo en España, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, en 1808. Este tribunal, que fue el primer tribunal de lo contencioso-administrativo en España, fue el que inició la jurisdicción de lo contencioso-administrativo en España. Este tribunal, que fue el primer tribunal de lo contencioso-administrativo en España, fue el que inició la jurisdicción de lo contencioso-administrativo en España.

como para provocar su intervención e intento de control de la instalación de grandes establecimientos comerciales, intentando justificar esta intervención con diversas razones relacionadas con las competencias públicas en el ámbito urbanístico, la ordenación territorial, el aseguramiento de abastecimiento, la defensa de la competencia, etc.

Sin embargo, es un hecho unánimemente remarcado por la doctrina del urbanismo comercial que la implantación de grandes establecimientos comerciales en el territorio nacional implica, más que problemas urbanísticos o de ordenación territorial, problemas económicos y, fundamentalmente, problemas políticos. Coincidimos con Tomás Ramón Fernández y Carlos Pareja<sup>1</sup>, entre otros autores, en mantener que la implantación de grandes establecimientos comerciales en el territorio nacional no tiene efecto alguno desde el punto de vista estrictamente urbanístico, dado que el actual modelo de la ciudad española no puede resultar afectado por la implantación de grandes establecimientos comerciales, al haberse insertado con total naturalidad el comercio en el conjunto de actividades urbanas. El papel del urbanismo en la ordenación comercial se reduce, pues, a algún aspecto puntual y concreto tal como la incidencia de la implantación de grandes establecimientos comerciales en la red viaria y de transportes.

Dejando a un lado, de este modo, los problemas urbanísticos, los mayores problemas que pueden surgir en la implantación de grandes establecimientos comerciales se plasman, básicamente, en el enfrentamiento entre dos ideas antagónicas: libertad de mercado *versus* intervencionismo estatal y gran establecimiento comercial *versus* pequeño comercio.

Consciente de la dominancia natural de los grandes establecimientos comerciales frente al pequeño comercio, el legislador ha intentado buscar fórmulas que permitiesen acercarse a una situación que pudiera denominarse de «equilibrio asimétrico», esto es, aquel que se produce cuando, a pesar de no existir las mismas dimensiones en ambos lados de la balanza, factores correctores permiten un equilibrio entre los elementos. Surgen así diversas iniciativas legislativas que, en aras de la protección de la cuota de mercado del comercio minorista tradicional, proponen el establecimiento de una segunda licencia necesaria para la implantación de grandes establecimientos comerciales. Estas iniciativas legislativas recibieron algunas valoraciones negativas, como la del Tribunal de Defensa de la Competencia en su Informe del año 1995 sobre la Proposición de Ley de Comercio del Grupo Catalán de 17 de septiembre de 1993. Dicho informe establecía lo siguiente:

<sup>1</sup> TORNOS MAS, J. (coord.), *Grandes establecimientos comerciales. Su ordenación e implantación*. Tecnos, 2000.

«Estas medidas (el establecimiento de una segunda licencia necesaria para la implantación de grandes establecimientos comerciales) resultan claramente contraproducentes para el sector, incluido el comercio tradicional. La supervivencia de este tipo de comercio depende de su capacidad para modernizarse, de especializarse en aquellos ámbitos en los que puede resultar competitivo o de buscar formas alternativas de organización, como el asociacionismo o la franquicia. Al abrigo de la protección, el comercio tradicional encontrará menos incentivos para acometer su transformación. Adicionalmente, frenar la expansión de las grandes superficies reforzará el poder de mercado de aquellas que ya se han establecido, que no tendrán que enfrentarse a nuevos competidores. Por el contrario, si no se limita la apertura de grandes empresas de distribución minorista aumentará la competencia entre ellas, lo cual se traducirá en una oferta mayor, más variada y a mejores precios».

A pesar de este clarificador y premonitorio informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, el legislador optó por controlar la implantación de grandes establecimientos comerciales a través de la imposición de la obligación de obtener por parte de estos establecimientos una segunda licencia, la llamada «licencia de apertura de grandes establecimientos comerciales», a la que en este artículo nos referiremos en adelante bajo su nombre común de «licencia comercial».

A lo largo de este artículo intentaremos describir brevemente el régimen legal resultante de la normativa aplicable en lo que respecta a la obtención de la licencia comercial para grandes establecimientos en la Comunidad de Madrid, así como a la posibilidad del mantenimiento o transmisión de dicha licencia en el caso de transmisión directa o indirecta del inmueble al que se refiere la licencia comercial. Veremos cómo, aunque la legislación aprobada por la Comunidad Autónoma de Madrid tiene una clara voluntad de ser una regulación completa en sí misma, ha dejado sin prever algunos casos que han sido ya o pueden llegar a ser problemáticos en su aplicación práctica, y cómo se ha procurado dar respuesta a alguno de estos casos con la aprobación de normativa *ad hoc*.

## 2. LA NECESIDAD DE OBTENER LICENCIA COMERCIAL PARA LA APERTURA DE GRANDES ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID: BREVE RECORRIDO LEGISLATIVO

La primera regulación de carácter estatal al respecto viene recogida en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (Ley 7/1996, de 15

de enero) (en lo sucesivo, la «LOCM»). La LOCM surge con el loable objetivo de «*articular un sistema de distribución eficiente*» a partir de un esfuerzo de «*sistematización, modernización y adecuación*» a la realidad de los mercados «*contribuyendo a corregir los desequilibrios entre las grandes y las pequeñas empresas comerciales y, sobre todo, al mantenimiento de la libre y leal competencia*».

En el momento de la aprobación de la LOCM, la Comunidad de Madrid gozaba únicamente de competencias puramente ejecutivas en la materia, de conformidad con el artículo 28.4 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero) (en lo sucesivo, el «**Estatuto de Autonomía**»)<sup>2</sup>.

Dichas competencias ejecutivas se desarrollaron a través de la Orden de la Consejería de Economía y Empleo de la Comunidad de Madrid nº 3323/1996, de 16 de abril (en lo sucesivo, la «**Orden 3323/1996**»), que estableció el primer procedimiento de solicitud de la licencia de apertura de grandes establecimientos comerciales en la Comunidad de Madrid. La Orden 3323/1996 fue posteriormente modificada y ampliada por la Orden de la Consejería de Economía y Empleo de la Comunidad de Madrid nº 4671/1996, de 30 de julio (en lo sucesivo, la «**Orden 4671/1996**») y la Orden de la Consejería de Economía y Empleo de la Comunidad de Madrid nº 6520/1996, de 28 de noviembre (en lo sucesivo, la «**Orden 6520/1996**»).

Posteriormente, la modificación del Estatuto de Autonomía por parte de la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio, permitió otorgar a la Comunidad Autónoma madrileña competencias legislativas sobre la materia, a través de la modificación del artículo 26 del Estatuto de Autonomía, cuyo actual texto determina que: «*De acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, corresponde a la Comunidad de Madrid (...) la competencia exclusiva en (...) comercio interior, sin perjuicio de la política general de precios, de la libre circulación de bienes en el territorio del Estado y de la legislación sobre defensa de la competencia*» (párrafo 3.1.2 del artículo 26).

El ejercicio de las nuevas competencias legislativas de la Comunidad de Madrid se plasmó un año después de la aprobación del Estatuto de Autonomía en la aprobación del Decreto 47/1999, de 8 de abril, que regula el procedimiento para la solicitud de licencias de grandes establecimientos (en lo sucesivo, el «**Decreto 47/1999**») y la Ley 16/1999, de 29 de abril, de la Asamblea de Madrid, que establece las normas reguladoras del comercio interior (en lo sucesivo, la «**Ley**

<sup>2</sup> El Estatuto de Autonomía no atribuye originariamente a la Comunidad de Madrid competencias legislativas sobre materias de comercio interior.

16/1999»). Dicha legislación ha sido posteriormente complementada con las siguientes disposiciones de desarrollo:

- El Decreto 130/2002, de 18 de julio, de la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica de Madrid (en lo sucesivo, el «**Decreto 130/2002**») que ha venido a reemplazar al Decreto 47/1999, dedica su Título II a los establecimientos comerciales y, en particular, a la definición del gran establecimiento comercial sujeto a licencia (Capítulo I), y al procedimiento de tramitación de dicha licencia (Capítulo II); y
- La Orden 123/2003, de 9 de enero, de la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica de Madrid, (en lo sucesivo, la «**Orden 123/2003**») que aclara ciertos puntos respecto de la necesidad de solicitud de licencia en caso de transmisión por el promotor del gran establecimiento comercial.

Adicionalmente, es de reseñar que el Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de octubre, de la Comunidad de Madrid, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad de Madrid, recoge en sus artículos 87 al 92 la creación de una tasa por la solicitud de licencia comercial<sup>3</sup>.

De todas las normas mencionadas anteriormente, el Decreto 130/2002, en conjunción con la propia Ley 16/1999, configuran,  *grosso modo*, el vigente régimen de licencia para grandes establecimientos comerciales.

### 3. REGULACIÓN DEL RÉGIMEN DE LICENCIA COMERCIAL EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

#### 3.1. Concepto de gran establecimiento comercial minorista

La LOCM deja vía libre a las Comunidades Autónomas para que establezcan «*los requisitos en virtud de los cuales se otorgará la calificación de gran establecimiento*», determinando sin embargo que «*en todo caso*» todo establecimiento comercial de venta al por menor de cualquier clase de artículos con una superficie útil de exposición y

<sup>3</sup> El Decreto Legislativo 1/2002 ha establecido en su Título IV, Capítulo XI (arts. 87 al 92) la tasa por solicitud de licencia comercial de grandes establecimientos. Se trata de una tasa de importe fijo (3.065,16 euros por expediente si ha de ser sometido a la Comisión de Evaluación y la mitad en caso contrario) y contará con una bonificación del 50% en determinados casos. La tasa debe ser pagada por el promotor o explotador del gran establecimiento (dependiendo de quién solicite la licencia comercial) en el momento de presentar la solicitud y es independiente de que posteriormente se conceda o no la licencia comercial.

venta al público superior a 2.500 m<sup>2</sup> requerirá para su apertura de una licencia comercial específica cuyo otorgamiento corresponderá a la Administración Autonómica. Esto implica que si bien las Comunidades Autónomas pueden establecer criterios propios, el criterio de la superficie, y dentro de la superficie, la existencia de una superficie de ventas superior a los 2.500 m<sup>2</sup>, opera como límite mínimo para la determinación de qué deba entenderse por gran establecimiento comercial minorista.

Esta libertad dada por la LOCM ha provocado que el concepto de gran establecimiento comercial minorista no sea unánime en todo el territorio nacional. En efecto, en un primer momento, las Comunidades Autónomas han tendido a «conceptuar» como grandes establecimientos comerciales, establecimientos con superficie útil de exposición y venta al público muy inferior a la establecida por la LOCM<sup>4</sup>.

Las razones de esta «tendencia» autonómica, apuntan LLUIS CASES PALLARÉS Y FERRÁN PONS<sup>5</sup>, se encuentran tanto en la necesidad de aumentar el control sobre los establecimientos comerciales de considerable tamaño como a la necesidad de evitar «fisuras» legales a través de las cuales los establecimientos comerciales de considerable tamaño puedan escapar del control administrativo. Es por ello que los autores indicados apuntan a la utilización de otros criterios distintos al de la superficie como posible solución a la problemática de la continua reducción por parte de las Comunidades Autónomas de la superficie a considerar para someter los grandes establecimientos comerciales al control administrativo.

Las Comunidades Autónomas<sup>6</sup> parecen haber tomado en consideración a estos autores y han creado definiciones bastante «personalizadas» de gran establecimiento comercial, atendiendo a la superficie de ventas, al tipo de artículo vendido, a la población del municipio, la importancia económica de la empresa solicitante, etc.

En el caso concreto de la normativa madrileña, la ya derogada Orden 3323/1996 se ceñía al concepto de gran establecimiento comercial establecido por la legislación estatal (pues, recordemos, la Comunidad de Madrid carecía de competencias legislativas exclusivas en materia de comercio interior), y en su artículo 1 consideraba gran

<sup>4</sup> Esta tendencia autonómica ha provocado las quejas del Tribunal de Defensa de la Competencia que, en su «Informe sobre las Condiciones de la Competencia en el sector de la Distribución Comercial» (I 100/02), recientemente publicado, ha expuesto que dicha práctica autonómica le obliga, en ocasiones, a emitir informes al Tribunal de Defensa de la Competencia sobre establecimientos comerciales cuya superficie no excede los 500 m<sup>2</sup>.

<sup>5</sup> CASES PALLARÉS, L. y PONS CÀNOVAS, F. *La implantación de grandes establecimientos comerciales*. Marcial Pons, 1998.

<sup>6</sup> Cataluña, Comunidad Valenciana, País Vasco, Galicia, Navarra, Canarias, Andalucía, Aragón, Baleares, Extremadura, La Rioja, Murcia, Madrid y Castilla-León.

establecimiento comercial «los establecimientos individuales o colectivos que, destinándose al comercio al por menor de cualquier clase de artículos» tuviesen una superficie útil para la exposición y venta al público superior a los 2.500 m<sup>2</sup>.

Sin embargo, no ha dudado el legislador madrileño, una vez adquiridas competencias legislativas exclusivas en materia de comercio interior, en establecer un concepto de gran establecimiento comercial distinto al establecido por la legislación estatal. Al respecto, el artículo 17 de la Ley 16/1999, tomando como criterio no sólo la superficie útil de exposición y venta al público sino también la población del municipio de implantación, establece los siguientes umbrales para la consideración de un establecimiento como gran establecimiento comercial minorista:

Superficie útil de exposición y venta al público	Población municipio
2.500 m <sup>2</sup>	> 25.000 habitantes
2.000 m <sup>2</sup>	> 10.000 habitantes
1.500 m <sup>2</sup>	< 10.000 habitantes

Asimismo, el artículo 8.2 del Decreto 130/2002 ha creído conveniente aclarar que los establecimientos comerciales que no alcancen de forma originaria estos límites de superficie de ventas, pero que llegan a superarlos como resultado de un proyecto de ampliación de dicho establecimiento, se verán por este hecho «recategorizados» como grandes establecimientos comerciales y sometidos a la normativa de licencia comercial específica. Posteriormente analizaremos este punto más en detalle.

El concepto de gran superficie comercial establecido por la Comunidad de Madrid que hemos expuesto no se ha librado de las críticas del Tribunal de Defensa de la Competencia. El Tribunal califica este concepto madrileño de «irracional» y comenta, en su «Informe sobre las Condiciones de la Competencia en el sector de la Distribución Comercial» (I 100/02), que: «la idea de que una gran superficie resulta grande en comparación con un determinado municipio, aunque pueda resultar no-grande en relación con otro, olvida totalmente la posibilidad de que los consumidores se desplacen de un centro a otro. Esa posibilidad es particularmente importante en Comunidades como (...) Madrid, donde la elevada densidad de población provoca la existencia de conurbaciones en las que diversos municipios, legalmente diferenciados, se

encuentran próximos y bien comunicados. Resulta, pues, que no se ven las razones para definir de forma diferente el concepto de gran superficie en un municipio de 10.000 y otro de 25.000 habitantes cuando éstos se encuentran prácticamente contiguos».

### 3.2. Algunas cuestiones en relación con el concepto de gran establecimiento comercial establecido por la Comunidad Autónoma de Madrid

#### 3.2.1. Precisión sobre el concepto de superficie útil de exposición y venta al público

Según el artículo 17.3 de la Ley 16/1999, la «superficie útil de exposición y venta al público» que se tendrá en cuenta a los efectos de incluir a un establecimiento en la categoría de gran establecimiento comercial será «aquella superficie, cubierta o no, que sea utilizable efectivamente por el consumidor y en la que se expongan artículos para su venta directa».

Esta definición, que intenta delimitar un concepto amplio de sala de ventas, consta de dos elementos esenciales:

i) Superficie utilizable efectivamente por el consumidor: esto nos permite excluir directamente del cómputo las superficies destinadas a carga y descarga, almacenes o a tareas administrativas (contabilidad, dirección, etc.) de los grandes establecimientos comerciales, ya sean individuales o colectivos.

ii) Superficie de exposición de artículos para su venta directa: hay que tener en cuenta a este respecto que los grandes establecimientos colectivos (centros comerciales o parques comerciales), que estudiaremos en detalle en el epígrafe siguiente, suelen intentar maximizar su atractivo para los consumidores buscando una combinación variada de locales en torno a tres conceptos principales de actividad: compras, restauración y ocio. La definición dada permitiría, pues, excluir del cómputo para la calificación de gran establecimiento las superficies correspondientes a locales de ocio o restauración<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> En peculiar contraste, la normativa de licencias comerciales de Castilla-León establece que «los parques temáticos, centros de ocio o de naturaleza análoga serán considerados establecimientos comerciales colectivos y necesitarán la licencia comercial específica que ampare todas las actividades comerciales que en los mismos se desarrollen, siempre que la superficie de venta de todas ellas supere el 20% de la superficie total construida» (art. 18.6 de la Ley 16/2002, de 19 de diciembre, de Comercio de Castilla y León).

#### 3.2.2. Los grandes establecimientos colectivos

Es de hacer notar que la legislación autonómica de Madrid especifica en su definición que los umbrales mínimos de superficie se aplican tanto a establecimientos individuales como colectivos.

El artículo 17.2 de la Ley 16/1999 ha querido fijar el concepto de gran establecimiento comercial minorista de carácter colectivo en la siguiente redacción: «Se entenderán por grandes establecimientos comerciales minoristas de carácter colectivo aquellos Parques Comerciales integrados por un conjunto de edificaciones ubicadas en una misma área o recinto, así como los centros comerciales integrados por un colectivo de locales en los que se desarrollen las actividades comerciales de forma empresarialmente independiente, cuando en ambos supuestos se hubiesen proyectado conjuntamente y compartan la utilización de elementos comunes».

Nos encontramos, pues, ante una definición de gran establecimiento colectivo razonablemente amplia que prima, como criterio determinante de la colectividad, el espíritu que haya presidido la creación del área comercial (la intención de crear una zona comercial única con un plan predeterminado en un recinto dado).

A la hora de analizar la definición dada, sería necesario tener en cuenta los puntos siguientes:

- i) No es necesario que el gran establecimiento comercial colectivo componga una unidad arquitectónica, puesto que se permite la existencia de varias edificaciones más o menos dispersas.
- ii) Tampoco es necesario que en los distintos edificios se desarrolle una actividad común, sino que puede tratarse de actividades diferentes y operados «de forma empresarialmente independiente».
- iii) Sin embargo, se requiere una unidad en la concepción del gran establecimiento comercial colectivo, aunque éste se componga de varios edificios. Esta unidad debe manifestarse en que las edificaciones:

- a) deben estar «ubicadas en una misma área o recinto»;
- b) deben compartir «la utilización de elementos comunes» (pasillos o «calles», zonas de aparcamiento, zonas de carga y descarga, etc.); y
- c) deben corresponder a un único proyecto constructivo, es decir, según el tenor del texto legal, que «se hubiesen proyectado conjuntamente». Sin embargo, entendemos que esto no necesariamente implicará que todos los edificios se hayan construido al mismo tiempo, ya que a menudo los proyectos de parques

comerciales (en oposición a los de centros comerciales) suelen construirse en varias fases.

Es interesante notar que la definición nos permite asimismo diferenciar dos tipos claros de gran establecimiento colectivo:

- i) por un lado, el «centro comercial», que según los elementos que se dan correspondería a las siguientes notas definitorias:
  - a) un único edificio agrupando toda la actividad comercial (por contraposición al parque comercial, que exigiría varias edificaciones);
  - b) la existencia dentro de los muros de dicho edificio de un «colectivo de locales» (pues si hubiese un único local se trataría de un gran establecimiento individual); y
  - c) el desarrollo en estos locales de «actividades comerciales de forma empresarialmente independiente».
- ii) por otro lado, el «parque comercial», en cuya definición habría que tener en cuenta varios elementos:
  - a) varios edificios;
  - b) multiplicidad de locales; sin embargo, notemos que no se especifica que cada uno de los edificios deba contener uno o más locales diferenciados ni que cada «actividad empresarialmente independiente» deba realizarse en un solo edificio, por lo que debemos entender que bastará con que en el conjunto del recinto se lleven a cabo varias actividades independientes;
  - c) existencia de elementos comunes a los diferentes edificios; en el caso de un complejo de estas características el cumplimiento con este requisito se reflejará sobre todo en la dependencia de los mismos accesos al complejo, el uso de las mismas «calles» internas dentro de dicho complejo y, en ocasiones pero no necesariamente, la utilización de un área de aparcamiento común a los distintos edificios.

### 3.2.3. El caso de los medianos establecimientos comerciales

El artículo 6.1 de la LOCM sometía en todo caso al requisito de licencia comercial la apertura de grandes establecimientos comerciales, «sin perjuicio de que [la Administración Autonómica] pueda también someter a autorización administrativa otros supuestos relacionados con la actividad comercial». Esto ha servido de pretexto a las

Comunidades Autónomas para ampliar su control administrativo de la actividad comercial en dos direcciones:

- i) Creando requisitos de autorización o acreditación administrativa para establecimientos que no cumplen con la categoría de gran establecimiento comercial (así, en la normativa madrileña, los medianos establecimientos comerciales, los establecimientos llamados «de descuento duro» [*hard discounts*], establecimientos de precio único de tipo «todo a 100», y los establecimientos de venta ocasional o de temporada).
- ii) Ampliando el requisito de licencia comercial para gran establecimiento comercial a actos distintos de la apertura inicial del gran establecimiento.

La LOCM no preveía particularmente el caso de los «medianos establecimientos comerciales», y de hecho el texto inicial de la Ley 16/1999 no recogía la figura. Sin embargo, haciéndose eco de algunas otras normativas autonómicas en esta materia, una modificación de la Ley 16/1999 llevada a cabo por la Ley 14/2001, de 26 de diciembre introdujo esta figura en la legislación madrileña.

El actual texto de la Ley 16/1999, en su artículo 24.2, define a los medianos establecimientos comerciales minoristas como «aquellos establecimientos individuales con una superficie útil de exposición y venta superior a 750 m<sup>2</sup>» (pero con superficie inferior, se entiende, a la que corresponde para alcanzar la categoría de gran establecimiento comercial según el tamaño del municipio en que se enclaven).

Los medianos establecimientos comerciales están asimismo sometidos a un trámite de autorización previa por la Consejería competente (que se resuelve en el plazo de 6 meses, con silencio positivo). Están sometidos a este trámite la instalación, ampliación (incluida la ampliación que les haga alcanzar o superar los 750 m<sup>2</sup>, siempre que no lleguen al umbral para gran establecimiento), modificación, traslado y cambio de titularidad.

Como hemos mencionado anteriormente (3.1) y estudiaremos después en mayor detalle, la ampliación de un mediano establecimiento comercial deberá acogerse al régimen de licencia comercial en el caso de que la ampliación les haga alcanzar la superficie de ventas prevista para los grandes establecimientos comerciales.

### 3.3. Actos que requieren licencia comercial

El artículo 18 de la Ley 16/1999 requiere la obtención, con carácter general, de la licencia comercial de gran establecimiento para la

instalación, ampliación o modificación de un gran establecimiento comercial minorista. En estos casos la obtención de la licencia comercial deberá ser previa y necesaria a la concesión de las licencias municipales.

En desarrollo del artículo 18 de la Ley 16/1999, el artículo 10 del Decreto 130/2002 dispone que será necesaria la licencia comercial de gran establecimiento para los siguientes supuestos, que desarrollaremos en los epígrafes siguientes de este artículo.

- i) Instalación del gran establecimiento comercial (artículo 10.1).
- ii) Ampliación o modificación del establecimiento comercial minorista únicamente en el caso en el que la superficie útil de la ampliación o modificación haga que el establecimiento alcance la consideración de gran superficie comercial (artículo 10.2.a).
- iii) Traslado dentro o fuera del término municipal de implantación inicial (artículo 10.2.b).
- iv) Cambio de la empresa titular que explota la licencia comercial (artículo 10.2.c): en este caso el nuevo titular deberá solicitar su propia licencia con carácter previo al inicio de su actividad pero podrá proseguir la explotación al amparo de la licencia anterior hasta que se resuelva su solicitud.
- v) Cambio de promotor, si la licencia se concedió al promotor originario (artículo 10.2.d).

### 3.4. Algunas cuestiones en relación con actos que requieren licencia comercial

#### 3.4.1. Instalación de grandes establecimientos comerciales

Según el artículo 10.1 del Decreto 130/2002, la instalación de un gran establecimiento comercial requiere la obtención de la licencia comercial previa a la concesión por los Ayuntamientos de las correspondientes licencias municipales.

El fin último del condicionamiento recíproco entre estas licencias es la protección de los intereses del administrado (en palabras de la jurisprudencia, «evitar las antieconómicas consecuencias en tiempo y coste que supondría la concesión de unas licencias municipales»<sup>8</sup> para la implantación de un gran establecimiento comercial que luego no fuese autorizado por las autoridades autonómicas).

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1997 (RJ 1997/5921).

Este condicionamiento recíproco de licencias ya venía impuesto desde el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (en lo sucesivo «RSCL»), que en su artículo 22.3, establece la coordinación entre licencia de obras y licencia de actividades «cuando con arreglo al Proyecto presentado, la edificación de un inmueble se destinara específicamente a establecimiento de características determinadas».

Sin embargo, la doctrina jurisprudencial es unánime desde hace muchos años en sentar que la licencia de actividades y la licencia de obras son autorizaciones distintas y a diferentes efectos, objeto cada una de sus comprobaciones particulares previas y a conceder en procedimientos separados, sin que sea requisito imprescindible la obtención de licencias de actividades de forma previa a la licencia de obras<sup>9</sup>.

Esta interpretación jurisprudencial del artículo 22.3 del RSCL podría facilitar una interpretación análoga de lo dispuesto en la Ley 16/1999, como desarrollamos a continuación.

#### 3.4.1.1. Objeto del artículo 18 de la Ley 16/1999

Resulta razonable pensar que la obligación de obtener licencia comercial previa a la concesión de cualquier licencia municipal para la instalación de grandes superficies comerciales debería operar únicamente en aquellos supuestos en los que el destino o uso del inmueble se concreta en los proyectos técnicos presentados para la solicitud de licencia de obras (de forma análoga a lo que ocurre con la relación entre la licencia de actividades y la de obras). Si el proyecto técnico presentado para la solicitud de una licencia de obras establece los parámetros constructivos básicos para identificar la construcción, pero permite la implantación de cualquiera de los usos permitidos por el planeamiento urbanístico aplicable (sin identificar un uso concreto) entendemos que no resultaría razonable requerir para la concesión de esta licencia la previa obtención de licencia comercial (básicamente porque puede no conocerse aún el destino del inmueble)<sup>10</sup>.

En esta línea, y a pesar de que el tenor literal del artículo 18 de la Ley 16/1999 no parece permitir la posibilidad de otorgar la licencia de obras de forma previa a la licencia comercial, algún Tribunal Superior

<sup>9</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1986 (RJ 1986/6898); de 18 de junio de 1990 (RJ 1990/4829); y de 15 de julio de 1992 (RJ 1992/5756), entre otras.

<sup>10</sup> Imagine, por ejemplo, un proyecto de establecimiento comercial y de ocio en el que aún no se haya definido el porcentaje de comercial y el porcentaje de ocio que se implantará en el establecimiento (dependiendo de dicho porcentaje la consideración o no de gran superficie comercial del establecimiento).

de Justicia<sup>11</sup> ha venido entendiendo factible la posibilidad de romper la vinculación entre la licencia de obras y la licencia comercial en el supuesto de que el proyecto presentado con la solicitud no concretase la actividad de su destino ni proporcione al Ayuntamiento autorizante los elementos de juicio necesarios al efecto.

#### 3.4.1.2. Finalidad de la licencia de obras

A lo expuesto anteriormente, hemos de añadir que, al menos desde el punto de vista teórico, no resulta razonable sujetar la concesión de la licencia de obras a la previa obtención de la licencia comercial, dado que la finalidad de la licencia de obras no conlleva (según nuestro razonamiento anterior) la previa necesidad de obtener la licencia comercial.

En efecto, la licencia de obras es un acto administrativo de autorización, de simple declaración formal de un derecho preexistente, en virtud del cual y a través del pertinente procedimiento administrativo, se lleva a cabo un control de la actividad solicitada por el ciudadano, verificándose que se ajusta o no a las exigencias del interés público tal como han quedado plasmadas en la ordenación vigente, por lo que dada su naturaleza reglada, constituye un acto debido en cuanto que necesariamente debe otorgarse o denegarse según que la actividad pretendida se adapte o no a la concreta ordenación aplicable (STS 16 de abril de 1997 [RJ 1997/2781])<sup>12</sup>.

Por tanto, el control administrativo tiene por objetivo controlar que el acto que se pretende ejercer está de acuerdo con la ordenación urbanística aplicable. Es decir, la licencia urbanística consiste en un control de licitud u observancia de los límites fijados al *ius edificandi*. Resulta evidente, pues, que esta valoración reglada debe realizarse con independencia del acto de control que tiene por objeto la licencia comercial.

En otros términos, la obtención de la licencia comercial con posterioridad a la concesión de licencia de obras, no debería implicar sin más la nulidad de la licencia de obras concedida antes de haberse obtenido la licencia comercial, pues cada una de ellas ha de ser examinada conforme a los criterios que perfilan cada una de las modalidades de licencias, que por lo que se refiere a la licencia de obras son los de la normativa urbanística que resulte aplicable.

<sup>11</sup> Así, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias en Sentencia n.º 623/2001, de 26 de junio (JUR 2002/38129).

<sup>12</sup> IGLESIAS GONZÁLEZ, F. *Licencias urbanísticas 2003*. Francis Lefebvre, 2003, págs. 363 y ss.

#### 3.4.1.3. Inexistencia de responsabilidad económica por parte del Municipio

De otro lado, si lo que pretende el legislador autonómico sujetando la concesión de licencias municipales a la previa obtención de licencia comercial es evitar las posibles implicaciones económicas de la concesión de unas licencias municipales para la implantación de un gran establecimiento comercial que luego puede no ser autorizado por las autoridades autonómicas, una solución factible sería que la licencia de obras se supeditase en términos bien absolutos bien relativos a la obtención de la licencia comercial. De esta forma, el municipio correspondiente salvaría la defensa de los intereses del petionario de la licencia, para evitarle el costear una construcción, que luego no pueda utilizar, dado el fin perseguido con ella.

En este sentido, la simple expresión en la licencia de obras de la asunción de cualesquiera implicaciones económicas por parte del petionario de la misma, podrían ser suficientes para garantizar la indemnidad del patrimonio municipal por inexistencia de responsabilidad alguna.

#### 3.4.1.4. Posibilidad de subsanar la previa inexistencia de licencia comercial

Finalmente, tampoco resulta justificable, al menos desde el punto de vista de la economía procedimental, que la ley autonómica argumente, sin más, que una licencia municipal (en este caso de obras) sea nula porque previamente la Administración autonómica competente no haya otorgado (o haya otorgado con posterioridad) la correspondiente licencia comercial. Lo más razonable en estos casos sería considerar la licencia municipal como susceptible de subsanación.

#### 3.4.1.5. El supuesto concreto de las concesiones administrativas

Surge, en ocasiones, algún supuesto en el que la incoherencia de los efectos de la sujeción de las licencias municipales a la licencia comercial se hace patente: este es el caso de la instalación de un gran establecimiento comercial al amparo de una concesión administrativa otorgada por un Ayuntamiento de la Comunidad de Madrid.

Las ordenanzas municipales relativas a licencias suelen entender otorgadas las licencias municipales de construcción y actividad por el propio acuerdo concesional. Así, por ejemplo, el artículo 28 de la Ordenanza de Tramitación de Licencias del Ayuntamiento de Madrid establece que «las licencias que requieran la existencia de una conce-

sión o autorización previa, se entenderán otorgadas por el propio acuerdo de concesión o autorización cuando para su adopción se hubiere tenido en cuenta el Proyecto Técnico o documentos requeridos y se hubieran cumplido los trámites exigidos. En el acuerdo de concesión o autorización deberá constar expresamente esta circunstancia, debiéndose dar traslado del mismo, para su conocimiento, al órgano competente para el otorgamiento de la respectiva licencia».

No obstante, la coordinación en la concesión de licencias establecido por la Ley 16/1999 deja sin efecto alguno las disposiciones municipales dado que:

- i) la licencia comercial no puede solicitarse previamente al acuerdo de adjudicación de la concesión, dado que, para la solicitud de la licencia comercial es necesario acreditar ante las autoridades comerciales los derechos sobre la parcela<sup>13</sup> donde se proyecta instalar la gran superficie comercial (harto imposible en el caso de una concesión que aún no ha sido adjudicada); y
- ii) si la licencia comercial se concede con posterioridad al acuerdo de adjudicación de la concesión, el concesionario se ve en la obligación de solicitar de nuevo cualquiera de las licencias municipales concedidas en virtud del acuerdo de adjudicación.

Esta disyuntiva podría verse solucionada si, como abogamos en este artículo, se considerase la posibilidad de, al menos, subsanar los actos administrativos por los que se concediesen licencias municipales previamente al otorgamiento de la licencia comercial.

### 3.4.2. Ampliación de grandes establecimientos comerciales

El artículo 18 de la Ley 16/1999 establece, con carácter general y salvo las excepciones que especifica el artículo 20 de la Ley 16/1999, la sujeción a licencia comercial de la ampliación de grandes establecimientos comerciales.

#### 3.4.2.1. Ampliaciones sujetas a licencia

La interpretación literal del artículo 18 podría hacer pensar que todas las ampliaciones de grandes establecimientos comerciales están sujetas a la previa obtención de una licencia comercial. Sin embargo, en nuestra opinión, resulta lógico pensar que el cómputo de las superficies a efectos de ampliación de grandes establecimientos comercia-

<sup>13</sup> Artículo 14.b)4 del Decreto 130/2002.

les ha de hacerse con los mismos criterios que definen lo que ha de considerarse como un gran establecimiento.

Por lo tanto, las ampliaciones de un gran establecimiento comercial previamente autorizado sólo estarán sujetas a licencia comercial cuando aumenten los metros cuadrados de la superficie de venta anteriormente autorizada y no en el caso de que se refieran a ampliaciones de otras superficies.

Este razonamiento se ve reforzado por el propio artículo 20 de la Ley 16/1999 que exceptúa la primera modificación de grandes superficies comerciales, siempre que la superficie útil de venta en que se incremente el gran establecimiento no incremente en más de 10% la superficie inicialmente autorizada. Si el artículo 18 de la Ley 16/1999 no limita la exigencia de nueva licencia comercial únicamente al caso en que la ampliación supone una ampliación de metros cuadrados de superficie de venta, nos encontraríamos frente al absurdo de que la excepción establecida en el artículo 20 de la Ley 16/1999 se aplicaría únicamente en los supuestos de aumento de superficie útil de venta y no, por ejemplo, a los supuestos de aumento de superficie destinada a ocio (en los que sí sería necesario solicitar licencia comercial, cuando paradójicamente no se había tenido en cuenta para la concesión inicial de la licencia comercial).

Entendemos, pues, que no resultaría necesaria la solicitud de licencia de ampliación de un gran establecimiento comercial siempre y cuando la superficie de ampliación se destine exclusivamente a espacios no considerados superficie de venta como, por ejemplo, los espacios de ocio. Esto resulta particularmente relevante para aquellos centros comerciales que desean únicamente ampliar su oferta de ocio (cine, restauración, etc.).

#### 3.4.2.2. La excepción del artículo 20 de la Ley 16/1999

Respecto a la necesidad de obtener la licencia comercial para las ampliaciones o modificaciones de grandes establecimientos minoristas, el artículo 20 de la Ley 16/1999 exceptúa la primera ampliación o modificación, siempre que la superficie útil de venta no se incremente en más del 10% de la superficie inicialmente autorizada. En este caso, la modificación deberá comunicarse a la Dirección General de Comercio a efectos informativos.

Al respecto, conviene matizar que la excepción afecta únicamente i) a primeras modificaciones (no a segundas o ulteriores modificaciones); y ii) de grandes establecimientos comerciales existentes. Hemos de entender que el término «existentes» no se refiere necesariamente a establecimientos preexistentes a la aprobación de la Ley 16/1999

sino a cualquier gran establecimiento comercial que existiera con dicha calificación en el momento de su ampliación o modificación.

En consecuencia, la excepción del artículo 20 queda limitada a los grandes establecimientos comerciales. Recordemos que los medianos establecimientos que adquiriesen la condición de gran establecimiento comercial por ampliación de la superficie útil de venta (ya sea por primera o sucesivas ampliaciones e independientemente del incremento de la superficie, siempre que sobrepase los umbrales del gran establecimiento), están sometidos a la obligación de obtención de licencia comercial por el artículo 10.2.a) del Decreto 130/2002.

#### 3.4.3. Traslado dentro o fuera del término municipal de implantación inicial

El Decreto 130/2002 sujeta a licencia comercial el traslado de una gran superficie comercial dentro o fuera del término municipal de implantación inicial.

Es de hacer notar, siguiendo el texto del artículo, que en el caso de traslado jugarán las limitaciones de superficie establecidas en el artículo 17 de la Ley 16/1999 en función del término municipal al que se efectúe el traslado.

Esto puede tener como consecuencia que un establecimiento que en su emplazamiento originario no cumplía con los requisitos de superficie para ser considerado gran establecimiento comercial llegue a superarlos en su nueva ubicación, no porque haya aumentado su superficie de ventas, sino simplemente porque según el tamaño del municipio de nueva instalación le sea aplicable un umbral diferente de lo que constituya gran establecimiento comercial; o que, por el contrario, un establecimiento que originariamente tenía la consideración de gran establecimiento, deje de tenerlo por el hecho de desplazarse a un municipio vecino de mayor población.

Asimismo, puede darse el caso paradójico de que el cambio de ubicación dentro del mismo municipio pueda conllevar un cambio en la necesidad de licencia comercial, en el supuesto de que el municipio haya experimentado cambios importantes de población desde la apertura original del establecimiento.

#### 3.4.4. Cambio de empresa titular o promotor de gran establecimiento comercial

##### 3.4.4.1. El promotor del gran establecimiento comercial

El Decreto 130/2002 sujeta a licencia comercial el cambio de promotor de gran establecimiento comercial. Al respecto, la Orden

123/2003 ha precisado el perfil de promotor como «entidad cuyo objeto principal sea la concepción, planificación, desarrollo y construcción del gran establecimiento comercial hasta su comercialización efectiva a otro/s Operador/es comerciales concreto/s».

La Orden establece que en el caso de transmisión por parte del promotor de todo o parte del gran establecimiento deberá notificarse la transmisión con carácter previo a la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica, que en el plazo de un mes dictará orden de licencia subrogando a la entidad adquirente en los términos de la licencia inicial.

##### 3.4.4.2. El titular del gran establecimiento comercial

El Decreto 130/2002 sujeta a licencia comercial el cambio de titular del gran establecimiento comercial. En estos casos, el nuevo titular debe solicitar su propia licencia con carácter previo al inicio de su actividad pero puede proseguir la explotación al amparo de la licencia anterior hasta que se resuelva su solicitud.

## 4. BIBLIOGRAFÍA

- Alonso Teixidor, L. F. *Actividad comercial y planeamiento urbanístico. Curso de Urbanismo de Áreas Comerciales*. Servicio de Publicaciones del Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, 1989.
- Beladíez Rojo, M. «Los vicios de los actos urbanísticos y su revisión». *Revista de Administración Pública*, núm. 138 (1995).
- Cano Murcia, A. *Manual de licencias de apertura de establecimientos*. Aranzadi, 1999.
- Carreras i Verdaguer, C. «Per una nova geografia comercial urbana». *Revista Catalana de Geografia*, núm. 10, octubre 1989.
- Cases Pallarès, L. y Pons Cánovas, F. «La implantación de grandes establecimientos comerciales». Marcial Pons, 1998.
- García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T. R. «Curso de Derecho Administrativo». Civitas, 2001.
- Grau Ávila, S. «El régimen jurídico de las licencias urbanísticas». *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 117 (1990).
- Huelín Martínez de Velasco, J. «Los planes de urbanismo; procedimientos para su elaboración y aprobación, su naturaleza normativa». Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1992. Colección: Cuadernos de derecho judicial, n.º 23 (T. XXIV). Págs. 235-271.
- Iglesias González, F. *Licencias urbanísticas 2003*. Francis y Taylor, 2003.
- Martínez de Pisón, I. «Urbanismo comercial: el régimen de apertura de grandes establecimientos comerciales en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de

- ordenación de comercio minorista». *Revista de Administración Pública*, núm. 145 (1998).
- Ortega Bernardo, J. «Las licencias urbanísticas». *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 160 (1997).
- Parejo Alfonso, L. (dir.). *Derecho urbanístico de la Comunidad de Madrid*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Madrid, 1998.
- Porto Rey, E. y A. Ortega García. *Las normas subsidiarias y complementarias del planeamiento como instrumento de ordenación urbana*. Organismos Oficiales de la Administración, 1975.
- Tornos Mas, J. (coord.). *Grandes establecimientos comerciales. Su ordenación e implantación*. Tecnos, 2000.
- Tribunal de Defensa de la Competencia.
- La competencia en España: balance y nuevas propuestas, 1995.
  - Informe sobre las Condiciones de la Competencia en el sector de la Distribución Comercial» (I 100/02).
  - Memoria Anual, 1992.
  - Memoria Anual, 1994.
  - Memoria Anual, 1996.
  - Memoria Anual, 1997.
  - Memoria Anual, 1998.
  - Memoria Anual, 1999.
  - Memoria Anual, 2000.
- Remedios colíticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios.
- Sanz Jusdado, I. «Análisis de la reciente jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de licencias urbanísticas». *Revista de Derecho Urbanístico* núm. 197 (2002).
- Yagüe Guillén, M. *El sector comercial en la Comunidad de Madrid*. La Comunidad de Madrid en la Unión Europea. Instituto Universitario Ortega y Gasset. Madrid, 2000.

## ESTUDIO DE LAS RELACIONES ENTRE MINAS, URBANISMO Y MEDIO AMBIENTE, CON MOTIVO DE LA CONSTRUCCIÓN DEL PARQUE TEMÁTICO DE SAN MARTÍN DE LA VEGA

POR

SILVIA PÉREZ BLANCO

LETRADO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

CONSEJERÍA DE OBRAS PÚBLICAS, URBANISMO Y TRANSPORTES

INSTITUTO DE REALOJAMIENTO E INTEGRACIÓN SOCIAL

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. NORMATIVA APLICABLE. III. PROBLEMÁTICA MEDIO AMBIENTAL DE LAS ACTIVIDADES MINERAS EXTRACTIVAS. 1. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL. 2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPLENTO. IV. EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL (EIA). V. RÉGIMEN URBANÍSTICO DE LAS ACTIVIDADES EXTRACTIVAS EN LA COMUNIDAD DE MADRID. VI. ESTUDIO PARTICULAR DE DETERMINADOS PROBLEMAS PLANTEADOS CON LA CONSTRUCCIÓN DEL PARQUE TEMÁTICO. 1. Conflicto de intereses con las empresas dedicadas a actividades extractivas y mineras. 2. Justificación del instrumento de planeamiento urbanístico elegido para la aprobación de la construcción del parque. 2.1. Zona de interés regional. 2.2. Proyecto de alcance regional (PAR). 2.3. Modificación y revisión del planeamiento.

### I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo pretende ser un estudio de los problemas que plantea la relación entre el urbanismo, el medio ambiente y las actividades mineras, en un supuesto concreto cual es la aprobación y construcción del Parque Temático de ocio en San Martín de la Vega.

A lo largo del trabajo se tendrá presente el «triángulo» minas, urbanismo y medio ambiente, con las relaciones «jurídicas» de cada uno de esos vértices entre sí y con el conjunto.

El análisis se efectuará estudiando primero lo general, es decir, la normativa aplicable y la jurisprudencia que la interpreta, y descendiendo después al problema concreto, cual es el planteado con la construcción del parque en una zona de actividades mineras de yesos.

El primer bloque que se aborda es la sempiterna tensión entre la actividad minera (que comporta la creación de empleo y el desarrollo de la industria y la economía regional) y el respeto al medio

ambiente y la conservación de la naturaleza (cuyo mantenimiento es imprescindible para garantizar la calidad de vida de los ciudadanos y la preservación de recursos suficientes para garantizar un desarrollo sostenible). Para ello se estudia en dos apartados la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo en la materia.

Dentro de esta cuestión se ha estimado oportuno un estudio un poco más detallado de la Evaluación del Impacto Ambiental, en cuanto que es el instrumento que en mayor medida garantiza la preservación del medio ambiente frente a un proyecto o plan concreto; en nuestro caso, tanto respecto a las actividades mineras como a la construcción del parque temático en sí.

El **segundo bloque** comporta ya el análisis aislado de los **problemas urbanísticos** que planteó la construcción del parque en una zona dedicada tradicionalmente a las actividades mineras explotadas por empresas privadas. Se parte de la **Ley 9/95** y se estudia lo relativo a la clasificación y calificación del suelo, licencias y autorizaciones necesarias (sectoriales y municipales) y se desciende a lo específico de las **Normas Subsidiarias** del planeamiento del Municipio, su modificación en 1991 y su revisión en 1996, con la prohibición general de realizar nuevas explotaciones mineras, la forma en que se hizo y las consecuencias que ello comportó, y el instrumento urbanístico utilizado para la aprobación de la construcción del parque: alternativas posibles y justificación de la elegida.

En conclusión, la Administración de la Comunidad de Madrid y el Ayuntamiento de S. Martín de la Vega, optaron por dar prioridad a otra forma de desarrollo económico (construcción de un Parque Temático de Ocio) distinta de la que se venía haciendo (explotaciones mineras) que a nuestro juicio respeta más el medio ambiente y eligieron un determinado instrumento de planeamiento, que también se ha demostrado como el adecuado.

## II. NORMATIVA APLICABLE

1. En cuanto al **marco competencial**, el art. 149.1.23º de la CE, señala que corresponde al «Estado como competencia exclusiva, la legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección». Por su parte, las Comunidades Autónomas asumen la «gestión en materia de protección del medio ambiente» (art. 148.1.9º).

Por lo que se refiere a los otros dos aspectos del «triángulo», es decir, **minas y urbanismo**, el Estado tiene competencia exclusiva,

según el art. 149.1.25º sobre: «las bases del régimen minero y energético».

Finalmente, el art. 148.1.3º, atribuye a las Comunidades Autónomas las competencias sobre: «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda».

La **Ley Orgánica 9/92 de Transferencia de Competencias a las Comunidades Autónomas** de 23 de diciembre, transfirió a la Comunidad de Madrid la competencia para el desarrollo legislativo y la ejecución del régimen minero y para dictar normas relacionadas con las industrias sujetas a la Ley de Minas.

El **Real Decreto 1860/1984 de 18 de julio**, reguló el **traspaso de competencias** en la materia. La Comunidad de Madrid asumió la mayor parte de las funciones que antes correspondían al Ministerio de Industria y Energía, siempre que afecten exclusivamente a su ámbito territorial, como, en lo que aquí respecta, el otorgamiento de permisos de exploración, investigación y concesiones de explotación de recursos de la sección c), la aprobación de planes de labores y de restauración, así como la inspección, vigilancia y la potestad sancionadora en materia de minas.

2. Por lo que se refiere al **medio ambiente**, y partiendo de la **Constitución española** de 27 de diciembre de 1978, señala, en su art. 45 que «1. Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva».

Este precepto se incardina en el Capítulo tercero del Título primero, bajo la rúbrica de «Los principios rectores de la política social y económica», cuyo reconocimiento, respeto y protección, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos; pero sólo podrán invocarse ante los tribunales de conformidad con las leyes que los desarrollen. Por consiguiente, el respeto al medio ambiente debe tenerse en cuenta a la hora de interpretar las leyes por los jueces, y debe tenerse presente por las Administraciones Públicas en sus actuaciones, pero no es interpretable como derecho ante un tribunal.

Además, es importantísimo el estudio de las consecuencias que las actividades extractivas producen o puedan producir en el medio ambiente; para lo cual, se estudiará el **Real Decreto Legislativo 1302/1986 de 28 de junio**, sobre evaluación de impacto ambiental, modificado por el Real Decreto-Ley 9/00 de 6 de octubre, y por la Ley 6/01 de 8 de mayo. El mismo está desarrollado por el **Real Decreto 1131/1988 de 30 de septiembre**.

Como es sabido, este Decreto Legislativo se dictó como trasposición de la **Directiva 85/337/CEE de 27 de junio de 1985**, sobre Evaluación de Impacto Ambiental, modificada por la Directiva 97/11 del Consejo.

En el ámbito autonómico se ha promulgado recientemente la **Ley 2/2002 de 19 de junio** de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid, que deroga expresamente la Ley 3/88 de Gestión del Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid, y la Ley 10/91 para la Protección del Medio Ambiente.

3. Como normativa legal, en cuanto a las **actividades mineras**, hay que significar que la **Ley de Minas de 21 de julio de 1973**, modificada por Ley 54/1980 de 5 de noviembre, según su artículo 1.1 tiene por objeto «establecer el régimen jurídico de la investigación y aprovechamiento de los yacimientos minerales y demás recursos geológicos cualesquiera que fuera su estado físico»; definiéndose en su art. 2 como bienes de dominio público a «*todos los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos existentes en el territorio nacional...*».

Sin entretenernos en consideraciones teóricas sobre el **dominio público minero**, sí destacaremos que la Ley de Minas configura a éstas como bienes de dominio público, reservándose la Administración Pública competente, la potestad de otorgar las autorizaciones, permisos y concesiones necesarias para desarrollar las actividades de investigación y explotación de los recursos, que se efectúa generalmente por empresas privadas. Así, el título minero más representativo es la concesión minera, que otorga un derecho exclusivo de aprovechamiento de los recursos de las secciones c) y d), limitado temporalmente (30 años prorrogables) y geográficamente (mediante el sistema de cuadrículas mineras). Esta concesión es un derecho real, enajenable, embargable, hipotecable e inscribible en el Registro de la Propiedad.

El Reglamento que desarrolla la Ley, es el **R. Decreto de 25 de agosto de 1978**, que aprueba el Reglamento General para el régimen de la minería.

También está vigente la **Ley de Fomento de la Minería 6/77 de 4 de enero**.

4. En cuanto al **Urbanismo**, último vértice del «triángulo» que se analiza, hay que citar en la Comunidad de Madrid, la **Ley 9/95 de 28 de marzo**, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo, en vigor cuando se aprobó la construcción del Parque Temático, que ha quedado derogada —excepto en los títulos II, III y IV— por la **Ley 9/2001 de 17 de julio del Suelo de la Comunidad de Madrid**.

5. En el municipio donde se estudiará el problema urbanístico concreto, **San Martín de la Vega**, las **Normas Subsidiarias** de Pla-

neamiento Municipal, fueron aprobadas definitivamente por la Comisión de Urbanismo, el 29 de octubre de 1996, y publicadas en el **BOCM** el 22-1-97.

### III. PROBLEMÁTICA MEDIOAMBIENTAL DE LAS ACTIVIDADES MINERAS EXTRACTIVAS

La relación entre las consecuencias que tiene para el medio ambiente, la actividad de la minería, es algo que ya se apuntaba en la propia **Ley de Minas**, cuyo **art. 5.3** señala que: «*el Ministerio de Industria realizará los estudios oportunos para fijar las condiciones de protección del ambiente, que serán imperativas en el aprovechamiento de los recursos objeto de esta ley y se establecerán por Decreto, a propuesta del Ministerio de Industria...*».

De la simple lectura de este precepto se desprende la importancia de estos «estudios» (que en el futuro será la Evaluación del Impacto Ambiental) y su carácter obligatorio.

Posteriormente, se promulgó el **Real Decreto 2994/1982** de 15 de octubre, sobre Restauración del espacio natural afectado por actividades mineras. Así, el principal instrumento de la protección ambiental es el **plan de restauración**, que corresponde elaborar y presentar al solicitante de una autorización de aprovechamiento, permiso de investigación o concesión de explotación de recursos mineros. La aprobación del plan de restauración se hará conjuntamente con el otorgamiento de los títulos mineros y tendrá la consideración de condición especial de dichos títulos; el titular del aprovechamiento, asume la obligación de realizar con sus medios el plan y la Administración debe exigir una garantía suficiente para asegurar su cumplimiento.

Sin embargo, no es hasta la promulgación del Decreto-Legislativo de Evaluación del Impacto Ambiental en 1986, cuando se aborda en profundidad las consecuencias que para el medio ambiente suponen o pueden suponer todo tipo de actividades.

Hay que partir de la **división en las cuatro secciones A), B), C) y D)**, por todos conocida, que hace el **art. 3** de la Ley de Minas; recogiendo en la **sección C)**, la actividad extractiva de yesos. La citada sección está definida de forma un tanto imprecisa, ya que se hace de forma negativa: «*Comprende esta sección cuantos yacimientos minerales y recursos geológicos no estén incluidos en las anteriores y sean objeto de aprovechamiento conforme a esta ley*».

Acogiéndose al criterio de interpretación literal del texto, en relación con los otros apartados relativos a las zonas A), B) y D), se dedu-

cé que los yacimientos minerales de yesos se encuentran ubicados en la zona C).

La jurisprudencia así lo ha entendido con absoluta precisión, pudiendo citarse entre otras la *sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 15 de enero de 1999* y la que cita de 17 de mayo de 1994, que en su fundamento de derecho quinto, afirma con rotundidad que «los yacimientos de yeso que se explotan en esta cantera deben incluirse en la sección C) de acuerdo con el art. 3 de la Ley de Minas».

## 1. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Analizando esta **relación entre el medio ambiente y la actividad minera en general**, nos encontramos con un enfrentamiento permanente entre ambos. En primer lugar, porque como ha definido el Tribunal Constitucional en su importante **sentencia 102/95** de 26 de junio, el medio ambiente tiene «un carácter metafóricamente transversal», que incide en otras materias incluidas en el esquema constitucional de competencias. Así, junto a la competencia estatal para establecer las bases del régimen minero, parcamente desarrollada por las Comunidades Autónomas, éstas asumen también una competencia de desarrollo de la legislación básica estatal para la protección del medio ambiente, así como de las normas adicionales de protección (art. 149.1.23<sup>o</sup> CE). En general, podemos decir que la protección ambiental, junto con la ordenación del territorio y el urbanismo, constituyen las dos grandes materias que limitan las funciones del titular del dominio público minero.

En este sentido es muy significativo el tercer párrafo del *fundamento jurídico tercero* de la sentencia, que señala:

«El carácter complejo y polifacético que tienen las cuestiones relativas al medio ambiente determina precisamente que afecte a los más variados sectores del ordenamiento jurídico y provoca una correlativa complejidad en el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Por eso mismo, el medio ambiente da lugar a unas competencias, tanto estatales como autonómicas, con un carácter metafóricamente transversal, por incidir en otras materias incluidas también, cada una a su manera, en el esquema constitucional de competencias; en cuanto que tales materias tienen como objeto los elementos integrantes del medio (las aguas, la atmósfera, la fauna y la flora, los minerales) o ciertas actividades humanas sobre ellos (agricultura, industria, minería, urbanismo, transportes) que a su vez generan agre-

siones al ambiente o riesgos potenciales para él. Es claro que la transversalidad predicada no puede justificar su vis expansiva (...)

La citada **STC 102/95** acepta una separación entre «los elementos integrantes del medio» y «ciertas actividades humanas sobre ellos, que generan agresiones al ambiente o riesgos potenciales para él», citando expresamente en el fundamento jurídico tercero, a la minería como una de esas actividades dañinas.

A su vez, en el *fundamento sexto*, incluye por una parte, a los minerales, entre «los elementos integrantes del medio», definiéndolos como recursos naturales; lo cierto es que —como señala Elisa Moreu Carbonell en su obra *Régimen jurídico de las actividades extractivas* (Tirant lo blanch, Valencia, 2001)— su vinculación con el ambiente nunca es pasiva, como objeto de protección, sino activa, como elemento perturbador y posible contaminante. Para esta autora, los recursos minerales sólo constituyen objeto de derecho cuando están incorporados a una actividad industrial, y desde este punto de vista, su posición frente al medio ambiente es de enfrentamiento.

Siguiendo con la citada resolución del Alto Tribunal, ésta maneja un concepto de bien minero como explotación industrial incardinada en el desarrollo económico del país; por ello, es necesario compaginar, en la forma que en cada caso decida el legislador competente, la protección de ambos bienes constitucionales (*Fundamento jurídico segundo*).

Continuando con el estudio del difícil equilibrio entre la defensa de la naturaleza y la realización de actividades mineras extractivas, conviene examinar la **STC 64/82 de 4 de noviembre**, que por una parte, aborda el problema de las competencias de las Comunidades Autónomas y por otra, la posibilidad de éstas de prohibir o no la realización con carácter general de actividades extractivas por razones ambientales.

En lo que aquí interesa, el supremo intérprete de nuestra Constitución, concluye, que la imposición por una norma autonómica de requisitos adicionales para el otorgamiento de los títulos mineros, no desborda el marco de la legislación básica en esta materia, siempre que tales requisitos y cargas «estén dirigidos a la protección de un bien constitucional como es el medio ambiente», «no alteren el ordenamiento básico minero, sean razonables y proporcionados al fin propuesto y no quebranten el principio de solidaridad» (*Fundamento quinto*).

Sin embargo, el Tribunal niega que las Comunidades Autónomas puedan prohibir con carácter general el desarrollo de las actividades extractivas en los espacios de «especial interés natural». En concreto,

el fundamento jurídico sexto, señala que es **inconstitucional** «la prohibición con carácter general de las actividades extractivas de las secciones C) y D), que son las de mayor importancia económica, en una amplia serie de espacios (...). Porque ello supone sustraer a la riqueza nacional, posibles recursos mineros».

El Tribunal no desconoce tampoco la importancia que el sector minero tiene para la **economía** y su conflicto con el medio ambiente, al señalar en el *fundamento jurídico octavo* que «Este criterio de ponderación de los intereses en presencia, cobra particular relieve cuando el Estado, en defensa de la economía nacional, haya declarado en cualquiera de las formas legalmente posibles, la prioridad de determinadas actividades extractivas. En esta circunstancia, es de presumir, que el fomento de esas actividades declaradas prioritarias requiere considerarlas preferentes respecto al medio ambiente».

Por último, una sentencia posterior de 19 de octubre de 1989 (**STC 170/89**), aborda la cuestión de esta prohibición, pero cuando afecta a un *Espacio Natural Protegido*, previamente declarado como tal. Sin entretenernos en este supuesto —que no es el caso de la monografía— sí diremos que el Tribunal se muestra partidario de *ponderar caso por caso, los dos valores en juego*.

## 2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Esta **tensión entre la protección del ambiente y el desarrollo económico**, la búsqueda de un equilibrio y la prevalencia de uno u otro bien jurídico, se aprecia también en la **jurisprudencia**, ya que no olvidemos que las leyes deben interpretarse «...según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas» (art. 3 del Código Civil). Es indudable, en este sentido, el peso específico que ha adquirido en el legislador y en la opinión pública, la preservación de la naturaleza y la conservación del medio ambiente, en la última década, siendo la expresión «desarrollo sostenible» suficientemente expresiva.

En concreto, la **jurisprudencia de los años 70 y 80**, se decantó por la primacía de los intereses mineros sobre cualesquiera otros. Así la *STS de 12 de junio de 1974*, considera que en general «la legislación minera implica ya de por sí una valoración de posibles intereses en conflicto entre la riqueza minera y otras fuentes de riqueza», dando prioridad a la minería, por su importancia en el desarrollo económico del país.

Otra sentencia de 21 de octubre de 1983, reconoce que «el medio ambiente es, por supuesto, una alegación insuficiente por sí sola para

anular una concesión de explotación minera, puesto que la propia naturaleza de este tipo de trabajos, necesariamente ha de implicar una alteración ecológica y modificación del entorno donde está situada la mina, cuya concesión cumple también las miras sociales y las necesidades colectivas satisfechas, con la extracción del mineral».

No obstante, esta corriente jurisprudencial no es uniforme, ya que destacan también resoluciones en sentido contrario, siendo paradigmática la **STS de 4 de noviembre de 1981**, que anuló una resolución administrativa por la que se otorgaba un permiso de investigación para mineral de cuarzo en el municipio de El Grove, dando la razón a quienes se oponían a las actividades extractivas, concluyendo que «en el conflicto de intereses públicos a tutelar, el mineral que se pretende investigar, tiene un valor ínfimo en relación con la riqueza existente, alguna de imposible sustitución como es la paisajística, que tendría que destruirse».

Pero es como decíamos en la **década de los 90** donde se observa más acusadamente, un cambio de tendencia jurisprudencial (teniendo en cuenta también la promulgación en 1986 del Decreto Legislativo de Evaluación del Impacto ambiental).

Así, la *STS de 11 de febrero de 1995*, dio la razón a la Administración Autonómica, que denegó el ejercicio de actividades mineras, por impedirlo un Plan General de Protección del Medio Físico, aprobado con posterioridad a la concesión de unos permisos de investigación que habían sido otorgados, declarando de aplicación la doctrina contenida en la *STC 64/82*, que proclamaba la prioridad ambiental.

En análogo sentido la *STS de 22 de julio de 1999*, admite la prohibición de una concesión minera en un espacio natural.

Por último, y en cuanto a la relación entre el **Urbanismo** (y en concreto el planeamiento) y el medio ambiente (estudio de **Evaluación de Impacto Ambiental**), destacamos la *STS (Sala 3.ª, Sección 5.ª) de 24 de octubre de 1996*, en la que se afirma que la obligación que imponía un Decreto del Gobierno de Aragón de «presentar estudio de impacto ambiental para cualquier transformación de la clasificación del suelo o en el trámite de aprobación de planes parciales o especiales», va más allá de los anexos del Decreto Legislativo de 1986, por lo que se requiere norma con rango legal, no basta la reglamentaria.

En este sentido es importante de cara al futuro, la **Directiva 2001/42**, que introduce la Evaluación Ambiental para planes y programas urbanísticos. Esta será obligatoria a partir del 21 de julio de 2004, fecha límite de trasposición por los Estados de dicha directiva; pero a fecha de hoy todavía no es obligatorio la realización de la EIA para los planes urbanísticos.

Sin embargo, en la **Comunidad de Madrid**, la nueva **Ley 2/02** de Evaluación Ambiental, en vigor desde el 2 de julio, sí contempla otra

figura, cual es el **Análisis Ambiental** de Planes y Programas de la Administración Autonómica o Local, que se desarrollen en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid y que se encuentren comprendidos en el anexo primero. Éste señala en su número 1 en las letras k) Ordenación del territorio urbano y rural y l) Planeamiento Urbanístico general, incluidas sus revisiones y modificaciones.

Por ello, en nuestra Comunidad, para la elaboración de los planes y programas urbanísticos, sí es obligatorio el Análisis Ambiental en los términos de la Ley 2/02.

En cuanto a la **Ley 9/01** del Suelo de la Comunidad de Madrid (arts. 43 y ss), se exige para los Planes Generales y los Planes de Sectorización un «**informe de análisis ambiental**», entre la documentación a presentar. Este informe no se exige para los planes parciales, planes especiales y estudios de detalle.

Llegados a este punto, vamos a analizar someramente la Evaluación del Impacto Ambiental (EIA) y su naturaleza, ya que a día de hoy, constituye el instrumento esencial, si bien como hemos dicho no es el único, para la protección del medio natural cuando se trata de realizar una actividad minera de carácter extractivo.

#### IV. EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL (EIA)

La EIA puede definirse de manera sencilla, como el conjunto complejo de actividades encaminadas a ponderar el impacto que determinadas obras, proyectos o planes, produzcan o puedan producir sobre el medio ambiente.

Una **definición** más precisa es la **legal**, recogida en el art. 2 letra l) de la nueva **Ley 2/02** de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid, que la conceptúa como «*procedimiento que incluye el conjunto de estudios e informes técnicos y de consultas que permiten estimar los efectos que la ejecución de un determinado proyecto o actividad causa sobre el medio ambiente, con el fin de prevenir, evitar y corregir dichos efectos*».

La EIA es, pues, un **procedimiento** y no debe confundirse con otros aspectos o fases del mismo cuales son:

- **Estudio de Impacto Ambiental:** documento técnico que debe presentar el promotor de un proyecto o actividad, cuya autorización solicita.
- **Declaración de Impacto Ambiental:** resolución del órgano ambiental que pone fin al procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental, y en el que se determina, respecto a los efectos

ambientales previsibles, la conveniencia o no de realizar el proyecto o actividad y en caso afirmativo las condiciones de diseño, ejecución, explotación y vigilancia ambiental del proyecto o actividad, que deben establecerse para la adecuada protección del medio ambiente y los recursos naturales.

A la hora de abordar la **naturaleza** de la EIA, la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Supremo, ha quedado muy clara al respecto, al considerar que la Declaración de Impacto Ambiental es un **acto administrativo de mero trámite**, y que, por tanto, al no poner fin a la vía administrativa, no es susceptible de impugnación separada de la resolución administrativa que pone fin al procedimiento. La **STS, Sala Tercera, Sección Tercera, de 17 de octubre de 1998** analiza el Decreto Legislativo de 1986 y el Real Decreto que lo desarrolla.

De ésta destacamos la doctrina contenida en su **fundamento jurídico cuarto**:

*«De ese conjunto normativo fluye la idea de que la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) constituye una técnica singular que introduce la variable ambiental en la toma de decisiones sobre los proyectos con incidencia importante en el medio ambiente (...). De esa técnica evaluativa, de la EIA, forma parte, a modo de precipitado, la Declaración de Impacto Ambiental (DIA en lo sucesivo), en la que se plasma un juicio prospectivo, técnico y jurídico, de la Autoridad competente de medio ambiente, que determina, en relación con un proyecto dado, y a los solos efectos ambientales, si su realización es o no conveniente y, en caso afirmativo, las condiciones que deban establecerse en orden a la adecuada protección del medio ambiente y los recursos naturales. Pero además, de aquel conjunto normativo deriva también otra idea acerca de cuál sea la funcionalidad procedimental y la eficacia jurídica de ese «juicio» o DIA; ésta ha de ser remitida a la Autoridad competente sustantiva, es decir, al órgano de la Administración que ha de dictar la resolución administrativa de autorización del proyecto; sin embargo, la Autoridad competente sustantiva, lejos de quedar absolutamente vinculada por aquel juicio, puede discrepar de él en cualquiera de los aspectos que lo integran, esto es, tanto en el aspecto referido a la conveniencia de ejecutar el proyecto, como en el del contenido del condicionado al que haya de sujetarse; discrepancia que, de producirse, será resuelta por el Consejo de Ministros o por el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente, según cual sea la Administración Pública donde resida la competencia sustantiva para la realización o autorización del proyecto».*

La precisión del significado que en nuestro Derecho interno haya de atribuirse al procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental y al acto administrativo de Declaración de Impacto Ambiental, se ve también esclarecido a través de la **Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1998, de 22 enero**.

Así, se lee en ella (*fundamento jurídico cuarto*): que la finalidad propia de la evaluación de impacto ambiental «es facilitar a las autoridades competentes la información adecuada, que les permita decidir sobre un determinado proyecto con pleno conocimiento de sus posibles impactos significativos en el medio ambiente».

El *fundamento jurídico quinto* afirma: «**Lo expuesto conduce a entender que nuestro legislador optó por configurar la DIA como un acto administrativo que, no obstante su esencialidad, participa de la naturaleza jurídica propia de los actos de trámite, o no definitivos, pues su funcionalidad es la de integrarse en el procedimiento sustantivo, como parte de él, para que sea tomado en consideración en el acto que le ponga fin, el cual sin embargo no queda necesariamente determinado —ni en el sentido de la decisión, autorizatoria o denegatoria, ni en el del contenido de las condiciones de protección medioambiental por la conclusión o juicio que en aquella se haya alcanzado. Su carácter instrumental o medial con respecto a la decisión final, y su eficacia jurídica, no permiten conceptuarla como una resolución definitiva, directamente impugnabile en sede jurisdiccional**».

Ni que decir tiene que la jurisprudencia del **Tribunal Superior de Justicia de Madrid**, ha seguido esta línea, siendo de destacar la reciente sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, **de 10 de abril de 2002**, en la que se estima la causa de inadmisión del recurso —alegada por el Letrado de la Comunidad de Madrid— interpuesto por una empresa titular de derechos mineros frente a la Resolución 6/99 de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Regional, de 7 de enero (BOCM de 9-2-99), por la que se hace pública la DIA del Proyecto del Parque Temático de San Martín de la Vega. Dicha sentencia afirma el carácter instrumental y accesorio de la DIA, por lo que al ser un acto de trámite, no es susceptible de impugnarse separadamente, de conformidad con los arts. 69 C) y 25 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 13 de julio de 1998. En lo que a la **construcción del Parque Temático** se refiere, según la normativa vigente cuando se aprobó su construcción, no es necesario someter los instrumentos de planeamiento urbanístico, a EIA, y sí el proyecto concreto del parque, que concluyó con la Declaración de Impacto Ambiental, reseñada *ut supra* y favorable a la ejecución del proyecto con las especificaciones y condiciones que en la misma se contienen,

relativas a la ejecución del proyecto, a la fase de construcción, a la de explotación y finalmente a las condiciones relativas a la fase de clausura y abandono de las instalaciones.

Finalmente, y respecto a la realización de **actividades mineras**, es necesario someter el proyecto a la Evaluación del Impacto Ambiental, de conformidad con el **art. 1.1** del Decreto Legislativo de 1986, que dispone que todo proyecto público o privado consistente en la realización de obras, instalaciones o cualquier otra actividad comprendida en el anexo I del mismo, deberá someterse a una Evaluación del Impacto Ambiental.

En concreto el **anexo I, en el grupo 2**, dedicado a la «Industria Extractiva», letra a), señala: «**Explotaciones y frentes de una misma autorización o concesión a cielo abierto de yacimientos minerales y demás recursos geológicos de las Secciones A, B, C, y D, cuyo aprovechamiento esté regulado en la Ley de Minas y normativa complementaria, cuando se dé alguna de las circunstancias siguientes:**

1.ª **Explotaciones en las que la superficie de terreno afectado supere las 25 hectáreas.**

2.ª **Explotaciones que tengan un movimiento total de tierras superior a 200.000 metros cúbicos/año.**

3.ª **Explotaciones que se realicen por debajo del nivel freático, tomando como nivel de referencia el más elevado entre las oscilaciones anuales, o que puedan suponer una disminución de la recarga de acuíferos superficiales o profundos.**

4.ª **Explotaciones de depósitos ligados a la dinámica actual: fluvial, fluvio-glacial, litoral o eólica. Aquellos otros depósitos y turberas, que por su contenido en flora fósil puedan tener interés científico para la reconstrucción palinológica y paleoclimática. Explotación de depósitos marinos.**

5.ª **Explotaciones visibles desde autopistas, autovías, carreteras nacionales y comarcales o núcleos urbanos superiores a 1.000 habitantes o situadas a distancias inferiores a 2 kilómetros de tales núcleos.**

6.ª **Explotaciones situadas en espacios naturales protegidos o en un área que pueda visualizarse desde cualquiera de sus límites establecidos o que supongan un menoscabo a sus valores naturales.**

7.ª **Explotaciones de sustancias que puedan sufrir alteraciones por oxidación, hidratación, etc., y que induzcan, en límites superiores a los incluidos en las legislaciones vigentes, a acidez, toxicidad u otros parámetros en concentraciones tales que supongan riesgo para la salud humana o el medio ambiente, como las minas con sulfuros, explotaciones de combustibles sólidos, explotaciones que requieran tratamiento por lixiviación in situ y minerales radiactivos.**

8.ª Explotaciones que se hallen ubicadas en terreno de dominio público hidráulico, o en la zona de policía de un cauce, y además la superficie sea mayor de 5 hectáreas.

9.ª Extracciones que, aun no cumpliendo ninguna de las condiciones anteriores, se sitúen a menos de 5 kilómetros de los límites del área que se prevea afectar por el laboreo y las instalaciones anexas de cualquier explotación o concesión minera a cielo abierto existente».

#### V. RÉGIMEN URBANÍSTICO DE LAS ACTIVIDADES EXTRACTIVAS EN LA COMUNIDAD DE MADRID

A la hora de iniciar este estudio, hay que partir de la legislación urbanística vigente en el momento de aprobarse la construcción del parque temático, cual era la Ley 9/95 de la Comunidad de Madrid, que será la disposición cuyos artículos citemos a continuación.

Con carácter general, entre los objetivos que pretende la ley, su art. 13, se persigue la utilización racional y equilibrada del territorio, así como de los recursos naturales, con el fin de lograr la cohesión y articulación social.

En concreto, la letra b) define como uno de los objetivos de la ordenación del territorio, «armonizar el desarrollo económico social con el medio ambiente en general, la preservación de la naturaleza...».

Vemos aquí la tensión que en la práctica supone diferentes intereses generales, como son la creación de empleo, el desarrollo económico, la contribución a la creación de riqueza, promovidos por las actividades mineras extractivas y la construcción del parque temático, que también crea empleos y fomenta el desarrollo económico de la región a través del ocio y el turismo, con el respeto al medio ambiente.

Es por todos conocida la triple clasificación del suelo, en urbano, urbanizable y no urbanizable, y en lo que aquí interesa, las actividades extractivas se incardinan dentro del suelo no urbanizable, no sujeto a un régimen de protección, según la citada Ley 9/95.

Así el art. 53 dispone: «El suelo no urbanizable que no esté sujeto a régimen alguno de protección, podrá ser calificado, por el procedimiento pertinente de entre los previstos en el capítulo siguiente, a los efectos de la legitimación de la ejecución de obras, construcciones e instalaciones para la realización de actividades que estando asociadas a necesidades de la población urbana y siendo compatibles con el medio rural, tengan cualquiera de los objetos siguientes: b) la extracción y explotación de recursos minerales y establecimientos de beneficio regulados en la legislación minera».

A su vez, el art. 63 especifica las condiciones particulares de estas obras e instalaciones, al afirmar que «la extracción o explotación de recursos minerales y establecimientos de beneficios regulados en la legislación minera, estarán sujetas al procedimiento regulado en dicha legislación y en la legislación medioambiental con las siguientes particularidades:

a) La obtención previa de calificación urbanística, que deberá solicitarse a la Consejería competente en materia de ordenación del territorio y urbanismo y que versará sobre la compatibilidad con la planificación territorial regional.

b) La cobertura formal y material por licencia municipal con carácter previo al inicio de la actividad minera. No podrá darse curso a ninguna solicitud de otorgamiento de la preceptiva licencia, sin que a la misma se acompañe la pertinente autorización o concesión de explotación minera y la autorización del plan de restauración o Declaración del Impacto Ambiental».

Por tanto, de la lectura de ambos preceptos, uno de carácter sustantivo y el otro adjetivo o procedimental, se desprende lo siguiente:

1.º La realización de actividades mineras de carácter extractivo (y por tanto la de yesos) sólo puede realizarse en suelo no urbanizable no protegido y previamente calificado como apto para este tipo de actividad. En este caso, la calificación es un acto administrativo de carácter sustantivo, y cuya naturaleza para Andrés Betancor Rodríguez es discrecional, ya que el propietario no tiene un derecho a obtener la calificación, porque no tiene derecho a la realización de esas obras e instalaciones para la explotación minera.

Por ello, si el suelo no urbanizable no protegido, no está calificado todavía como apto para la realización de actividades extractivas, debe solicitarse la calificación urbanística a la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, que tendrá en cuenta, entre otras cosas, si es compatible con la planificación territorial y urbanística de toda la región. El acto de calificación concretará el uso y aprovechamiento solicitado y definirá las condiciones de su materialización.

2.º La actividad debe estar vinculada a las necesidades de la población del municipio (entendiendo que se refiere a que la actividad u obra genere empleo y contribuya al desarrollo) y que sea compatible con el medio rural (concepto este jurídicamente indeterminado, y que habrá de ponderarse en cada caso, entendiéndose que basta que la actividad minera no deteriore o menoscabe gravemente el entorno).

3.º El **procedimiento** para la obtención del permiso para realizar actividades mineras será el previsto en la Ley de Minas (que como es sabido distingue varias fases: investigación, exploración y concesión de la explotación propiamente dicha) y en el Decreto Legislativo de Evaluación de Impacto Medioambiental (que como hemos visto, según el anexo I exige la Declaración de Impacto Ambiental).

4.º Una vez obtenida la concesión minera, no podrá iniciarse la actividad de explotación sin las **licencias municipales** que en su caso sean necesarias.

En este sentido, conviene destacar que la jurisprudencia (SSTS de 17 de julio de 1995 y de 17 de enero de 1997) ha señalado reiteradamente que *las concesiones y autorizaciones mineras no suplen ni la licencia urbanística municipal ni la de actividad clasificada*, cuando sea necesaria. Por ello, la doctrina más autorizada en la materia (Bermejo Vera, Elisa Moreu, Jesús Catalán) sostiene que las actividades extractivas deben adaptarse a la planificación urbanística municipal y más ampliamente a las prescripciones derivadas de la política de ordenación del territorio, siendo deseable una mayor coordinación entre la Administración sectorial (la competente en industria y minas) y la urbanística (planeamiento y gestión urbanística).

Asimismo, la prohibición taxativa del **art. 116** de la Ley de Minas (*ninguna autoridad administrativa distinta del ministro de Industria podrá suspender trabajos de aprovechamiento de recursos que estuviesen autorizados*) no debe interpretarse literalmente, sino que la jurisprudencia admite que el Ayuntamiento paralice las obras (aun cuando se tenga la concesión minera) si faltan las licencias urbanísticas necesarias.

Destacar la reciente **STS de 16 de marzo de 2000** (Ponente Manuel Campos) que señala que la legislación de minas no debe interpretarse aisladamente, sino conjuntamente con la urbanística y la medio ambiental, es decir, las competencias de la Administración minera no implican un desapoderamiento de competencias de la Administración Urbanística, sino que se trata de ámbitos independientes, en cuyo seno cada Administración puede ejercer sus respectivas competencias (que serán concurrentes), de suerte que la Administración minera podrá suspender los trabajos mineros en los supuestos del art. 116.2 de la Ley de Minas, y la Administración urbanística podrá hacerlo en los casos del art. 184 del Texto Refundido de 1976, o en su caso en la normativa autonómica urbanística vigente.

**En conclusión**, *«las decisiones de la Administración sectorial no tienen valor prevalente sobre las restantes, sino que cada una actúa con facultades intervencionistas propias y en régimen de independencia pro-*

*cedimental, por lo que es preceptiva tanto la autorización minera como la urbanística, para el desarrollo de una actividad extractiva».*

A mayor abundamiento, no sólo es necesaria la licencia municipal oportuna para realizar actividades mineras, sino que también la jurisprudencia ha señalado que *«la falta de licencia no puede suplirse por el transcurso del tiempo»* (STS de 23 de noviembre de 1987) y que *«el hecho de haber venido realizando desde hacía tiempo la actividad minera, teniendo conocimiento de ello, e incluso tolerándolo la Administración municipal, no equivale al otorgamiento tácito de la licencia»* (STS de 28 de mayo de 1993).

Por último, es de destacar la **evolución legislativa** que en este campo ha experimentado la legislación urbanística de la Comunidad de Madrid, con la nueva **Ley del Suelo (Ley 9/01)** de 17 de julio de 2001, modificada por la Ley 14/01 de 26 de Diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, ya que **las actividades extractivas pasan a incardinarse en el suelo urbanizable no sectorizado**.

Así la citada ley divide el suelo urbanizable (que define de forma residual como todo aquel que no sea urbano ni no urbanizable de protección) en su **art. 15.2** en sectorizado *«integrado por los terrenos que el planeamiento general prevea expresamente que deben transformarse en suelo urbano y que a tales efectos se dividen en recintos denominados sectores»* y no sectorizado integrado por *«los restantes terrenos adscritos a la clase de suelo urbanizable».*

A su vez, el **art. 26** habla de las actuaciones en suelo urbanizable no sectorizado que requieren **calificación urbanística**, en su **párrafo 1 letra b)**: *«En el suelo urbanizable no sectorizado, en los términos que disponga el planeamiento urbanístico y en su caso, el planeamiento territorial, podrá legitimarse mediante la previa calificación urbanística, la realización de las siguientes construcciones, edificaciones e instalaciones con los usos y actividades correspondientes: las de carácter extractivo. El uso extractivo comprenderá las construcciones e instalaciones estrictamente indispensables para la investigación, obtención y primera transformación de los recursos minerales o hidrológicos. La superficie mínima de la finca soporte de la actividad será la funcionalmente indispensable».*

Interpretando este artículo en su literalidad, resulta aparte de la novedad ya apuntada de la ubicación de las actividades mineras en suelo urbanizable no sectorizado, el mismo requisito que establecía la Ley 9/95, es decir la calificación urbanística previa.

Por lo demás, no nos entretendremos en el estudio de la Ley 9/01, ya que como hemos dicho, la normativa vigente en el momento de la aprobación de la construcción del parque temático era la Ley 9/95.

## VI. ESTUDIO PARTICULAR DE DETERMINADOS PROBLEMAS PLANTEADOS CON LA CONSTRUCCIÓN DEL PARQUE TEMÁTICO

Se han destacado **dos aspectos concretos**, para su estudio detenido, sin perjuicio de que **otras cuestiones** como el tipo del suelo, la necesidad de estudio de impacto ambiental o de las licencias municipales ya han sido abordadas en los epígrafes anteriores.

### 1. CONFLICTO DE INTERESES CON LAS EMPRESAS DEDICADAS A ACTIVIDADES EXTRACTIVAS Y MINERAS

El problema esencial de la construcción del Parque Temático de Ocio en S. Martín de la Vega, no es otro que en la zona donde se ha ubicado, se vienen desarrollando actividades mineras (principalmente de yesos). Para ver qué interés es el prevalente hay que partir de las normas subsidiarias de planeamiento del municipio, y ver qué opción escogió el Ayuntamiento.

Así, con carácter general rige desde la modificación de las *Normas Subsidiarias de 1987 aprobada en 1991* una **prohibición de realización de actividades extractivas y mineras**; dicha prohibición se mantiene con la *revisión de las mismas en 1996, que es la que autorizó la implantación del Parque Temático*. Por tanto y desde 1991 sólo pueden continuar funcionando las empresas con explotaciones activas y en curso hasta esa fecha, para las que se arbitra un procedimiento de legalización de las actividades preexistentes previo cumplimiento de convenios para la adecuación ecológica de los terrenos con posterioridad a la finalización de la actividad y el cumplimiento de una serie de requisitos; no pudiendo autorizarse nuevas explotaciones.

En efecto, mediante la **modificación de las NNSS en 1991**, el Ayuntamiento decidió acabar con la realización de actividades extractivas y mineras que tradicionalmente se venían desarrollando, mediante la prohibición de nuevas explotaciones, pretendiendo que en el futuro se dieran nuevos usos a esos suelos. Así, la *memoria justificativa de la modificación*, contiene entre otros objetivos, el que se refleja en el punto 3: «Prohibición de la actividad extractiva en el SNU, admitiéndose únicamente las industrias abiertas que deberán regularizar su situación con las Normas Subsidiarias y con lo prevenido en el R.A.M.I.N.P. de 30 de noviembre de 1961, y que se relacionan en el Inventario anexo a las Normas».

En el *Anexo* integrante de las Normas, denominado «Anexo al Inventario de Instalaciones en Suelo No Urbanizable», se recuerda

dicha prohibición de actividades o industrias extractivas y mineras y se prevé, sólo respecto de las empresas que estaban ya realizando tales actividades, su posible legalización, condicionada al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- 1.º Como resultado de la explotación no deberá quedar ningún lago.
- 2.º El nivel de ruido no deberá superar los 30 decibelios en el punto más próximo a ésta desde el límite de suelo urbano o suelo urbanizable de uso residencial.
- 3.º Las industrias extractivas deberán cumplir la Ley de Minas 22/1973, 21 de julio, el Reglamento para el Régimen de la Minería, Real Decreto 2867/1978, 15 de octubre, sobre restauración de espacios naturales afectados por actividades extractivas, así como cuantas normas municipales y supramunicipales se dicten en el futuro.
- 4.º Será necesaria la previa autorización de la Dirección General de Minas de la Consejería de Economía y Empleo de la Comunidad de Madrid, con el visto bueno del Instituto Geológico y Minero de España y las Consejerías de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, así como la de Medio Ambiente y Desarrollo Regional.
- 5.º La autorización de la explotación queda condicionada a la previa aprobación del proyecto de restauración presentado por la empresa explotadora según determina el Real Decreto 2994/1982.
- 6.º Deberá ser presentado un estudio de impacto ambiental.

Con la **revisión de 1996**, se profundiza en esa línea al aprobarse una propuesta que comporta «desarrollar un parque temático de tipología regional tendente a la consecución de un equilibrio entre población y empleo, generado por actividad económica propia y que incidirá de manera fundamental por el gran número de puestos de trabajo que está previsto se creen» (según se lee en la Memoria, punto 3: Descripción de la propuesta).

A ello se le añade otro objetivo, dentro de la propuesta, directamente relacionado con la construcción del parque, cual es «reservar suelo para el desarrollo y ejecución de las infraestructuras viarias de carácter supramunicipal (200 metros), de acuerdo con el documento de bases del Plan Regional de Estrategia Territorial, así como con los planes de carreteras elaborados por la Comunidad de Madrid y el Ministerio de Fomento».

Continuando con la transcripción de las NNSS tras la revisión de 1996 y en lo que aquí interesa, el Título III es el relativo al Régimen del Suelo No Urbanizable, en su apartado III.1 Determinaciones Generales, puede verse en las Actividades Permitidas y Prohibidas, que «las empresas que hasta ahora vienen desempeñando actividades extractivas (ári-

dos) y mineras (yesos) serán las únicas que podrán seguir desarrollando dichas actividades, mediante el oportuno expediente de legalización, tal y como se expone en el anexo al inventario de instalaciones en suelo no urbanizable.»

Por último, y en línea con la normativa contenida en la Ley 9/95, en el apartado III.2 bajo la rúbrica de Actuaciones, se señala en cuanto a la **calificación urbanística** del suelo no urbanizable, que «el suelo no urbanizable que no está sujeto a régimen alguno de protección podrá ser calificado, por el procedimiento pertinente entre los previstos en la norma III.4.1. a los efectos de la legitimación de la ejecución de obras, construcciones o instalaciones para la realización de actividades que estando asociadas a necesidades de la población urbana y siendo compatibles con el medio rural, tengan cualquiera de los objetos siguientes: b) la extracción o explotación de recursos minerales y establecimientos de beneficio regulados en la legislación minera.»

En **conclusión**, desde 1991 existe una prohibición de realización de actividades mineras que comporta la imposibilidad de concesión de nuevas licencias, por ser una actividad prohibida y desde 1996 por tener atribuido el suelo afectado, una distinta clasificación y calificación urbanística, en concreto otros usos que viabilizaron la construcción del Parque.

**1. Bis.** Como consecuencia de lo anterior, es evidente que deben rechazarse las **pretensiones indemnizatorias** de empresas de yesos, que no estuvieran en explotación y con todos los permisos y licencias en curso en 1991 (las cuales son las únicas que pueden legalizar su actividad conforme a los requisitos antedichos o bien proceder a la clausura); no pudiendo pretender una indemnización pecuniaria de una simple «expectativa de derecho», ya que en el suelo urbanizable no caben usos mineros.

Así una STS de 3 de diciembre de 1994, en un caso similar, declara:

«Ahora bien (...), si el suelo expropiado es clasificado como urbanizable, no cabe valorar la explotación minera de unas arcillas existentes en dicho suelo porque no es éste un uso al que aquél pueda ser destinado, de manera que, si el precio del suelo es el correspondiente al suelo urbanizable, y así lo hemos considerado, no es justo conceder indemnización por una explotación minera que no puede llevarse a cabo en dicho suelo urbanizable.»

Aunque la explotación de arcillas como tal hubiera de ser objeto de indemnización, como hizo el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa en su acuerdo resolutorio del recurso de reposición, no pueden ser

valoradas unas expectativas de explotación que no existen en un suelo urbanizable, (...) porque no es posible en el suelo destinado a ser urbanizado la extracción de las arcillas en él existentes».

## 2. JUSTIFICACIÓN DEL INSTRUMENTO DE PLANEAMIENTO URBANÍSTICO ELEGIDO PARA LA APROBACIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN DEL PARQUE

Se pretende analizar aquí si la modificación y revisión de las Normas Subsidiarias de Planeamiento para permitir la aprobación del Parque, fue el medio jurídico adecuado o si por el contrario era mejor la elección de otra figura de las contempladas en la Ley 9/95.

### 2.1. Zona de interés regional

Esta figura aparece regulada en los arts. 21 y ss de la Ley 9/95, y se define como un área prevista en el Plan Regional de Estrategia Territorial (PRET) para servir de soporte a determinadas operaciones urbanísticas, que tengan por finalidad la ordenación estratégica del territorio o el despliegue armónico del desarrollo económico y social de la región.

De la simple lectura de los preceptos legales se deduce la **no idoneidad** de esta figura ya que 1.º no estaba aprobado el PRET; y 2.º estas zonas no constituyen un instrumento directamente operativo, sino que requieren la aprobación de los pertinentes planes o instrumentos de ordenación.

### 2.2. Proyecto de alcance regional (PAR)

Para la utilización de esta figura es necesario el cumplimiento de los requisitos del art. 33 de la Ley 9/95, a saber: 1.º que sean aprobados en desarrollo del plan regional y de los demás instrumentos de ordenación del territorio que sean aplicables; o 2.º independientemente de dichos instrumentos, cuando lo exijan razones de urgencia y excepcional interés público.

Este artículo debe interpretarse atendiendo a lo que en el **Preámbulo** de la ley se dice sobre esta figura, a saber: «los Proyectos de Alcance Regional son verdaderos y concretos proyectos técnicos de obras, elaborados para su directa ejecución y viables siempre que su objeto no esté previsto o no tenga acomodo adecuado en el planeamiento vigente».

En ninguno de los dos casos encaja el supuesto que nos ocupa, ya que el primero presupone la vigencia del PRET, que no se había producido en el momento de modificación de las NNSS, ni tuvo lugar después; pero es que aunque el Plan Regional hubiera estado vigente, la aprobación del PAR no sería la única posible como luego veremos.

En cuanto a la segunda hipótesis, es decir, un PAR autónomo pero basado en razones de urgencia y excepcional interés público, tampoco parece posible dado el carácter de «excepción» con que nominalmente se define por la Ley esta figura.

A todo ello debe añadirse que, analizando globalmente el conjunto de actuaciones que comporta el Parque: creación de un nuevo Sector de suelo urbanizable con múltiples usos, configuración de una zona como sistema general, previsión de muy diversas instalaciones e infraestructuras de carácter supramunicipal, difícilmente podría encajar en la definición legal de un «concreto proyecto técnico de obras».

Entendemos que la aprobación de PAR «independientes» es un remedio excepcional, al que puede acudir cuando concurren (y se justifiquen) las razones de urgencia y excepcional interés público, que legitiman la aplicación de esta técnica. La utilización de esta vía no es ni la «normal», ni la única posible para la instrumentación del Parque Temático, ya que la Administración regional no apreció la existencia de esas razones y no existía un instrumento de ordenación territorial, ¿por qué habría de recurrir a una vía excepcional, cuyo uso no estaba justificado, si podía utilizar otras, como la modificación y revisión del planeamiento?

Elegir la fórmula del Proyecto de Alcance Regional hubiera representado a nuestro juicio, una opción que violenta la ordenación preexistente, en la que irrumpe obligando a una posterior adaptación, razón por la que sólo resulta viable por las citadas razones de urgencia o excepcional interés público. Pero si la Administración promotora de la actuación consideró que no concurren tales razones, debe acudir a otra vía.

Si se hubiera acudido por la Comunidad de Madrid a la vía del PAR por razones de urgencia, sin respetar el planeamiento existente en el municipio, habría que haber acudido al procedimiento previsto en el art. 244.2 del Texto Refundido de la Ley estatal del Suelo de 1992 (precepto vigente), que faculta al Consejo de Ministros para decidir la realización de actuaciones contrarias al planeamiento municipal por los citados motivos. Esta facultad corresponde también al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, en el ámbito de sus competencias, como declaró el Tribunal Constitucional en la Sentencia 26/1986, de 13 de mayo, según la cual el citado precepto legal

«establece una excepción al régimen urbanístico general, que debe interpretarse de acuerdo con la distribución competencial que establece la Constitución con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley del Suelo, que es una Ley preconstitucional».

Debe primar siempre el respeto al planeamiento y la colaboración entre las Administraciones Públicas, por lo que la mejor opción es la que a continuación se expone.

### 2.3. Modificación y revisión del planeamiento

Esta fue la alternativa elegida por la Administración y a nuestro juicio acertadamente por respetar la competencia urbanística municipal. Con ella se incorpora el Parque al planeamiento urbanístico municipal, mediante la revisión (no modificación) de las NNSS en 1996, utilizándose un procedimiento ordinario o normal, sin necesidad de acudir a otro excepcional.

Que las Normas Subsidiarias sean de ámbito municipal no implica, ni que los únicos intereses involucrados en el planeamiento sean de carácter y alcance estrictamente municipal, ni mucho menos que todas las actuaciones previstas en él hayan de ser promovidas por el Ayuntamiento. Éste sería un error elemental sobre el significado del planeamiento. El planeamiento municipal, como instrumento de ordenación integral del término respectivo, no sólo es un marco de referencia de obligado respeto para las actuaciones municipales, sino también para las de cualquier otra Administración Pública, incluidas la autonómica y la estatal. Sólo en los casos excepcionales, por razones de urgencia debe acudir al procedimiento del art. 244 del Texto Refundido de 1992.

Así, para un sector doctrinal hay un claro paralelismo entre la regulación contenida en este artículo, para permitir las actuaciones contrarias al planeamiento y la regulada en el art. 33 de la Ley 9/95 para los PAR que hemos denominado «independientes». Sólo son admisibles cuando concurren las citadas razones de urgencia y excepcional interés público, porque sólo en tales casos estaría justificada la quiebra del planeamiento municipal que dichas actuaciones supondrían. Si no concurren esas razones, hay que seguir la vía de la revisión o modificación del planeamiento municipal para dar cobertura a la actuación, que es justamente lo que se ha hecho en este caso.

Resumiendo, el procedimiento seguido en el presente caso consistió en: 1.º una modificación del planeamiento general en 1991, 2.º una revisión del mismo en 1996, 3.º la aprobación de un plan parcial

en desarrollo; 4.º el proyecto de compensación para su ejecución, y 5.º múltiples proyectos de infraestructuras.

En concreto y tras la citada revisión de las Normas del año 1996, se incorporó la implantación del Parque Temático, que en la Segunda Modificación puntual (1998) pasó a configurarse como sector a desarrollar mediante Plan Parcial, y que éste se tramitó y aprobó, siendo el proyecto de compensación el instrumento de gestión aprobado para su ejecución.

Concluyendo, de las diferentes alternativas entendemos que la elegida por las Administraciones de modificar el planeamiento fue la mejor y la más conforme a la Ley de 1995, ya que el uso de otras figuras supondría violentar el espíritu y la finalidad de la misma.

Hay que tener en cuenta que en el supuesto concreto aquí planteado, se ha optado por primar la construcción del Parque Temático frente a la actividad extractiva y de explotación que venían desarrollando las empresas mineras, en una decisión del planeador (Ayuntamiento) ponderando los intereses en juego y en una determinada coyuntura económica y social concreta, muy diferente a la que existía en Madrid, cuando en ese municipio se empezaron a otorgar concesiones de explotación de yesos.

En todo caso, el Municipio a través del planeamiento es libre para elegir entre los diferentes intereses en liza, optando por uno de ellos mediante una decisión que puede ser política, económica, social, pero en todo caso teniendo en cuenta los fines que para la ordenación del territorio y la cohesión territorial de la Comunidad Autónoma se definen en las leyes.

Destacar, por último, a la hora de hacer una elección que las distintas Administraciones **deben coordinarse** entre sí, de cara al cumplimiento de los principios recogidos en el art. 103 de la CE y 1 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre: «La Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales, y actúa con arreglo a los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

## SUELOS CONTAMINADOS

### ¿Para cuándo la aprobación por parte del Gobierno de la Nación de los parámetros que permitan a las Comunidades Autónomas actuar en la materia e impedir la inoperatividad de la Ley Básica Estatal de Residuos 10/1998 de 21 de abril?

POR

MARÍA DEL CARMEN LÓPEZ DE ZUAZO SÁNCHEZ

LETRADO DE LA COMUNIDAD DE MADRID  
CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE

**SUMARIO:** 1. Memoria. 2. Concepto de suelo contaminado. 2.1. Concepto consagrado en la legislación del Estado. 2.2. Concepto consagrado en la legislación de la Comunidad de Madrid. 3. Declaración de suelo contaminado; efectos. 3.1. Declaración de suelo contaminado en el ámbito estatal. 3.2. Declaración de suelo contaminado en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Madrid. 4. Reparación convencional. 5. Responsabilidad Administrativa y Régimen sancionador. 6. Inventario de suelos contaminados. 7. Actuaciones específicas en materia de suelos contaminados de la Comunidad de Madrid: Plan Regional 2001-2006. 8. Bibliografía.

## 1. MEMORIA

Ha sido objeto de análisis en la presente monografía el estudio del régimen jurídico aplicable en materia de suelos contaminados en el ámbito estatal, así como en el autonómico, en concreto, en el de la Comunidad Autónoma de Madrid, aludiendo con precisión a las novedades que la reciente Ley de Residuos de la Comunidad de Madrid 5/2003 ha incorporado al respecto.

Con especial incidencia en el grave problema que presenta para el operador jurídico el incumplimiento, en lo que se refiere a la inactividad, por parte del Estado a la hora de sentar los criterios o parámetros que sirven de base a la actuación de las diferentes CC.AA. en esta materia, así como la plena y correcta aplicación y efectividad de la Ley Básica Estatal de Residuos 10/1998<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Por último, quisiera dejar constancia de mi agradecimiento, por su supervisión y colaboración en la realización de esta monografía, a don. Antonio Lucio Gil, letrado de la Asamblea de Madrid y actual Director General de Promoción y Disciplina Ambiental de la Consejería de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid.

## 2. CONCEPTO DE SUELO CONTAMINADO

El suelo, declara la **Carta Europea del Suelo** —1972—, es uno de los activos más preciados de la humanidad, ya que posibilita la vida del hombre, la flora y la fauna sobre la Tierra y como tal, es considerado como un recurso limitado y fácilmente destructible que debe ser protegido contra la erosión y la contaminación.

A continuación, es objeto de estudio lo que se entiende por *suelo contaminado* en la legislación estatal y autonómica madrileña especialmente, así como la problemática consustancial al mismo, de no fácil solución.

### 2.1. Concepto consagrado en la legislación del Estado

El concepto de suelo contaminado deviene, sin lugar a dudas, como una cuestión de importancia considerable, toda vez que determina el régimen jurídico aplicable a aquel suelo descrito como tal en el cuerpo legal de que se trate.

Así y al igual que el concepto de residuo, la definición legal<sup>2</sup> determina su inclusión en el ámbito de aplicación de la ley.

En este sentido, es de agradecer, que a nivel de legislación de Estado, cuente nuestro Ordenamiento Jurídico con un concepto claro y preciso de suelo contaminado, aplicable a todo el territorio español, al tener el precepto que lo contiene la consideración de legislación básica al amparo de lo dispuesto en el art. 149.1.23 de nuestro Texto Fundamental, conforme a lo establecido en la Disposición Final Segunda de la Ley de Residuos 10/1998 de 21 de abril.

Efectivamente, el art. 3 de la Ley Estatal —Ley de Residuos 10/98 de 21 de abril<sup>3</sup>—, bajo la rúbrica «Definiciones»<sup>4</sup> establece, en su apartado p), lo que a efectos de dicha Ley se entiende por suelo contaminado:

*Todo aquel cuyas características físicas, químicas o biológicas han sido alteradas negativamente por la presencia de componentes de carácter peligroso de origen humano, en concentración tal que comporte un riesgo para la salud humana o el medio ambiente, de acuerdo con los criterios y estándares que se determinen por el Gobierno.*

<sup>2</sup> Artículo 3 de la Ley de Residuos 10/1998 de 21 de abril.

<sup>3</sup> Nomenclatura: LBR.

<sup>4</sup> Llama la atención que esta técnica normativa utiliza un instrumento frecuente, bajo la inspiración de la normativa Comunitaria, de proporcionar, en uno de los artículos iniciales todo un glosario de conceptos legales.

El art. 27 de este mismo cuerpo legal atribuye en exclusiva al Gobierno de la nación la competencia para determinar, en función de la naturaleza de los suelos y de los usos, **estos criterios y estándares** que permitirán a las distintas Comunidades Autónomas declarar, de forma objetiva, que un suelo sito en el ámbito territorial que le es propio, está contaminado.

En otras palabras, el Estado fija los parámetros y la Comunidad Autónoma declara, delimita y forma inventario de los suelos contaminados de su región, pero en base a esos criterios previamente establecidos a nivel estatal.

El grave problema con el que tropiezan las Comunidades Autónomas a la hora de ejercer las competencias de declaración que le son propias viene constituido por el hecho de que, desde la promulgación de la Ley de Residuos, el 21 de abril de 1998, hasta ahora, **el Gobierno no ha dictado aún tales parámetros**.

La cuestión no carece de importancia, toda vez que la declaración de suelo contaminado adopta la forma de **resolución** por parte de la CA. competente, que culmina todo un procedimiento administrativo previo con todas las garantías previstas en nuestro Ordenamiento —nos detendremos después en el de la Comunidad de Madrid— tales como notificación a los interesados, trámite de audiencia, recursos administrativos... entre otros.

Y lo que es más importante, que será objeto de un estudio posterior, el momento en que se dicta esa resolución autonómica **determina el nacimiento de la obligación de responder** por la contaminación de ese suelo, declarado ya formal y objetivamente como tal, por un acto administrativo, la resolución, que podría incluso incurrir en vicio de nulidad de pleno derecho, al no estar basada en esos parámetros que debían de haber sido establecidos ya hace tiempo, a nivel estatal.

Vemos, por tanto, la colisión que se produce a los principios de igualdad, seguridad jurídica y de legalidad, así como la indefensión que se puede causar al presunto responsable.

A mayor abundamiento, la Ley estatal, en este mismo art. 27, pero en su apartado 4, atribuye de igual forma, al Gobierno de la nación en exclusiva, la competencia de aprobación y publicación de **una lista de actividades potencialmente contaminantes de suelos**, a los efectos de la implantación de un sistema de control por parte de las CC.AA., sistema que carece de aplicabilidad práctica, toda vez que este listado de actividades susceptibles de causar contaminación, todavía no ha visto la luz.

No obstante, y resulta evidente así como lógico, muchas CC.AA. (Madrid, Cataluña, País Vasco entre otras) han venido declarando sue-

los contaminados conforme a procedimientos administrativos legalmente establecidos en sus disposiciones de desarrollo y ejecución autonómicas, basado en criterios y estándares por ellas previamente establecidos.

Del examen de la **jurisprudencia** en esta materia se deduce que los Tribunales, en la actualidad, han venido aceptando este hecho y han rechazado numerosos recursos que pretendían la nulidad de las disposiciones de diversas CC.AA., generalmente Decretos, que ya fijaban, de alguna manera, esos criterios y estándares, en base, fundamentalmente a la competencia autonómica constitucionalmente atribuida de dictar normas adicionales de protección.

Sin embargo, merece la pena reproducir en este momento, dos sentencias tan contradictorias entre sí como perfectamente fundadas, dignas de elogio.

En primer lugar, la ST/TSJ/Galicia de 22 de mayo de 2002 se manifiesta en sentido positivo, desestimando el recurso que pretende la nulidad del Decreto y legitimando la actuación de la Comunidad Autónoma de Galicia en base a la competencia autonómica constitucionalmente atribuida de dictar normas adicionales de protección del medio ambiente. Sus fundamentos tercero y cuarto son decisivos:

*«TERCERO. La base de la impugnación de la Orden de 8 de octubre de 1999 es la alegación de nulidad del Decreto 263/1999, a cuyo amparo se dictó aquella, centrando dicha alegación en motivos en todo iguales a los esgrimidos en el recurso n.º 2074/1999, que fue desestimado por esta misma Sala, por lo que, en un actuar congruente, han de reiterarse los argumentos ofrecidos en la sentencia que lo decidió.*

*El motivo nuclear en que se basa la alegación de nulidad del Decreto 263/1999 es la falta de competencia de la Xunta de Galicia para dictarlo, en base a que, según la recurrente, la Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos, en sus artículos 27.1 y 3.p, se ha cuidado de reservar como competencia estatal la fijación de los criterios y estándares para declarar un suelo contaminado, lo cual excluiría la competencia autonómica, al margen de la previa consulta que prevé el primero de dichos preceptos.*

*Con arreglo a lo que proclama el Preámbulo del Decreto cuestionado, éste toma base en el artículo 27 de la Ley 10/1998, incluido en el Título V dedicado a los **suelos contaminados**, según el cual, en su apartado 1, «Las Comunidades Autónomas declararán, delimitarán y harán un inventario de los **suelos contaminados** debido a la presencia de componentes de carácter peligroso de origen humano, evaluando los riesgos para la salud humana o el medio ambiente, de acuerdo con los criterios y estándares que, en función de la naturaleza de los suelos y de los usos, se determinen por el Gobierno previa consulta a las Comunidades Autónomas».*

Con el texto normativo del Decreto 263/1999 el ejecutivo de la Comunidad Autónoma de Galicia fija el parámetro que permite la consideración de un suelo como contaminado, a partir de lo cual se autoriza la adopción de las correspondientes medidas (de limpieza y recuperación), y dado que el Gobierno central no ha determinado con anterioridad el criterio general o estándar correspondiente, el problema competencial se centra en determinar si la Comunidad Autónoma puede regular ese aspecto pese a esa falta de determinación previa de la Administración del Estado.

El artículo 149.1.23.º de la Constitución establece que el Estado tiene competencia exclusiva en la materia de legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. En congruencia con ello, el artículo 27.30.º del Estatuto de Autonomía de Galicia recoge la competencia exclusiva de esta Comunidad Autónoma en la materia de normas adicionales sobre protección del medio ambiente y del paisaje en los términos de aquel precepto constitucional.

Al margen de lo que sucede en otros sectores del ordenamiento en que pueden introducirse distintos matices, para la interpretación de la delimitación de competencias en esta materia y delinear que ha de entenderse por legislación básica (concepto empleado en el artículo 149.1.23.º de la Constitución, a diferencia del concepto de bases que se utiliza en otros lugares: 149.13.º, 16.º, 18.º o 25.º), cuya competencia corresponde al Estado, resultan esclarecedoras las sentencias del Tribunal Constitucional 170/1989, de 19 de octubre, y la del Pleno del mismo TC 102/1995, de 26 de junio, según las cuales lo básico, como propio de la competencia estatal en esta materia, cumple más bien una función de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que las Comunidades Autónomas con competencias en la materia establezcan **niveles de protección más altos**. Por tanto, en este caso, en contra del que aduce la actora en la demanda, la legislación básica estatal no cumple una función de uniformidad sino más bien aquella ordenadora de mínimos a respetar ineludiblemente. La primera de aquellas sentencias del TC (la de 1989) concreta que la Comunidad Autónoma no puede establecer normas adicionales de protección en contra de la legislación básica del Estado, pero, por la propia naturaleza de las normas de protección del medio ambiente, la ley autonómica, respetando esa legislación básica, puede también complementar o reforzar los niveles de protección previstos en esa legislación básica, siempre que esas medidas autonómicas sean compatibles, no contradigan, ignoren, reduzcan o limiten la protección establecida en la legislación básica del Estado (declaración

que se reitera en la sentencia TC 156/1995). La segunda de aquellas sentencias (la de 1995) aclara ese carácter de ordenación mediante mínimos al exponer seguidamente, en su fundamento jurídico noveno: «El recíproco engranaje de la competencia estatal y de las autonómicas en la materia, visto así, lleva a la convicción de que lo básico tiene aquí simultáneamente carácter mínimo, como patrón indispensable para la protección del medio ambiente, fuera de cuyo núcleo entran en juego las normas que lo complementan y lo desarrollan, con la ejecución, sin fisura alguna de ese entero grupo normativo. Se trata pues, de una estratificación de la materia por niveles, donde el estatal ha de ser suficiente y homogéneo, pero mejorable, por así decirlo, para adaptarlo a las circunstancias de cada Comunidad Autónoma. Ésta es, también, la articulación de la normativa supranacional de la Unión Europea respecto de la que corresponde a los Estados miembros por virtud del principio de subsidiariedad. En definitiva la distribución de competencias, mas allá de la exclusividad, se polariza en la atribución de concretas potestades y funciones sobre la materia». Tal como declara esta misma sentencia 102/1995, en contra de lo que la actora aduce en su demanda, la Comunidad Autónoma de Galicia, integrada, junto con Cataluña, País Vasco y Andalucía, en el grupo de las que accedieron a la autonomía por el cauce del artículo 151 de la Constitución, ostenta en la materia de medio ambiente la competencia para el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica estatal. El que, con arreglo a lo argumentado en la sentencia TC 149/1991, de 4 de julio (que trata sobre la protección del dominio marítimo terrestre), se haya declarado que el margen de desarrollo autonómico en materia de medio ambiente es menor que en otros ámbitos (lo cual es lógico respecto a la zona marítimo-terrestre, en cuanto exige un tratamiento unitario), no implica que, una vez dictada la legislación básica estatal, como en el caso de autos ha sucedido, necesariamente haya de esperarse a que el Estado fije los estándares de protección respecto a la declaración de un suelo como contaminado, pues esa paralización conduciría al absurdo de impedir a las Comunidades Autónomas la actuación entretanto de sus competencias en la materia con la fijación de normas adicionales de control, obligando, correlativamente, a quienes generan la contaminación a llevar a cabo las labores de limpieza y recuperación el suelo afectado.

Partiendo de ese carácter protector de mínimos que ostenta la legislación básica estatal, nada impide que la normativa autonómica eleve el nivel de protección respecto a los criterios o estándares fijados por el Gobierno central a efectos de declaración de un suelo como contaminado, por lo que, correlativamente, no cabe imponer la previa determinación de ese nivel básico, máxime si se tiene en cuenta que

en el artículo 1 del Decreto autonómico se deja a salvo la atribución competencial que el artículo 27.1 de la Ley 10/1998 asigna al Estado. En consecuencia, el hecho de que la disposición final 2.ª de la Ley 10/1998 otorgue a dicha norma el carácter de legislación básica sobre protección del medio ambiente de acuerdo con el artículo 149.1.23 de la Constitución, permite la promulgación de normas autonómicas en la materia, y la ausencia de los estándares del Gobierno central de cara a la precisión del carácter contaminado de un suelo no impide, como hemos visto, la determinación concreta a establecer por el ejecutivo autonómico que pueda elevar los mínimos que el Estado pudiera señalar.

En consecuencia, si ostenta la competencia para el desarrollo de la legislación básica y puede **establecer normas adicionales de control** que eleven los niveles mínimos de protección, es clara la competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia para dictar el Decreto 263/1999 en orden a la fijación de la concentración límite en suelos afectados por vertidos de hexaclorociclohexano (HCH), disponiendo así de una norma con la que actuar en casos como el del polígono de Torneiros en el Ayuntamiento de O Porriño (Pontevedra), que, por presentar concentraciones de HCH que suponen un riesgo para el medio ambiente, han de permitir la intervención del ejecutivo autonómico.

El error en que incurre la recurrente es considerar que las normas adicionales que pueden dictar las Comunidades Autónomas son adicionales respecto a la legislación básica estatal cuando en realidad son normas adicionales de protección del medio ambiente que pueden elevar los niveles de protección mínimos que el Estado pueda fijar, que es precisamente lo que con la norma ahora combatida se hace, y por ello se dicta sin perjuicio de los criterios y estándares que se determinen por el Gobierno de la nación a efectos de la declaración como suelo contaminado de acuerdo con el artículo 27 de la Ley básica 10/1998, de 21 de abril inciso inicial del artículo 1).

Derivación de lo anteriormente argumentado es que el **Decreto 263/1999 no vulnera** ni los principios de legalidad y jerarquía normativa, garantizados en los artículos 9.3 de la Constitución y 62.2 de la Ley 30/1992, ni lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 10/1998, por lo que no existe el presupuesto para su declaración de nulidad.

La siguiente alegación contenida en la demanda, centrada en la vulneración del principio de igualdad, permite descubrir que, bajo la apariencia de la protección de los principios de legalidad y jerarquía normativa, se encubre la auténtica finalidad de defensa de los intereses privados de la recurrente que entiende que el Decreto 263/1999 se promulga con la finalidad específica de crear la base legal necesaria para

la posterior declaración como suelo contaminado de los terrenos del polígono de Torneiros. No se aporta por la actora término válido de comparación que demuestre que haya habido una identidad de situaciones en la que otra persona o entidad haya sido tratada de forma distinta y más favorable, por lo que la alegación de discriminación está huérfana de prueba y no puede prosperar la invocada infracción del artículo 14 de la Constitución.

Por lo demás, una vez dictada la legislación básica estatal y esclarecida la competencia autonómica para el establecimiento de la normativa adicional de protección del medio ambiente, nada obliga a realizar una regulación general de criterios y estándares en materia de *suelos contaminados*, siendo racional y acorde a la legalidad acometer y afrontar un problema urgente que en un sector concreto de la práctica medioambiental se presenta, como ocurre con la concentración límite de HCH en los suelos afectados por vertidos de esa sustancia. Ello entra dentro de los márgenes de conveniencia y oportunidad que corresponde al ejecutivo de cara al desarrollo de su política medioambiental, a la vez que con ello se cumple el mandato de defensa y restauración del medio ambiente emanado del artículo 45.2 de la Constitución, quedando aquellas oportunidad y conveniencia extramuros del control de legalidad propio de esta jurisdicción. Precisamente el Derecho tiene su sentido para afrontar los problemas y resolver conflictos que la vida práctica va presentando en el devenir diario, y carecería de lógica y racionalidad impedir el ejercicio de competencias autonómicas constitucionalmente reconocidas cuando con ello, a través del desarrollo normativo permitido, se tratan de paliar los efectos negativos que para el medio ambiente representa una excesiva concentración de sustancias contaminantes en los suelos. Además, en el preámbulo del Decreto 263/1999 ya se justifica la promulgación del mismo en que en el curso de las actuaciones iniciadas como consecuencia del Plan nacional de *suelos contaminados* se han venido realizando una serie de investigaciones que han conducido a detectar la presencia de sustancias contaminantes en suelos, entre los que se encuentra el HCH. Una vez que se demuestra la presencia de componentes de carácter peligroso de origen humano, que entrañan riesgos para el medio ambiente, sería absurdo obligar a la Comunidad Autónoma a la paralización de su actuación en ese campo, e impedirle que adopte las medidas precisas para poner la base de cara a realizar las operaciones de limpieza y recuperación del suelo contaminado, pues precisamente, en congruencia con la del artículo 45.2 de la Constitución, es esa la finalidad que se persigue con la fijación de los criterios y estándares a que se refiere el artículo 27.1 de la Ley 10/1998. Este sistema legal pretende favorecer la decla-

ración de los *suelos contaminados* y la exigencia de la limpieza y recuperación a los causantes de la contaminación, por lo que resultaría contradictorio con ello dejar pendiente la intervención administrativa hasta que el Gobierno nacional dictase la oportuna regulación.

El hecho de que poco tiempo después de promulgado el Decreto impugnado se actuase, con base en él, en relación con el polígono de Torneiros, no significa sino que el problema enunciado era real y acuciente el ejercicio de la competencia autonómica, pues precisamente resultaría inadmisibles e ilegales la permanencia impasible ante la problemática de la contaminación de los suelos sin la actuación consiguiente, ya que con ello incluso se correría el riesgo de que el daño al medio ambiente terminase por ser irreversible, en contra de la finalidad que se persigue con la normativa en la materia.

Tampoco merece reproche la norma por el establecimiento de la concentración límite de HCH, cualquiera que sea su naturaleza y uso, porque con ello no se contraría el artículo 27.1 de la Ley 10/1998, en cuanto se refiere a la determinación por el Gobierno de los criterios y estándares en función de la naturaleza de los suelos y de los usos. En primer lugar, ya hemos visto que esta fijación estatal sería respecto a niveles mínimos de protección, que podrían ser elevados por las Comunidades Autónomas, con la adaptación consiguiente a las peculiaridades del suelo de cada una. En segundo lugar, en el preámbulo del Decreto se aclara que de las actuaciones e investigaciones previas se desprende que el efecto contaminante de una elevada concentración de HCH (entendiendo por tal la que excede de dos miligramos por kilo) se produce en todo tipo de suelos y entraña un riesgo de afección a la salud humana y al medio ambiente, lo que fundamenta el carácter general de la intervención administrativa, y, a su vez, diferencia la conclusión de los estudios realizados en Cataluña o el País Vasco que se mencionan en la demanda. Dados los estudios realizados, niveles publicados, experiencias de países y el estado de conocimiento en esta materia, la concentración fijada es el valor límite admisible cualquiera que sea la naturaleza y los usos de los *suelos contaminados* por HCH puesto que la experiencia dicta que si se constatan suelos en los que la concentración está por encima de ese límite hay un elevado riesgo de afección a la salud humana y al medio ambiente. Con ello no hay contradicción, ignorancia, reducción o limitación de la protección medioambiental establecida en la legislación básica estatal, sino, por el contrario, ampliación de esa protección. En este punto debe llamarse la atención en torno a que la normativa básica de protección del medio ambiente deja abierta la posibilidad de esa ampliación, pues, como hemos visto, el estableci-

miento de normas adicionales por las Comunidades Autónomas puede fijar niveles superiores de protección, y sin embargo el interés particular de la recurrente parece ir en sentido contrario, por lo que la pretensión de anulación de la normativa autonómica tiende más a la protección de esos intereses privados que a la sincera convicción de protección de la legalidad y seguridad jurídica. Esta última se incrementa en función de la cuantificación concreta previa del nivel de contaminación no permisible, por lo que resulta paradójica esta alusión.

**CUARTO.** Al margen de la fundamentación del recurso basada en los argumentos que se dirigen contra el Decreto 263/1999, existen otros que se refieren sólo a la Orden de 8 de octubre de 1999, los cuales no merecen mayor éxito.

En primer lugar, se parte de que la Orden impugnada es nula por vulnerar el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Sin embargo el presupuesto de que se parte es erróneo ya que, tal como en la resolución del recurso de reposición se pone de manifiesto, en aquella lo que se hace es constatar un hecho cual es que el suelo delimitado en ella está contaminado por haber sido alteradas negativamente sus características físicas, químicas o biológicas por la presencia de componentes de carácter peligroso de origen humano, en concentración que comporta un riesgo para la salud humana o el medio ambiente. No se trata de una disposición sancionadora puesto que ninguna infracción se tipifica y no existe sanción impuesta, sino que, por el contrario, lo que ha tenido lugar es una actividad de intervención de la Administración en el ámbito medioambiental de declaración y delimitación de un suelo como contaminado, a lo que está obligada en base al artículo 27.1 de la Ley 10/1998, sin perjuicio de que con posterioridad puedan resultar afectadas las empresas, y entre ellas la actora, que han realizado en el pasado actividades industriales en la zona del Polígono de Torneiros que implicaban el manejo de compuestos de hexaclorociclohexano que presumiblemente pudieran haber ocasionado la contaminación. Es cierto que esa actividad de intervención y la consiguiente potestad administrativa se extenderá al requerimiento y exigencia de limpieza y recuperación por parte de las empresas que hayan realizado dichas actividades industriales, pero ello no entraña ningún castigo ni sanción ni significa restricción más allá de lo ineludible para paliar los efectos de la contaminación habida, y en todo caso no es la Orden de 8 de octubre de 1999 la que contiene tal exigencia, al margen de que constituya presupuesto esencial para el acto o disposición que así lo imponga. Pese a que la actora se sienta aludida y a ello coadyuva la notificación que ha recibido, en la

Orden ahora combatida ni siquiera se han determinado las personas o entidades obligadas a proceder a la limpieza y recuperación, sin perjuicio de que ello deba llevarse a cabo en aplicación de la Ley 10/1998. En este punto conviene llamar la atención en torno a que, en congruencia con la exigencia de previa norma con rango de ley, es en la Ley 10/1998 donde se tipifican las infracciones, integrándose entre las muy graves (art. 34.2.g) la no realización de las operaciones de limpieza y recuperación cuando un suelo ha sido declarado como contaminado, no la causación de la contaminación en sí. En definitiva, al no ser la Orden de 8-10-1999 una disposición sancionadora o restrictiva de derechos en el sentido normativamente determinado, resulta improcedente la invocación del artículo 9.3 de la Constitución así como del artículo 62.2 de la Ley 30/1992. Lógicamente la norma actúa sobre un sustrato fáctico previamente existente a la que trata de dar solución, pero ello no significa la incidencia en la proscrita retroactividad de una disposición sancionadora cuando, como en el caso presente, la actuación administrativa tiende a paliar los efectos negativos para el medio ambiente, con la obligación de limpieza y recuperación del suelo contaminado, no a sancionar acciones previamente concretadas como infracción. Y si por instar el cumplimiento de aquella obligación se impidiera a la Administración intervenir o actuar, en base a que con ello se restringen derechos individuales, difícil se haría el ejercicio de las potestades de intervención y Gobierno que en esta materia se atribuyen, con lo que, en definitiva, la Administración dejaría de servir con objetividad los intereses generales (art. 103.1 de la Constitución) y de proteger y mejorar la calidad de vida así como defender y restaurar el medio ambiente que a los poderes públicos obliga el artículo 45.2 de nuestra Carta Magna. Con ese modo de actuar no se incurre en la proscrita retroacción de normas restrictivas de derechos individuales sino que se aplica en el futuro a situaciones existentes a su entrada en vigor, obligando a paliar los efectos negativos para el suelo.

Tampoco puede acogerse el argumento de que se ha prescindido del procedimiento para dictar la Orden puesto que, en primer lugar, incluso partiendo de las propias alegaciones de la parte actora, se habría seguido lo que para el procedimiento se dispone, y lo único que faltaría sería la notificación de la Orden de 16 de julio de 1999, en segundo lugar en dicha Orden solamente se acordó la iniciación del procedimiento para declarar como suelo contaminado los terrenos del Polígono de Torneiros, sin concreción alguna de responsables de limpieza y recuperación, mientras que la Orden de 8 de octubre de 1999, que declaró dicho suelo como contaminado sí le fue notificada y por ello ha podido recurrir en reposición y acudir posteriormente a esta vía

contencioso-administrativa, con lo que se cumplió cuanto exige el artículo 59 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, porque lo que se deriva de éste es la necesaria comunicación del acuerdo final, que es la Orden de 8 de octubre, no del inicial de apertura del procedimiento, con lo que queda eliminado todo viso de indefensión, pues la actora ha podido defender sus derechos e intereses y formular las alegaciones que ha tenido por conveniente, que han obtenido respuesta en vía administrativa con esta posterior fiscalización jurisdiccional. En este sentido no aclara la recurrente qué decisivas alegaciones pudiera esgrimir, distintas de las que ahora aduce. De todas formas, ningún óbice existirá para que la actora pueda combatir en su día la determinación de responsables de la limpieza y recuperación de los suelos.

Por todo lo cual procede la desestimación del recurso.

**FALLAMOS:** que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto.

La segunda sentencia, de la sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Sevilla, 2002/398 de 4 de febrero, establece las siguientes conclusiones, que contrarían a las anteriores, basada en una interpretación, en este caso, literal, del art. 27 de la Ley Estatal de Residuos 10/1998, que, como ya quedó expuesto anteriormente, atribuye la potestad de fijar los parámetros, en exclusiva, al Estado:

«**PRIMERO.** Se debate en este proceso, la conformidad a Derecho de la Orden de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía de 18 de diciembre de 1998 (LAN 1999, 9), por la que se fijan las concentraciones límite en los suelos afectados por el accidente minero de Aznalcóllar.

**SEGUNDO.** La Orden impugnada según su exposición de motivos tiene su origen en el vertido de la balsa de decantación de explotación minera de la empresa Bolidén Apirsa, S.L. y el depósito de residuos mineros en todos los terrenos afectados. Dichos residuos aunque han sido eliminados, en determinadas zonas ha podido producirse contaminación residual lo que requiere el tratamiento de los suelos afectados.

Como el artículo 27 de la Ley 10/1998 (RCL 1998, 1028) asigna a las Comunidades Autónomas la competencia de declarar, delimitar y hacer inventario de los **suelos contaminados**, así como a realizar actuaciones necesarias para proceder a una limpieza o recuperación, lo que requiere previamente determinar los criterios de referencia con relación a la concentración de metales en suelos para establecer si es necesaria o no la intervención. Dichos criterios se establecen en la

citada orden previo adecuado asesoramiento del Grupo de Trabajo formado por la Comisión Científica de Asesoramiento constituida con las Universidades de Andalucía.

**TERCERO.** Asaja insta la nulidad de la Orden por incurrir a su juicio en una clara arbitrariedad (artículo 9 de la Constitución [RCL 1978, 2836; ApNDL 2875]) al haber sido creada *ad hoc* por la Consejería con el objeto de dar fundamento y sustento técnico a su voluntad expropiatoria la cual tiene como base el carácter contaminado de los terrenos objeto de expropiación forzosa (Ley 11/1998 [RCL 1998, 350 y LAN 1998, 430 y LAN 1999, 83]). Arbitrariedad amparada en un informe de varios catedráticos y profesores universitarios de distintas facultades de Andalucía de emisión posterior (enero de 1999) a la Orden impugnada (de 18 de diciembre) que por otra parte no constan en la Orden por lo que la motivación sería absolutamente inexistente, cuestionando así mismo mediante otro informe técnico el que ha servido de soporte a la Orden al ser absolutamente global y falta de precisión.

Igualmente se alega infracción de la Ley 10/1998 de 21 de abril de Residuos por la incompetencia de la Consejería de Medio Ambiente para regular esos criterios de referencia.

**CUARTO.** El primer motivo debe ser rechazado al no apreciarse la arbitrariedad denunciada. En efecto tal como se desprende de la Memoria Justificativa y de la Exposición de la Orden la finalidad de la norma no vislumbra en ningún momento la voluntad expropiatoria de los suelos afectados, sino el ejercicio de la competencia que la Ley de Residuos le atribuye a la CA para declarar si un suelo está o no contaminado y realizar las intervenciones necesarias en orden a la protección del medio ambiente y a la salud dentro del marco de actuación urgente y necesaria motivada por la rotura de la balsa de la mina ubicada en Aznalcóllar amparada en el Decreto 99/1998 de 12 de mayo (LAN 1998, 177) que prevee un régimen excepcional de intervención administrativa.

Tampoco podemos deducir esa arbitrariedad de la fecha de los informes del Grupo de Trabajo de los científicos porque como bien afirma la Administración demandada alega la Administración la fecha de la publicación del informe por la Consejería de Medio Ambiente (enero de 1999) no tiene por qué coincidir con la de la emisión y aunque en su escrito de contestación se comprometió a probar la fecha real de la emisión (lo que no ha hecho), no estimamos que dicho extremo tenga la trascendencia anulatoria que la actora denuncia, porque de la Memoria Justificativa de 25 de noviembre de 1998 se desprende que los Convenios con las universidades y catedráticos estaban ya suscritos y aunque los informes no estuvieran publicados

sus conclusiones son las asumidas por la Orden, siendo suficiente la motivación por remisión a los mismos, informes que por otra parte gozan de presunción de legalidad que no queda desvirtuada por un informe de parte suscrito por un solo profesor frente a los elaborados por tres grupos de trabajo de tres Universidades de Andalucía.

**QUINTO.** Sí debe acogerse el segundo motivo de nulidad por incompetencia del Consejero de Medio Ambiente para fijar o regular los criterios de referencia, con clara infracción del artículo 27.1 de la Ley de Residuos 10/1998 de 21 de abril: «los criterios y estándares para declarar un suelo contaminado serán fijados por el Gobierno previa consulta a las Comunidades Autónomas». Pese a la claridad del precepto que se asume en la exposición de motivos se intenta justificar la Orden por la ausencia de definición por el Gobierno de los criterios y estándares que establezcan las concentraciones de límites y la necesidad de fijar unos de referencia para proceder o no a la intervención en los suelos afectados.

En la contestación a la demanda con cita de un voto particular de la *Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997 (RTC 1997, 61)* se trata de salvar dicha incompetencia alegando que al ser la competencia en materia de protección de medio ambiente compartida el ejercicio o retraso por parte del Estado de las suyas aunque sea de carácter básico no impide ni condiciona a la Comunidad Autónoma para ejercitar aquellas derivadas de la *Constitución y el Estatuto de Autonomía (RCL 1982, 47; ApNDL 496 y LAN 1982, 53)* y por tanto no queda a expensas u obligada a esperar que el Gobierno establezca los estándares.

Sin embargo ni la urgencia, ni el retraso del Gobierno puede salvar el vicio de nulidad de la Orden porque aunque efectivamente y conforme a la Constitución y al Estatuto la Comunidad Autónoma tiene competencia en la protección del medio ambiente (art. 148), lo que implícitamente lleva aparejada la actuación o intervención en **suelos contaminados** (art. 27 de la Ley 10/1998 de 21 de abril), la referida gestión de intereses en dicha materia, dentro de su territorio, con reconocimiento de la competencia para llevarla a cabo no empece a la existencia jurídico-legal de otras competencias conferidas en exclusiva por el artículo 149 de la Constitución al Estado entre las que se encuentra como se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley 10/1998 de 21 de abril la legislación básica sobre protección de medio ambiente de acuerdo con el artículo 149.1.23.<sup>4</sup> Por lo que siendo posible la concurrencia de competencias entre la Administración del Estado y Administración de la Comunidad Autónoma reconocidas en la Ley 10/1998 sobre la misma materia —residuos—, esta concurrencia sólo será posible cuando el ejercicio de la competencia de

la Comunidad Autónoma no se interfiera en el ejercicio de competencia estatal.

En la Orden impugnada el Consejero de Medio Ambiente ha ejercido una competencia que la Ley reserva al Estado (artículo 27.1) por lo que incurre en un vicio de nulidad por incompetencia material que determina la estimación del presente recurso.

**FALLAMOS.** Que debemos estimar y estimamos el recurso interpuesto por Asociación Agraria Jóvenes Agricultores de Sevilla contra Orden de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía de 18 de diciembre de 1998, por la que se fijan las concentraciones límite en los suelos afectados por el accidente minero de Aznalcóllar, cuya nulidad declaramos.

## 2.2. Concepto consagrado en la legislación de la CCAA de Madrid

No es objeto de estudio en el presente artículo los conceptos de suelo contaminado que nos brindan las diferentes CC.AA., pero resulta curioso mencionar la legislación catalana, tal vez, porque se aparta, en cierta medida, del concepto establecido en el ámbito estatal, anteriormente aludido.

En efecto, la *Ley Catalana reguladora de Residuos 6/1993 de 15 de junio*<sup>5</sup>, anterior a la Ley estatal en el tiempo, no contempla el concepto como tal en el listado de definiciones de su art. 3, pero, sin embargo, se refiere a suelo contaminado, obligaciones y responsabilidad en su art. 15, utilizando la expresión de «*espacios degradados por descargas incontroladas*», sin embargo, este mismo concepto de suelo contaminado, acuñado por la legislación catalana, utiliza la *Ley de Residuos de Canarias 1/1999 de 29 de enero*, aun siendo promulgada con posterioridad a la Ley 10/1998.

Por lo que se refiere a la Comunidad Autónoma de Madrid, el concepto de suelo contaminado viene contemplado, por primera vez y con posterioridad a la ley 10/1998 estatal, en un texto legal con rango no de ley: el *Decreto 326/1999*, de 18 de noviembre, por el que se regula el Régimen Jurídico de los Suelos Contaminados de la Comunidad de Madrid.

El art. 1.2 dispone expresamente que a los efectos del Decreto, tendrán la consideración de suelos contaminados aquellos *cuyas características físicas, químicas o biológicas han sido alteradas negativamente por la presencia de componentes de carácter peligroso de*

<sup>4</sup> DOGC n.º 1776 28-7-93.

*origen humano, en concentración tal que comporte un riesgo para la salud humana o el medio ambiente, de acuerdo con los criterios y estándares que, en función de la naturaleza de los suelos y de los usos, se determinen por el Gobierno, según lo previsto en el art. 27.1 de la Ley 10/1998, de 21 de abril de Residuos, lo que supone una transcripción literal del art. 3, en relación con el art. 27, de la Ley estatal.*

Sin embargo, no ocurre lo mismo en la **nueva Ley de Residuos de la Comunidad de Madrid 5/2003**, de 20 de marzo, que constituye, por el momento, el último texto legal autonómico que se refiere a la materia.

Ciertamente, el **art. 4** de la Ley madrileña, dedicado a sentar una larga lista de definiciones, entiende por suelo contaminado, en su apartado 28 como todo aquel *cuyas características físicas, químicas o biológicas han sido alteradas negativamente por la presencia de componentes de carácter peligroso de origen humano, en concentración tal que comporte un riesgo para la salud humana o el medio ambiente, de acuerdo con los criterios y estándares que se determinen reglamentariamente y así se haya declarado mediante resolución expresa.*

Este concepto de suelo contaminado coincide en su totalidad con el consagrado en la legislación estatal, con una importante salvedad que el legislador intencionadamente ha querido tener en cuenta, al objeto de legitimar, en la medida de lo posible, la actuación de la Comunidad en esta materia.

Como ya se ha podido observar, se trata del último párrafo de dicho art. 4. Da la impresión de que, haciendo caso omiso de las instrucciones sentadas en la legislación estatal en lo que al título competencial habilitante se refiere y propiciado por esa inactividad estatal a la hora de aprobar los parámetros determinantes de la contaminación, en el ámbito propio de la Comunidad de Madrid, se puede afirmar que, tras la entrada en vigor de esta nueva ley, las Autoridades competentes efectuarán la declaración de suelo contaminado cuando en el mismo concurren las circunstancias de dicho precepto —coincidentes con la legislación estatal— pero en base no a los criterios y estándares fijados por el Gobierno de la nación, sino a los que **se determinen reglamentariamente**, por tanto, dando entrada directa al ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de los órganos autonómicos competentes en la materia. Y, sigue diciendo el precepto, **así se haya declarado mediante resolución expresa**, resolución, que como analizamos anteriormente, pone fin a todo un procedimiento administrativo autonómico regulado en aquel Decreto 326/1999, vigente en su totalidad, y que origina el nacimiento de la obligación de responder, suponiendo la imputación directa del hecho, utilizando términos de la disciplina del Derecho Penal, al sujeto responsable.

Y es precisamente por esto último por lo que el legislador autonómico, consciente del problema, ha querido atribuir a la Comunidad Autónoma la potestad de fijar esos parámetros, usurpando un título competencial estatal no ejercido.

No es más que un deseo de dar legitimidad, o al menos apariencia de legitimidad, a las declaraciones de suelos contaminados que la Comunidad ha venido efectuando desde hace ya tiempo basado en criterios por ella establecidos reglamentariamente, marcando, de esta forma, una línea de continuidad o de futuro, con independencia del momento en que el Gobierno tenga pensado sacar a la luz dichos criterios.

Un deseo lógico y legítimo, toda vez que el problema de la contaminación de los suelos era evidente por distintas causas (vertidos, insuficiente o irregular gestión y valorización de residuos, vertederos ilegales que contaminan por lixiviación... entre otras) y se imponía la necesidad de aplicar todo el sistema sancionador, que sí contemplaba con detalle la Ley 10/1998 estatal, con el fin de «castigar» a los sujetos responsables y evitar conductas reincidentes en la materia.

Ahora bien, y en este estado las cosas, una pregunta en forma de duda deviene casi inmediata: ¿Qué ocurrirá cuando el Gobierno acometa, por fin, la ardua labor de aprobar estos estándares?, ¿serán coincidentes con los empleados hasta entonces por las distintas CC.AA., por todas y cada una de ellas? Casi mejor es que ya, a estas alturas, se abstuviera de hacerlo, o si al final se decidiera a los efectos de reparar el daño causado al principio de seguridad jurídica, lo hiciera teniendo muy en cuenta y estudiando a fondo el legado que a este respecto le dejan las distintas CC.AA. que, desde el año 1998 hasta ahora, han operado en la materia.

### 3. DECLARACIÓN DE SUELO CONTAMINADO; EFECTOS

La declaración de un suelo como «contaminado» es un acto administrativo que adopta la forma de resolución y que culmina todo un previo y necesario procedimiento, igualmente de naturaleza jurídico-administrativa, y que lleva consigo aparejado el efecto inmediato de hacer nacer, desde el momento en que se dicta como tal, la obligación de reparar el daño causado.

Este procedimiento viene contemplado en un único precepto de la Ley estatal de Residuos 10/1998, el art. 27, complementado y desarrollado convenientemente en la legislación sectorial de las diferentes CC.AA., especialmente en Madrid, la declaración de suelos contaminados encuentra su regulación en dos textos legales, el primero en el

tiempo; el Decreto 326/1999 de 18 de noviembre de Régimen Jurídico de los contaminados y el segundo, la nueva Ley 5/2003 de 20 de marzo, de Residuos de la Comunidad de Madrid, artículos 56, 57 y 58.

### 3.1. Declaración de suelo contaminado, en el ámbito estatal

Efectivamente, el art. 27 de la Ley 10/1998, bajo la rúbrica de **suelos contaminados**, establece el procedimiento a seguir, cuyos trámites podríamos clasificar como sigue:

- competencia;
- efectos;
- sujetos obligados;
- publicidad registral;
- excepciones a la obligación de responder.

En primer lugar, por tanto, y en lo que se refiere al **órgano competente** para efectuar la declaración de suelo contaminado, el art. 27 de la ley estatal, atribuye directamente las potestades de declaración, delimitación y formación del inventario, así como de las listas de prioridades de actuación, a las CC.AA., ahora bien, de acuerdo, dice el precepto, con los criterios y estándares que se determinen por el Gobierno, previa consulta a las mismas.

Se vuelve a reproducir, en este sentido, el grave problema al que aludíamos anteriormente, es decir, la remisión legal a unos parámetros tan determinantes y decisivos como inexistentes en la actualidad.

Por último, también es de titularidad autonómica la competencia para declarar que un suelo ha dejado de estar contaminado, previa la oportuna comprobación de que se han realizado de forma adecuada las operaciones de recuperación y limpieza del mismo.

En segundo lugar, y en lo que respecta al tema fundamental de **los efectos** que produce tal declaración, el art. 27 hace coincidir el nacimiento de la obligación de responder con el momento en que se dicta la resolución que, por fin y tras un complejo procedimiento, declara un suelo como contaminado.

Ahora bien, ¿quienes son **los sujetos a quienes la ley imputa la responsabilidad**?

El art. 27 establece dos tipos de responsabilidades: directa y subsidiaria.

Así, y en primer lugar, responderán directamente, fiel la legislación estatal al principio de Derecho comunitario «quien contamina paga»,

**los causantes de la contaminación**, en forma solidaria si son varios, y en segundo lugar y subsidiariamente por este orden, **los poseedores de los suelos contaminados y los propietarios no poseedores**.

En este sentido, y a la vista de lo dispuesto en este precepto, se puede afirmar que el legislador ha intentado, en todo caso, atar muy bien los cabos y no dejar ninguna laguna que permita la evasión de la responsabilidad.

Efectivamente, llama a responder, en primer lugar, al que, a primera vista y sin necesidad de mayores indagaciones, aparece como «culpable» directo del mal causado, el sujeto que realiza la acción o el comportamiento cuyo resultado ha originado la contaminación del suelo de que se trate, sin perjuicio de la dificultad siempre existente que constituye la carga de probar, en vía judicial o administrativa, la compleja relación causa-efecto.

En el siguiente orden, es decir, para el caso, no menos frecuente, de que no se encuentre al sujeto contaminante o no se llegue a probar su condición de tal, el legislador opta por llamar en segundo lugar al poseedor en vez de al propietario, del suelo declarado contaminado.

¿Por qué el poseedor antes que el propietario?

Por lógica jurídica, el poseedor se encuentra más cercano a la cosa que el *dominus*.

Si tenemos en cuenta que la posesión, según conceptúa el art. 430 del Código Civil, es la tenencia de la cosa o el disfrute del derecho, con independencia del *animus possidendi* exigido como mínimo, el poseedor puede llegar a ser más causante directo del daño que el propietario no poseedor, siguiendo así la línea anterior del principio comunitario, director de todo este sistema de responsabilidad<sup>6</sup>.

Para terminar, y por si no fuera suficiente con lo anterior, el legislador (art. 36.3) llama en último lugar a la Administración a responder, a través de la ejecución subsidiaria del art. 98 de la Ley 30/1992<sup>7</sup>, por cuenta del infractor y a su costa.

En otro orden de cosas y siguiendo con el esquema anterior, el art. 27 dedica sus apartados tercero y cuarto a la **publicidad registral**, contemplando dos tipos de notas marginales.

En primer lugar, y con carácter potestativo, la declaración de un

<sup>6</sup> Y no lo dice la ley, pero es de suponer que al hablar de poseedor en términos generales, responde todo poseedor como tal, ya directo, ya en nombre de otro (el llamado por el Derecho alemán, *servidor de la posesión*), mediato o inmediato, ya en concepto de dueño, como en concepto distinto de dueño, de buena o mala fe, la posesión civilísima, es decir, sin contacto directo con la cosa, del heredero, o la del despojado... en fin, que todos estos sujetos resultan obligados, bajo la rúbrica aparentemente sencilla de poseedor.

<sup>7</sup> Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

suelo como contaminado podrá ser objeto, dice textualmente el precepto, de nota marginal en el Registro de la Propiedad, a iniciativa de la correspondiente Comunidad Autónoma, nota marginal que se cancelará, obviamente, cuando la Comunidad Autónoma efectúe la declaración en sentido contrario cuando el suelo deje de estar contaminado.

En segundo lugar, y con carácter obligatorio, la transmisión de fincas en que se hayan realizado actividades potencialmente contaminantes de los suelos, ha de figurar necesariamente en Escritura Pública, que será objeto de esta segunda nota marginal. Dicha obligación recae directamente y por imperativo legal en los propietarios de dichas fincas.

La finalidad del precepto es clara y no requiere más comentario: se trata de proteger al tercero de buena fe, garantizando, en la medida de lo posible el principio de fe pública registral de los art. 34 y 38 de nuestra Ley Hipotecaria.

Ahora bien, vuelve a reproducirse de nuevo, en este caso también, el problema antes expuesto de la inactividad del Gobierno, puesto que, en la actualidad, todavía no ha visto la luz la famosa lista de actividades potencialmente contaminantes de suelos.

Cómo puede el propietario saber, y en base a qué criterios, qué en su finca se han realizado ese tipo de actividades, aún no clasificadas, y determinar su grado de contaminación.

Supone un agravante al problema el hecho de que la ley impone a los titulares de estas actividades la obligación de remitir periódicamente a la Comunidad Autónoma los correspondientes informes de situación en los que figuren los datos relativos a los criterios que sirvan de base para la declaración de suelo contaminado, según los estándares y criterios que todavía no han sido aprobados.

La competencia de cada Comunidad Autónoma en esta materia queda circunscrita al establecimiento de los criterios que permitan definir la periodicidad para la elaboración de dichos informes de situación del suelo.

Por último, el art. 27 contempla **las excepciones**, tasadas, a la obligación de responder.

Efectivamente, así como no es causa de exención de la responsabilidad el cambio de titularidad en la posesión o el mero abandono de la misma, sí puede eludir la obligación legal el acreedor que, en ejecución forzosa de un crédito, devenga propietario del suelo contaminado siempre y cuando se desprenda de él, lo enajene, dice el precepto, en el plazo de un año a contar desde la fecha en que accedió al dominio. Si no es así, entrará el acreedor a formar parte de la lista de sujetos responsables que contempla la ley.

### 3.2. Declaración de suelo contaminado, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Madrid

En el ámbito específico de la Comunidad de Madrid, la declaración de un suelo como contaminado se sujeta, sin perjuicio de la aplicación directa de que goza el art. 27 de la Ley Estatal de Residuos 10/1998, a los trámites más concisos que contempla el Decreto 326/1999 de 18 de noviembre, complementado actualmente por la nueva Ley de Residuos de la Comunidad de Madrid 5/2003 de 20 de marzo.

Así, en primer lugar y en relación con el régimen jurídico que contempla el Decreto 326/1999, se pueden distinguir los siguientes aspectos:

- competencia;
- procedimiento;
- resolución;
- efectos.

Efectivamente y en lo que a **órgano competente** se refiere, el Decreto la atribuye directamente, dentro de la Comunidad Autónoma de Madrid a la Consejería de Medio Ambiente, y tanto la competencia para declarar suelos contaminados, como para efectuar la declaración en sentido contrario, una vez efectuadas las operaciones de limpieza y reparación.

Por lo que respecta al **procedimiento** que necesariamente ha de seguirse con carácter previo a emitir tal declaración, el Decreto, en su art. 4.º, contempla los siguientes trámites, que deberán efectuarse en un plazo máximo de seis meses:

- inicio;
- información pública;
- información complementaria;
- audiencia y vista del expediente a los interesados;
- resolución;
- medidas cautelares;
- aplicación supletoria de la Ley 30/1992.

El procedimiento, por tanto, para la declaración de un suelo contaminado se iniciará de oficio por la Consejería de Medio Ambiente.

El acuerdo de inicio se notificará al propietario o propietarios registrales del suelo y a su poseedor o poseedores en caso de que no sean los mismos, en la forma prevista en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y

del Procedimiento Administrativo Común, tras su nueva redacción dada por la Ley 4/1999.

Acordado el inicio del procedimiento se dará trámite de información pública mediante la publicación del acuerdo en el «Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid».

El anuncio contendrá, al menos, la identificación y delimitación catastral de la finca o fincas objeto de estudio, las supuestas causas de la contaminación, el lugar donde pueda consultarse el expediente y el plazo para formular alegaciones, que será de veinte días.

Terminado el trámite de información pública, el órgano encargado de la tramitación del procedimiento podrá solicitar informes, efectuar requerimientos o realizar investigaciones y, en general, cuantas actuaciones considere necesarias para facilitar la decisión final.

A la vista de las alegaciones presentadas y de la información obtenida, dicho órgano dará audiencia y vista del expediente completo a aquellos que tengan la consideración de interesados, y dictará resolución que ponga fin al procedimiento.

Una vez acordado el inicio del expediente, el órgano competente para adoptar la declaración de suelo contaminado podrá, en cualquier momento, adoptar las medidas cautelares adecuadas para evitar posibles riesgos o para garantizar la eficacia de la resolución que ponga fin al procedimiento.

Por último, y en lo no previsto en este Decreto serán de aplicación las normas de procedimiento previstas en el Título VI de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Una vez tramitado el procedimiento anterior y como lógica consecuencia, ve la luz, por fin, **la resolución** que pone fin al mismo y que, como se dijo anteriormente, origina el nacimiento de la obligación de responder.

El art. 5 del Decreto establece, a los efectos de garantizar al máximo el principio de seguridad jurídica, un contenido mínimo de este tipo de resoluciones, que comprende los siguientes datos:

1. *Delimitación* del suelo contaminado.
2. *Usos* que no podrán realizarse en el mismo mientras subsista la declaración.
3. *Operaciones de limpieza y recuperación* que deban realizarse, en función de los usos futuros previstos del suelo, así como su forma y plazos de ejecución.
4. *Sujetos obligados* a realizar las operaciones de limpieza y recuperación, reproduciendo el art. 7 de este Decreto el orden establecido por la ley estatal anteriormente examinado: \* causantes

de la contaminación, «poseedores no propietarios» y propietarios no poseedores, amén de la ejecución subsidiaria, por el infractor y a su costa, por parte de la Administración, que en este caso resulta ser la Consejería de Medio Ambiente, por sí o a través de las personas físicas o jurídicas que determine, según establece el art. 9 de este Decreto 326/1999.

Ahora bien y como ya se hizo constar, dicha resolución produce importantes efectos en el mundo jurídico, cuya regulación no ha dejado escapar el Decreto autonómico.

Así, efectivamente, su art. 6.º viene a reiterar de forma expresa, así lo ha querido el legislador, lo establecido ya, con anterioridad en el tiempo, en el art. 27 de la Ley Estatal 10/1998, marcando las siguientes pautas de actuación:

1. La declaración de un suelo como contaminado obliga a los responsables identificados en la misma a realizar las operaciones de limpieza y recuperación en la forma y plazos que determine la Consejería de Medio Ambiente.

2. Estos responsables, que seguirán siéndolo con independencia de las ulteriores transmisiones de la propiedad que se puedan producir (cambio de titularidad de la posesión, abandono), también deberán hacerse cargo de los estudios de limpieza y recuperación de los suelos que sea preciso realizar.

3. La declaración de un suelo como contaminado será objeto de nota marginal en el Registro de la Propiedad, nota que se cancelará cuando el suelo deje de estar contaminado y así se declare como tal.

4. La transmisión de un suelo que tenga la calificación de contaminado o donde se haya realizado alguna actividad potencialmente contaminante requerirá la comunicación a la Consejería de Medio Ambiente en un plazo de quince días desde su formalización.

5. La limpieza y recuperación de un suelo declarado como contaminado deberá hacerse necesariamente de forma previa a su urbanización o edificación.

Por último, el segundo pilar donde se asienta la regulación autonómica de la declaración de un suelo como contaminado lo constituye la reciente Ley de Residuos de la Comunidad de Madrid 5/2003, artículos 56, 57 y 58.

Un examen detallado de estos preceptos, obliga a realizar las siguientes consideraciones:

En primer lugar, el art. 56, bajo la rúbrica «Declaración de suelos contaminados» establece las siguientes reglas:

1. La declaración de un suelo como contaminado se realizará de oficio por la Consejería competente en materia de medio ambiente, de acuerdo con las prioridades establecidas en los instrumentos de planificación vigentes en cada momento y de conformidad con el procedimiento establecido en la normativa por la que se regule el régimen jurídico de los suelos contaminados de la Comunidad de Madrid.

**El plazo para resolver el procedimiento de Declaración de Suelo Contaminado será de nueve meses.**

2. La relación de suelos declarados como contaminados en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid dará lugar al inventario de suelos contaminados de la misma, que tendrá naturaleza de registro público de carácter administrativo.

Se observa, por tanto, que el precepto reproduce literalmente el contenido del art. 4 del Decreto 326/1999, salvo en lo que se refiere al plazo máximo de duración del procedimiento, que resulta incrementado en **tres meses más**, concediendo la ley un plazo más amplio, a fin de evitar el incumplimiento de los plazos que se produce con tanta frecuencia, no sólo en éste, sino en materia procedimental, con carácter general.

En segundo lugar, el art. 57, bajo la rúbrica «Contenido de la Declaración», no difiere apenas de los aspectos que el Decreto (recordemos: art. 5) exige en esta materia:

- a) Delimitación del suelo contaminado.
- b) Usos que no podrán realizarse en el mismo mientras subsista la Declaración.
- c) Operaciones de limpieza y recuperación que deban ejecutarse, en función de los usos previstos en el planeamiento urbanístico vigente.
- d) Los sujetos obligados a realizar las operaciones de limpieza y recuperación.

Se aprecia, tal vez, un deseo del legislador actual de adecuar al máximo y en la medida de lo posible, las directrices que en materia de suelos contaminados se dictan por las leyes de residuos, al Planeamiento Urbanístico que en su momento esté vigente.

No podemos olvidar que un suelo contaminado es, ante todo, precisamente eso, un suelo y como tal, queda sometido también, obviamente, a todo el bloque de legislación estatal y autonómica, regulador de la ordenación del territorio, es decir, a esa otra rama del Derecho, ya no Ambiental, sino Urbanística.

Por último, el art. 58 de la ley contempla los efectos de la declaración, disponiendo que la declaración de un suelo como contaminado

obliga a los responsables identificados en la misma a realizar las operaciones de limpieza y recuperación que en aquella se establezcan.

La firmeza de la Declaración de un suelo como contaminado implicará su inclusión en el Inventario de Suelos Contaminados de la Comunidad de Madrid, que será objeto de estudio con posterioridad.

#### 4. REPARACIÓN CONVENCIONAL

Como hasta ahora ha quedado expuesto, la declaración firme de un suelo como contaminado provoca la obligación legal de reparar el daño causado en todas sus modalidades, es decir, origina en nacimiento de la responsabilidad para los sujetos a los que legalmente se les imputa, recordemos: contaminante, poseedor y propietario.

Siendo objeto de consideración en el siguiente apartado este tema de la responsabilidad administrativa y el régimen sancionador, a continuación se estudia la posibilidad que contempla la legislación, tanto estatal como autonómica, de reparar el daño causado al medio ambiente por suelos contaminados, por vía convencional, es decir, a través de los llamados convenios y acuerdos de colaboración.

En este sentido, a nivel estatal, el art. 28 de la Ley 10/1998 es claro al disponer que las actuaciones para proceder a la limpieza y recuperación de los suelos declarados como contaminados podrán llevarse a cabo mediante acuerdos voluntarios suscritos entre los obligados a realizar dichas operaciones y autorizados por las Comunidades Autónomas o mediante convenios de colaboración entre aquéllos y las Administraciones Públicas competentes.

En todo caso, los costes de limpieza y recuperación de los suelos contaminados correrán a cargo del obligado, en cada caso, a realizar dichas operaciones.

Los convenios de colaboración podrán concretar incentivos económicos que puedan servir de ayuda para financiar los costes de limpieza y recuperación de suelos contaminados.

Además, añade el art. 31 de este mismo cuerpo legal que estos acuerdos voluntarios y convenios de colaboración deberán contener mecanismos de seguimiento e inspección del funcionamiento del sistema de gestión. Los costos del seguimiento e inspección se imputarán a los productores y participantes en el acuerdo.

Los acuerdos voluntarios y convenios de colaboración, podrán prever la figura del colaborador en la inspección, cuya función será la de participar en el seguimiento de la actividad objeto del acuerdo voluntario o convenio de colaboración, careciendo éstos de la condición de inspectores.

Por tanto, el legislador estatal ofrece a los sujetos obligados dos instrumentos fundamentales para hacer efectiva esta modalidad tan peculiar de reparar el daño causado: los acuerdos voluntarios y los convenios de colaboración.

Los primeros a concertar entre los obligados entre sí, adquiriendo los compromisos que les permitan cumplir con la legislación, pero eso sí, bajo el control de la Administración que se ejerce en forma de autorización. Estos acuerdos voluntarios encuentran su régimen jurídico en el Derecho privado.

Los segundos son suscritos por los obligados y la Administración, sujetándose al Derecho público administrativo, especialmente, art. 6 de la Ley 30/1992.

El legislador autonómico brinda también a los interesados, como no podía ser menos, esta doble instrumentalización de la vía convencional, pero siendo mucho más preciso en su regulación, determinando el contenido, que como mínimo, ha de integrar su clausulado.

Efectivamente, en primer lugar, el Decreto 326/99 dedica su art. 8.º a establecer el régimen jurídico de ambos, sentando las siguientes reglas:

1. Para garantizar la realización de las actuaciones de limpieza y recuperación, las personas obligadas a realizarlas podrán formalizar acuerdos entre sí o suscribir convenios de colaboración con las Administraciones Públicas competentes.

En todo caso, los costes de limpieza y recuperación de los suelos contaminados correrán a cargo del obligado, en cada caso, a realizar dichas operaciones.

2. Los acuerdos contendrán, al menos, las siguientes determinaciones:

- Alcance de las operaciones de limpieza y recuperación a realizar.
- Obligaciones asumidas por cada uno de los responsables de dichas operaciones.
- Plazo de ejecución de las operaciones.
- Presupuesto y mecanismos de financiación.

3. Los acuerdos deberán ser autorizados por la Consejería de Medio Ambiente, la cual dispondrá de un plazo de seis meses para resolver acerca de las autorizaciones que se soliciten.

Transcurrido dicho plazo sin que haya recaído resolución expresa, la autorización se entenderá otorgada. Estas autorizaciones podrán prever la obligación de constituir una garantía que asegure el cumplimiento de los compromisos asumidos.

4. Los convenios de colaboración que se suscriban con la Comunidad de Madrid para realizar las operaciones de limpieza y recuperación de suelos contaminados habrán de ser aprobados por el Gobierno de la Comunidad de Madrid y serán suscritos en nombre de ésta por el órgano competente de la Consejería de Medio Ambiente.

Estos convenios deberán contemplar la forma y plazos de ejecución de las operaciones de limpieza y recuperación y podrán prever incentivos económicos que puedan servir de ayuda para financiar los costes de tales operaciones.

Y en este mismo sentido se expresa el art. 62 de la nueva Ley 5/2003 de Residuos de la Comunidad de Madrid, que viene a ser una fiel y exacta reproducción de lo dispuesto en el Decreto 326/1999, y no merece más comentario que su alusión.

## 5. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y RÉGIMEN SAN-CIONADOR

Esta materia, de vital importancia, a la hora de resultar operativa la legislación aplicable al caso de que se trate, viene contemplada en dos grandes bloques normativos: la Ley estatal 10/1998, artículos 32 y siguientes, y la Ley 5/2003 de la Comunidad de Madrid, artículos 69 y siguientes.

En primer lugar, la legislación estatal considera como infracción muy grave, **la no realización de las operaciones de limpieza y recuperación** cuando un suelo haya sido declarado como contaminado, tras el correspondiente requerimiento de la Comunidad Autónoma o el incumplimiento, en su caso, de las obligaciones derivadas de acuerdos voluntarios o convenios de colaboración.

Dicha infracción lleva aparejada la imposición de la siguiente sanción:

— Multa desde 5.000.001 hasta 200.000.000 de pesetas, excepto en residuos peligrosos que será desde 50.000.001 hasta 200.000.000 de pesetas.

— Inhabilitación para el ejercicio de cualquiera de las actividades previstas en la presente Ley por un período de tiempo no inferior a un año ni superior a diez.

Los criterios que fija la ley para la imposición de estas sanciones son los siguientes: circunstancia del responsable, grado de culpa, reiteración, participación, beneficio obtenido, grado de daño causado al medio ambiente o peligro para la salud de las personas.

Los mecanismos coactivos de que se sirve la ley para lograr una correcta ejecución de la sanción, una vez impuesta son:

1. Sin perjuicio de la sanción penal o administrativa que se imponga, los infractores estarán obligados a la reposición o restauración de las cosas al ser y estado anteriores a la infracción cometida, en la forma y condiciones fijadas por el órgano que impuso la sanción.

2. Si los infractores no procedieran a la reposición o restauración, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, los órganos competentes podrán acordar la imposición de multas coercitivas con arreglo al artículo 99 de la Ley 30/1992, una vez transcurrido los plazos señalados en el requerimiento correspondiente. La cuantía de cada una de las multas no superará un tercio de la multa fijada por infracción cometida.

3. Asimismo, en estos casos y en el supuesto de que no se realicen las operaciones de limpieza y recuperación de suelos contaminados, podrá procederse a la ejecución subsidiaria del art. 98 de la Ley 30/1992 por cuenta del infractor y a su costa.

El ejercicio de esta potestad sancionadora sólo puede verificarse por los órganos que la tengan, por ley, atribuida como propia.

Así, la legislación estatal considera como órganos competentes los siguientes:

- a) El Director General de Calidad y Evaluación Ambiental del Ministerio de Medio Ambiente, en los supuestos de infracciones leves.
- b) El Ministro de Medio Ambiente, en los supuestos de infracciones graves.
- c) El Consejo de Ministros en el supuesto de infracciones muy graves.

En todo caso, el acuerdo de inicio procederá del Director General de Calidad y Evaluación Ambiental.

Es curioso observar como la legislación estatal establece también una medida de carácter disuasorio a la comisión de posibles infracciones en esta materia, toda vez que contempla la posibilidad de hacer público y conocido los datos que identifican al causante de la contaminación.

Así, efectivamente, el órgano que ejerza la potestad sancionadora podrá acordar la publicación, en el Diario Oficial correspondiente y a través de los medios de comunicación social que considere oportunos, de las sanciones impuestas por la comisión de infracciones graves y

muy graves, así como los nombres y apellidos o razón social de las personas físicas o jurídicas responsables, una vez que dichas sanciones hubieran adquirido el carácter de firmes.

Por lo que se refiere a la legislación autonómica, la Ley de Residuos 5/2003 reproduce prácticamente la legislación estatal, salvo en determinados aspectos que pasamos a considerar.

En primer lugar, también considera como infracción muy grave, la no realización de las operaciones de limpieza y recuperación cuando un suelo haya sido declarado como contaminado, tras el correspondiente requerimiento de la Consejería competente en materia de medio ambiente, o el incumplimiento, en su caso, de las obligaciones derivadas de acuerdos voluntarios o convenios de colaboración.

Dicha infracción lleva aparejada la imposición de la siguiente sanción:

- a) Multa desde 31.001 hasta 3.000.000 de euros, excepto en residuos peligrosos, que será desde 301.001 hasta 3.000.000 de euros.
- b) Inhabilitación para el ejercicio de cualquiera de las actividades previstas en esta Ley por un período de tiempo no inferior a un año ni superior a diez.

Se observa, por tanto, un incremento de la cuantía en lo que al máximo se refiere, es decir, pasa a ser de 200 a 500 millones de pesetas.

Los criterios que fija la ley para la imposición de estas sanciones son prácticamente los mismos que establece la ley estatal, pero aún más concisos y con adición de otros distintos:

1. El riesgo o daño ocasionado, su repercusión y trascendencia social, el coste de restitución o la irreversibilidad del daño o deterioro producido en la calidad del recurso o del bien protegido, la intencionalidad de la conducta y la reiteración en la comisión de infracciones al medio ambiente.

2. La comisión de la infracción en espacios naturales protegidos por la normativa vigente.

3. La adopción, con antelación a la finalización del procedimiento sancionador, y previo consentimiento del órgano ambiental competente, de medidas correctoras que minimicen o resuelvan los efectos perjudiciales que sobre el medio ambiente deriven de la infracción.

Obviamente, en el ámbito específico de la Comunidad de Madrid, la competencia para la imposición de sanciones corresponde a los

órganos que determina la Ley 5/2003, y que, correlativamente a sus homónimos estatales, son los siguientes:

1. El Gobierno de la Comunidad de Madrid, cuando la cuantía de la sanción supere 1.000.000 de euros.
2. El titular de la Consejería competente en materia de medio ambiente, cuando la cuantía de la sanción esté comprendida entre 6.001 euros y 1.000.000 de euros.
3. El órgano que se determine en el correspondiente Decreto que establezca la estructura del órgano ambiental de la Comunidad de Madrid, cuando la cuantía de la sanción no supere 6.000 euros.

Cuando por una infracción se imponga además de una multa, cualquier otra sanción no pecuniaria, la competencia para imponer esta última será también del órgano que la ostente para la imposición de la multa.

La Comunidad de Madrid será competente, en todo caso, para instruir y resolver los procedimientos sancionadores cuando los hechos constitutivos de la infracción afecten a más de un término municipal, debiendo notificar a los Ayuntamientos afectados, los actos y resoluciones que se adopten en el ejercicio de esta competencia.

También la legislación autonómica establece como medida de carácter disuasorio la publicidad en el *BOCAM*, en los términos previstos en el art. 78, del tenor literal siguiente: Por razones de ejemplaridad y siempre que concorra alguna de las circunstancias de riesgo o daño efectivo para el medio ambiente, reincidencia o intencionalidad acreditada, el órgano competente para resolver el procedimiento sancionador podrá acordar que se dé publicidad a las sanciones impuestas por la comisión de infracciones graves o muy graves, una vez firmes en vía administrativa, mediante la publicación del nombre de las personas físicas o jurídicas responsables, con indicación expresa de las infracciones cometidas. La publicidad se efectuará en el «Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid» y en los medios de comunicación social.

Por último y como novedad que merece la pena destacar, la nueva Ley de Residuos 5/2003 de la Comunidad de Madrid contempla, por primera vez, el régimen jurídico de la prescripción de las infracciones y sanciones.

En el caso que nos ocupa, las infracciones muy graves prescriben a los 5 años, a contar desde el día en que la infracción se hubiere cometido y las sanciones impuestas por infracciones muy graves tienen también un plazo de prescripción de 5 años, a contar desde el día siguiente a aquél en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción.

## 6. INVENTARIO DE SUELOS CONTAMINADOS

Corresponde a las Comunidades Autónomas la formación del inventario de los suelos contaminados, según el ya analizado art. 27 de la Ley estatal 10/1998.

Así, el Decreto 326/99 fue el primer texto legal que contempló esta materia en el ámbito específico de la CA de Madrid.

Efectivamente, ya la Exposición de Motivos de este cuerpo legal, así como sus art. 11 y 12, consideran el Inventario como un nuevo instrumento al servicio de la protección de los suelos, cuyo contenido lo constituye la relación de los suelos contaminados localizados en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid y queda configurado como un registro público de carácter administrativo que depende orgánica y funcionalmente de la Consejería de Medio Ambiente.

En él se incluye toda la información relevante sobre los suelos contaminados que abarca, desde la propia delimitación material del suelo, a las actuaciones necesarias para proceder a las operaciones de limpieza y recuperación.

La declaración de un suelo como contaminado determinará automáticamente su inclusión en el Inventario. De la misma forma, una vez que el suelo haya dejado de estar contaminado, previa comprobación de que se han realizado las correspondientes operaciones de limpieza y recuperación, se procederá de oficio a excluirlo del mismo.

El contenido mínimo de dicho Inventario es tasado, debiendo hacer referencia a las siguientes menciones:

- Identificación del suelo contaminado y uso actual según la normativa urbanística vigente.
- Causantes de la contaminación.
- Poseedores del suelo contaminado.
- Propietarios del suelo contaminado.
- Obligados a realizar las operaciones de limpieza y recuperación.
- Actividades contaminantes que se desarrollen o se hayan desarrollado sobre el terreno.
- Contaminantes que contiene el suelo.
- Posibles actuaciones necesarias para proceder a su limpieza y recuperación, y forma y plazos en que éstas se deban llevar a cabo.
- Coste y financiación de las operaciones de limpieza y recuperación.
- Afectación, en su caso, del suelo a la financiación de las operaciones de limpieza y recuperación.

Por su parte, la Ley de Residuos de la Comunidad de Madrid 5/2003 solo se refiere al Inventario en un único precepto, el art. 58.3, al disponer que la declaración firme de un suelo como contaminado implica su inclusión en el mismo.

Es obvio que el legislador autonómico ha considerado suficiente la regulación que de dicho Inventario contiene el Decreto 326/1999, anteriormente aludido.

Por último, el Plan Regional de actuaciones en materia de suelos contaminados de la Comunidad de Madrid 2001-2006, se refiere curiosamente, a las fuentes de información del Inventario.

Efectivamente, el inventario de suelos potencialmente contaminados debe ser alimentado constantemente por diferentes fuentes de información, principalmente:

- El estudio sistemático de emplazamientos identificados a partir de hechos esporádicos y puntuales tales como denuncias, transferencias de propiedad, inspecciones, detección de contaminación en pozos, entre otros...
- El estudio sistemático de emplazamientos dentro de los programas de actuación sectorial según las actividades que se consideren prioritarias en cuanto a su potencial de generación de suelos contaminados.
- El estudio sistemático de áreas especialmente problemáticas por su historia industrial o la vulnerabilidad del medio.

Pues bien, enlazando con este último apartado, contemplamos en el siguiente todo lo relativo a la regulación que de esta materia de suelos contaminados establece, desde el punto de vista jurídico, el Plan Regional de la Comunidad de Madrid 2001-2006.

## **7. ACTUACIONES ESPECÍFICAS EN MATERIA DE SUELOS CONTAMINADOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID: PLAN REGIONAL 2001-2006**

Llegados a este punto y adentrándonos en el ámbito territorial específico de la Comunidad de Madrid, el instrumento que contempla las actividades precisas a llevar a cabo en materia de los suelos contaminados madrileños es, como su propio nombre indica, el Plan Regional de Actuación en Materia de Suelos Contaminados de la Comunidad de Madrid para el periodo de tiempo comprendido entre los años 2001 y 2006, firmado el día 18 de octubre de 2001.

Sin entrar a fondo en el estudio de todos y cada uno de los apartados que contempla el Plan Regional, muchos de ellos por tener un

marcado carácter técnico más que jurídico, destacamos los siguientes, por su estrecha relación con el hilo conductor de los aspectos que han sido objeto de examen en la presente Memoria:

- objetivos y principios generales;
- estrategias;
- participación de la Administración Local;
- programas específicos de actuación durante 5 años, del 2001 al 2006;
- divulgación.

Por lo que se refiere al primer apartado, deviene necesaria la distinción entre los objetivos de la política de los suelos contaminados en la Comunidad de Madrid, más genéricos, y los del Plan Regional, obviamente, más específicos.

Efectivamente, la política de suelos contaminados de la Comunidad de Madrid tiene dos objetivos fundamentales:

- la protección de la salud humana y del ecosistema;
- la protección de los recursos (desarrollo sostenible).

En segundo lugar, los objetivos y líneas de actuación principales del Plan son:

1. La protección del suelo en todos sus usos con el establecimiento de una política preventiva, siguiendo un criterio de multifuncionalidad.

La estrategia preventiva debe incluir el fomento de mejoras orientadas a la prevención de la contaminación del suelo y a la penalización de la aplicación de nuevos casos.

2. La resolución de los problemas heredados del pasado industrial de la Comunidad de Madrid, con el establecimiento de una política correctiva flexible y coherente, siguiendo criterios de riesgo y uso en una primera fase, a corto-medio plazo, y multifuncional a largo plazo.

La estrategia correctiva debe incluir la definición de los mecanismos y estructuras necesarias para la identificación de los suelos contaminados, mediante programas de actuación sistemática, sectorial y territorial, los criterios de priorización de las actuaciones y la resolución de los casos más urgentes.

3. La propuesta y desarrollo de los instrumentos legales, administrativos y económicos necesarios que permitan la implantación óptima del Plan, incluyendo las estructuras y canales necesarios de información y asesoramiento al público.

Todos estos objetivos se llevan a cabo a través de una serie de estrategias, que el Plan clasifica en una doble categoría; estrategias preventivas y correctivas, cuya finalidad gira en torno, como su propio nombre indica, a intentar evitar primero, o a reparar, después, el daño que pueda producirse.

1. *Estrategia preventiva.* La prevención de la contaminación constituye el eje básico que debe centrar la mayor parte de los esfuerzos de gestión ambiental, entendiendo que la preservación de los suelos en todos sus usos es la base de un desarrollo sostenible.

La actuación preventiva y, en general, la protección del suelo, debe orientarse según el principio de multifuncionalidad, es decir, conservar el suelo para que pueda ejercer todas sus funciones.

Es obvio que, ante el conocimiento limitado de la realidad de la contaminación del suelo en la Comunidad de Madrid, así como la falta de experiencia en la gestión de los suelos contaminados, no es viable la implantación inmediata de una política preventiva rígida con la finalidad última de multifuncionalidad, sino que ésta debe aplicarse mediante programas de información y planes de actuación gradual y progresivos.

Tal como ya se contempla en el Plan Nacional de Suelos Contaminados, la política preventiva debe basarse inicialmente en las acciones contenidas en los programas de gestión de residuos, en general, y en los residuos industriales en concreto, especialmente en las actuaciones relacionadas con la minimización de la producción y su adecuada gestión.

Adicionalmente, la entrada en vigor de la Directiva 96/61/CE del Consejo, del 24 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y control integrados de la contaminación, permitirá incidir en la autorización de las instalaciones que presenten las medidas adecuadas de prevención de la contaminación, incluyendo las autorizaciones de transportistas y gestores de residuos, así como la acreditación de la calidad del suelo para actividades contaminantes.

Una de las medidas preventivas que ya han sido contempladas en la reciente Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, es la publicación por el Gobierno de una lista de actividades potencialmente contaminantes de los suelos. De esta lista resultan una serie de obligaciones en la transmisión (nota marginal en el Registro de la Propiedad) y en el control periódico de la calidad del suelo en sus terrenos, también contempladas, como vimos, en la nueva Ley de Residuos de la Comunidad de Madrid 5/2003.

2. *Estrategia correctiva.* Aunque la actividad industrial en la Comunidad de Madrid ha sido relativamente reciente, si la comparamos con otras zonas de España o de Europa, los diferentes inventarios de

suelos potencialmente contaminados realizados hasta el momento constatan la existencia de un problema de cierta magnitud que debe conocerse y solucionarse.

Es evidente que no es posible, ni técnica ni económicamente, llevar a cabo todas las actuaciones necesarias para restaurar la multifuncionalidad en todos los emplazamientos inventariados. Es decir, el desarrollo y aplicación de una política correctiva de suelos contaminados presenta un límite que se deberá asumir y conlleva la definición de los instrumentos y criterios adecuados a la realidad técnica y económica de la Comunidad de Madrid, que ordene la forma de actuación y establezca los límites de gestión.

En este mismo orden de cosas, el Plan no se olvida de la participación activa de la Administración Local en este entramado de actuaciones específicas en materia de suelos contaminados de la Comunidad de Madrid.

Así, efectivamente, los Ayuntamientos tienen un papel importante en la gestión de suelos contaminados, no sólo por su proximidad a los emplazamientos a gestionar sino también por sus propias competencias y capacidades de actuación.

La colaboración entre las Administraciones Municipales y la Consejería de Medio Ambiente es indispensable para el buen funcionamiento del Plan Regional de Actuaciones en Materia de Suelos Contaminados de la Comunidad de Madrid.

Con esta finalidad, y debido al carácter marcadamente geográfico de la gestión de los suelos contaminados, es necesaria la información continua hacia y desde los Ayuntamientos, tanto sobre las actuaciones que pueden o deben desarrollarse por ambas partes, así como por la posible colaboración y apoyo para aumentar la eficiencia de los diferentes programas de gestión.

A su vez, el Plan Regional contempla toda una serie de instrumentos de planificación que tienen por principal objetivo, precisamente, garantizar la plena aplicabilidad y efectividad del mismo durante un período de tiempo ya delimitado comprendido entre los años 2001 y 2006, pudiendo distinguir, a efectos clasificatorios, tres grandes grupos: los Programas Generales, los Programas Sectoriales y otros Programas que complementan a los anteriores.

Cada uno de estos Programas cuenta con su correspondiente Plan de actuación, denominado General o Sectorial, según el caso. Como estos últimos tienen como único objetivo el desarrollo de los anteriores, van a ser objeto de estudio en su conjunto, con el fin de hacer más atractiva, en la medida de lo posible, este sector de la materia.

Así, por un lado, y con el objetivo de avanzar en el conocimiento y resolución del problema de los suelos contaminados de la Comunidad

de Madrid, se debe continuar con el programa o plan general de reconocimiento de suelos contaminados, en línea con los trabajos desarrollados hasta el momento por la Consejería de Medio Ambiente a partir de la firma de los convenios anuales de colaboración con el Ministerio de Medio Ambiente.

La política sistemática se rige por criterios de riesgo y uso del suelo y tiene como objetivo principal la protección de la salud de las personas y la minimización de los riesgos para el ecosistema.

Consecuentemente, el programa general de actuación establece dos líneas principales de trabajo: la resolución de los casos que supongan un mayor riesgo actual y la continuación de la labor iniciada de inventario para detectar otros casos de gravedad.

Siguiendo con las líneas de trabajo que se están desarrollando desde 1995, con la firma del convenio en materia de suelos contaminados entre la Consejería de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid y el Ministerio de Medio Ambiente, derivado del Plan Nacional de Suelos Contaminados (1995-2005), el plan de actuación general, o política sistemática de reconocimiento de suelos contaminados, seguirá desarrollando los trabajos de investigación y recuperación de suelos contaminados.

La finalidad del Plan General, o sistemático, es la detección y resolución de los casos de contaminación del suelo que supongan un riesgo inmediato para la salud humana o el ecosistema.

Los criterios principales de decisión son el riesgo y el uso real del emplazamiento y su entorno.

Este programa o plan general comprende tres tipos de trabajos a realizar: de reconocimiento, de investigación, finalmente y como no podía ser menos, de recuperación.

Los trabajos de reconocimiento, que incluyen las actividades relacionadas con las primeras fases de gestión de los suelos inventariados en la Base de Datos de Suelos Potencialmente Contaminados de la Comunidad de Madrid, son los siguientes:

- La recopilación de información general y recogida de datos *in situ*.
- Introducción de los nuevos datos en la Base de Datos de Suelos Potencialmente Contaminados de la Comunidad de Madrid.
- Evaluación de los resultados mediante priorización.
- Reconocimiento preliminar de emplazamientos sospechosos.
- Descripción de la actividad, del medio y del entorno.
- Primera valoración de la vulnerabilidad del medio y del entorno.
- Primer muestreo y análisis orientado a la fuente de contaminación.

— Introducción de los nuevos datos y ampliación de la información en la Base de Datos de Suelos Potencialmente Contaminados de la Comunidad de Madrid y priorización.

Los trabajos de investigación de suelos potencialmente contaminados se materializan a través de dos líneas de trabajo.

Por un lado, la Consejería de Medio Ambiente deberá realizar la supervisión y seguimiento de los trabajos realizados externamente, fundamentalmente de la solicitud de información y el requerimiento de actuaciones en el proceso de declaración de un suelo contaminado.

Por otro lado, además de la posible actuación de emergencia en la investigación de casos particularmente graves que justifiquen la adopción de medidas cautelares y ejecución de la investigación por parte de la Administración, se propone un plan de investigación detallada de emplazamientos de titularidad pública según los datos recabados en el inventario.

Por último, dentro de los trabajos de recuperación de suelos contaminados también deben diferenciarse dos líneas de trabajo:

- el seguimiento y supervisión de los trabajos realizados externamente, sea por requerimiento o por iniciativa privada; y
- la actuación subsidiaria de la Administración, sobre todo en los casos de actuación de emergencia y en terrenos de titularidad pública.

Por otro lado, es conveniente iniciar programas o planes sectoriales y territoriales en función de la implantación industrial en la Comunidad y las características del medio.

Estos programas, con una doble orientación preventiva y correctiva, permitirán abordar, de forma sistemática y gradual, los problemas potenciales relacionados con actividades especialmente conflictivas en cuanto a la posible contaminación del suelo y en zonas que presentan una elevada vulnerabilidad a la contaminación del medio. Siempre que sea posible, estos programas deben ser objeto de convenios sectoriales de actuación.

Con la finalidad de optimizar el esfuerzo y los recursos necesarios para el reconocimiento y evaluación de grupos de actividades potencialmente contaminantes, el programa de actuación sectorial tiene los siguientes objetivos particulares:

- El reconocimiento sistemático gradual de la calidad del suelo en aquellos sectores con un potencial de contaminación elevado a través del llamado informe periódico de situación a que se

refiere el art. 27 de la Ley 10/1998, objeto de estudio al inicio de esta Memoria.

— La evaluación preventiva de las instalaciones como potencial fuente de contaminación, valorando la necesidad de implantar las medidas de prevención, protección y control de la contaminación adecuadas al estado de las instalaciones y la situación del terreno.

Los planes de actuación sectorial deben ser objeto de convenios de colaboración entre la Consejería de Medio Ambiente y los organismos o asociaciones correspondientes.

Según la implantación industrial en la Comunidad de Madrid y el potencial de contaminación del suelo de las actividades más relevantes, los sectores prioritarios son, por orden de importancia:

1.º Las Estaciones de Servicios y centros de almacenaje y distribución de productos derivados del petróleo. En la Comunidad de Madrid se han identificado unas 430 Estaciones de Servicio, cerca de un 40% de las cuales se encuentran en el entorno de la ciudad de Madrid.

2.º El sector del metal, principalmente el sector de tratamiento y revestimiento de metales con más de 1.600 establecimientos, la fabricación de herramientas con más de 450 establecimientos y la transformación de metales con poco más de 120 establecimientos.

3.º La industria farmacéutica, principalmente la fabricación de productos de base, como sector principal, con más de 160 emplazamientos, y la industria química en general.

4.º Las actividades de recuperación o reciclaje de productos, principalmente las chatarrerías, los desguaces de automóviles y la recuperación de productos químicos.

Esta lista de actividades potencialmente contaminantes no debe ser limitativa y debe considerarse la posible adhesión voluntaria de otros sectores o actividades, careciendo por tanto, y esto es importante, del carácter de *numerus clausus*.

Finalmente, con el objetivo de desarrollar el marco técnico adecuado para la correcta gestión de los suelos contaminados, la ejecución de estos programas de actuación directa debe estar acompañada de *programas de estudio* de referencia, guías metodológicas, investigación y desarrollo, así como las actividades de asesoramiento técnico, difusión de la información y formación ambiental.

Por último, una de las líneas más importantes en el Plan Regional de Suelos Contaminados de la Comunidad de Madrid es la difusión de

información y el asesoramiento sobre la problemática de los suelos contaminados, su prevención y resolución.

La comunicación de información y formación ambiental se centrará en la publicación de documentos y trípticos divulgativos orientados a los diferentes sectores de la sociedad.

Dicha función viene siendo desarrollada por la Dirección General de Promoción y Disciplina Ambiental de la Consejería de Medio Ambiente.

El objetivo principal, de no fácil consecución, es la educación ambiental y la concienciación social en el campo de los suelos contaminados en temas básicos de interés general, tales como el concepto de suelo contaminado, su origen y sus consecuencias, la prevención de la contaminación del suelo, la identificación de casos o los mecanismos previstos para su reconocimiento y resolución.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

- Manuel Ruigómez, J. *Comentarios al nuevo Régimen de los suelos contaminados*, Protección del suelo y fondos europeos, Gijón, 12 de diciembre de 2002.
- El medio ambiente en la Comunidad de Madrid, 1999-2000*, Comunidad de Madrid, Consejería de Medio Ambiente.
- Terceras Jornadas sobre suelos contaminados*, Ministerio de Medio Ambiente, Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental.
- Medio ambiente en España*, Anuario 2003-07-02.
- Dorronsoro, C. *Descontaminación de suelos contaminados*.
- Ruiz de Apocada Espinosa, A. *La regulación de los suelos contaminados*.

## 1. Introducción

El contenido del presente estudio se centra en el análisis de la incidencia de las potestades de las Administraciones Públicas en los Bienes y Conjuntos Protegidos. El objetivo es concretar la regulación dichas potestades en la legislación de la Comunidad de Madrid. Para ello se procederá a un análisis pormenorizado de la normativa autonómica destacando el papel que juegan los catálogos como instrumentos de planeamiento urbanístico en el ámbito municipal.

Las partes objeto de estudio serán:



1. La primera parte se dedica a definir el contenido jurídico de los bienes inmuebles catalogados y la Administración competente para protegerlos, con referencia a la Comunidad de Madrid.
2. La parte segunda se destinará a definir los factores históricos, culturales y sociales, reflejados en las disposiciones normativas que justifican la protección de un bien o su entorno.
3. El tercer bloque plantea la parte central de la materia donde las potestades administrativas son analizadas desde una vertiente jurídico-práctica.
4. Para concluir la exposición se desarrolla el estudio de un Bien de Interés Cultural sito en el término municipal de Getafe, la Iglesia Catedral de Santa María Magdalena declarada Monumento Histórico-Artístico el 9 de mayo de 1958, ofreciendo un diagnóstico de las facultades administrativas aplicadas al campo de la reforma y restauración que actualmente se lleva a cabo en dicho inmueble, concluyendo el trabajo con la descripción del proyecto de peatonalización de su entorno.

## II. DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL Y RÉGIMEN JURÍDICO

### 2.1. Competencias

La protección de los inmuebles que constituyen el Patrimonio Histórico-Artístico ha de suponer la primera preocupación o punto de interés del legislador urbanístico, gozando del respaldo constitucional que ofrecen los artículos, 44, 46, 148.1 y 149.1<sup>1</sup>.

En este contexto, el planteamiento se formula desde una doble perspectiva:

1. De carácter general, respetando la legislación urbanística, que a nivel estatal y autonómico define los principios de actuación que deben incorporar y respetar los valores histórico-artístico.
2. De carácter especial, que en nuestro caso se denomina sectorial y que viene reflejado en las diversas normas, tanto estatales como autonómicas, que de manera específica concreta la actuación urbanística.

<sup>1</sup> Según el Preámbulo de la Ley de Patrimonio del Estado «El Patrimonio Histórico Español es el principal testigo de la contribución histórica de los españoles a la civilización universal y de su capacidad creativa contemporánea. La protección y el enriquecimiento de los bienes que lo integran constituyen obligaciones fundamentales que vinculan a todos los poderes públicos, según el mandato que dirige el artículo 46 de la Norma Constitucional».

### 2.2. Régimen Jurídico

Desde el punto de vista de la distribución competencial entre el Estado y las CC.AA. nos encontramos en el artículo 149.1.28.<sup>2</sup>, ante una competencia concurrente.

En este ámbito, los deberes constitucionales se desgranán desde un punto de vista legislativo en dos bloques:

1. La legislación urbanística *strictu sensu*.
2. La legislación sectorial donde se establecen parámetros, requisitos, límites y controles a los que se ha de someter el patrimonio histórico, cultural y artístico para su conservación y protección.

El estudio de la distribución competencial entre el Estado y las CC.AA. pasa por definir las competencias exclusivas del Estado constitucionalmente garantizadas, entre las que se encuentra la defensa del Patrimonio Histórico-Artístico y Cultural contra la expoliación y exportación, reservándose las Comunidades Autónomas lo restante, siempre en atención a sus propios estatutos (STC 103/1988)<sup>3</sup>.

Entre la legislación estatal de aplicación a las CC.AA. reguladora de esta materia encontramos entre otras las siguientes disposiciones normativas:

- Ley del Patrimonio Histórico Español, de 25 de junio de 1985, siendo la Ley 16/1985.
- El Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, que desarrolla la Ley de Patrimonio Histórico Español.

Por su parte, por los títulos concurrentes vinculados al artículo 149.2 del Texto Constitucional se establece que el Estado considera el servicio a la cultura como un deber y atribución esencial facilitando la comunicación cultural de la Comunidad Autónoma, avalada esta característica por abundante jurisprudencia (STC 17/1991, 31 enero, RTC 1.991,17)<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Le corresponde al Estado la «Defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por las Comunidades Autónomas».

<sup>3</sup> Aun cuando la competencia autonómica no impide el ejercicio de las que con arreglo al artículo 149.28.<sup>o</sup> de la Constitución, son también propias y exclusivas del Estado, no parece discutible que en la citada norma estatutaria ha de entenderse comprendida la competencia autonómica para definir el patrimonio documental, en cuanto parte integrante de su patrimonio histórico, así como para determinar los documentos radicados en el territorio que constituyan ese patrimonio (STC. 103/1988).

<sup>4</sup> La sentencia 17/1991, de 31 de enero, declara que el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que «Por títulos concurrentes vinculados al art. 149.2. de la CE, tanto el Esta-

Por su parte, la **normativa autonómica**<sup>5</sup> se centra en concretar y desarrollar las determinaciones estatales en materia de Patrimonio Histórico. Todo sin perjuicio de lo establecido en el artículo 148.1.3. de la Constitución por el que se otorga competencia exclusiva a las CC.AA. en materia de urbanismo.

Entre la normativa de las diferentes CC.AA. que desarrolla la materia cabe citar entre otras las siguientes:

- Andalucía: Ley 1/1991, de 3 de julio de Patrimonio Histórico.
- Aragón: Ley 3/1999, de 10 de marzo de Patrimonio Cultural.
- Islas Baleares: Ley 6/1993, de 28 de septiembre, de adecuación de las Redes de Instalaciones a las condiciones Histórico-Ambientales; Ley 12/1998, de 21 de diciembre de Patrimonio Histórico.
- Islas Canarias: Ley 4/1999, de 15 de marzo.
- Cantabria: Ley 11/1998, de 13 de octubre, de Patrimonio Cultural.
- Castilla-La Mancha: Ley 4/1990, de 30 de mayo, de Patrimonio Histórico.
- Cataluña: Ley 9/1993, de 30 de septiembre de Patrimonio Cultural.
- Extremadura: Ley 2/1999, de 29 de marzo de Patrimonio Histórico y Cultural.
- Galicia: Ley 8/1995, 30 de octubre de Patrimonio Cultural; Ley 3/1996, de 1 de mayo, de Protección del Camino de Santiago.
- País Vasco: Ley 7/1990, de 3 de julio de Patrimonio Histórico-Artístico.
- Madrid: Ley 10/1998, de 9 de junio de Patrimonio Histórico; Ley 7/2000, 19 de junio de Rehabilitación de Espacios degradados y de Inmuebles que deben ser objeto de preservación.

do como las Comunidades Autónomas tienen competencia para la difusión internacional del patrimonio, y no cabe ni negarlo al Estado ni interpretar el artículo 2.3 de la LPE, de modo que genere para su administración competencia exclusiva al respecto».

<sup>5</sup> El ordenamiento urbanístico existente en España en la actualidad se articula alrededor de tres grandes principios consagrados en la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/97, de 20 de marzo, que toman como referencia el principio de jerarquía normativa:

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 serán de aplicación los preceptos que se mantuviesen en vigor la Ley de 26 de junio de 1992. No obstante, la Ley 6/98, de 13 de abril, sobre Régimen de Suelo y Valoraciones ha actualizado la declaración del Tribunal Constitucional, constituyendo en la actualidad la normativa básica de aplicación a todo el territorio nacional.

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

En tercer lugar, el derecho estatal supletorio, constituido por la normativa dictada con anterioridad a la Constitución.

- Valencia: Ley del Patrimonio Cultural Valenciano, de 11 de junio de 1998.

Por último, la protección, conservación y rehabilitación del patrimonio histórico-artístico por parte de las CC.AA. en el ámbito urbanístico, se caracteriza por las siguientes notas:

- La parte esencial de las normas se destina a justificar la **obligatoriedad** de que distintas normas urbanísticas recogidas en la legislación autonómica contengan medidas de protección urbanística del medio natural, histórico y cultural.
- Serán los **Planes Especiales** los instrumentos urbanísticos más adecuados, aunque no los únicos, para que se consoliden y lleven a la práctica las determinaciones objeto de protección.
- Los **catálogos** se establecen como documentos e instrumentos urbanísticos, que contribuyen a individualizar los bienes inmuebles objeto de protección.
- Las CC.AA. intervendrán en la **toma de decisiones** en actuaciones que afecten a los inmuebles especialmente cuando se trate de la demolición o rehabilitación de los mismos, con carácter previo y vinculante a la resolución administrativa que se adopte por el Ayuntamiento, especialmente, en los expedientes de declaración de ruina, en los que la legislación sectorial de patrimonio histórico adquiere un protagonismo tal que excluye a la legislación urbanística.
- Por último, el reconocimiento con carácter agravante de las **infracciones** que se comenten contra el planeamiento histórico urbanístico por razón de la calidad de los bienes.

### III. DEFINICIÓN Y TIPOS DE BIENES

#### 3.1. Definición

En un sentido amplio, como se desprende del contenido de la Ley del Patrimonio Histórico Español 16/1985, como una riqueza se entiende como Patrimonio Histórico, Artístico y Cultural, la riqueza colectiva constituida por todos aquellos bienes materiales e inmateriales de valor histórico, artístico, científico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, técnico, documental o bibliográfico, que son merecedores de una especial protección.

Realmente se utiliza indistintamente para definir el Patrimonio la afección de Patrimonio Histórico, Patrimonio Cultural o Patrimonio

Artístico a mi entender se refiere al mismo concepto, siendo más adecuado un concepto unificador de los mismos «Patrimonio Histórico, Artístico y Cultural», ya que cada afección da respuesta a un género distinto<sup>6</sup>.

### 3.2. Contenido

La exposición se centrará en análisis de aquellos bienes que pueden ser objeto de catalogación desde el punto de vista del planeamiento urbanístico, y especialmente los bienes inmuebles que por sus especiales características deberán ser incluidos en éste.

Los bienes inmuebles a los efectos del Patrimonio Histórico<sup>7</sup>, son además de los enumerados en el artículo 334 del Código Civil, cuantos elementos puedan considerarse consustanciales a los edificios y formen parte de los mismos o de su entorno, o lo hayan formado, aunque en el caso de poder ser separados constituyan un todo perfecto de fácil aplicación a construcciones o a usos distintos del suyo original.

Los bienes integrados de forma genérica en el Patrimonio Histórico, pueden ser declarados dentro de alguna de las clasificaciones siguientes, según se regula en el artículo 15 de la Ley de Patrimonio Histórico Español:

«**Monumentos.** Son aquellos bienes inmuebles que constituyen realizaciones arquitectónicas o de ingeniería, u obras de escultura colosal siempre que tengan interés histórico, artístico, científico o social.

«**Jardín histórico.** Es el espacio delimitado, producto de la ordenación por el hombre de elementos naturales, a veces complementando con estructuras de fábrica, y estimado de interés en función de su origen o pasado histórico o de sus valores estéticos, sensoriales o botánicos.

<sup>6</sup> Esta es la línea seguida por la Ley 10/1998 del Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid, que será objeto de estudio y que en su Preámbulo establece que «El Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid ha de ser globalmente entendido y valorado como la explicación de una historia pasada que a través de sus manifestaciones sociales, culturales y económicas han posibilitado la evolución histórica cuyos vestigios patrimoniales deben ser valorados y protegidos como un conjunto coherente que testimonia y facilita el conocimiento de esa evolución.»

<sup>7</sup> La LPE en su Preámbulo se consagra una nueva definición de Patrimonio Histórico y amplía notablemente su extensión. En ella quedan comprendidos los bienes muebles e inmuebles que lo constituyen, el Patrimonio Arqueológico y el Etnográfico, los Museos, Archivos y Bibliotecas de titularidad estatal, así como el Patrimonio Documental Bibliográfico. Busca en suma asegurar la protección y fomentar la cultura material debida a la acción del hombre en el sentido amplio, y concibe aquella como un conjunto de bienes que en sí mismos han de ser apreciados, sin establecer limitaciones derivadas de la propiedad, uso, antigüedad o valor económico.

«**Conjunto histórico.** Es la agrupación de bienes inmuebles que forman una unidad de asentamiento, continua o dispersa, condicionado por una estructura física representativa de la evolución de una comunidad humana por ser testimonio de su cultura o constituir un valor de uso y disfrute para la colectividad. Asimismo es Conjunto Histórico cualquier unidad superior de población que reúna esas mismas características y puede ser claramente delimitado.

«**Sitio histórico.** Es el lugar o paraje natural vinculado a acontecimientos o recuerdos del pasado, a tradiciones populares, creaciones culturales o de la naturaleza y a obras del hombre que posean valor histórico, etnográfico, paleontológico o antropológico.

«**Zona arqueológica.** Es el lugar o paraje natural donde existen bienes muebles o inmuebles susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie, en el subsuelo o bajo las aguas territoriales españolas».

Por último el artículo 8 de la Ley 10/98, del Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid reitera con su contenido el listado establecido por la legislación estatal.

## IV. POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN

El estudio de esta cuestión tiene por objeto:

1. La descripción de la incidencia de las normas urbanísticas en la potestad<sup>8</sup> de las Administraciones Públicas implicadas en la defensa de los Bienes protegidos, y sus manifestaciones.
2. En el análisis de los Catálogos y la concreción de los campos de actuación de la Administración en relación con los Bienes incluidos o no en los Catálogos considerando a éstos como instrumentos de planeamiento, ofreciendo un diagnóstico de las actuaciones administrativas en la Comunidad de Madrid.

Las normas urbanísticas se ven afectadas por la legislación sobre el Patrimonio Histórico ofreciendo el siguiente balance:

<sup>8</sup> El ejercicio de potestades administrativas siempre se encuentra condicionado por el respeto al principio de legalidad. La potestad en una expresión de supremacía administrativa por razón del interés general (TS 20-3-95, RJ 10069); por ello, no puede identificarse con el privilegio o derogación subjetiva singular del ordenamiento común que no tiene justificación en una finalidad objetiva superior (TS 27-3-86, RJ 1527). No existe potestad administrativa sin habilitación previa por el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, toda acción administrativa, para que sea válida, ha de basarse en la debida y previa habilitación normativa.

- En la elaboración y redacción del **planeamiento general o instrumento de desarrollo** la Administración se ve obligada al cumplimiento de las exigencias de la legislación sobre el patrimonio histórico.
- En la confección de **Catálogos** que viene a concretar el nivel de protección que afectan tanto a inmuebles como a espacios libres.
- En la **prohibición** de colocar cualquier clase de publicidad comercial, así como antenas, carteles y otros elementos tales como conducciones o canalizaciones en la zona arqueológica.
- En el otorgamiento de **licencias**.
- En la **declaración de ruina y demolición de inmuebles**.
- En la **protección** de bienes inmuebles y del patrimonio arqueológico y etnográfico.
- En las medidas de **fomento** de los bienes inmuebles.
- En la protección que se otorga tipificando toda una serie de **infracciones** administrativas con sus sanciones correspondientes, e incluso delitos tipificados por el Código Penal.

Dada la importancia que reviste cualquiera de las actuaciones anteriormente descritas, es necesario, el estudio pormenorizado de las más importantes, a la luz de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid<sup>9</sup> y la Ley 10/1998, del Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid y su normativa de desarrollo.

#### 4.1. El planeamiento urbanístico

La Ley 9/2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid, en sus artículos 44 y 46 exige entre la **documentación necesaria para elaboración** de los Planes Generales de Ordenación Urbana y los Planes Sectoriales, la incorporación de un Catálogo de Bienes y Conjuntos protegidos.

Para el supuesto del planeamiento de desarrollo se podrán elaborar como documentación complementaria los referidos catálogos.

No obstante, el artículo 55 de la Ley 9/2001 permite, sin perjuicio de su incorporación en la documentación del Planeamiento General, la aprobación de catálogos que con carácter independiente serán desarrollados con posterioridad.

<sup>9</sup> La competencia en esta materia ya viene reconocida en el artículo 26 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, donde en sus artículos 13 y 14 se establece la plenitud de la función legislativa en Patrimonio Monumental de interés de la Comunidad.

Por último, el artículo 29 de la Ley 10/1998 de Patrimonio de la Comunidad de Madrid establece que la protección urbanística de los Conjuntos Históricos se llevará a cabo mediante la aplicación de alguno de los siguientes **instrumentos**: Planes Especiales de Conservación y Rehabilitación, Planes Generales de Ordenación Urbana y cualquier otro instrumento previsto en la legislación urbanística cuyo contenido se ajuste a lo establecido para los Planes Especiales, en la referida ley y en la del Estado en materia de Patrimonio Histórico.

#### 4.2. El carácter vinculante de los informes

Este es el campo de actuación donde con más severidad las CC.AA. controlan la actuación de los Ayuntamientos en materia de Patrimonio Histórico. La necesidad de emitir informes con carácter previo y vinculante exigidos a los órganos competentes de la CA, genera un campo de control interadministrativo muy determinante para el margen de decisión de la política urbanística municipal.

En este campo la Ley 10/1998, del Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid, exige la solicitud de los siguientes informes, dependiendo de la fase de control o intervención autonómica de dichos bienes:

- **Informe preceptivo** respecto de la Consejería de Educación, antes de la **aprobación provisional de los instrumentos de planeamiento**, de conformidad con el artículo 31 de la Ley 9/2001.
- Previa **autorización** de la Consejería de Educación, a través de la Dirección General del Patrimonio Histórico-Artístico de cualquier **actuación** en un Bien de Interés Histórico, o en su entorno de protección (art. 56 de la Ley 10/1998, y en lo no previsto en el artículo 23 de la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español).
- Autorización de la Consejería de Educación para la adopción de **medidas de protección de la legalidad urbanística y el régimen sancionador**, en los mismos términos anteriormente indicados.
- **Preceptivo y determinante informe** de los Servicios Técnicos de la Dirección General del Patrimonio Histórico-Artístico, que será necesario para la declaración de ruina así como en cualquier declaración o incoación de expediente de ruina que afecte a un bien (art. 25 de la Ley 10/1998).
- Preceptiva **autorización** de la Consejería de Educación, previo informe del Consejo Regional del Patrimonio Histórico de la

Comunidad de Madrid, que se deberá en caso de **demolición** contar para proceder a la demolición de Bienes de Interés Cultural o incluidos en el Inventario, dejando constancia en todo caso del carácter excepcional de tales situaciones (art. 26 de la Ley 10/1998).

Por otro lado, como factor de corrección de la inactividad ante la tardanza en la emisión de los referidos informes, en caso de silencio, ha de considerarse denegada la actuación requerida, como regla que procedente del procedimiento administrativo deja nuevamente salvaguardado el Patrimonio objeto de protección.

#### 4.3. Órdenes de ejecución y vinculaciones singulares

El artículo 19 de la Ley del suelo 6/1998, determina que los propietarios de toda clase de terrenos y construcciones deben mantenerlos en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público, entendiéndose que este deber de conservación no es ilimitado. El deber de conservación sólo cedería ante las situaciones de ruina, cuestión que queda desvirtuada en el ámbito de la protección de los bienes protegidos.

En la Ley 10/1998, del Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid, se analiza el control o intervención autonómica en este campo donde encontramos:

- El artículo 26.1 de la Ley 10/1998, del Patrimonio de la Comunidad de Madrid, que establece que este deber de conservación **no cesa al producirse una hipotética o declaración de ruina de un bien.**
- En esta línea, el artículo 18.1 de la Ley 10/1998 de la Comunidad de Madrid, regula que los propietarios, poseedores y demás titulares de derechos reales sobre bienes integrantes del Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid, están **obligados a conservarlos**, mantenerlos, custodiarlos y protegerlos debidamente para asegurar su identidad y evitar su pérdida, destrucción o deterioro. Este deber básico comporta salvaguardar la integridad del bien y no destinarlo en ningún caso a usos y actividades que pongan en peligro la pervivencia de los valores que hacen de él un bien protegido.
- Por otro lado, el **incumplimiento de las obligaciones** de protección y conservación, será causa de interés social para la **expropiación forzosa** de los Bienes de Interés Cultural y de los destinados a la creación, ampliación y mejora de museos, archi-

vos y bibliotecas, en cumplimiento del artículo 23 de la Ley 10/1998.

- El artículo 43 de la Ley 6/1998, sobre el régimen del suelo y valoraciones, junto con el artículo 10 de la Ley 10/1998 de la Comunidad de Madrid distingue **vinculaciones singulares** tendentes a imposición de **deberes y cargas** en orden a la conservación y las referidas al **aprovechamiento urbanístico.**

Por último, se plantea el problema siempre controvertido de la línea divisoria entre lo que es o no indemnizable cuando se rebase el límite del deber de conservación exigido por la normativa urbanística. Así la STC 11-2-85 (RJ 1985/1019) y STC 18-12-96 (RJ 1996/9525) son manifestaciones expresivas de los requisitos necesarios para la obtención de la indemnización derivada de la imposición del deber de conservación por encima de lo normal.

#### 4.4. Declaración de ruina

La declaración de ruina<sup>10</sup> y todas las actuaciones asimiladas a esta situación (demolición, conservación o rehabilitación), es realmente la figura del urbanismo que más ha preocupado al legislador en lo que concierne a la protección del patrimonio inmueble declarado de carácter histórico; y tal es así que se llega hasta el extremo de prohibir la demolición de edificios de esta naturaleza, limitándose estas medidas a las estrictamente necesarias para evitar daños a las personas o cosas.

La protección ante una de estas situaciones se basa en que para la demolición de un bien inmueble protegido<sup>11</sup> por razones de imposibilidad de su conservación y mantenimiento, es necesario obtener la previa declaración de ruina, con intervención de la Comunidad Autónoma como requisito para autorizar la mencionada situación, constituyendo esta regla general establecida por la Ley del Patrimonio Histórico Español.

<sup>10</sup> Sobre la declaración de ruina debe atenderse a la legislación autonómica en la materia regulada en el Título IV, Sección 2.ª de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid.

<sup>11</sup> Una primera aproximación al tema puede tomar como referencia las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1982 (Art. 1980) y 17 de enero de 1985 (Art. 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 urbanística son diferentes, sin declarar expresamente la prelación de la una sobre la otra, aunque la conclusión que apunta de reconstruir los elementos más significativos del inmueble, parece suponer un reconocimiento de la primacía normativa especial cultural sobre la general, encarnada en la Ley del Suelo.

En el ámbito de la analizada **Ley 10/1998**, será necesario para la **declaración de ruina el preceptivo y determinante informe de los Servicios Técnicos de la Dirección General del Patrimonio Histórico-Artístico de la Comunidad Autónoma**, así como que cualquier declaración o incoación de expediente de ruina que afecte a un bien, que será causa suficiente de utilidad pública para iniciar la tramitación de la expropiación forzosa del inmueble afectado (art. 25 de la Ley 10/1998, en concordancia con el art. 24 de la Ley 16/1985 del Patrimonio Histórico Español).

Deberá en caso de **demolición** contar con la preceptiva autorización de la Consejería de Educación, previo informe del Consejo Regional del Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid, para proceder a la demolición de **Bienes de Interés Cultural o incluidos en el Inventario**, dejando constancia en todo caso del carácter excepcional de tales situaciones.

#### 4.5. Los estudios arqueológicos

Los trabajos arqueológicos suelen ser los instrumentos por los que afloran bienes muebles o inmuebles que sepultados durante siglos evidencian huellas de nuestros antepasados, por lo tanto, dan a conocer una nueva faceta de los bienes que pertenecientes al Patrimonio Histórico son dignos de protección.

Si bien la legislación exigiendo los previos sondeos y estudios arqueológicos en la fase de elaboración del planeamiento pretende evitar perjuicios posteriores de graves repercusiones económicas.

Con el fin de evitar posibles paralizaciones posteriores de obras se **analiza con sumo cuidado la información** que sobre esta materia se incorpora en los planes, y que será objeto de atención a la hora de adoptar medidas preventivas y restauradoras. Esta facultad se encuentra prevista en el artículo 45 de la Ley 10/1998, objeto de análisis.

Conforme a la Ley de la Comunidad de Madrid, en la elaboración de la documentación relativa al planeamiento y en especial a los PGOU, es necesario la formulación de **un mapa** que recoge las **áreas de protección arqueológica** diferenciando **tres niveles** de protección, con el fin de evitar incursiones descontroladas en estos ámbitos protegidos, con la obligación de solicitar autorización para las prospecciones arqueológicas, ante cualquier actuación urbanística que puede afectar a dicha zona, todo ello de conformidad con el artículo 40 de la Ley 10/1998 de la Comunidad de Madrid.

#### 4.6. Infracciones administrativas y sanciones

El régimen sancionador<sup>12</sup> en materia de patrimonio histórico puede resumirse de la siguiente manera:

- **Mayor gravedad** de las sanciones que las existentes en el régimen urbanístico ordinario.
- **Mayor plazo de prescripción** de las infracciones.
- **Publicidad** de las sanciones.
- El posible **carácter penal** de algunas de las infracciones.

Con la adopción de estas medidas se pretende ser coherente con la necesidad de conservar preservar y fomentar el patrimonio histórico, otorgando a la Administración mayores potestades que faciliten la adopción de las necesarias medidas cautelares, y la imposición de sanciones económicamente elevadas, con el fin de evitar reincidencias sin perjuicio de la obligación por el infractor de restaurar la legalidad urbanística vulnerada.

Coherente con lo expuesto la **Ley 10/1998**, en su **Título III regula las medidas para el restablecimiento de la legalidad y el régimen sancionador**, destacando como **órganos** competentes para la interposición de sanciones, dependiendo de la cuantía de la multa impuesta, al **Alcalde, el Director General del Patrimonio Cultural, el Consejero** competente en la materia, y el **Consejo de Gobierno de la Comunidad**.

Por su parte, en el artículo 204,1 c), de la Ley 9/2001, de la Comunidad de Madrid se establece que son las **infracciones urbanísticas muy graves la destrucción o deterioro de bienes catalogados** por la ordenación urbanística o declarados de interés cultural conforme a la legislación sobre el patrimonio histórico, cultural y artístico.

#### 4.7. Delitos

El **Título XVI, Capítulo II «De los delitos sobre el Patrimonio Histórico», del Código Penal**, pone de manifiesto la importancia de la tipificación de los actos que atentan contra el Patrimonio Histórico, suponiendo una novedad de la legislación penal en el ordenamiento

<sup>12</sup> Con un alcance más incorrecto y sin especificar la solución real que haya de darse al problema de seleccionar los materiales y el sistema operativo en la restauración, conservación o rehabilitación de un bien cultural, caben también mencionar las previsiones contenidas a ese respecto en los artículos 10 y 11 de la Declaración de Granada de 1985, patrocinada por el Consejo de Europa.

jurídico urbanístico, las formas y modos en que la legislación penal de 1995<sup>13</sup> contempla la tipificación de ciertas acciones<sup>14</sup>.

## V. LOS CATALOGOS

### 5.1. Determinaciones normativas

Según la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid, el catálogo<sup>15</sup> supone en líneas generales un documento incorporado al planeamiento más adecuado bien sea el planeamiento general o el de desarrollo. Tiene como finalidad la preservación de un conjunto de bienes catalogados y que merecen o necesitan una especial protección.

Según el artículo 55 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, sin perjuicio de que deben formar parte de los Planes de Ordenación, «podrán formularse y aprobarse catálogos de bienes y espacios protegidos, con el mismo contenido, si bien únicamente para complementar, preservar, actualizar o mejorar aquéllos.»

El contenido de los catálogos de bienes y espacios protegidos de los diversos Planes de Ordenación Urbana y los aprobados con carácter complementario o de actualización, o mejora de éstos, integra un registro radicado en la Consejería competente en materia de ordenación urbanística.

Respecto al procedimiento de tramitación y aplicación, dejando al margen la incorporación de los catálogos en los Planes de Ordenación donde se tramitarán junto a éstos y según el procedimiento legalmente establecido, y en virtud de los artículos 59 y 60 del texto legal analizado, la aprobación inicial de los catálogos corresponde al Alcalde, con un período de información pública de 30 días.

Serán preceptivos los siguientes informes:

<sup>13</sup> El delito de contrabando está regulado en la LO 12/1995, de 12 de diciembre, donde en su artículo 2 se tipifica como delito de contrabando sacar del territorio español bienes que integren el Patrimonio Histórico Español, siempre que el valor de los bienes sea igual o superior a tres millones de pesetas.

<sup>14</sup> Debe tenerse en cuenta los artículos 30, 31 y 33 de esta Ley, así como los artículos 45 y 57 del RD 111/1986, de 10 de enero. El RD 64/1994, de 21 de enero, se modifica el citado RD 111/1986, aclara que se incluyen en el concepto de exportación aquellas salidas que tengan por destino países de la Unión Europea. Sobre el permiso de exportación, analizando los artículos 46 a 51 de dicho Reglamento, y sobre el permiso exportación temporal de los artículos 52 a 57.

<sup>15</sup> Los catálogos propios de la legislación urbanística no deben confundirse con el Registro e Inventario a que se refiere los artículos 12 y 26 de la LPE. Sobre los citados catálogos las previsiones de la normativa urbanística, son competencia de las Comunidades Autónomas. En consecuencia, tras la STC 61/1997, de 20 de marzo, establece que los preceptos estatales de carácter supletorio han de buscarse en el TR de 1976.

- El informe de la Consejería competente en materia de patrimonio histórico-artístico, cuando se trate de catálogos que afecten a bienes de su competencia.
- El de la Consejería competente en materia de catálogos de protección del patrimonio urbano y arquitectónico cuando se trate de Bienes no incluidos en el Patrimonio Histórico-Artístico, que será vinculante y por último.
- El de la Consejería competente en materia de medio ambiente cuando se trate de catálogos de espacios naturales protegidos.

El Pleno será el **órgano competente** para aprobar dicho instrumento de forma provisional, debiéndose remitir a la Consejería correspondiente en materia de ordenación urbanística para su aprobación definitiva, siendo la Comisión de Urbanismo de Madrid, el órgano competente de la Comunidad para la indicada aprobación definitiva.

### 5.2. Contenido

Como ya se ha expuesto el catálogo puede manifestarse como un instrumento de desarrollo dotado de independencia con respecto del resto de los instrumentos de la misma naturaleza o los de planeamiento general.

Fiel a la importancia que la ley otorga a la figura del catálogo, por la Consejería de las Artes de la Comunidad de Madrid se han emitido instrucciones para la inclusión en el planeamiento las determinaciones necesarias sobre la protección del Patrimonio Histórico, destacando el tratamiento que ofrece sobre el entorno de los BIC, entre las que cabe destacar las siguientes:

1. Los documentos de planeamiento deberán recoger en su Normativa Urbanística y en la documentación del catálogo con el epígrafe «Bienes a proteger», todas aquellas determinaciones que afecten al régimen urbanístico de los bienes y de sus entornos que figuren en las resoluciones correspondientes a la incoación y/o declaración.
2. En caso de Bienes Incoados o Declarados, pendientes de delimitación de su entorno de afección, el planeamiento deberá, a modo de propuesta identificar, de acuerdo con los criterios de los Servicios Técnicos de la Dirección General del Patrimonio Histórico-Artístico, dichos entornos, pudiendo afectarlos con criterios de protección específicos incorporados en las Norma-

tivas Urbanísticas, hasta tanto no se concluya la delimitación por esta Dirección General Delimitación; que en principio, tomará como punto de partida la propuesta por los instrumentos de planeamiento correspondientes.

3. En todo caso y como norma general para los entornos de protección o propuestas de entorno de afección de los Bienes de Interés Cultural o de los inmuebles incluidos en el Inventario de Bienes Culturales de la Comunidad de Madrid, tanto en la Normativa Urbanística que en cada caso les afecte, como en las posibles remodelaciones urbanas, los criterios de protección que deben tenerse en cuenta determinarán, al menos la preservación de los siguientes aspectos:

- Las alineaciones y rasantes.
- La tipologías parcelarias tradicionales y las de ocupación del suelo.
- Las condiciones de edificabilidad característica.
- El trazado viario existente o históricamente documentado.
- Los invariantes y tipología edificatoria tradicionales.

4. Si de la aplicación de los criterios de protección a un Bien de Interés Cultural o a su entorno, se pudieran deducir vinculaciones o limitaciones singulares, deberán articularse compensaciones dentro del planeamiento que garanticen el reparto de cargas y beneficios.

### 5.3. Criterios para la incorporación de bien al catálogo. Definición de los niveles y grados de protección

A continuación se formula una propuesta de los criterios y la definición de los grados de protección desde la perspectiva de un catálogo, adoptándolo a las instrucciones y criterios normativos de la Comunidad de Madrid<sup>16</sup>.

Se establecen dos tipos de protección diferenciados, atendiendo al carácter individual o global del bien protegido:

1. Protección individualizada de elementos o edificios.
2. Protección de conjuntos.

<sup>16</sup> Es necesario establecer que la manifestación de la potestad de seleccionar los bienes para incorporarlos al catálogo pertenece en primera instancia a la Administración Local, sin perjuicio del control indirecto de las Comunidades Autónomas en la aprobación de los instrumentos de planeamiento que los legitima.

La protección de elementos se aplica a cada uno de los **edificios aislados**, identificados como tales en un catálogo, estructurándose en tres GRADOS de protección jerarquizados, que se denominan INTEGRAL, ESTRUCTURAL Y AMBIENTAL.

La protección de los **conjuntos** podrá ser complementaria de la de elementos o afectar directamente al conjunto objeto de preservación, y que suponen la aplicación de ciertas condiciones que preservan los valores derivados de las características de los bienes que constituyen el conjunto objeto de catalogación, aplicándose dos GRADOS de protección, que se denominan ESTRUCTURAL Y AMBIENTAL.

#### 5.3.1. Protección individualizada de elementos o edificios

##### A) Grado 1.º Protección integral

a) *Definición.* Se trata de inmuebles de excepcionales valores objetivos de carácter arquitectónico histórico-artístico o típico que con independencia de su estado de conservación **deben mantenerse en su total integridad**, con especial respeto científico de sus características singulares y de los elementos o partes concretas que lo componen, procurándose su recuperación funcional y monumental por todos los medios de la técnica.

b) *Actuación.* Se exige una **conservación absoluta** siendo objeto de protección tanto el contenedor como el contenido arquitectónico; se mantendrán los usos actuales, permitiéndoles su adaptación para equipamientos públicos.

Se admitirán únicamente obras de restauración y rehabilitación, manteniendo la estructura y decoración originales permitiéndose la eliminación de elementos superfluos.

##### B) Grado 2.º Estructural

a) *Definición.* Incluye todos aquellos inmuebles de especial valor artístico, arquitectónico, pintoresco, típico o ambiental, que por sus características y objetivos y por conformar el ambiente urbano en que se hallan **deben ser conservados con tratamientos específicos** para mantener sus condiciones volumétricas, estructurales, tipológicas y ambientales, sin perjuicio de obras interiores o exteriores de adaptación, compatibles con el uso pertinente a su estructura y función urbanas.

b) *Actuación.* Será objeto de protección el **contenedor**, manteniendo **forjado y estructura portante**. Posibilidades de reforma interior y tabiquería y mejora de servicios y condiciones higiénicas, admitiéndose un cambio de uso.

### C) Grado 3.º Ambiental

a) *Definición.* Incluye aquellos inmuebles de valor arquitectónico, decorativo, popular, pintoresco típico y ambiental que por las **características de su fachada o tipología** y por ser pieza de un escenario urbano-concreto, deben conservarse con los detalles decorativos y estéticos que los caracterizan.

b) *Actuación.* Tendrá por objeto la **conservación exterior de las fachadas**, se admiten sobre ellos determinadas **reformas para mejorar las condiciones de habitabilidad**, e incluso el aumento de volumen hasta alcanzar las condiciones normales de edificación previstas para la zona de ordenanza en que se sitúen. Se permite también la **nueva construcción del contenedor y el cambio de uso**, manteniendo el esquema arquitectónico de sus fachadas.

#### 5.3.2. Protección de conjuntos

Para ambos grados de protección se definen como el **conjunto de edificios de valor ambiental**, en los que se incluyen construcciones, contiguas o distintas entre sí, que sin tener toda o algunas de las anteriores categorías forman un conjunto ambiental caracterizado por sus formas, colores y ritmos, entre los cuales puedan hallarse edificios del grado 2.º o 3.º, pero que admite que los restantes edificios o construcciones no catalogados puedan ser renovados rehabilitados o construidos con similares elementos o invariantes arquitectónicos y las mismas alturas y formas dominantes que el preexistente o que los contiguos.

#### A) Grado 1.º Estructural

*Actuación.* Se trata de **conservar el conjunto** debido a la pervivencia de tipologías de interés, el valor de sus componentes a la unidad de la estructura o a su organización. En cada caso, se aplicarán para los edificios que la componen las categorías en función de su estado de conservación y de su interés.

#### B) Grado 2.º Ambiental

*Actuación.* Se procederá a la **conservación de las tipologías** cuando el estado del conjunto no permita su conservación total; se podrán realizar aumentos de volumen de acuerdo con las ordenanzas de la subzona en la que se ubiquen y aumento de las plantas según las condiciones normativas de edificación en las mismas.

Se permitirá la reedificación de todo o parte del conjunto, mante-

niendo las condiciones estéticas, materiales, ritmo de huecos en fachadas, elementos significativos, rejas, aleros, balcones, etc., de la edificación original.

## VI. PATRIMONIO HISTÓRICO-ARTÍSTICO Y CULTURAL NO CATALOGADO

### 6.1. Concreción de los campos de actuación protectora

El análisis se centrará en reseñar hasta dónde son de aplicación las **potestades** de la Administración en el ámbito de estos bienes protegidos, para en último lugar, efectuar un estudio comparado del **campo de preservación ofrecido por los catálogos** y la protección que ofrece el ordenamiento a los bienes, con el fin de concluir con el estudio del carácter vinculante y determinante que tienen estos bienes frente a la elaboración de un catálogo, como instrumento de planeamiento<sup>17</sup>.

### 6.2. Análisis de los mecanismos de protección

El articulado de la legislación de la Comunidad de Madrid enfoca el estudio de los mecanismos de protección a cualquier inmueble perteneciente al Patrimonio Histórico y los Bienes de Interés Cultural aplicando las potestades que la norma autonómica ofrece a la Administración.

#### 6.2.1. Mecanismos de protección de cualquier inmueble perteneciente al Patrimonio Histórico

##### A) El deber de conservar, mantener y custodiar los bienes pertenecientes al Patrimonio Histórico

El artículo 32 de la Ley 10/1998, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español, establece que «los propietarios, poseedores y demás titulares de derechos reales sobre bienes integrantes del Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid, están obligados a conservarlos, mantenerlos, custodiarlos y protegerlos debidamente para asegurar su integridad y evitar la pér-

<sup>17</sup> Esta regulación de manera muy semejante ha sido incorporada en las Normas Urbanísticas del PGOU de 1995, de Getafe más concretamente en su artículo 136.

dida, destrucción o deterioro, destinándolo a los usos y actividades que pongan en peligro la pervivencia de los valores que hacen de él un bien cultural.

La utilización de los Bienes declarados de Interés Cultural, y los inscritos en el Inventario General de Bienes Muebles de naturaleza estrictamente mobiliaria quedará subordinada a que no se pongan en peligro los valores que aconsejan su conservación.

Cualquier cambio de uso que se prevea sobre estos bienes, deberá ser autorizado por la Administración Pública competente.»

En caso de incumplimiento las medidas a adoptar serían las siguientes:

1. Surge un triple orden de escalada de **responsabilidad** para los propietarios poseedores y titulares de derechos, así:

- Se imputa en un primer nivel la responsabilidad a los propietarios.
- Atribución de la responsabilidad de segundo nivel a los titulares de los derechos reales sobre los bienes culturales.
- La responsabilidad de tercer grado se asignará a los poseedores de los mencionados elementos histórico-artísticos.

2. La **iniciativa del procedimiento** se atribuye a las Administraciones Públicas quienes requerirán a los interesados para que ejecuten las actuaciones necesarias tendentes al oportuno cumplimiento del deber legal, concretándose en el caso de las Entidades Locales en el artículo 25.2 de la LBRL.

3. El **incumplimiento** por parte de los responsables del contenido del requerimiento dictado por la Administración, legitima a esta última para adoptar alguna de las siguientes decisiones:

- Actuaciones de carácter normal: consistentes en la ejecución subsidiaria, en la concesión de una ayuda reintegrable y en la realización de las obras de forma directa por la Administración.
- Otra actuación de carácter excepcional: respecto al depósito de bienes culturales de naturaleza mobiliaria.

4. Por último, es posible la utilización de la expropiación forzosa del bien cultural destinatario de las actuaciones conservativas que no han sido cumplidas, surgiendo muy diversos problemas a la hora de aplicar esta medida tan severa, entre los que cabe citar:

- Surge la duda acerca del momento procedimental en que puede utilizarse el mecanismo expropiatorio, es decir, si se trata del

incumplimiento del deber legal de conservar, mantener y custodiar los bienes culturales.

- Respecto a los requisitos necesarios y concurrentes para el nacimiento del supuesto de hecho en que la expropiación desenvuelve sus efectos, entre estos requisitos se encuentran los siguientes:

– Existencia de un previo incumplimiento por parte del responsable de órdenes de actuación tendentes a mantenerlo conservado, mantenido y custodiado.

– Únicamente podrá hacerse efectiva la expropiación sobre bienes declarados de interés cultural por la Administración competente, rúbrica genérica en donde habrá de entenderse comprendidos tanto los de naturaleza mueble como los de carácter inmobiliario.

– Por último el procedimiento expropiatorio que debe ser empleado en este caso, es el referido al particularizado en los artículos 76 al 84 de la Ley de Expropiación Forzosa y los artículos 92 a 100 de su Reglamento.

B) Legitimación de la Administración para impedir un derribo, suspender cualquier obra, de un inmueble que pudiese pertenecer al Patrimonio Histórico

Nos encontramos en los campos de actuación de los supuestos de ruina, tal y como se establece en el artículo 25 de la Ley 10/1998, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid, en concordancia con lo dispuesto con el artículo 24 de la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español.

En la normativa indicada se exige que en el instrumento de planeamiento donde se regulen las condiciones de la declaración de **ruina** se hará constar la necesidad de contar con un preceptivo y determinante **informe** de los servicios Técnicos de la Dirección General de Patrimonio Histórico-Artístico, así como cualquier declaración o incoación de expediente de ruina que afecte al bien, será causa suficiente para la tramitación de la expropiación forzosa del inmueble afectado.

Asimismo, será necesario contar con la preceptiva autorización de la Consejería de Educación, previo informe del Consejo Regional de Patrimonio Histórico-Artístico de la Comunidad de Madrid, para proceder a la **demolición** de Bienes de Interés Cultural o incluidos en el Inventario (art. 26 LPHCM).

La concurrencia de determinadas circunstancias y factores que pudieran influir o poner en peligro la conservación y pervivencia de

un posible inmueble, genera la posibilidad de impedir un derribo o la suspensión de obras o intervenciones.

#### C) Creación del Catálogo Regional de Patrimonio Arquitectónico

Será en la **Ley 7/2000, de 19 de junio de la Comunidad de Madrid, de Rehabilitación de Espacios Urbanos Degradados y de Inmuebles que deban ser objeto de Preservación**, donde se incluirán aquellos bienes que no figuren en el Registro de Bienes de Interés Cultural o en el Inventario de Bienes Culturales, con el objeto de que se definan las **Normas de Protección** que habrán de incorporarse al planeamiento, todo con la finalidad de normalizar y regular la rehabilitación de espacios urbanos degradados y de bienes inmuebles que deban ser preservados.

Con esta regulación no queda inmueble que deba ser objeto de protección o preservación sin inventariar o catalogar, por ello la información que éstos aportan es un instrumento clave para el ejercicio adecuado de las competencias por la Administración.

#### 6.2.2. Mecanismos de protección de cualquier inmueble declarado de interés cultural

##### A) Peculiaridades de un Bien de Interés Cultural

La declaración de un Bien de Interés Cultural, con independencia del procedimiento seguido para ello (art. 68 de la Ley 30/1992 LRJ-PAC; acción pública, etc.) y de la fórmula utilizada para su declaración, provoca dos efectos de carácter interno y transitorio:

1. Por un lado, un efecto de carácter general, contenido en el artículo 11 de la Ley del Patrimonio Histórico Español. Esto significa que la incoación de expediente para la declaración de un Bien de Interés Cultural determinará, en relación con el bien afectado, la **aplicación provisional del mismo régimen de protección** previsto para los bienes declarados de interés cultural. Esta situación se prolongará durante la tramitación del expediente que, en ningún caso, excederá de los veinte meses de duración, según establece el artículo 9.3 de la Ley del Patrimonio Histórico del Estado.
2. Por otro lado, ocasiona un efecto de carácter especial de conformidad con el artículo 16 del mismo precepto legal. La incoación de un expediente de declaración de interés cultural,

respecto de un bien inmueble determinará la **suspensión** de las correspondientes **licencias municipales de parcelación, edificación o demolición** en las zonas afectadas, así como de los efectos de las ya otorgadas, dependiendo esta suspensión de la resolución o caducidad del expediente de declaración incoado.

Por otro lado, el artículo 18 de la LPHE, establece el **principio de la unidad e indivisibilidad de los bienes de interés cultural**. Considerado este principio como garantizador de la pervivencia física de un inmueble en el lugar donde se encuentra situado, con la prohibición legal de desplazamiento o remoción, salvo causa de fuerza mayor o de interés social y, en todo caso, conforme a lo establecido en el ordenamiento jurídico, por lo que el inmueble declarado de Interés Cultural es inseparable de su entorno (art. 9.3 LPHE).

##### B) Intervención tutelante de la Administración competente

Como regla general es necesario apuntar que toda intervención de un bien de interés cultural requerirá contar con una autorización dictada por la Administración competente en materia de patrimonio histórico, junto con las licencias otorgadas a nivel local (art. 23 de la LPHE).

El incumplimiento de las exigencias legales establecidas reviste efectos de carácter general como así se deduce del artículo 23.2 del texto legal citado donde considera ilegales cualquier actuación prescindiendo de los permisos y licencias indicadas.

La actuación simultánea o conjunta de distintas Administraciones Públicas, en el ejercicio de las funciones que les atribuye el ordenamiento jurídico, sobre un inmueble declarado como Bien de Interés Cultural o en trámites para ello, supone la **conurrencia de diferentes permisos administrativos**, que pueden presentar el problema de determinar cuál de ellos puede ser prevalente, por lo que el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia ha establecido auténticos principios rectores que descansan en las siguientes afirmaciones:

- a) Las autorizaciones autonómicas de las Administraciones Públicas Territoriales implicadas son **independientes** entre sí (sentencias de 17 de diciembre de 1975 art. 322; y de 2 de junio de 1977 art. 2824).
- b) La intervención de los organismos tutelares en materia de patrimonio histórico es **previa y condicionante** de las licencias municipales (sentencias de 19 de noviembre de 1991 art. 8898; 22 de enero de 1992 art. 758; y 6 de mayo de 1993 art. 3406).

- c) La **licencia municipal** está **condicionada** a la autorización que expida la Consejería de las Artes de la Comunidad de Madrid (sentencias 30 de mayo de 1997 art. 228, 11 de junio de 1979 art. 2904 y 29 de marzo de 1978).
- d) En caso de **problemas o conflictos** y la intervención previa y condicionante, las autorizaciones dictadas por los órganos tutelantes del patrimonio histórico no suponen una vulneración del principio de la autonomía local (19 de mayo de 1969 art. 3042; 21 de febrero de 1974 art. 816; sentencias 21 de febrero de 189 art. 1379 y de 19 de diciembre de 1983 art. 6345).
- e) La omisión de la necesaria intervención de los organismos tutelantes del patrimonio histórico **no puede ser suplida** por la intervención de los Ayuntamientos, salvo que se considere la nulidad del acto en cuestión (sentencia de 6 de junio de 1969 art. 3264).

### 6.3. Estudio comparado de bienes declarados.

#### Patrimonio Histórico y los catalogados

El análisis de la cuestión que formula el estudio comparado de los bienes protegidos incluidos en el catálogo y simplemente aquellos declarados Patrimonio Histórico pasa por recordar aquellas protecciones y limitaciones que tienen estos bienes ya desarrolladas en la exposición justificando con posterioridad la existencia y el ámbito de actuación de los catálogos.

#### 6.3.1. Protección de los Bienes del Patrimonio Histórico

La protección de estos bienes, como ya se ha puesto de manifiesto, no responde al desarrollo del planeamiento o legislación estrictamente urbanística, sino al contrario obedece a un conjunto de normas de carácter sectorial que vienen a definir los parámetros de protección de este peculiar conjunto de bienes, merecedores de una especial tutela. Entre ellas encontramos las siguientes:

- **Deber de conservación, mantenimiento y custodia** (arts. 18, 32 y 55 10/1998; art. 39 16/1998), con los mecanismos legales para hacer cumplir por la Administración a los particulares las determinaciones exigidas al efecto.
- **Legitimación de la Administración de impedir el derribo y suspensión de obras** (art. 25 10/1998), con la exigencia de las pertinentes autorizaciones previas a la aprobación de cualquier instrumento de planeamiento que autorice la modificación.

- **Creación del Catálogo Regional del Patrimonio Arquitectónico** (Ley 7/2000, de rehabilitación de Espacios Urbanos Degradados y de Inmuebles que deban ser objeto de Preservación).
- **Prohibición de desplazamiento o remoción** salvo fuerza mayor o de interés general (arts. 18 LPHE y 37 10/1998).
- La **expropiación** de un bien protegido cuando corra peligro su conservación (art. 37 LPHE).
- En caso de **enajenación** de un bien protegido, se requiere su **notificación** a los órganos establecido por el ordenamiento jurídico, sin que queden excluidos los derechos de tanteo o retracto al que pueda verse sometido el referido bien (art. 38 10/1998).
- **Limitación del uso**, que ponga en peligro los valores de su protección, exigiendo licencia para cualquier cambio de uso o autorización y para toda intervención en un bien inmueble (art. 23 LPHE; art. 18 10/1998).
- El propietario de un bien perteneciente al Patrimonio Histórico, deberá permitir la **inspección periódica** de la Administración, permitiendo igualmente la **visita pública** del bien protegido (art. 13 LPHE).

#### 6.3.2. Alcance de la protección de los catálogos

El ámbito de actuación de los catálogos se circunscribe, sin duda alguna, en el seno del desarrollo del planeamiento urbanístico, y será desde aquí donde se legitima el control de las garantías y limitaciones impuestas a diversos bienes que no necesariamente tienen que tener la condición de Patrimonio Histórico-Artístico.

Será realmente el catálogo el que venga a cubrir las lagunas legales que no dan, en primera instancia, protección a aquellos bienes que con elementos peculiares poseen características merecedoras de tutela pero que no se encuentran avaladas por las legislaciones sectoriales sobre la materia.

Con esto queda latente la importancia que puede cobrar el contenido de un catálogo en el sentido de que ofrece la protección dentro de su perspectiva urbanística a aquellos bienes no declarados como Patrimonio Histórico Español (BIC).

Las normas urbanísticas se ven afectadas por la legislación sobre el Patrimonio Histórico.

Estas normas que trasladan su protección al conjunto de los bienes incluidos en los catálogos han sido objeto de estudio en relación con el análisis de las potestades de la administración.

A modo de recordatorio se encuentran entre las materias afectadas por las referidas normas las relativas a la elaboración y redacción del

planeamiento general o instrumento de desarrollo; la prohibición de colocar publicidad comercial, antenas, carteles y otros elementos; el otorgamiento de licencias; la declaración de ruina y demolición de inmuebles; la protección de bienes inmuebles y del patrimonio arqueológico y etnográfico; y las medidas de fomento.

Como conclusión, sólo cabe indicar que los bienes pertenecientes al Patrimonio Histórico gozan de una severa protección legitimada por la legislación sectorial aplicable a la materia, y que en todo caso deberá ser respetada por el Planeamiento General y sin duda por los catálogos que vendrán a desarrollarlo.

La inclusión o no de dichos bienes en los referidos catálogos no incide en la protección que sobre estos bienes existe, sin perjuicio del vicio que pueda adolecer el Planeamiento General que no atienda a las determinaciones legales que sobre este ámbito le son de obligatoria observancia.

Por el contrario, y situación distinta experimentan aquellos bienes, que no siendo declarados Patrimonio Histórico en sus diversas modalidades, la única alternativa de protección en el sector urbanístico es su incorporación en el catálogo.

Dotándole de un nivel de protección determinada legitimará las limitaciones y prohibiciones, siendo de aplicación en cada una de sus modalidades la norma de protección de un bien concreto.

En consecuencia, no serán de aplicación todas y cada una de las normas establecidas para la tutela de los bienes del Patrimonio Histórico (BIC), siendo la protección establecida por el catálogo la regla objeto de aplicación a cada bien catalogado.

## VII. INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA «MAGDALENA», BIEN DE INTERÉS CULTURAL (BIC) SITUADO EN EL MUNICIPIO DE GETAFE

La iglesia catedral de Santa María Magdalena de Getafe fue declarada Monumento Histórico-Artístico el 9 de mayo de 1958 por Decreto del Ministerio de Educación Nacional (BOE n.º 139 de 11 de junio).

Por su declaración como Monumento Histórico-Artístico la iglesia catedral de Santa María Magdalena de Getafe, está afectada por la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Artístico Español, según título Primero de Declaración de Bienes de Interés Cultural y el Título Segundo de los Bienes Inmuebles (BOE n.º 155 de 29 de junio de 1985).

En el catálogo del PGOU, de Getafe de 1995<sup>18</sup> se encuentra clasificada dentro de la tipología de catedral, categoría de BIC, manteniendo

<sup>18</sup> Las condiciones generales para la protección del Patrimonio están establecidas en los artículos 134 a 137 de las Normas Urbanísticas del PGOU de 1995 de Getafe actualmente

do dicha clasificación en su actual revisión aprobada inicialmente el 29 de julio de 2002<sup>19</sup> (ANEXO I).

### 7.1. Características

El edificio se encuentra situado en la Plaza de la Magdalena en Getafe, Madrid. En cuanto a su forma tiene una planta poligonal sensiblemente rectangular, con una superficie ocupada de 1.698 m<sup>2</sup>, y sus linderos son los siguientes: Norte: C/ Calvario; Sur: C/ Pasión; Este: Travesía del Calvario; Oeste: Plaza de la Magdalena.

Posee todos los servicios urbanísticos y carece de servidumbres aparentes. La catedral está ubicada sobre un solar ligeramente inclinado en la dirección Este-Oeste. Las superficies construidas son: Torre vieja: 347,42 m<sup>2</sup>; Atrio: 56 m<sup>2</sup>; Coro: 195 m<sup>2</sup>.

### 7.2. Justificación de la reforma

Dado el deficiente estado de conservación que experimenta la Catedral de la Magdalena, se ha elaborado un Plan Director que estableciendo los niveles de protección delimita y regula la remodelación de la catedral.

Esta remodelación será objeto de estudio a título de ejemplo, analizando los criterios legales que legitiman cada elemento reformado o modificación permitida y ejecutada.

El punto de partida indispensable para el perfecto conocimiento del estado de la catedral es el hecho de abordar una serie de actuaciones que, aunque pueden ser abordadas de manera independiente, se plantean en conjunto por una cuestión de economía de medios.

Siguiendo las recomendaciones del Plan Director de la catedral se han propuesto unas unidades de actuación de las prioridades marcadas por el Plan, relacionadas a continuación:

### 7.3. Descripción de las obras permitidas

La superficie útil total de la actuación será de 394,06 m<sup>2</sup>, dividida de la forma siguiente:

vigente, mientras que las condiciones específicas de los Patrimonios Arquitectónico y Arqueológico se contienen en los artículos 138 a 144 de dichas Normas Urbanísticas.

<sup>19</sup> Según el artículo 136 de las Normas Urbanísticas del PGOU de 1995 de Getafe vigente, se considera patrimonio a conservar aquellos edificios y conjuntos sometidos a alguna protección individualizada por sus valores objetivos y singulares que estén incluidos en el catálogo que figura como documento complementario en este PGOU.

- Superficie útil de Torre Vieja 178,62 m<sup>2</sup> (capilla perimetral 18,24 m<sup>2</sup>; cámara nivel 1, 17,68 m<sup>2</sup>; cámara nivel 2, 18,29 m<sup>2</sup>; nivel s. XVI 20,55 m<sup>2</sup>; cuerpo de campanas, 43,02 m<sup>2</sup>; plataforma de enrayado, 60,84 m<sup>2</sup>).
- Superficie útil del atrio, 48,00 m<sup>2</sup> (cuerpos bajos, 26,40 m<sup>2</sup>; P. superior, 141,04 m<sup>2</sup>).
- Superficie útil del coro, 167,44 m<sup>2</sup>.

#### 7.4. Adaptación a la Ley de Ordenación de la edificación (manual de uso y mantenimiento del edificio)

Los edificios, tanto en su conjunto como para cada uno de los componentes, deben tener un uso y un mantenimiento adecuado por ello y en virtud del cumplimiento de las exigencias establecidas por la Ley de Ordenación de la Edificación, se ha elaborado un MANUAL DE USO Y MANTENIMIENTO DEL EDIFICIO, en este caso aplicable a la Catedral de la Magdalena, cuyo contenido manifiesta el carácter intencionado de una política de mantenimiento y no de restauración del bien protegido en cuestión.

#### 7.5. Tratamiento del entorno de la Catedral de la Magdalena

La propuesta formulada del tratamiento del entorno de la Magdalena<sup>20</sup> con motivo de la elaboración y ejecución del Plan Director Medio-Ambiental de saneamiento del casco de Getafe aprobado en abril de 2001, se ha acometido en su primer período 2001-2003, una importante remodelación favoreciendo las condiciones medioambientales actuales.

Aprovechando el levantamiento del pavimento de las calles para colocar el nuevo saneamiento se llevará a cabo el cambio a uso peatonal de todas las calles de la Magdalena y sus alrededores viéndose afectadas las siguientes calles: Calvario, Pasión, Beso, Alonso Cano, Consul y las Plazas de la Pasión y de la Magdalena.

<sup>20</sup> De conformidad con los artículos 139 y 140 de las Normas Urbanísticas del PGOU de Getafe de 1995, establece que las construcciones protegidas en sus tres categorías o grados, deberán conservar el espacio libre contiguo dentro de la propia unidad predial de parcela en iguales condiciones ambientales actuales.

Los edificios protegidos en cualquiera de sus grados, deberán conservarse, repararse y conservarse en las condiciones mínimas de seguridad, salubridad e higiene como deber de conservación que les corresponde y realizar las obras de adaptación requeridas, aunque no fuesen definitivas para evitar su degradación o ruina.

Con el proyecto propuesto se conseguirá una disminución en el nivel de ruidos y gases en una mejora sustancial de la zona, afectando a edificios ruinosos, locales comerciales, etc., creándose una mayor calidad de vida y nivel de vida del área.

Una vez renovadas las calles afectadas por el Plan, el saneamiento de las viviendas colindantes estará garantizado, evitándose la contaminación actual del suelo por roturas de red. La recogida de aguas pluviales en las calles peatonales se realizará al centro de las mismas evitando las humedades en las viviendas colindantes.

Si bien la actual remodelación del casco urbano de Getafe da respuesta a la política urbanística de potenciar un municipio con personalidad propia dentro del Área Metropolitana a la que pertenece con el fin de conseguir, y variedad en espacios urbanos dotados de suficientes equipamientos.

En este ámbito por la Comunidad Autónoma se establecen zonas de influencia en el entorno de los bienes protegidos.

Esta afección ha supuesto en el caso de la Catedral de la Magdalena la creación de un entorno peatonal y delimitando un ámbito de protección que puede afectar a varias manzanas.

La Comunidad de Madrid y en concreto la Consejería de las Artes, a través de la Dirección General del Patrimonio Histórico-Artístico, ha elaborado una propuesta de delimitación.

Los entornos o ámbitos de afección de los BIC, suponen una limitación del derecho de propiedad por la Administración, ya que no sólo inciden en el propio BIC, con todas las delimitaciones que conlleva, sino que en la medida del contenido de dichas limitaciones afectan someramente al régimen jurídico del derecho de propiedad. Va más allá que el mero sometimiento del régimen jurídico del derecho de propiedad al planeamiento.

Por ello a la propuesta de delimitación formulada por la Administración debe observar con rigor y criterios motivados y adecuados los factores de incidencia del ámbito de influencia de un bien protegido, teniendo presente la realidad física de la zona en el trazado de la línea divisoria del ámbito objeto de estudio, con una adecuada y justificada delimitación de su extensión.

Por lo expuesto, el estudio de la delimitación de un ámbito de afección de los BIC, debería contener los siguientes requisitos:

- **Análisis de las protecciones exigidas** por el entorno para cada BIC, entendiendo que cada BIC, tiene su naturaleza y características peculiares que reclaman diferentes niveles de protección en sus relaciones con el medio físico.
- **Elaboración de un catálogo** de bienes objeto de afección, con-

cretando el nivel y el grado de afección exigido por el Plan. Por ello, el contenido de los Catálogos de Bienes y Conjuntos protegidos, se vería alterado, en el sentido de incluir no sólo los bienes que por naturaleza histórica, cultural, artística o cuya tipología deba ser objeto de protección, debiendo añadir con rigor ámbitos de afección de los analizados BIC. El referido catálogo podría aprobarse de forma independiente en virtud de los artículos 55 y 61 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid.

- **Elaboración de documentación individualizada**, que de forma perfectamente identificable refleje la limitación de cada bien incluido en un ámbito de afección, que vendrán a incidir en futuras actuaciones urbanísticas y que deben conocer tanto los propietarios como la propia Administración. Esta documentación formaría parte del documento del catálogo o en su caso el inventario o documentación elaborada al efecto, con la posibilidad de trascendencia en el Registro de la Propiedad.
- Incorporar dicha delimitación en un **proceso de publicidad** que deriva en la apertura de las fases de información pública y audiencia a los particulares, ofreciendo así la posibilidad de presentar alegaciones, quedando así garantizada la participación ciudadana en el proceso.
- Por último, la adopción de estas medidas deberían ir acompañadas con **estudios económicos** que delimitarían el deber jurídico de sufragar los futuros gastos por los propietarios derivados de la afectación y aquellos que excediéndose de las potestades administrativas tendrán que ser sufragadas por la Administración actuante.

Con todo lo expuesto, se pretende limitar y concretar las potestades administrativas, evitando así la indefensión y la inseguridad jurídica de los ciudadanos.

#### VIII. CONCLUSIÓN «POTESTADES ADMINISTRATIVAS Y PLANEAMIENTO URBANÍSTICO, COMPLEMENTARIOS Y COMPATIBLES»

La intervención y tutela puesta de manifiesto sobre los bienes protegidos desde su incorporación o regulación mediante los catálogos no deja de ser la punta del iceberg, que ofrece la protección global de los bienes objeto de protección.

La figura del catálogo se regula en la nueva Ley del Suelo de la

Comunidad de Madrid al margen de cualquier otra figura de planeamiento, otorgando la protección exigida por la legislación sectorial.

El Catálogo de los Bienes o Conjuntos objeto de protección se caracteriza como un instrumento urbanístico que tiene por finalidad la materialización documental de la protección a la que se somete un conjunto de bienes, desde la previsión legal de campos normativos que no son exclusivamente urbanísticos.

La perspectiva integral de los bienes protegidos sólo encuentra su máxima expresión con un estudio coordinado de las potestades que las Administraciones Públicas poseen sobre estos bienes, y de la que, con un papel muy importante, cobran los bienes incorporados en los catálogos sin que la falta de inclusión o catalogación de éstos, suponga su total desprotección.

Lejos de esta desprotección se aprecia el conjunto de potestades atribuidas por el ordenamiento jurídico a las Administraciones Públicas implicadas en los procesos de preservación del Patrimonio Histórico, Artístico y Cultural, que son de obligado cumplimiento para la Administración y que vinculan, sin duda alguna, al desarrollo urbanístico de la ciudad.

En definitiva, las potestades administrativas y el planeamiento urbanístico son instrumentos que el ordenamiento ofrece a las Administraciones Públicas para que de forma coordinada complementen dentro de su capacidad el marco de protección de los bienes merecedores de preservación y del Patrimonio Histórico.

#### IX. BIBLIOGRAFÍA

- ABAD LICERAS, J. M. (1999). «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de patrimonio cultural histórico-artístico», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 55.
- ALEGRE ÁVILA, J. M. (1994). *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*, Ed. Marcial Pons.
- ÁLVAREZ y ÁLVAREZ, J. L. (1988). *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español y la Ley 25 de junio de 1985*, Editorial Civitas.
- (1987). *Sociedad, Estado y Patrimonio Cultural*, (Ed. Espasa Calpe, 1992).
- BASSOLS COMA, M. (1990). «Instrumentos legales de intervención urbanística en los centros y conjuntos históricos», *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 114.
- BENSUSAN MARTÍN, M.ª P. (1996). *La protección urbanística de los inmuebles históricos* Ed. Comares.
- JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J. (1995). *El deber de conservación y de declaración de ruina*. Centro de Estudios Urbanísticos «Pablo Olavide» Universidad Autónoma de Madrid.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. (1997). *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Ed. Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PAREJO ALFONSO, L. (1981). *Lecciones de Derecho Urbanístico*.
- LUCAS VERDÚ, P. (1981). «Comentarios al artículo 46», en la obra completa *Constitución Española*.
- MORREL OCAÑA, L. (1996). *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Ed. Aranzadi.
- PÉREZ DE ARMIÑÁN Y DE LA SERNA, A. (1997). *Las competencias del Estado sobre el Patrimonio Histórico Español en la Constitución de 1978*, Ed. Civitas.
- QUINTANA LÓPEZ, T. (1991). *Declaración de ruina y protección del Patrimonio Histórico Inmobiliario*. Colección de jurisprudencia práctica. Volumen I. Editorial Tecnos.
- SANZ PASTOR Y PALOMEQUE, J. (1984). «Reflexiones sobre la protección del Patrimonio Cultural Inmobiliario». *Revista de Derecho Urbanístico*.

## MEMORIA DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID AÑO 2002

EXCMO. Sr.

Tengo el honor de elevar a V.E. la memoria anual de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid correspondiente al año 2002.

## MEMORIA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS AÑO 2002

Los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, a través de los Letrados que los integran, ejercen las funciones propias de los abogados, esto es, la representación y defensa en juicio y el asesoramiento jurídico; todo ello de conformidad con la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos (modificada por la Ley 24/1999, de 27 de diciembre).

La representación y defensa en juicio de la Comunidad de Madrid (con todos sus Consejos y Delegaciones Generales), sus organismos autónomos y entidades públicas dependientes es, en principio, una función exclusiva de los Letrados de la Comunidad de Madrid, con algunas excepciones que la propia Ley contempla (basándose en que el Consejo de Gobierno accede a la actuación de un abogado pretendido que el Consejo de Presidencia habilite a un funcionario para actuar como Letrado). La Ley prevé también la posibilidad de que los Letrados de la Comunidad de Madrid asuman la representación y defensa en juicio de las empresas públicas de la Comunidad de Madrid (en sus actividades como sociedades anónimas, mediante la suscripción del oportuno convenio al efecto, en el que se determinará la compensación económica a abonar a la Hacienda de la Comunidad de Madrid).

Además, esta Dirección General puede autorizar que los Letrados de la Comunidad de Madrid asuman la representación y defensa en juicio de autoridades, funcionarios y demás personal de la Comunidad de Madrid, previa solicitud del correspondiente Director General o cargo superior o equivalente a este. Para ello se procesa ante toda que se trate de procedimientos judiciales que se sigan por motivo de actos u omisiones relacionadas directa e inmediatamente con el ejercicio de sus respectivas funciones y que exista coincidencia de intereses.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. (1992). *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I. Ed. Civitas.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PAREJO ALFONSO, J. (1981). *Lecciones de Derecho Administrativo*.

LUCAS VIZUETA, P. (1981). «Comentarios al artículo 154, en la obra completa Constitución Española».

MORILLAS OCANA, L. (1996). *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I. Ed. Aranzadi.

PÉREZ DE ARAÚZ Y DE LA SERNA, A. (1992). *Las competencias del Estado antes y después del hito histórico español en la Constitución de 1978*. Ed. Civitas.

QUINTANA LÓPEZ, J. (1991). *Delimitación de competencias y estructura del Poder Judicial*. Ed. Civitas.

MEMORIA DE LA DIRECCIÓN  
GENERAL DE LOS SERVICIOS  
JURÍDICOS  
AÑO 2002

MEMORIA DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS  
DE LA COMUNIDAD DE MADRID  
AÑO 2002

Excmo. Sr.:

Tengo el honor de elevar a VE la memoria anual de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid correspondiente al año 2002.

I. INTRODUCCIÓN

Los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, a través de los Letrados que los integran, prestan los servicios propios de los abogados, esto es, la representación y defensa en juicio y el asesoramiento jurídico, todo ello de conformidad con la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos (modificada por la Ley 24/1999, de 27 de diciembre).

La representación y defensa en juicio de la Comunidad de Madrid (con todas sus Consejerías y Direcciones Generales), sus organismos autónomos y entidades públicas dependientes es, en principio, una función exclusiva de los Letrados de la Comunidad de Madrid, con algunas excepciones que la propia Ley contempla (básicamente que el Consejo de Gobierno acuerde la actuación de un abogado privado o que el Consejero de Presidencia habilite a un funcionario para actuar como Letrado). La Ley prevé también la posibilidad de que los Letrados de la Comunidad de Madrid asuman la representación y defensa en juicio de las empresas públicas de la Comunidad de Madrid constituidas como sociedades anónimas, mediante la suscripción del oportuno convenio al efecto, en el que se determinará la compensación económica a abonar a la Hacienda de la Comunidad de Madrid.

Además, esta Dirección General puede autorizar que los Letrados de la Comunidad de Madrid asuman la representación y defensa en juicio de autoridades, funcionarios y demás personal de la Comunidad de Madrid, previa solicitud del correspondiente Director General o cargo superior o equiparado a éste. Para ello es preciso, ante todo, que se trate de procedimientos judiciales que se sigan por razón de actos u omisiones relacionados directa e inmediatamente con el ejercicio de sus respectivas funciones y que exista coincidencia de intereses.

Por otra parte, los Letrados ejercen también el asesoramiento jurídico de los órganos, organismos y entidades de la Comunidad de Madrid, aunque, en este caso, sin perjuicio de las funciones de otros órganos, principalmente las Secretarías Generales Técnicas. Hay una serie de supuestos en que se ha de solicitar informe jurídico con carácter preceptivo y que taxativamente se contemplan en el artículo 4.1 de la Ley 3/1999, redactado por la Ley 24/1999, de 27 de diciembre.

Con carácter potestativo pueden solicitar cualesquiera otros informes jurídicos de los Servicios Jurídicos el Gobierno, los Consejeros, los Viceconsejeros, los Secretarios Generales Técnicos, los Directores Generales y los titulares de los órganos de gobierno de los organismos y entidades de la Comunidad de Madrid.

Y, aparte de la emisión de informes, los Letrados de los Servicios Jurídicos pueden prestar su asesoramiento a través de la asistencia a órganos colegiados e incluso en la elaboración de decisiones administrativas o la participación en la redacción de textos normativos, si bien estas últimas funciones son habitualmente desarrolladas por las Secretarías Generales Técnicas y otros servicios técnicos.

Los Letrados de la Comunidad de Madrid son funcionarios de la misma, con una elevada preparación profesional en el ámbito jurídico, e integran un cuerpo especial en el que se ingresa a través de oposición libre entre licenciados en Derecho.

Los Servicios Jurídicos se estructuran en un Servicio Jurídico Central, en la sede central de la Dirección General, en la que se centralizan los pleitos y juicios, y un Servicio Jurídico en cada una de las Consejerías (que, a su vez, en algunas de ellas cuenta con dependencias en distintos edificios, organismos o entidades dependientes de la Consejería), que realizan la función consultiva. Todos los Letrados de la Comunidad de Madrid están integrados en la Dirección General de los Servicios Jurídicos, sea en el Servicio Jurídico Central o en los Servicios Jurídicos en las Consejerías. En estos últimos, por su carácter de servicios comunes, las Secretarías Generales Técnicas coordinan tales servicios con los de la Consejería, como ratifica el artículo 3.3 de la Ley de Ordenación de los Servicios Jurídicos.

## II. ACTUACIONES A DESTACAR DURANTE EL AÑO 2002

Durante el año 2002, junto al trabajo diario, y al que se hará referencia en el apartado siguiente (relativo a la estadística anual de asuntos consultivos y contenciosos), se han desarrollado diversas actuaciones a destacar especialmente, bien directamente por los Ser-

vicios Jurídicos o bien por otros órganos pero en relación con los Servicios Jurídicos.

En primer lugar hay que reseñar que se ha producido el ingreso en el Cuerpo de Letrados, durante el año 2000, de 9 nuevos integrantes del mismo, que aprobaron la oposición convocada por Orden 652/2001, lo que supone una importante aportación a los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, que se ven desbordados por el incremento de la litigiosidad debido, entre otras causas, a la transferencia de competencias del Estado a la Comunidad de Madrid.

Se han producido diversas modificaciones de las Relaciones de Puestos de Trabajo, principalmente del personal administrativo y auxiliar, dada la necesidad de funciones auxiliares en previsión de los nuevos puestos de Letrado.

En el año 2002, gracias al apoyo de las Consejerías de Presidencia y de Hacienda, así como a la colaboración de los organismos autónomos *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* e Informática y Comunicaciones del Comunidad de Madrid (ICM), se ha seguido publicando (en papel y a través de Internet) la *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, con tres números correspondientes al año 2002, en concreto los números 12, 13 y 14.

Dentro del ámbito del estudio del Derecho, la Dirección General de los Servicios Jurídicos, alentó la asistencia de sus Letrados a jornadas de estudio, cursos y seminarios de índole jurídica desarrollados por otras instituciones y organismos así como la adquisición de material bibliográfico (libros y revistas jurídicas) imprescindible no sólo para el estudio del Derecho sino también para el trabajo diario de los Sres. Letrados de la Comunidad de Madrid.

Finalmente destacar la vigencia del Convenio existente con la Universidad Carlos III de Madrid para la realización del Máster en Política Territorial y Urbanística por dos Letrados de la Comunidad de Madrid durante cada curso académico. Dados los resultados ampliamente satisfactorios del citado Convenio, en julio de 2002 se firmó una ampliación de su objeto a todos los Másters que desarrolle la Universidad Carlos III, siempre dentro del límite de la partida presupuestaria dotada al efecto, lo que ha permitido que durante el curso académico 2002-2003, dos Letrados cursen el Máster en Política Territorial y Urbanística y un tercer Letrado curse el Máster en Derecho de la Unión Europea.

## III. ESTADÍSTICA ANUAL DE ASUNTOS CONSULTIVOS Y CONTENCIOSOS

Como anexos I y II se acompañan a la presente memoria la estadística anual (2002) de los asuntos consultivos en los que han interve-

nido los Letrados de la Comunidad de Madrid y los asuntos contenciosos de nueva entrada, durante el año 2002, en los Servicios Jurídicos de la Comunidad.

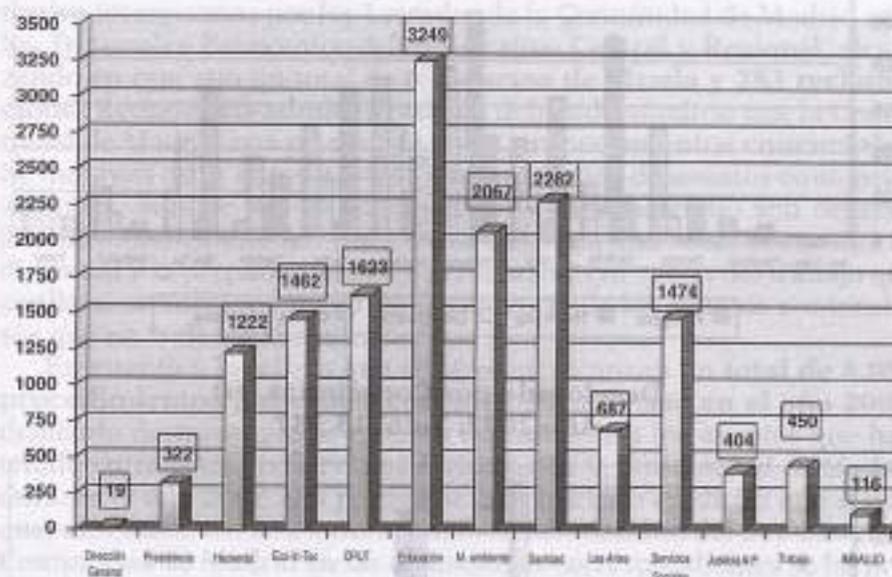
## 1. ASUNTOS CONSULTIVOS

En relación con los asuntos consultivos hay que comenzar por decir que no están todas las actuaciones en las que se hace efectivo el asesoramiento jurídico prestado por los Letrados de la Comunidad de Madrid, como asistencia a órganos como el Jurado Territorial de Expropiación, la Junta Superior de Hacienda, o las Comisiones Informativas de Reclamaciones Previas, comisiones y reuniones diversas (sólo se incluyen las mesas de contratación). Ni tampoco se incluye el asesoramiento verbal o incluso por escrito mediante notas que no constituyen, en rigor, informes jurídicos pero en las que se ejerce también una actividad consultiva (imprescindible, por otra parte), ni la redacción de actos y disposiciones para la cual sean precisos especiales conocimientos jurídicos, principalmente procesales.

En materia consultiva, se distinguen diversas categorías: bastantes, asistencia a mesas de contratación, informes sobre devolución de fianzas e ingresos indebidos, informes sobre pliegos de condiciones de los contratos, informes sobre contratos y convenios y otros informes. Asimismo, se diferencia entre las actuaciones del Director General y el Servicio Jurídico Central y los distintos Servicios Jurídicos departamentales. No se distingue, sin embargo, entre las diferentes unidades en que estos se integren, aun cuando tengan ubicaciones físicas distintas. Por tanto, las actuaciones de los Servicios Jurídicos en el IVIMA y en el IRIS, por ejemplo, figuran dentro de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes.

Con estos parámetros encontramos un total de 15.387 actuaciones consultivas realizadas durante el año 2002, un 8,4 % más que en el año 2001. Los datos que se ofrecen se plasman en gráficos que, además de ofrecer una visión global, desglosan por Consejerías y por actividades la actuación consultiva.

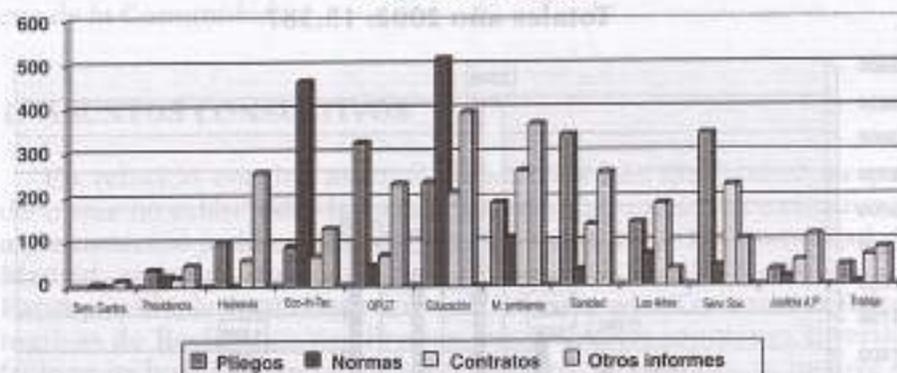
## Estadística Asuntos Consultivos por Consejerías Totales año 2002: 15.387



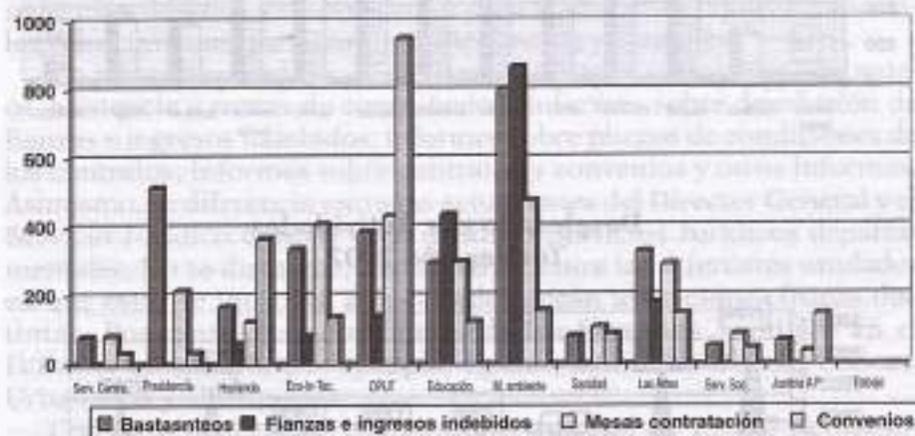
## Desglosado por Actividades Totales año 2002



### Desglosado por Consejerías (I) Año 2002: 15.387



### Desglosado por Consejerías (II) Año 2002: Total 15.387



## 2. ASUNTOS CONTENCIOSOS

Los asuntos contenciosos incluyen las actuaciones ante los juzgados y tribunales de justicia de todos los órdenes jurisdiccionales (civil, penal, contencioso-administrativo y social). Todos ellos son contenciosos, por existir intereses contrapuestos, aun cuando a veces, sin mucho rigor, se hable de asuntos contenciosos para referirse a los contencioso-administrativos.

No se incluyen, en cambio, los asuntos tramitados ante jurisdicciones especiales, como la del Tribunal Constitucional o el Tribunal

de Cuentas, cuyo número es reducido e inapreciable a efectos estadísticos.

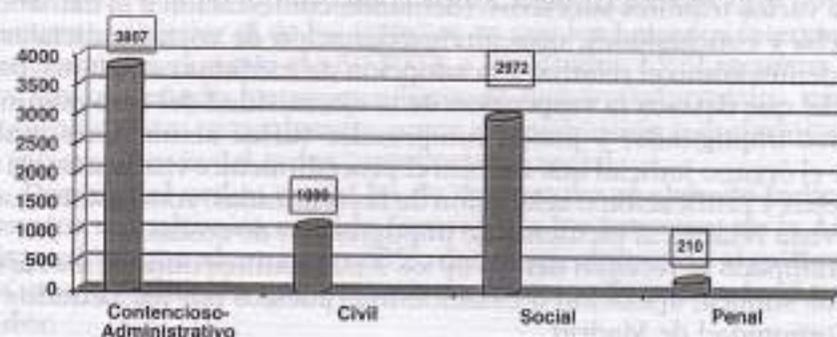
Además, se han incluido los recursos en vía económico-administrativa interpuestos por los Letrados de la Comunidad de Madrid ante los Tribunales Económico-Administrativo Central y Regional, alcanzando en este año un total de **6 recursos de alzada y 283 reclamaciones económico-administrativas**, debiendo añadirse que la Comunidad de Madrid está personada en **42 procedimientos concursales**. Se incluyen estos datos dentro de la estadística de asuntos contenciosos pues, aunque hoy es claro que tales tribunales no son órganos jurisdiccionales sino administrativos, ejercen una función cuasijurisdiccional y la preparación de tales recursos, por razón del trabajo que conlleva, se subsume mejor en la categoría de los asuntos contenciosos que en la de los consultivos.

En cuanto a las cifras que se ofrecen, alcanzan un total de **8.088 procedimientos judiciales, casi un 16% más que en el año 2001**, debiendo destacar que se refieren únicamente a los asuntos que han tenido entrada en los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid durante el año 2002, sea porque se han iniciado en dicho año o porque, aun iniciados con anterioridad, la personación del Letrado de la Comunidad de Madrid en las actuaciones correspondientes se ha producido en ese ejercicio. Y, a estos efectos, tomamos en consideración el proceso en su conjunto, sin distinguir entre sucesivas instancias o recursos (las cuales, aun producidas en el año 2002, no pasan a engrosar las cifras que se exponen en el Anexo II).

Por tanto, debido a la larga duración de los procesos (incluyendo primeras o únicas instancias y recursos sucesivos), el volumen de pleitos, causas, recursos y juicios en los que actúan los Letrados de la Comunidad de Madrid, cumulativamente, es muy superior al reflejado.

### MEMORIA 2002

#### Total procedimientos judiciales. Año 2002: 8.088

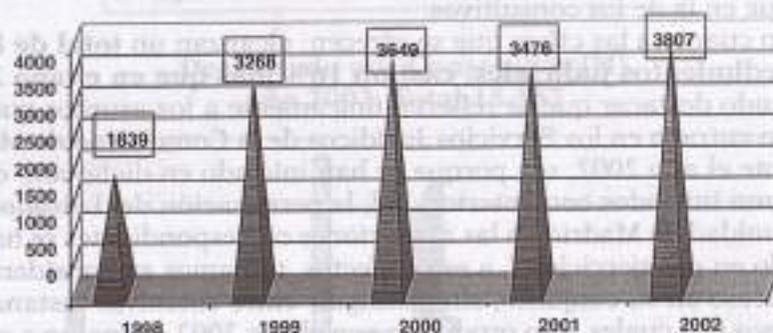


Por lo demás, el porcentaje de sentencias favorables para los intereses cuya postulación tienen atribuidos los Letrados de la Comunidad de Madrid, sigue siendo muy elevado, superando, en cómputo global, el 75%.

Entrando ya en los datos concretos que se han recopilado, hemos de separarlos por órdenes jurisdiccionales.

### 2.1. Orden contencioso-administrativo

Memoria 2002  
Evolución del Orden Contencioso-Administrativo  
Año 1998-2002



Dentro del total de actuaciones judiciales cabe destacar la predominancia del orden jurisdiccional Contencioso-administrativo, con un total de 3.807 procedimientos contencioso-administrativos iniciados en el año 2002, un 9,5 % más que en el año 2001.

Este número de procedimientos nuevos no es indicativo del total de actuaciones judiciales realizadas, pues un solo procedimiento conlleva varios trámites sucesivos: (demanda/contestación a la demanda, prueba y conclusiones, tasación/impugnación de costas judiciales, e incidentes como el relativo a la adopción de medidas cautelares, dentro del que destaca la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo impugnado) y puede comprender varias actuaciones orales ante el órgano judicial que tramita el procedimiento: vista, práctica de pruebas y ratificación o aclaración de las realizadas, conclusiones orales, vista relativa al incidente de impugnación de costas...

Tampoco se recogen dentro de los 3.807 asuntos nuevos, los recursos de súplica, apelación o casación interpuestos por los Letrados de la Comunidad de Madrid.

El elevado número de los recursos contencioso-administrativos se debe, sobre todo, a la ampliación del ámbito de competencias y de actuaciones de la Administración autonómica (como las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud, —Real Decreto 1479/2001, de 27 de diciembre—). Destacar igualmente que por Reales Decretos de 1 de julio y de 27 de diciembre de 2002, (600/2002 y 1429/2002 respectivamente), se han traspasado a la Comunidad de Madrid las funciones y servicios que, en el ámbito del territorio de la Comunidad Autónoma, desempeñaba la Administración General del Estado para la provisión de los medios materiales, económicos y personales necesarios para el funcionamiento de la Administración de Justicia, incluidos los Juzgados de Paz, lo que ha conllevado un volumen ingente de impugnaciones de Acuerdos de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita. Conforme la Comunidad de Madrid va asumiendo competencias en diversos ámbitos, se produce, lógicamente, un incremento de los recursos contencioso-administrativos. En segundo lugar, también cabe considerar una mayor litigiosidad surgida con ocasión de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, que facilita al ciudadano la impugnación del actuar administrativo, a través de la creación de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, la existencia de un procedimiento abreviado o una regulación más generosa de las medidas cautelares.

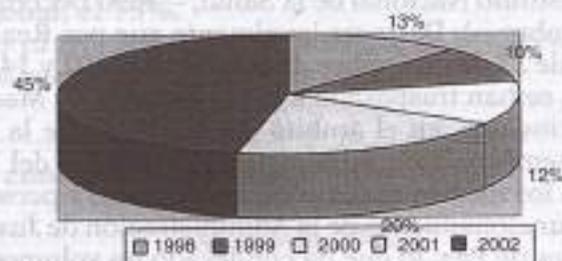
### 2.2. Orden social

En cuanto a los procedimientos ante el orden social se ha producido un notable aumento respecto al año 2001, con un total de 2.972 procedimientos laborales nuevos registrados, incrementándose en un 134% con relación al año anterior; debiendo recordar que del año 2000 al 2001 los pleitos sociales se incrementaron en un 70%.

Al igual que en el resto de órdenes jurisdiccionales este número siempre es inferior al de los trámites en que los Letrados intervienen, de forma que, durante el año 2002, a los citados 2.972 recursos nuevos hay que añadir los asuntos fuera de registro informático, que no llegaron a vista, normalmente, autos de inadmisión o declarativos de la incompetencia del orden jurisdiccional social.

Dentro del orden social ha de destacarse el elevado índice de asuntos resueltos en sentido favorable a los intereses de la Administración, que alcanza un 63%, dato especialmente significativo en una jurisdicción que protege de forma muy marcada al trabajador.

Memoria 2002  
Evolución del Orden Social  
Años 1998-2002



### 2.3. Órdenes civil y penal

Se han incrementado, también de forma notable, los procesos civiles y penales, manteniendo unas cifras similares a las del orden jurisdiccional social. Durante el año 2001 se dieron de alta un total de **1.099 procedimientos civiles y 210 penales**, pudiendo desglosarlos como sigue:

- En el Servicio Jurídico Central: 34 procedimientos judiciales civiles y 55 penales, a lo que habría que añadir 61 impugnaciones de resoluciones de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita.
- En el Servicio Jurídico de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes en el IVIMA: 748 procedimientos civiles y 142 penales.
- En el Servicio Jurídico de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes en el IRIS: 221 procedimientos judiciales civiles, de los cuales fueron resueltos a favor de la Comunidad de Madrid el 91% de los casos.
- En el Instituto Madrileño del Menor: 15 procedimientos judiciales civiles, 13 penales y 20 piezas de responsabilidad civil.

Entre los procesos civiles existen diversos procedimientos de responsabilidad extracontractual, de extinción de fundaciones, así como pleitos singulares, junto a un elevado número de juicios de desahucio de viviendas propiedad de la Comunidad de Madrid, fundamentalmente del IVIMA y del IRIS, como parte de las actuaciones llevadas a cabo para regularizar el pago y evitar la morosidad en los arrendamientos de viviendas propiedad de estos organismos. En el año 2002

cabe destacar la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, el 18 de enero, en el procedimiento seguido frente a la mercantil *Madrid Diario de la Noche, S. A.*, reconociendo a la Comunidad de Madrid el ejercicio del derecho de retracto sobre los edificios sitos en los números 12 y 14 de la C/ Larra de Madrid.

En el ámbito penal, los procedimientos se han venido refiriendo, principalmente, a tres órdenes de supuestos: asuntos en los que sea parte un empleado público (sea en posición pasiva o en posición activa), asuntos referentes a menores tutelados por la Administración autonómica y ocupaciones ilegales. Desde el año 2001 se han visto notablemente incrementados debido a la asunción de la defensa del personal docente tras el traspaso de competencias en la materia. Con una única excepción, pendiente de confirmación por la Audiencia Provincial, en todos los procedimientos penales en que se ventilaban acusaciones dirigidas contra maestros se ha logrado la absolución o sobreseimiento, ya sea en primera instancia o en vía de recurso.

Cabe destacar especialmente la personación de la Comunidad de Madrid en los supuestos más graves de violencia doméstica ocurridos en nuestra Comunidad mediante el ejercicio de la acción popular. El Letrado de la Comunidad de Madrid asume un papel de activo protagonismo en la averiguación y futura punición del delito, participando en la instrucción, solicitando medidas cautelares en orden a la protección de la víctima y aseguramiento del castigo del culpable, proponiendo las pruebas necesarias para garantizar la acusación y solicitando la pena que corresponda en el juicio oral.

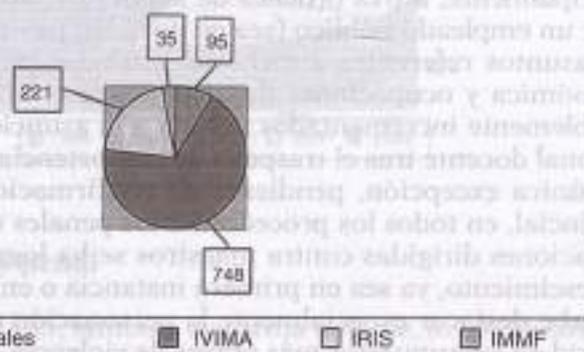
#### Personación en los supuestos más graves de violencia doméstica:

Por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, de 6 de septiembre de 2001, se aprueba el Programa de Acciones contra la violencia de género de la Comunidad de Madrid 2001-2004, en cuya Área 3 «Medidas de cooperación y coordinación social e institucional» se fija como objetivo el potenciar la cooperación y la coordinación institucional y social, contando con el «Ejercicio de la Acción Popular por parte de la Administración autonómica en los casos más graves de violencia de género producidos en el territorio madrileño, cuando el interés público así lo aconseje», siendo organismo implicado la Consejería de Presidencia a través de la Dirección General de los Servicios Jurídicos.

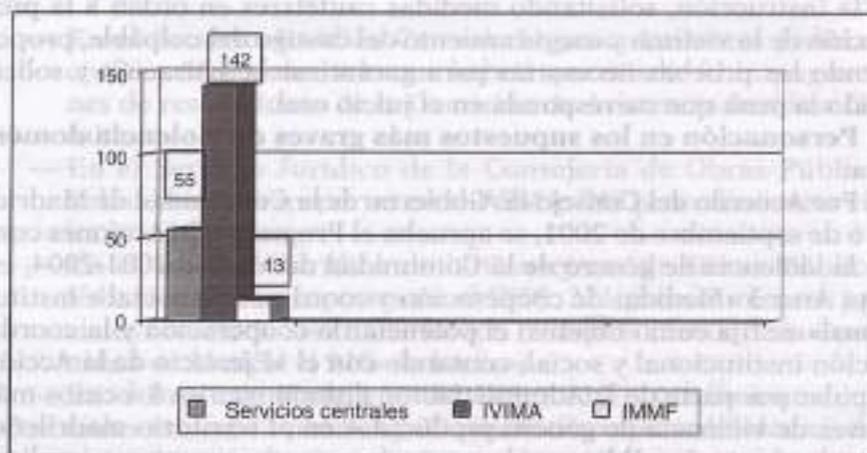
En el año 2002 la Comunidad de Madrid se ha personado en tres procesos de esta naturaleza, en los que ha tenido una participación plena en la causa, tanto en la fase de instrucción, tomando parte en las diligencias de investigación y solicitando medidas cautelares sobre la persona responsable, como en el juicio oral, en el que se puede ejerci-

tar la acusación solicitando la condena correspondiente de quien aparezca como culpable.

**Civil 2002**  
**Total de Procedimientos Civiles**  
**Año 2002: 1.099**



**Penal 2002**



### 3. OTROS ASUNTOS

Junto al grueso fundamental de asuntos consultivos y contenciosos han de destacarse otro tipo de actuaciones realizadas por los Letrados de la Comunidad de Madrid que no pueden desconocerse

como su intervención, normalmente en calidad de Vocales, en órganos como la Junta Superior de Hacienda o el Jurado Territorial de Expropiación Forzosa, a lo que puede añadirse la intervención de la Directora General en la Comisión de Urbanismo, la Comisión de Seguimiento y Desarrollo para el Plan Estratégico de Simplificación de la Gestión Administrativa, la Comisión Bilateral de Cooperación, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación, el Consejo de Administración del Instituto Regional de Arbitraje de Consumo, el Consejo Asesor de Asuntos Europeos, el Consejo de Protección de Datos, el Consejo para la promoción de la accesibilidad y supresión de barreras o la Junta Arbitral de resolución de conflictos en materia de tributos del Estado cedidos a las Comunidades Autónomas, emitiendo en este año propuesta de resolución sobre el conflicto de competencias suscitado por el pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales, en su modalidad de operaciones societarias, por parte de Terra Networks en favor de la Generalitat de Cataluña, con motivo de la operación de aumento de capital de la citada Compañía.

### IV. OBJETIVOS PARA EL AÑO 2003

La Oferta de Empleo Público para el año 2003 incluye 12 plazas para el Cuerpo de Letrados, que han sido convocadas por Orden de 1 de abril de 2003 lo que supone un importante apoyo personal ante el creciente volumen de asuntos, si bien sólo cubre parcialmente las crecientes necesidades de Letrados en esta Administración autonómica.

Pero el principal problema de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid es el reducido número de su personal administrativo y auxiliar, que, a pesar de su esfuerzo, no cubre las necesidades mínimas de los Servicios Jurídicos, cuyo número de Letrados ha crecido notablemente en los últimos años (gracias al apoyo y comprensión de las Consejerías de Presidencia y de Hacienda) pero cuyo número de administrativos y auxiliares ha experimentado un incremento mucho menor. A tal efecto es necesario proceder al aumento del personal administrativo y auxiliar de los Servicios Jurídicos, reforzándolo en ejercicios sucesivos, para lo cual se cuenta, una vez más, con el respaldo de las Consejerías de Presidencia y de Hacienda, así como de las demás Consejerías, organismos y entidades de la Comunidad de Madrid que reciben la asistencia de los Servicios Jurídicos de la Comunidad.

En otro orden de cosas, en los comienzos del siglo XXI, una oficina que pretenda actuar con agilidad necesita de medios informáticos,

tanto por lo que se refiere al llamado *hardware* como al *software*. Aquí, los objetivos principales, son dos. De un lado la lógica ampliación y progresiva modernización del primero, que presenta una deficiente situación actual. De otro se encuentran los programas informáticos específicos que emplean los Servicios Jurídicos. En la actualidad se utilizan tres programas denominados JUCA, LABO y CIPE, que sirven de soporte a la gestión de los asuntos judiciales de lo contencioso-administrativo, de lo social o laboral, y de lo civil y penal, respectivamente. Tales programas necesitan ciertas mejoras, que están siendo corregidas por el organismo autónomo ICM para que, como el buen hacer que le caracteriza, dichos programas constituyan unas herramientas cada vez más útiles para nuestro trabajo. Nuevamente para ello es necesario el incremento de la plantilla de la Dirección General de los Servicios Jurídicos a fin de llevar a cabo una correcta gestión informática del trabajo diario realizado. Además, es preciso un nuevo programa, que podríamos llamar INFO, para informatizar la actividad consultiva.

Finalmente, durante el año 2002, se siguió desarrollando la actividad formativa y de estudio, que tan buenos resultados ha producido, a través de la asistencia a Jornadas y Seminarios y de la *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, que cerró el año 2002 con la publicación de su número 14.

**ANEXO I**  
**ESTADÍSTICA 2002**  
**ASUNTOS CONSULTIVOS REALIZADOS EN EL AÑO**

	D. GR. S. J. CENTR.	S. J. PRESID.	S. HACIEND.	S. J. ECON.	S. J. OUT.	S. J. EDUC.	S. J. MEDIO AMB.	S. J. SANID.	S. J. ARTES	S. J. SERV. SOC.	S. J. JUS A. P.	S. J. TRAB.	Total D.G.S.J.
BASTANT.	-	81	95	108	135	104	294	401	82	326	51	68	3.105
MESAS CONTRAT.	-	84	214	125	407	431	297	475	108	209	87	37	2.551
INFEV FIANZAS E INGRESOS INDEBIDOS	-	1	-	62	83	139	435	660	-	177	-	-	1.763
INF. PLIEGOS	-	37	99	88	122	233	187	339	140	342	34	43	1.884
INF. NORMAS	5	22	1	461	44	512	188	35	71	42	18	6	1.525
INF. CONTRAT.	1	18	57	66	68	210	258	137	183	226	55	67	1.346
INF. CONVEN.	-	33	35	344	135	950	124	156	47	146	47	146	2.223
OTROS INF.	13	46	255	128	229	390	364	253	36	183	112	83	2.012
TOTAL ASUNTOS CONSULT.	19	322	1.176	1.462	1.623	2.249	2.067	3.062	707	1.693	404	450	16.192

**ANEXO II**  
**ESTADÍSTICA 2002**  
**ASUNTOS CONTENCIOSOS Y ECONÓMICO-  
ADMINISTRATIVOS INICIADOS EN EL AÑO**

CIVILES	1.099
PENALES	210
LABORALES	2.972
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS	3.807
ECONÓMICO-ADMINISTRATIVOS	283
TOTAL ASUNTOS CONTENCIOSOS	8.371

ANEXO I

Este cuadro muestra la evolución de los recursos humanos en el sector administrativo en España durante el período 1975-1982. Los datos se expresan en miles de personas.

AÑO	TOTAL	CONTRATOS	PERMANENTES	TEMPORALES	PROBACIONARIOS	CONTRATOS	PERMANENTES	TEMPORALES	PROBACIONARIOS
1975	1.000	500	400	100	100	500	400	100	100
1976	1.100	550	450	100	100	550	450	100	100
1977	1.200	600	500	100	100	600	500	100	100
1978	1.300	650	550	100	100	650	550	100	100
1979	1.400	700	600	100	100	700	600	100	100
1980	1.500	750	650	100	100	750	650	100	100
1981	1.600	800	700	100	100	800	700	100	100
1982	1.700	850	750	100	100	850	750	100	100

ANEXO II

ESTADÍSTICA 1982  
RECURSOS HUMANOS Y ECONÓMICOS  
ADMINISTRATIVOS EN EL AÑO

RECURSO	1982	1981	1980	1979	1978	1977	1976	1975
TOTAL RECURSOS HUMANOS	1.700	1.600	1.500	1.400	1.300	1.200	1.100	1.000
RECURSOS ECONÓMICOS	850	800	750	700	650	600	550	500
RECURSOS ADMINISTRATIVOS	850	800	750	700	650	600	550	500
RECURSOS CONTRIBUCIONES	850	800	750	700	650	600	550	500
LABORALES	1.400	1.300	1.200	1.100	1.000	900	800	700
PERMANENTES	1.100	1.000	900	800	700	600	500	400
CIVILES	1.000	900	800	700	600	500	400	300

LICENCIAS URBANÍSTICAS 1983

FELIPE IGLESIAS GONZÁLEZ

Ediciones Francis y Taylor. Colección Double Francis. 520 págs. Madrid (1983).

No es tarea fácil elaborar un diccionario sobre el régimen jurídico de las licencias urbanísticas. Más aún cuando se procura mantener un equilibrio entre la rigurosa legislación existente y la fríasca jurisprudencia habitual sobre la materia.

RECENSIONES

Gracias a la sabia labor de Felipe Iglesias González, profesor titular del Área de Derecho Urbanístico de la Universidad Autónoma de Madrid y que actúa como asesor jurídico en el Departamento de Derecho Urbanístico del despacho de abogados Uña & Menéndez, los juristas (y políticos en general) dispuestos de un práctico libro de consulta que aclara los dudas, resuelve los problemas, saca la claridad y simplifica el conocimiento de cuanto se refiere al abigarrado mundo de las licencias urbanísticas.

El libro está estructurado en orden alfabético desde se realiza un exhaustivo análisis del régimen jurídico de las licencias urbanísticas. La sistematización de consulta aplicada en este diccionario se fundamenta en el previo análisis del régimen establecido por la normativa estatal, bien sea de aplicación directa a todas las Comunidades Autónomas, bien sea de aplicación subsidiaria, para, seguidamente, profundizar en el estudio de las normas autonómicas, autonómicas sobre cada una de las comunidades.

El primer capítulo del libro se dedica a los actos urbanísticos sujetos a licencia urbanística. Destaca en este capítulo el apartado destinado a las actuaciones urbanísticas sujetas a licencia por licencia administrativa.

Seguidamente analiza el régimen de procedimiento de tramitación de licencias urbanísticas, haciendo hincapié en el momento de la solicitud de licencia urbanística, el momento de la presentación de oposición al otorgamiento de la licencia y los momentos de otorgamiento de la licencia.

El capítulo tercero analiza la normativa jurídica de la licencia, sus efectos, la nulidad de las licencias fraudulentas y condicionadas, así como las diferencias de las licencias urbanísticas respecto a otros títulos administrativos, como, por ejemplo, las licencias comerciales, destacando la licencia para edificar y urbanizar que el autor la ha venido desarrollando en el campo de las licencias urbanísticas en los últimos años.

La extensión de los actos de las licencias urbanísticas y la importancia del otorgamiento de las licencias urbanísticas quedan reflejadas en este libro. Concretamente, el capítulo cuarto está dedicado al estudio

### LICENCIAS URBANÍSTICAS 2003

FELIPE IGLESIAS GONZÁLEZ

Ediciones Francis y Taylor, Colección Dossier Práctico, 520 págs., Madrid (2003).

No es tarea fácil elaborar un *dossier* sobre el régimen jurídico de las licencias urbanísticas. Más aún cuando se procura mantener un equilibrio entre la numerosa legislación existente y la frondosa jurisprudencia habida sobre la materia.

Gracias a la ardua labor de Felipe Iglesias González, profesor titular del Área de Derecho administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid y que, actualmente, colabora como abogado asociado en el Departamento de Derecho urbanístico del despacho de abogados Uría & Menéndez, los juristas (y público en general) disponemos de un práctico libro de consulta que aclara las dudas, resuelve los problemas, sacia la curiosidad y amplía el conocimiento de cuantos se acercan al abigarrado mundo de las licencias urbanísticas.

El libro está estructurado en ocho capítulos donde se realiza un exhaustivo análisis del régimen jurídico de las licencias urbanísticas. La sistemática de estudio aplicada en este *dossier* se cimenta en el previo análisis del régimen establecido por la normativa estatal, bien sea de aplicación directa a todas las Comunidades Autónomas, bien sea de aplicación supletoria, para, seguidamente, profundizar en el estudio de las normas urbanísticas autonómicas sobre cada aspecto normativo.

El primer capítulo del libro se dedica a los actos urbanísticos sujetos a licencia urbanística. Destaca en este capítulo el apartado destinado a las actuaciones urbanísticas no sujetas a licencia por exclusión jurisprudencial.

Seguidamente analiza el autor el procedimiento de otorgamiento de licencias urbanísticas, detallando el contenido de la solicitud de licencia urbanística, la instrucción del procedimiento de otorgamiento de la licencia y los requisitos para el otorgamiento de la licencia.

El capítulo tercero analiza la naturaleza jurídica de la licencia, sus efectos, la naturaleza de las licencias provisionales y condicionadas, así como las diferencias de las licencias urbanísticas respecto a otros títulos administrativos (como, por ejemplo, las licencias comerciales), delatando la intensa labor doctrinal y universitaria que el autor ha venido desarrollando en el campo de las licencias urbanísticas en los últimos años.

La extinción de los efectos de las licencias urbanísticas y la suspensión del otorgamiento de las mismas también tienen cabida en este libro. Concretamente, el capítulo cuarto está dedicado al estudio

de la renuncia, la revisión, la caducidad y la revocación de las licencias urbanísticas. El capítulo quinto, por su parte, destaca los diferentes tipos de suspensión del otorgamiento de licencias.

Los restantes capítulos están dedicados a las licencias de las actuaciones promovidas por las Administraciones Públicas; a las licencias de primera ocupación, de apertura, de actividad y de actividad clasificada; y, finalmente, al régimen de protección de la legalidad urbanística.

Resulta útil la parte del libro dedicada a anexos, donde se reproducen tanto los formularios y modelos sobre las licencias urbanísticas como el proyecto de Ordenanza especial de tramitación de licencias y control urbanístico del Ayuntamiento de Madrid.

En resumen, nos encontramos ante una indispensable guía que todo profesional e interesado en el mercado inmobiliario y urbanístico debería consultar.

#### GUÍA BÁSICA PARA EL ANÁLISIS DE VIABILIDAD ECONÓMICA DE LAS ACTUACIONES URBANÍSTICAS

GERARDO ROGER FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ  
BLANCA MARÍN FERREIRO  
PABLO FERNÁNDEZ MONEDERO

Editorial: Ícaro - Colegio Territorial de Arquitectura de Valencia 2003.  
135 páginas.

La Ley Reguladora de la Actividad Urbanística de la Comunidad Valenciana ha venido a remover la tradicional normativa del suelo español. A pesar de mantener, en esencia, los tradicionales sistemas de ejecución, ha permitido que suba a escena un tercer actor: el agente urbanizador.

El Urbanizador, propietario o no del suelo, deberá presentar ante la Administración un proyecto técnico-empresarial que, de ser aprobado por la misma, le conferirá el derecho a promover y costear la urbanización, de forma similar a la actuación de la Administración Pública en el sistema de cooperación. En definitiva, los agentes urbanizadores, deberán demostrar ante la Administración Pública, la rentabilidad, tanto empresarial como social, del proyecto de urbanización que planteen.

La Guía Básica para el Análisis de Viabilidad Económica de las Actuaciones Urbanísticas nace con el objeto de explicar, desde un punto de vista empírico, qué es y cómo se determina la rentabilidad de

un proyecto de producción de suelo urbanizado y, por consiguiente, cuándo es viable una determinada actuación urbanística. La originalidad de la misma trae causa de la ausencia de bibliografía que analice la viabilidad económica de los proyectos de inversión en suelo, y de la necesaria simbiosis de la disciplina económica con su homóloga urbanística.

En los primeros Capítulos de la Guía se establece un exhaustivo estudio de los conceptos urbanísticos básicos que inciden en el análisis económico, desarrollando a continuación la Condición de Viabilidad de las actuaciones-proyectos urbanísticos, aforismo que constituirá la piedra angular y finalidad de la misma.

En los Capítulos V, VI y VII, la Guía se comporta como un auténtico manual, al analizar cada uno de los componentes que constituyen el modelo de viabilidad. Para ello, se definen las variables económicas que configuran los gastos (obra urbanizadora, indemnizaciones, honorarios técnicos, gastos de gestión y beneficio del urbanizador) e ingresos (valor en venta de los solares, precios tasados de VPO, etc.) procedentes de la actividad urbanizadora. Su objetivo, eminentemente práctico, se materializa con la explicación de las metodologías, tanto analíticas como sintéticas, que permiten estimar dichas variables. Por último, en el Capítulo IX, se explica el análisis de viabilidad económica de la producción de suelo urbanizado, mediante la aplicación de métodos financieros (Valor Actual Neto, TIR, etc.), lo que permitirá la introducción de la variable tiempo.

Cada capítulo se acompaña de los ejemplos correspondientes a la materia analizada.

En definitiva, la complejidad e importancia económica de las variables que concurren en el análisis de viabilidad de las actuaciones urbanísticas, y el indudable interés que su contenido tiene para todos los agentes que intervienen en dicho proceso (urbanizador, administración y propietarios), justifica sobradamente la aparición de esta Guía cuyo contenido permitirá a los profesionales dedicados al urbanismo un mayor entendimiento de las variables económicas que interactúan en el mismo, y cuya repercusión supera a la Comunidad Valenciana, por extenderse la figura del urbanizador a otras normas autonómicas del suelo.

NÚMERO	FECHA	FECHA DOCM	ASUNTO
12/2003	24/09/2003	27/09/2003	RECURSOS ELECTORALES DE 19 DE DICIEMBRE. ELECTORAL DE LA CM

N.º DECRETO	FECHA	FECHA DOCM	COMUNICADA	ASUNTO
10/2003	08/09/2003	10/09/2003	EDUCACIÓN	SE APRUEBAN LOS ESTADUTOS DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

## LEYES Y DECRETOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID SEGUNDO CUATRIMESTRE 2003

				AGUA DE LA GRANJA. ACTUACIÓN SANITARIA EN EL TÉRMINO MUNICIPAL DE ALGETE
--	--	--	--	--

10/2003	08/09/2003	10/09/2003	MEDIO AMBIENTE	PLAN DE ORDENACIÓN DE AGUAS DE LA URBANIZACIÓN DE LA GRANJA. CIUDAD JARDÍN. VALLEHERPILLO. SITA EN EL TÉRMINO MUNICIPAL DE ALGETE
---------	------------	------------	----------------	---

14/2003	08/09/2003	10/09/2003	SERVICIOS SOCIALES	SISTEMA DE ACCREDITACIÓN, FISCALIZACIÓN Y CONTROL DE LAS ENTIDADES LEGALMENTE RECONOCIDAS DE ASESORÍA INTERFAMILIAR
---------	------------	------------	--------------------	---

14/2003	08/09/2003	10/09/2003	EDUCACIÓN	REVISIÓN DE REGLAMENTO DEL CONSEJO DE LA JUVENTUD DE LA CM
---------	------------	------------	-----------	--

N.º LEY	FECHA	FECHA BOCM	ASUNTO	
12/2003	26/08/2003	27/08/2003	REFORMA LEY 11/1986, DE 16 DE DICIEMBRE, ELECTORAL DE LA CM	
N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
58/2003	08/05/2003	28/05/2003	EDUCACIÓN	SE APRUEBAN LOS ESTATUTOS DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
59/2003	08/05/2003	29/05/2003	MEDIO AMBIENTE	SE APRUEBA UNA CUOTA SUPLEMENT EN LA TARIFA DE DISTRIBUC. DE AGUA DE LA URBANIZ. «CIUDAD SANTO DOMINGO», SITA EN EL TÉRMINO MUNICIPAL DE ALGETE
60/2003	08/05/2003	29/05/2003	MEDIO AMBIENTE	EN LA TARIFA DE DISTRIBUC. DE AGUA DE LA URBANIZ. «CIUDAD JARDÍN VALDERREY» SITA EN EL TÉRMINO MUNICIP. DE ALGETE
62/2003	08/05/2003	16/05/2003	SERVICIOS SOCIALES	SOBRE ACREDITACIÓN, FUNCIONAMIENTO Y CONTROL DE LAS ENTIDADES COLABORADORAS DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL
64/2003	08/05/2003	13/05/2003	EDUCACIÓN	SE APRUEBA EL REGLAMENTO DEL CONSEJO DE LA JUVENTUD DE LA CM

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
65/2003	08/05/2003	27/05/2003	TRABAJO	SE REGULA LA COLABORACIÓN ENTRE EL SERV. REG. DE EMPLEO Y LOS CENTROS INTEGRADOS DE EMPLEO
66/2003	22/05/2003	02/06/2003	JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICAS	SE CREA EL FONDO REGIONAL DE COOPERACIÓN MUNICIPAL DE LA CM, DESTINADO A SUFRAGAR GASTOS CORRIENTES DE LOS AYUNTAMIENTOS
67/2003	22/05/2003	02/06/2003	JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICAS	SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE DESARROLLO DE LA AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE LA CM DE TUTELA DE DERECHOS Y DE CONTROL DE FICHEROS DE CARÁCTER PERSONAL
68/2003	22/05/2003	10/06/2003	ECONOMÍA E INNOVACIÓN TECNOLÓG.	SE REGULA EL DERECHO A LA INFORMACIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LA COMPRAVENTA DE VEHÍCULOS USADOS EN LA CM
69/2003	22/05/2003	10/06/2003	EDUCACIÓN	SE CREA EN LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID EL INSTITUTO DE DERECHO LOCAL

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
71/2003		10/06/2003	EDUCACIÓN	SE AUTORIZA LA IMPLANTACIÓN DE ENSEÑANZAS Y EL CAMBIO DE DENOM., CREAC. Y SUPRES. CENTROS EN LA UNIV. EUROPEA DE MADRID, CON EFECTOS CURSO ACAD. 03-04
72/2003		09/06/2003	EDUCACIÓN	SE ESTABLECE EL CURRÍCULO DE LOS ESTUDIOS SUPERIORES DE CERÁMICA
74/2003	22/05/2003	04/06/2003	EDUCACIÓN	SE AUTORIZA LA IMPLANTACIÓN DE ENSEÑANZAS Y LA ADSCRIPCIÓN DE UN CENTRO EN UNIVERSIDADES PÚBLICAS DE MADRID
77/2003	05/06/2003	12/06/2003	JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICAS	SE MODIFICA EL DECRETO 230/01, POR EL QUE SE REGULA EL ACCESO A LA FUNCIÓN PUB. DE LA ADM. DE LA CM DE LOS NAC. DE LOS DEMÁS ESTA. MIEMB. DE LA UE
86/2003	19/06/2003	24/06/2003	JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICAS	SE REGULA LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA EN EL ÁMBITO DE LA CM
130/2003	03/07/2003	16/07/2003	EDUCACIÓN	SE AUTORIZA LA IMPLANTACIÓN DE ENSEÑANZAS EN UNIVERSIDADES

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
				PRIVADAS DE MADRID, CON EFECTOS DEL CURSO ACADÉMICO 2003-2004
154/2003	03/07/2003	04/07/2003	SANIDAD	SE DEJA SIN EFECTO EL DECRETO 69/02, DE 25 DE ABRIL, SOBRE ATRIBUCIONES DE COMPETENCIA EN EL ÁMBITO DE LA CONSEJ. DE SANIDAD
158/2003	10/07/2003	01/08/2003	ECONOMÍA E INNOVACIÓN TECNOLÓGIC.	SE UNIFICAN LOS PROCEDIMIENTOS RELACIONADOS CON LA INSCRIPCIÓN EN LOS REGISTROS DE EMPRESA DE ACTIVIDADES INDUSTRIALES REGULADAS
159/2003	10/07/2003	23/07/2003	ECONOMÍA E INNOVACIÓN TECNOLÓGIC.	DE ORDENACIÓN DE ESTABLECIMIENTOS HOTELEROS DE LA CM
161/2003	10/07/2003	28/07/2003	EDUCACIÓN	SE CREAN 5 COLEGIOS PÚBLICOS DE EDUC. INFANTIL Y PRIMARIA, SE APRUEBA LA CREACIÓN DE 4 NUEVOS COLEGIOS POR DESDOBLAMIENTO DE OTROS
175/2003	17/07/2003	25/07/2003	JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN	SE DENIEGA LA ALTERACIÓN DE

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
			PÚBLICAS	TÉRMINOS MUNICIPALES CONSISTENTE EN LA SEGREGACIÓN DEL TÉRMINO MUNICIPAL DE PUENTES VIEJAS, PARA CONSTITUIR 3 NUEVOS MUNICIPIOS
176/2003	17/07/2003	05/08/2003	ECONOMÍA INNOVACIÓN TECNOLÓGIC.	SE DECLARA DE UTILIDAD PÚBLICA Y URGENTE EJECUCIÓN LA CONCENTRACIÓN PARCELARIA DE TORREMOCHA DE JARAMA
177/2003	17/07/2003	01/08/2003	TRABAJO	SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL REGISTRO DE COOPERATIVAS DE LA CM
178/2003	17/07/2003	05/08/2003	EDUCACIÓN	SE CREAN 6 CENTROS PÚBLICOS DE EDUCACIÓN DE PERSONAS ADULTAS DEPENDIENTES DE LA CONSEJ. DE EDUCACIÓN DE LA CM CON SEDE EN ESTABLEC. PENITENCIARIOS
179/2003	24/07/2003	07/08/2003	SERVICIOS SOCIALES	SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE LOS CONSEJOS LOCALES DE ATENCIÓN A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA DE LA CM

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
180/2003	24/07/2003	07/08/2003	SERVICIOS SOCIALES	SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE LOS CONSEJOS DE 'AREA DE ATENCIÓN A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA DE LA CM
185/2003	24/07/2003	07/08/2003	SANIDAD	SE AUTORIZA LA CONSTITUCIÓN DE LA FUNDACIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO «LA PRINCESA»
187/2003	24/07/2003	07/08/2003	SANIDAD	SE AUTORIZA LA CONSTITUCIÓN DE LA FUNDACIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO «RAMÓN Y CAJAL»
188/2003	24/07/2003	07/08/2003	SANIDAD	SE AUTORIZA LA CONSTITUCIÓN DE LA FUNDACIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO «PUERTA DE HIERRO»
189/2003	24/07/2003	07/08/2003	SANIDAD	SE AUTORIZA LA CONSTITUCIÓN DE LA FUNDACIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
				«DOCE DE OCTUBRE»
190/2003	24/07/2003	07/08/2003	SANIDAD	SE AUTORIZA LA CONSTITUCIÓN DE LA FUNDACIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO «LA PAZ»
191/2003	24/07/2003	07/08/2003	SANIDAD	SE AUTORIZA LA CONSTITUCIÓN DE LA FUNDACIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO CLÍNICO «SAN CARLOS»
192/2003	24/07/2003	07/08/2003	SANIDAD	SE AUTORIZA LA CONSTITUCIÓN DE LA FUNDACIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO DE GETAFE
193/2003	31/07/2003	08/08/2003	EDUCACIÓN	SE CREA UNA ESCUELA OFICIAL DE IDIOMAS EN TORREJÓN DE ARDOZ
194/2003	31/07/2003	08/08/2003	EDUCACIÓN	SE CREAN 9 ESCUELAS DE EDUCACIÓN INFANTIL DE PRIMER CICLO EN LA CM
195/2003	31/07/2003	08/08/2003	EDUCACIÓN	SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE DISCIPLINA DEPORTIVA DE LA CM

N.º	PROYECTO	FECHA	ESTADO	ACTIVIDAD	ACTIVO	INACTIVO
1	REGIMEN DE DISCIPLINA DE LOS ALUMNOS DE LA ESCUELA DE INGENIERIA					
2	ESTUDIO DE LAS CONDICIONES DE VIDA DE LOS ALUMNOS DE LA ESCUELA DE INGENIERIA					
3	ESTUDIO DE LAS CONDICIONES DE VIDA DE LOS ALUMNOS DE LA ESCUELA DE INGENIERIA					
4	ESTUDIO DE LAS CONDICIONES DE VIDA DE LOS ALUMNOS DE LA ESCUELA DE INGENIERIA					
5	ESTUDIO DE LAS CONDICIONES DE VIDA DE LOS ALUMNOS DE LA ESCUELA DE INGENIERIA					
6	ESTUDIO DE LAS CONDICIONES DE VIDA DE LOS ALUMNOS DE LA ESCUELA DE INGENIERIA					
7	ESTUDIO DE LAS CONDICIONES DE VIDA DE LOS ALUMNOS DE LA ESCUELA DE INGENIERIA					
8	ESTUDIO DE LAS CONDICIONES DE VIDA DE LOS ALUMNOS DE LA ESCUELA DE INGENIERIA					
9	ESTUDIO DE LAS CONDICIONES DE VIDA DE LOS ALUMNOS DE LA ESCUELA DE INGENIERIA					
10	ESTUDIO DE LAS CONDICIONES DE VIDA DE LOS ALUMNOS DE LA ESCUELA DE INGENIERIA					
11	ESTUDIO DE LAS CONDICIONES DE VIDA DE LOS ALUMNOS DE LA ESCUELA DE INGENIERIA					
12	ESTUDIO DE LAS CONDICIONES DE VIDA DE LOS ALUMNOS DE LA ESCUELA DE INGENIERIA					
13	ESTUDIO DE LAS CONDICIONES DE VIDA DE LOS ALUMNOS DE LA ESCUELA DE INGENIERIA					
14	ESTUDIO DE LAS CONDICIONES DE VIDA DE LOS ALUMNOS DE LA ESCUELA DE INGENIERIA					
15	ESTUDIO DE LAS CONDICIONES DE VIDA DE LOS ALUMNOS DE LA ESCUELA DE INGENIERIA					
16	ESTUDIO DE LAS CONDICIONES DE VIDA DE LOS ALUMNOS DE LA ESCUELA DE INGENIERIA					
17	ESTUDIO DE LAS CONDICIONES DE VIDA DE LOS ALUMNOS DE LA ESCUELA DE INGENIERIA					
18	ESTUDIO DE LAS CONDICIONES DE VIDA DE LOS ALUMNOS DE LA ESCUELA DE INGENIERIA					
19	ESTUDIO DE LAS CONDICIONES DE VIDA DE LOS ALUMNOS DE LA ESCUELA DE INGENIERIA					
20	ESTUDIO DE LAS CONDICIONES DE VIDA DE LOS ALUMNOS DE LA ESCUELA DE INGENIERIA					

