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

N.º 18
Enero
Abril
2004

N.° 18 Enero-Abril

Año 2004

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Nº 18. Enero-Abril 2004

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

N.º 18. Enero-Abril 2004

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

Subdirecto:
Javier Cepeda Morrás
Subdirector de lo Consultivo
javier.cepeda@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 está también disponible a través de Internet en la página web de la Comunidad de Madrid:
http://www.madrid.org

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

Y en Intranet
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

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.

ÍNDICE

ESTUDIOS

LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO ORDINARIO

POR

JOSÉ RAMÓN RODRÍGUEZ CARBAJO

ABOGADO DEL ESTADO ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO

I. PRELIMINAR

El procedimiento del recurso de casación contencioso-administrativo se puede dividir en cinco momentos o fases: aunque no aparezcan así especificados en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa (en adelante, LJ): preparación, interposición, admisión, sustanciación y decisión. El presente estudio se ocupa de la segunda de esas fases, la interposición. El último estudio monográfico sobre este tema se publicó en el año 1994 y fue elaborado al poco tiempo de entrar en vigor la casación contencioso-administrativa [1]; por ello, creemos que puede resultar de utilidad disponer de un estudio actualizado sobre esta cuestión.

[1] Nos referimos al estudio de ORTIZ RÍOS, J., El recurso de casación en el proceso contencioso-administrativo: los escritos de preparación e interposición, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º. 81, 1994.

II. Legitimación

Vamos a referirnos en primer lugar a la situación normal de legitimación y después a tres supuestos especiales.

1. El escrito de interposición formulado por quien ha sido parte en el procedimiento

A tenor del artículo 89.3 LJ, «el recurso de casación podrá interponerse por quienes hayan sido parte en el procedimiento a que se contraiga la sentencia o resolución recurrida». Ese precepto ha de completarse con lo dispuesto en el artículo 448.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) que exige que para poder interponer cualquier tipo de recursos es necesario que las resoluciones judiciales «afecten desfavorablemente» a los recurrentes. Pudiera parecer ociosa esa precisión y sin embargo, debido al carácter masificado que con frecuencia presentan los recursos contencioso-administrativos, podemos encontrar en la jurisprudencia recursos de casación inadmitidos por falta de legitimación de los recurrentes al haber sido interpuestos contra resoluciones judiciales que les eran totalmente favorables [2].

Si en el escrito preparatorio no se dice nada acerca de la legitimación del recurrente para interponerlo, ello lleva aparejada la denegación de la preparación del recurso, según reiterada doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo [3]. Por el contrario, en el escrito de interposición ya no es necesario reiterar el fundamento de la legitimación.

2. El escrito de interposición formulado por quien hubiera debido ser parte en el proceso

Dice LÓPEZ-MEDEL BASCONES [4] —uno de los Ponentes de la LJ— que «el apartado 3 del artículo 89 del proyecto de ley establecía que el recurso podía interponerse «por quienes, según esta ley, se hallen legitimados como parte demandante o demandada». No obstante, en la Ponencia estimábamos que convenía limitar la posibilidad de recurrir en casación exclusivamente a quienes efectivamente hayan

[2] Cfr. como ejemplo de lo dicho la sentencia de la Sala 3.ª del TS de 30 de octubre de 1997, dictada en la casación n.º 1.637/1996.

[3] Auto de 3 de marzo de 1994 (recurso de queja n.º 6.847/93), sentencia de 12 de junio de 2000 (casación n.º 1.453/95), etc.

[4] LÓPEZ-MEDEL BASCONES, J., *La elaboración parlamentaria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 2001, Ed. Aranzadi, p. 146.

sido parte en el procedimiento en el que ha recaído la resolución objeto de dicho recurso, manteniendo el régimen de legitimación que existía sin necesidad de ampliarlo, en base a lo cual se dio una nueva redacción a este apartado que es la que figura en el texto definitivo».

No podemos compartir tan autorizada opinión. A pesar de lo que dice el artículo 89.3 de la LJ, el recurso de casación contencioso-administrativo y, por tanto, los escritos preparatorio y de interposición del mismo, no sólo pueden formularse por quienes han sido parte en el proceso en el que se dictó la resolución impugnada, sino también por quienes hubieran debido serlo pero no lo fueron por causas no imputables a ellos. Así lo imponen, la aplicación directa del artículo 24.1 de la Constitución, el artículo 270 de la Ley Orgánica del Poder Judicial —y en sentido análogo el artículo 150.2 de la LEC— que ha establecido que los órganos jurisdiccionales han de notificar las resoluciones judiciales, no sólo a «todos los que sean parte en el pleito, causa o expediente», sino también «a quienes se refieran o puedan parar perjuicios» cuando así se disponga expresamente en las resoluciones judiciales, de conformidad con la Ley, y la Ley Orgánica n.º 13/1999, de 14 de mayo, que modificó la Ley Orgánica del Poder Judicial [5], ampliando la legitimación para promover el incidente de nulidad de actuaciones a quienes hubieran debido ser parte en el proceso. Por ello, debió mantenerse la redacción del proyecto de ley de la LJ.

Por tanto, en el nada infrecuente supuesto de que el proceso contencioso-administrativo de instancia se hubiese desarrollado sin haberse emplazado a los titulares de algún derecho o interés afectado por aquél, si éstos tienen conocimiento de la sentencia antes del transcurso del plazo legal para preparar el recurso de casación, podrán formular éste y en él, además, podrán obtener remedio a la indefensión sufrida a través de la invocación del motivo c) del artículo 88.1 LJ. Obviamente, en este especial supuesto, los redactores del escrito de preparación habrán de justificar cumplidamente que debieron ser parte en el proceso y que han sufrido una indefensión real y efectiva [6]. Pero incluso si el conocimiento de la resolución judicial por los perjudicados que no tuvieron la condición de parte en la instancia se produjese cuando ya hubiese transcurrido el plazo de diez días que el artículo 81.1 LJ concede para preparar el recurso de casación, hay que reconocer a esos perjudicados la posibilidad —siempre, obviamente, que alguna de las partes hubiese impugnado la resolución judicial en

[5] En el entonces artículo 240.3 que, después de la Ley Orgánica n.º 19/2003, de 23 de diciembre, ha pasado a ser el artículo 241.1.

[6] El Tribunal Constitucional dispone de una copiosa doctrina sobre los requisitos necesarios para que la falta de emplazamiento tenga relevancia constitucional; puede verse sintetizada en la sentencia 91/2001, de 2 de abril.

casación y evitado su firmeza— de personarse ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo para que ésta les conceda, bien el plazo para preparar e interponer el recurso de casación, o bien el plazo para formular oposición al recurso interpuesto, según que esos afectados que no fueron parte en la instancia tengan interés en combatir o en mantener la resolución judicial allí dictada [7].

3. En la práctica, se ha eximido al Ministerio Fiscal de formular escrito de interposición

Dice GONZÁLEZ PÉREZ [8] que «en el proceso a que da lugar el recurso de casación en el proceso administrativo sólo se prevé la intervención del Ministerio Fiscal en el supuesto de que hubiese sido parte y hubiese recurrido contra la resolución (art. 92.3)», con lo cual solo reconoce al Ministerio Fiscal legitimación activa. Ahora bien, ningún obstáculo existe en la LJ para que el Ministerio Fiscal pueda también personarse y comparecer como parte recurrida en la casación contencioso-administrativo. Todo ello, naturalmente, referido solo al proceso contencioso-administrativo especial de protección de los derechos fundamentales de la persona (arts. 117.2 y 119 LJ) y al recurso de casación en materia de responsabilidad contable (arts. 81 y ss. de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas), procesos en los que el Ministerio Fiscal interviene *ex lege* [9]. Desde luego, lo que no está previsto en la LJ (ni en la actual, ni en la derogada) es la práctica judicial existente en cuya virtud el Ministerio Fiscal está exento de formular los escritos de preparación y de interposición, adoptando una cómoda postura consistente en personarse ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo sin expresar el concepto —recurrente o recurrido— en que comparece y dándosele traslado del escrito de interposición a la vez que a la parte recurrida.

4. La LJ no ha previsto la figura del recurrente en casación por adhesión

La LJ no contempla la posibilidad de que la parte recurrida se adhiera al recurso en algún punto concreto, como podía hacerlo en el antiguo recurso de apelación en el momento de personarse ante el Tribunal Supremo y como puede hacerse ahora en el recurso de apelación de la LJ (art. 85.4). Como dicen GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ «hay aquí una pérdida neta, que es de lamentar y que de *facto* puede producir efectos contrarios a los queridos por el legislador propiciando la interposición de recursos innecesarios con fines cautelares para cubrir el riesgo de que la otra parte no se conforme con la sentencia; la aceptación de la adhesión al recurso de la parte recurrida en el momento de comparecer ante el Tribunal Supremo eliminaría este riesgo» [10].

La opinión de esos autores forzosamente ha de ser compartida por todo Letrado que tenga experiencia en recursos de casación. Sin embargo, no ha sido seguida por el legislador, que no sólo ha eliminado la adhesión al recurso de casación en la LJ, sino que tampoco la ha regulado en la LEC —de aplicación supletoria en el proceso contencioso-administrativo—, al contrario de lo que sucede en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que permite que la parte que no haya preparado el recurso pueda adherirse a él, en el término del emplazamiento o al instruirse del recurso formulado por la otra parte (arts. 861 y 874 en sus respectivos párrafos finales, cuya redacción vigente fue dada por Ley de 16 de julio de 1949). Insistimos en que no entendemos por qué la LJ no ha previsto la figura del recurrente en casación por adhesión, pues tendría idéntica utilidad y semejante regulación a la de la apelación adhesiva recogida en su artículo 85.4.

III. Postulación

Dado que el escrito de interposición de la casación contencioso-administrativo se presenta ante un órgano colegiado (la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo), es aplicable el artículo 23.2 LJ a cuyo tenor, «en sus actuaciones ante órganos colegiados, las partes deberán conferir su representación a un Procurador y ser asistidas por Abogado». Vamos a referirnos seguidamente a tres peculiaridades que en esta materia presenta el escrito de interposición.

1. Asistencia jurídica gratuita

Esta cuestión estaba clara bajo la anterior LEC. Así, el artículo 1695 disponía que «la presentación del escrito preparatorio del recurso de

[7] Aunque no contempla un supuesto referido al recurso de casación, la orientación expuesta puede intuirse en la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 192/1997, de 11 de noviembre.

[8] GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Ed. Civitas, 2003, 4.ª ed., tomo II, p. 1.751.

[9] El otro proceso contencioso-administrativo en el que el Ministerio Fiscal interviene *ex lege*, el contencioso electoral, está excluido del recurso de casación [art. 86.2.d) LJ].

[10] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, 8.ª edición, 2002, vol. 2.º, p. 676.

casación incumbe al Procurador y Abogado encargados de la defensa en la instancia de la parte amparada por el beneficio de justicia gratuita» y el artículo 1708 que el interesado, dentro de los primeros diez días del emplazamiento, habría de solicitar que el Tribunal Supremo se dirigiese a los Colegios de Abogados y Procuradores para que se le designasen los profesionales que habrían de representarlo ante el órgano jurisdiccional de casación.

Sin embargo, esos preceptos —que no habían sido derogados por la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita— no han pasado a la nueva LEC que nada dice al respecto. Entendemos que cuando la instancia se hubiese desarrollado ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional o del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, serán los mismos Procurador y Abogado que actuaron en aquella los encargados de intervenir en el recurso de casación y, en consecuencia, de formular los escritos de preparación y de interposición (art. 7.º.2 de la Ley 1/1996 que ha de prevalecer sobre la equívoca redacción del párrafo primero del artículo 31 de la misma Ley 1/1996). Por el contrario, cuando la instancia se hubiese desarrollado en un órgano jurisdiccional no radicado en Madrid, creemos —aunque son posibles otras interpretaciones— que la solución más práctica, razonable y que mejor respeta lo dispuesto en el artículo 7.3 de la Ley 1/1996 es la de entender que el escrito de preparación sea presentado por los mismos profesionales que intervinieron de oficio en la instancia y que en el mismo pidan la remisión de las actuaciones a la Sección 1.a de la Sala Tercera del Tribunal Supremo para que por ésta se requiera a los Colegios de Abogados y Procuradores de Madrid la designación de abogado y procurador de oficio; una vez nombrados éstos, la Sala les concederá el plazo de treinta días para que formalicen el escrito de interposición.

2. Los recursos interpuestos por funcionarios públicos

El artículo 23.3 de la LJ determina que podrán comparecer por sí mismos, esto es, sin necesidad de Abogado y Procurador, los funcionarios públicos en defensa de sus derechos estatutarios, cuando se refieran a cuestiones de personal que no impliquen separación de empleados públicos inamovibles.

Sin embargo, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha establecido de forma reiterada que el artículo 23.3 de la LJ no es aplicable al recurso de casación. Se basa para ello en que «la excepción del artículo 23.3 de la LJ, que no difiere esencialmente de la que introdujo el artículo 33.3 de la Ley de 1956, descansa en el conocimiento de la normativa

aplicable al caso que se presume tienen los funcionarios públicos cuando están en litigio sus derechos estatutarios, pero esta consideración, a la que ya se refería la exposición de motivos de la citada Ley, pierde buena parte de su fuerza de convicción cuando del recurso de casación se trata. Se opone la complejidad de la actividad procesal, tanto en lo que hace a su contenido como a su forma, propia de este recurso extraordinario, que sólo puede interponerse por determinados motivos, con el consiguiente rigor que esto comporta en orden a la subsunción de los vicios jurídicos de que pueda adolecer la resolución judicial recurrida, pues no se debe olvidar que en el recurso de casación, a diferencia de lo que ocurre en primera y segunda instancia, las pretensiones de las partes deben moverse en torno a la aplicación de la ley efectuada por el órgano jurisdiccional *a quo*, quedando relegada a un segundo plano la actividad administrativa inicialmente impugnada, que es precisamente, en el caso de las cuestiones de personal, el dato del que arranca la presunción de que el funcionario público no está necesitado de asistencia jurídica. De lo anteriormente expuesto se desprende que la comparecencia ante esta Sala de los funcionarios públicos cuando la sentencia recurrida se refiere a cuestiones de personal debe hacerse por medio de Procurador y el escrito de interposición formularse además con la asistencia de Abogado» [11].

Es claro, por tanto, que aun cuando estemos ante un asunto de personal, la comparecencia ante la Sala 3.ª del Tribunal Supremo ha de efectuarse por medio de Procurador y Abogado.

3. Las Administraciones Públicas

Bajo la vigencia de la LJ anterior, la Sala Tercera del TS sostuvo en un primer momento [12] que sólo el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado estaban exentos de comparecer —y, en consecuencia, de formular el escrito de interposición— en el recurso de casación sin necesidad de Procurador; por el contrario, las demás Administraciones Públicas (incluidas las Comunidades Autónomas) necesitaban comparecer en el recurso de casación en todo caso por medio de Procurador, fundándose en que, a diferencia del Ministerio Fiscal y de la Abogacía del Estado, las restantes Administraciones Públicas no tienen destacado un servicio con despacho en el Palacio de Justicia sede del Tribunal Supremo.

[11] Autos de 14 de febrero de 2000 (casación n.º 4.995/1999), 16 de julio de 2001 (casación n.º 8.104/2000), 14 de enero de 2002 (casación nº. 3.247/01), etc.

[12] Por todos, Auto de 16 de septiembre de 1994, casación n.º 4.920/93.

Sin embargo, finalmente la Sala Tercera del Tribunal Supremo se percató de lo errónea de esa doctrina [13] por cuanto si el recurrente es una Administración Pública, hay que tener en cuenta que, en general, su postulación es *ex lege* y que comprende tanto la representación como la defensa, encontrándose atribuidas ambas a los Letrados que sirven en los Servicios Jurídicos de las mismas [14]; por tanto, no es necesaria la aportación de poder alguno con el escrito interponiendo un recurso de casación por parte de los funcionarios pertenecientes a los Cuerpos que ejercen la postulación de las Administraciones Públicas. Ahora bien, nada impide que —salvo en aquellas Administraciones Públicas que tienen atribuida su postulación exclusivamente a sus Servicios Jurídicos— las Administraciones Públicas confieran su representación en juicio a un Procurador [15], en cuyo caso, con el escrito de interposición ha de adjuntarse el correspondiente poder.

IV. La relación entre los escritos preparatorio y de interposición

1. La dualidad escrito de preparación-escrito de interposición no es esencial al recurso de casación

Las dos fases iniciales del recurso de casación ordinario contencioso-administrativo son: una primera, de preparación o anuncio del recurso y una segunda, de interposición o formalización. La primera fase se desarrolla, en principio, ante la Sala sentenciadora (Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, artículos 89 y 90 de la LJ); solo si el órgano *a quo* no accede a tener por preparado el recurso de casación, denegando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones al Tribunal Supremo, el recurrente puede interponer el incidente denominado recurso de queja cuyo conocimiento está atribuido a la Sección 1.ª de la Sala 3.ª del Alto

[13] A partir del Auto de 17 de julio de 1996, casación n.º 2.162/1996, se unificaron los criterios de la Sala Tercera sobre este tema.

[14] Las normas básicas sobre esta materia son las siguientes: el artículo 24 LJ, el artículo 551 de la LOPJ de 1 de julio de 1985 (en la redacción dada por la Ley Orgánica n.º 19/2003, de 23 de diciembre), la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas de 27 de noviembre de 1997 (*considerada en vigor* por la disposición derogatoria única de la LEC), las Leyes reguladoras de los Servicios Jurídicos en las distintas Comunidades Autónomas, el artículo 212.2 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades Locales aprobado por Decreto de 28 de noviembre de 1986 y el Decreto de 25 de junio de 1994 respecto a las entidades públicas empresariales.

En la Comunidad de Madrid, artículos 1.º y 5.º de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

[15] Así, en la Comunidad de Madrid, cfr. artículo 1.3 de la Ley 3/1999.

Tribunal (art. 90.2 LJ). La segunda fase, de formalización o interposición del recurso, se desarrolla ante la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, correspondiendo a la Sección 1.ª decidir sobre su admisión y a las Secciones 2.ª a 7.ª, según la materia, la admisión, sustanciación y la decisión final [16]. No obstante, hay que tener en cuenta que la inadmisibilidad del recurso de casación por la existencia de defectos en el escrito preparatorio no sólo puede ser apreciada por el Tribunal *a quo*, sino también por el Tribunal Supremo, tanto en la fase de admisión por medio de auto como en la sentencia que resuelva el recurso de casación.

Esa dualidad, escrito preparatorio o de anuncio/escrito de interposición o formalización, no es indispensable para que exista un recurso de casación; por tanto, el legislador podía haber optado por refundir esas dos primeras fases en una sola o —como así ha hecho— por configurarlas separadamente. Así, en la regulación de la casación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (vigente hasta la Ley reformadora de 6 de agosto de 1984), sólo existía esa duplicidad —escrito preparatorio/escrito de interposición— en el recurso de casación por infracción de ley o de doctrina; por el contrario, en las casaciones por quebrantamiento de forma y a la vez por infracción de ley o de doctrina, contra las sentencias de los amigables componedores, así como en la casación en interés de la Ley, no existía escrito preparatorio de la casación. Del mismo modo, en la actual LJ tampoco existe escrito preparatorio en la casación para la unificación de doctrina (arts. 97 y 99 LJ), ni en el recurso de casación en interés de la Ley (arts. 100 y 101 LJ).

2. ¿La cita del motivo o motivos casacionales en el escrito preparatorio puede eximir de hacerlo en el de interposición?

SALA, XIOL y FERNÁNDEZ MONTALVO opinan que «*sería un grave defecto, probablemente determinante de la inadmisibilidad del recurso, el pensar que por haberse formulado los motivos de casación en el escrito de preparación basta en el de interposición con remitirse a aquél*» [17]. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no parece compartir ese criterio pues en su sentencia núm. 295/2000, de 11 de diciembre, anuló un fallo de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que había desestimado una casación porque en el escrito de interposición no se habían alegado los motivos, no teniendo en cuenta que esa alegación

[16] Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2002, sobre composición y funcionamiento de las Salas y Secciones de ese Tribunal y asignación de ponencias que deben turnar los Magistrados en el año 2003 (*BOE* del día 10 de enero de 2003).

[17] SALA SÁNCHEZ, P, XIOL RÍOS, J.A. y FERNÁNDEZ MONTALVO, R., *Práctica procesal contencioso-administrativa*, Ed. Bosch, 1999, tomo VI, vol. 1.º, p. 394.

se había realizado en el escrito preparatorio pues *«examinados los autos en su totalidad y en su globalidad se aprecia que en el escrito de preparación, no sólo se hacía expresa mención de que el Auto que se impugnaba infringía la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo cual constituye el motivo de casación contemplado en el artículo 95.1.4 LJCA, sino que se citaba expresamente dicho artículo. Es más, se citaban asimismo las resoluciones del Tribunal Supremo que se consideraban infringidas»*; no obstante, el Tribunal Constitucional deja en pie la duda de qué hubiera sucedido si el Tribunal Supremo hubiese argumentado expresamente la desestimación por no haber hecho constar los motivos en el escrito de formalización, a pesar de haberlos expresado en el escrito preparatorio, pues —dice el intérprete supremo de la Constitución— *«hemos de llamar la atención sobre el hecho de que el Tribunal Supremo no fundamenta su resolución en que la cita del motivo casacional se hiciese en el escrito de preparación en vez de haberlo hecho en el de interposición, sino que simplemente omite toda consideración sobre la circunstancia de que la infracción de jurisprudencia, como motivo casacional, se hubiera hecho constar sólo en el escrito de preparación. De ahí que resulte patentemente errónea la afirmación de que no se alegó ninguno de los motivos de casación, y que haya de concluirse que dicho error tiene relevancia constitucional»* (FJ 3.º, párrafos 2.º y 3.º).

3. El principio de unidad de alegaciones entre las fases de preparación y de interposición de la casación

Una cuestión básica a la hora de redactar un escrito de interposición es la de saber hasta qué punto las alegaciones contenidas en el escrito preparatorio condicionan al escrito de formalización.

En nuestra opinión, no es posible dar una única respuesta a ese problema, sino que es necesario distinguir según la clase de resolución judicial recurrida en casación y el órgano jurisdiccional que la ha dictado, debiendo establecer las tres situaciones siguientes que pasamos a examinar.

A) En los recursos de casación contra resoluciones judiciales (es decir, tanto autos como sentencias) dictadas por la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, así como contra autos dictados por las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, no rige el principio de unidad de alegaciones entre las fases de preparación y de interposición

El artículo 96 de la LJ de 1956 (en la redacción dada por la LMURP) decía que en el escrito de preparación debía realizarse una

«sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos exigidos». Ante las dudas suscitadas por esa expresión [18], la LJ de 1998 precisó que esos requisitos exigidos eran solo los «de forma» (art. 89.1 *in fine*), manifestando así la voluntad del legislador de que todo lo referente al fondo del asunto no debía ser examinado en la fase de preparación, quedando esa tarea reservada para el escrito de formalización o interposición.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo ha entendido, tanto bajo la vigencia del anterior artículo 96 como del actual artículo 89.1 de la LJ, que no es necesario que en el escrito de preparación del recurso que verse sobre las resoluciones judiciales que estamos examinando en este apartado se expongan los motivos en que el mismo pretende fundarse. Por eso, a través de los pertinentes recursos de queja, ha anulado numerosas decisiones de Tribunales de instancia que habían declarado mal preparados recursos de casación por no haber aludido en el escrito preparatorio al motivo o motivos en que se pretendía amparar el recurso. Valga como ejemplo de lo expuesto la siguiente transcripción *«Al exigir la concreción de los motivos y la cita de la norma o doctrina jurisprudencial que se entienden infringidos, la Sala de primera instancia está exigiendo en el escrito de preparación del recurso de casación unos requisitos formales que la Ley no exige, con lo que incluso puede llegarse a atribuir a la propia Sala de primera instancia el examen de si las normas o la doctrina invocadas son o no aplicables, lo que es competencia exclusiva de este Tribunal Supremo. Al escrito de preparación del recurso de casación no pueden serle exigidos otros requisitos que los que la Ley exige, los que fueron cumplidos por la entidad recurrente, por lo que debe de tenerse por debidamente preparado el recurso de casación intentado»* [19].

---

[18] Así, FUERTES LÓPEZ, M., El escrito de preparación del recurso de casación, *Revista del Poder Judicial* n.º 32, 1993, p. 253, sostenía que en el escrito de preparación debían incluirse de modo razonado los distintos motivos y fundamentos posibles del recurso, siendo necesaria la cita concreta del motivo en que se pretende fundamentar el mismo, así como la mención de las concretas leyes o jurisprudencia que se estimen infringidas; con ello se pretende —a juicio de esa autora— un doble objetivo *"dotar de cierta seriedad al recurso y huir de convertir a ese trámite procesal en un mero ritual formalista que solo enunciase de modo general y abstracto los requisitos para acceder a este recurso extraordinario sin ninguna referencia a la concreta sentencia que se pretende casar"*.

Por el contrario, otros autores como ORTIZ RÍOS, J., *Op. cit.*, pp., 105 y 106, consideran inútil y superflua cualquier manifestación en el escrito preparatorio de los motivos de la fundamentación del recurso por cuanto la ley no lo exige y, además, el Tribunal de instancia carece de facultades para entrar en el fondo y resolver el recurso de casación planteado.

[19] Autos de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1993 (recurso de queja n.º 36/92), de 22 de febrero de 1994 (recurso de queja n.º 4.311/93), etc.

Puede verse una exposición de la jurisprudencia recaída acerca del recurso de casación contencioso-administrativo en GONZÁLEZ RIVAS, J.J., *El recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa. Estudio sistemático y jurisprudencial*, ed. Aranzadi, 1996 y en ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, GONZÁLEZ RIVAS y SANCHO MAYO, *Análisis teórico y jurisprudencial de la LJ*, 2.ª ed., Pamplona, 2002.

Por tanto, en esos casos, el contenido del escrito de preparación no vincula al recurrente a la hora de elaborar su escrito de interposición, en consecuencia, éste puede formalizar el recurso basándose sólo en las razones apuntadas en el escrito preparatorio o bien agregar nuevos argumentos o incluso fundarse sólo en preceptos nuevos y distintos a los citados en el escrito preparatorio.

En cuanto a los recursos contra las resoluciones judiciales que analizamos en este apartado, es plenamente aplicable la doctrina constitucional que ha calificado de contrario al artículo 24 de la Constitución el principio de unidad de alegaciones entre preparación e interposición en la casación penal[20].

No obstante, no podemos dejar de señalar que es muy conveniente que en el escrito de preparación se hagan constar los motivos en que se funda el recurso, pues la práctica revela que las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales de instancia han exigido en multitud de ocasiones que en el escrito preparatorio de la casación se hagan constar los motivos en que el recurso se ampara. Es cierto que en esos casos el recurso de queja ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (art. 90.2 LJ) remedia el error pero a costa de la considerable dilación que supone la tramitación de esos recursos de queja, la cual puede evitarse haciendo constar los motivos ya en el escrito de preparación.

B) En los recursos de casación interpuestos contra sentencias dictadas por las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia debería regir el principio de unidad de alegaciones entre las fases de preparación y de interposición

Cuando estemos ante un recurso de casación contra sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia, el escrito de preparación no habrá de contener los motivos en que el recurso va a fundarse, pero deberá incluir la justificación de que la infracción de una norma estatal o comunitaria europea ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia (Arts. 89.2 y 86.4 LJ).

La doctrina actual de la Sala Tercera del Tribunal Supremo es que, en principio, la indicación en el escrito preparatorio de que el recurso se fundamentará en uno de los motivos del artículo 88.1 LJ no impide que en el escrito de interposición se hagan valer los restantes, si la parte ha considerado que tenía base para invocarlos[21]. Sin

[20] Por todas, STC núm. 181/1993, de 31 de mayo.

[21] Por todas, sentencia de la Sala 3.ª del TS de 27 de marzo de 2000 (casación n.º 2.688/1996).

embargo, en estos momentos no es cierto —como afirman SALA, XIOL y FERNÁNDEZ MONTALVO[22]— que *«carece de consecuencias legales el hecho de que los motivos enunciados en el escrito de preparación del recurso no coincidan en todo o en parte con los que luego se formulen en el escrito de interposición del recurso»*. Ello por cuanto la Sección 1.ª de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo viene entendiendo que, si bien la exigencia del artículo 89.2 LJ (justificación de que la infracción de una norma estatal o comunitaria europea ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia) es aplicable únicamente cuando el recurso de casación se ampara en el motivo previsto en el apartado d) del artículo 88.1 LJ (infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia) y no cuando se ampara en los motivos de los apartados a), b) y c) de aquel precepto porque las normas y la jurisprudencia referentes a esos tres últimos motivos son de carácter procesal y, por tanto, normas estatales en el ejercicio de la competencia exclusiva atribuida al Estado por el artículo 149.1.6.ª de la CE y cuya uniforme interpretación en todo el territorio nacional solo se puede alcanzar —aparte del recurso de amparo— encomendando su interpretación al Tribunal Supremo[23]. Ahora bien, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha creado en esos casos una exigencia adicional, que los motivos de los apartados a), b) o c) del artículo 88.1 LJ hayan sido anunciados en el escrito de preparación, no siendo suficiente con su constancia en el escrito de interposición. Es decir, que si el escrito preparatorio no cumple la exigencia del artículo 89.2 LJ, el recurso de casación será declarado inadmisible en cuanto al motivo fundado en el apartado d) del artículo 88.1 LJ, pero será admitido en cuanto a los motivos a),b) o c) de ese precepto, siempre que los mismos hubiesen sido ya invocados en el escrito de preparación[24].

A nuestro juicio, debiera rectificarse en este punto la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo para hacer efectivo el principio de unidad de alegaciones entre preparación e interposición. De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se deduce que el requisito de unidad de alegaciones en la casación es admisible en la medida en que cumpla con su finalidad de hacer posible que los Tribunales ejerciten

[22] SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J.A. y FERNÁNDEZ MONTALVO R., *Op.cit.* p. 394.

[23] La sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2000 (Diario *La Ley*, 8 de marzo de 2001) sostuvo la aplicación de la exigencia de los artículos 86.4 y 89.2 LJ a todos los motivos previstos en el artículo 88.1 LJ, con un voto particular de don Fernando Ledesma Bartret.

Sin embargo, esa doctrina ha sido rápidamente rectificada en el sentido señalado de limitar la aplicación de la exigencia que comentamos a los recursos de casación fundados en el motivo previsto en el artículo 88.1.d) LJ. Por todos, Auto de 15 de enero de 2001 (casación n.º 2.473/1999).

[24] Por todos, Auto de 20 de enero de 2003 (casación n.º 653/2001).

las competencias que, en orden a la preparación del recurso, les confiere la Ley [25]. Pues bien, si en el escrito de preparación del recurso de casación contencioso-administrativo interpuesto contra sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia es imprescindible señalar las normas de Derecho estatal o comunitario europeo en que el mismo se basa, es contrario a toda lógica que después en el escrito de interposición puedan sustituirse esas normas por otras o ampliar las citadas en el escrito preparatorio añadiendo otras leyes infringidas en el escrito de interposición; ello implica tanto como plantear una nueva casación a la que se ha privado del preceptivo filtro de la preparación. Entre preparación e interposición debería haber —en las casaciones contra las resoluciones a las que ahora nos referimos— una continuidad en la fundamentación.

C) En los recursos de casación interpuestos contra autos recaídos en ejecución de sentencias también debería regir el principio de unidad de alegaciones entre preparación e interposición

En el caso del recurso contra autos recaídos en ejecución de sentencia, siempre que resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en aquélla o que contradigan los términos del fallo que se ejecuta [art. 87.1.c) LJ], los requisitos de admisibilidad de la casación se relacionan íntimamente con el fondo del asunto. En estos casos, cuando el Tribunal *a quo* tenga que decidir si el escrito preparatorio se refiere a una resolución susceptible de casación, habrá de encontrar en ese escrito de preparación un adelanto de lo que será el escrito de formalización. Por tanto, son aplicables *mutatis mutandis* los argumentos que acabamos de exponer en el apartado anterior para postular la efectividad del principio de unidad de alegaciones entre preparación e interposición.

V. Requisitos objetivos

1. Los motivos

A tenor del artículo 92.1 LJ, el escrito de interposición del recurso expresará razonadamente el motivo o motivos en que se ampare, citando las normas o la jurisprudencia que considere infringidas. Asimismo, por otrosí podrá solicitarse la celebración de vista (art. 94.3).

[25] Por todas, Sentencia n.º 181/1993, de 31 de mayo.

El recurso de casación contencioso-administrativo, como todos los recursos de casación, tiene los motivos tasados en su artículo 88. Son los siguientes:

A) «Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción» [art. 88.1.a), LJ]

Como dice MARTÍ DEL MORAL, es «lógica y gramaticalmente imposible distinguir entre abuso y exceso» [26]. Abuso, según el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua,* implica el mal uso de algo. Abusar es extralimitarse, bien por bondad excesiva, bien por descuido. Este concepto de abuso ha sido recogido, en redacción no afortunada pero perpetuada por las sucesivas leyes procesales, en el artículo 88.1,LJ con relación al ejercicio de la jurisdicción, en el que se puede abusar tanto por exceso como por defecto. Sería deseable que en las futuras regulaciones del recurso de casación este motivo aludiese solamente al «exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción».

Existirá exceso en el ejercicio de la jurisdicción en todos aquellos supuestos en que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa hayan conocido de asuntos propios de otros órdenes jurisdiccionales o de otros poderes del Estado (Asambleas Legislativas o Administraciones Públicas). El defecto en el ejercicio de la jurisdicción es el vicio contrario al anterior, un Juez o Tribunal de lo contencioso-administrativo no decide una cuestión porque, erróneamente, entiende que carecía de jurisdicción para ello.

Entendemos que también existirá exceso en el ejercicio de la jurisdicción en todos aquellos supuestos en que los Jueces y Tribunales inapliquen, dejen sin efecto o deroguen expresa o tácitamente normas con rango de Ley. La única potestad que tienen los órganos judiciales en relación con esas normas es la de plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, si consideran que las mismas pueden ser contrarias a la Constitución (arts. 163 CE, 5.º de la LOPJ y 35 y ss. de la LOTC). Como ha dicho el Tribunal Constitucional:

> «No cabe descartar, sin embargo, que el derecho del justiciable a una efectiva tutela judicial pueda resultar menoscabado cuando una resolución judicial inaplique, por su supuesta inconstitucionalidad, una norma de ley postconstitucional vigente en la que la pretensión se funde. Nuestro sistema constitucional se caracteriza por la existencia de un órgano, el Tri-

[26] MARTÍ DEL MORAL, A., *El recurso de casación contencioso-administrativo. Estudio jurisprudencial de los motivos de casación,* Madrid, 1997, p. 56.

bunal Constitucional, que tiene la competencia exclusiva para declarar, y con eficacia *erga omnes*, la inconstitucionalidad de las leyes. La actuación de este Tribunal, en los procesos de inconstitucionalidad, sólo puede ser solicitada por los órganos o parte cualquiera a los que la Constitución atribuye legitimación para ello, entre los cuales se encuentran precisamente también los órganos judiciales a través del planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad. Los órganos judiciales ordinarios no pueden así dejar de aplicar por sí mismos, en razón de su inconstitucionalidad, y mediante el uso del principio de jerarquía, una ley posterior a la Constitución, resolviendo por sí mismos el dilema en que le sitúa «la eventual contradicción entre la Constitución y la Ley» (STC 17/1981, de 1 de julio). La norma legal, aun contraria a la Constitución, está vigente en tanto que este Tribunal no la declare inconstitucional y, por ello nula. De este modo y, en defensa de la dignidad de la Ley, emanada de la representación popular, el órgano judicial no está autorizado, si duda de su constitucionalidad, a desconocer su vigencia (Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1981, de 1 de julio), y para evitar la aplicación de la norma inconstitucional ha de cuestionarla ante este Tribunal, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 163 de la Constitución.

La tutela judicial efectiva, a la que todos tienen derecho, entraña, como presupuesto implícito e inexcusable, la necesidad de que los juzgadores resuelvan *secundum legem* y atendiéndose al sistema de fuentes establecido (art. 1.7 del Código civil), exigencia que, si bien no hará posible en este cauce el control genérico sobre la razonable interpretación de las normas seleccionadas como aplicables por los órganos judiciales, a los que constitucionalmente corresponde esta función, sí permitirá reconocer una indebida denegación de la tutela judicial en la hipótesis de que el órgano judicial, desconociendo la ordenación constitucional y legal sobre el control de normas, quiebre el derecho del justiciable a que su pretensión será resuelta según aquel sistema, y no aplicando la regla en que la pretensión se base sin tener en cuenta la ordenación de los controles normativos (arts. 106.1 y 163 de la Constitución), y entre ellos la cuestión de inconstitucionalidad, a través de la cual se consigue garantizar al mismo tiempo la sujeción de los órganos judiciales a la Ley y a la Constitución (STC 17/1981, de 1 de julio).

El Tribunal Central de Trabajo, si entendía no derogado el artículo 12 de la Ley 35/1980 por la posterior Ley 34/1984 y, sin embargo, contrario a la Constitución, tenía que haber planteado ante este Tribunal la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, habiendo de oír previamente además a las partes, para evitar su indefensión, y al Ministerio Fiscal, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 35.2 de la Ley Orgánica del

Tribunal Constitucional. Al haber realizado directamente y por sí mismo ese juicio negativo de inconstitucionalidad, dejando de aplicar un precepto legal que consideraba no derogado por la Ley posterior, ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo. Procede, en consecuencia, concederse el amparo solicitado y anular la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la conclusión del procedimiento y al inicio del plazo para dictar Sentencia, para que la Sala Segunda de dicho Tribunal resuelva de nuevo, y con toda libertad, el recurso de suplicación ante él planteado, bien entendido que, si considera en vigor y aplicable al caso el artículo 12 de la Ley 35/1980, de 26 de junio, que estima contrario a la Constitución, ha de iniciar el procedimiento previsto en el artículo 163 de la Constitución, siguiendo los trámites establecidos en los artículos 35 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional» (Sentencia n.º 23/1988, de 22 de febrero).

Por lo tanto, el Juez o Tribunal que inaplica o deja sin eficacia un precepto legal postconstitucional por su propia autoridad sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, no sólo usurpa la jurisdicción del Tribunal Constitucional [exceso en el ejercicio de la jurisdicción, artículo 88.1.a), LJ], sino que también viola el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes procesales [infracción de las normas del ordenamiento jurídico, artículo 88.1.d), LJ] a la cual también tienen derecho —con determinadas limitaciones— las personas jurídico-públicas (cfr. por todas, STC n.º 201/2002, de 28 de octubre).

Por último, hemos de recordar que el exceso en el ejercicio de la jurisdicción es aplicable en el recurso de casación contencioso-administrativo, aun sin planteamiento previo en la instancia e incluso de oficio por el propio Tribunal Supremo (sentencias de la Sala Tercera de 2 de diciembre de 1994 y 22 de marzo de 1999).

Si la sentencia que resuelva el recurso de casación estimase que hubo exceso de jurisdicción, anulará la sentencia o resolución recurrida, indicándose el concreto orden jurisdiccional que se estima competente con emplazamiento de las partes para que comparezcan ante él; si se entendiese que lo que hubo fue defecto de jurisdicción, será el propio Tribunal Supremo el que dictará sentencia sobre el fondo [art. 95.2.a),LJ].

B) «Incompetencia» [art. 88.1.b) ,LJ]

Al amparo de este motivo se invocará la falta de cualquier clase de competencia —jerárquica o territorial— en el Tribunal que dictó la sentencia recurrida en casación, por corresponder la misma a otro

órgano dentro del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. En el escrito de interposición debe citarse el artículo de la LJ o de la LOPJ en que se basa la alegada incompetencia.

De estimarse este motivo, se remitirán las actuaciones al órgano jurisdiccional competente para que resuelva [art. 95.2.b), LJ].

C) «Inadecuación del procedimiento» [art. 88.1.b), LJ]

Ese motivo se utilizará para denunciar la utilización de algún proceso contencioso-administrativo en lugar de otro de los previstos en la LJ. El caso más habitual es la alegación de haberse seguido el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona cuando debía haberse acudido a la sustanciación del procedimiento ordinario o abreviado por tratarse, en realidad, de cuestiones de legalidad ordinaria. Pero también podrá invocarse a través de este motivo cualquier otra inadecuación de procedimiento, así, haberse seguido el procedimiento previsto en el artículo 127, LJ, para los casos de suspensión administrativa previa de acuerdos en lugar del procedimiento ordinario o viceversa, seguirse el procedimiento ordinario en lugar del abreviado en los casos del artículo 29.2, LJ, etc.

De estimarse este motivo, se repondrán las actuaciones al Estado y momento exigidos por el procedimiento adecuado para la sustanciación de las mismas, salvo que, por la aplicación de sus normas específicas, dicho procedimiento adecuado no pueda seguirse [art. 95.2.b), LJ][27].

D) «Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia» (art. 88.1.c), LJ)

Este motivo plantea el problema de su referencia exclusiva a las sentencias, sin mencionar a los autos. ¿Qué sucede cuando por ejemplo un auto carece de motivación? La doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo tampoco en esto es unívoca, de forma que en unas ocasiones ha equiparado autos y sentencias y, por el contrario, en otras ha restringido este motivo a las sentencias.

[27] Existe una corriente doctrinal partidaria de que cuando se aprecie el motivo consistente en inadecuación de procedimiento, se anule la sentencia y se indique cuál es el procedimiento adecuado, salvo que el procedimiento que se hubiese seguido tuviese las mismas o mayores garantías que el que fuese procedente legalmente. Por todos, IGLESIAS CANLE, I.C., *El recurso de casación contencioso-administrativo*, Ed. Tirant lo Blanch, 2000, p. 255.

Aun cuando hay otros supuestos que, teóricamente, podrían fundar un recurso de casación al amparo de este número, podemos decir que, en la práctica, se incluyen las siguientes infracciones:

— La falta de motivación; derecho que se integra en la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), la cual exige que la respuesta que se dé a las pretensiones de las partes se encuentre suficientemente motivada (arts. 120.3 CE y 218.2 LEC).

— La incongruencia, en su triple vertiente de: incongruencia omisiva o *ex silentio*, incongruencia *extra petita* e incongruencia por error (arts. 24.1 CE, 33 y 67, LJ).

— La contradicción interna de la sentencia, cuando su fallo no es coherente con los argumentos empleados en los fundamentos de derecho, al no trasladar a la decisión lo que en los fundamentos jurídicos se consideraba procedente (art. 218.1 LEC).

— Y la infracción de la invariabilidad de las sentencias so pretexto de aclaraciones o correcciones (arts. 267, LOPJ y 214 LEC).

De estimarse este motivo, la Sala resolverá lo que corresponda dentro de los términos en que apareciera planteado el debate en la instancia [art. 95.2.c) y d), LJ], remediando la infracción de las normas reguladoras de la sentencia impugnada.

E) «Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales» [art. 88.1.c), LJ]

A través de este motivo se articulará cualquier infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, destacando en la práctica la alegación de la indebida denegación o de la irregular práctica de pruebas en la instancia.

Es necesario justificar la indefensión que la denegación de pruebas ha causado a la parte que las solicitó. Así lo impone el artículo 88.1.c), LJ, *in fine* («siempre que se haya producido indefensión para la parte»). El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre lo que constituye la «esencia de la indefensión, esto es, una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, o, en otras palabras, aquella situación en que se impide a una parte, por el órgano judicial en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de las facultades de alegar y, en su caso, de justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias, en aplicación del indispensable principio de

contradicción» (Auto TC 1110/1986, de 22 de diciembre). En versión más sencilla, «el derecho de defensa implica la oportunidad para las partes litigantes de alegar y probar cuanto estimasen conveniente para la defensa de sus tesis en pie de igualdad» (Auto TC 275/1985, de 24 de abril). Del mismo modo se ha puesto de manifiesto que las denominadas «irregularidades procesales» no suponen «necesariamente indefensión, si le quedan al afectado posibilidades razonables de defenderse, que deja voluntariamente —por error o falta de diligencia— inaprovechados» (Auto TC 484/1983, de 19 de octubre). Por tanto, lo que en el artículo 24.1 «garantiza la Constitución no es la corrección jurídica de todas las actuaciones de los órganos judiciales, sino, estrictamente, la posibilidad misma de acceder al proceso, de hacer valer ante el órgano judicial los propios derechos e intereses, mediante la necesaria defensa contradictoria, y de obtener, en fin, una respuesta judicial fundada en derecho y de contenido no irrazonable sobre la propia pretensión» (STC 41/ 1986, de 2 de abril y Auto TC 914/1987, de 15 de junio).

Aun cuando se hayan producido las infracciones procesales denunciadas, para que puedan ser apreciadas en un recurso de casación es imprescindible haber pedido la subsanación de la falta o transgresión en la instancia, de existir momento procesal oportuno para ello (art. 88.2, LJ). Por tanto, es necesario que las partes dejen constancia en los autos de su protesta por las irregularidades procesales que puedan haberse producido, bien a través del recurso de súplica contra la resolución siguiente a la infracción, bien solicitando que se haga constar el defecto en el acta que se levante del resultado de una actuación procesal o incluso presentando un escrito dirigido exclusivamente a poner de manifiesto la irregularidad. De no actuar así, a pesar de la realidad de las infracciones, las mismas no podrán ser remediadas en el recurso de casación.

Por último, si la sentencia dictada en el recurso de casación estimase este motivo, anulará la resolución impugnada y mandará reponer las actuaciones al Estado y momento en que se hubiera incurrido en la falta [art. 95.2.c), LJ].

F) «Infracción de las normas del ordenamiento jurídico que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate» [art. 88.1.d), LJ]

A través de ese motivo se analizan las cuestiones de fondo del recurso. Como características más destacadas de este motivo podemos señalar las siguientes:

— El recurso de casación contencioso-administrativo puede fundarse en la infracción de normas reglamentarias y no rige en él la jurisprudencia civil que sólo permite fundar el recurso de casación en la infracción de normas legales.

— A tenor del artículo 5.4, LOPJ, en todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. Es importante destacar que la invocación de ese precepto no exime de la necesidad de citar el concepto, de entre los cuatro apartados que contiene el artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción, por el que se estime que la resolución recurrida deba ser casada, según preceptúa el artículo 92.1 de esta última Ley, exigencia ésta de carácter inexcusable por tratarse la casación de un recurso extraordinario y aparecer fijado por la Ley el contenido del fallo del recurso en función del motivo que, en su caso, se haya estimado[28].

— Las normas infringidas han de ser de Derecho estatal o comunitario europeo, si bien el control de este requisito se efectuá ya a través del escrito de preparación (arts. 86.4 y 89.2, LJ) generando la inadmisión del recurso en el trámite de admisión y sólo si allí pasase inadvertido se declarará la inadmisibilidad en la sentencia.

— En cuanto a la posibilidad de invocar los principios generales del Derecho, aunque, como dice GONZÁLEZ PÉREZ, «no debe seguirse la doctrina jurisprudencial civil que sólo admite que pueda fundarse la casación en infracción de principios generales del Derecho cuando estén sancionados por Ley o doctrina legal, ya que, en cuanto integran el ordenamiento jurídico, deben merecer la protección de la casación»[29], lo cierto es que la doctrina al respecto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo es muy vacilante[30].

G) Infracción de la jurisprudencia

Respecto a ese motivo interesa destacar:

— Que, obviamente, la jurisprudencia a invocar habitualmente será la procedente de la Sala Tercera (de lo contencioso-administrativo) del Tribunal Supremo. Sin embargo, no debe existir inconveniente en poder invocar la jurisprudencia emanada de las demás Salas del Tribunal Supremo en la medida en que su doctrina pudiera ser de aplicación al caso.

[28] Por todas, sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1995.

[29] GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Op.cit.*, p. 1.737.

[30] Así, niega la casación por vulneración de los principios generales del Derecho la sentencia de 7 de julio de 1993 y la admite, en cambio, la de 22 de enero de 1994.

— Por supuesto, podrá invocarse también la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional (art. 5.1, LOPJ), del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (art. 10.2 CE) y de los Tribunales de Primera Instancia y de Justicia de las Comunidades Europeas (art. 240 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea).

— En principio y conforme a la doctrina tradicional, es necesaria, al menos, la existencia de dos sentencias del Tribunal Supremo para que pueda existir jurisprudencia. Es dudoso que sean exigibles también dos sentencias cuando se invoque la jurisprudencia emanada de los Tribunales mencionados en el párrafo precedente y, desde luego, no parece que sea necesario que las dos sentencias provengan del mismo órgano jurisdiccional, de forma que podrá alegarse este motivo invocando, por ejemplo, una sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y otra del Tribunal Constitucional.

— Sólo forman jurisprudencia los fundamentos que sean *ratio decidendi* de la sentencia, no la argumentación que se realice *obiter dicta* o a mayor abundamiento.

H) La especialidad del recurso de casación interpuesto contra autos dictados en ejecución de sentencia

No obstante, hay que tener en cuenta que en estos casos, a diferencia de lo que sucede con las sentencias y los demás autos susceptibles de recursos de casación, frente a los cuales el recurso puede fundarse en los motivos establecidos en el artículo 88.1. LJ, cuando se trata del recurso de casación contra los autos dictados en ejecución de sentencia no son invocables dichos motivos, sino únicamente los que específicamente señala el artículo 87.1.c) LJ [31].

2. La expresión de los motivos ha de realizarse razonadamente

Así lo exige el artículo 92.1 LJ. Por tanto, ha de huirse de planteamientos escuetos y apodícticos, siendo necesario desarrollar ampliamente los argumentos que sustentan cada motivo del recurso, es precisa una crítica ampliamente razonada de la resolución judicial cuya casación se pretende. Así, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha considerado que el escrito de interposición de la casación no contiene una expresión razonada de los motivos en que se basa cuando se

[31] Por todas, sentencia de la Sala 3.ª del TS de 19 de mayo de 2003, recurso de casación n.º 4.555/1999.

han utilizado formulaciones tales como decir que *«la sentencia recurrida no se pronuncia suficientemente sobre las infracciones a que se refiere el motivo»* [32] o que *«la Gerencia Municipal de Urbanismo ha seguido en la valoración técnica los criterios establecidos en los artículos 66.1 y 67 de la Ley 8/1990, tal como consta en autos, y por tanto esa valoración ha de mantenerse en sus propios términos»* [33].

3. Efectos que produce la falta de indicación de los motivos

Como acabamos de ver, el artículo 92.1 LJ dice que el escrito de interposición del recurso expresará razonadamente el motivo o motivos en que se ampare.

Ahora bien, ¿cuáles son los efectos que produce la falta de expresión de los motivos en el escrito de interposición? La doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo es contradictoria. Así, unas veces [34] ha dicho que la exigencia de la cita del motivo de entre los previstos en el artículo 88.1 LJ constituye un requisito inexcusable del escrito de interposición del recurso de casación y no una mera formalidad extrínseca ya que en función del motivo que se invoque el Tribunal Supremo habrá de enjuiciar el recurso de una u otra forma y sin que a ello quepa oponer que del sentido del escrito de interposición puede intuirse el motivo del artículo 88 LJ en que se funda, pues no es función de la Sala en este recurso extraordinario deducir o suponer lo que pueda haber sido intención de la parte recurrente no expresada en términos claros e inequívocos. Por el contrario, en otras ocasiones [35], ha sostenido que aunque no se cite en el escrito de interposición cuál es el motivo de los enunciados en el artículo 88 LJ que ampara la casación, sin embargo, tal circunstancia ha de considerarse como una mera irregularidad técnica, sin efectos invalidantes.

4. Cuestiones nuevas: imposibilidad de su planteamiento en el recurso de casación

La jurisprudencia sobre el recurso de apelación contencioso administrativo entendía que, en general, no existía la posibilidad de alegar *ius novorum* pues respecto de él era preclusiva la primera instancia respecto de la segunda (por todas, STS de 23 de abril de 1977). Sin

[32] Sentencia de 5 de marzo de 1997.
[33] Auto de 30 de enero de 1998, casación n.º 3.932/1997.
[34] Por todas, sentencias de 21 de abril, 14 de julio y 6 de octubre de 2003.
[35] Por todas, sentencia de 30 de mayo de 2003.

embargo, esa doctrina jurisprudencial se matizaba en relación a las causas de inadmisibilidad al entender que no debía ser óbice para que en la segunda instancia se invocase una causa de inadmisibilidad la circunstancia de que no se hubiera alegado en la primera, dado que las hipótesis previstas en los diferentes apartados del artículo 82 de la LJCA son presupuestos legales para la válida constitución de la relación jurídico-procesal, siendo susceptibles de apreciación con la máxima amplitud en el momento de dictar sentencia, sin discriminación de instancias (por todas, STS de 1 de julio de 1974 y 10 de marzo de 1977). Asimismo, la competencia del tribunal *ad quem* era plena en los casos de nulidad de pleno derecho o vicios de procedimiento apreciables de oficio, aunque los mismos no hubieran sido planteados por las partes en la instancia ni abordados en la sentencia recurrida (por todas, STS de 23 de junio de 1989).

Quiere ello decir que el Letrado encargado de defender un asunto en la instancia podía hacerlo con la seguridad que daba la existencia de una segunda oportunidad en el recurso de apelación para corregir, al menos, una parte de las eventuales omisiones que hubieran podido producirse en la defensa del recurso ante el Tribunal *a quo*. Así, si no se había alegado la extemporaneidad del recurso o un defecto de representación o un vicio procesal, cabía que ello fuese subsanado en el posterior recurso de apelación.

Todo esto ha desaparecido con el recurso de casación. Éste no constituye una nueva instancia, sino un recurso extraordinario que sólo puede ampararse en uno de los concretos motivos establecidos en la LJ, sin que invocando uno de esos motivos taxativos sea posible introducir en el debate cuestiones no alegadas en la instancia (por todas, STS de 28 de abril de 1997 y 3 de febrero de 1998), con la excepción ya señalada del defecto o exceso en el ejercicio de la jurisdicción.

5. ¿Debe respetar el Tribunal de casación la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia?

Una cuestión básica del recurso de casación es la de determinar si en el escrito de interposición puede —al amparo del motivo previsto en el artículo 88.1.d), LJ— discreparse con la forma en que el Tribunal de instancia haya valorado la prueba practicada. Ello plantea el problema del grado de vinculación que la Sala Tercera del Tribunal Supremo tiene respecto a la valoración de la prueba efectuada por los Tribunales de instancia; veremos dos soluciones a ese problema y después nos referiremos al artículo 88.3,LJ.

A) Criterio seguido de forma mayoritaria por la Sala Tercera del Tribunal Supremo: En el recurso de casación no puede modificarse la valoración de la prueba llevada a cabo en la instancia

La LJCA de 1956 concebía el recurso de apelación como ordinario y en él los poderes del órgano *ad quem* no se encontraban limitados, hasta el punto de corresponderle el total conocimiento del asunto planteado en el litigio en términos tales que le facultaban para valorar los elementos probatorios y apreciar las cuestiones debatidas según su propio criterio.

Por el contrario, según la doctrina clásica del recurso de casación, en él han de respetarse los hechos de la resolución impugnada, siendo inadmisible la casación cuando se parte de conclusiones fácticas contrarias (por todas, STS de 19 y 22 de enero de 1994).

Ello supone la necesidad de que los Letrados que intervienen en la instancia presten una atención especial a las actividades probatorias, ya que los hechos fijados en las resoluciones judiciales de esos Tribunales no van a poder ser combatidos en el ulterior recurso de casación.

Valga como ejemplo de esta doctrina la sentencia dictada por la Sección 5.ª sobre un tema de deslinde del demanio marítimo, con fecha 22 de diciembre de 2003, cuyo FD 5.º sostuvo:

> «Fácilmente se comprende que el motivo, así formulado y desarrollado, ha de ser desestimado. Basta recordar para ello 1) que el objeto del recurso de casación no es el examen de nuevo, sin limitación alguna, como si de una segunda instancia se tratara, de la totalidad de los aspectos fácticos y jurídicos de la cuestión o cuestiones planteadas en la instancia, sino —dada su naturaleza de recurso extraordinario, con fundamento en motivos legalmente tasados y con la finalidad básica de protección de la norma y creación de pautas interpretativas uniformes— el más limitado de enjuiciar —en la medida y sólo en la medida en que se denuncien a través de los motivos de casación que la Ley autoriza— las hipotéticas infracciones jurídicas en que haya podido incurrir el órgano judicial *a quo*, bien sea *in iudicando*, es decir, al aplicar el ordenamiento jurídico o la jurisprudencia al resolver aquellas cuestiones, bien sea *in procedendo*, esto es, quebrantando normas procesales que hubieran debido ser observadas; y 2) que, por lógica derivación de lo anterior, la descripción hecha por la Sala de instancia del supuesto de hecho que enjuicia —producto de sus conclusiones al valorar y apreciar los elementos de prueba puestos a su disposición— debe ser respetada por el Tribunal de casación —incluso en la hipótesis de que no la

comparta—, en tanto esa descripción no se combata adecuadamente, esto es, utilizando el motivo de casación pertinente e invocando como infringidas las normas o principios jurídicos que hubieran debido ser respetados al realizar aquella función de valorar y apreciar los elementos de prueba.

Esto es, precisamente, lo que se olvida en el recurso de casación que ahora resolvemos, pues discrepando la parte recurrente —tan sólo— de la valoración que la Sala de instancia hizo del informe de la Confederación Hidrográfica del Segura, no denuncia como infringidas ninguna de esas normas o principios jurídicos a los que acabamos de hacer referencia».

B) Criterio minoritario de la Sala Tercera del Alto Tribunal: En el recurso de casación ha de analizarse la valoración de la prueba efectuada en la instancia, para determinar si la misma puede calificarse de arbitraria o desproporcionada

Valga como ejemplo otra sentencia también de la Sección 3.ª, dictada asimismo en materia de deslinde del dominio público marítimo y sólo unos días antes de la anterior, el 10 de diciembre de 2003. Los últimos párrafos de su FD 4.º dicen así:

«La prueba pericial practicada en autos, tal y como señala la sentencia de instancia tras su análisis, "no contradice en lo más mínimo la delimitación efectuada por la Administración existiendo una total conformidad con el deslinde practicado y con las razones aducidas por aquella". El perito determina, fotografía y refleja en los planos anexos del informe, con absoluta rotundidad, los tramos del deslinde que tienen la consideración de "acantilados sensiblemente verticales" así como de "playas", tramos respecto de los que la recurrente no efectúa alegación alguna, aceptando tales conclusiones y centrando sus alegaciones en relación con los tramos no expresamente calificados con los conceptos anteriores (hitos 376 a 380; 389 a 381 y 395 a 401). Pues bien, ni un solo motivo puede deducirse del informe pericial para demostrar que en dichos concretos tramos, aun sin corresponderles las determinaciones técnicas de precedente cita, el deslinde llevado a cabo por la Administración no se encuentra ajustado a la nueva normativa sobre costas: ni los perfiles de promedios de los diferentes hitos, ni las fotografías de cada uno de los lugares donde se ubican los mismos, ni, en fin, el estudio de oleaje que por tramos realiza el perito le sirven de argumento o fundamento para desvirtuar, en punto alguno, el deslinde administrativo que se revisa, el cual corresponde a una zona que, geomorfológicamente, está constituida por "un saliente rocoso de rocas

calizas", que es definida por el perito como "un tramo de acantilado bajo a medio con dos playas muy pequeñas intercaladas"; zona, por otra parte, que está sujeta a la constante acción del mar y el viento, con oleajes que en algunos tramos llegan a superar los ocho metros.

Por ello, la valoración llevada a cabo por la sentencia de instancia de la prueba practicada así como las conclusiones alcanzadas, en modo alguno pueden calificarse de arbitrarias o desproporcionadas».

C) El artículo 88.3, LJ

La verdadera sorpresa de la regulación del recurso de casación de la nueva LJ ha sido la incorporación del n.º 3 del artículo 88. Ese precepto no figuraba en el proyecto de ley, sino que fue introducido en virtud de dos enmiendas presentadas durante la tramitación en el Senado; la primera de ellas, la enmienda n.º 18, tuvo esta lacónica justificación *«para poder ampliar las facultades de conocimiento del Tribunal Supremo en aquellas cuestiones, de hecho inseparables de la aplicación de la Ley, cuyo examen pueda realizarse sin contradecir la valoración de la prueba hecha en el proceso de instancia, para mejor ponderación de la carga de la prueba y como garantía y seguridad jurídica del justiciable»* [36], la otra enmienda, la n.º 35, tuvo una justificación similar *«ampliar las facultades de conocimiento del Tribunal Supremo a aquellas cuestiones de hecho inseparables de la aplicación de la Ley, cuyo examen pueda realizarse sin contradecir la valoración de la prueba hecha en el proceso de instancia»* [37]. Ahora bien, nosotros no entendemos cómo pueden adicionarse hechos omitidos por el Tribunal de instancia sin contradecir la valoración de la prueba efectuada por éste; en realidad, el artículo 88.3 LJ supone, pura y simplemente, introducir en la casación contencioso-administrativa el error de hecho en la apreciación de las pruebas en su vertiente negativa, es decir, cuando el juzgador de instancia omite hechos relevantes que se desprenden de las actuaciones, motivo ése que ya desapareció de la casación civil en la reforma de la LEC de 1992 y que no ha sido restaurado en la nueva LEC. Como dice IGLESIAS CANLE [38], ese precepto erige al juez de casación en juez de instancia al poder considerar otros hechos y, consiguientemente, fundamentar la sentencia en una argumentación fáctica y jurídica distinta a la efectuada por el órgano de instancia. No obstante, hemos de decir que el impacto del ar-

[36] Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, n.º 77(c), pp. 54 y 55.
[37] Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, n.º 77 (c), p. 62.
[38] IGLESIAS CANLE, I.C., *Op. cit.* p. 211.

tículo 88.3, LJ, ha sido mayor en el terreno de los principios del recurso de casación que en su trascendencia práctica, que ha sido mínima.

6. La interposición de recursos de casación contra Autos

Al respecto ha de tenerse en cuenta una singular doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo[39] conforme a la cual en los recursos de casación contra Autos, el que debe ser impugnado es el dictado inicialmente, pero no el Auto que resuelve posteriormente el preceptivo recurso de súplica previo al escrito preparatorio del recurso de casación (art. 87.3 LJ), salvo que este último modificara el sentido y los términos del primero. En base a ello, la Sala Tercera del Alto Tribunal ha declarado inadmisibles recursos de casación cuyo escrito preparatorio se había dirigido contra el Auto desestimatorio del recurso de súplica, en lugar de ir contra el Auto dictado inicialmente por el Tribunal *a quo*.

VI. Los recursos de casación interpuestos por las Administraciones Públicas

1. El artículo 92.3 LJ: su ámbito subjetivo

A tenor del artículo 92.3 LJ, «*Si el recurrente fuere el defensor de la Administración o el Ministerio Fiscal, en cuanto se reciban los autos se dictará diligencia de ordenación dándoles traslado de los mismos por plazo de treinta días para que manifiesten si sostienen o no el recurso y, en caso afirmativo, formulen el escrito de interposición ajustado a lo que previene el apartado 1 de este artículo*».

Ya hemos expuesto que, a pesar de la claridad de la LJ, la Sala 3.ª del TS ha eximido al Ministerio Fiscal de formular escrito de interposición.

¿Cuál es la justificación de ese precepto y del diferente trato que establece respecto al escrito de interposición formulado por los ciudadanos? En la regulación de la casación contencioso-administrativa anterior a la actual LJ, el tratamiento especial del vigente artículo 92.3 solo se concedía al Ministerio Fiscal y al Abogado del Estado (art. 99.3 de la LJ anterior). Ese tratamiento encontraba su justificación en la estructura interna de la Fiscalía y de la Abogacía del Estado, pues quienes iban a interponer el recurso de casación eran los miembros de esos Cuerpos que actúan ante el Tribunal Supremo, los cuales no habían intervenido en la instancia y ni siquiera habían formulado el escrito de preparación; por tanto, era razonable que se les diese traslado de las actuaciones para que pudiesen realizar un estudio completo del asunto y decidir fundadamente si sostenían o no la casación.

[39] Autos de 6 de febrero y 10 de julio de 1998, sentencias de 20 de noviembre de 1999 (casación n.º 1.723/1995) y 28 de diciembre de 1999 (casación n.º 8.746/1996), etc.

En el proyecto de ley de la actual LJ se decía que «*Si el recurrente fuere el Abogado del Estado, el Letrado que sirva en los servicios jurídicos de una Comunidad Autónoma o el Ministerio Fiscal...*»[40]. Seguía estando justificada la referencia al Ministerio Fiscal y al Abogado del Estado por las razones que acabamos de exponer, las cuales no son válidas para las Comunidades Autónomas que no disponen de Servicios Jurídicos destacados ante el Tribunal Supremo; no obstante, la justificación de la extensión de esa norma a los Servicios Jurídicos de las Comunidades Autónomas podía encontrarse en el elevado número de asuntos que, en general, tienen entre manos los Letrados de las Comunidades Autónomas, de forma que el traslado de las actuaciones a los mismos también contribuye a que puedan tomar con mayores elementos de juicio la decisión sobre el sostenimiento o no de la casación.

Sin embargo, en la tramitación en el Senado de la LJ se presentó la enmienda n.º 138 que propuso la redacción vigente del artículo 92.3 LJ y que por toda justificación aportó la de que se trataba de una «*mejora técnica en consonancia con la redacción del apartado 2 del artículo 54, así como con el artículo 24 del Proyecto*»[41]; pues bien, esa «*mejora técnica*» supuso dejar sin justificación el precepto, pues no puede encontrarse fundamento al mismo cuando quien interpone el recurso de casación son las Administraciones Públicas en aquellos supuestos en que su postulación sea ejercida por Abogado y Procurador colegiados; en todos esos supuestos, carece de sentido el régimen del artículo 92.3 de la LJ y la formalización del escrito de interposición por esas Administraciones Públicas debiera seguir el régimen general de los recursos interpuestos por los ciudadanos (art. 90.1 y 92.1 LJ).

Esa es la solución que ha seguido en la práctica la Sala Tercera del Tribunal Supremo, salvando el escollo que representa el tenor literal del artículo 92.3,LJ, a base de entender que:

«El alegato de la representación procesal de la Gerencia Municipal de Urbanismo de que todavía no se ha dictado la diligencia de orde-

[40] Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, n.º 70-1, p. 30.
[41] Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, n.º 77 (c), p. 90.

nación prevista en el artículo 92.3, LJ, ni se le ha dado traslado de los autos por plazo de treinta días para manifestar si sostiene o no el recurso y, en caso afirmativo, formular el escrito de interposición del mismo, parte de una premisa errónea, ya que en este asunto el recurrente no ha sido el «defensor de la Administración» al haber litigado en la instancia la Corporación municipal representada por Procurador y no por Letrado de sus servicios jurídicos. El artículo 92.3 de la nueva Ley, al referirse genéricamente al «defensor de la Administración», a diferencia del artículo 99.3 del texto anterior, que contemplaba únicamente al Abogado del Estado, lo que hace es extender esta norma singular a todos los supuestos en que las Administraciones Públicas actúan ante la Sala de instancia representadas y defendidas por sus propios Letrados —*ex* artículo 447 de la LOPJ—, no así cuando, como aquí ha ocurrido, lo hacen confiriendo su representación a un Procurador apoderado al efecto, pues en tal caso se encuentran sujetas, como cualquier otro litigante, a la carga de personarse y formular ante esta Sala el escrito de interposición del recurso dentro del término del emplazamiento, como con carácter general preceptúa el artículo 92.1 de la Ley de esta Jurisdicción.

> En otras palabras, el artículo 92.3 es una norma especial, referida exclusivamente a quien ostenta *ex lege* la representación y defensa de la Administración. Téngase en cuenta que atribuye la cualidad de «recurrente» al propio «defensor de la Administración», identificándolo con ésta, del mismo modo que hacía el artículo 99.3 de la Ley anterior respecto del Abogado del Estado, identificación que sólo puede cobrar sentido referida a quienes, estando al servicio de la Administración Pública tienen, como cometido específico, la representación y defensa en juicio de la misma en cuantos asuntos ésta sea parte» (Auto de 20 de noviembre de 2000).

Por último, este artículo 92.3 de la LJ plantea el problema de saber de qué se le da traslado al defensor de la Administración para que decida si formula el escrito de interposición. El artículo 92.3 LJ dice que se dará traslado de los autos; queda claro por tanto, que no habrá traslado del rollo de Sala y que sí se dará traslado de los autos de instancia, ahora bien ¿se hará también entrega al defensor de la Administración del expediente administrativo? A pesar de que hubiera sido preferible que el artículo 92.3 LJ emplease el término *«actuaciones»* en lugar del de *«autos»*, lo cierto es que, en la práctica, la Sección 1.ª de Sala Tercera del TS también da traslado del expediente administrativo a los defensores de las Administraciones Públicas.

2. Normas especiales de la Comunidad Autónoma de Madrid

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Madrid es aplicable la Instrucción 8/1999, de 13 de abril (que, salvo inadvertencia mía respecto a alguna derogación, considero vigente); la regla XII de esa Instrucción, después de establecer la técnica del recurso obligatorio, exige la autorización del Director General de los Servicios Jurídicos para no preparar, interponer o formalizar los recursos de casación, suavizando esa centralización al admitir que el citado Director General pueda, no obstante, dispensar de esa autorización para los supuestos en que así lo determine.

3. Normas especiales de la Administración del Estado

A tenor del artículo 42 del Decreto de 25 de julio de 2003: *«La interposición o preparación de recursos contra resoluciones judiciales se regirá por lo que en cada caso disponga, con carácter general o para supuestos particulares, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado. A falta de éstas, el abogado del Estado anunciará, preparará o interpondrá los recursos procedentes contra las resoluciones judiciales desfavorables»*.

Tenemos que acudir a la instrucción de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 5 de noviembre de 1996, la cual contiene la regla 23.2 dedicada al recurso de casación ordinario y dice así: *«Excepto en los asuntos clave A y en aquellos que determine la Dirección General, los Abogados del Estado Jefes quedan autorizados para decidir, sin necesidad de previa consulta, sobre la procedencia o no de la preparación del recurso de casación. La decisión de no recurrir deberá comunicarse posteriormente mediante nota fundada a la Dirección General. En los asuntos clave A la no preparación del recurso de casación, siendo éste procesalmente posible, deberá contar con la autorización expresa de la Dirección General»*.

VII. Requisitos de la actividad

1. Órgano jurisdiccional al que ha de dirigirse el escrito de interposición

A tenor del artículo 92.1 LJ, el escrito de interposición se formula ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

2. Lugar de presentación

A) El Registro General del Tribunal Supremo

El lugar más seguro para presentar el escrito de formalización del recurso de casación contencioso-administrativo es el Registro General del Tribunal Supremo (arts. 268.1 y 283 de la LOPJ).

B) La problemática presentación en los Juzgados de Guardia de Madrid: el artículo 135.1 y 2, LEC

a) *La jurisprudencia tradicional.* En cuanto a la presentación en los Juzgados de Guardia, hay que tener en cuenta los zigzagues que se han producido en los últimos años respecto a su régimen jurídico. Así, la doctrina jurisprudencial tradicional [42] era que los escritos dirigidos a los Tribunales de lo contencioso-administrativo (y, por tanto, también los escritos interponiendo recursos de casación), sólo podían presentarse en los Juzgados de Guardia el último día en que finalizaba el plazo legal concedido para evacuar el trámite, de forma que, si los escritos se presentaban en el Juzgado de Guardia en los días anteriores al de la expiración del plazo, el trámite (en nuestro caso, el escrito de interposición) sólo se entendería cumplido dentro de plazo si el escrito tenía su entrada en el Tribunal *ad quem* antes de haber expirado el plazo legal de treinta días [43]. Esa doctrina ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional [44].

b) *El artículo 135 de la nueva LEC.* En ese estado de la cuestión, se produce la entrada en vigor de la nueva LEC, cuyo artículo 135 establece que «1. Cuando la presentación de un escrito esté sujeta a plazo, podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, en la Secretaría del tribunal o, de existir, en la oficina o servicio de registro central que se haya establecido. 2. En las actuaciones ante los Tribunales civiles, no se admitirá la presentación de escritos en el Juzgado que preste el servicio de guardia».

c) *Los Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial.* La entrada en vigor de ese precepto produjo un verdadero sobresalto en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Así, el Consejo General del Poder Judicial dicta el Acuerdo Reglamentario 1/2001, de 10 de enero, (*BOE* del día 12) modificando el artículo 41 del Reglamento 5/1995,

[42] Por todos, Autos de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1998 (recurso de casación n.º 8.464/1996) y de 15 de abril de 2002 (recurso de queja n.º 7.954/2000).

[43] Doctrina jurisprudencial que don Jesús González Pérez entiende que contraviene el principio de la tutela jurisdiccional que consagra el artículo 24 de la Constitución, *Op. cit.*, p. 1.611.

[44] Por todas, sentencia del Tribunal Constitucional n.º 54/2001, de 26 de febrero.

de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, relativo a la presentación de escritos durante el servicio de guardia, en ese Acuerdo el CGPJ consideraba que parecía razonable aplicar la previsión del artículo 135.1 LEC «a la totalidad de los demás órdenes jurisdiccionales distintos del penal» (sic); sin embargo, solo unos días después, el Consejo General del Poder Judicial dicta la Instrucción número 1/2001, de 24 de enero, (*BOE* de 9 de febrero), modificando lo dispuesto en el citado Acuerdo de 10 de enero de 2001; para rematar esos vertiginosos tumbos, el Consejo General del Poder Judicial dicta el Acuerdo Reglamentario 3/2001, de 21 de marzo, (*BOE* del día 29), en el cual «se ha procedido a modificar el citado texto reglamentario, atendiendo especialmente al criterio expresado por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, a fin de posibilitar la aplicabilidad de la normativa específica en los órdenes social y contencioso-administrativo, así como la determinación por los órganos jurisdiccionales del alcance general de la supletoriedad de la nueva norma procesal civil respecto de los restantes órganos jurisdiccionales» (exposición de motivos del Acuerdo). En definitiva, el CGPJ va a intentar que sobre la aplicación supletoria del artículo 135 de la LEC al proceso contencioso-administrativo prevalezca lo dispuesto en unos Acuerdos simplemente reglamentarios dictados por él [45], quedando redactado el artículo 41 del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, del CGPJ, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, de la siguiente forma:

> «Los Juzgados de Instrucción en funciones de guardia, cuando en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 135.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no admitan la presentación de un escrito, vendrán obligados a entregar al presentador del mismo, a solicitud de éste, una certificación acreditativa del intento de presentación, con mención del escrito, del órgano y del procedimiento a que se refiere y de la no admisión del mismo en el Juzgado de Guardia en aplicación del citado precepto legal».

d) *La posición del Tribunal Constitucional.* El Tribunal Constitucional en el Auto n.º 138/2001, de 1 de junio, dictado por la Sección 1.ª de la Sala Primera va a señalar que no resulta posible la aplicación supletoria al proceso de amparo de lo previsto en el artículo 135.1 de la nueva LEC, por cuanto ello supondría la ampliación del plazo de

[45] El Consejo General del Poder Judicial sigue así la estela del Tribunal Constitucional, el cual no ha dudado en establecer que la supletoriedad de la LEC prevista en el artículo 80 de su Ley Orgánica sólo cabe aplicarla en defecto de específica previsión en los acuerdos reglamentarios adoptados por ese Tribunal (por todos, Auto n.º 138/2001, de 1 de junio).

interposición de ese recurso hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del mismo, lo cual representaría desconocer lo establecido en el artículo 44.2 LOTC habida cuenta de que, en realidad, tal previsión del artículo 135.1 de la LEC vendría a permitir que el recurso de amparo se interpusiese el día vigésimo primero contado desde el que debe ser considerado como inicial. Ahora bien, el intérprete supremo de la Constitución se va a preocupar también de que el interesado pueda presentar su demanda hasta el momento mismo en que vence el plazo, esto es, hasta las veinticuatro horas del vigésimo día; ello supone admitir que los recurrentes puedan presentar sus escritos aun fuera del horario de apertura del Registro General del Tribunal Constitucional (los días hábiles, desde las nueve treinta hasta las quince horas) acudiendo al Juzgado de Guardia de Madrid.

e) *La posición de la Sección 1.ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.* Esa misma línea del Tribunal Constitucional va a ser seguida por la Sección 1.ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que, sobre la base de la libertad concedida a los Tribunales de lo contencioso-administrativo por el citado Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 21 de marzo de 2001, va a afirmar en su Auto de 15 de octubre de 2001 (recurso de casación n.º 2.785/2001) que, aun después de la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, sigue vigente la doctrina tradicional sobre presentación de los escritos en el Juzgado de Guardia que más arriba hemos expuesto. Así, dice la Sala de lo contencioso-administrativo del Alto Tribunal que, «*Aunque los apartados 1 y 2 del artículo 135 de la Ley de Enjuiciamiento Civil son por completo ajenos, incluso por vía supletoria, a la jurisdicción contencioso-administrativa, toda vez que el artículo 128.1 de la ley reguladora de ésta diseña un sistema de presentación de escritos completo y diferente del regulado en aquella normativa, es lo cierto que el escrito de interposición del recurso de casación fue presentado en el Juzgado de Guardia el último día del plazo que establece el artículo 90.1 de la ley de esta jurisdicción, según consta en diligencia extendida por el secretario de la sala, por lo que tratándose de un escrito de término, y no obstante haber sido devuelto indebidamente al presentante por el secretario de dicho juzgado, su presentación ante el Juzgado de Guardia debe ser considerada eficaz y por ello oportuna, aunque la entrada del escrito de interposición del recurso en el Registro General de este tribunal tuviera lugar transcurrido el término del emplazamiento*». En conclusión, según esa doctrina, los escritos dirigidos a los Juzgados y Tribunales de lo contencioso-administrativo pueden presentarse en el Juzgado de Guardia, siempre que se haga el último día hábil del plazo; y, a diferencia del sistema anterior, en el que el propio Juzgado de Guardia

remitía el escrito al Juzgado o a la Sala de lo contencioso-administrativo, ahora, en el Juzgado de Guardia se le entregará al presentador del escrito una certificación acreditativa del intento de presentación(en la práctica, suele realizarse una diligencia de constancia por el Secretario titular del Juzgado de Instrucción que se encuentre en funciones de guardia) para que el propio recurrente acuda al día siguiente hábil al Registro General del Tribunal Supremo a presentar el escrito de interposición de la casación acompañado de la certificación acreditativa del intento de presentación ante el Juzgado de Guardia [46] (artículo único del Acuerdo reglamentario 3/2001, de 21 de marzo, del Consejo General del Poder Judicial, en relación con la doctrina citada de la Sección 1.ª de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo).

f) *Posiciones seguidas por otras Secciones de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y por las Salas Cuarta y Quinta.* Sin embargo, la Sección 6.ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en Autos de 16 de abril y 16 de mayo de 2002 se ha apartado de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la de la Sección 1.ª de la propia Sala 3.ª del TS que acabamos de exponer y ha considerado plenamente aplicable al proceso contencioso-administrativo lo establecido por el artículo 135.1 de la LEC, en virtud del carácter supletorio de los preceptos de la LEC en la sustanciación del proceso contencioso-administrativo, al no existir en la LJ precepto alguno que establezca el cómputo de los plazos de presentación de escritos.

Por su parte, también la Sección 3.ª de la Sala Tercera del TS se ha adherido a ese criterio en su sentencia de 2 de diciembre de 2002 (dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina n.º 101/2002) y en su reciente Auto de 30 de abril de 2003 (dictado en el recurso n.º 475/2001).

En el proceso laboral, la Sala 4.ª del TS ha aplicado, sin ninguna vacilación, el artículo 135.1 de la LEC; por todos, Autos de 4 y 19 de febrero de 2002. Tampoco la Sala de lo Militar del TS ha tenido la menor duda a la hora de aplicar el artículo 135.1 de la LEC al proceso contencioso-disciplinario militar; cfr. sentencia de 23 de abril de 2002.

Lo cierto es que mientras la Sección 1.ª no rectifique expresamente su doctrina, es aconsejable a la hora de presentar el escrito de formalización del recurso de casación tener en cuenta la doctrina de esa Sección que hemos expuesto puesto que, en definitiva, será ella la encargada de admitir o rechazar los recursos de casación contencioso-administrativos.

[46] Esta cuestión no ha pasado inadvertida para don Jesús González Pérez que le ha dedicado un breve pero exquisito trabajo, «Presentación de escritos el día del vencimiento en el proceso contencioso-administrativo», Otrosí, Colegio de Abogados de Madrid, abril-2002, pp. 18-21.

g) *La inseguridad jurídica.* Esa es la consecuencia a la que se llega. Un Letrado o Procurador no puede saber en estos momentos cuál es el día último de los plazos —tanto de los que afectan a su iniciación como de los que se refieren a su tramitación— del proceso contencioso-administrativo.

Es cierto que, como hemos visto, parece que en las Secciones de la Sala Tercera del Tribunal Supremo va prevaleciendo la tesis favorable a la aplicación del artículo 135.1 de la LEC en el proceso contencioso-administrativo. No obstante, las resoluciones citadas que siguen esa tesis presentan carencias en su argumentación; así, no reparan en la ampliación de los plazos previstos en la LJ que se produce al aplicar el artículo 135.1 de la LEC en ese orden jurisdiccional (ampliación que sería todavía mayor si se aplicase también el artículo 151.2 de la LEC), parten de un presupuesto erróneo (que no es posible la presentación de escritos en los Juzgados de Guardia para que surtan efectos ante los Juzgados y Tribunales de lo contencioso-administrativo) que es contrario al mencionado Acuerdo 3/2001 del Consejo General del Poder Judicial y, en fin, como consecuencia de lo anterior, llegan a una conclusión inexacta (que de no aplicarse el artículo 135.1 de la LEC al proceso contencioso-administrativo se produciría un acortamiento de los plazos al no poder presentarse los escritos hasta las veinticuatro horas) pues nada impide que, después del citado Acuerdo 3/2001 del CGPJ, se puedan presentar ante el Juzgado de Guardia los escritos dirigidos a los Juzgados y Tribunales de lo contencioso-administrativo.

En todo caso, es urgente que la Sala Tercera del Tribunal Supremo se reúna en Pleno para adoptar una decisión al respecto que ponga fin a la inseguridad jurídica existente.

C) La presentación en las oficinas de Correos

También es posible la presentación del escrito formalizatorio del recurso de casación contencioso-administrativo en las oficinas de Correos, si bien en esos casos hay que tener en cuenta que no es la fecha de recepción del escrito en la oficina postal la que debe ser tenida en cuenta como fecha de presentación del escrito a efectos procesales, sino la de entrada en el Registro General del Tribunal Supremo al que va dirigido[47].

Sin embargo, el 28 de octubre de 1998, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó su sentencia en el caso Pérez de Rada con-

[47] Por todos, Auto de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2000, recurso n.º 369/1996.

tra España; en esa sentencia se declaró que la inadmisibilidad de un recurso presentado en plazo en una oficina de Correos, pero que llegó al Juzgado correspondiente una vez expirado el término legal, constituía una aplicación excesivamente rigorista de una norma procedimental y que, en consecuencia, vulneraba el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos. Cuando se elaboró la nueva LEC ya era suficientemente conocida esa sentencia, lo cual hubiese aconsejado insertar en ella algún precepto al respecto. Con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva LEC, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó el 11 de octubre de 2001 una nueva sentencia sobre el tema (caso Rodríguez Valín c. España) en la que va a llegar a una solución contraria a la sostenida en el caso Pérez de Rada, sin que existiesen diferencias sustanciales entre ambos asuntos (en los dos los actores habían actuado con Abogado y la única diferencia —insuficiente para justificar el cambio de criterio jurisprudencial realizado— era que en un caso el plazo para recurrir era de tres días y en otro de veinte). El tema de los escritos presentados en las oficinas de Correos constituye una fuente continua de problemas ante los Tribunales[48] sobre el cual la nueva LEC ha guardado silencio.

En conclusión, ante esa ausencia de preceptos en la LEC, podemos decir que si el escrito de interposición presentado en las oficinas de Correos ha sido recibido temporáneamente en la sede del Tribunal Supremo, habrá de considerarse presentado dentro de plazo. E incluso aunque ese escrito presentado en las oficinas de Correos haya sido recibido en el Tribunal Supremo fuera del plazo legalmente previsto, no puede olvidarse la citada doctrina del TEDH en la sentencia de 28 de octubre de 1998 y la posibilidad de que —a pesar de la rectificación llevada a cabo en la de 11 de octubre de 2001— la misma pueda ser reiterada.

D) La futura presentación a través de los medios técnicos de comunicación

Aunque en nuestro Derecho todavía no es posible utilizar los medios técnicos de comunicación para presentar el escrito de interposición de un recurso de casación, no cabe duda que ése será el medio preferido en un futuro muy próximo. En esa línea, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha dictado, el 16 de abril de 2003, unas Instrucciones prácticas relativas a los recursos directos y

[48] En el momento de redactarse estas páginas, la última sentencia sobre el tema ha sido la del Tribunal Constitucional n.º 77/2003, de 28 de abril, que anuló un Auto de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo por no haber dado valor a la presentación por correo certificado de una papeleta de conciliación.

a los recursos de casación; entre ellas destaca la instrucción 3.ª, en la cual se acepta con carácter general la presentación de los escritos por fax o correo electrónico, si bien dicha presentación sólo tendrá validez a efectos del cumplimiento de un plazo si el original firmado de dicho escrito se recibe en la Secretaría del Tribunal a más tardar dentro de los diez días siguientes a dicha presentación y teniendo en cuenta que en caso de divergencia entre el original firmado y la copia presentada anteriormente, sólo se tomará en consideración la fecha de presentación del original firmado; en cuanto al escrito de interposición del recurso de casación en particular, la instrucción práctica 22,5) establece que al comienzo de todo escrito de interposición de recurso de casación deberán figurar las declaraciones relativas a la designación de domicilio en Luxemburgo y/o aceptación de notificaciones realizadas por fax o cualquier otro medio técnico de comunicación.

3. Plazo

A) Reglas generales

El escrito de interposición del recurso de casación contencioso-administrativo habrá de presentarse dentro del plazo de treinta días (arts. 90.1 y 92.1 LJ).

Se trata de treinta días hábiles en el lugar en que tiene su sede el Tribunal ad quem, es decir, en Madrid y han de considerarse inhábiles los sábados y domingos, los días 24 y 31 de diciembre, los días de fiesta nacional y los días festivos en el Municipio y en la Comunidad Autónoma de Madrid (arts. 185.1 y 182.1 de la LOPJ) y, si el último día del plazo fuere inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente (art. 185.2 LOPJ). Durante el mes de agosto no corre ese plazo, salvo que la resolución recurrida hubiese sido dictado en el proceso especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona (art. 128.2 LJ). Y en el escrito de interposición del recurso de casación no cabe el mecanismo de rehabilitación de plazos previsto en el artículo 128.1 LJ.

B) El día inicial

a) *¿Es aplicable el artículo 151.2, LEC, en el orden contencioso-administrativo?* Según el artículo 5.1 del Código civil, «siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá

empezar en el día siguiente». El artículo 133.1 de la LEC ha recogido también la regla general *dies a quo non computatur in termino* al señalar *que* «los plazos comenzarán a correr desde el día siguiente a aquel en que se hubiere efectuado el acto de comunicación del que la Ley haga depender el inicio del plazo». Y del articulado de la LJ resulta claramente que ese día determinado, ese día de referencia para el cómputo del plazo será el de la notificación del acto administrativo, la publicación de la disposición de carácter general o el acto de comunicación a las partes de las resoluciones judiciales y diligencias de ordenación.

La regulación de las notificaciones de los actos administrativos y de la publicación de las disposiciones de carácter general se encuentra contenida en la Ley 30/1992 mientras que las normas reguladoras de los actos de comunicación de las resoluciones judiciales se recogen en la LEC. Pues bien, la nueva LEC ha introducido en este punto un novedoso precepto, el artículo 151.2, a cuyo tenor «Los actos de comunicación a la Abogacía del Estado y al Ministerio Fiscal, así como los que se practiquen a través de los servicios de notificaciones organizados por los Colegios de Procuradores, se tendrán por realizados el día siguiente a la fecha de recepción que conste en la diligencia». Por tanto, una resolución cuya copia se entregase a alguno de esos destinatarios (abogado del Estado, Ministerio Fiscal o servicios de notificaciones organizados por los Colegios de Procuradores) con firma de la correspondiente diligencia de entrega, por ejemplo el día 1, conforme al artículo 151.2 de la LEC, se tendría por realizada el día 2, siendo el día inicial para el cómputo del plazo para recurrir esa sentencia el día 3 por aplicación del artículo 133.1 de la LEC. Ese precepto pretende superar la situación anterior, conforme a la cual, si existiese un local de notificaciones común a los varios Juzgados y Tribunales de una misma población y las notificaciones no fueran recogidas en esa oficina por el Procurador o por el Abogado que hubiera asumido también la representación de su cliente, esas notificaciones producirían sus efectos en la fecha de entrega al Colegio de Procuradores o Abogados y ese sería el *dies a quo* del plazo legal, con independencia de la fecha en que realmente esa notificación hubiese llegado al Procurador o Abogado con funciones representativas (art. 272 LOPJ). Después de la nueva LEC, en principio, parece que habrá de estarse a lo dispuesto en su artículo 151.2 y tener por realizados esos actos de comunicación al día siguiente de la fecha de recepción que conste en la diligencia.

Sin embargo, mientras todas las Secciones de la Sala 3.ª del TS no rectifiquen expresamente la doctrina de la Sección 1.ª sobre la no aplicación al proceso contencioso-administrativo de los preceptos de la

LEC relativos a los plazos y modo de presentación de los escritos de las partes, resulta más prudente prescindir de lo dispuesto en el mencionado artículo 151.2 de la LEC y continuar actuando conforme a la situación existente anteriormente.

b) *La extensión del artículo 151.2, LEC, a los Servicios Jurídicos de las Comunidades Autónomas.* Aunque el artículo 151.2 de la LEC se refiere sólo al Ministerio Fiscal y a la Abogacía del Estado, no cabe duda que el mismo ha de ser también de aplicación a los Servicios Jurídicos de las Comunidades Autónomas, pues el fundamento del precepto se encuentra en la especialidad procesal consistente en la práctica de los actos de comunicación procesal que afecten al Estado en la sede oficial de la respectiva Abogacía del Estado (art. 11 de la Ley 52/1997), precepto que es de aplicación a las Comunidades Autónomas (disposición adicional 4.ª de la citada Ley 52/1997), si bien será la normativa de cada Comunidad Autónoma la que deba especificar el lugar en que se realicen los actos de comunicación procesal que le afecten [49].

C) El día último del plazo: el artículo 135.1 y 2, LEC

El problema que plantea el último día de plazo para presentar el escrito de interposición del recurso de casación contencioso-administrativo se reduce a determinar si es posible su presentación en el Juzgado de Guardia de Madrid y si es aplicable lo dispuesto en el artículo 135. 1 y 2, LEC, cuestiones que ya hemos examinado al tratar del lugar de presentación del escrito de formalización.

4. Documentos que pueden acompañarse

A) Los poderes

El artículo 1706 de la LEC de 1881 decía que con el escrito de interposición debería acompañarse el poder acreditativo de la legitima representación del Procurador. La LEC de 2000 guarda silencio al respecto y, en la práctica, se sigue aportando el poder con el escrito de interposición a pesar de que el mismo —salvo que se haya cambiado de representante— ya figura en las actuaciones que son remitidas por el Tribunal de instancia al TS.

Cuando el escrito de interposición se presenta por una Administración Pública, ya hemos dicho al tratar de la postulación que sólo será necesaria la aportación del poder en aquellos casos en que las Administraciones Públicas no actúen a través de sus respectivos Servicios Jurídicos, sino que hayan conferido la postulación a Abogado y Procurador colegiados.

B) El justificante del pago de la tasa creada por la Ley 53/2002

La Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social ha introducido en su artículo 35 una denominada «*tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil y contencioso-administrativo*» cuyo hecho imponible lo constituye, entre otros, la interposición por las personas jurídicas (excepto las mencionadas en el n.º 3.2 del art. 35) de recursos de casación en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa (salvo los que versen sobre materia de personal, protección de los derechos fundamentales de la persona, actuación de la Administración electoral e impugnación de disposiciones de carácter general, n.º 3.1 del art. 35). El devengo de la tasa se produce con la interposición de la casación —no con el simple escrito preparatorio—, de forma que al escrito de formalización hay que acompañar el justificante del pago de la tasa (el modelo 696 establecido en la Orden de 24 de marzo de 2003, *BOE* del día 26); si no se hace así, se concederá un plazo de diez días para subsanación y de no acreditarse el pago de la tasa en ese plazo se establece una solución de dudosa constitucionalidad, declarar terminado el recurso devolviendo las actuaciones a la Sala de instancia [50].

C) ¿Pueden aportarse nuevos documentos con el escrito de interposición?

El artículo 1724 de la anterior LEC, tal como quedó redactado en la reforma de 1984, admitía que con el escrito interponiendo el recur-

[49] En el caso de la Comunidad Autónoma de Madrid, la disposición adicional 1.ª de la Ley autonómica 3/1999 señala como lugar para la práctica de los actos de comunicación «*los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, salvo en los casos en que se haya designado un Abogado o Procurador colegiado para el ejercicio de la representación en juicio*».

La Instrucción 8/1999 es más precisa al señalar en su regla IX.1 que «Los Letrados de la Comunidad de Madrid designarán, como domicilio a efectos de notificaciones, la sede de la Dirección General. No obstante, el Director General podrá autorizar a los Letrados de la Comunidad de Madrid para designar como domicilio, a efectos de notificaciones, una sede de los Servicios Jurídicos distinta a la de la propia Dirección General».

[50] La resolución de la Secretaría de Estado de Justicia de 8 de noviembre de 2003 (*BOE* de 5 de diciembre) dicta instrucciones a los Secretarios Judiciales sobre el procedimiento a seguir para la tramitación de esta tasa.

so de casación se presentasen los documentos que estuviesen en el caso del artículo 506 de la LEC (en general, documentos que —por diversas causas— no había sido posible aportar en la instancia).

La aplicación de ese precepto al recurso de casación contencioso-administrativo [51] generó una viva controversia en el seno de la Sala Tercera del TS. Así, unas veces se sostuvo que, en determinadas condiciones, sí era aplicable el artículo 1724 de la LEC en la casación contencioso-administrativa [52] y otras, en cambio, se dijo rotundamente que ese precepto no era aplicable al recurso de casación contencioso-administrativo [53].

La LEC de 2000 no contiene precepto alguno relativo a la aportación de documentos en el recurso de casación civil. Por tanto, si como acabamos de ver, cuando estaba en vigor el artículo 1.724 de la anterior LEC ya era discutida en el seno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo la posibilidad de su aplicación en la casación contencioso-administrativa, ahora que no existe cobertura en la LEC es previsible el cierre a toda posible aportación de nuevos documentos con el escrito de interposición. Sin embargo, la experiencia demuestra que, en ocasiones, (ciertamente aisladas, pues, como hemos señalado,en el recurso de casación no caben, en general, nuevas aportaciones sobre las realizadas en la instancia) es necesario presentar algún nuevo documento a la Sala de casación; si se produjese la negativa de ésta a su incorporación a los autos, ante la ausencia de preceptos tanto en la LJ como en la actual LEC, no quedaría más remedio que invocar la aplicación directa del artículo 24.1 de la Constitución.

D) Copias

Conforme al artículo 273 de la LEC, del escrito de interposición y, en su caso, de los documentos aportados con él, habrán de acompañarse tantas copias literales cuantas sean las otras partes; normalmente, habrá solo una parte salvo en el proceso especial de protección de los derechos fundamentales de la persona en el que también interviene el Ministerio Fiscal.

[51] A juicio de IGLESIAS CANLE, I.C., «No resulta de aplicación la previsión del artículo 1724 LEC, ya que no tiene sentido posibilitar la incorporación de documentos que estén en el caso del artículo 506 LEC porque los documentos que debe acompañarse al escrito de interposición son de naturaleza procesal y no material»; *op. cit.*, p. 235.

[52] Por todos, Autos de 6 de abril de 1999 (casación n.º 190/1998) y 17 de septiembre de 1999 (casación n.º 195/1998).

[53] Por todos, Auto de 14 de mayo de 1999 (casación n.º 3.724/1998) y Sentencia de 9 de octubre de 2000 (casación n.º 2.019/1996).

VIII. El principio antiformalista

En los repertorios jurisprudenciales pueden verse cientos de resoluciones judiciales inadmitiendo recursos de casación por no haberse preparado debidamente; jamás se concedió al recurrente oportunidad para subsanar el defecto padecido, ni de oficio, ni tan siquiera cuando el propio recurrente pidió que le fuese otorgado; por supuesto, tampoco nunca se ha considerado que el posterior escrito de formalización o interposición pudiese subsanar los defectos de que adoleciese el escrito anunciatorio. La Sala Tercera del Tribunal Supremo considera que la naturaleza extraordinaria del recurso de casación impide eludir los requisitos formales que la Ley establece y que la inobservancia de lo preceptuado en el artículo 89.1 LJ no puede entenderse como un defecto subsanable, ya que —a su juicio— no estamos en presencia de simples defectos formales, sino que esos defectos afectan a la sustancia misma del recurso de casación, añadiendo que, tanto el artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como el 138 de la LJ, se refieren a la subsanación de los defectos formales de que puedan adolecer los actos de las partes, no aquellos que afectan al contenido sustancial de un escrito, como el de preparación del recurso de casación [54]. Solo si se hubiese producido un error patente por parte del Tribunal a la hora de apreciar los requisitos del escrito preparatorio, cabría interponer con éxito recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional [55].

Por el contrario, en cuanto al escrito de interposición —y por extraña que pueda parecer esa diferencia de trato con el escrito de preparación— sí puede considerarse que se hace efectivo el principio antiformalista. Ya apuntó esa línea el Tribunal Constitucional en su sentencia n.º 81/1986 al señalar que el escrito de interposición debe cumplir las formalidades necesarias para «*la más correcta ordenación del debate procesal, dentro de los límites materiales de la casación, así como asegurar, en beneficio del juzgador y de la parte contraria, la mayor claridad y precisión posible en la comprensión de los motivos del recurso*», ratificándola en la sentencia n.º 63/2000, de 13 de marzo, en la cual se debatió la fórmula del suplico del escrito de interposición de la casación, así, frente a la decisión de inadmisión decretada por el Tribunal encargado de decidir sobre la admisión de la casación, fundada en que la suplica a la Sala de que dictara Sentencia «*casando y anulando la recurrida y pronuncie otra más ajustada a Derecho en los*

[54] Autos de 25 de junio de 2001 (recurso de queja n.º 8.134/2000), 21 de diciembre de 2001 (casación n.º. 7.442/1999), 20 de enero de 2003 (casación n.º 655/2001), etc.

[55] Tal fue el caso de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 26/2003, de 10 de febrero.

términos que esta parte tiene interesados» no satisfacía las exigencias del escrito de interposición de un recurso de casación, el Tribunal Constitucional va a considerar manifiestamente irrazonable esa decisión judicial por cuanto con el empleo de esa fórmula en el suplico *«no se pretendía sino hacer referencia a las páginas anteriores del escrito de formalización del recurso de casación, en las que se exponían con la suficiente claridad y de manera individualizada los dos motivos del mismo, los preceptos que se consideraban infringidos y el desarrollo argumental de cada uno de ellos»*.

Por último, hay que tener en cuenta que el control que la jurisdicción constitucional puede ejercer sobre las decisiones judiciales interpretando las reglas procesales de interposición de los recursos es meramente externo y debe limitarse a comprobar si tienen motivación y si han incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica [56].

IX. Efectos

Dice el artículo 92.2 LJ que «transcurrido dicho plazo (treinta días) sin presentar el escrito de interposición, el recurso se declarará desierto, ordenándose la devolución de las actuaciones recibidas a la Sala de que procedieren». Del mismo modo, cuando el recurrente fuese el Letrado de una Administración Pública o el Ministerio Fiscal, «si el recurso no se sostuviera o no se formulara el escrito de interposición en el plazo antes señalado, se declarará desierto» (art. 92.4 LJ).

La resolución declarando desierto el recurso de casación revestirá la forma de auto, el cual es susceptible de recurso de súplica al no estar comprendido entre las excepciones del artículo 79.2 LJ; en ese recurso de súplica podrá debatirse tanto si había transcurrido realmente el plazo de interposición como cualquier otra cuestión accesoria tal como las costas.

Cuando lleguen las actuaciones a la Sala de instancia, el Secretario judicial lo hará constar por diligencia de ordenación y decretará el archivo de las actuaciones y la devolución del expediente administrativo al órgano administrativo de procedencia.

En cuanto al régimen de las costas procesales, la LJ nada dice expresamente en su artículo 92. La doctrina de la Sala Tercera del TS [57] es que no procede la imposición de costas a menos que se

[56] Por todas, sentencias del Tribunal Constitucional 258/2000, de 30 de octubre, 26/2001, de 15 de enero y 134/2001, de 13 de junio.

[57] Por todos, Auto de 29 de mayo de 2000, recurso de casación n.º 7.825/1999.

demuestre la mala fe o temeridad de la parte que preparó el recurso de casación y después no presentó el escrito de interposición; de hecho, no conocemos que en los once años de vigencia de la casación contencioso-administrativa se hayan impuesto ni una sola vez las costas al recurrente —sea Letrado de un ciudadano o de una Administración Pública— que no sostiene un recurso. A nuestro juicio, se trata de una doctrina que debería rectificarse; la preparación del recurso obliga a la parte recurrida a personarse ante el Tribunal Supremo por medio de un escrito que ahora ya no es de simple personación, sino que también podrá contener alegaciones en contra de la admisión (art. 90.3 LJ), ello ocasiona a la parte recurrida unos gastos que deberían serle resarcidos mediante la imposición de costas al recurrente que después no sostiene su recurso; para ello no habría más que aplicar el artículo 481.4 de la LEC (en virtud de la disposición final 1.ª de la LJ y del art. 4.º de la LEC), a cuyo tenor *«Finalizado el plazo para interponer el recurso de casación sin haber presentado el escrito de interposición, el recurso se declarará desierto y se impondrán al recurrente las costas causadas, si las hubiere»*.

Por último, si el escrito de interposición se presenta dentro del plazo legal, dice el artículo 93.1 de la LJ que «Interpuesto el recurso de casación, se pasarán las actuaciones al Magistrado ponente para que se instruya y someta a la deliberación de la Sala lo que haya de resolverse sobre la admisión o inadmisión del recurso interpuesto». Así pues, una vez presentado el escrito de formalización, la Sección 1.ª de la Sala Tercera del TS dicta providencia acordando pasar las actuaciones al Magistrado ponente (en realidad, pasan en primer lugar al Gabinete Técnico) y aprovechando esa misma providencia para, si la parte recurrida en su escrito de personación hubiese alegado alguna causa de inadmisión, dar audiencia sobre ella a la parte recurrente. Con ello se abandona la fase de interposición y se entra en la siguiente etapa del recurso de casación, la admisión.

X. Epílogo

Dicen GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ que el recurso de casación en lo contencioso-administrativo está «cada vez más enredado en formalismos procesales» [58].

Mas lo cierto es que siempre que se trata de utilizar un recurso de naturaleza extraordinaria como el de casación, es necesario estar muy

[58] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R, *Op. cit.*, p. 672.

versado en los entresijos que la ley y sobre todo la técnica jurisprudencial obligan a conocer. Esperamos que las páginas precedentes puedan contribuir a desvelar las claves indispensables para interponer con éxito un recurso de casación contencioso-administrativo ordinario.

LA LEY BÁSICA DE MONTES Y LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO FORESTAL EN LA COMUNIDAD DE MADRID

POR

ALFONSO ARÉVALO GUTIÉRREZ

LETRADO DE LA ASAMBLEA DE MADRID.
PROFESOR ASOCIADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

I. La legislación protectora del patrimonio forestal

I.1. Precedentes histórico-normativos

I.1.1. La evolución de la legislación de protección del patrimonio forestal

La protección de los terrenos forestales ha sido una preocupación constante entre nosotros, justificada por la necesidad de delimitar el régimen jurídico de los montes del propio de los terrenos destinados a las actividades ganaderas y agrícolas. Y es que, como nos enseñara GIBERT, «cuando desaparece el derecho de montes, también los montes desaparecen».

De hecho, la evolución de la normativa protectora del patrimonio forestal se remonta al Código de las Siete Partidas y al Fuero de Nájera, instrumentos a los que corresponde el mérito de haber introducido las primeras medidas de conservación y defensa de los bosques, fundamentalmente limitadoras de la actividad privada. Se quebraba así la precedente ausencia de disciplina, propia de lo que GUAITA tipificara como una primera etapa de casi total abstención o inhibición legislativa, en un marco en el que el reducido volumen de la población y la nutrida masa arbórea del territorio peninsular comportaban la suficiencia de los montes para cubrir las necesidades de leña y construcción.

El tránsito a la modernidad y las exigencias económicas de protección de la agricultura y la ganadería determinaron que las medidas adoptadas en protección de los privilegios otorgados al Honorable Concejo de la Mesta y, después, a la construcción naval, comportaran una progresiva desforestación del territorio peninsular.

Las reformas introducidas durante la época borbónica tendieron a establecer una mínima protección de los bosques, llegando a impedir a los propietarios su roturación para dedicarlos al cultivo agrario. En este marco han de situarse la Ordenanza de Fernando VI de 1748, por la que se impone a los vecinos la obligación de plantar un número determinado árboles, o la Ordenanza de 1778, dictada para atender las necesidades de la Marina.

El siglo XIX introducirá la corriente privatizadora, en sintonía con los principios de la ideología del primer liberalismo. Así, la Constitución de Cádiz, de 19 de marzo de 1812, atribuyó, en su artículo 321, cuidar de los montes y plantíos del común a los Ayuntamientos, plasmándose la tendencia favorable a la privatización en el Decreto de las Cortes de Cádiz de 4 de enero de 1813.

Como precedentes inmediatos de la legislación vigente cabe citar:

— La Ordenanza de Montes, inspirada por el primer titular de la Cartera de Fomento, Javier de Burgos, cuyo texto resultaría aprobado por el Real Decreto de 22 de diciembre de 1833, en la que se establecen, a imagen del modelo francés, las bases de la moderna Administración forestal, el Cuerpo de Ingenieros de Montes y una Escuela específica para su formación y selección.
— Las Ordenanzas de 22 de diciembre de 1833, que complementaban las prescripciones del referido Real Decreto estableciendo medidas sancionadoras.
— La Ley de 24 de mayo de 1863 y su Reglamento, aprobado por Real Decreto de 17 de mayo de 1865.
— La Ley de 7 de diciembre de 1916, de Creación de Parques Nacionales.
— La Ley de 13 de septiembre de 1939, de Normas para Aprovechamientos Forestales.
— La Ley de 10 de marzo de 1941, sobre el Patrimonio Forestal del Estado.
— La Ley de 23 de diciembre de 1948, de Normas para Aprovechamientos de los Montes Comunales.
— La Ley de 16 de julio de 1949, de Aprovechamientos y Mejoras en los Montes que no tengan Proyectos de Ordenación.
— La capital Ley de 8 de junio de 1957, de Montes, texto que derogó las precedentes leyes 1863 y 1916, constituyendo la normativa básica en la materia hasta la aprobación de la vigente Ley 43/2003, de 21 de noviembre.
— El Decreto 485/1962, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Montes. Este cuerpo reglamentario, conforme indica su «Preámbulo», no es un mero texto de desarrollo de la Ley de 1957, sino que procedió a refundir la mayor parte de las disposiciones vigentes en la materia, por lo que no en vano se le ha venido considerando como un auténtico «Código forestal».
— La Ley 81/1968, de 5 de diciembre, sobre Incendios Forestales.
— La Ley 5/1975, de 2 de mayo, sobre Espacios Naturales Protegidos, que procedió a la derogación del precedente régimen especial de protección introducido por la Ley de Montes de 1957.
— La Ley 5/1977, de 4 de enero, de Fomento de la Producción Forestal, que fue objeto de desarrollo por el Real Decreto 1279/1978, de 2 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley.

1.1.2. Caracteres generales de la Ley de Montes de 1957

Aunque no podemos detenernos en su consideración, cabe recordar, de acuerdo con GUAITA, que el concepto legal de monte que ha imperado hasta la entrada en vigor de la vigente Ley 43/2002 estaba caracterizado por dos notas fundamentales:

1.ª Que se tratara de terrenos clasificados como suelo rústico y no urbano, con lo que se excluían del concepto los parques, jardines y solares.

2.ª Que el terreno estuviera dotado de especies forestales, con exclusión de los árboles frutales, los de fines científicos y los destinados al ornato.

A partir de aquí, la Ley establecía un criterio tipológico de los montes basado en un doble criterio, el de su titularidad pública o privada y el de su régimen jurídico, pudiendo los montes públicos ser patrimoniales o de dominio público y catalogados o no catalogados, mientras que los montes particulares podían ser protectores, no protectores o en mano común.

La protección de los mismos partía de su correcta identificación, articulada a partir de la institución del Catálogo de Montes, registro público administrativo que había introducido ya la Ley de 1863 y que tiene por finalidad incluir todos los montes que hubieran sido declarados de utilidad pública, comportando la inclusión de un monte en el Catálogo el establecimiento de limitaciones a las facultades dispositivas, la afirmación de un plazo especial de prescripción, la presunción posesoria y la proclamación de su inembargabilidad.

I.2. El impacto de la entrada en vigor de la Constitución de 1978

El bloque normativo conformado por la Ley de 1957 y el Reglamento de 1962 sufrió, como no podría ser de otro modo, el impacto de la entrada en vigor del texto de la Constitución española de 1978, tanto por la afirmación de un nuevo modelo pluralista y policéntrico de Administraciones Públicas basado en el principio de autonomía, como por sus determinaciones sustantivas.

En este último sentido, el texto constitucional, al margen de la proclamación de la función promocional de los poderes públicos, en su artículo 9.2, y de la consagración de la función social de la propiedad, cuyo contenido lo determinan las leyes, *ex* artículo 331 y 2, establece

como principio rector de la política social y económica, en el artículo 45, el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo, atribuyendo a los poderes públicos la función de velar 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. La vulneración de dichos fines, culmina el meritado precepto, determinará la imposición de las sanciones penales o administrativas que establezca la ley, así como la obligación de reparar el daño causado.

Cumplimentando dichas determinaciones, ha de tenerse presente que el artículo 132.1 establece una reserva de ley en la disciplina del régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, respecto de los cuales se predican los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad, inembargabilidad y afectación, remitiendo a la ley el apartado 2 la delimitación de los bienes que han de integrar el demanio.

Consecuencia de la entrada en vigor de las prescripciones constitucionales fue la aprobación de diversas normas de singular relevancia en la materia considerada. Así, al margen de las prescripciones contenidas en las disposiciones reguladoras del régimen local, cabe destacar:

— De un lado, la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, reguladora de los Montes Vecinales en Mano Común.
— De otro, la Ley 22/1982, de 16 de junio, sobre repoblaciones gratuitas con cargo al Presupuesto del ICONA en terrenos incluidos en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública.
— Finalmente, la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre, basada en la clasificación en «parques», «reservas naturales», «monumentos naturales» y «paisajes protegidos».

I.3. La distribución constitucional de competencias en la materia

Como es bien sabido, el modelo constitucional-estatutario de distribución de competencias en materia de medio ambiente y, específicamente, de patrimonio forestal, se articula sobre el sistema de las competencias compartidas, habida cuenta de que, como en otros tantos supuestos, el constituyente no atribuyó ni al Estado ni a las Comunidades Autónomas, con carácter exclusivo, esta materia en bloque.

Consecuentemente, existe una modulación del ámbito competencial de cada ente territorial, en función de la concreta actividad a la que esté referida.

En efecto, presupuesto el reconocimiento constitucional efectuado por el artículo 45, como principio rector de la política social y económica —y, por ende, como deber jurídico efectivo de los poderes públicos y paralelo Derecho reaccional de los ciudadanos—, el artículo 149.1.23.ª atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de «*Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias*». Todo ello sin perjuicio de otros títulos que son propios del Estado, como la legislación fiscal, civil o penal —en cuya consideración no podemos detenernos—, y en cuya virtud puede proyectarse su actuación sobre el medio ambiente y el patrimonio forestal.

Afirmado el título competencial estatal, el Constituyente habilitó a las Comunidades Autónomas, *ex* artículo 149.1.23.ª, para asumir, en los términos que establecieran sus respectivos Estatutos, la competencia para dictar normas de desarrollo de la legislación básica estatal y establecer normas adicionales de protección, al margen de lo que, de forma expresa, proclama el artículo 148.1 en materia de «*Los montes y aprovechamientos forestales*» —circunstancia 8.ª— y «*La gestión en materia de protección del medio ambiente*» —circunstancia 9.ª.

Los diecisiete Estatutos de Autonomía en que se estructura territorialmente el Estado español procedieron a atribuir a sus respectivas Comunidades la competencia en materia forestal, debiendo tenerse presente la uniformidad en el nivel competencial operada a partir de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencias de competencias a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143.

Desde estas premisas, en los términos hoy vigentes, en dos supuestos —Islas Baleares y Comunidad Foral de Navarra—, se formula estatutariamente la atribución en materia forestal como «competencia exclusiva». A tenor de otras seis normas institucionales básicas —Andalucía, Aragón, Cataluña, Galicia, Comunidad Valenciana y País Vasco— la asunción de la competencia exclusiva lo es sin perjuicio o de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 149.1.23.ª de la Constitución. Por último, un tercer bloque de Estatutos, concretamente nueve, procede a la afirmación de la competencia de desarrollo legislativo y ejecución en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca —Principado de

Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Extremadura, Comunidad de Madrid, Región de Murcia y La Rioja.

Los respectivos títulos competenciales del Estado y de las Comunidades Autónomas han de ser interpretados en el sentido precisado por el Tribunal Constitucional, es decir, en palabras del propio intérprete supremo —Sentencia 149/1991, de 4 de julio, Fundamento Jurídico 1—, que «conviene subrayar ya en este momento, que los términos en los que la Constitución (art. 149.1.23.ª) recoge la competencia exclusiva del Estado concerniente a la protección del medio ambiente ofrecen una peculiaridad que no puede ser desdeñada a la hora de establecer su significado preciso». Desde estas premisas, el Tribunal Constitucional concreta que «el constituyente no ha pretendido reservar a la competencia legislativa del Estado sólo el establecimiento de preceptos básicos necesitados de ulterior desarrollo, sino que, por el contrario, ha entendido que debía ser el Estado el que estableciese toda la normativa que considere indispensable para la protección del medio ambiente (sin perjuicio, claro está de que este estándar proteccionista común fuese mejorado, por así decir, por las Comunidades Autónomas)». Dicho con otras palabras, a diferencia de la estructura típica que caracteriza las relaciones entre la legislación básica estatal y la legislación de desarrollo autonómica, el artículo 149.1.23.ª impone una relación distinta, en cuya virtud la legislación básica ha de respetar un núcleo competencial autonómico, el de la posibilidad de dictar normas adicionales de protección, núcleo que es menos intenso que el de la legislación de desarrollo.

Presupuesto lo anterior, el Alto Tribunal delimita la operatividad de la competencia autonómica de desarrollo legislativo en la materia, afirmando que «en materia de medio ambiente, el deber estatal de dejar un margen al desarrollo de la legislación básica por la normativa autonómica es menor que en otros ámbitos y que, en consecuencia, no cabe afirmar la inconstitucionalidad de las normas estatales aduciendo que, por el detalle con el que están concebidas, no permiten desarrollo normativo alguno», si bien, como el propio Tribunal precisa ulteriormente en su Sentencia 102/1995, la normativa estatal «no puede llegar a tal grado de detalle que no permita desarrollo legislativo alguno de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de medio ambiente, vaciándolas así de contenido». En resumen, y recogiendo los gráficos términos del Fundamento Jurídico 9 de la última de las sentencias citadas, nos hallamos ante un reparto caracterizado por la «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».

El cuadro competencial ha de ser, a su vez, cumplimentado con la intervención que, en virtud de su norma institucional básica, corresponde a las Entidades locales. En efecto, al margen del primer nivel de reparto competencial operado por el constituyente entre el Estado y las Comunidades Autónomas, el legislador ordinario ha optado por la atribución específica de competencias en la materia a las Entidades locales. Así se colige de lo dispuesto por los artículos 25 y 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en cuya virtud las Corporaciones locales, de acuerdo con el criterio tradicional en nuestro ordenamiento, asumen una serie de títulos específicos referidos a la gestión y protección ambiental, tales como la ordenación del tráfico de vehículos; protección civil; protección y prevención de incendios; ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; defensa de usuarios y consumidores; suministro de aguas; recogida y tratamiento de residuos; o alcantarillado y tratamiento de aguas residuales.

Lo anterior diseña en nuestro ordenamiento un panorama que sólo puede entenderse partiendo de la responsabilidad competencial concurrente de todas las Administraciones Públicas en el ámbito de sus respectivas competencias.

La conclusión apuntada explica por sí misma la necesidad de conocer la legislación estatal básica y autonómica en la materia.

En ejercicio de los meritados títulos competenciales en materia forestal, el Estado ha procedido a dictar la vigente Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes.

Por su parte, ha de tenerse presente que han sido diversas las entidades territoriales que han procedido a legislar de manera expresa en los distintos aspectos relativos al patrimonio forestal.

Empero, ha de destacarse que tan sólo seis Comunidades Autónomas gozan en la actualidad de una normativa integral en la materia, con la pretensión de colmar el específico espacio normativo autonómico —por orden cronológico de aprobación de sus respectivas leyes: Cataluña (Ley 6/1988, de 30 de marzo, sobre Ordenación Forestal), Comunidad Foral de Navarra (Ley Foral 13/1990, de 31 de diciembre, de Protección y Desarrollo del Patrimonio Forestal), Andalucía (Ley 2/1992, de 15 de junio, de Ordenación Forestal), Comunidad Valenciana (Ley 3/1993, de 9 de diciembre, Forestal), La Rioja (Ley 2/1995, de 10 de febrero, sobre Protección y Desarrollo del Patrimonio Forestal) y Comunidad de Madrid (Ley 16/1995, de 4 de mayo, Forestal y de Protección de la Naturaleza).

Al margen de las anteriores, especial consideración merece el supuesto del País Vasco, donde la competencia asumida estatutariamente por la Comunidad Autónoma corresponde, en realidad, a los

Órganos Forales de los Territorios Históricos. En efecto, la Ley autonómica 27/1983, de 25 de noviembre, de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos —editada en el *Boletín Oficial del País Vasco* número 182, de 10 de diciembre de 1983—, procedió en su Título Primero a la delimitación «*De las competencias de las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y de los Órganos Forales de sus Territorios Históricos*», dedicando su Capítulo II a la determinación «*De las competencias de los Territorios Históricos*». En mérito de su artículo 7.a).9: «*Los Órganos Forales de los Territorios Históricos tienen competencia exclusiva, que ejercitarán de acuerdo con el régimen jurídico privativo de cada uno de ellos, en las siguientes materias: Montes, aprovechamientos, servicios forestales, vías pecuarias y pastos, en los términos del artículo 10.8 del Estatuto de Autonomía; guardería forestal y conservación y mejora de los suelos agrícolas y forestales*».

En lógica consecuencia, puede afirmarse que los montes en el País Vasco son competencia de exclusiva de los Órganos Forales de los Territorios Históricos. Al respecto ha de estarse:

— en el supuesto de Guipúzcoa a la Norma Foral 6/1994, de 8 de julio, de regulación de los Montes —publicada en el *Boletín Oficial de Gipuzkoa* número 134, de 15 de julio, página 8.965;
— en el caso de Vizcaya a la Norma Foral 3/1994, de 2 de junio, de Montes y administración de espacios naturales protegidos —publicada en el *Boletín Oficial de Bizkaia* número 123, de 28 de junio, página 7.839; y
— respecto de Álava a la Norma Foral 13/1986, de 4 de julio, reguladora del régimen de los Montes del Territorio Histórico de Álava.

II. La legislación estatal básica: La ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes

II.1. La Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes

II.1.1. Entrada en vigor y cláusula derogatoria de la Ley 43/2003

El vigente marco normativo estatal, con el carácter de legislación estatal básica —en los términos que ulteriormente se precisan—, está constituido por la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes —publicada en el *Boletín Oficial del Estado* número 280, de 22 de

noviembre, páginas 41.422 a 41.442—, que institucionaliza y codifica, en el marco del Estado autonómico, el Derecho forestal español, con la finalidad de preservar la cubierta vegetal.

La meritada Ley, en los términos de su Disposición Final Sexta —*«Entrada en vigor de la ley»*—, ha entrado en vigor a los tres meses de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

Casi ocioso resulta precisar, de conformidad con el tenor de su Disposición Derogatoria Única, que su entrada en vigor ha determinado la pérdida de vigencia de la precedente Ley del mismo objeto de 8 de junio de 1957. Además de la misma, el apartado 1 de la cláusula derogatoria, de forma expresa, comprende otros cuatro cuerpos normativos anteriormente referidos:

— Ley de 10 de marzo de 1941, sobre el Patrimonio Forestal del Estado.
— Ley 81/1968, de 5 de diciembre, sobre Incendios Forestales.
— Ley 5/1977, de 4 de enero, de Fomento de la Producción Forestal.
— Ley 22/1982, de 16 de junio, sobre repoblaciones gratuitas con cargo al Presupuesto del ICONA en terrenos incluidos en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública.

Por lo que respecta a las disposiciones reglamentarias dictadas en desarrollo de los textos legales derogados, el apartado 2 de la Derogatoria declara su vigencia transitoria en cuanto no se opongan a lo previsto en la Ley, esto es, *«hasta la entrada en vigor de las normas que puedan dictarse en su desarrollo»*, a cuyo efecto la Disposición Final Tercera habilita al Gobierno, en el ámbito de sus competencias, para dictar las disposiciones necesarias.

Al margen de su eficacia derogatoria, ha de tenerse en cuenta que la Disposición Final Primera, *«Modificación de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres»*, procede a reformar el referido cuerpo legal en siete extremos. Primero, se adiciona al Título III un nuevo Capítulo, el II.bis, *«De la Red Ecológica Europea Natura 2000»*, conformado por los artículos 20.bis, 20.ter y 20.quáter. En segundo lugar, se modifica el apartado 1 del artículo 21. Asimismo, se da nueva redacción al apartado 4 del artículo 26. Respecto de los anexos, de un lado, el Anexo de la Ley pasa a ser su Anexo I, y, de otro, se incluye un nuevo Anexo II. En sexto lugar, se deroga expresamente el apartado 5 del artículo 28. Por último, se habilita al Gobierno para modificar, por Real Decreto, el Anexo II, en orden a su adecuación a la normativa de la Unión Europea.

II.1.2. Estructura de la Ley de 21 de noviembre de 2003

La estructura del texto legal está conformada por 80 artículos, divididos en siete títulos, con el siguiente objeto respectivo:

— Título I: *«Disposiciones generales»*, artículos 1 a 10, aglutinados en dos capítulos: I, *«Objeto y conceptos generales»*, artículos 1 a 6, y II, *«Competencias de las Administraciones Públicas»*, artículos 7 a 10.
— Título II: *«Clasificación y régimen jurídico de los montes»*, artículos 11 a 27, divididos en cinco capítulos: I, *«Clasificación de los montes»*, artículos 11 a 13; II, *«Régimen jurídico de los montes públicos»*, artículos 14 a 19; III, *«Recuperación posesoria y deslinde de los montes públicos»*, artículos 20 y 21; IV, *«Régimen de los montes privados»*, artículos 22 a 24; y V, *«Derecho de adquisición preferente y unidades mínimas de actuación forestal»*, artículos 25 a 27.
— Título III: *«Gestión forestal y sostenible»*, artículos 28 a 38, estructurados en cuatro capítulos: I, *«Información forestal»*, artículo 28; II, *«Planificación forestal»*, artículos 29 a 31; III, *«Ordenación de montes»*, artículos 32 a 35; y IV, *«Aprovechamientos forestales»*, artículos 36 a 38.
— Título IV: *«Conservación y protección de montes»*, artículos 39 a 54, separados en cuatro capítulos: I, *«Usos del suelo»*, artículos 39 y 40; II, *«Conservación de suelos, lucha contra la erosión y la desertificación y restauración hidrológico-forestal»*, artículos 41 y 42; III, *«Incendios forestales»*, artículos 43 a 50; y IV, *«Sanidad y genética forestal»*, artículos 51 a 54.
— Título V: *«Investigación, formación, extensión y divulgación»*, artículos 55 a 59, conformados en dos capítulos: I, *«Investigación forestal»*, artículos 55 y 56; y II, *«Formación y educación forestal»*, artículos 57 y 58.
— Título VI: *«Fomento forestal»*, artículos 60 a 66, agrupados en tres capítulos: I, *«Defensa de los intereses forestales»*, artículo 60; II, *«Empresas forestales»*, artículos 61 y 62; y III, *«Incentivos económicos en montes ordenados»*, artículos 63 a 66.
— Título VII: *«Régimen sancionador»*, artículos 67 a 80, divididos en dos capítulos: I, *«Infracciones»*, artículos 67 a 72; y II, *«Sanciones»*, artículos 73 a 80.

Complementan el cuerpo legal un conjunto variado de disposiciones finales, algunas de las cuales ya han sido consideradas, ocupándonos del contenido de otras posteriormente. En concreto:

— diez disposiciones adicionales —Primera, «*Consorcios y convenios de repoblación*»; Segunda, «*Regímenes especiales*»; Tercera, «*Participación forestal en la declaración de espacios naturales protegidos*»; Cuarta, «*Uso energético de la biomasa forestal residual*»; Quinta, «*Sociedades de propietarios forestales*»; Sexta, «*Administraciones Públicas competentes*»; Séptima, «*Cambio climático*»; Octava, «*Ocupaciones en montes de dominio público forestal por razones de la Defensa Nacional*»; Novena, «*Mecenazgo*»; y Décima, «*Gestión de montes pro indiviso*»;
— cinco disposiciones transitorias —Primera, «*Servidumbres en montes demaniales*»; Segunda, «*Plazo para la ordenación de montes*»; Tercera, «*Incentivos económicos en montes no ordenados*»; Cuarta, «*Montes declarados de utilidad pública con anterioridad a esta ley*»; y Quinta, «*Montes declarados protectores con anterioridad a esta ley*»;
— la, ya considerada, Derogatoria Única —«*Derogación normativa*»; y
— seis disposiciones finales —la, antes analizada, Primera, «*Modificación de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres*»; Segunda, «*Habilitación competencial*»; Tercera, «*Habilitación normativa*»; Cuarta, «*Potestades reglamentarias en Ceuta y Melilla*»; Quinta, «*Actualización de multas*»; y, la también considerada, Sexta, «*Entrada en vigor de la ley*».

II.1.3. Carácter normativo: legislación estatal básica

A tenor del último párrafo de su «Exposición de Motivos» —debería decir «Preámbulo», una vez aprobado definitivamente el texto legal—, la Ley «*se dicta en virtud de los artículos 149.1.8ª, 14ª, 15ª, 18ª y 23ª de la Constitución, que reserva al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación civil, hacienda general, fomento y coordinación de la investigación, bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y legislación básica sobre protección del medio ambiente y montes y aprovechamientos forestales, respectivamente*».

Concretando dicha declaración, la Disposición Final Segunda, «*Habilitación competencial*», prescribe el «carácter básico» de sus determinaciones al amparo del artículo 149.1.230 de la Constitución, precisando aquellos preceptos que, dictados de conformidad con títulos competenciales estatales diversos, tienen carácter básico o son expresión de una competencia exclusiva del Estado, en los siguientes términos:

— El primer bloque, «legislación estatal básica» al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución, está conformado por los artículos 12, 14 a 17, 18.4, 20, 21, 36.4 y 47.3, así como por el apartado 1 de la Disposición Adicional Segunda y la Disposición Transitoria Primera.
— Los preceptos dictados en virtud de una «competencia exclusiva estatal», en mérito de las circunstancias 8ª, 14ª y 15ª del artículo 149.1 de la Constitución, son los artículos 18.1, 2 y 3, 19, 22, 25, 55 y 56, además de las disposiciones adicionales Novena y Décima.

II.2. Objeto y principios de la Ley 43/2003

A partir de la declaración de la Asamblea de las Naciones Unidas de 1997 —«*La ordenación, la conservación y el desarrollo sostenible de todos los tipos de bosques son fundamentales para el desarrollo económico y social, la protección del medio ambiente y los sistemas sustentadores de la vida en el planeta. Los bosques son parte del desarrollo sostenible*»—, la finalidad del Legislador, conforme proclama la Exposición de Motivos de la Ley 43/2003 —en su párrafo segundo—, es establecer «*un nuevo marco legislativo regulador de los montes, para la reorientación de la conservación, mejora y aprovechamiento de los espacios forestales en todo el territorio español en consonancia con la realidad social y económica actual, así como con la nueva configuración del Estado autonómico creado por nuestra Constitución*».

Desde dichos postulados se proclama —párrafo cuarto, cuyo contenido hace operativo ulteriormente el artículo 1— que «*Es el objeto de esta ley constituirse en un instrumento eficaz para garantizar la conservación de los montes españoles, así como promover su restauración, mejora y racional aprovechamiento apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva*».

Y añade la Exposición de Motivos respecto de los principios que la inspiran —ulteriormente relacionados normativamente por el artículo 3—: «*La Ley se inspira en unos principios que vienen enmarcados en el concepto primero y fundamental de la gestión forestal sostenible. A partir de él se pueden deducir los demás: la multifuncionalidad, la integración de la planificación forestal en la ordenación del territorio, la cohesión territorial y subsidiariedad, el fomento de las producciones forestales y del desarrollo rural, la conservación de la biodiversidad forestal, la integración de la política forestal en los objetivos ambientales internaciones, la cooperación entre las Administraciones y la obliga-*

da participación de todos los agentes sociales y económicos interesados en la toma de decisiones sobre el medio forestal».

II.3. El contenido normativo de la Ley de Montes

Expuestos así los rasgos configuradores de la Ley de Montes, resulta preciso referirse, en cuanto condicionante de la normativa específica autonómica, al contenido sustantivo de las prescripciones legales, con especial consideración de aquellos aspectos de la misma que —en relación con el precedente cuerpo legal de 1957— comportan la introducción de determinaciones *ex novo* en nuestro ordenamiento jurídico.

II.3.1. Disposiciones generales: el concepto de «monte»

1. La Ley dedica al establecimiento de sus *«Disposiciones generales»* el Título I, precisando, en su Capítulo I, *«Objeto y conceptos generales»*, su objeto —artículo 1—, ámbito de aplicación —artículo 2— y principios —artículo 3—, así como la función social que, independientemente de su titularidad, desempeñan los montes, tanto como fuente de recursos naturales como por ser proveedores de múltiples servicios ambientales, de donde, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 9.2 y 33.2 de la Constitución, se colige la obligación de las Administraciones Públicas de velar en todos los casos por su conservación, protección, restauración, mejora y ordenado aprovechamiento —artículo 4—.

Anteriormente referido el «objeto» de la Ley y relacionados sus «principios» —en los términos de la Exposición de Motivos, que se concretan normativamente en los artículos 1 y 3—, por lo que respecta a su «ámbito de aplicación» ha de destacarse, a tenor del artículo 2, que sus prescripciones son aplicables *«a todos los montes españoles»*.

Presupuesto este principio general, la Ley opta correctamente por precisar su imperio, refiriéndose específicamente a distintos supuestos que, por su singularidad, podrían generar dudas interpretativas.

En este sentido, sin perjuicio de lo establecido en su legislación específica, la vigencia de la Ley se extiende a:

— primero, los montes vecinales en mano común, a los que se les aplica el régimen establecido para los montes privados, no obstante su naturaleza especial derivada de la propiedad en común, sujeta a las limitaciones de indivisibilidad, inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad —artículo 11.4;
— segundo, los terrenos de condición mixta agrosilvopastoral, y en particular las dehesas, en lo relativo a sus características y aprovechamientos forestales;
— tercero, los montes que sean espacios naturales protegidos o formen parte de ellos; y,
— cuarto, las vías pecuarias que atraviesen o linden con montes.

Al margen de lo anterior, la propia Ley prevé una serie de *«Regímenes especiales»* en su Disposición Adicional Segunda. En los mismos la aplicación de la Ley queda condicionada en los siguientes términos:

— los montes demaniales pertenecientes al Patrimonio Nacional se rigen por lo dispuesto en la Ley en cuanto sus prescripciones no sean contrarias a los fines a los que fueron afectados;
— los montes demaniales adscritos al Ministerio de Defensa, así como las zonas de interés para la Defensa y los territorios en los que el citado Ministerio desarrolle actividades en virtud de cualquier título jurídico, se rigen por lo dispuesto en la Ley, si bien su aplicación resulta subordinada a los fines de la Defensa Nacional. En este sentido, el referido Ministerio asume la responsabilidad de la defensa contra incendios forestales, con el asesoramiento técnico del Ministerio de Medio Ambiente, prescribiendo la Disposición Adicional Octava que corresponde al Ministerio de Defensa dotar de infraestructuras preventivas y equipos de extinción, de acuerdo con los planes técnicos aprobados por el Ministerio de Medio Ambiente, a los terrenos afectados por la realización de actividades que, por razones de la Defensa Nacional, entrañen peligro directo de incendios;
— el territorio forestal de titularidad estatal incluido en los parques nacionales se administra en el régimen de cogestión establecido en la Ley 41/1997, de 5 de noviembre, por la que se modifica la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres.

2. De lo expuesto se colige que resulta trascendental concretar el concepto de «monte» del que parte el nuevo cuerpo legal, finalidad que asume su artículo 5, con una doble delimitación, positiva y negativa, es decir, precisando de forma expresa tanto los terrenos que tienen la consideración de monte como los que, por exclusión expresa, no gozan de la misma.

Ha de destacarse que el concepto legal acuñado por la Ley 43/2003, superando el carácter casi residual propio de la definición operada por la Ley de 1957 —derivado de su consideración circunscrita a los espacios rústicos de los que no se pueden obtener rendimientos agrícolas—, se articula a partir de la atribución a los montes de un carácter más abierto, positivo y realista, desde la doble vertiente forestal y social, reconociéndose, de forma expresa, las diversas funciones —ambientales, protectoras, productoras, culturales, paisajísticas o recreativas— que desempeña el territorio forestal.

Asimismo, especial relevancia tiene precisar que la Ley da entrada a las Comunidades Autónomas en la delimitación del concepto en sus respectivos territorios, afirmando expresamente su margen de apreciación sobre los terrenos agrícolas abandonados —artículo 5.1.a)—, los suelos urbanos y urbanizables —artículo 5.2.b)— y la determinación, de acuerdo con su territorio, de la dimensión de la unidad mínima que será considerada monte a efectos de la aplicación de la Ley —artículo 5.3.

En los términos sintetizados, la cláusula general delimitadora del artículo 5, recogida en el párrafo primero de su apartado 1, es la siguiente:

> *«A los efectos de esta Ley, se entiende por monte todo terreno en el que vegetan especies forestales arbóreas, arbustivas, de matorral o herbáceas, sea espontáneamente o procedan de siembra o plantación, que cumplan o puedan cumplir funciones ambientales, protectoras, productoras, culturales, paisajísticas o recreativas».*

Inmediatamente, el párrafo segundo precisa —cumplimentando la delimitación positiva—:

> *«Tienen también la consideración de monte:*
>
> *a) Los terrenos yermos, roquedos y arenales.*
>
> *b) Las construcciones e infraestructuras destinadas al servicio del monte en el que se ubican.*
>
> *c) Los terrenos agrícolas abandonados que cumplan las condiciones y plazos que determine la Comunidad Autónoma, y siempre que hayan adquirido signos inequívocos de su estado forestal.*
>
> *d) Todo terreno que, sin reunir las características descritas anteriormente, se adscriba a la finalidad de ser repoblado o transformado al uso forestal, de conformidad con la normativa aplicable».*

Y, por vía de exclusión —delimitación negativa—, el apartado 2 del artículo 5 cierra la definición legal en los siguientes términos:

> *«No tienen la consideración de monte:*
>
> *a) Los terrenos dedicados al cultivo agrícola.*
>
> *b) Los terrenos urbanos y aquellos otros que excluya la Comunidad Autónoma en su normativa forestal y urbanística».*

3. Cumplimenta sus prescripciones el considerado Capítulo I del Título I, con un loable esfuerzo propedéutico, procediendo —artículo 6, «*Definiciones*»— a la concreción conceptual de los siguientes 18 términos empleados en el cuerpo legal: «Forestal»; «Especie forestal»; «Gestión»; «Selvicultura»; «Gestión forestal sostenible»; «Repoblación forestal»; «Forestación»; «Reforestación»; «Aprovechamientos forestales»; «Plan de aprovechamiento»; «Incendio forestal»; «Cambio del uso forestal»; «Instrumentos de gestión forestal»; «Proyecto de ordenación de montes»; «Plan dasocrático o plan técnico»; «Monte ordenado»; «Certificación forestal»; y «Agente forestal» —algunos son reproducidos seguidamente.

Sin duda, dado el carácter de legislación estatal básica de la norma y su previsible desarrollo en el ámbito autonómico, dicha concreción no puede sino recibir una valoración positiva desde el punto de vista de la certeza del Derecho, en orden a evitar la confusión normativa que rige en otros sectores del ordenamiento —*ad exemplum*, la disciplina urbanística.

4. El Capítulo II del Título I está dedicado a la delimitación de las competencias de las distintas Administraciones Públicas concurrentes —artículos 7 a 10—, extremo éste que ulteriormente se analiza en un apartado específico.

II.3.2. Clasificación y régimen jurídico de los montes

1. Atendiendo al criterio de su titularidad, el Título II de la Ley —«*Clasificación y régimen jurídico de los montes*», artículos 11 a 27— procede, en su artículo 11, a clasificar los montes en públicos y privados, según pertenezcan a una entidad pública —el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales u otras entidades de Derecho público— o a una persona física o jurídica de Derecho privado —ya sea individualmente o en régimen de copropiedad—, articulando a partir de dicha distinción su régimen jurídico respectivo.

Respecto de dicho régimen, antes de entrar en el detalle de sus líneas generales ha de ponderarse, en mérito del artículo 4, que tanto

los montes públicos como los privados, así como los vecinales en mano común, tienen la consideración de bienes que cumplen una clara función social y, por ende, están sujetos al mandato constitucional del artículo 33.1, según el cual las leyes delimitan el contenido del Derecho y, al mismo tiempo, la función social de la propiedad. En este orden de ideas, no puede ignorarse que, entre sus principios inspiradores, el artículo 3.b) de la Ley de Montes proclama «*El cumplimiento equilibrado de la multifuncionalidad de los montes en sus valores ambientales, económicos y sociales.*».

2. En función de su régimen jurídico respectivo, los «montes públicos» son, a su vez, de dominio público o patrimoniales —artículo 12.

3. Respecto de los «montes demaniales», cualificados por su afectación o destino, ha de destacarse que la Ley 43/2003 opta por la declaración como tales de todos los montes catalogados de utilidad pública —artículo 12.1.a)—, habilitándose a las Comunidades Autónomas para incluir en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública aquellos en que concurra alguna de las circunstancias previstas en la Ley, que pueden ser ampliadas vía legislación autonómica —artículo 13—, a cuyo efecto se consideran incluidos en el Catálogo todos los montes declarados de utilidad pública con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley —Disposición Transitoria Cuarta—. El demanio forestal se constituye con estos montes, además de con, primero, los montes comunales de titularidad local cuyo aprovechamiento corresponda al común de los vecinos, y, segundo, los restantes montes afectados a un uso o un servicio público —artículo 12.1.

Así definido el dominio público forestal, sus componentes están caracterizados por las notas de la inalienabilidad, la imprescriptibilidad, la inembargabilidad y la exención tributaria absoluta de su titularidad —*ex* artículo 14—, determinando la Disposición Transitoria Primera que las Administraciones gestoras de los mismos revisarán, en el plazo de diez años, las servidumbres y otros gravámenes que afecten a estos montes, para garantizar su compatibilidad con el carácter demanial.

De esta manera se da el máximo grado de integridad y permanencia al territorio público forestal de mayor calidad, sin perjuicio de que, al mismo tiempo, el texto legal abra la posibilidad de la utilización del dominio público forestal por los ciudadanos —vía autorización o concesión, en su caso—, respecto de aquellos usos que respeten el medio natural, siempre que se realicen sin ánimo de lucro y de acuerdo con la normativa vigente —artículo 15, en relación con los artículos 36 y 37, para los aprovechamientos forestales y los aprovechamientos maderables y leñosos, respectivamente.

De lo anterior se colige que la institución del «Catálogo de Montes de Utilidad Pública», de notable tradición en nuestro ordenamiento jurídico e instrumento básico en la protección de los montes públicos, permanece en el nuevo marco legislativo con la finalidad de constituir un registro público de carácter administrativo en el que se inscriben todos los montes declarados de utilidad pública —artículo 16.1—, exigiéndose para su desafectación la previa exclusión del Catálogo —artículo 17.1—. Es más, incluso se refuerza su posición en relación con la legislación precedente. En efecto, en primer lugar y acentuando la *vis atractiva* del régimen demanial ya presente en la Ley de 1957, su régimen jurídico se homologa plenamente con el de los bienes de dominio público —artículo 12.1.a) y 14—. Además, se amplían considerablemente los motivos de catalogación, que se formulan como un *numerus apertus*, abierto a su configuración por la legislación autonómica —artículo 13.f)—; en concreto, el propio texto estatal ha añadido los que contribuyan a la conservación de la diversidad biológica y, en particular, los que constituyan o formen parte de espacios naturales protegidos o espacios de la Red Ecológica Europea Natura 2000 —artículo 13.e), en relación con la Disposición Final Primera.

La desafectación de los montes de dominio público —artículo 13.f)—, los efectos jurídicos de la inclusión de los montes en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública —artículo 18, cuyos apartados 1, 2 y 3 se dictan en virtud de una competencia exclusiva del Estado, *ex* artículo 149.1.8.ª de la Constitución y letra a) del apartado tercero de la Disposición Final Segunda de la Ley 43/2003—, la recuperación posesoria de los montes demaniales —artículo 20— y la potestad administrativa de deslinde de los montes de titularidad pública —artículo 21— responden a los principios ya asentados en nuestro ordenamiento.

4. Por su parte, los «montes patrimoniales» son definidos por vía de exclusión —«*los de propiedad pública que no sean demaniales*», *ex* artículo 12.2—, precisándose que la usucapión o prescripción adquisitiva de los mismos sólo se dará mediante la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida durante 30 años, entendiéndose interrumpida por la realización de aprovechamientos forestales, por la iniciación de expedientes sancionadores o por cualquier acto posesorio realizado por la Administración propietaria del monte —artículo 19, cuyas determinaciones se dictan al amparo de una competencia exclusiva del Estado, *ex* artículo 149.1.8.ª de la Constitución y Disposición Final Segunda, letra a) de su apartado 3, de la Ley 43/2003.

5. Por lo que respecta al régimen jurídico de los «montes privados» —Capítulo IV, artículos 22 a 24—, a partir de su definición como aquellos pertenecientes a una persona física o jurídica de Derecho privado se consolida el criterio de que su gestión corresponde a su

titular, quien podrá contratarla con personas físicas o jurídicas de Derecho público o privado, así como con los órganos forestales de las Comunidades Autónomas donde el monte radique, ajustándose la misma, en todo caso, al correspondiente instrumento de gestión o planificación forestal —artículo 23.

Lo más destacable de la nueva configuración legal es la atención que se presta a la figura de los «montes protectores» —aquellos montes privados que cumplan alguna de las condiciones que para la catalogación de los montes públicos establece el artículo 13— y su registro. La declaración como tales es competencia de las Comunidades Autónomas, estimulándose al propietario para que proceda a su solicitud mediante el reconocimiento de incentivos económicos —artículos 24 y 63—, si bien no puede ignorarse que la Disposición Transitoria Quinta reputa incluidos en el Registro de Montes Protectores todos los montes declarados como tales con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley.

Por lo demás, en los términos de la letra a) del apartado 3 de la Disposición Final Segunda de la Ley, al amparo del artículo 149.1.8.ª, título competencial exclusivo del Estado, el artículo 22 disciplina los «asientos registrales de los montes privados».

6. El Título II cierra sus prescripciones disciplinando, en su Capítulo V, primero, el régimen del «derecho de adquisición preferente», vía tanteo o retracto —artículo 25, que responde al ejercicio de una competencia exclusiva del Estado, *ex* artículo 149.1.80 de la Constitución y Disposición Final Segunda, letra a) de su apartado 3, de la propia Ley 43/2003—; segundo, la «unidad mínima de actuación forestal» a establecer por las Comunidades Autónomas —artículo 26—; y, tercero, el fomento de la «agrupación de montes», públicos y privados, con el objeto de facilitar una ordenación y gestión integral de los montes —artículo 27—. En este último orden de ideas, ha de tenerse presente que la Disposición Adicional Décima prevé la constitución de una Junta Gestora para la gestión de los montes cuya titularidad corresponda *pro indiviso* a más de diez propietarios conocidos, atribuyéndose a la misma la autorización de los actos de administración ordinaria y extraordinaria, gestión y disfrute del monte y de todos sus productos, y la enajenación de toda clase de aprovechamientos forestales, energéticos y mineros, así como cualquier otro acto para el que estén habilitados los propietarios de acuerdo con la Ley.

II.3.3. La gestión forestal sostenible: información, planificación, ordenación de montes y aprovechamientos forestales

1. La Ley se enmarca en el concepto primero y fundamental de la «gestión sostenible de los montes», afirmada como principio inspirador por el artículo 3.a) y definida en el artículo 6.e) como *«la organización, administración y uso de los montes de forma e intensidad que permita mantener su biodiversidad, productividad, vitalidad, potencialidad y capacidad de regeneración, para atender, ahora y en el futuro, las funciones ecológicas, económicas y sociales relevantes en el ámbito local, nacional y global, sin producir daños a otros ecosistemas»*.

A partir de dicho concepto, el Título III de la Ley, *«Gestión forestal sostenible»*, artículos 28 a 38, procede a su disciplina, concediendo especial relevancia a un aspecto básico para la definición de la política en la materia, cual es la *«Información forestal»*, regulada por su Capítulo I, artículo 28.

El objetivo que se persigue por el meritado precepto es establecer los mecanismos para disponer de una información forestal actualizada y de calidad para todo el territorio español, sobre la base de criterios y metodologías comunes. Esta información se coordinará por el Ministerio de Medio Ambiente y se plasmará en la «Estadística forestal española», entre cuyos objetivos resalta atender las demandas de información estadística de los organismos internacionales y facilitar el acceso del ciudadano a la información vinculada al mundo forestal.

La estadística, entre sus documentos, incluirá un «Inventario forestal español» y su correspondiente «Mapa forestal de España», así como un «Inventario nacional de erosión de suelos». La elaboración de estos documentos se hará aplicando criterios y metodologías comunes para todos el territorio español, con carácter continuo y una periodicidad de actualización al menos decenal.

2. Por lo que respecta a la *«Planificación forestal»*, la Ley constata, en su Capítulo II, artículos 29 a 31, la necesidad de una planificación a escala general, que se concreta, a efectos operativos, en la denominada «Estrategia forestal española», documento de referencia elaborado por el Ministerio de Medio Ambiente y aprobado por el Consejo de Ministros, previo informe de la Conferencia Sectorial. La Estrategia contendrá el diagnóstico de la situación de los montes y del sector forestal, las previsiones de futuro y las directrices que permitan articular la política forestal española —artículo 29.

Sus determinaciones serán objeto de desarrollo por el «Plan forestal español», instrumento de planificación a largo plazo de la política forestal, cuya aprobación, una vez elaborado por el Ministerio de Medio Ambiente, es competencia del Consejo de Ministros, previo informe de la Conferencia Sectorial —artículo 30.

Presupuesto lo anterior, la novedad de mayor calado está constituida por la introducción de la figura de los «Planes de ordenación de los recursos forestales» (PORF), configurados por el artículo 31 como instrumentos de planificación forestal de ámbito comarcal, o equiva-

lente, integrados en el marco de la ordenación del territorio, con lo que la planificación y gestión forestales se conectan con el decisivo ámbito de la ordenación territorial, conforme proclama como principio inspirador de la Ley su artículo 3.c). En este sentido, cuando exista un «Plan de ordenación de recursos naturales» (PORN), elaborado de conformidad con la Ley 4/1989, de 27 marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, u otro instrumento de planeamiento equivalente disciplinado por la normativa autonómica, estos planes asumirán el carácter de PORF, siempre y cuando cuenten con el informe favorable del órgano forestal, cuando éste sea distinto del órgano que aprueba el PORN.

En esta misma línea de potenciar la posición de la Administración forestal, ha de tenerse presente que la Disposición Adicional Tercera impone su participación preceptiva en el procedimiento de declaración de montes como espacios naturales protegidos cuando el órgano autonómico competente sea distinto del órgano declarante.

3. Respecto de la *«Ordenación de montes»* —Capítulo III, artículos 32 a 34—, ha de subrayarse que el artículo 32 impone la existencia de unas «Instrucciones básicas para la ordenación y aprovechamiento de los montes», elaboradas en el seno de la Conferencia Sectorial y definitivamente aprobadas vía Real Decreto. A tenor de la Disposición Final Tercera, estas Instrucciones se elaborarán con las Comunidades Autónomas y se aprobarán en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley.

Entre las determinaciones que han de contener las referidas Instrucciones figura la de fijar el contenido mínimo de los «Proyectos de ordenación de montes» y «Planes dasocráticos» u otros instrumentos de gestión equivalente.

Los montes públicos, tanto demaniales como patrimoniales, deberán contar necesariamente con uno de estos instrumentos, salvo aquéllos de superficie inferior al mínimo que determinarán las Comunidades Autónomas, quienes pueden imponerlo obligatoriamente también para los montes protectores y otros montes privados —artículo 33—. En todo caso, a tenor de la Disposición Transitoria Segunda, el plazo para dotarse del pertinente instrumento de ordenación será de 15 años desde la entrada en vigor de la Ley.

En este orden de ideas, ha de tenerse presente que el «Proyecto de ordenación de montes», a tenor del artículo 6.n) es el *«documento que sintetiza la organización en el tiempo y en el espacio de la utilización sostenible de los recursos forestales, maderables y no maderables, en un monte o grupo de montes, para lo cual debe incluir una descripción pormenorizada del terreno forestal en sus aspectos ecológicos, legales, sociales y económicos y, en particular, un inventario forestal con un nivel de*

detalle tal que permita la toma de decisiones en cuanto a la selvicultura a aplicar en cada una de las unidades del monte y a la estimación de rentas»; mientras que por «Plan dasocrático» o «Plan técnico» se entiende, de acuerdo con el artículo 6.ñ), un *«proyecto de ordenación de montes que, por su singularidad —pequeña extensión; funciones preferentes distintas a las de producción de madera o corcho; masas inmaduras (sin arbolado en edad de corta), etc.— precisan una regulación más sencilla de la gestión de sus recursos arbóreos. En consonancia, el inventario forestal podrá ser más simplificado, si bien será necesario que incorpore información sobre densidades en número de pies y áreas basimétricas, en el caso de montes arbolados»*.

La Ley establece, asimismo, las finalidades básicas a cumplir con la gestión de los montes catalogados y de los montes protectores, atendiendo a las condiciones establecidas para su calificación por el artículo 13 —artículo 34—, y regula en el artículo 35 las condiciones a cumplir por los sistemas de «certificación forestal», entendida como el *«procedimiento voluntario por el que una tercera parte independiente proporciona una garantía escrita tanto de que la gestión forestal es conforme con criterios de sostenibilidad como de que se realiza un seguimiento fiable desde el origen de los productos forestales»* —artículo 6.p).

4. Los «aprovechamientos» constituyen uno de los elementos nucleares de toda disciplina forestal. La Ley, consciente de dicha realidad, proclama entre sus principios, *«El fomento de las producciones forestales y sus sectores económicos asociados»* —artículo 3.d)—, complementándolo con *«La creación de empleo y el desarrollo del medio rural»* —artículo 3.e).

A partir de dichos principios, el Título III se ocupa, en su Capítulo IV, artículos 36 a 38, de los *«Aprovechamientos forestales»*, entre los que, a tenor del artículo 6.i), se comprenden *«los maderables y leñosos, incluida la biomasa forestal, los de corcho, pastos, caza, frutos, hongos, plantas aromáticas y medicinales, productos agrícolas y los demás productos y servicios con valor de mercado característicos de los montes»*.

De su régimen jurídico, presupuesto el reconocimiento del derecho a su aprovechamiento por el titular del monte, destaca la relevancia del establecimiento de los pertinentes instrumentos de gestión de los montes, de tal manera que para montes ordenados o, en su caso, incluidos en el ámbito de aplicación de un «Plan de ordenación de los recursos forestales», la Administración se limitará a comprobar que el aprovechamiento propuesto es conforme con las previsiones del instrumento planificador.

Especial atención presta la Ley al «uso energético de la biomasa forestal residual», prescribiendo su Disposición Adicional Cuarta que

el Gobierno elaborará, en colaboración con las Comunidades Autónomas, una estrategia para el desarrollo del uso energético de la biomasa forestal residual, de acuerdo con los objetivos indicados en el «Plan de fomento de las energías renovables en España».

Por lo demás, en línea con nuestra tradición normativa, se prevé la existencia de un «Fondo de mejora en montes catalogados» a cargo de las Entidades locales, cuyo destino será la conservación y mejoras de dichos montes, en una cuantía que fijarán las Comunidades Autónomas y no será inferior al 15 % de los aprovechamientos forestales o de los rendimientos obtenidos por ocupaciones u otras actividades desarrolladas en el monte. La administración del Fondo compete al órgano forestal autonómico, si bien se admite su transferencia a la Entidad local titular —artículo 38.

II.3.4. La conservación y protección de los montes

1. El artículo 3.f) de la Ley proclama como principio inspirador de la misma *«La conservación y restauración de la biodiversidad de los ecosistemas forestales»*.

Es su Título IV, artículos 39 a 54, el que afronta esta materia, intensificando las medidas de conservación y protección previamente afirmadas en la legislación estatal, principiando, respecto de los *«Usos del suelo»* —Capítulo I, artículos 39 y 40—, por el condicionamiento del planeamiento urbanístico al criterio de la Administración forestal, al que se le reconoce carácter vinculante si se trata de montes catalogados o protectores —artículo 39, en relación con los artículos 13 y 24.

Presupuesto que por «cambio de uso forestal» el artículo 3.l) entiende *«toda actuación material o acto administrativo que haga perder al monte su carácter de tal»*, a la referida finalidad responde, asimismo, el establecimiento por el artículo 40 de condiciones restrictivas para el cambio de uso forestal de cualquier monte, independientemente de su titularidad o régimen jurídico. A mayor abundamiento, a tenor del artículo 50, queda prohibido el cambio de uso forestal por razón de incendio.

2. En materia de *«Conservación de suelos, lucha contra la erosión y la desertificación y restauración hidrológico-forestal»* —Capítulo II, artículos 41 y 42—, la Ley introduce tanto la figura de un «Plan Nacional de Actuaciones Prioritarias de Restauración Hidrológico-Forestal», como de un «Programa de Acción Nacional contra la Desertificación». Ambos instrumentos serán aprobados definitivamente por el Ministerio de Medio Ambiente, teniendo el primero por función diagnosticar e identificar, por subcuencas, los procesos erosivos, clasificándolos según la intensidad de los mismos y su riesgo potencial para

las poblaciones, cultivos e infraestructuras, así como definir las zonas prioritarias de actuación, valorando las acciones a realizar y estableciendo la priorización y programación temporal de las mismas. El Programa contra la desertificación, por su parte, tiene como objetivos la prevención y la reducción de la degradación de las tierras, la rehabilitación de tierras parcialmente degradadas y la recuperación de tierras desertificadas para contribuir al logro del desarrollo sostenible de las zonas áridas, semiáridas y subhúmedas secas del territorio español.

Las acciones de restauración hidrológico forestal resultan, además, amparadas por la posibilidad, a petición de las Comunidades Autónomas afectadas, de que el Ministerio de Medio Ambiente proceda a la declaración de las mismas como de interés general, aunque se refieran a actuaciones a desarrollar fuera del dominio público hidráulico —artículo 42.

3. En el referido marco de garantías ha de interpretarse la capital disciplina de los *«Incendios forestales»*, establecida por los artículos 43 a 50 —Capítulo III—, presupuesto que por «incendio forestal» el artículo 6.k) entiende *«el fuego que se extiende sin control sobre combustibles forestales situados en el monte»*.

Las prescripciones legales, afirmada la responsabilidad de las Administraciones Públicas en la defensa contra los incendios forestales, cualquiera que sea la titularidad de los montes —artículo 43—, parten de la indefectible prioridad que ha de conferirse a la prevención de los mismos —artículo 44.

Sin perjuicio de ello, dados los devastadores efectos de un incendio, la Ley ha establecido, de forma expresa, la obligación de toda persona de avisar de la existencia de un incendio y, en su caso, de colaborar en su extinción —artículo 45—. En el mismo orden de implicar a la sociedad civil, se promueven campañas de concienciación y sensibilización ciudadana. Asimismo, se destaca la necesidad de coordinación de las diferentes Administraciones en la prevención y combate de los incendios —artículos 46 y 47.

De otro lado, la Ley prevé, en su artículo 48, la fijación por las Comunidades Autónomas de las llamadas «Zonas de alto riesgo de incendio» o de protección preferente, que deberán estar provistas de su correspondiente plan de defensa.

Además, al margen de las prescripciones punitivas del Código Penal, una medida de singular eficacia práctica consiste en el establecimiento de la obligación de restauración de los terrenos forestales incendiados —artículo 50—, quedando prohibido el cambio de uso forestal por razón de incendio, en los términos que concretarán las Comunidades Autónomas.

Por último, ha de recordarse, conforme anteriormente se expuso, que en las zonas de interés para la Defensa Nacional la responsabilidad la asume el Ministerio de Defensa, con el asesoramiento técnico del Ministerio de Medio Ambiente, en los términos de las disposiciones adicionales Segunda, apartado 2, y Octava, apartado 3.

4. Un último Capítulo —el IV— relativo a la conservación y protección de los montes es el que el Título IV de la Ley dedica a la «*Sanidad y genética forestal*», artículos 51 a 54, remitiendo a las prescripciones de la Ley 43/2002, de 20 de noviembre, de Sanidad Vegetal —artículo 51—, sin perjuicio de declarar que la protección contra los agentes nocivos debe ser de carácter preventivo, mediante técnicas selvícolas adecuadas, utilización de agentes biológicos que impidan o frenen el incremento de las poblaciones de agentes nocivos y la aplicación de métodos de lucha integrada —artículo 52—. En esta línea, los titulares de los montes están sujetos tanto a la obligación de comunicar la aparición atípica de agentes nocivos como a la de ejecutar o facilitar la realización de las acciones obligatorias que los órganos competentes determinen —artículo 53—. Se impone, por último, la colaboración en materia de recursos genéticos forestales, atribuyendo al Ministerio de Medio Ambiente el mantenimiento del Registro y el Catálogo Nacional de Materiales de Base —artículo 54.

II.3.5. Investigación, formación, extensión y divulgación forestal

El Título V de la Ley, artículos 55 a 59, con dicha rúbrica, se ocupa de disciplinar, esencialmente, las competencias que la Administración General del Estado puede desarrollar sobre la base de los «Planes nacionales de investigación científica, desarrollo e innovación tecnológica» regulados por la Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica. Ha de destacarse, de conformidad con la letra b) del apartado 3 de la Disposición Final Segunda, que sus determinaciones se dictan al amparo del título competencial exclusivo del Estado establecido por el artículo 149.1.15.ª de la Constitución —«*Fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica*».

Al margen de lo anterior, ponderando que uno de los principios inspiradores de la Ley —*ex* artículo 3.i)— es «*La participación en la política forestal de los sectores sociales y económicos implicados*», los artículos 57 a 59 atribuyen a todas las Administraciones Públicas y agentes sociales representativos la función de promover planes de formación y educación forestal, sin perjuicio de las atribuciones propias de las Administraciones competentes en materia de policía forestal.

II.3.6. Las medidas de fomento de la gestión sostenible

Uno de los aspectos más relevantes de la nueva Ley, sin duda, es la introducción de medidas de fomento de la gestión sostenible y multifuncional de los montes, cuya disciplina se establece en el Título VI, «*Fomento forestal*», artículos 60 a 66.

Sus prescripciones tienden a incentivar la actividad privada mediante subvenciones y otros incentivos por las externalidades ambientales, además de considerar incluidos entre los fines de interés general, *ex* Disposición Adicional Novena, los orientados a la gestión forestal sostenible, a efectos de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo —esta prescripción sobre el «mecenazgo», de conformidad con la letra c) del apartado 3 de la Disposición Final Segunda, se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado afirmada por el artículo 149.1.14.ª de la Constitución: «*Hacienda general y Deuda del Estado*».

Las referidas medidas pretenden contribuir al reconocimiento de los beneficios generales que los propietarios aportan a la sociedad con la conservación y protección de sus montes, teniendo presente que, con la finalidad de incidir una vez más en el impulso a la ordenación de todos los montes, los incentivos solamente serán aplicables a los montes que cuenten con instrumento de gestión, al margen de que tendrán prioridad los montes declarados protectores y los montes catalogados y, en particular, aquellos incluidos en espacios naturales protegidos o en la Red Ecológica Europea Natura 2000 —artículo 63—. En la misma línea de generalizar la ordenación, la Disposición Transitoria Tercera establece un plazo, de diez años, durante el cual los propietarios de montes no ordenados podrán acogerse a los incentivos, pudiendo ser objeto de subvención o crédito la elaboración del correspondiente instrumento de gestión forestal. Pasado dicho período se denegará de oficio cualquier incentivo en tanto no se doten de instrumento de gestión o, en su caso, se incluyan en un PORF.

II.3.7. El régimen sancionador en materia forestal

Culmina sus prescripciones la Ley, en su Título VII, artículos 67 a 80, con el establecimiento de un ineludible régimen sancionador en las materias objeto de la misma, en orden a disuadir de la realización de acciones que, de forma directa o indirecta, conduzcan a la degradación de los terrenos forestales.

Con dicho objeto, al margen de afirmar la viabilidad de la adopción de medidas cautelares o provisionales tendentes a asegurar la

eficacia de la resolución —artículo 69—, la Ley, básicamente, concreta la tipificación de las infracciones y los criterios para la clasificación de las mismas, según su gravedad —artículos 67 y 68—, y establece las correspondientes sanciones administrativas —artículo 74—, así como los respectivos plazos de prescripción —artículos 71 y 80—, teniendo en cuenta que la Disposición Final Quinta autoriza al Gobierno para, de acuerdo con los índices de precios al consumo, actualizar mediante Real Decreto la cuantía de las multas establecidas.

En todo caso, lo relevante es que la imposición de una sanción concurre con el deber de los responsables de las infracciones —artículo 70— de reparar el daño causado, restaurando el monte o ecosistema forestal dañado a la situación previa a los hechos constitutivos de la infracción sancionada o, cuando la reparación no sea posible, de hacer frente a la pertinente indemnización —artículo 77—, dando lugar el incumplimiento a la imposición de multas coercitivas, reiteradas por lapsos de tiempo suficientes para cumplir lo ordenado, o a la ejecución subsidiaria a costa del infractor —artículo 78—. A mayor abundamiento, la Administración competente puede acordar el decomiso tanto de los productos forestales ilegalmente obtenidos como de los instrumentos y medios utilizados en la comisión de la infracción —artículo 79—, pudiendo, incluso, adoptarse el decomiso como medida cautelar para evitar la continuidad del daño ocasionado por la actividad presuntamente infractora —artículo 69.

Para concluir, es importante destacar la afirmación expresa por el artículo 72 del principio *«non bis in idem»*, de tal modo que, cuando la infracción pudiera ser constitutiva de delito o falta, la Administración instructora lo pondrá en conocimiento del órgano jurisdiccional competente, suspendiéndose la tramitación del procedimiento administrativo sancionador. La eventual sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, del hecho y del fundamento.

III. Competencias de las Administraciones Públicas en materia forestal

III.1. Principios generales de la delimitación competencial

Presupuestas las consideraciones sustantivas que, hasta aquí, sumariamente se han realizado, ha de recordarse, en los términos anteriormente referidos, que uno de los objetivos proclamados por la Ley al establecer un nuevo marco legislativo regulador de los montes

es articular un cuerpo normativo en consonancia con la configuración del Estado autonómico creado por la Constitución de 1978.

Desde esta premisa, y ponderando su carácter normativo de legislación estatal básica, resulta preciso detenerse, sincréticamente, en la consideración legal tanto de las competencias asumidas por el Estado como del ámbito de actuación de las Comunidades Autónomas y de las Entidades locales.

A dicho objeto dedica la Ley diversas prescripciones, partiendo del contenido del Capítulo II, *«Competencias de las Administraciones Públicas»*, del Título I, artículos 7 a 10.

En términos generales, lo primero que ha de destacarse es que la Ley 43/2003, consciente de los títulos competenciales asumidos estatutariamente por las Comunidades Autónomas —*ex* artículo 148.1.8.ª y 9.ª y 149.1.23.ª—, procede a clarificar las funciones de la Administración General del Estado, tanto de forma exclusiva como en régimen de colaboración y coordinación —artículo 7—, designando a las Administraciones autonómicas como las responsables y competentes en materia forestal, de acuerdo con la Constitución y los respectivos Estatutos de autonomía —artículo 8.

A partir de aquí, la Ley opta decididamente por la colaboración y cooperación entre las distintas Administraciones para beneficio de un medio forestal que, conforme declara la Exposición de Motivos, no entiende de barreras administrativas. Y, en esta línea, se refuerza el papel de las Administraciones locales en la política forestal —artículo 9—, concediéndoles una mayor participación en la adopción de las decisiones que inciden directamente sobre sus propios montes, reconociendo con ello su papel como principales propietarios forestales públicos en España y su contribución a la conservación de unos recursos naturales que benefician a toda la sociedad.

III.2. Las competencias de la Administración General del Estado

Expuesto el marco general, en primer lugar, puede afirmarse que a la Administración General del Estado se le atribuyen por la Ley 43/2003 competencias de tres órdenes: de un lado, las que se le asignan de forma exclusiva; de otro, las funciones que asume en régimen de colaboración y cooperación con las Comunidades Autónomas y sin perjuicio de sus competencias; y, finalmente, las que ejerce a efectos de la coordinación interna e internacional de la política forestal.

III.2.A) Las competencias estatales exclusivas

Conforme acaba de indicarse, en primer lugar a la Administración General del Estado se le atribuyen competencias de forma exclusiva, concretamente dos, en los términos del artículo 7.1:

— De un lado, la gestión de los montes de su titularidad.
— De otro, la representación internacional de España en materia forestal. En este último aspecto, ha de tenerse presente que uno de los principios inspiradores de la Ley, a tenor del artículo 3.g), es «*La integración en la política forestal española de los objetivos de la acción internacional sobre protección del medio ambiente, especialmente en materia de desertificación, cambio climático y biodiversidad*».

III.2.B) Competencias en régimen de colaboración con las Comunidades Autónomas

La colaboración y cooperación entre las distintas Administraciones Públicas es indefectible en la materia. Consciente el legislador de su necesidad, proclama, entre los principios que inspiran la Ley —artículo 3.h)—, «*La colaboración y cooperación de las diferentes Administraciones Públicas en la elaboración y ejecución de sus políticas forestales*».

A partir de dicho principio, potenciando la participación de las Comunidades Autónomas en el proceso de adopción de las pertinentes decisiones de interés general, la Administración General del Estado, en colaboración con aquéllas, asume las siguientes nueve competencias que le atribuye expresamente el artículo 7.2.

1. En primer lugar, la definición de los objetivos generales de la política forestal general, que se concreta en la aprobación de los siguientes documentos, a los que anteriormente, en sus aspectos sustantivos, se ha hecho referencia: la «Estrategia forestal española» —artículo 29—; el «Plan Forestal español» —artículo 30—; el «Programa de Ación Nacional contra la Desertificación» —artículo 41.1 y 2—; y el «Plan Nacional de Actuaciones Prioritarias de Restauración Hidrológico-forestal» —artículo 41.3 y 4.

Ha de tenerse presente que, en todo caso, en el proceso de elaboración de los meritados documentos se prevé la participación de las Comunidades Autónomas.

Así, en el supuesto de la «Estrategia forestal española», documento de referencia para la política forestal, el artículo 29.2 dispone que

la elaboración corresponde al Ministerio de Medio Ambiente, oídos los Ministerios afectados, con la participación de las Comunidades Autónomas y previo informe de la Comisión Nacional de Protección de la Naturaleza y del Consejo Nacional de Bosques. La aprobación es competencia del Consejo de Ministros, mediante acuerdo y previo informe de la Conferencia Sectorial.

La elaboración del «Plan forestal español» se atribuye por el artículo 30.2 al propio Ministerio, con participación de las Comunidades Autónomas, teniendo en cuenta sus respectivos planes forestales y con los informes de la Comisión Nacional de Protección de la Naturaleza y del Consejo Nacional de Bosques. Al igual que la Estrategia, su aprobación es competencia del Consejo de Ministros, mediante acuerdo y previo informe de la Conferencia Sectorial.

El «Programa de Ación Nacional contra la Desertificación», a tenor del artículo 41.1, es competencia, en cuanto a su elaboración y aprobación, del Ministerio de Medio Ambiente, en colaboración con el de Agricultura, Pesca y Alimentación y las Comunidades Autónomas. A las mismas, de forma coordinada con los dos Ministerios, corresponde su aplicación y seguimiento.

Por último, el «Plan Nacional de Actuaciones Prioritarias de Restauración Hidrológico-forestal», en los términos del artículo 41.3, es competencia, respecto de su elaboración y aprobación, del Ministerio de Medio Ambiente, en colaboración con las Comunidades Autónomas, debiendo éstas y aquél proceder de forma coordinada para su aplicación y seguimiento.

2. Asume, asimismo, la Administración General del Estado, la recopilación, elaboración y sistematización de la información forestal para mantener y actualizar la «Estadística forestal española» —artículo 28—, en cuya conformación se introduce, asimismo, la participación de las Comunidades Autónomas, debiendo éstas facilitar al Ministerio de Medio Ambiente, antes del tercer cuatrimestre de cada año, la información estadística forestal que hayan elaborado sobre el año anterior. La información contenida en la Estadística será puesta a disposición de las Comunidades Autónomas y Entidades locales, así como de las empresas e industrias forestales y demás agentes interesados.

3. La normalización de los medios materiales para la extinción de incendios forestales en todo el territorio español, así como el despliegue de medios estatales de apoyo a las Comunidades Autónomas para completar la cobertura de los montes contra incendios, al margen de la homologación de la formación, preparación y equipamiento del personal. El seguimiento de estas medidas corresponde, a tenor del artículo 46.1, a la Comisión Nacional de Protección de la Naturaleza, asistida por el Comité de Lucha contra Incendios Fores-

tales. El artículo 46.3, además, prescribe que, en el caso de incendios en zonas limítrofes de dos o más comunidades, cuando se solicite la intervención de medios de la Administración General del Estado, ésta podrá exigir a las Comunidades Autónomas afectadas la constitución de una dirección unificada de los trabajos de extinción, destinando personal técnico cualificado para asesorar a dicha dirección unificada.

4. Teniendo presente que el artículo 52.2 impone a las Comunidades Autónomas la obligación de informar al órgano competente de la Administración General del Estado sobre las medidas de protección adoptadas contra agentes nocivos, por si pudiera verse afectada la sanidad general de los montes españoles, al Estado corresponde el ejercicio de las funciones necesarias para la adopción de las medidas fitosanitarias urgentes, así como velar por la adecuada ejecución, coordinación y seguimiento de las mismas, en situaciones excepcionales en las que exista grave peligro de extensión de plagas forestales, de conformidad con el artículo 16 de la Ley 43/2002, de 20 de noviembre, de Sanidad Vegetal.

5. Con el fin de contribuir al desarrollo y promoción de los aspectos sociolaborales del sector forestal, a la Administración General del Estado, en colaboración con las Comunidades Autónomas y los agentes sociales representativos, le corresponde la promoción de planes de formación y empleo del sector forestal, con especial atención a las poblaciones rurales, incluyendo medidas relativas a la prevención de riesgos laborales, en los términos del artículo 57.

6. En materia de recursos genéticos forestales, es competencia del Ministerio de Medio Ambiente la elaboración, en colaboración con las Comunidades Autónomas, de programas de ámbito nacional de mejora genética y conservación de recursos. Asimismo, el artículo 54 atribuye al Gobierno, consultadas las Comunidades Autónomas, el establecimiento de normas básicas sobre procedencia, producción, utilización y comercialización de los materiales forestales de reproducción y, en particular, la determinación de las regiones de procedencia de los mismos y el mantenimiento del Registro y del Catálogo Nacional de Materiales de Base.

7. En el ámbito de la ordenación forestal, corresponde a la Administración General del Estado la elaboración y aprobación de las «Instrucciones básicas para la ordenación y el aprovechamiento de montes». A tenor del artículo 32, su elaboración es competencia del Ministerio de Medio Ambiente y las Comunidades Autónomas, a través de la Conferencia Sectorial, previa consulta al Consejo Nacional de Bosques, debiendo las mismas ser informadas por la Comisión Nacional de Protección de la Naturaleza y propuestas para su aprobación por Real Decreto.

8. Las actuaciones de restauración hidrológico-forestal, habilitando el artículo 42 al Ministerio de Medio Ambiente, a petición de las Comunidades Autónomas, para declarar de interés general las que hayan de desarrollarse fuera del dominio público hidráulico.

9. El fomento de la investigación científica y la innovación tecnológica en el ámbito forestal, canalizándolo, en los términos del artículo 55, a través de los «Planes nacionales de investigación científica, desarrollo e innovación tecnológica» que establece la Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica.

III.2.C) La coordinación estatal

Al margen de las anteriores, el artículo 7.3 atribuye, asimismo, a la Administración General del Estado aquellas otras competencias que le confiere la legislación vigente y, en particular, dos títulos de coordinación de especial eficacia operativa.

1. En primer lugar, la coordinación de la llevanza de dos registros administrativos capitales en materia forestal.

De un lado, el Catálogo de Montes de Utilidad Pública, que el artículo 16.2 atribuye a las Comunidades Autónomas en sus respectivos territorios, sin perjuicio de que éstas habrán de dar traslado al Ministerio de Medio Ambiente de las inscripciones que practiquen, así como de las resoluciones administrativas y sentencias judiciales firmes que conlleven modificaciones en el Catálogo, incluidas las que atañen a permutas, prevalencias y resoluciones que, con carácter general, supongan la revisión y actualización de los montes catalogados.

De otro, el Registro de montes protectores, previsto con carácter potestativo —«*Las Comunidades Autónomas podrán crear registros protectores como registros de carácter administrativo*»; dispone el artículo 24.2—, imponiendo el artículo 24.2 la obligación de las Comunidades Autónomas de informar al Ministerio de Medio Ambiente, al menos una vez al año, de la inclusión de montes en dicho Registro.

2. Segundo, la coordinación en el establecimiento y mantenimiento de las redes europeas de parcelas para el seguimiento de las interacciones del monte con el medio ambiente, en los términos del artículo 56, cuyas prescripciones, *ex* Disposición Final Segunda —letra b) de su apartado 3—, se dictan al amparo de la competencia exclusiva del Estado establecida por el artículo 149.1.15.ª de la Constitución.

III.2.D) Órganos creados ad hoc *en materia forestal: Conferencia Sectorial del Medio Ambiente y Consejo Nacional de Bosques*

Por último, no puede dejar de indicarse que, en orden a ejercitar las competencias de la Administración General del Estado, especialmente ponderando la necesaria colaboración y coordinación en múltiples aspectos con las instituciones autonómicas, el artículo 10 de la Ley ha establecido dos *«Órganos de coordinación y consultivo de la política forestal española»*.

Se trata, de un lado, de la «Conferencia Sectorial del Medio Ambiente», asistida por la Comisión Nacional de Protección de la Naturaleza, a la que corresponde un papel capital en la coordinación entre las Administraciones estatal y autonómicas para la preparación, estudio y desarrollo de las cuestiones propias de la política forestal española. A dicho efecto, en el seno de la referida Comisión Nacional se constituye como órgano de trabajo el «Comité Forestal».

De otro, con carácter consultivo, el «Consejo Nacional de Bosques», que asesora a la Administración General del Estado en materia de montes y recursos forestales y sirve como instrumento de participación de todas aquellas partes interesadas en la planificación y organización del sector forestal.

Al analizar, en los apartados anteriores, las competencias de la Administración General del Estado se han destacado ya los distintos supuestos en que está prevista su participación en el proceso decisorio, por lo que omitimos aquí su reproducción, limitándonos a destacar la posición central que en la articulación de la política forestal asume la «Conferencia Sectorial del Medio Ambiente».

III.3. Las competencias de las Comunidades Autónomas

Conforme declara su Exposición de Motivos, párrafo sexto, *«La Ley designa a las Administraciones autonómicas como las responsables y competentes en materia forestal, de acuerdo con la Constitución y los Estatutos de Autonomía»*.

Presupuesto lo anterior, al margen de las concretas competencias, fundamentalmente en régimen de cooperación y colaboración que, de lo hasta aquí expuesto, se colige que son propias de las Comunidades Autónomas, el artículo 8.1 de la Ley 43/2003, con carácter genérico, remite a las que cada entidad territorial haya asumido estatutariamente en materia de montes y aprovechamientos forestales o en virtud de otros títulos competenciales que incidan en al ámbito de aplicación de la Ley. En la misma línea, ha de indicarse que la Ley, en

su artículo 8.2, hace una referencia específica al supuesto de la Comunidad Foral de Navarra, remitiendo a las competencias en materia de montes y aprovechamientos forestales previstas en la Ley 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y «mejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

En el marco apuntado, es preciso entrar en el detalle de las concretas competencias autonómicas afirmadas por la legislación estatal básica, que pueden dividirse en tres bloques: primero, las que responden al régimen de colaboración y cooperación; segundo, las que se le atribuyen genéricamente en su condición de «Administración Pública»; y, tercero, las afirmadas de forma específica por la Ley 43/2003.

III.3.A) Competencias autonómicas en régimen de colaboración y cooperación

En primer lugar, de acuerdo con el principio de colaboración y cooperación en la elaboración y ejecución de las políticas forestales afirmado por el artículo 3.h), ha de recordarse que la Ley 43/2003 prevé, de forma expresa, la participación de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de las competencias atribuidas por el artículo 7.2 a la Administración General del Estado, en los términos que se han referido —cuya reproducción omitimos, limitándonos a recordar que se centran en el ámbito disciplinado por los títulos III, IV, V y VI de la Ley, canalizándose generalmente a través de la Conferencia Sectorial del Medio Ambiente (*vid. supra*).

III.3.B) Competencias autonómicas en su calidad de «Administraciones Públicas»

Al margen de las anteriores, no puede ignorarse que, en una gran variedad de supuestos, la Ley procede a la definición de la posición, en sentido genérico, bien de las *«Administraciones Públicas»*, bien de la *«Administración gestora»*, bien de la *«Administración propietaria»*, bien del *«titular del monte»*, bien de la *«Administración forestal competente»*, bien de la *«Administración instructora»*, y, por ende, también, en su ámbito competencial, de las Comunidades Autónomas. *Ad exemplum*, sucesivamente, respecto de las referencias señaladas:

— El artículo 4, segundo párrafo, tras afirmar la función social de los montes *«obliga a las Administraciones Públicas a velar en todos los casos por su conservación, protección, restauración, mejora y ordenado aprovechamiento»*.

— El artículo 15, al disciplinar el régimen de «usos en el dominio público forestal», precisa las atribuciones de *«La Administración gestora de los montes demaniales»*.
— El artículo 19, respecto de los montes patrimoniales, establece la posibilidad de «interrupción de la prescripción» *«por acto posesorio realizado por la Administración propietaria del monte»*.
— El artículo 36 atribuye la «propiedad de los recursos forestales» producidos al *«titular del monte»*, atribuyéndole su aprovechamiento en los términos establecidos por la Ley y la normativa autonómica.
— El artículo 39 impone la evacuación preceptiva de informe por la *«Administración forestal competente»* para la «delimitación del uso forestal en el planeamiento urbanístico», el cual será, además, vinculante si se trata de montes catalogados o protectores.
— El artículo 72 establece la obligación de la *«Administración instructora»* de poner en conocimiento del órgano jurisdiccional competente la eventual concurrencia en una infracción forestal de elementos que puedan ser constitutivos de delito o falta, suspendiéndose la tramitación del procedimiento sancionador hasta que resuelva dicho órgano, debiendo ponderarse que corresponde al órgano competente continuar el procedimiento una vez resuelta la cuestión en sede judicial, de no haberse estimado delito o falta —dada la vigencia del principio *non bis in idem*—, teniendo en cuenta los hechos declarados probados en la resolución judicial firme.

Las referencias del género se prolongan a lo largo del articulado de la Ley 43/2003 bajo cualquiera de las referencias indicadas u otras análogas; así:

— En el artículo 20 en materia de «investigación y recuperación posesoria de los montes demaniales».
— En el artículo 21 respecto del «deslinde de los montes de titularidad pública».
— En el artículo 22 en relación con la evacuación de informe favorable en orden a la «inmatriculación o inscripción de exceso de cabida en el Registro de la Propiedad de un monte», así como respecto del ejercicio de las acciones oportunas destinadas a la corrección del correspondiente asiento registral.
— En el artículo 25 a efectos del ejercicio del «derecho de adquisición preferente».

— En el artículo 27 en materia de fomento de la «agrupación de montes».
— En el artículo 33 respecto del impulso técnico y económico de la «ordenación de los montes».
— En el artículo 35 encomendando a las Administraciones Públicas procurar que las condiciones de transparencia, voluntariedad, ausencia de discriminación y libre competencia se cumplan en los sistemas de «certificación forestal».
— En el artículo 36.4 respecto de la «enajenación de los aprovechamientos en los montes del dominio público forestal», si bien el apartado 5 del propio precepto especifica que los aprovechamientos en los montes afectados por las zonas de servidumbre, policía o afección de dominios públicos hidráulico, marítimo terrestre, de carreteras o ferroviario no precisarán de la autorización de los órganos competentes de dichos dominios, siempre y cuando tales montes dispongan de instrumentos de gestión cuya aprobación por el órgano forestal de la Comunidad Autónoma haya sido informada favorablemente por los órganos de gestión de los dominios públicos mencionados.
— En el artículo 40 respecto del «cambio del uso forestal y modificación de la cubierta vegetal», estableciendo la exigencia de informe favorable del órgano forestal competente y, en su caso, del titular del monte, habilitando a la Administración forestal competente para regular un procedimiento más simplificado de autorización del cambio de uso en aquellas plantaciones forestales temporales para las que se solicite una reversión a usos anteriores no forestales, así como para disciplinar los supuestos en los que, sin producirse cambio de uso forestal, se requiera autorización para la modificación sustancial de la cubierta vegetal del monte.
— En el artículo 43 en relación con la «defensa contra incendios forestales», atribuyéndoles la responsabilidad en la materia.
— En el artículo 44, apartados 2 y 5, en materia de «prevención de los incendios forestales», en su condición de Administraciones Públicas desarrollarán programas de concienciación y sensibilización, pudiendo regular la constitución de grupos de voluntarios para colaborar en la prevención y extinción, cuidando de la formación de las personas seleccionadas para desarrollar estas actividades. Igualmente, fomentarán las agrupaciones de propietarios de montes y demás personas o entidades interesadas en su conservación y defensa contra los incendios.
— En el artículo 47.3, atribuyéndose a la Administración responsable de la extinción del incendio la defensa jurídica del Direc-

tor técnico de la operación y del personal bajo su mando en los procedimientos seguidos por posibles responsabilidades derivadas de su actuación.

— En el artículo 55 respecto del fomento de la investigación forestal.

— En el artículo 57.3 en materia de fomento de la selvicultura.

— En el artículo 58 atribuyendo a las Administraciones Públicas funciones de «extensión y guardería forestal».

— En el artículo 59 en materia de promoción de «programas de educación forestal».

— En el artículo 60 en relación con la promoción de «fundaciones y asociaciones de carácter forestal».

— En el artículo 65, respecto de los «incentivos por externalidades ambientales», atribuyendo a las Administraciones Públicas competencia para regular los mecanismos y condiciones, precisando el apartado 3 que las vías por las que podrán aportarse estos incentivos, incluida la inversión directa por la Administración.

— En el artículo 66, en materia de fomento de «líneas de crédito bonificadas» para financiar las inversiones forestales.

— En el artículo 69, atribuyendo a la Administración competente, o a sus agentes de la autoridad, la adopción de «medidas cautelares» o provisionales, incluyendo el decomiso, así como su ulterior ratificación una vez iniciado el procedimiento.

— En el artículo 77 respecto de la obligación del infractor de «reparación del daño causado» en la forma y condiciones fijadas por el órgano sancionador, pudiendo la Administración, cuando la reparación no sea posible, requerir la indemnización correspondiente.

— En el artículo 78 en relación con las «multas coercitivas y la ejecución subsidiaria», atribuyéndole las correspondientes facultades a la Administración instructora.

— En el artículo 79 respecto de la posibilidad de acordar el «decomiso» de los productos forestales ilegalmente obtenidos y de los instrumentos y medios utilizados en la comisión de una infracción.

— En la Disposición Adicional Séptima respecto de la elaboración de un estudio sobre las necesidades de adaptación del territorio forestal español al «cambio climático», incluyendo un análisis de los métodos de ordenación y tratamientos silvícolas más adecuados para dicha adaptación.

— Finalmente, en la Disposición Transitoria Primera a efectos de la revisión, en el plazo de 10 años, de las «servidumbres y otros

gravámenes que afecten a los montes demaniales», para garantizar su compatibilidad con su carácter demanial y con los principios que inspiran la Ley.

III.3.C) Las competencias específicas atribuidas por la legislación estatal básica a las Comunidades Autónomas

Junto a las referidas, la propia Ley de Montes afirma la competencia de las Comunidades Autónomas, de forma específica, en múltiples ocasiones.

Habida cuenta de que la afirmación de dichas competencias habrá de tenerse en cuenta al elaborar la legislación autonómica, salvo error u omisión por nuestra parte, a tenor de la Ley 43/2003 las Comunidades Autónomas asumen, de forma expresa, prácticamente medio centenar de competencias específicas; las siguientes:

1. La concreción, en los términos de los apartados 1.c) y 2.b) del artículo 5, del «concepto de monte», tanto por vía de delimitación positiva, determinando las condiciones y plazos para que ostenten dicha condición jurídica los terrenos agrícolas abandonados, como de exclusión de terrenos urbanos y urbanizables.

2. La determinación, de acuerdo con el artículo 5.3 y ponderando las características de su territorio, de la dimensión de la «unidad administrativa mínima» que será considerada monte, con la finalidad de que tengan dimensiones superficiales adecuadas que eviten su parcelación excesiva, lo que impediría o dificultaría tanto la adopción de medidas de protección como la utilización de los diferentes medios y recursos forestales.

3. La «gestión de los montes de titularidad local incluidos en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública», salvo que la legislación autonómica la atribuya a las Entidades locales, quienes, en todo caso, participan en el procedimiento de elaboración de los instrumentos de gestión relativos a dichos montes, vía informe preceptivo, conforme a lo dispuesto por las letras a), b) y d) del artículo 9.

4. La delimitación, vía legislación forestal u otras leyes que resulten de aplicación, de las «competencias en materia forestal de las Entidades locales», de acuerdo con el artículo 9.f).

5. La fijación, vía legislativa, de «criterios de catalogación de los montes de utilidad pública», a tenor del artículo 13.f).

6. El establecimiento, en los montes demaniales que gestionen, de las «actividades que quedan sometidas a autorización previa», por su intensidad, peligrosidad o rentabilidad, siendo preceptivo en los montes catalogados, en todo caso, el informe favorable del órga-

no forestal de la Comunidad Autónoma, conforme declara el artículo 15.2.

7. La fijación de las actividades en los montes demaniales bajo su gestión que, por implicar una utilización privativa del dominio público forestal, quedan sometidas a otorgamiento de «concesión», requiriéndose para la concesión en los montes catalogados, en todo caso, el informe favorable de compatibilidad con la persistencia de los valores naturales del monte por parte del órgano forestal de la Comunidad Autónoma, en los términos del artículo 15.4.

8. De acuerdo con los términos establecidos por los artículos 13, primer párrafo, y 16, la inclusión y exclusión de montes en el «Catálogo de Montes de Utilidad Pública» y la llevanza de éste.

9. La regulación del «procedimiento de desafectación de los montes demaniales», de conformidad con el artículo 17.3, exigiéndose, en todo caso, informe favorable del órgano forestal autonómico para la desafectación de los montes demaniales no catalogados, conforme establece el artículo 17.2, en relación con las letras b) y c) del artículo 12.1.

10. Asumir, además de, en su caso, la entidad titular, la posición procesal de «parte demandada en los juicios declarativos ordinarios de propiedad de montes catalogados», conforme al artículo 18.2.

11. Establecer, en los supuestos en que un monte catalogado se halle afectado por expediente del cual pueda derivarse otra «declaración de demanialidad distinta de la forestal», el órgano que ha de determinar cuál de tales declaraciones debe prevalecer, en los términos del artículo 18.4.

12. La iniciación, por el órgano forestal competente, del «procedimiento de deslinde administrativo de los montes catalogados», anunciándola en el *Boletín Oficial de la Comunidad*, mediante fijación de edictos en los Ayuntamientos y notificación a los colindantes e interesados, de conformidad con el artículo 21.2.

13. La regulación del «procedimiento de deslinde de los montes catalogados», siendo preceptivo, cuando afecte a montes de titularidad estatal, el informe de la Abogacía del Estado, conforme impone el artículo 21.3, teniendo presente que, a tenor del apartado 5 del propio precepto, sólo tendrán valor y eficacia en el acto de apeo los títulos de dominio inscritos en el Registro de la Propiedad y aquellos otros que la Administración titular y el órgano forestal de la Comunidad Autónoma consideren con valor posesorio suficiente.

14. En virtud del artículo 21.10, «instar la nulidad de las actuaciones en los procedimientos judiciales derivados de un deslinde administrativo de montes de titularidad pública», cuando no haya sido emplazada a su debido tiempo la representación procesal de la

Comunidad Autónoma, cualquiera que sea el estado en que se encuentre el procedimiento.

15. A tenor del artículo 22, para el supuesto de «inmatriculación o inscripción de exceso de cabida en el Registro de la Propiedad de los montes catalogados», la evacuación de informe previo favorable por el órgano forestal autonómico, que se entenderá favorable, por silencio administrativo positivo, transcurridos tres meses desde su solicitud por el registrador de la propiedad sin contestación.

16. Contratar, a través del órgano forestal competente, la «gestión de los montes privados» con sus titulares, así como supervisar la aplicación de los instrumentos de gestión o planificación forestal de dichos montes, *ex* artículo 23.2 y 3.

17. La clasificación y desclasificación de los montes privados como «montes protectores» y la llevanza del pertinente Registro administrativo, procediendo a su inclusión o exclusión, en los términos del artículo 24, en relación con el artículo 13, debiendo informar al menos una vez al año al Ministerio de Medio Ambiente.

18. El ejercicio del «derecho de adquisición preferente» en los términos establecidos por el artículo 25.

19. El establecimiento de los «límites a la segregación de los montes», determinando, conforme al artículo 26, la superficie mínima de las parcelas forestales que serán indivisibles, salvo por causa no imputable al propietario.

20. Proporcionar al Ministerio de Medio Ambiente, a través de los órganos competentes en materia de estadística forestal, la información de su ámbito de competencia necesaria para elaborar la «Estadística forestal española» y atender las demandas de información estadística de los organismos internacionales, así como para facilitar el acceso del ciudadano a la información forestal, conforme prescribe el artículo 28.2.

21. La elaboración y aprobación, a propuesta de su órgano forestal, de los «Planes de Ordenación de los Recursos Forestales» (PORF), configurados por el artículo 31.1 como instrumentos de planificación forestal, constituyéndose en una herramienta en el marco de la ordenación del territorio, en el marco del principio afirmado por el artículo 3.c).

22. En mérito del propio artículo 31, la definición de los territorios que tienen la consideración de monte con carácter previo a la elaboración de un «Plan de Ordenación de los Recursos Forestales» (PORF) —apartado 3— y la delimitación de los terrenos a los que se deberá dotar de un instrumento del género —apartado 5.

23. La determinación, en el marco básico establecido por el artículo 31.6, de la documentación y contenido de los «Planes de Ordenación de los Recursos Forestales» (PORF).

24. Emitir, a través del órgano forestal competente, informe favorable en orden a atribuir a un «Plan de Ordenación de Recursos Naturales» (PORN) el carácter de «Plan de Ordenación de los Recursos Forestales» (PORF), cuando el órgano forestal sea distinto del órgano que aprueba el PORN, a tenor del artículo 31.8. En este mismo sentido, ha de tenerse presente que la Disposición Adicional Tercera impone la participación preceptiva del órgano forestal de la Comunidad Autónoma, cuando sea distinto del órgano declarante, en el procedimiento de declaración de montes como espacios naturales protegidos.

25. La determinación de los supuestos en que procede disponer en los montes públicos de un «Proyecto de ordenación de montes», «Plan dasocrático» u otro instrumento de gestión equivalente, de conformidad con el artículo 33.2, resultando exentos los montes de superficie inferior al mínimo que establezcan las propias Comunidades Autónomas, de acuerdo con las características de su territorio forestal. Asimismo, el apartado 5 del propio precepto atribuye al órgano forestal autonómico la regulación de los casos en que puede ser obligatorio disponer de instrumento de gestión para los montes protectores y otros montes privados.

26. En los términos del artículo 33.3, la aprobación de los «Proyectos de ordenación de montes», «Planes dasocráticos» u otros instrumentos de gestión equivalente, debiendo tenerse en cuenta que la Disposición Transitoria Segunda, como plazo para la ordenación de los montes, establece un período de 15 años.

27. La regulación por el órgano forestal de los «aprovechamientos no maderables», en particular el de pastos, los cuales deberán figurar en los correspondientes instrumentos de gestión forestal o PORF en cuyo ámbito se encuentre el monte en cuestión, conforme impone el artículo 36.3.

28. La regulación de los «aprovechamientos maderables y leñosos», los cuales, en los montes no gestionados por la Comunidad Autónoma, estarán sometidos a las condiciones básicas determinadas por el artículo 37. A tenor del mismo ha de tenerse presente que, si existe instrumento de ordenación, el titular de la explotación deberá notificar previamente el aprovechamiento al órgano forestal autonómico, al objeto de comprobar su adecuación al planeamiento, pudiendo producirse la denegación o condicionamiento del aprovechamiento sólo en el plazo normativamente establecido y mediante resolución motivada, entendiéndose aceptado caso de no recaer resolución expresa en plazo. Por el contrario, si no existe instrumento de ordenación, el titular deberá comunicar su plan de aprovechamiento, emitiendo el órgano forestal una autorización preceptiva en el plazo que establezca la Comunidad Autónoma, motivada técnicamente si la

contestación es negativa, operando en otro caso el silencio administrativo positivo.

29. La fijación de la cuantía de las aportaciones de las Entidades locales al «Fondo de mejoras en montes catalogados», que no será inferior al 15 % del valor de sus aprovechamientos forestales o de los rendimientos obtenidos por ocupaciones u otras actividades desarrolladas en el monte, así como la gestión del mismo, salvo transferencia a la Corporación local, de conformidad con los artículos 9.c) y 38.

30. Al margen de su colaboración en el procedimiento de elaboración y aprobación, el artículo 41 les atribuye, de forma coordinada con la Administración General del Estado, la aplicación y seguimiento del «Programa de Acción Nacional contra la Desertificación» y del «Plan Nacional de Actuaciones Prioritarias de Restauración Hidrológico-forestal», habilitándolas, respecto de este último, para delimitar zonas de peligro por riesgo de inundaciones o intrusiones de nieve que afecten a poblaciones o asentamientos humanos.

31. La iniciativa para la «declaración del interés general de las actuaciones de restauración hidrológico-forestal fuera del dominio público hidráulico», de acuerdo con el artículo 42.

32. En los términos del artículo 44, en materia de «prevención de incendios forestales», al margen de la coordinación con la Administración General del Estado en la organización de programas específicos y de su intervención mediante vigilancia disuasoria e investigación de las causas y movilización de personal y medios para la extinción, corresponde a las Comunidades Autónomas la regulación del ejercicio de todas aquellas actividades que puedan dar lugar a riesgo de incendio y el establecimiento de las normas de seguridad aplicables, pudiendo llegar a limitar o suprimir el tránsito por los montes, cuando el peligro de incendios lo haga necesario.

33. En materia de «organización de la extinción de los incendios forestales», el artículo 46 atribuye al órgano competente de la Comunidad Autónoma el establecimiento, para cada incendio, de un mando unificado y estructurado por funciones, salvo en aquellos que se juzgue innecesario por su pequeña entidad. Al margen de lo anterior, en el supuesto de incendios en zonas limítrofes de dos o más Comunidades habrán de coordinarse los órganos correspondientes, pudiendo instar de la Administración General del Estado el destino de personal técnico cualificado para asesorar a la dirección unificada que podrá exigir dicha Administración.

34. La declaración como «Zona de alto riesgo de incendio o de protección preferente» y la aprobación de su plan de defensa, con el contenido establecido por el artículo 48, el cual podrá ser sustituido por el pertinente PORF si el mismo cumplimenta dicho contenido. En

este orden, corresponde a la normativa autonómica determinar las modalidades para la redacción de los planes de defensa, así como para la declaración de interés general de los trabajos incluidos en aquéllos, así como determinar, en cada caso, el carácter oneroso o gratuito de la ejecución subsidiaria por la Administración.

35. Garantizar las condiciones para la «restauración de la vegetación de los terrenos forestales incendiados», así como la determinación de los plazos y procedimientos para hacer efectiva la prohibición de cambio del uso forestal por razón de incendio, en los términos del artículo 50. A tenor del mismo ha de considerarse que el órgano autonómico competente fijará las medidas encaminadas a la retirada de la madera quemada y a la restauración de la cubierta vegetal afectada, que, en todo caso, incluirán el acotamiento temporal de aquellos aprovechamientos o actividades incompatibles con su regeneración y, en particular, el pastoreo, por un plazo que deberá ser superior a un año, salvo autorización expresa en contrario.

36. Adoptar las medidas necesarias de vigilancia, localización y extinción de «focos incipientes de plagas», debiendo informar a la Administración General del Estado por si pudiera verse afectada la sanidad general de los montes españoles, de acuerdo con el artículo 52.2.

37. En el marco de las «obligaciones de los titulares de montes», recibir la información sobre la aparición atípica de agentes nocivos que los titulares deben trasladar, pudiendo determinarles las acciones obligatorias a realizar, de conformidad con el artículo 53.

38. La colaboración con el Ministerio de Medio Ambiente respecto de los «recursos genéticos forestales», de conformidad con el artículo 54, en orden a la elaboración y desarrollo de programas de ámbito nacional, siendo consultadas respecto de las normas básicas sobre productos, utilización y comercialización de los materiales forestales de reproducción, así como en la determinación de las regiones de procedencia de los referidos materiales.

39. El establecimiento, mantenimiento, financiación y control de las «redes temáticas, parcelas de seguimiento y áreas de reserva», en régimen de cooperación con la Administración General del Estado, conforme a lo dispuesto por el artículo 56.

40. La elaboración de planes de formación y empleo del sector forestal, incluyendo medidas de prevención de riesgos laborales, en colaboración con la Administración General del Estado y los agentes sociales representativos, a tenor del artículo 57.1, así como, en régimen de cooperación con el Estado y los agentes sociales, el establecimiento de programas de divulgación forestal, conforme al artículo 57.2.

41. La llevanza de un «registro de cooperativas, empresas e industrias forestales», en los términos del artículo 61, debiendo mantener informada a la Administración Generales del Estado sobre dicho registro.

42. La regulación, a través de la legislación autonómica sobre la materia, del «estatuto jurídico de las organizaciones interprofesionales de productos forestales», junto a la Ley 38/1994, de 30 de diciembre, reguladora de las Organizaciones Interprofesionales Agroalimentarias.

43. La concreción, en su caso, vía legislación autonómica, de la tipificación de las infracciones forestales establecidas por el artículo 67.

44. El ejercicio de la potestad sancionadora en materia forestal a través del órgano que tenga atribuida la competencia, conforme a lo dispuesto por el artículo 73.

45. La sustitución de los «consorcios y convenios de repoblación» suscritos entre la Administración forestal y los propietarios de montes, cuya regulación deroga la Ley, por otras figuras contractuales, ateniéndose a los requisitos establecidos por la Disposición Adicional Primera.

46. La convocatoria de los copropietarios en orden a la constitución de la Junta Gestora prevista para la «gestión de montes *pro indiviso*» establecida por la Disposición Adicional Octava.

III.4. Las competencias de las Entidades locales; potestades reglamentarias en Ceuta y Melilla

1. Respecto de las competencias de las Entidades locales, principales propietarios forestales públicos en España, ha de significarse que, garantizada la autonomía local por el texto constitucional —artículos 137, 140 y 141—, desaparecen de la Ley cualesquiera técnicas intervencionistas, de tal suerte que la Administración forestal gestora por excelencia, la Comunidad Autónoma, participará en la gestión de los montes de titularidad local sólo cuando las Corporaciones que la ostenten suscriban convenios de cooperación, en el convencimiento de que la autonomía de las instituciones únicamente se consigue por el contínuo ejercicio de sus derechos y obligaciones y la consiguiente asunción de las responsabilidades que genere. En este mismo orden de ideas, se refuerza la participación local en la actividad propia de las Comunidades Autónomas, vía evacuación de informes de carácter preceptivo.

Desdes estas premisas, limitándonos a su reproducción, el artículo 9 procede a formular un listado de seis competencias específicas,

las siguientes, a ejercer en el marco de la legislación básica del Estado y la propia de la respectiva Comunidad Autónoma:

«a) La gestión de los montes de su titularidad no incluidos en el Catálogo de Montes de Utilidad pública.

b) La gestión de los montes catalogados de su titularidad cuando así se disponga en la legislación forestal de la Comunidad Autónoma.

c) La disposición del rendimiento económico de los aprovechamientos forestales de todos los montes de su titularidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 38 en relación con el fondo de mejoras de montes catalogados o, en su caso, de lo dispuesto en la normativa autonómica.

d) La emisión de informe preceptivo en el procedimiento de elaboración de los instrumentos de gestión relativos a los montes de su titularidad incluidos en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública.

e) La emisión de otros informes preceptivos previstos en esta ley, relativos a los montes de su titularidad.

f) Aquellas otras que, en la materia objeto de esta ley, les atribuya, de manera expresa, la legislación forestal de la Comunidad Autónoma u otras leyes que resulten de aplicación».

2. Por su parte, específicamente respecto de los supuestos de Ceuta y Melilla, Ciudades Autónomas que, en puridad, conforman Entidades locales de régimen singular, ha de tenerse en cuenta que la Disposición Final Cuarta de la Ley 43/2003 les atribuye en la materia, dentro del marco establecido por la misma y por las leyes que el Estado promulgue a tal efecto, el ejercicio de las potestades normativas reglamentarias que tienen atribuidas, respectivamente, por la Ley Orgánica 1/1995 y la Ley Orgánica 2/1995, ambas de 13 de marzo.

III.5. La posición de los Cabildos y Consejos Insulares como Administraciones Públicas competentes; en especial, el traspaso competencial Comunidad Autónoma de Canarias-Cabildos

1. Especial referencia, por su expresa consideración de la posición de los Cabildos insulares del archipiélago canario y de los Consejos del archipiélago balear, merece el contenido de la Disposición Adicional Sexta, *«Administraciones Públicas competentes»*, del siguiente tenor literal:

«La referencia que se hace en el texto de esta ley a las Comunidades Autónomas se entenderá que incluye también a las Ciudades de Ceuta y Melilla y, en su caso, a los órganos forales de los Territorios Históricos del País Vasco y a los Cabildos y Consejos Insulares y otras entidades locales con competencias en materia forestal reconocidas en la normativa autonómica».

Consecuentemente, los Cabildos y Consejos Insulares, a tenor de la normativa autonómica, ostentan la condición de «Administración Pública competente» en materia forestal, con capacidad para gestionar sus propios recursos.

2. Especial relevancia, en el marco apuntado, tiene el traspaso competencial operado en la Comunidad Autónoma de Canarias en favor de los Cabildos.

Al respecto, cabe recordar la originaria delegación genérica realizada por el Decreto 161/1997, de 11 de julio, por el que se delega en los Cabildos Insulares funciones en materia de servicios forestales, protección del medio ambiente y la gestión y conservación de espacios naturales protegidos —publicado en el *Boletín Oficial de Canarias* número 106, de 15 de agosto de 1997, página 9.967—, cuyas prescripciones se vieron afectadas, modificando su texto y corrigiendo errores, primero, por el Decreto 298/1997, de 19 de diciembre, cuyo artículo 1 modificó la Disposición Adicional Tercera, añadiendo el artículo 2 dos nuevas adicionales, la Sexta y la Séptima —publicado en el *Boletín Oficial de Canarias* número 165, de 23 de diciembre de 1997, página 14.596; con corrección de errores en el ulterior número 25, de 25 de febrero de 1998, página 1.599—, y posteriormente, por el Decreto 204/1998, de 16 de noviembre, que añadió anexos —publicado en el *Boletín Oficial de Canarias* número 151, de 2 de diciembre de 1998, página 14.246.

Con dicho precedente, la Ley 8/2001, de 3 de diciembre, de modificación parcial de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, estableció una nueva redacción de la Disposición Adicional Primera de la citada Ley, de forma que se transfirieron a las Islas, en su ámbito territorial respectivo, entre otras, las competencias administrativas sobre las materias de servicios forestales, vías pecuarias y pastos, protección del medio ambiente y la gestión y conservación de espacios naturales protegidos.

La Disposición Transitoria Tercera, apartado 2, de la referida Ley 14/1990, de 26 de julio, estableció que el Gobierno de Canarias, previo Acuerdo de la Comisión de Transferencias, aprobaría el correspondiente Decreto en el que se describirían las funciones transferidas, compartidas y reservadas y la metodología precisa para llevar a cabo los traspasos de servicios, medios y recursos.

Con la finalidad de cumplimentar dicha prescripción y hacer efectivo el traspaso competencial Comunidad-Cabildos, se dictó el Decreto 111/2002, de 9 de agosto, de Traspaso de Funciones de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias a los Cabildos Insulares en materia de servicios forestales, vías pecuarias y pastos, protección del medio ambiente y gestión y conservación de espacios naturales protegidos —publicado en el *Boletín Oficial de Canarias* número 110, de 16 de agosto de 2002, página 13.849—. Su objetivo, de conformidad con el artículo 1, es determinar las funciones que comportan las competencias transferidas —que hasta el momento de entrada en vigor de la Ley 8/2001 figuraban como delegadas, por Decreto 161/1997—, así como aquellas que han quedado reservadas a la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, y la metodología precisa para llevar a cabo los traspasos de servicios, medios y recursos.

Sin poder detenernos en su consideración detallada, cabe recordar que, a partir de la delimitación de funciones transferidas realizada por los artículos 2 a 5, y sin perjuicio de las técnicas de control que el artículo 8 atribuye al Gobierno de Canarias, para garantizar la legalidad y la eficacia administrativa en la prestación por los Cabildos Insulares de los servicios transferidos, el artículo 6 del Decreto 111/2002 enumera las funciones que se reserva la Comunidad Autónoma, en los siguientes términos, que procedo a reproducir por su relevancia en la futura conformación autonómica de una legislación específica en materia forestal:

«Quedan reservadas a la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, en las materias a que se refieren los artículos 2, 3 y 4, las siguientes funciones:

a) La formulación, tramitación y elevación al órgano competente del Gobierno de Canarias para su aprobación definitiva de los Planes y Normas de Espacios Naturales Protegidos.

b) El ejercicio de la iniciativa legislativa, sin perjuicio de la iniciativa legislativa propia reconocida a los Cabildos Insulares por su legislación específica y por el Estatuto de Autonomía.

c) El ejercicio de la potestad reglamentaria, sin perjuicio de la potestad reglamentaria organizativa de los Cabildos Insulares para regular su propia organización y funcionamiento, en la que se incluye la facultad de las Corporaciones Insulares para reglamentar los servicios públicos que se establezcan en el ejercicio de las competencias transferidas.

d) La aprobación definitiva de los instrumentos de planificación de ámbito insular o inferior formulados y tramitados por los Cabildos Insulares, salvo que corresponda a los mismos su

aprobación definitiva de acuerdo con la legislación o normativa vigente; y, en todo caso, la formulación, tramitación y aprobación definitiva de los que tengan ámbito regional o distinto del insular.

e) La declaración de utilidad pública de los montes, inclusión o exclusión del Catálogo, declaración de unidad mínima de monte y declaración de montes protectores, previa propuesta del respectivo Cabildo Insular.

f) La aprobación de los pliegos generales de condiciones técnico-facultativas y económicas para la ejecución de los distintos aprovechamientos forestales, a propuesta del respectivo Cabildo Insular.

g) La determinación de nuevas especies forestales cuyo aprovechamiento deba ser autorizado.

h) La coordinación de la política forestal de Canarias y la coordinación en el desarrollo, seguimiento y actualización del Plan Forestal de Canarias.

i) La Resolución sobre las propuestas de los Cabildos Insulares relativas a la cancelación de los montes consorciados o convenidos, previo informe de la Comisión de Montes.

j) La coordinación en el ámbito suprainsular con los distintos organismos competentes en la prevención y lucha contra incendios forestales, la puesta a disposición de los Cabildos Insulares de los medios aéreos en toda clase de incendios, así como la decisión sobre la puesta a disposición de los Cabildos Insulares de los medios humanos o materiales adicionales que deban aportarse cuando la proporción del incendio haga insuficientes los medios de extinción con que cuenta el territorio insular de que se trate, de tal manera que se haga precisa la aportación de otros medios humanos o materiales procedentes de las otras islas de la Comunidad Autónoma, de otras Comunidades Autónomas o de la Administración Central.

k) La elaboración, tramitación y aprobación de los planes de recuperación de especies en peligro de extinción, y de conservación de especies sensibles a la alteración de su hábitat, así como las autorizaciones para el uso de las especies catalogadas en peligro de extinción, sensibles a la alteración de su hábitat y vulnerables, en tanto no estén aprobados los correspondientes planes.

l) La elaboración, tramitación y aprobación de los planes de especies catalogadas cuyo hábitat sea ajeno al territorio insular (especies marinas), así como las autorizaciones para el uso de las especies catalogadas en peligro de extinción, sensibles a la alteración de su hábitat y vulnerables y las autorizaciones para el uso de las restantes especies cuyo hábitat sea ajeno al insular (especies marinas).

m) La gestión del Catálogo Regional de Áreas de Sensibilidad Ecológica.

n) Todas las referentes a la prevención del Impacto Ecológico reguladas por la legislación vigente en la materia, con la excepción de la Expedición de Cédulas Ambientales y la declaración básica de impacto ecológico.

ñ) La coordinación en el ámbito supraínsular de la política recreativa y educativa en la naturaleza, así como la divulgación e información ambiental de ámbito regional en coordinación con los Cabildos Insulares afectados.».

El Decreto 111/2002 ha encontrado, con posterioridad y en cumplimiento de su Disposición Adicional Única, su concreción respecto de cada una de las siete islas del Archipiélago, materializándose en los respectivos decretos de traspaso de servicios, medios personales y recursos para el ejercicio de las competencias transferidas en materia de servicios forestales, vías pecuarias y pastos, protección del medio ambiente y gestión y conservación de espacios naturales protegidos, todos ellos de fecha 20 de diciembre de 2002. Por su número de orden:

— para el Cabildo Insular de El Hierro, Decreto 177/2002 —publicado en el *Boletín Oficial de Canarias* número 173, de 30 de diciembre de 2002, página 22.277; rectificación de errores en el *Boletín* número 51, de 14 de marzo de 2003, página 4.016;
— para el Cabildo Insular de Fuerteventura, Decreto 178/2002 —publicado en el *Boletín Oficial de Canarias* número 1, de 1 de enero de 2003; rectificación de errores en el *Boletín* número 51, de 14 de marzo de 2003, página 4.017;
— para el Cabildo Insular de Gran Canaria, Decreto 179/2002 —publicado en el *Boletín Oficial de Canarias* número 1, de 1 de enero de 2003; rectificación de errores en el *Boletín* número 51, de 14 de marzo de 2003, página 4.018;
— para el Cabildo Insular de La Gomera, Decreto 180/2002 —publicado en el *Boletín Oficial de Canarias* número 1, de 1 de enero de 2003;
— para el Cabildo Insular de Lanzarote, Decreto 181/2002 —publicado en el *Boletín Oficial de Canarias* número 1, de 1 de enero de 2003; rectificación de errores en el *Boletín* número 51, de 14 de marzo de 2003, página 4.019;
— para el Cabildo Insular de La Palma, Decreto 182/2002 —publicado en el *Boletín Oficial de Canarias* número 10, de 16 de enero de 2003; y,
— para el Cabildo Insular de Tenerife, Decreto 183/2002 —publicado en el *Boletín Oficial de Canarias* número 173, de 30 de diciembre de 2002, página 22.285; rectificación de errores en el *Boletín* número 51, de 14 de marzo de 2003, página 4.020.

IV. La protección del patrimonio forestal en la Comunidad de Madrid

IV.1. Asunción estatutaria de la competencia

A partir de la habilitación establecida por el artículo 144.a) de la Constitución para que las Cortes Generales, *«por motivos de interés nacional»* y mediante ley orgánica, configuren una Comunidad Autónoma cuyo ámbito territorial no supere el de una provincia y no reúna las condiciones del artículo 143.1, el pueblo de la provincia de Madrid, de acuerdo con la voluntad manifestada por sus legítimos representantes en el ejercicio del derecho de autogobierno, se constituyó en Comunidad Autónoma por la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid —el texto definitivo se insertó en el *Boletín Oficial del Estado* número 51, de 1 de marzo de 1983, página 5.783.

Su Título II procedió a la delimitación *«De las competencias de la Comunidad»*, disponiendo el artículo 27.2: *«Corresponde a la Comunidad de Madrid el desarrollo legislativo, incluida la potestad reglamentaria y ejecución de las siguientes materias, en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca: El régimen de los montes y aprovechamientos forestales, con especial referencia a los montes vecinales en mano común, montes comunales, vías pecuarias, pastos y régimen de las zonas de montaña»*.

El artículo 27 del Estatuto de Autonomía ha sido objeto de dos modificaciones. Primero, no afectando al concreto inciso aquí considerado, por la Ley Orgánica 10/1994, de 24 de marzo —editada en el *Boletín Oficial del Estado* número 72, de 25 de marzo de 1994, página 9.645; con corrección de errores en el ulterior número 90 del propio *Boletín Oficial*, de 15 de abril de 1994, página 11.527—. Segundo, incidiendo en el mismo, por el artículo 1.25 de la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio —publicada en el *Boletín Oficial del Estado* número 162, de 8 de julio de 1998, página 22.747.

La vigente redacción del artículo 27.3, a tenor de la Ley Orgánica 5/1998, dispone: *«En el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad de Madrid el desarrollo legislativo, la potestad reglamentaria y la ejecución de las siguientes materias: Régimen de los montes y aprovechamientos forestales, con especial referencia a los montes vecinales en mano común, montes comunales, vías pecuarias y pastos»*.

IV.2. Normativa reguladora: la Ley 16/1995, de 4 de mayo, Forestal y de Protección de la Naturaleza de la Comunidad; modificaciones parciales y desarrollo de sus prescripciones

La Comunidad de Madrid, consciente de los peculiares factores concurrentes en su territorio —como el carácter forestal de la mitad del mismo, su elevada densidad demográfica, la fuerte presión que soportan los espacios forestales, el relevante papel de los bosques en la protección y regulación de los recursos hídricos y la necesidad de mejorar las condiciones socioeconómicas de determinadas poblaciones de montaña—, se ha dotado —en ejercicio del meritado título competencial y a partir del Real Decreto 1703/1984, de 1 de agosto, sobre traspaso de funciones y servicios del Estado a la Comunidad de Madrid en materia de conservación de la Naturaleza, insertado en el *Boletín Oficial del Estado* de 21 de septiembre de 1984—, de una prolija y cuidada normativa de protección medioambiental —siendo su producción legislativa en está ámbito, sin lugar a dudas, una de las más extensa y completas, cuantitativa y cualitativamente, de las desarrolladas por las distintas Comunidades Autónomas—, gozando en su ordenación particular de una disposición legal específica en materia forestal, con vocación de colmar el espacio normativo autonómico, sin perjuicio de que la misma habrá de ser objeto de «*aggiornamento*», en orden a su adecuación a las prescripciones de la Ley 43/2003.

Antes de considerar las disposiciones específicas dictadas por la Comunidad de Madrid, cabe recordar la vigente Ley 2/2002, de 19 de junio, de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid —publicada en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 154, de 1 de julio, páginas 6 y siguientes; luego publicada en el *Boletín Oficial del Estado* número 176, de 24 de julio, página 27.195—. En mérito de su Disposición Derogatoria quedaron expresamente derogadas la Ley 3/1988, de 13 de octubre, para la Gestión del Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid, y la Ley 10/1991, de 4 de abril, para la Protección del Medio Ambiente. Lo relevante a nuestros efectos es que la Ley somete a evaluación de impacto ambiental los proyectos y actividades relacionados con la silvicultura, entre ellos: 1.º los relativos a las primeras repoblaciones forestales de más de 50 hectáreas, o de cualquier superficie si se llevan a cabo en espacios incluidos en el Anexo Sexto, cuando entrañen riesgos de graves transformaciones ecológicas negativas; 2.º las cortas o arranque de arbolado con el propósito de cambiar a otro tipo de uso del suelo, cuando no esté sometida a planes de ordenación y afecte a una superficie mayor de 20 hectáreas; 3.º la construcción de nuevas pistas forestales cuya longitud supere 1 kilómetro y su trazado se vea afectado en más del 15 %, si la pendiente de la traza supera el 10 % de desnivel o la pendiente de la ladera por la que discurra la pista sea superior al 25 %; 4.º las vías de saca para la extracción de madera de longitud continua igual o superior a 5 kilómetros; y 5.º los cortafuegos de más de 50 metros de ancho y 250 metros de longitud.

IV.2.1. La Ley 16/1995, de 4 de mayo, Forestal y de Protección de la Naturaleza

La normativa autonómica en la materia está constituida por la Ley 16/1995, de 4 de mayo, Forestal y de Protección de la Naturaleza —publicada en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 127, de 30 de mayo de 1995, páginas 2 y siguientes, con corrección de errores en el propio *Boletín* número 152, de 28 de junio, página 4; ulteriormente recogida en el *Boletín Oficial del Estado* número 190, de 10 de agosto, página 24.949.

Desde una perspectiva comparada, ha de indicarse que, de las disposiciones autonómicas en la materia la Ley madrileña es la norma de mayor extensión, integrada por un total de 117 artículos, que se estructuran en diez títulos, a los que se suman cinco disposiciones adicionales, diez disposiciones transitorias y dos disposiciones finales —cuyo contenido se analiza posteriormente.

Asimismo, ha de destacase que su Disposición Adicional Segunda procedió a la modificación parcial del Anexo II —concretamente de sus epígrafes 23, 24 y 25— de la Ley 10/1991, de 4 de abril, de Normas reguladoras de la Protección del Medio Ambiente, en la actualidad derogada —*ex* Ley 2/2002, de 19 de junio, de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid.

IV.2.2. Modificaciones parciales de que ha sido objeto la Ley 16/1995

La Ley 16/1995 ha sido objeto de dos modificaciones parciales.

En primer lugar, la operada por la Ley 15/1996, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas —publicada en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 309, de 30 de diciembre, páginas 406 y siguientes; luego publicada en el *Boletín Oficial del Estado* número 150, de 24 de junio, página 19.402—, cuyo artículo 5 modificó el artículo 76.1 de la Ley 16/1995.

Posteriormente, por la Ley 2/2002, de 19 de junio, de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid —publicada en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 154, de 1 de julio, páginas 6 y siguientes; luego publicada en el *Boletín Oficial del Estado* número

176, de 24 de julio, página 27.195—, cuya Disposición Final Primera modificó el artículo 75.3 de la Ley 16/1995, dando nueva regulación a la aprobación de los Proyectos de Ordenación y Planes Técnicos de los montes, así como sus revisiones.

IV.2.3. Desarrollo reglamentario de la Ley 16/1995

La Ley 16/1995 ha sido objeto de desarrollo normativo parcial, en concreto por el Decreto 40/2002, de 28 de febrero, de Régimen Jurídico de los Consorcios de Reforestación —publicada en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 68, de 21 de marzo, página 12—, cuyos doce artículos, su Disposición Adicional Única y las dos disposiciones finales desarrollan el tenor del artículo 69 de la Ley, regulando los consorcios de reforestación entre la Comunidad de Madrid y los propietarios de montes y terrenos forestales o con vocación forestal, públicos y privados.

El meritado Decreto establece, en su artículo 12, que dichos consorcios se formalizarán mediante la firma de un documento administrativo, denominado «Bases de Consorcio de Reforestación», cuyo modelo se aprobará por Orden del titular de la Consejería competente en materia forestal. A dicho objeto, con el fin de respaldar la inversión de fondos públicos de la Comunidad en trabajos de reforestación, según prescribe el artículo 69 de la Ley 16/1995, responde la Orden 2230/2002, de 16 de septiembre, por la que se aprueba el modelo de documentación administrativo denominado «Bases de Consorcio de Reforestación», en el que se formalizarán los Consorcios de Reforestación que se celebren, en aplicación del artículo 69 de la Ley 16/1995, desarrollada por el Decreto 40/2002 —publicada en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 224, de 20 de septiembre, página 18—. Las «Bases de Consorcio de Reforestación», de conformidad con su artículo único, constituyen un modelo tipo de contrato administrativo para el territorio de la Comunidad de Madrid, para la formalización de los Consorcios de Reforestación a suscribir entre la Comunidad de Madrid y los propietarios de montes y terrenos forestales o con vocación forestal, privados o públicos.

IV.3. El contenido normativo de la Ley Forestal madrileña

Lo primero que ha de destacarse en la Ley madrileña, respetuosa con los principios constitucionales de reparto competencial y de utilización racional de los recursos naturales, es que contiene una regulación forestal eminentemente actualizada y progresista, marcando,

acaso, las pautas que en ciertos aspectos han sido tenidas en cuenta al reformar la legislación estatal básica.

Presupuesto la anterior, no puede dejar de indicarse que, conforme declara su Exposición de Motivos, consciente de los peculiares factores concurrentes en la Comunidad de Madrid, como el carácter forestal de la mitad de su territorio, su elevada densidad demográfica, la fuerte presión, de todo tipo, que soportan los medios forestales, el relevante papel de los bosques de la región en la protección y regulación de los recursos hídricos y la necesidad de mejorar las condiciones socioeconómicas de determinadas poblaciones de montaña, la Ley tiene por finalidad promover la conservación y mejora de las masas forestales, potenciar su crecimiento y ordenar su explotación con total respeto a los principios de persistencia de los recursos y del uso múltiple de los mismos.

En este marco, el Título I, «*De las disposiciones generales*», artículos 1 a 4, fija la finalidad y ámbito de aplicación de la Ley —artículo 1— y sus objetivos y las acciones a emprender para su consecución —artículo 2—, procediendo, seguidamente, a redefinir el concepto de monte o terreno forestal —artículos 3 y 4—. La articulación del mismo comporta superar el carácter casi residual previamente imperante en la legislación de 1957, derivado de la consideración de los montes como todo espacio rústico en el que no se puede ejercer la agricultura. En esta línea, la Ley dota a los montes de un sentido más abierto, positivo y realista, desde la doble vertiente forestal y social, reconociéndoles, de forma expresa, las múltiples funciones de carácter social que desempeñan, con base en las funciones medioambientales, recreativas y de ocio que les son propias.

En virtud de las referidas funciones, el Título II, «*Del régimen jurídico administrativo de los montes*», artículos 5 a 20, establece el régimen jurídico en el que se enmarcan los distintos tipos de montes, estableciendo, además, los diferentes registros administrativos públicos que contempla, en función de su naturaleza. Así, su Capítulo Primero establece las «*Disposiciones generales*», artículos 5 a 7, dedicándose el Capítulo II a los «*Montes de régimen general*», artículo 8, mientras que el Capítulo III trata de los «*Montes de régimen especial*», artículos 9 a 20. De acuerdo con la propia sistemática del Capítulo III, tras las «*Disposiciones Generales*» sobre su titularidad, régimen y gestión —Sección 10, artículos 9 y 10—, como tales se consideran: primero, los «*Montes de utilidad pública*» —Sección 20, artículos 11 a 13—, dotados de su propio registro, el Catálogo de Montes de Utilidad Pública; segundo, los «*Montes Protectores*» —Sección 30, artículos 14 a 18—, dotados un registro específico, el Catálogo de Montes Protectores; y, tercero, los «*Montes Protegidos y Preservados*» —Sección 40, artículos 19 y 20.

El Título III tiene por objeto el establecimiento *«De los principios de actuación, organización e incremento del patrimonio natural de la Comunidad de Madrid»*, artículos 21 a 26, estructurados en dos capítulos: el Primero, *«Organización y administración de la Comunidad de Madrid en materia forestal»*, artículos 21 a 24, y el II, *«Incremento del patrimonio natural de la Comunidad de Madrid»*, artículos 25 y 26. A este respecto cabe destacar que la Ley, conforme declara su Preámbulo, parte de la consideración de que la titularidad pública o gestión pública es la que mejor puede garantizar el cumplimiento de determinadas funciones sociales y asumir los costes que ello conlleva, razón por la cual uno de sus principios, materializado en este Título III, es el de promover el incremento del patrimonio natural propio de la Comunidad de Madrid, fundamentalmente mediante la adquisición de los montes que mejor pueden atender al interés general por las funciones que desempeñan. Al margen de lo anterior, la participación pública y de los intereses afectados se asume ampliamente por la Ley mediante los mecanismos de gestión forestal que establece y, de forma expresa, creando el «Consejo Forestal de Madrid».

Concretar la finalidad de la política forestal es un objetivo irrenunciable, razón por la cual el texto legal, ya en su artículo 1, procede a su delimitación, desde una cuádruple vertiente: funciones estrictamente ecológicas; servicios de orden cultural, educativo o recreativo; protección del suelo y de los recursos hídricos; y funciones productoras. Las finalidades de la política forestal presiden el desarrollo de la Ley y encuentran su instrumento idóneo de diseño y ejecución y de conservación de la naturaleza en la figura del «Plan Forestal», regulado por el Título IV, *«Del Plan Forestal de la Comunidad de Madrid»*, artículos 27 a 33, que lo configuran como un instrumento fundamental para el diseño y ejecución de la política forestal y de conservación de la naturaleza en la Comunidad de Madrid. Corresponde al Plan, en efecto, establecer las directrices, programas, actuaciones, medios, inversiones, fuentes de financiación y fases de ejecución de la política forestal y de conservación de la naturaleza, así como los mecanismos de seguimiento y evaluación necesarios para su cumplimiento. Además los objetivos y directrices que contemple tienen carácter vinculante para las distintas Administraciones Públicas competentes en el ámbito territorial de la planificación. Asimismo, el Plan Forestal debe inspirarse en criterios como el aumento y la conservación, mejora y reconstrucción de la cubierta vegetal, la defensa de los recursos hídricos y del suelo contra la erosión, el aprovechamiento ordenado y sostenible de los montes de manera compatible con la protección del medio natural, la protección de la cubierta vegetal contra incendios, plagas, enfermedades y otros agentes nocivos, la

compatibilización de todos ellos con la función social del monte como entorno natural, cultural y recreativo, o la búsqueda de una mayor vinculación de las actividades forestales con la mejora de la economía rural y el fomento de la creación de empleo. La Ley establece, asimismo, el contenido mínimo del Plan Forestal, que debe incluir programas o planes sectoriales relativos a forestación y restauración de las cubiertas vegetales, protección hidrológico-forestal, defensa de los montes contra incendios y plagas forestales, protección de los espacios naturales de especial interés, protección y manejo de la fauna silvestre, uso público recreativo y educación ambiental, ordenación y fomento del aprovechamiento múltiple, racional y sostenible de los recursos forestales, investigación ecológico-forestal, participación social y desarrollo socio-económico, así como industrialización de los productos forestales. Ha de anticiparse, en los términos que ulteriormente se especifican, que, de conformidad con todo ello y a tenor de lo dispuesto por el artículo 31 de la Ley, la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Regional procedió a la elaboración del Plan Forestal de la Comunidad de Madrid, sometiéndolo posteriormente a los trámites de información pública, informe de la Consejería de Hacienda y debate en la Asamblea de Madrid. Una vez cumplidos los trámites exigidos, el Decreto 50/1999, de 8 de abril, procedió a la aprobación del mismo, con una vigencia de veinte años, desde el 2000 al 2019, ambos incluidos —el referido Plan es objeto de ulterior consideración.

Especial relevancia tienen las materias relacionadas con la defensa de ecosistemas y usos forestales tan diversos como los relacionados con la protección del dominio público de los montes, el cambio de uso forestal, fundamentalmente para finalidades agrícolas o urbanísticas, y la defensa de los montes contra las plagas e incendios forestales. Así, el Título V, *«De la protección y defensa de los ecosistemas forestales»*, artículos 34 a 62, establece las medidas de protección para defender los encinares, sabinares, quejigares, castañares, dehesas, bosques de ribera y, en general, aquellas formaciones vegetales en peligro. Dichas materias se estructuran en la economía de la Ley del siguiente modo: Capítulo Primero, *«Principios generales»*, artículos 34 y 35; Capítulo II, *«Defensa demanial y del uso forestal»*, artículos 36 a 46; Capítulo III, *«Defensa contra incendios forestales»*, artículos 47 a 55; y Capítulo IV, *«Defensa contra las plagas y enfermedades forestales»*, artículos 56 a 62.

El papel que los bosques desempeñan en la regulación de los recursos hídricos y en la protección del suelo contra la erosión y, por ende, contra los efectos de todo orden que la misma produce, se contempla en el Título VI de la Ley, *«De la regeneración de la cubierta vegetal»*, artículos 63 a 73, conformado por tres capítulos: Capítulo Primero,

«Protección del suelo contra la erosión», artículos 63 a 65; Capítulo II, *«Reforestaciones»*, artículos 66 a 69; y Capítulo III, *«Zonas de actuación urgente»*, artículos 70 a 73. Sus prescripciones tienen por objeto fijar las directrices en las que se debe enmarcar la restauración hidrológico-forestal, habilitando la creación de «Zonas de Especial Interés Hidrológico-Forestal», como instrumento para abordar, de forma eficaz y con la suficiente amplitud territorial, las medidas correctoras que la degradación de los suelos precisen. También se definen en la Ley las «Zonas de Actuación Urgente», concretando tanto las obligaciones como las ayudas e incentivos a que podrán acogerse los propietarios.

El Título VII, *«Del uso y gestión de los montes y aprovechamiento de sus recursos»*, artículos 74 a 91, establece la regulación básica de la gestión y del uso de los montes, así como del aprovechamiento de los recursos que éstos generan. El Título considerado está conformado por dos capítulos: Capítulo Primero, *«Utilización de los montes y aprovechamiento de sus recursos»*, artículos 74 a 84, cuya regulación se realiza en función del tipo de régimen a que se encuentre sujeto cada monte; y Capítulo II, *«Uso recreativo de los montes»*, artículos 85 a 91, el cual tiene una especial importancia en la Comunidad de Madrid, por lo que la regulación de este aspecto básico ha sido otra de las finalidades importantes de la Ley que se instrumentaliza en el referido Título.

Las directrices en materia de *«Industrialización e investigación forestal»* se establecen en el Título VIII, artículos 92 y 93.

El tenor del Título IX, *«De las medidas de fomento»*, artículos 94 a 99, denota que el legislador ha sido consciente de la escasa eficacia que suele tener la legislación forestal basada en medios coactivos, con la consecuente necesidad de promover el interés de sus propietarios por conservarlos y defenderlos contra los agentes nocivos o destructores. A dicha finalidad se dedican sus dos capítulos: Capítulo Primero, *«De las ayudas»*, artículos 94 a 96; y Capítulo II, *«Índice de Protección»*, artículos 97 a 99. En dichos preceptos, ponderando la función social de los bosques, se establecen estímulos que ayuden a mejorar su renta, promoviendo, por una parte, el interés de los propietarios por defenderla y, por otra, ayudas o estímulos proporcionales a la función social que se desempeñe, manteniéndose las ayudas en tanto en cuanto continúe esa función, lo que requiere, como mínimo, la persistencia del bosque. En el mismo se consideran, además, los aspectos referentes a la instalación, conservación y tratamiento de los montes arbolados, así como a la promoción del asociacionismo forestal.

No podría cerrarse una Ley de preservación sin la afirmación de un régimen de reacción frente a las actuaciones contrarias al ordenamiento forestal, factor disuasorio de las actuaciones perjudiciales para los bosques. Éste es el objeto del Título X, *«De las infracciones y sanciones»*, artículos 100 a 117, el cual, además establece las medidas pertinentes en orden a la reparación de los daños causados a los montes. El Título está configurado por cuatro capítulos: Capítulo Primero, *«De la vigilancia»*, artículo 100; Capítulo II, *«Infracciones»*, artículos 101 a 105; Capítulo III, *«Sanciones»*, artículos 106 a 112; y Capítulo IV, *«Procedimiento»*, artículos 113 a 117.

IV.4. Otras disposiciones de interés en la materia; en especial, el Patronato Madrileño de Áreas de Montaña: Ley 9/1986, de 20 de noviembre

Al margen de la prolija normativa legal que sincréticamente se ha expuesto, la Comunidad de Madrid dispone en su ordenamiento particular de un prolijo conjunto de normas, tanto legales como reglamentarias, enderezadas a disciplinar el régimen jurídico de los montes, las cuales, ordenadas sistemáticamente, pueden exponerse de forma sumaria como sigue.

IV.4.1. Aspectos organizativos: el PAMAM

En primer lugar, en los aspectos organizativos, ha de tenerse en cuenta la Ley 9/1986, de 20 de noviembre, de reación del Patronato Madrileño de Áreas de Montaña —publicada en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 29 de noviembre de 1986, número 284, con corrección de errores en el posterior número 50, de 28 de febrero de 1987, y en el ulterior número 53, de 4 de marzo de 1987; fue, asimismo, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 10 de marzo de 1987, número 59, página 7.062—. Su objetivo fundamental radica en fijar en las áreas de montaña un nivel óptimo de población para conseguir la racional explotación de los recursos propios, asegurando a los habitantes un nivel de vida adecuado, a cuyo efecto se crea el Patronato Madrileño de Áreas de Montaña (PAMAM), configurado como un organismo autónomo de naturaleza administrativa, dotado de personalidad jurídica propia. La Ley, por lo demás, pone en práctica una doble estrategia respecto de los territorios de montaña. En primer lugar, promoviendo la aplicación de la legislación estatal de agricultura de montaña en las zonas que sean delimitadas y declaradas como tales por cumplir los requisitos de altitud, pendiente y condiciones del suelo que en la misma se establecen; sus principales instrumentos son, en el nivel organizativo, los «Comités de Coordinación de Zona», en los

que se concreta la participación de todas las Administraciones implicadas, y, en el nivel operativo, los «Programas de Ordenación y Promoción de Recursos Agrarios», figura de planificación de ámbito zonal, centrada en las actividades agrarias, pero con incidencia en otros aspectos económicos y sociales. En segundo lugar, se pone en marcha un mecanismo jurídico específico para una zona de montaña especialmente problemática, la llamada Sierra Norte, objeto de un tratamiento especial, caracterizado por una actuación más intensa, lo que constituye una constante desde su declaración como «Comarca de Acción Especial Sierra Norte» en 1982; el mecanismo al efecto es la elaboración por el PAMAM de un «Plan Comarcal de la Sierra Norte», desarrollado en programas sectoriales, cuya ejecución corresponde a las distintas Consejerías en el ámbito de sus respectivas competencias, y programas formulados y ejecutados por el organismo autónomo. En cuanto a su estructura, el PAMAM unifica tres elementos fundamentales para canalizar la actuación en las áreas de montaña: la presencia en el mismo de todas las Consejerías de la Comunidad de Madrid, la participación de la población afectada a través de sus representantes políticos y, por último, la incorporación de elementos técnicos que permitan el cumplimiento de sus objetivos. Con dicha finalidad su estructura se configura en tres órganos que delimitan a su vez sus ámbitos de competencia: 1.º el Consejo de Administración, en el que se encuentran representados, en igual medida, representantes de las distintas Consejerías de la Comunidad de Madrid y alcaldes de los municipios que componen la Sierra Norte de Madrid; 2.º el Consejo Asesor, en el que se encuentran representados todos y cada uno de los cuarenta y dos alcaldes. Su organización y funcionamiento se estableció por el citado Decreto 149/1997, estructurándose en los siguientes órganos: a) órganos de participación y consulta, que son el Pleno del Consejo Asesor y las Comisiones de Trabajo; b) órganos de dirección y gestión, que son el Presidente, el Vicepresidente y el Secretario; y 3.º el Gerente. El Organismo cuenta, asimismo, con un Departamento Técnico estructurado por áreas competenciales. Asimismo, con el propósito de facilitar la tramitación administrativa y evitar el desplazamiento a la capital para la presentación de documentación, se ha establecido una sede de carácter comarcal radicada en Buitrago del Lozoya.

El texto de la Ley del PAMAM está conformado por 34 artículos —divididos en tres títulos: I, «*El Patronato Madrileño de Áreas de Montaña*», artículos 1 a 19; II, «*El Plan Comarcal de la Sierra Norte*», artículos 20 a 30; y III, «*Zonas de agricultura de montaña*», artículos 31 a 34—, cuatro disposiciones transitorias, una Derogatoria y dos finales.

Sus prescripciones han sido modificadas parcialmente, primero, por la, antes citada y hoy derogada, Ley 3/1988, de 13 de octubre, de

Normas para la Gestión del Medio Ambiente; después, por la, ya analizada, Ley 16/1995, de 4 de mayo; y, finalmente, por la Ley 24/1999, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas —publicada en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 309, de 30 de diciembre de 1999, página 548, con corrección de errores en el posterior *Boletín* número 31, de 7 de febrero de 2000, página 5; luego reproducida en el *Boletín Oficial del Estado* número 48, de 25 de febrero de 2000, página 8.374—, modificando su artículo 17 el artículo 6.2 de la Ley de 20 de noviembre de 1986.

La Ley considerada fue objeto de desarrollo reglamentario, concretamente del tenor de su artículo 30, por el Decreto 149/1997, de 6 de noviembre, de régimen de funcionamiento y organización del Consejo Asesor del Patronato Madrileño de Áreas de Montaña —publicado en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 276, de 20 de noviembre de 1997, página 8, con corrección de errores en el posterior número 292, de 9 de diciembre, página 7—. En el mismo se procede a desarrollar el cuerpo legal, en línea con las prescripciones de la Ley 30/1992, disciplinando los elementos operativos de este órgano consultivo y de participación, creado para el asesoramiento en el proceso de elaboración del Plan Comarcal de la Sierra Norte e integrado por todos los Alcaldes de los municipios que componen la Sierra Norte de Madrid. Su texto ha sido modificado por el ulterior Decreto 49/2002, de 4 de abril —publicado en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 85, de 11 de abril de 2002, página 5, con corrección de errores en el posterior número 292, de 9 de diciembre, página 7—, tendente, por razones organizativas, a introducir la figura de un Vicepresidente, lo que determinó la modificación parcial de sus artículos 4, 5, 6, 7 y 10.

De otra parte, ha de tenerse en cuenta que, mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de 13 de diciembre de 2001, se procedió a la aprobación definitiva del Plan Comarcal de la Sierra Norte, que abarca un ámbito territorial de 42 municipios, coincidente con el declarado, en la fase previa al acceso a la autonomía, por Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de enero de 1982 como «Comarca de Acción Especial Sierra Norte». El Plan se constituye como un instrumento jurídico de integración y coordinación de los Programas de acción, los Planes Sectoriales y Territoriales de las distintas Consejerías y Organismos de la Comunidad de Madrid con incidencia en el citado ámbito territorial, teniendo atribuida el Patronato Madrileño de Áreas de Montaña la competencia de coordinación de las medidas adoptadas. Con dicha finalidad, en desarrollo del artículo 4 de la Ley, se ha procedido a la creación de una «Comisión de Seguimiento», creada por el Decreto 57/2002, de 8 de abril —publicado en el *Boletín Oficial de la*

Comunidad de Madrid número 79, de 4 de abril de 2002, página 4; luego reproducida en el *Boletín Oficial del Estado* número 97, de 25 de abril de 2002, página 17.

Al margen del PAMAM, por Ley 1/2002, de 27 de marzo, se procedió a la creación del Cuerpo de Agentes Forestales, clasificado como de administración especial —Ley publicada en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 79, de 4 de abril de 2002, página 4; luego reproducida en el *Boletín Oficial del Estado* número 160, de 5 de julio de 2002, página 24.481—. La misma incide parcialmente, en concreto sobre sus artículos 32.1.b) y 38.bis, último párrafo, de la Ley 1/1986, de 10 de abril, reguladora de la Función Pública de la Comunidad de Madrid —publicada en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 96, de 24 de abril de 1986; luego reproducida en el *Boletín Oficial del Estado* número 211, de 3 de septiembre de 1986, página 30.758.

IV.4.2. Protección de montes, aprovechamientos y repoblación forestal

En materia de protección de montes, aprovechamientos y repoblación forestal ha de destacarse, en primer lugar, que, de conformidad con las prescripciones del Título IV de la Ley 16/1995, la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Regional procedió a la elaboración del Plan Forestal de la Comunidad de Madrid, sometiéndolo posteriormente a los trámites de información pública, informe de la Consejería de Hacienda y debate en la Asamblea de Madrid —en los términos previstos por los artículos 31 de la Ley 16/1995 y 42 de la Ley 25/1998, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 1999—. Concluido el proceso, el «Plan Forestal» fue definitivamente aprobado por el Decreto 50/1999, de 8 de abril —publicado en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 93, de 21 de abril de 1999, página 40—. El Plan, de conformidad con el artículo único del referido Decreto, se aprobó con una vigencia de veinte años, desde el 2000 al 2019, ambos incluidos, autorizando su Disposición Final Primera al Consejero de Medio Ambiente y Desarrollo Regional para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para su desarrollo y ejecución.

Al margen del Plan Forestal deben tenerse en cuenta las siguientes disposiciones, por orden cronológico.

Primero, el Decreto 118/1983, de 2 de diciembre, de protección del acebo (*Ilex aquifolium L.*) en la Comunidad —publicado en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 161, de 20 de diciembre de 1983—, que fue desarrollada por la Orden de la Consejería de Presidencia de 15 de noviembre de 1989, de Medidas complementarias de

protección —editada en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 278, de 22 de noviembre de 1989, página 2.

Segundo, el Decreto 8/1986, de 23 de enero, de regulación de las labores de poda, limpia y aclareos de encinas en fincas de propiedad particular —publicado en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 25, de 30 de enero de 1986—, cuyo artículo 1 define las labores comprendidas en los siguientes términos: «Poda» es la eliminación de ramas superfluas, vivas o muertas, con el fin de mejorar la vitalidad de la encina, para optimizar su futuro aprovechamiento; «Limpia» la eliminación de la vegetación peor formada, dominada por la encina o competidora de ella, con el fin de mejorar las condiciones de crecimiento y desarrollo de la propia encina; y «Aclareo» la corta de parte de los pies de rodal de encinas para estimular su crecimiento y mejorar su calidad.

Tercero, el Decreto 110/1988, de 27 de octubre, de circulación y práctica de deportes con vehículos de motor —publicado en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 271, de 14 de noviembre de 1988—. A tenor del mismo y con carácter general, se limita la circulación de vehículos a motor en los montes a cargo de la Comunidad de Madrid a las vías de tránsito autorizadas y a las áreas específicamente acondicionadas o que se acondicionen para ello, con la correspondiente señalización, debiendo realizarse la circulación por tales lugares en las condiciones y a las velocidades reglamentarias. No obstante lo anterior, la circulación de vehículos a motor en los montes a cargo de la Comunidad de Madrid, fuera de las zonas y vías de tránsito autorizadas, estará permitida siempre que sea preciso para realizar funciones de vigilancia u otras relacionadas con la gestión técnica de los predios, o para el desarrollo de los distintos aprovechamientos, así como en casos de emergencia o de fuerza mayor. Por último, ha de tenerse en cuenta que la Agencia de Medio Ambiente podrá autorizar, en casos excepcionales, la práctica de deportes u otro tipo de actividades y trabajos con vehículos a motor, con las adecuadas medidas precautorias de protección a fin de evitar el deterioro y la destrucción de los valores naturales de los montes y predios forestales, pudiendo exigirse, cuando las circunstancias así lo aconsejen, el depósito de una fianza como garantía a los posibles daños y perjuicios que se pudieran ocasionar.

Por último, el Decreto 111/1988, de 27 de octubre, de cortas en montes bajos o tallares de encinas y rebollo —publicado en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 271, de 14 de noviembre de 1988—, cuyo artículo 1 determina que los aprovechamientos de leñas podrán realizarse sólo por dos procedimientos: el monte bajo con o sin resalveo tradicional, aplicable a la producción clásica de leñas, y el

resalveo intensivo, aplicable a las conversiones de montes, sin que proceda la autorización de cortas de aprovechamiento 5 metros a cada lado de las vías de circulación, obligándose, por razones paisajísticas, al resalveo intensivo en una banda mínima de 25 metros a cada lado de las mismas.

En cuanto a la repoblación forestal, en los términos anteriormente indicados, a los que me remito, rige el Decreto 40/2002, de 28 de febrero, de régimen jurídico de los consorcios de reforestación —publicado en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 68, de 21 de marzo de 2002, página 12—, desarrollado por la Orden 2230/2002, de 16 de septiembre, por la que se aprueba el modelo de documentación administrativo denominado «Bases de Consorcio de Reforestación», en el que se formalizarán los Consorcios de Reforestación que se celebren, en aplicación del artículo 69 de la Ley 16/1995, desarrollada por el Decreto 40/2002 —publicada en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 224, de 20 de septiembre, página 18.

IV.4.3. Incendios forestales

Por lo que respecta a los incendios forestales ha de tenerse en cuenta el originario Decreto 48/1988, de 5 de mayo, de atribución de competencias a la Dirección General del Medio Natural de la Agencia de Medio Ambiente —publicado en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 116, de 17 de mayo de 1988.

Asimismo, ha de estarse a lo dispuesto por el Decreto 111/2000, de 1 de junio, por el que se modifica el Decreto 49/1993, de 20 de mayo, de «Plan de Protección Civil de Emergencias por Incendios Forestales» (INFOMA) —publicado en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 138, de 12 de junio de 2000, página 4—. Su correcto entendimiento exige tener presente que, originariamente, por el reformado Decreto 49/1993, de 20 de mayo, se aprobó el «Plan de Protección Civil de Emergencia por Incendios Forestales en la Comunidad de Madrid» (INFOMA), adaptado a la Directriz Básica de Planificación de Protección Civil ante Emergencias por Incendios Forestales, y que fue homologado por la Comisión Nacional de Protección Civil con fecha de 22 de marzo de 1994. Posteriormente, y de forma sucesiva, por Decreto 65/1994, de 23 de junio, Decreto 66/1997, de 29 de mayo, y por Decreto 95/1998, de 4 de junio, se modificó el INFOMA, si bien dichas modificaciones no afectaron a la estructura y organización del Plan. Por último, destacar que la Disposición Derogatoria Única del Decreto 111/2000 procede a derogar expresamente el precedente Decreto 95/1998, de 4 de junio.

LA LIBRE DESIGNACIÓN: ASPECTOS ADMINISTRATIVOS Y JURISPRUDENCIALES

POR

JUAN B. LORENZO DE MEMBIELA

DOCTOR EN DERECHO
LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES NORMATIVOS. III. LA LIBRE DESIGNACIÓN COMO MODO DE PROVISIÓN. IV. LA CONFIANZA DE LA AUTORIDAD QUE OTORGA EL NOMBRAMIENTO COMO *CAUSA ESSENDI* DE LOS PUESTOS DE LIBRE DESIGNACIÓN. V. PROCEDIMIENTO DE LA PROVISIÓN POR LIBRE DESIGNACIÓN. VI. LA MOTIVACIÓN DEL CESE EN LOS CARGOS DE LIBRE DESIGNACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Ha sido y es la libre designación o designación directa objeto de disputas doctrinales, entre las más generalizadas, la de ser el medio de provisión de puestos en la Administración de mayor componente discrecional. Esta forma de provisión es semejante al utilizado en Estados Unidos, *executive order*, para cubrir especiales puestos en la Administración [1]. Se caracteriza por cuanto es el modo a través del cual se proveen cargos administrativos de alta responsabilidad. De este modo, el artículo 51.2.° del RGI de 1995 establece que sólo podrán cubrirse por este sistema los puestos de Subdirector general, Delegados y Directores territoriales, provinciales o Comisionados de los Departamentos ministeriales, de sus Organismos autónomos y de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, Secretarías de Altos Cargos de la Administración y aquellos otros de carácter directivo o de especial responsabilidad para los que así se determine en las relaciones de puestos de trabajo [2].

[1] *Vid.* CÁMARA DEL PORTILLO, La Función Pública ante el Tribunal Constitucional: una oportunidad perdida, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1988, 57, pp. 101 y ss.

[2] La Resolución de 17 de enero de 1986 de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, modelo de relaciones de puestos de trabajo de la Administración del Estado y normas para su confección y actualización, en la Regla Tercera 9.ª exige que conste la forma de provisión del puesto de trabajo: «L», libre disposición o «C», concurso. Reiterado además por la Orden Ministerial 2 de diciembre de 1988. Relaciones de Puestos de Trabajo de la Administración del Estado, Regla Segunda.

El artículo 20.1.º b) de la LMRFP de 1984 dispone que se cubrirán por este sistema los puestos que se determinen en las relaciones de puestos de trabajo. Para su provisión deberán anunciarse en los «Boletines» y «Diarios Oficiales» por la autoridad competente para efectuar los nombramientos. La convocatoria indicará la denominación, nivel y localización del puesto, así como los requisitos mínimos exigidos a los funcionarios que aspiren a desempeñarlos, y concederá un plazo no inferior a quince días para la presentación de solicitudes.

Dichas solicitudes se elevarán a la autoridad competente que, previo informe del Jefe de la dependencia, procederá al nombramiento en el plazo máximo de un mes y lo comunicará al correspondiente Registro de Personal.

La especialidad de la libre designación como medio de provisión se caracteriza por la concurrencia de los siguientes elementos[3]:

a) Tiene carácter excepcional en la medida que excluye el régimen normal de provisión que es el concurso, de conformidad al artículo 20.1.º a) de la LMRFP de 1984.

b) Es de aplicación a puestos de trabajo determinados en atención a la naturaleza de sus funciones.

c) Únicamente entran en tal grupo los puestos directivos y de confianza que la norma prevé.

d) Los puestos de especial responsabilidad así como aquellos otros que deban ser provistos mediante libre designación deberán estar recogidos en las relaciones de puestos de trabajo que deberán incluir, «en todo caso, la denominación y características esenciales de los puestos...» y serán públicas, con la consecuencia facilitación del control.

II. Antecedentes normativos

Goza la libre designación de un extenso predicamento en nuestra legislación, en la preconstitucional, y a modo indicativo en la Administración General del Estado, caben destacar, las Órdenes del Ministerio de la Gobernación de 20 de febrero de 1941 y de 24 de mayo de 1952, dictadas en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto de 2 de noviembre de 1940, autorizando el dictado de normas para la provisión de destinos en el mismo. Su artículo 2.º dice:

> «Por regla general, podrán clasificarse los destinos, dentro de cada Cuerpo y plantilla, a efectos de provisión en: de elección y de turno ordinario.
>
> Se comprenderán en el primer grupo aquellos para los cuales se estimen indispensables condiciones especiales de idoneidad o de confianza.
>
> Se comprenderán en el segundo, todos los demás, siendo principio rector de su provisión la protección a la familia y la antigüedad.»

[3] *Vid.*, entre otras, STC 10 de abril de 1996 (RTC 1996, 3634).

Todas estas órdenes fueron derogadas por el Decreto 4157/1964, de 23 de diciembre, dictado en cumplimiento de la Ley 109/1963, de Bases de Funcionarios Civiles del Estado.

El Decreto 315/1964, de 7 de febrero, texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, en su artículo 56 recoge los dos sistemas de provisión de puestos de trabajo correspondientes a los Cuerpos Generales, expresando: «[...] por concurso de méritos entre funcionarios, salvo los que excepcionalmente se dosifiquen, a propuesta de la Comisión Superior de personal, como de libre designación». El Decreto 1106/1966, de 28 de abril, Reglamento para la provisión de vacantes, establece en su artículo 2.º, que «sólo podrán proveerse mediante el sistema de libre designación los puestos de trabajo que excepcionalmente se califiquen como tales *a iniciativa de los Ministerios interesados...*». Igualmente el Decreto 1182/1965, de 6 de mayo, sobre provisión de vacantes por los Departamentos Civiles, en su artículo 2.º, señalaba:

> «Hasta tanto se efectúe la clasificación de puestos de trabajo de conformidad con lo establecido en el Decreto 865/1964, a efectos de lo que dispone el artículo 56 de la Ley Articulada de Funcionarios, se entenderá que son puestos de libre designación, aquellos que venían siendo provistos en tal forma o que expresamente tenían tal consideración, de acuerdo con la Legislación de cada Ministerio, vigente hasta el 31 de diciembre de 1964, que será de aplicación en estos casos».

Como última referencia la Orden Ministerial de la Presidencia de fecha 15 de enero de 1986, sobre Relación de puestos de trabajo, norma derogada por la Orden Ministerial 2 de diciembre de 1988, Disp. Derogatoria Única, daba instrucciones a todos los Departamentos en su apartado octavo, cambiando la calificación de tales puestos indicando[4]:

> «Al formular la correspondiente propuesta deberá tenerse en cuenta que [...] el procedimiento de concurso deberá ser el

[4] *Vid.* BEATO ESPEJO, La libre designación a la luz de la doctrina jurisprudencial: garantías jurídicas, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1987, p. 56, pp. 585 y ss.

propuesto normalmente, reservándose el de libre designación, con carácter restringido, para puestos con nivel de complemento de destino correspondiente entre 26 (inclusive) y 30 en que así estrictamente se considere necesario y, excepcionalmente en supuestos debidamente justificados, para los puestos de nivel inferior a 26.»

III. La libre designación como modo de provisión

Las críticas de la doctrina hacia esta forma de provisión y cuyo origen arranca de axiomas estrictamente teóricos —carentes de una dimensión práctica— esgrimen el atentando que esta provisión causa a principios democráticos[5] o constitucionales[6], especialmente infracción del artículo 23.2.º de la CE. También a la lesión de los principios de mérito y capacidad en el sentido apuntado por Escuín Palop[7]: «si no hay garantía de ocupar puestos de trabajo especiales no es comprensible la preferencia de los opositores por procedimientos selectivos duros, sabiendo que a través de la libre designación otros funcionarios que han elegido más razonablemente su medio de acceso, incluso procedentes de otras Administraciones menos rigurosas en su selección, van a ocupar puestos de trabajo idénticos o mejores que el suyo».

En suma, estudios muy variados que tienden a erosionar este modo de provisión, por otro lado, absolutamente extendida en las normas de función pública de las Administraciones Públicas: tanto en la Administración General del Estado, Administración Autonómica, a través de sus respectivas Leyes de Función Pública y Provisión de puestos de trabajo. También en la Administración Local: el Real Decreto 1732/1994, de 29 julio, de Provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional, Ley 10/1993, de 21 abril, de Modificación del régimen de puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional y Real Decreto 1174/1987, de 18 septiembre, de Régimen jurídico de los funcionarios con habilitación de carácter nacional.

[5] ALVAREZ RICO, Aspectos jurídicos de la inflación orgánica de la Administración Pública en España, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1976, 9, pp. 295 y ss.

[6] FERNÁNDEZ FARRERES, El principio de igualdad en el acceso a la función pública y en la provisión de puestos de trabajo, en «Función Pública», *Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ*, 1993, 7, s.p. [pero 45-80].

[7] ESCUÍN PALOP, Cuerpos de funcionarios y Ley de Medidas de reforma de la Función Pública, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1985, 48, pp. 497 y ss.

Vid. CORDERO SAAVEDRA, «La libre designación como sistema de provisión de puestos de trabajo. De la discrecionalidad a la arbitrariedad», *Actualidad Administrativa*, 2001, XIV.

La determinación del sistema más idóneo de provisión de puestos de trabajo presenta intereses enfrentados, por un lado, los esgrimidos por la organización que reclama mayor autonomía para designar a sus directivos y por otro, el de los funcionarios, reclamando el derecho a la carrera administrativa y por ello apostando por los métodos de provisión más objetivos[8].

La sociedad exige una eficacia cierta en la gestión de servicios públicos, actitudes comprometidas con la finalidad de alcanzar una práctica gerencial efectiva y realista[9]. Este compromiso chocará normalmente con el marco jurídico de la Función Pública, en donde el elemento humano se halla fuertemente encorsetado por normas que hunden sus raíces en rancias normas estatutarias. Los nuevos retos asumidos por una Administración que dispensa servicios públicos, para gestionarlos dinámicamente acorde con los necesidades apremiantes de la sociedad, deberá contar con un respaldo normativo congruente. Pero además, con responsables que afronten y soporten los inconvenientes que esa nueva estrategia gestora provoca de modo ineludible.

Por ello, la libre designación, sea, por hoy, de entre todos los medios de provisión de puestos de trabajo, el medio idóneo para formar adecuadamente equipos directivos y de trabajo. Porque intentar que los directivos públicos gestionen organizaciones sin gestionar el personal es renunciar a uno de los instrumentos esenciales de la misma gestión[10]. Lo cierto es que la mayor parte de los directivos carecen de poder para organizar sus cuadros directivos lo que deviene incongruente con dos principios de la LOFAGE para mí esenciales en la moderna gestión: la responsabilidad gestora prevista en el artículo 3.2.º b)[11] y la gestión por objetivos contenida en el artículo 3.2.º a).

Reconocer al directivo esa libertad está justificada por tres razonamientos: Primero, la implantación de la excelencia en las Adminis-

[8] PALOMAR OLMEDA, *Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Dykinson, 2000, Madrid, p. 510.

[9] Los principios de funcionamiento de la Administración recogidos en el artículo 3.2.º de la LOFAGE son explicativos:

«a) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados.
b) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.
c) Programación y desarrollo de objetivos y control de la gestión y de los resultados.
d) Responsabilidad por la gestión pública.
e) Racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión.
f) Servicio efectivo a los ciudadanos.
g) Objetividad y transparencia de la actuación administrativa.
h) Cooperación y coordinación con las otras Administraciones Públicas».

[10] *Ibidem*, p. 511.

[11] Desconocida en nuestro sistema de Función Pública a diferencia de lo que ocurre en otros países de la Unión Europea.

traciones Públicas demanda esta libertad organizativa, no ya sólo respecto a los titulares del órgano directivo, sino también del equipo inmediato —y por qué no, del mediato a los cuales se les asignan las competencias gestoras— con la finalidad de coordinar adecuadamente la dirección: dinamicidad y compromiso que el concurso *sensu stricto* no otorga. Segundo, la libre designación como medio técnico de provisión no dista tanto de otros en los cuales la discrecionalidad administrativa es, en muchas ocasiones, más sutil, *v.gr.*: el concurso específico [12], que goza, además, de las garantías de la inamovilidad de todo puesto provisto mediante concurso. Y tercero, el interés de la sociedad en contar con un servicio público eficaz debe primar frente a cualquier consideración personal que impida una eficiente organización.

Junto a estas justificaciones administrativas en atención a la finalidad perseguida, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional esboza, en términos generales, una línea interpretativa coherente, considerando a la libre designación acorde con los preceptos constitucionales. Entre los muchos pronunciamientos los más sugestivos son los siguientes:

I. La provisión mediante libre designación no conculca los principios de mérito y capacidad, *vid*. SSTC 8 de noviembre de 1988 [13], 16 de febrero de 1987 [14], 24 de enero de 1989 [15] y 5 de octubre de 2000 [16].

II. Los principios de igualdad por aplicación del artículo 23.2.º de la CE y el de mérito y capacidad operan con diferente intensidad atendiendo al momento en que deba ser ponderado. Frente a una intensidad absoluta de aplicación en el acceso a la función pública queda autorizada una intensidad moderada en la provisión de puestos de trabajo. El FD cuarto de la STC 14 de octubre de 1991 [17] expresa:

> «El precepto actúa no sólo en el momento del acceso a la función pública, sino también durante la vigencia de la relación funcionarial y, por tanto, es aplicable a los actos relativos a la provisión de puestos de trabajo [SSTC 75/1983 (RTC 1983/75), 15/1988 (RTC 1988/15) y 47/1989], aunque es diferente el rigor e intensidad con que operan los principios de mérito y capacidad según se trate del inicial ingreso en la función pública o del ulterior desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa, pues en el supuesto de provisión de puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la función pública y, por ende, acreditado los requisitos de mérito y capacidad, cabe tener en cuenta otros criterios distintos enderezados a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos (SSTC 192/1991 y 200/1991)».

[12] *Vid*. STS de 17 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3892), FD séptimo, equiparando este medio con el concurso. En contra PALOMAR OLMEDA, *Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, cit., p. 533.
[13] (RTC 1988, 207).
[14] (RT 1987, 18).
[15] (RTC 1989, 10).
[16] (RTC 2000, 235).
[17] (RTC 1991,192).

Doctrina reiterada en el ATC de 8 de febrero de 1999 [18] y en las SSTC de 13 de julio de 1998 [19] y 13 de diciembre de 1993 [20].

III. La mayor eficacia en la prestación de los servicios —artículo 103.1.º de la CE— o en la protección de otros bienes o intereses públicos justifica la constitucionalidad de la libre designación, entre otras Sentencias, la de 14 de octubre de 1991 [21], FD cuarto:

> «La desigualdad que en orden a la provisión de vacantes mediante concurso introduce la norma cuestionada se apoya, en efecto, en un derecho específico que encuentra plena justificación y razonabilidad desde la consideración de otros bienes jurídicos, como es la familia, cuya protección social, económica y jurídica debe ser asegurada por los Poderes Públicos (art. 39.1 CE), lo que, entre otras manifestaciones, comporta el que éstos favorezcan, eliminando trabas, el cumplimiento del deber de convivencia al que se refiere el artículo 68 del Código civil. E incluso esa justificación y razonabilidad se aprecia, también, teniendo presente el propio mandato constitucional al que están sujetas las Administraciones Públicas de proceder con eficacia en la prestación de los servicios públicos (art. 103.1 CE), lo que legitima la adopción de aquellas medidas que tiendan precisamente a que el personal al servicio de las Administraciones Públicas se encuentren en las mejores condiciones para el desarrollo de la actividad propia de su cargo [...]».

La libre designación no supone discriminación en cuanto cauce idóneo para una más selecta, eficiente y profesionalizada forma de servir el interés general. Desde este criterio es expresiva la STS 3 de octubre de 1983 [22] cuyo Cdo. Tercero dice:

[18] (RJ 1999, 23).
[19] (RTC 1998, 156).
[20] (RTC 1993, 365).
[21] (RTC 1991, 192).
[22] (RJ 1983, 5016).

«Sólo existe desigualdad cuando se produce discriminación y está desprovista de justificación objetiva y razonable, apreciable en relación con la razón de ser y efectos de la medida adoptada y no se aprecia desigualdad, cuando la diferencia de trato "venga impuesta por la capacitación técnica, siempre que, en una clara relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, sea adecuada a la naturaleza propia de las tareas a realizar y se establezca con carácter general", lo que nos lleva a entender que cuando las leyes aplicables y disposiciones reguladoras de la designación de cargos públicos, a los que expresamente se remite el artículo 23-2 de la Constitución, requieren unos determinados títulos o situaciones administrativas, lo hace no para discriminar peyorativamente a los demás —que individual y concretamente pueden tener mayor cualificación en un caso determinado—, sino para que sirva de garantía, objetiva y abstractamente considerado el destino a cubrir, de una más selecta, eficiente y profesionalizada forma de servir el interés general [...]».

Bajo este criterio, la STC de 16 de febrero de 1987 [23], admite la designación directa de un funcionario para un puesto de trabajo primando salvaguardar el normal funcionamiento de los servicios públicos. Su FD quinto:

«Ahora bien, no resulta que la adopción de este procedimiento suponga una actuación arbitraria o discriminatoria, o una desviación sin justificación alguna del procedimiento general de provisión de plazas. Pues tanto en la misma norma citada, como en la contestación al recurso de reposición interpuesto en su día por el hoy demandante de amparo se hacen presentes diversas razones explicativas de la aplicación de un sistema de designación directa que excluyen su calificación como arbitrario o discriminatorio para con el hoy recurrente. Tales razones son, que se configura como una medida expresamente concebida como excepcional y transitoria; que esa excepcionalidad resulta de una modificación o alteración de la estructura orgánica anterior llevada a cabo por el Real Decreto 1287/1984, de 20 de junio; que esa modificación lleva a la necesidad de homologar el nombramiento del personal que ya prestaba sus servicios en la Caja Postal en funciones acordes con las que ya estaba desempeñando; y que la vía seguida se ve justificada, ya que pretende evitar que esa homologación —que no afecta a la normal y ulterior provisión de puestos de trabajo— paralice el normal funcionamiento de la Caja [...]».

[23] (RTC 1987, 18).

Con idéntico razonamiento la STC de 24 de enero de 1989 [24] declara conforme al artículo 23.2.º de la CE la provisión mediante libre designación de un puesto de trabajo sin previo concurso de méritos. Su legalidad constitucional se encuentra en mantener el funcionamiento y eficacia de la actuación de la Administración. Bajo este criterio, también las SSTC de 28 de octubre de 1991 [25], 18 de octubre de 1993 [26] y ATC de 15 de abril de 1996 [27], entre otras. Esa justificación finalista de la libre designación se plasma, igualmente, en la STS 4 de abril de 1972:

«[...] En el ejercicio de sus facultades la Administración está sometida a un doble condicionamiento: uno, de carácter sustancial, consistente tanto en el interés público al que toda actuación administrativa debe en general enderezarse, como el fin especial a que cada acto administrativo debe legalmente tender; y otro, de naturaleza formal, en cuanto que la Administración, para el logro de aquellos fines debe sujetarse a las formas y procedimientos señalados por la ley específicamente [...]»

IV. La libre designación no implica un poder omnímodo para la Administración Pública sino sometimiento a los principios de la CE, STS 4 de julio de 1986 [28], cuyo FD segundo, limita la discreccionalidad administrativa en el modo de provisionar estos puestos de trabajo:

«[...] Porque la Administración ha de actuar "con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho" (art. 103.1), y que está sujeta «a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» (art. 9.1)... pero además... la Constitución impone a la Administración (art. 103.1) que sirva "con objetividad los intereses generales" y a los Tribunales (art. 106.1) que controlen "la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican" [...]».

Lo que justifica que discrecionalidad y arbitrio son conceptos antagónicos, criterio mantenido por la STC 5 de octubre de 2000 [29], STS 12 de marzo de 2001 [30] y FD segundo de la STS 4 de julio de 1986 [31]:

[24] (RTC 1989, 10).
[25] (RTC 1991, 200).
[26] (RTC 1993, 293).
[27] (RTC 1996, 87).
[28] (RJ 1986, 4076).
[29] (RTC 2000, 235).
[30] (RJ 2001, 877).
[31] (RJ 1986, 4076).

«Pero la discrecionalidad no ha sido jamás (y menos puede serlo a partir de la Constitución, en virtud de lo dispuesto en sus citados artículos 103,1 y 106,1 y también en el 9,3, *in fine*) la posibilidad de decidir libérrimamente, sin atenerse a ninguna regla o criterio objetivo. Esto último es arbitrariedad, y como ha dicho recientemente la Sala 4.ª de este Tribunal —en sentencia de 21 de noviembre de 1983—, "discrecionalidad y arbitrariedad entrañan unos conceptos antagónicos". El artículo 9,3, de la Constitución garantiza "la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos" y, por tanto, la de la Administración, que, aun en el ejercicio de una indiscutible potestad discrecional, ha de someter su actuación a los fines que la justifican y servir objetivamente los intereses generales (arts. 103,1 y 106,1 de la misma Constitución) y por tanto, las resoluciones de 28 de enero de 1980 y 5 de febrero de 1981, que (como hemos dicho) ni siquiera intentan dar una sola razón que pueda justificar la decisión que adoptan, serían, en todo caso, contrarias a Derecho, por arbitrarias, y deberían ser anuladas y dejadas sin efecto [...]».

IV. La confianza de la autoridad que otorga el nombramiento como *causa essendi* de los puestos de libre designación

La STS de 13 junio 1997 [32] —con antecedentes en las SSTS de 10 de enero de 1997 [33] y 11 de enero de 1997 [34]— apunta que la libre designación pertenece a la categoría general de los actos discrecionales, cuya característica principal es que tales nombramientos se basan en la existencia de un motivo de confianza apreciada por la autoridad que verifica el nombramiento, a la vista de las circunstancias que concurren en el solicitante para llegar a ocupar el puesto o para seguir desempeñándolo. Esta doctrina es recogida en su FD tercero:

«[...] El nombramiento para cargos de libre designación constituye un supuesto específico y singular dentro de la categoría general de los actos discrecionales, consistiendo la singularidad en que tales nombramientos se basan en la existencia de un motivo de confianza, que sólo puede ser apreciado por la autoridad que verifica el nombramiento, a la vista de las circunstancias que estime que concurren en el solicitante para llegar a ocupar el puesto, o para seguir desempeñándolo, si estima que ya han desaparecido, o se han perdido, a lo largo del desempeño, en cuyo caso, libremente podrá decretar el

[32] (RJ 1997, 5143).
[33] (RJ 1997, 406).
[34] (RJ 1997, 407).

cese. Y ello sin estar sometido al requisito formal de hacer una exposición expresa de los motivos en virtud de los cuales se ha preferido a una persona en lugar de otra, o por los que se ha perdido la confianza en la ya designada. De modo que las razones que llevaron a la Comisión a decretar el cese del actor en el puesto de libre designación que ocupaba, debían considerarse implícitas en la declaración de cese, aunque desde luego referidas a la pérdida de la confianza de la autoridad que lo decretaba, fundada en la creencia de que aquél ya no mantenía las condiciones de idoneidad técnicas para el desempeño de las funciones de inspección y fiscalización. Según así vino a exteriorizarse por el Tribunal de Cuentas que habían determinado su nombramiento para el cargo, ahora sí expresamente, al resolverse la alzada, en la que reiteradamente se alude a la falta de idoneidad para el desempeño del puesto como motivo del cese. Otra cosa es que al examinar la alegación de desviación de poder, se pueda llegar a la conclusión de que quepa entender, a la vista del conjunto de las actuaciones, que la motivación última haya sido en realidad distinta de ésa, antes aludida [...]».

Doctrina reiterada en la STSJ del País Vasco de 17 de octubre de 2000 [35].

Sin embargo, la discrecionalidad del órgano convocante no es absoluta, pues la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sancionado dos tipos de limitaciones: Primera, cabe apreciar la desviación de poder cuando en la selección de los candidatos se marginan los de mérito y capacidad y se frustra el interés público, pues en modo alguno puede entenderse abierta la puerta a una discrecionalidad absoluta y mucho menos a arbitrarias apreciaciones, STC de 4 noviembre 1993 [36], con antecedentes en la STS de 16 de mayo de 1989 [37]. Y segunda, que las reglas de acceso contengan datos individuales y concretos no referencias generales y abstractas, vid. STC de 16 de febrero de 1987 [38], FD sexto:

«Respecto al contenido en el artículo 23.2 de la Constitución que garantiza el acceso en condiciones de igualdad a cargos y funciones públicas con los requisitos señalados por las Leyes, el recurrente no se encontraba incluido en el ámbito de los que, en virtud de la normativa aplicable, podrían acceder al puesto de que se trataba, al no reunir las condiciones exigidas para ello, es decir, pertenecer al personal que ya prestase sus

[35] (RJCA 2000, 2282).
[36] (RJ 1993, 8238).
[37] (RJ 1989, 3693).
[38] (RTC 1987, 18).

servicios en la Caja Postal, en funciones acordes con las de la plaza a proveer; y, como ha señalado repetidamente este Tribunal, no lesiona el mencionado derecho la exigencia de distintos requisitos o condiciones que los ciudadanos deban reunir para aspirar a los distintos cargos o funciones, ya que lo que el artículo 23.2 de la CE viene a prohibir es que las reglas de procedimiento para el acceso a los cargos y funciones públicos se establezcan, no mediante términos generales y abstractos, sino mediante referencias individuales y concretas, lo que no se ha aducido en ningún momento en el presente caso. No cumplía, pues, el recurrente las condiciones exigidas por la normativa aplicable; y, por otra parte, y como se señaló, tampoco cabe apreciar que esa normativa vulnerase el principio de igualdad, principio que, tal como este Tribunal ha indicado repetidamente, prescribe que no se produzcan desigualdades de tratamiento (en las normas o en la aplicación de las mismas) que resulten injustificadas por no estar fundadas ni ser razonables, de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados [...]».

V. Procedimiento de la provisión por Libre designación

El artículo 52 del RGI de 1995 prevé que la designación se realizará previa convocatoria pública que deberá contener la descripción del puesto de trabajo, requisitos para su desempeño contenidos en la relación de puestos de trabajo y cabe que contenga las especificaciones derivadas de la naturaleza de las funciones encomendadas.

Las solicitudes se dirigirán en el plazo de 15 días hábiles siguientes al de la publicación de la convocatoria al órgano convocante, artículo 53 del RGI de 1995. La determinación de los días como hábiles coincide con la naturaleza de los plazos determinados en el artículo 48.1.º de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre. Además, dada la aplicación de esta Norma a todas las Administraciones Públicas en virtud de su artículo 2 ubicado en el Título Preliminar, son de aplicación las especialidades que sobre cómputo de días hábiles establece la Ley. En éstos quedan excluidos los domingos y días declarados festivos, artículo 48.1.º, determinando la Ley 30/1992 de 26 de noviembre las siguientes especialidades:

1. Cuando el último día del plazo sea inhábil se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente, artículo 48.3.º.

2. El *dies a quo* o día de comienzo del plazo empezará a contarse al día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o la publicación del acto de que se trate, artículo 48.4.º.

3. Cuando un día fuese hábil en el municipio o Comunidad Autónoma en que residiese el interesado, e inhábil en la sede del órgano administrativo, o a la inversa, se considerará inhábil en todo caso, artículo 48.5.º.

4. La declaración de un día como hábil o inhábil, a efectos de cómputo de plazos, no determina por sí sola el funcionamiento de los centros de trabajo de las Administraciones Públicas, la organización del tiempo de trabajo ni el acceso de los ciudadanos a los registros, artículo 48.6.º.

a) La publicación en el *BOE* de la provisión mediante libre designación

La cuestión que deriva de estos artículos es si realmente cabe la posibilidad de publicar en el *BOE* la convocatoria o si es suficiente otros medios de publicidad. Lo cierto es que el RGI de 1995 únicamente refiere a publicidad sin especificar el medio a diferencia, sin embargo, el artículo 38.2.º, ubicado en el Título III, *Provisión de puestos de trabajo*, Capítulo I, *Disposiciones generales*, —y por ello, de aplicación tanto al concurso como a la libre designación— exige la publicación en el *BOE* y, en su caso, en otros Boletines o Diarios Oficiales. Aunque es necesario matizar que únicamente refiere a la convocatoria, no a la resolución.

Sin embargo esta exigencia legal, la STS 8 de junio de 1999[39], FD segundo, la modula declarando conforme a Derecho la publicidad dada a través de los cuadros de avisos del Órgano convocante sin ser publicada en el *BOE*.

Cabría, sin embargo, justificar la falta de publicación de la disposición resolutoria si la misma es considerada como un acto administrativo y no como una disposición normativa, en cuyo caso, inexcusablemente, debería ser publicada en el *BOE*.

De este modo, aún no publicada la resolución cabría su subsanación automática por medio de la aplicación del régimen jurídico de las notificaciones defectuosas de los actos administrativos y su posterior subsanación por su impugnación bien en vía judicial bien administrativa en cualquier caso.

La justificación de los tribunales hacia la omisión de la publicación puede encontrarse en la SAN de 19 de diciembre de 1996[40], FD quinto:

[39] (RJ 1999, 6822).
[40] (RJCA 1996, 2274).

«La no constancia documental de un acto de designación "expresa" no implica, en absoluto, ni omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, ni defecto de forma determinante de la ausencia de requisitos formales indispensables para alcanzar su fin el acto administrativo o de la indefensión de los interesados, como pretende el ahora recurrente al amparo de los artículos 62.1 y 63 de la Ley 30/1992, puesto que tal ausencia de la constancia documental de los nombramientos no es omisión «total y absoluta» del procedimiento establecido, ni olvido "total" es éste, ni omisión de trámites esenciales del procedimiento, que, en definitiva si se han seguido, como tampoco supone que el acto carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o que se haya dado lugar a la indefensión de los interesados, puesto que si alcanzó su fin el procedimiento selectivo convocado, y no se produjo tal indefensión en el sentido de disminución efectiva, real y trascendente de garantías para el ahora actor que hubieran incidido, en contra de él, en la decisión de fondo, alterando, en su perjuicio, el contenido de tal decisión [...]».

b) Requisitos establecidos en las relaciones de puestos de trabajos y especificaciones derivadas de la naturaleza de las funciones del mismo [41]

En cuanto los requisitos que debe contener la convocatoria, el Acuerdo de la CSP de 22 de junio de 1992 [42] establece los datos a cumplimentar en la publicación de las resoluciones que convocan y adjudican puestos de trabajo por el sistema de libre designación desde 15 de julio de 1992:

«— Centro directivo y Subdirección General o asimilada.
— Denominación del puesto de trabajo.
— Nivel.
— Complemento específico.
— Localidad y provincia.
— Adscripción:
• Administración

[41] Véase la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, artículo 50, que modifica el artículo 15.1.º b) de la LMRFP de 1984, que dice: «b) Las relaciones de puestos de trabajo indicarán, en todo caso, la denominación, tipo y sistema de provisión de los mismos; los requisitos exigidos para su desempeño; el nivel de complemento de destino y, en su caso, el complemento específico que corresponda a los mismos, cuando hayan de ser desempeñados por personal funcionario, o la categoría profesional y régimen jurídico aplicable cuando sean desempeñados por personal laboral.»

[42] Anexo de Acuerdos y Dictámenes de la CSP, núm. 47.

• Grupo
• Cuerpo
— Requisitos establecidos en las relaciones de puestos de trabajos y especificaciones derivadas de la naturaleza de las funciones del mismo. (En su caso) [...]».

c) Informes

Señala el artículo 54 del RGI de 1995 que el nombramiento requerirá informe previo del titular del centro, órgano o unidad en donde esté adscrito el puesto de trabajo a cubrir. Si el puesto ofertado por libre designación fuera a recaer en un funcionario destinado en otro departamento se requerirá informe favorable de éste. De no emitirse en el plazo de 15 días se considerará favorable. En el supuesto que fuera desfavorable podrá, a pesar de ello, llevarse a cabo el nombramiento, previa la autorización del Secretario de Estado para la Administración Pública.

Se requerirá informe del Delegado del Gobierno o Subdelegado del Gobierno cuando los nombramientos se refieran a los Directores de los servicios periféricos de ámbito regional o provincial, respectivamente, o a aquellos Jefes de unidades que, en su respectivo ámbito, no se encuentren encuadradas en ninguna otra de su Departamento.

Ahora bien, ¿los informes requeridos en el RGI de 1995 deben ser de escrupulosa observancia? La importancia de éstos dependerá de la trascendencia jurídica que posean. Debemos apuntar que estos informes han sido calificados como preceptivos pero no vinculantes, por asimilación al régimen jurídico de la propuesta, entendiendo por tal al *acto administrativo complejo para cuya perfección concurren dos voluntades*. Consistiendo *en la iniciativa o impulso que un órgano* ad hoc, *eleva [...] a otro superior, cuyo contenido es una indicación o sugerencia respecto de una decisión que debe adoptar el receptor*.

Sobre este razonamiento fácilmente queda justificado la asimilación que alguna Sentencia realiza al artículo 83.3.º de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre —por todas, STSJ del País Vasco de 17 de octubre de 2000 [43], si bien referida a la legislación autonómica de Función Pública de esa Comunidad Autónoma.

La finalidad de estos informes es comunicar al órgano decisor información sobre el aspirante. Sin embargo, discrepo del carácter preceptivo del informe en todos los casos debiendo exceptuarse en

[43] (RJCA 2000, 2282).

aquéllos en donde la autoridad que confiera el nombramiento tenga conocimiento de la idoneidad del concursante.

Sin embargo, sostener que estos informes poseen un carácter esencial en el procedimiento de elección del participante choca abiertamente con la doctrina mantenida por la STS de 11 de febrero de 1997 [44], apuntando que la consideración a las condiciones subjetivas determinantes de la confianza que concurren en el designado o no designado para un cargo no serían susceptibles de fiscalización en vía jurisdiccional, que es el fundamento esencial del requisito de la motivación de los actos administrativos.

Pero además, la inoperatividad de los informes queda patente cuando quien debe conferir el nombramiento no es otro que la autoridad investida con esa potestad. Este criterio viene recogida en la STS de 11 de febrero de 1997 [45] ya citada, FD primero:

> «[...] La potestad de libre designación del Consejo de Ministros respecto del cargo de Teniente Fiscal de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional resulta del artículo 36.1, en relación con el 13, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Pues bien, el nombramiento (o la facultad de no nombrar a la persona propuesta) para cargos de libre designación constituye un acto administrativo singular y específico dentro de la categoría general de los actos discrecionales [letra f) del artículo 54.1 de la LRJ-PAC], consistiendo la singularidad en que tales nombramientos (o la denegación del nombramiento) se basan en la existencia (o inexistencia) de un motivo de confianza, que la autoridad facultada para la designación ha de tener (o no tener) en la persona designada (o cuya propuesta de designación se rechaza), relación de confianza que sólo puede apreciar esa misma autoridad que verifica el nombramiento [...]».

Tesis mantenida en la STS de 10 de enero de 1997 [46].

d) Nombramientos

El artículo 56 del RGI de 1995 establece que los nombramientos deberán efectuarse en el plazo máximo de 1 mes contado a partir de la finalización del de la presentación de solicitudes. Dicho plazo podrá prorrogarse hasta un mes más.

[44] (RJ 1997, 407).
[45] (RJ 1997, 407).
[46] (RJ 1997, 406).

Exige el artículo 56.2.º del RGI de 1995 en el apartado 2.º que las resoluciones de nombramiento se motivarán con referencia al cumplimiento por el candidato elegido de los requisitos y especificaciones exigidos en la convocatoria, y la competencia para proceder al mismo. Y el apdo. 2.º *in fine*, con el adverbio *en todo caso*, parece prescindir de la motivación únicamente requiriendo el cumplimiento del procedimiento debido y descrito en la norma.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 25 de noviembre de 1997 [47], declara la necesidad de motivación suficiente en los casos en los que objetivamente no aparezca ninguna circunstancia singular, como puede ser el carácter de directivo o de confianza o la especial responsabilidad en el puesto a proveer. Su FD primero determina:

> «[...] La sentencia recurrida analiza con amplitud y detenimiento el sistema de libre designación para la provisión de puestos de trabajo, resaltando que su carácter excepcional comporta una serie de limitaciones con respecto al concurso de méritos, tales como la imposibilidad de cubrir por ese sistema la totalidad o mayor parte de los puestos de un determinado departamento u organismo, la necesidad de que los puestos tengan la naturaleza y las características exigidas legalmente para poder ser provistos por este sistema y, por último, que la decisión de acudir a la provisión por libre designación cuente con una motivación suficiente que resulta más obligada, si cabe, en aquellos casos en los que objetivamente no aparece ninguna circunstancia singular, como puede ser el carácter directivo o de confianza o la especial responsabilidad en el puesto a proveer, llegando así el Tribunal de instancia a la conclusión de que la naturaleza de las funciones atribuidas a los puestos en cuestión no justifica su provisión mediante el sistema de libre designación, hallándose afectados dichos puestos por las limitaciones que, según se ha indicado, comporta tal sistema excepcional».

e) Toma de posesión

Remite el RGI de 1995, artículo 57, a su artículo 48 en lo que refiere a la toma de posesión, que nos remite a lo ya dicho en el comentario practicado en el concurso si bien, aquí, nos limitaremos a exponer el texto del artículo.

Acorde con dicha remisión, el plazo para tomar posesión será de tres días hábiles si no implica cambio de residencia del funcionario o de un mes si comporta cambio de residencia o el reingreso al servicio

[47] (RJ 1997, 9503).

activo, artículo 48.1.º. De conformidad al Acuerdo de la CSP de 13 de julio de 1995[48], el cambio de residencia, a los efectos del disfrute del plazo de toma de posesión, deberá justificarse ante el Subsecretario del Departamento donde el funcionario haya obtenido el nuevo puesto de trabajo, mediante certificado de empadronamiento o cualquier otro medio que permita tener constancia de dicho cambio.

El plazo empezará a contar a partir del día siguiente al del cese, debiéndose efectuarse en los 3 días hábiles posteriores a la publicación de la resolución del concurso en el *BOE*. Si la resolución comporta el reingreso al servicio activo, el plazo de toma de posesión deberá computarse desde dicha publicación.

En defecto de publicación en el *BOE* serían contados a partir de la notificación al interesado.

Cabe que el Subsecretario del Departamento donde preste servicios el funcionario pueda diferir el cese por necesidades del servicio hasta veinte días hábiles, comunicándose a la unidad a que haya sido destinado el funcionario.

Excepcionalmente, a propuesta del Departamento, por exigencias del normal funcionamiento de los servicios, la Secretaría de Estado para la Administración Pública podrá aplazar la fecha de cese hasta un máximo de tres meses, computada la prórroga prevista en el párrafo anterior, si bien, de conformidad a la Orden Ministerial de 19 de noviembre de 1997, se delega esta atribución en el Director General de Función Pública, artículo 48.2.º.

Con independencia de lo establecido en los dos párrafos anteriores el Subsecretario del Departamento donde haya obtenido nuevo destino el funcionario podrá conceder una prórroga de incorporación hasta un máximo de veinte días hábiles, si el destino implica cambio de residencia y así lo solicita el interesado por razones justificadas.

El cómputo de los plazos posesorios se iniciará cuando finalicen los permisos o licencias que hayan sido concedidos a los interesados salvo que por causas justificadas el órgano convocante acuerde suspender el disfrute de los mismos, artículo 48.3.º.

Una vez tomada posesión de la plaza, el plazo posesorio se considerará como de servicio activo a todos los efectos, excepto en los supuestos de reingreso desde la situación de excedencia voluntaria o excedencia por cuidado de hijos una vez transcurrido el primer año, artículo 48.4.º. De conformidad a la nueva redacción del artículo 29.4.º de la Ley de Medidas dada por la Ley 4/1995, de 23 de marzo, la referencia al precepto anotado al primer año debe entenderse hecha al tiempo máximo de permanencia en la situación aludida.

[48] Anexo de Acuerdos y Dictámenes de la CSP, núm. 4.

f) Las retribuciones en la toma de posesión del puesto de trabajo

El artículo 32.3º de la Ley 4/1990, de 29 de junio, reconoce a los funcionarios de carrera que cambien de puesto de trabajo, salvo en los casos previstos en el artículo 34.a) de la Ley 33/1987 de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988[49], tendrán derecho, durante el plazo posesorio, a la totalidad de las retribuciones, básicas y complementarias, de carácter fijo y periodicidad mensual.

La efectividad de las retribuciones se llevarán a cabo atendiendo a los siguientes criterios:

A) Si el plazo posesorio se produce en el mismo mes en que se efectuó el cese, las retribuciones serán abonadas por la dependencia que diligencia dicho cese, por mensualidad completa y conforme a la situación y derechos del funcionario referidos al primer día hábil del mes en que se produce el cese.

B) Si dicho término recayera en mes distinto al del cese, las retribuciones del primer mes se harán efectivas por la dependencia en donde cesó el concursante y las del segundo por la dependencia a que pertenezca el puesto de trabajo, por mensualidad completa al puesto en que se ha tomado posesión[50].

g) Efectos del plazo posesorio respecto a funcionarios incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social

En relación con los funcionarios públicos incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social —muy especialmente aquellos dependientes de la Administración de la Seguridad Social— la Orden Minis-

[49] Artículo 34. Devengo de retribuciones.

«Las retribuciones básicas y complementarias de los funcionarios del Estado que se devenguen con carácter fijo y periodicidad mensual se harán efectivas por mensualidades completas y de acuerdo con la situación y derechos del funcionario referidos al primer día hábil del mes a que corresponden, salvo en los siguientes casos, en que se liquidarán por días:

a) En el mes de toma de posesión del primer destino en un Cuerpo o Escala, en el reingreso al servicio activo y en el de incorporación por conclusión de licencias sin derecho a retribución.

Lo dispuesto en este apartado será asimismo de aplicación en los casos de variación de empleo militar que lleve consigo cambio del índice de proporcionalidad».

[50] Véase como antecedente la Resolución de 4 de enero de 1999, Instrucciones en relación con las retribuciones de los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, *Boletín Oficial del Estado* núm. 4, de 5 de enero de 1999, considera fuera de uso.

terial de 27 de octubre de 1992, Instrucciones en relación con la cotización al Régimen General de la Seguridad Social de los funcionarios públicos incluidos en el campo de aplicación de dicho régimen, durante las situaciones de licencia o permiso sin sueldo, suspensión provisional de funciones, cumplimiento del servicio militar o de la prestación social sustitutoria y plazo posesorio por cambio de destino, artículo 5, establece:

«1. Las altas y bajas en la Seguridad Social que vengan motivadas por cambio de destino obtenido por medio de concurso o libre designación, surtirán los siguientes efectos:

La baja desde el último día del mes en que se produzca el cese. El alta desde el día primero del mes siguiente a aquél, tanto si la toma de posesión se lleva a cabo en el mismo o distinto mes al del cese.

2. La cotización del mes del cese correrá, íntegramente, a cargo de la dependencia que diligencie el mismo».

h) Cese

El artículo 58.1.º establece que los funcionarios nombrados para puestos de trabajo de libre designación podrán ser cesados con carácter discrecional.

La motivación de esta resolución se referirá a la competencia para adoptarla.

Los funcionarios cesados en un puesto de libre designación serán adscritos provisionalmente a un puesto de trabajo correspondiente a su Cuerpo o Escala no inferior en más de dos niveles al de su grado personal en el mismo municipio, en tanto no obtengan otro con carácter definitivo, con efectos del día siguiente al de la fecha del cese y de acuerdo con el procedimiento que fije el Ministerio para las Administraciones Públicas.

La necesidad de que el nuevo puesto que se atribuye al funcionario sea en el mismo municipio no será de aplicación cuando se trate del cese de funcionarios destinados en el exterior, artículo 58.2.º.

VI. La motivación del cese en los cargos de libre designación

La STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de marzo de 2000[51] recoge la variación de los tribunales sobre el cese en los cargos de libre designación. De este modo, una primera tesis, postura garantista o fiscalizadora del cese, exigía no sólo la motivación sino también la tramitación del expediente contradictorio en el que constara las causas de la remoción apreciadas libremente por la Autoridad que efectuara el nombramiento[52]. No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo superó esa doctrina declarando lo innecesario del expediente contradictorio en estos nombramientos. Primeramente porque ni el RGI de 1995 ni la LMRFP de 1984, artículo 20.1.º d), prevén dicho trámite, únicamente de aplicación al concurso en virtud de los arts. 20.1e) de la LMRFP de 1984 y 50 del RGI de 1995. Y en segundo lugar, porque el artículo 58 del RGI de 1995 en modo alguno exigen exponer las causas o motivos de la remoción o cese dado el carácter discrecional de éste además de que la causa se entiende implícita en el propio acuerdo. El FD segundo de la STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de marzo de 2000, expone:

> «[...] A juicio de la Sala la regulación legal vendría en un principio a respaldar la tesis garantista que en un principio apuntamos pero el Tribunal Supremo no lo ha considerado así en Sentencias de 10 (RJ 1997/406) y 11 enero 1997 (RJ 1997/407), de 13-6-1997 (RJ 1997/5143), declarando que el nombramiento para cargos de libre designación constituye un supuesto específico y singular dentro de la categoría general de los actos discrecionales, consistiendo la singularidad en que tales nombramientos se basan en la existencia de un motivo de confianza, que sólo puede ser apreciado por la autoridad que verifica el nombramiento, a la vista de las circunstancias que estime que concurren en el solicitante para llegar a ocupar el puesto, o para seguir desempeñándolo, si estima que ya han desaparecido, o se han perdido, a lo largo del desempeño, en cuyo caso, libremente podrá decretar el cese. Y ello sin estar sometido al requisito formal de hacer una exposición expresa de los motivos en virtud de los cuales se ha preferido a una persona en lugar de otra, o por los que se ha perdido la confianza en la ya designada [...]».

Explícitamente, las SSTS de 10 de enero de 1997[53] y 13 de junio de 1997[54], señalan que el cese encierra ya la motivación que pudiera exigirse. En otras palabras, si en el nombramiento no se ha exigido la valoración subjetiva del candidato, tampoco, en correspondencia, debería ser exigible justificación alguna en el momento del

[51] (RJCA 2000, 511).

[52] *Vid.* SSTSJ de Castilla-La Mancha de 13 de marzo de 2000 —ya citada— y la remisión a la dictada por la Audiencia Territorial de Albacete en fecha 31 de enero de 1989.

[53] (RJ 1997, 406).

[54] (RJ 1997, 5143).

cese. Criterio éste contenido en la SAN de 31 de marzo de 1999[55], FD tercero:

«[...] De la misma manera que conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta no es exigible que en el momento del nombramiento la persona que efectúa el mismo justifique la valoración subjetiva que le lleva a la elección del adjudicatario entre los distintos aspirantes, tampoco es exigible la justificación de la misma valoración en el momento del cese, constituyendo causa del mismo la mera existencia de tal desconfianza.

En este caso, tal como se indica en la Resolución recurrida se cesó al recurrente en su destino conforme a lo previsto en el artículo 50.J de la Orden Ministerial 120/1993, de 23 de diciembre, que prevé el cese en un destino por "la falta de idoneidad en el ejercicio de los cometidos propios de su destino".

Esta causa de cese por "falta de idoneidad en el ejercicio de los cometidos propios de su destino", y partiendo de que se trata de un destino de libre designación, constituye en definitiva la simple expresión de la facultad discrecional que tiene la autoridad competente para cesar a una persona en un cargo de libre designación, en el caso de que considere que las condiciones concurrentes en la persona cesada no se estiman a partir de ese momento suficientes para depositar en ella su confianza para el desempeño de su cargo, según sus criterios sobre la dirección de la cosa pública».

Anteriormente plasmado en las SSTS 26 de mayo de 1989[56] y 24 y 29 de mayo de 1995[57].

a) El cese debido a cambios políticos que provocan la sustitución de la autoridad que ordenó el nombramiento del cargo de libre designación no supone desviación de poder

Pragmáticamente el Tribunal Supremo entra a analizar el nombramiento y cese de cargos de libre designación como consecuencia de los cambios políticos que motivaron el cese de la autoridad que nombró al funcionario recurrente. Desde esta perspectiva el Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de mayo de 1995[58]—con cita de otras del mismo Tribunal— cuyo FD cuarto explicita:

[55] (RJCA 1999, 3915).
[56] (RJ 1989, 3908).
[57] (RJ 1995, 4399).
[58] (RJ 1995, 4399).

«[...] Pero, según hemos dicho en las citadas Sentencias de 6 febrero y 18 mayo del corriente año, de estas declaraciones no es posible deducir, como hace el apelante, que el cese obedeciera a "razones políticas", en el sentido partidario de la expresión, sino, por el contrario, que la facultad de acordar el relevo en puestos de libre designación, que forma parte de la potestad organizativa de la Administración, se ejerció con la finalidad de llevar a buen puerto una línea política de gestión marcada por el nuevo Gobierno autonómico, objetivo que se presume vocacionado a la satisfacción de los intereses públicos [...]».

b) Necesidad de probar la desviación de poder de la Administración para revocar la remoción

Sin embargo, el amplio espectro de aplicación de la libre designación posee los límites que hemos referido más atrás y que no son otros que el sometimiento a la legalidad, al procedimiento administrativo como garante de la objetividad en su aplicación. Los tribunales han señalado que, sin embargo esa discreccionalidad, es preciso para anular la remoción probar la desviación administrativa, no bastando la mera declaración de hechos. La STSJ de Galicia de 17 de marzo de 1999[59], FD segundo:

«El demandante, que no niega ser consciente de que accedió al puesto en que ha sido cesado en fecha 11 de enero de 1990 por libre designación del Conselleiro de Economía y Hacienda, parece olvidar ahora lo que dicha forma de provisión implica. Si la libre designación con convocatoria pública es un sistema de provisión de puestos de trabajo basado en la confianza que el nombrado representa o infunde a quien lo designa, y que aparece previsto tanto en el artículo 20.1 b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto (RCL 1984/2000, 2317, 2427 y ApNDL 6595), de Medidas para la Reforma de la Función Pública, como en el artículo 27.2 de la Ley 4/1988, de 26 de mayo (RCL 1988/1607 y LG 1988/105), de la Función Pública de Galicia, lógico resulta que cuando desaparece la confianza que lo justificó en su momento se produzca el cese del nombrado.

Cabría recordar al impugnante que la misma motivación que sirvió de sustento a su nombramiento, es la que fundamenta ahora su destitución. La alusión que el actor hace a una desmedida discrecionalidad por parte de la Administración, no puede servir de apoyo a su pretensión pues no debe desconocer el impugnante que la provisión por el sistema de libre

[59] (RJCA 1999, 714).

designación, como su propio nombre viene a indicar, se basa en gran parte en esa discrecionalidad; y si lo que quiere decir el señor P. es que la decisión resulta arbitraria, y rayana en la desviación de poder, no está de más recordarle que tal desviación de poder, entendida como aviesa actuación de la Administración para perseguir un resultado contrario a derecho, ha de ser probada, no siendo suficiente su mera alegación [...]».

c) El término remoción es idéntico al cese en los cargos de libre designación sin que exista distinción alguna

La SAN de 26 de enero de 1998 [60] admite indistintamente los términos *remoción* y *cese*, para cesar a un cargo de libre designación si que dicha utilización lingüística pueda desprenderse reconocimiento de derecho alguno ajeno al cese. Su FD segundo explicita:

> «Por lo que respecta al primero de los dos motivos de impugnación a examinar con arreglo a lo expuesto anteriormente, ha de ser éste rechazado por carecer de fundamento. Pues si bien, efectivamente, el artículo 58 del Real Decreto 364/1995, de 10 marzo (RCL 1995/1133), por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y de Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración del Estado, utiliza el término "cese" al referirse a los funcionarios nombrados para puestos de trabajo de libre designación, mientras que el artículo 50, al referirse a funcionarios que accedan a un puesto de trabajo por el procedimiento de concurso, utiliza el término "remoción", ambos términos tienen la misma significación desde el punto de vista semántico, siendo ambos términos de carácter y uso común, sin que un especial significado de índole jurídica determine su uso exclusivo y excluyente.
>
> El *Diccionario de la Lengua Española*, entre otras acepciones, define el término cese como "orden por la cual un funcionario deja de desempeñar el cargo que ejercía". Entendiendo por remoción la acción y efecto de remover, y define remover, entre otras acepciones, como "deponer o apartar a uno de su empleo, cargo o destino".
>
> Así pues, siendo ambos vocablos sinónimos el empleo de uno u otro, aun cuando se aparte del empleado por el precepto o norma aplicada en cada caso, carece de trascendencia jurídica. Y, como ejemplo de ello, podemos citar las Sentencias de Tribunal Supremo de 26 mayo 1989 (RJ 1989/3908) y 29 mayo 1995 (RJ 1995/4399), que en supuestos de cese en cargos de libre designación, hablan de la posibilidad de "libre remoción" como reconocimiento a favor de la Administración de una potestad discrecional de cese [...]».

[60] (RJCA 1998, 1097).

d) Asignación provisional de un puesto de trabajo para los cesados en los puestos de libre designación

El artículo 72 del RGI de 1995 prevé para los cesados en los puestos de libre designación una reserva de puesto de trabajo, el desempeño provisional de un puesto de trabajo de acuerdo con las previsiones establecidas en el RGI de 1995. El Órgano administrativo encargo de esta atribución será:

1. Los Subsecretarios en el ámbito de su Departamento, así como entre el Departamento y sus Organismos autónomos y, en su caso, Entidades Gestoras.
2. Los Presidente o Directores de Organismos autónomos y de la Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social en cuanto a los funcionarios destinados en ellos.
3. Los Delegados del Gobierno y Subdelegados [61] en el ámbito de sus respectivas competencias, a propuesta de los Directores o Jefes de unidades de los servicios periféricos de cada Departamento.

Los puestos cubiertos de este modo se convocarán para su provisión con carácter definitivo por medio de los sistemas previstos en las RPT. Los funcionarios que ostentaran un puesto en adscripción provisional como consecuencia de haber sido cesados en libre designación tendrán la obligación de participar en las correspondientes convocatorias.

Esta declaración ha sido interpretada por la STSJ de Santa Cruz de Tenerife, Canarias, de 15 de marzo de 1999 [62], reconociendo al funcionario la posibilidad de optar a obtener destino definitivo en el puesto al que ha sido adscrito provisionalmente. Su FD segundo explicita:

> «El acto infringe la "garantía del puesto de trabajo" que el artículo 72 del Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 364/1995 (RCL 1995/1133), establece en

[61] En cuanto a los Gobernadores civiles, véase la Ley 14 de abril de 1997, núm. 6/1997, de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, Disposición transitoria segunda, suprimiéndolos por los Subdelegados de Gobierno.

[62] (RJCA 1999, 684).

favor de los funcionarios cesados en puestos de libre designación, como es el caso del recurrente. Esta garantía consiste en que serán adscritos provisionalmente a un puesto de trabajo. Los puestos cubiertos por adscripción provisional serán convocados para su cobertura con carácter definitivo, teniendo los funcionarios que los desempeñen la obligación de participar en las correspondientes convocatorias. Pero además implica que se reconoce al funcionario la posibilidad de optar a obtener destino definitivo en el puesto al que ha sido adscrito provisionalmente.

El acto impugnado, al establecer que el puesto al que se adscribe provisionalmente, se amortizará en el plazo de dieciocho meses, desconoce el derecho del funcionario a optar a la plaza con carácter definitivo, obligándole irremediablemente a un nuevo cambio de puesto se amortice el puesto al que ha sido adscrito provisionalmente [...]».

e) El derecho al cargo no garantiza la inamovilidad en las funciones y el mantenimiento en el puesto de trabajo y tampoco supone una patrimonialización del mismo

La STSJ de Murcia de 30 de junio de 1999[63] declara que el derecho al cargo no garantiza la inamovilidad en las funciones pues sólo garantiza al funcionario el ejercicio genérico de las funciones públicas al servicio de la Administración. El derecho al cargo sólo puede entenderse lesionado cuando el funcionario sufriera un apartamiento efectivo de sus funciones, al extremo de privársele del trabajo, contenido esencial de la relación funcionarial configurado como deber y derecho del funcionario en activo[64].

Respetando ese contenido esencial y mínimo de la relación funcionarial el funcionario no puede oponer el derecho al cargo que emana de la relación de servicio al ejercicio por la Administración de su potestad para innovar el contenido competencial de sus órganos.

El FD tercero expone:

«Como decía esta Sección en su Sentencia 326/1991 el derecho al cargo no garantiza lo que podría llamarse de inamovilidad en las funciones, esto es, que éstas vayan a permanecer inalterables e inmunes al poder organizativo de la Administración, pues tal derecho sólo garantiza al funcionario el

[63] (RJCA 1999, 1588).
[64] *Vid.*, STS 11 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 5537).

ejercicio genérico de las funciones públicas al servicio de la Administración, de modo que visto desde un ángulo negativo el derecho al cargo sólo puede entenderse lesionado cuando el funcionario sufriera un apartamiento efectivo de sus funciones, al extremo de privársele del trabajo, contenido esencial de la relación funcionarial configurado como deber y derecho del funcionario en activo (STS de 11-11-1983 [RJ 1983/5537]). Respetando ese contenido esencial y mínimo de la relación funcionarial el funcionario no puede oponer el derecho al cargo que emana de la relación de servicio al ejercicio por la Administración de su potestad para innovar el contenido competencial de sus órganos [...]».

INDEMNIZACIÓN POR LIMITACIONES SINGULARES: ESTUDIO DEL ARTÍCULO 43 DE LA LEY DEL RÉGIMEN DEL SUELO Y VALORACIONES

POR

ALEJANDRA FRÍAS LÓPEZ

LETRADO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución de 27 diciembre 1978 dispone en su artículo 106.2 que:

> *«Los particulares, en los términos establecidos en la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».*

Esta previsión constitucional está desarrollada con carácter general por los artículos 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, de 26 de noviembre de 1992 (LRJAP), modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y por el Real Decreto de 26 marzo 1993 que aprueba el Reglamento de procedimientos administrativos en materia de Responsabilidad Patrimonial. Asimismo, siguen vigentes, en lo que no resulte contradicho por la LRJAP u otras normas legales, los artículos 121-123 de la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954 (LEF).

Esta regulación general es completada, en el ámbito urbanístico, por la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones, 6/1998, de 13 de abril, (LRSV en adelante), constituyendo una simple especificación del principio general de responsabilidad patrimonial del artículo 106.2 CE [1].

El título V de la LRSV, se dedica a los supuestos indemnizatorios, artículos 41 a 44. Para LASO BAEZA [2] las alteraciones introducidas por la nueva normativa respecto a la Ley del Suelo de 1992 afectan básicamente, y salvo algunos aspectos importantes, a la adopción de una nueva sistemática y a una alteración material más aparente que real. Los artículos 41 a 44 LRSV definen varios supuestos de privación o lesión de derechos urbanísticos a los que debe acompañar una indemnización. Los supuestos de privación o lesión no son homogéneos, refiriéndose tanto a los daños (directos o indirectos) derivados de la alteración del planeamiento urbanístico (arts. 41, 42, y 44.1 LRSV), como a las limitaciones singulares impuestas por la ordenación urbanística (art. 43 LRSV), o a los daños que irroga la actuación administrativa en su función de otorgamiento de licencias (art. 44.2 LRSV). Son todos ellos supuestos en que la ley otorga el derecho a obtener una indemnización de Derecho público.

2. REFERENCIA A LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DEL TÍTULO V DE LA LEY DE RÉGIMEN DEL SUELO Y VALORACIONES: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 164/2001, DE 11 DE JULIO

Por lo que respecta al ámbito competencial, el artículo 149.1.18.ª de la Constitución atribuye, no la legislación básica, sino la competencia exclusiva al Estado respecto del «sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas», por lo que las Comunidades Autónomas habrán de sujetarse a la legislación general al respecto, sin perjuicio de las especialidades procedimentales derivantes de su espe-

[1] Esta especificación debe entenderse en el sentido de precisión de dicho régimen general» (STS 15-2-1994, RJ 1448; 6-7-1995, RJ. 5527; y 31-1-1997, RJ. 275), por lo que, en lo no previsto, serán de aplicación las reglas generales de los artículos 106.2 CE y 139 y ss. LRJAP.

[2] LASO BAEZA, Vicente. El nuevo régimen de los supuestos indemnizatorios en la Ley 6/1998, de 13 de abril. *Revista de Derecho Urbanístico* n.º 163. julio-agosto 1998.

[3] De esta forma, la legislación de las Comunidades Autónomas suele remitirse, pura y simplemente a la legislación estatal, aunque en algunos casos se añadan principios muy generales, o se recojan, en parte, los preceptos estatales. Para la Administración local, el artículo 53 de la Ley de Bases de Régimen Local, de 2 abril 1985, se remite a legislación estatal.

cífica organización que reconoce el mismo precepto, y reitera el artículo 1.2 del RD de 26 de marzo de 1993 [3]. La Doctrina [4] ha puesto de manifiesto la incorrección de calificar los preceptos relativos a la responsabilidad de las Administraciones urbanísticas de preceptos generales o básicos, calificación que recoge la propia Disposición Final de la LRSV, pues el tenor de tales artículos no es establecer principios generales sobre la responsabilidad de la Administración urbanística, sino aplicar los principios generales contenidos en la Ley 30/1992 a un sector material concreto, regulando en toda su extensión supuestos concretos y específicos de responsabilidad. Deberían, por el contrario, haberse incluido entre aquellos que corresponden a la competencia exclusiva del Estado.

En base a lo expuesto podemos considerar errónea la redacción del artículo 55.1 [5] de la Ley de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, 1/1983, de 13 de diciembre, conforme al cual «*la responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid por los daños ocasionados a los ciudadanos en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos se regirá por la legislación básica del Estado en la materia y por las disposiciones que la Comunidad de Madrid dicte en el ejercicio de sus propias competencias*».

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la conformidad a la Constitución del Título V de la LRSV, en la sentencia 164/2001, de 11 de julio, (RJ: RTC 164), resolutoria de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley 6/1998 [6]. En esta sentencia se nos dice que:

[4] Por ejemplo CHINCHILLA PEINADO o GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO.

[5] Precepto redactado por Ley 8/1999, de 9 de abril, de adecuación de la normativa de la Comunidad de Madrid a la Ley estatal 4/1999.

[6] El Tribunal Constitucional, en su sentencia 61/1997, que declaró la inconstitucionalidad parcial del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, confirmó la constitucionalidad de los preceptos relativos a la responsabilidad de la Administración urbanística, aunque sin un criterio claro. En su fundamento jurídico 33 justifica la competencia estatal en el carácter básico de los preceptos, cuando, como hemos visto, al Estado corresponde el sistema, no las bases: «*la nota de generalidad de estos preceptos responde a la estructura de una regulación básica que se resuelve en contenidos mínimos o incompletos según los casos, susceptibles de desarrollos diversos*».

Seguidamente esta sentencia atiende al sistema como normativa común, considerando que: «*el artículo 149.1.18ª CE no puede excluir que, además de esa normativa común que representa el sistema de responsabilidad para todo el territorio, las Comunidades Autónomas puedan establecer otros supuestos indemnizatorios en concepto de responsabilidad administrativa, siempre que, naturalmente, respeten aquellas normas estatales con las que en todo caso habrán de cohonestarse y sirvan de desarrollo de una política sectorial determinada. En ese sentido, la eventual regulación de nuevos supuestos indemnizatorios en el ámbito de las competencias exclusivas autonómicas constituye una garantía —indemnizatoria— que se superpone a la garantía indemnizatoria general que al Estado competente establecer*».

- Todos los supuestos indemnizatorios de la LRSV tienen una clara incardinación competencial en el artículo 149.1.18 CE, que se refiere tanto a la «legislación de expropiación forzosa» como al «sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas».
- Al igual que hiciera en la anterior STC 61/1997, F. 33, (para las indemnizaciones por alteraciones del planeamiento), sin ánimo de imponer una determinada concepción teórica, y por coherencia con la propia doctrina del Tribunal Constitucional, opta por reconducir la regulación de todos los supuestos indemnizatorios de los artículos 41 a 44 LRSV, al sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas, y no al de la institución expropiatoria. La responsabilidad patrimonial que estos preceptos consagran es una institución distinta de la expropiación forzosa [7].
- Como también hiciera en la STC 61/1997, F. 33, reconoce que, más allá de la regulación estatal, las Comunidades Autónomas también pueden establecer otros supuestos indemnizatorios en concepto de responsabilidad administrativa, siempre que respeten aquellas normas estatales, con las que en todo caso habrán de cohonestarse, y sirvan al desarrollo de una política sectorial determinada.
- Finalmente afirma que de la regulación de los supuestos indemnizatorios en la LRSV no deriva ningún modelo de actuación urbanística, de forma que no puede hablarse de intromisión estatal en materia urbanística por medio de la regulación de los supuestos indemnizatorios. Cualquier modelo de ciudad, cualquier política urbanística, es compatible con la regulación de los supuestos indemnizatorios. La LRSV se limita entonces a impedir que los particulares soporten todas las consecuencias patrimoniales negativas que puedan derivar de la ordenación y disciplina urbanísticas.

3. INDEMNIZACIÓN POR LIMITACIONES SINGULARES

Como destacó GARRIDO FALLA [8], el término *«vinculación»* aparece referido por primera vez al ordenamiento urbanístico en la Ley

[7] Según GARCÍA DE ENTERRÍA, la expropiación forzosa «ha de tratarse ... de una privación deliberada y querida, producto, por tanto, de una decisión declaratoria, caracterizable típicamente entre los actos administrativos de gravamen, que restringen (aquí por la vía de un sacrificio específico) la esfera de los derechos o intereses del destinatario». A ello añade el citado autor que «este elemento ... resulta básico para distinguir a la expropiación forzosa de los supuestos determinantes de una responsabilidad ... de la Administración; esta responsabilidad cubre ... la hipótesis de daños producidos por hechos jurídicos ... o incluso por actos que no pretenden directamente la producción de un despojo patrimonial, sino otro efecto directo, pero que implican a la vez de ese efecto la producción residual de un daño ... En cambio, la expropiación es una actuación que directamente va ordenada a la producción del despojo o de la privación patrimonial».

del Suelo de 1976. El artículo 87.3 TRLS 1976 establecía que la indemnización por vinculaciones o limitaciones singulares requería una restricción del aprovechamiento urbanístico del suelo que no pudiera ser objeto de distribución equitativa entre los interesados. Si bien esto no impidió que la Jurisprudencia, a través de una interpretación sistemática y finalista, incluyese como supuestos que dan derecho a indemnización las vinculaciones dirigidas a la conservación de las edificaciones, en lo que excediesen de los límites de la normalidad y así lo recogió el Tribunal Supremo en varias sentencias [9].

El artículo 87.3 TRLS de 1976 fue derogado y sustituido por el artículo 239 TRLS 1992 [10], que ya introducía los dos supuestos indemnizatorios recogidos hoy en el vigente artículo 43 LRSV, 6/1998. Conforme al citado precepto del TRLS de 1992:

> *«Las ordenaciones que impusieran vinculaciones singulares en orden a la conservación de edificios, conferirán derecho indemnizatorios en cuanto excedan de los deberes legales y en la parte no compensada por los beneficios que resulten de aplicación. Las ordenaciones que impusieran vinculaciones o limitaciones singulares que lleven consigo una restricción del aprovechamiento urbanístico del suelo que no pueda ser objeto de distribución equitativa entre los interesados conferirán derecho a indemnización.»*

Siguiendo la doctrina italiana, los profesores GÓMEZ FERRER Y BASSOLS COMA [11] definieron la vinculación como expresión de la situación de sujeción o deber de la propiedad frente a los planes y sus instrumentos de actuación. De ahí que toda vinculación conlleve un acto de afectación de los bienes en beneficio del interés público, surgiendo el derecho a indemnización cuando la vinculación, realizada a favor de la colectividad perjudique de forma singular a determinados particulares. Es por ello que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han admitido la inexistencia de derecho a

[8] GARRIDO FALLA, Fernando. «El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada». *Revista de Administración Pública* n.º 81.

[9] SSTS 11-02-1985, 30-07-1987, 26-01-1988 o 29-11-1989.

[10] A su vez el artículo 239 TRLS 1992 fue derogado por la Disposición Derogatoria Única de la LSV 6/1998.

[11] GÓMEZ FERRER Y BASSOLS COMA, «La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos». Quinto Congreso de la Asociación Italo-Española de Profesores de Derecho Administrativo. 1975.

indemnización en los supuestos de limitaciones legales que no tienen un carácter singular. Al respecto podemos citar las SSTS de 15 de marzo de 1989, 6 de abril y 22 de noviembre de 1994, declarando que las limitaciones del dominio establecidas en la legislación de carreteras no son, en principio, indemnizables, pues, por su propia generalidad, no constituyen una privación singular de derechos e intereses patrimoniales.

A las limitaciones singulares se refiere, bajo esta misma rúbrica, el artículo 43 LRSV 6/1998, que tiene carácter básico, con el siguiente tenor:

> *«Las ordenaciones que impusieran vinculaciones o limitaciones singulares en orden a la conservación de edificios, en lo que excedan de los deberes legalmente establecidos, o que lleven consigo una restricción del aprovechamiento urbanístico del suelo que no pueda ser objeto de distribución equitativa entre los interesados, conferirán derecho a indemnización.»*

Según el *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*, el término «*vinculación*», procedente del latín «*vinculatio*» es la acción y efecto de vincular o vincularse, que se define como perpetuar o continuar una cosa o el ejercicio de ella. Para LASO MARTÍNEZ [12] las vinculaciones se refieren, no a las calificaciones creadas *ex novo* por el planeamiento, sino que precisamente consisten en tener en cuenta un uso de hecho precedente, que prescindiendo de la previa redistribución congela o vincula el edificio al uso precedente, lo que a juicio del citado autor, sin cuestionar la calificación, provoca la amortización definitiva de unos bienes simplemente por la preexistencia del uso.

Analizando la Jurisprudencia podemos citar los requisitos que han de concurrir para que una limitación del dominio pueda configurarse como singular e indemnizable conforme a la normativa urbanística:

- Es preciso que el daño que se pretende sea resarcido derive de una ordenación urbanística y no de cualquier otra naturaleza, en cuyo caso la existencia de derecho a indemnización se analizaría bajo la perspectiva de la normativa correspondiente. Podemos citar la STS de 31 de enero de 1997, en la que se analiza la inexistencia de limitación singular en relación al Decreto 103/1987, de 22 de octubre, de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Como dice nuestro Alto Tribunal, la norma citada no impone limitaciones al aprovechamiento urbanístico, pues no

[12] LASO MARTÍNEZ, José Luis. *Derecho Urbanístico. La propiedad ante el planeamiento urbanístico*. Ed. Montecorvo, 1981.

varía las condiciones de aprovechamiento urbanístico o de edificabilidad de las parcelas, ni impone limitación singular alguna en cuanto a la edificabilidad, número de alturas, retranqueos, clasificación de las parcelas, etc. Este Decreto únicamente regula las características arquitectónicas de las instalaciones hoteleras, exigiendo un número de metros cuadrados de suelo por plaza hotelera que se pretende habilitar, de tal modo que el volumen edificable es el mismo antes y después del Decreto citado.
- Es necesario que sea consecuencia de una limitación o vinculación singular. La citada STS de 31 de enero de 1997 nos dice en relación al Decreto balear 103/1987 que no estamos ante una limitación singular, pues se trata de una disposición de carácter general aplicable a todas las parcelas en que pretenda construirse una instalación hotelera.
- Que tal vinculación o limitación conlleve un deber de conservación de la edificación, excediendo de los deberes legalmente establecidos o una restricción del aprovechamiento urbanístico.
- Que la efectividad del daño resulte de imposible compensación a través de las técnicas prescritas por la Ley para lograr la equitativa distribución de beneficios y cargas. Como señala LASO BAEZA [13] el derecho a indemnización surge para resarcir el perjuicio que la vinculación ocasiona al particular que ha de soportarla, en aquellos supuestos en que no puede ser objeto de distribución equitativa entre los propietarios.

Entrando en el análisis concreto del artículo 43 LRSV observamos que recoge dos modalidades de vinculación o limitación singular, las relativas a la conservación de edificios y las que llevan consigo una restricción del aprovechamiento urbanístico que no pueda ser objeto de distribución equitativa entre los interesados, ambas objeto de análisis en el presente estudio.

3.1. Vinculaciones o limitaciones singulares en orden a la conservación de edificios

3.1.1. Deber de conservación y rehabilitación

El artículo 19 LRSV 6/1998, de carácter básico, establece en su apartado primero, el deber legal de los propietarios de conservación y

[13] LASO BAEZA, Vicente. «Vinculaciones singulares, agente urbanizador, titularidad litigiosa, unidades de ejecución y reversión en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia». *Revista de Derecho Urbanístico* n.º 204. Septiembre de 2003, pp. 121 y siguientes.

rehabilitación, debiendo mantener las construcciones en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público. Esta obligación venía ya recogida en el artículo 181.1 TRLS de 1976, que fue derogado y sustituido por el artículo 245.1 del TRLS de 1992, hoy vigente[14]. Reitera esta carga el artículo 10.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística, aprobado por Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio.

Este precepto impone un deber genérico a todos los propietarios, habilitando al efecto una potestad administrativa que se ejercerá, de forma compartida e indistinta[15], por la Administración autonómica y local, estableciendo en cada caso concreto, una específica obligación de hacer, la realización de las obras que se consideren necesarias para mantener el nivel de seguridad, salubridad y ornato exigible. La determinación del contenido concreto del deber de conservación vendrá dada en las Ordenanzas municipales, que son las llamadas a precisar las condiciones de seguridad, salubridad y ornato público exigibles.

Según la dicción literal del precepto analizado, artículo 19 LRSV, para que los deberes de conservación de los edificios sean indemnizables es preciso que excedan de los *«deberes legalmente establecidos»*. Sin embargo esta redacción no es del todo acertada, pues lo que determina el derecho a indemnización es el exceso sobre los deberes normales u ordinarios de conservación, con independencia de que vengan legalmente establecidos, de forma que los deberes de conservación que rebasen los normales, también vienen legalmente establecidos, pero conllevan derecho a indemnización[16]. Así se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, STS de 11 de febrero de 1985, (RJ 1019):

> *«...las cargas que impongan la conservación de los edificios no dan lugar a indemnización siempre que se mantengan dentro de los límites de la normalidad, siendo, no obstante, indemnizables las que excedan de tal límite, esto es, las que no sean encuadrables como de "conservación" del edificio».*

Esta obligación puede venir impuesta directamente por la legislación urbanística o sectorial, en los instrumentos de planeamiento, o a través de Ordenanzas municipales.

[14] Para considerar conforme a la Constitución este precepto, el Tribunal Constitucional entendió que trataba de fijar las condiciones básicas del ejercicio del derecho de propiedad urbana, obligando a su titular a soportar el coste económico de la conservación siempre que no rebase el límite razonablemente exigible por virtud de la función social de la propiedad.

[15] El ejercicio de la competencia de forma indistinta por la Administración autonómica y local venía ya consagrado en el artículo 209 TRLS de 1976, precepto hoy vigente.

[19] BELTRÁN AGUIRRE. Obra colectiva *Comentarios a la Ley sobre régimen del Suelo y Valoraciones, 6/1998, de 13 de abril*, Ed. Aranzadi.

En todo caso el límite del deber de conservación, a partir del cual la Administración no podría obligar al propietario a reparar se encuentra en aquellos supuestos en que la edificación se halle en estado ruinoso, procediendo en estos casos su demolición, y ello porque en estos casos, la reparación excedería del deber de conservar el inmueble en un estado normal de seguridad, salubridad y ornato.

En cuanto a lo que hemos de considerar como reparaciones normales dispone la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de julio de 1990, (RJ 6011):

> *«...se viene considerando daño de reparación normal aquel que, aun suponiendo* obra *de reconstrucción que afecte a algún elemento estructural, sea de alcance parcial,* de coste no excesivo y se realice en edificio en buen estado *general de conservación sin síntomas de agotamiento estructural».*

A la declaración del estado de ruina se refiere el artículo 183.2 del TRLS de 1976[17], siendo supuestos que la determinan:[18]

- El daño no reparable técnicamente por los medios normales. La jurisprudencia viene entendiendo comprendidas dentro de esta causa las obras de reconstrucción extensas que afectan a gran parte del edificio, los medios que impliquen sustituir o derribar para reponer elementos esenciales de la edificación, tales como los estructurales —paredes maestras, suelos y techos— y en general de todas aquellas partes que dotan al edificio o contribuyen a su seguridad. Por ejemplo SSTS 12 y 21 de febrero y 18 de abril de 1975.
- El coste de la reparación superior al 50 por 100 del valor actual del edificio o plantas afectadas. El criterio económico exige

[17] Artículo 183 TRLS 1976: *«1. Cuando alguna construcción o parte de ella estuviere en estado ruinoso, el Ayuntamiento, de oficio o a instancia de cualquier interesado, declarará y acordará la total o parcial demolición, previa audiencia del propietario y de los moradores, salvo inminente peligro que lo impidiera. 3. Si el propietario no cumpliere lo acordado por el Ayuntamiento, lo ejecutará éste a costa del obligado. 4. Si existiere urgencia y peligro en la demora, el Ayuntamiento o el Alcalde, bajo su responsabilidad, por motivos de seguridad, dispondrá lo necesario respecto a la habitabilidad del inmueble y desalojo por sus ocupantes. 5. Las mismas disposiciones regirán en el supuesto de que las deficiencias de la construcción afectaran a la salubridad».*

[18] Habrá que estar igualmente al concepto de ruina que recoja la legislación específica, tanto estatal como autonómica. Así, por ejemplo en el ámbito de la Comunidad de Madrid, el artículo 25.2 de la Ley 10/1998, de 9 de julio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid dice que *«se considerará estado ruinoso, a los efectos de esta Ley, la situación en que se encuentra un edificio cuando, debido al deterioro sufrido, todos los valores que llevaron a su consideración como bien cultural, objeto de protección, hayan desaparecido de forma que no pueda intentarse siquiera su restauración».*

poner en relación el valor de la reparación con el valor del edificio en el momento del inicio del expediente de declaración de ruina, sin que pueda incluirse en este último el precio del suelo en el que se haya ubicado el edificio.

- Circunstancias urbanísticas que aconsejaren la demolición del inmueble[19].
- Junto a estas causas habría que añadir la existencia de deficiencias de la construcción que afectaran a la salubridad, a que alude el artículo 183.5 del citado TRLS. Entendemos que las deficiencias deben ser de entidad semejante a las recogidas en el apartado segundo del citado precepto y por tanto no reparables por medios normales o de reparación excesivamente costosa.

En cualquiera de estos supuestos cesa el deber de conservación y surge la obligación contrapuesta de derribar o demoler los edificios en estado de ruina que impone el artículo 389 del Código civil:

> *«Si un edificio, pared, columna o cualquiera otra construcción amenazase ruina, el propietario estará obligado a su demolición, o a ejecutar las obras necesarias para evitar su caída; y si no lo verificase el propietario de la obra ruinosa, la autoridad podrá hacerla demoler a costa del mismo».*

Ligado con el deber de demolición se encuentra el denominado interdicto de obra ruinosa[20] a cuyo procedimiento se refiere el artículo 250.1.6.º de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero:

> *«Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: 6.º Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace causar daños a quien demande»*[21].

[19] Este supuesto hace referencia a las edificaciones fuera de ordenación o disconformes con el planeamiento, a que refiere el vigente artículo 60 TRLS de 1976, en las que no es posible realizar obras de consolidación. STS de 28 de noviembre de 1975.

[20] FRÍAS LÓPEZ, Alejandra, «Los interdictos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil». *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, n.º 9, enero-abril de 2001, pp. 11 y siguientes.

[21] La finalidad de este procedimiento es eminentemente preventiva, ya que, al igual que su antecedente romano, la *cauti damni infecti*, tiende a impedir que se cause daño con una obra en estado de ruina. Este es el fin del interdicto de obra ruinosa: «impedir que cause daño una obra ruinosa», sirviéndonos de la propia terminología legal. Es decir, impedir o evitar el daño temido. No repugna, por tanto, calificar a este interdicto como de daño temido, al estilo de la terminología consagrada en Italia, al hablarse de *denunzia di danno temuto*, cuando el artículo 1.172 del Codice Civile otorga al propietario, al titular de otro derecho real de goce o al poseedor, que tengan razón de temer de algún edificio, árbol u otra cosa que amenace peligro, un daño grave y próximo sobre la cosa que constituye el objeto de su derecho o de su posesión, el poder denunciar el hecho a la autoridad judicial y obtener, según las circunstancias, que se provea para evitar el peligro.

3.1.2. Satisfacción del coste de las obras

El artículo 19.2 LRSV establece una cláusula general de remisión a la normativa aplicable, disponiendo que el coste de las obras necesarias se sufragará por los propietarios o por la Administración, en los términos que establezca la legislación aplicable.

El vigente artículo 246.2 TRLS 1992[22], referido a las obras de conservación por motivos turísticos o culturales, contiene como parámetro el deber normal de conservación del propietario así como la necesidad de que la mejora repercuta en beneficio del interés general:

> *«Las obras se ejecutarán a costa de los propietarios si se contuvieren en el límite del deber de conservación que les corresponde, y con cargo a fondos de la Entidad que lo ordene cuando lo rebasare para obtener mejoras de interés general».*

3.1.3. Vinculaciones o limitaciones singulares por inclusión de la edificación en Catálogo de Protección de Patrimonio Arquitectónico

La Ley de Patrimonio Histórico, 16/1985, de 25 de junio[23], se refiere tanto a las limitaciones, artículos 20 a 25[24], como las medidas de protección, artículos 35 a 39.

Como ejemplo podemos citar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 30 de septiembre de 2002, en la que los propietarios de un edificio sito en la calle Fernando VI de Madrid recurrían el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid por el que se aprobó definitivamente el Plan General de Ordenación Urba-

[22] El Tribunal Constitucional declaró constitucional este precepto por estimar que fijaba las condiciones básicas del ejercicio del derecho de propiedad, obligando a soportar el coste económico de las obras de conservación, siempre que no excedan del límite razonablemente exigible por virtud de la función social de la propiedad.

[23] Que vino a sustituir a la Ley republicana del Patrimonio Histórico-Artístico de 13 de abril de 1933. En este ámbito pueden citarse la Carta de Venecia de 1964, extendiendo el concepto de monumento de las grandes creaciones arquitectónicas del pasado a las obras modestas que hayan adquirido con el tiempo una significación cultural; la Carta Europea del Patrimonio Arquitectónico de 1975, o la Directiva 96/100/CE, del Parlamento y del Consejo de 17 de febrero de 1997.

[24] El artículo 20 establece que la declaración de un conjunto histórico como bien de interés cultural obliga al Municipio correspondiente a redactar un Plan Especial de protección del área afectada u otro instrumento de planeamiento equivalente, cuya aprobación requerirá el informe favorable de la Administración competente en materia de bienes culturales.

na de Madrid, que incluía en el Catálogo de elementos protegidos el citado edificio. Los recurrentes solicitaban la declaración de no ser conforme a derecho el Acuerdo recurrido, en lo referente a la inclusión del inmueble de su propiedad en el Catálogo de Elementos Protegidos así como el reconocimiento del derecho a indemnización por la restricción del aprovechamiento urbanístico, respecto del que le correspondería si el edificio no hubiera sido catalogado y por la obligación de conservación, en cuanto excede del deber legal ordinario de conservación. Basándose en el dictamen pericial emitido en sede jurisdiccional, la Sala entiende que la catalogación y protección dada por el Plan al edificio propiedad de los recurrentes resultaba adecuada, no habiéndose acreditado por la parte actora que aquella resulte excesiva o desproporcionada. En este supuesto concreto el Plan impone a los propietarios del edificio citado la obligación de conservar su volumetría y sus elementos arquitectónicos más destacados, sujetándose la edificación a un restrictivo régimen respecto de la posible ruina y demolición, así como a unas rígidas condiciones especiales de usos y de obras. La Sala estima parcialmente el recurso por entender que la congelación de la volumetría del edificio supone una verdadera restricción del aprovechamiento urbanístico del suelo al impedir a sus propietarios disfrutar del aprovechamiento urbanístico previsto para la zona con carácter general, mientras que el resto de los edificios de ésta permanecen en el tráfico urbanístico con todo su aprovechamiento intacto, del cual sus propietarios disfrutan sin límite, lo que constituye una verdadera vinculación singular que debe ser indemnizada. La cuantía de la indemnización alcanzará el perjuicio causado por la disminución del aprovechamiento urbanístico respecto del que le hubiera correspondido si el edificio no hubiera sido catalogado.

Nuestro Tribunal Supremo ha considerado como vinculación singular indemnizable, la imposición al titular de una finca catalogada de la obligación de conservación del jardín, y del estado y configuración del edificio, sin poder disfrutar del aprovechamiento urbanístico establecido para la zona, sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1999, (RJ 2348).

Habrá que tener en cuenta, a efectos indemnizatorios, los supuestos en que la legislación que imponga los deberes de conservación más allá del límite de la normalidad, prevea mecanismos compensatorios como subvenciones o beneficios fiscales, pues no existirá derecho a indemnización cuando la inclusión de la edificación en el Catálogo se compense por el Plan, por ejemplo mediante una ordenanza reguladora de ayudas y subvenciones. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1996, (RJ 9525), rechaza el

derecho a indemnización por inclusión de varios edificios propiedad de los recurrentes en el Plan Especial de Protección del Patrimonio Arquitectónico de Sabadell, en base a que el propio Plan preveía el problema de los mayores costes de conservación que para los propietarios suponía la inclusión de sus propiedades en el Catálogo del Plan. Textualmente el Plan decía que «la Corporación Municipal aprobará una Ordenanza reguladora de las ayudas y subvenciones a los propietarios de bienes catalogados, regulando entre otros aspectos, las ayudas a aquellos propietarios que se vean obligados a realizar obras que excedan del deber de conservación», con lo que directamente se confiere a los propietarios afectados el derecho a reclamar del Ayuntamiento el coste de las obras de conservación en la medida en que excedan del deber ordinario.

- **Planes especiales de protección de edificios o monumentos**

Estos Planes concretan la vinculación singular y la lesión patrimonial consiguiente. El retraso en la redacción del plan especial y catálogo podrá dar lugar a responsabilidad, pero no por la existencia de limitaciones singulares que no se concretan hasta la aprobación del plan especial que desarrolle el general. Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de julio de 1995, (RJ 5527).

La STS de 11 de febrero de 1985, (RJ 1019) rechazó por prematura y por tanto extemporánea, la pretensión de indemnización por limitación singular impuesta en un PGOU al no haber finalizado el plazo de dos años concedido al Ayuntamiento competente para proceder a la elaboración de un «Catálogo y Plan Especial de Protección del Conjunto Monumental».

3.1.4. Valoración de los perjuicios indemnizables

La Jurisprudencia ha proclamado en esta materia el principio de indemnidad o reparación integral, restituyendo al propietario al valor total anterior a la imposición de la limitación singular.

Para GONZÁLEZ PÉREZ[25], «no resultará difícil probar el importe de la cuantía de la indemnización. Vendrá dado por la diferencia entre el coste de las obras de conservación y los beneficios patrimoniales que se hubiesen percibido», admitiendo que se compense por los beneficios que resulten de aplicación, como expresamente establecía el artículo 239.1 de la Ley del Suelo de 1992. El mismo criterio

[25] GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones*, Ed. Civitas.

es compartido por BELTRÁN AGUIRRE [26], para el cual «conforme al régimen de la responsabilidad patrimonial, sólo son indemnizables los daños reales y efectivos, esto es, los que de una forma cierta y real se han producido. Por consiguiente, la indemnización sólo alcanzará a aquellos gastos no compensados por las ayudas o beneficios obtenidos en aplicación de la legislación que los regula. Esto es algo indubitado lo diga o no expresamente la Ley».

3.2. Vinculaciones o limitaciones singulares que lleven consigo una restricción del aprovechamiento urbanístico del suelo que no pueda ser objeto de distribución equitativa entre los interesados

Uno de los principios básicos que consagra la LRSV 6/1998, al igual que hacía la legislación anterior, es el reparto equitativo de beneficios y cargas. Así dispone en su artículo 5 que:

> *«Las leyes garantizarán en todo caso el reparto de los beneficios y cargas derivados del planeamiento, entre todos los propietarios afectados por cada actuación urbanística, en proporción a sus aportaciones»* [27].

Las reducciones del aprovechamiento urbanístico contenidas en la normativa urbanística o sectorial, como manifestación de la ordenación del uso de los terrenos y construcciones por los Planes de Urbanismo, no generan por sí derecho a indemnización, pues implican meras limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad según su calificación urbanística. Para que estas ordenaciones que imponen vinculaciones o limitaciones singulares sean indemnizables es necesario que lleven consigo una restricción del aprovechamiento urbanístico del suelo que no pueda ser objeto de distribución equitativa entre los interesados, de forma que se de una privación singular que vulnere el principio de equidistribución de beneficios y cargas. Así, el problema fundamental radicará en diferenciar los casos de ordenaciones que supongan vinculaciones o limitaciones singulares, de aquellas otras determinaciones generales que se limitan a imponer limitaciones y deberes propios de la ordenación urbanística. De esta forma, si es posible distribuir los beneficios y cargas, la limitación dejará de ser singular, y por tanto no será indemnizable.

[26] BELTRÁN AGUIRRE, Obra colectiva *Comentarios a la Ley sobre el Régimen del Suelo y Valoraciones*. Ed. Aranzadi.

[27] Este precepto tiene carácter básico según la Disposición Final de la LRSV 6/1998.

Este hecho habrá de probarse por quien reclame la indemnización, conforme al principio general de carga de la prueba recogido en el clásico aforismo romano *incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, plasmado en el derogado artículo 1214 del Código civil y en el vigente artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, si bien la Jurisprudencia ha admitido la inversión de la carga de la prueba, trasladándola a la Administración, en los supuestos en que ésta tenga más facilidad para ello.

Según sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de marzo de 1989, (RJ 2240):

> *«...cuando para una de las partes resulta más fácil que para la otra el acreditamiento de un hecho, ello ha de repercutir sobre aquella carga trasladando la necesidad de probar a quien tenía más facilidad para ello: la imposibilidad de la justa distribución de los beneficios y cargas del planeamiento es un hecho negativo y el positivo contrario —la posibilidad de aquella distribución—; no tendría que resultar difícil para un Ayuntamiento que cuenta con la importante organización del apelante».*

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1996, (RJ 9525), analiza un supuesto de vinculación singular por restricción de aprovechamiento con imposibilidad de distribución equitativa de beneficios y cargas. En este caso, rechazada la existencia de vinculación en orden a la conservación de edificios, por prever el Plan mecanismos compensatorios al efecto, sí se reconoce el derecho a indemnización por vinculación singular por pérdida de parte del aprovechamiento urbanístico, al someter a los propietarios a la obligación de mantener la actual volumetría de la edificación. Como pone de manifiesto el Alto Tribunal, en el Plan Especial de Protección del Patrimonio Arquitectónico, no se establece una ordenación aplicable a todas las edificaciones, ni limitaciones para todos los edificios de un sector o de una zona, sino que refiere su regulación a ciertos edificios aislados, a los que se somete a unas restricciones de aprovechamiento no aplicables a todas las demás edificaciones del Municipio, sector o zona, de forma que alguno de estos edificios es el único de la manzana, de la zona o del barrio sometido a la limitación de aprovechamiento, mientras los colindantes y todos los demás permanecen en el tráfico urbanístico con todo su aprovechamiento intacto, lo que contradice la exigencia de la justa distribución de los beneficios y cargas del planeamiento. En este supuesto, además, el Tribunal Supremo declara expresamente que el que se permita añadir cierto volumen a

la parte posterior del edificio no altera la existencia de una verdadera restricción del aprovechamiento urbanístico.

- En este ámbito existe la necesidad de agotar, con carácter previo a la reclamación de indemnización, todas las vías establecidas al efecto, y así lo recoge reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo la sentencia de 11 de febrero de 1985, (RJ 1019):

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

Conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1992, (RJ 3016):

> *«Sólo en el caso de que la efectividad del daño resulte de imposible compensación a través de las técnicas prescritas por la Ley para lograr la equitativa distribución de beneficios y cargas, cabe acudir a este procedimiento singular dado que para que el daño sea real y actual esto es, indemnizable, es preciso que quien pida la indemnización haya agotado, sin éxito, todas las vías legalmente establecidas al efecto, porque sólo así quedará acreditado el carácter de no distribuible de la carga o vinculación impuesta».*

Y según la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1989, (RJ 4732):

> *«Es este un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración —sentencia de 20 de marzo de 1989, derivado de la actuación de la potestad de planeamiento— es decir, de un funcionamiento normal de los "servicios públicos" que se justifica por la existencia de una lesión del derecho a la distribución equitativa de las cargas y beneficios del planeamiento que por prescripción legal se integra dentro del contenido normal de la propiedad, artículos 83,4 y 87, 1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo. Ciertamente el planeamiento da lugar a importantes desigualdades pero las corrige mediante los mecanismos de distribución de los beneficios y cargas. Cuando estos mecanismos se muestran incapaces para reestablecer la igualdad, ha de entrar en juego el remedio excepcional y subsidiario de la indemnización, es decir, de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Ello implica que la lesión indemnizable, sólo cuando ésta existe puede entrar en juego la figura de la responsabilidad de la Administración, se configura por dos elementos: a) una restricción singular del aprovechamiento urbanístico del suelo y b) la imposibilidad de su distribución equitativa».*

3.2.1. Necesidad de realizar una valoración pormenorizada de las circunstancias concurrentes

Este requisito viene recogido, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1985, (RJ 1019), 26 de febrero de 1992, (RJ 3016) y 6 de julio de 1995, (RJ 5527):

> *«Debe afirmarse con carácter general, la necesidad de una valoración pormenorizada, de las circunstancias concurrentes en cada caso para apreciar la existencia o no de lesión o perjuicio indemnizable, dado que la restricción en el uso o en la intensidad del aprovechamiento no tiene por qué generar, sin más, una menor valoración en el mercado (conservación de formas y fachadas, mantenimiento del mismo volumen, etc.), unido a que el importe de una eventual indemnización dependerá de varios factores y entre ellos del nivel de aprovechamiento del sector de situación y del número de los inmuebles afectados singularmente por este tipo de limitaciones, ya que en el caso de una cierta flexibilidad en los unos, manteniendo el volumen, eliminaría en gran parte la posibilidad de indemnización».*

3.2.2. Limitaciones impuestas por la Legislación Sectorial

Es frecuente que la legislación sectorial, de carreteras, medio ambiente, conservación de espacios naturales, montes, puertos, costas[28]... imponga limitaciones a la propiedad, en relación con la orde-

[28] La Ley de Costas, 22/1988, de 28 de julio, prohíbe en zona de servidumbre de protección las edificaciones destinadas a residencia o habitación, y establece limitaciones a la

nación territorial y urbanística, a modo de servidumbres, zonas de protección... Debemos reiterar que la Jurisprudencia ha rechazado la existencia de derecho a indemnización en los supuestos de limitaciones legales que no tienen un carácter singular, pudiendo citar las SSTS de 15 de marzo de 1989, 6 de abril y 22 de noviembre de 1994, que declaran que las limitaciones del dominio establecidas en la legislación de carreteras no son, en principio, indemnizables, pues, por su propia generalidad, no constituyen una privación singular de derechos e intereses patrimoniales.

3.3. Requisitos temporales

Con carácter general, y de acuerdo con el artículo 142.5 LRJAP y PAC, el derecho a reclamar prescribe, al año siguiente al hecho o acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo [29].

En la regulación legal contenida en la Ley 30/1992, este plazo queda fijado claramente como de prescripción, y así lo venía entendiendo mayoritariamente la jurisprudencia (STS 25-6-1982, RJ 4852; 31-10-1983, RJ 5298; y 20-6-1984, RJ 3722), ante la contradicción entre la LEF de 16 de diciembre de 1954, que hablaba de caducidad, y la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, que se refería a la prescripción. Al ser un plazo de prescripción, de acuerdo con el artículo 1973 del Código civil, puede interrumpirse por cualquier reclamación judicial o extrajudicial, esto es, tanto por el ejercicio de acciones judiciales como por la reclamación ante los órganos de la propia Administración (STS 21-9-1984, RJ 4416).

En los supuestos en que se ejercite una pretensión indemnizatoria por vinculación singular, GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO [30] pone de manifiesto que, «con carácter general, se afirma por la doctrina y la jurisprudencia [31], que únicamente cabe ejercitarla en la fase de gestión

ordenación territorial y urbanística en los terrenos incluidos en la zona de influencia. Artículos 25.1.a) y 30.

[29] Salvo en el caso de los daños físicos o psíquicos, en los que el plazo se computará desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

[30] GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco, «La Responsabilidad patrimonial de la Administración: especial consideración del ámbito urbanístico», *Revista de Derecho Urbanístico* n.º 182, diciembre de 2000, pp. 11 y siguientes. Con cita de CHINCHILLA PEINADO, «Urbanismo y Responsabilidad Patrimonial». *Revista de Derecho Urbanístico* n.º 162. Junio 1998, pp. 55 y siguientes. VICENTE DOMINGO, «Las alteraciones del planeamiento urbanístico», 1994, p. 93; MERELO ABELA, «Régimen jurídico del suelo y gestión urbanística», 1995, p. 572, y GIL IBÁÑEZ, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por las vinculaciones singulares en la jurisprudencia», *Praxis Urbanística* n.º 15, 1997, p. 9.

[31] Sentencias del Tribunal Supremo de 3-10-1988, RJ. 7422; 11-7-1990, RJ. 6033; 31-10-1990, RJ. 8435; 27-3-1991, RJ. 2226; 26-6-1991, RJ. 5266; 23-1-1995, RJ. 315; 6-7-1995, RJ. 5527; 23-12-1995, RJ. 9113; 11-12-1997, RJ. 9464; y 9-12-1997, RJ. 667/98.

y no en la de planeamiento, puesto que será allí donde se verifique efectivamente la inexistencia o insuficiencia de las técnicas redistributivas de los beneficios y las cargas del planeamiento... En otros términos, será en el momento de la ejecución del planeamiento cuando la lesión al particular será efectiva y evaluable económicamente y no un simple daño potencial... Pero tal posición quiebra cuando del planeamiento mismo deriva ya la imposibilidad de una corrección de la limitación singular a través de mecanismos distributivos». Así, por ejemplo, «si existe un plan especial cuyas determinaciones individualicen y concreten tanto la limitación singular como la lesión patrimonial subsiguiente, no será necesario esperar a la fase de gestión, puesto que existirá desde la aprobación del correspondiente plan la lesión efectiva» [32].

Podemos citar la STS de 11 de febrero de 1985 [33], (RJ 1019) que rechazó por extemporánea, en concreto por prematura, la pretensión de indemnización por limitación singular impuesta en el PGOU de Córdoba. En este caso el propio Plan General concedía al Ayuntamiento de Córdoba un plazo de dos años para proceder a la elaboración de un «Catálogo y Plan Especial de Protección del Conjunto Monumental», conteniendo las determinaciones fijadas en la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español y concretando las afecciones específicas, contenido de la protección, ventajas fiscales y demás determinaciones administrativas que de forma singularizada regulasen el régimen a que los edificios y monumentos quedasen sometidos en las vinculaciones que sobre los mismos ya establecía el PGOU. Al producirse la pretensión indemnizatoria sin haber concluido el plazo que el Plan General establecía para la formulación del Catálogo y Plan Especial de Protección, se reputa como extemporánea, señalando el Tribunal que sólo en el momento en que el Catálogo y Plan Especial se produzcan, concluyendo el planeamiento en su fase de ordenación, será posible conocer, con plenitud y exactitud, el alcance de la indemnización solicitada, tanto en orden a su procedencia como a su cuantía.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez y Álvarez, J. L. *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español y la Ley de 25 de junio de 1985*. Ed. Civitas. 1988.

[32] Criterio afirmado por las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1988 (RJ. 6086), 20 de marzo y 29 de noviembre de 1989 (RJ. 2240 y 8370), 29 de abril y 18 de diciembre de 1991 (RJ. 3431 y 9752), 26 de febrero de 1992 (RJ. 3016) y 6 de julio de 1995 (RJ. 5527).

[33] Caso similar analiza la STS de 3 de octubre de 1988

Bassols Coma, M. «Instrumentos legales de intervención urbanística en los centros y conjuntos históricos». *Revista de Derecho Urbanístico* n.º 114, 1990.

Beltrán Aguirre. Obra colectiva *Comentarios a la Ley sobre régimen del Suelo y Valoraciones, 6/1998, de 13 de abril*, Ed: Aranzadi.

Bensusan Martín, M.ª P. *La protección urbanística de los inmuebles históricos*. Ed. Comares, 1996.

Chinchilla Peinado, Juan Antonio. «Urbanismo y responsabilidad patrimonial». *Revista de Derecho Urbanístico* n.º 162. Junio 1998, pp 55 y siguientes.

Frías López, Alejandra. «Los interdictos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil». *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, n.º 9, enero-abril de 2001, pp. 11 y siguientes.

García Gómez de Mercado, Francisco. «Urbanismo y contencioso-administrativo, breves reflexiones en torno a la Ley francesa de 9 de febrero de 1994». *Revista de Administración Pública*, n.º 141, septiembre-diciembre de 1996.

García Gómez de Mercado, Francisco. «La responsabilidad patrimonial de la Administración: especial consideración del ámbito urbanístico». *Revista de Derecho Urbanístico*, n.º 182, diciembre de 2000, pp. 11 y siguientes.

Garrido Falla, Fernando. «El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada». *Revista de Administración Pública*, n.º 81.

Garrido Falla, Fernando. «Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa». *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 94, abril-junio 1997.

Gil Ibáñez. «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por las vinculaciones singulares en la jurisprudencia», *Praxis Urbanística*, n.º 15, 1997.

Gómez Ferrer y Bassols Coma. «La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos». Quinto Congreso de la Asociación Italo-Española de Profesores de Derecho Administrativo. 1975.

González Pérez y González Navarro. «*Comentarios a la LRJAP y PAC, comentarios al artículo 107*», Ed Civitas, 1997.

— *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, apartado *El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos: algunas reflexiones en las vísperas de su consagración administrativa*. Ed. Civitas, 1993, pp. 727 y siguientes.

Laso Baeza, Vicente. «El nuevo régimen de los supuestos indemnizatorios en la Ley 6/1998, de 13 de abril». *Revista de Derecho Urbanístico*, n.º 163. Julio-agosto 1998, pp. 137 y siguientes.

Laso Baeza, Vicente. «Vinculaciones singulares, agente urbanizador, titularidad litigiosa, unidades de ejecución y reversión en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia». *Revista de Derecho Urbanístico*, n.º 204. Septiembre de 2003, pp. 121 y siguientes.

Laso Martínez, José Luis. *Derecho Urbanístico. La propiedad ante el planeamiento urbanístico*. Ed. Montecorvo, 1981.

Merelo Abela. *Régimen jurídico del suelo y gestión urbanística*, 1995.

Pulido Quecedo, Manuel. *Código de la responsabilidad patrimonial del Estado*. Ed. Aranzadi, 2001.

Quintana López, T. *Declaración de ruina y protección del Patrimonio Histórico Inmobiliario*. Colección de Jurisprudencia Práctica. Volumen I, Ed. Tecnos.

Vicente Domingo. *Las alteraciones del planeamiento urbanístico*, 1994.

GUÍA BÁSICA PARA LA REDACCIÓN DE ESTATUTOS Y BASES DE JUNTAS DE COMPENSACIÓN [1]

POR

ANA REGUERO NAREDO [2] Y TOMÁS IVORRA ARDITE [3]

---

[1] El presente artículo se corresponde con la intervención de los Ponentes en la sesión de 22 de marzo de 2004 dentro de las Jornadas sobre Planificación de Juntas de Compensación organizadas por la *Revista de Derecho Urbanístico*, Madrid 22 y 23 de marzo 2004.

[2] Arquitecto del M. I. Ayuntamiento de Madrid.

[3] Abogado (Departamento de Derecho Urbanístico de Uría & Menéndez) y Licenciado en Administración y Dirección de Empresas.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Breve referencia al sistema de compensación

La ejecución del planeamiento se realiza a través de los sistemas de actuación. El Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (en lo sucesivo, el «**TRLS76**») distingue, en su artículo 119, tres *sistemas de actuación:* el sistema de *expropiación*; el sistema de *cooperación;* y, por último, el sistema de *compensación*. De estos tres sistemas de actuación para la ejecución de planeamiento, **el sistema de compensación es el sistema de actuación de iniciativa privada por excelencia**.

Como señala el artículo 126.1 del TRLS76, el sistema de compensación es aquél en que los propietarios de suelo aportan terrenos de cesión obligatoria, realizan a su costa la urbanización en los términos y condiciones que se determinen en el Plan o Programa de Actuación Urbanística o en el acuerdo aprobatorio del sistema y se constituyen en Junta de Compensación, salvo que todos los terrenos pertenezcan a un solo titular. En resumen, en el sistema de compensación, la iniciativa privada ejecuta y controla todo el proceso de urbanización.

Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1989 (RJ 1989/1968) señala:

> *«La ejecución del planeamiento es claramente en nuestro ordenamiento jurídico una función pública —artículo 114.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo— en la que los propietarios del suelo a urbanizar pueden asumir mayor, menor o incluso nulo protagonismo según el sistema de ejecución que se aplique —compensación, cooperación o expropiación—.* ***Es el de compensación donde aparece con mayor intensidad la participación de los propietarios dado que son ellos mismos*** *—artículo 126.1 del Texto Refundido —****los que asumen la carga, no ya de costear la urbanización, sino de llevarla a cabo por sí mismos. Y ello mediante la constitución de una Junta de Compensación*** *que da lugar a un supuesto de autoadministración: son los propietarios interesados los que desarrollan la función pública de la ejecución del planeamiento en virtud de una delegación que hace de la Junta un agente descentralizado de la Administración de suerte que aquélla tiene naturaleza administrativa —artículo 127.3 del Texto Refundido— en tanto en cuanto actúe funciones públicas.»*

1.2. La Junta de Compensación

La Junta de Compensación aparece pues, como *figura básica en el sistema de compensación*, pues es la entidad que agrupa a los propietarios de terrenos de un determinado ámbito con el objeto de ejecutar el planeamiento correspondiente para dicho ámbito aprobado por el Ayuntamiento.

Conviene mencionar que en los **supuestos de propietario único**, la constitución de junta de compensación es innecesaria, realizándose la gestión mediante proyecto de compensación de propietario único o mediante convenio urbanístico de dicho propietario con la administración competente.

1.2.1. Naturaleza de la Junta de Compensación

La Junta de Compensación es una ***Entidad Urbanística Colaboradora de constitución voluntaria****. Importa destacar que la voluntariedad del sistema de compensación se predica respecto de los propietarios en un doble sentido: i) sólo se aplica el sistema si lo acepta una mayoría cualificada de propietarios; y ii) ningún propietario puede ser obligado a incorporarse a la Junta contra su voluntad, de suerte que dentro de este sistema si algún titular de fincas de la unidad de actuación no acepta su participación en ella se ha de acudir a la figura de la expropiación forzosa.*

Como Entidad Urbanística Colaboradora, tiene **naturaleza administrativa, personalidad jurídica propia y plena capacidad jurídica desde su inscripción en el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras**, tal y como predica la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1991 (RJ 1991/1986):

> *«El sistema de compensación se incardina como uno de los métodos o instrumentos legales para la actuación urbanística, a fin de ejecutar los polígonos o unidades de actuación; en él los propietarios del suelo afectado se obligan junto a la aportación de sus respectivas parcelas y terrenos de cesión obligatoria a la Administración actuante, a la ejecución de las obras de urbanización en los términos fijados en el plan de actuación urbanística que se constituyen por el procedimiento legalmente establecido en* ***Junta de Compensación*** *que como* ***órgano de naturaleza administrativa, sujeto a la tutela de la Administración, con personalidad jurídica propia, previa inscripción en el Registro correspondiente de Entidades Urbanísticas colaboradoras, con plena capacidad de obrar y de carácter corporativo****».*

El *carácter administrativo* de las Juntas de Compensación sujeto a tutela de la Administración se recoge en el propio artículo 26.1 del Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (en lo sucesivo, «**RGU**»), que establece que «*Las Entidades Urbanísticas Colaboradoras tendrán carácter administrativo y dependerán en este orden de la Administración Urbanística actuante*». En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9854), resaltando la naturaleza administrativa de las Juntas de Compensación y distinguiéndolas de las sociedades civiles:

> «*Las Juntas de Compensación no son similares a las sociedades civiles reguladas en los artículos 1665 y siguientes del Código civil, pues aunque ellas tienen grandes concomitancias con tales sociedades, al referirse en algunos aspectos a derechos iusprivatísticos de sus componentes, ellas* ***cumplen*** *primordialmente* ***funciones administrativas de orden urbanístico*** *y es este carácter el que las define de forma más acusada, en cuanto* ***tienen como fin último la realización de fines urbanísticos*** *que, sólo se puede reputar cumplidos, cuando la Corporación Municipal a la que se hallan vinculados da por concluida la urbanización para cuya realización se constituyeron y recibe las obras ejecutadas, no pudiendo, entre tanto, abandonar a sus socios o componentes el ámbito de la misma, continuando hasta entonces sujetos a sus acuerdos y decisiones*».

Ahora bien, téngase en cuenta que el hecho de ***que la Junta de Compensación tenga naturaleza administrativa*** *(dado que, como hemos comentado, los propietarios agrupados en Junta de Compensación desarrollan la función pública de ejecución del planeamiento)* ***no significa que toda actuación de la Junta de Compensación deba estar sometida a Derecho Administrativo****. En efecto, las actuaciones de la Junta de Compensación que se realicen fuera del ámbito de sus funciones públicas deberán sujetarse al derecho privado. En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1994 (RJ 1994/3907):*

> «Si, pues, la finalidad de la Junta de Compensación es la ejecución de la urbanización, nada puede sorprender que se le atribuya —artículos 127.3 de la Ley del Suelo y 26 del Reglamento de Gestión— personalidad jurídica propia, plena capacidad para el cumplimiento de sus fines y sobre todo —en lo que ahora importa— naturaleza administrativa. **Ciertamente**

> **ello no quiere decir que toda su actuación esté sometida al Derecho Administrativo, como tampoco lo está toda la actividad de las Administraciones Públicas, y que, en consecuencia, es factible que parte de aquella actuación pueda resultar ajena a nuestro específico ordenamiento**, pero también lo es que cuando dichas Entidades realizan funciones públicas no resulta posible desconocer su naturaleza administrativa. Se impone, pues, examinar en cada caso la gestión de los intereses en juego.»

Por su parte, el artículo 26.2 del RGU señala que «*la personalidad jurídica* de las Entidades urbanísticas colaboradoras se entenderá adquirida a partir del momento de su inscripción en el correspondiente Registro». *La personalidad jurídica de la Junta de Compensación entendemos que viene también justificada por una cuestión de operatividad y de comodidad de la propia Administración, que estará interesada en tener un interlocutor único, en lugar de una multitud de propietarios.*

Es conveniente recordar que ***la Junta de Compensación adquiere personalidad jurídica una vez inscrita en el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras****, siendo éste, pues, el verdadero acto constitutivo de la Junta de Compensación. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1988 (RJ 1988/6720) señala que:*

> «Es cierto que **las Entidades urbanísticas colaboradoras no gozan de personalidad jurídica sino a partir del momento de su inscripción en el correspondiente Registro** —artículo 26.2 del RGU— y por tanto ha de ser a partir de ese momento cuando han de entrar en juego las consecuencias jurídicas que derivan de su carácter administrativo, es decir, más concretamente, la posibilidad de llegar a la vía de apremio en los términos previstos en el artículo 70 del citado Reglamento de Gestión.»

Por último, resulta interesante anotar la discusión doctrinal existente sobre la necesidad de que las Juntas de Compensación accedan al **Registro Mercantil**.

En efecto, la legislación estatal no establece ninguna obligación al respecto y, únicamente, la legislación autonómica catalana establece, en el artículo 23 del Decreto 303/1997, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre medidas para facilitar la ejecución urbanística, que «*en los casos en que la Junta de Compensación realice actos de adquisición o de disposición o gravamen de inmuebles, diferentes de los previstos como propios de las operaciones de compensa-*

ción contenidas en el proyecto correspondiente, la certificación de la inscripción de la Junta de Compensación en el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras, podrá acceder al Registro Mercantil, cuando estime conveniente para mejor seguridad jurídica y publicidad, de conformidad con su legislación reguladora».

El acceso al Registro Mercantil entendemos que resulta necesario, fundamentalmente, cuando la Junta de Compensación, además de sus funciones administrativas, realice operaciones fuera del ámbito administrativo (dado que así, y dentro del ámbito comercial, se daría la necesaria publicidad que garantizase la seguridad jurídica de terceros).

1.2.2. Funciones de la Junta de Compensación

La Junta de Compensación está encargada de la **gestión urbanística del sector** o unidad de actuación, cuya ejecución comprende la distribución justa de beneficios y cargas, la cesión de los terrenos destinados a dotaciones públicas, de aquellos en que se localiza el aprovechamiento correspondiente al municipio y demás cesiones que en su caso procedan, y a la ejecución de los terrenos incluidos en el sector o unidad de actuación, así como al cumplimiento de las demás obligaciones urbanísticas en los términos de la legislación urbanística autonómica aplicable.

1.2.3. Constitución de la Junta de Compensación

Los propietarios que representen al menos el 50% de la superficie de la unidad de ejecución (el 60% en la legislación estatal supletoria) deben redactar el proyecto de Estatutos y Bases de Actuación y presentarlo ante la Administración (art. 161.2 RGU). Son los llamados **promotores de la Junta de Compensación**.

Una vez presentados, la Administración *aprueba inicialmente*, en su caso, el proyecto de Estatutos y Bases de Actuación presentado (art. 161.1 RGU). El acuerdo de aprobación inicial, junto con el proyecto de Estatutos y Bases de Actuación, se *publica* íntegramente en el *Boletín Oficial de la Provincia* y, además, se *notifica* individualizadamente a los propietarios afectados por el sistema de actuación, en cuya notificación se hace mención del *Boletín Oficial* en el que se inserte el acuerdo de aprobación inicial (art. 161.3 RGU).

Durante el plazo de quince días (según la legislación estatal supletoria), contados a partir de la notificación, los propietarios afectados pueden formular ante al Administración actuante las *alegaciones* que a su derecho convenga y, en su caso, solicitar su incorporación a la

Junta (son, entonces, los llamados miembros adheridos a la Junta). Cualquier otro tercero puede también formular alegaciones al acuerdo de aprobación durante el plazo de quince días (según la legislación estatal supletoria), contados a partir de la publicación en el *Boletín Oficial de la Provincia* (arts. 162.1 y 2 RGU).

Una vez transcurrido el plazo de información pública, notificados todos los propietarios y resueltas las alegaciones presentadas, se procede a la *aprobación definitiva* por parte de la Administración actuante de los Estatutos y Bases de la Junta de Compensación con las modificaciones que en su caso se hayan producido (art. 162.3 RGU).

El acuerdo de aprobación definitiva de los Estatutos y las Bases de la Junta de Compensación se *publica* en el Boletín Oficial de la Provincia, expresando, si las hubiere, las modificaciones introducidas en los Estatutos y Bases de Actuación. En estos mismos términos, el acuerdo de aprobación definitiva se *notifica* individualizadamente a los propietarios afectados y a los que hubieran comparecido en el expediente (art. 162.4 RGU). Respecto de los propietarios aun no incorporados, se les requiere en esta última notificación para que, en el plazo de un mes (legislación estatal supletoria) ejerciten su derecho a incorporarse a la Junta de Compensación con advertencia de que, de no hacerlo, sus fincas serán expropiadas a favor de la Junta de Compensación que ostenta la cualidad de beneficiaria de la expropiación (arts. 127.1 TR76 y 162.5 RGU).

Transcurrido el plazo de un mes (legislación estatal supletoria), la Administración actuante requiere a los interesados para que *constituyan* la Junta de Compensación, mediante escritura pública en la que se designarán los cargos del órgano rector (que deben ser necesariamente personas físicas). La legislación estatal establece la posibilidad de que los propietarios que no otorguen la escritura, una vez constituida la Junta de Compensación, se adhieran a la misma en escritura de adhesión (art. 163.5 RGU).

Una vez constituida, se da traslado de la escritura de constitución de la Junta de Compensación (y, en su caso, de las adhesiones a la misma) al órgano urbanístico actuante, quien adoptara, si procede, acuerdo aprobatorio en el plazo de treinta días (art. 163.6 RGU).

Una vez aprobada, el propio órgano urbanístico actuante eleva el acuerdo junto con copia autorizada de la escritura al *Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras* para su inscripción.

La inscripción en el Registro constituye el verdadero acto constitutivo de la Junta de Compensación, dado que es a partir de su inscripción, como hemos mencionado en el punto 1.2.1, cuando la Junta adquiere personalidad jurídica propia (art. 26.2 RGU).

1.2.4. Efectos de la constitución de la Junta de Compensación

Los artículos 168 y 169 del RGU establecen los efectos que produce la constitución de la Junta de Compensación.

Por un lado, la constitución de la Junta de Compensación provoca la *afectación directa de los terrenos comprendidos en la unidad de actuación al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema* (art. 168.1 RGU). Esta afección se hace constar por nota marginal en el Registro de la Propiedad (art. 169 RGU).

Por otro lado, la constitución de la Junta de Compensación provoca la *expropiación forzosa* de los terrenos comprendidos en la unidad de actuación pertenecientes a propietarios que no hayan incorporado al sistema (art. 168.2 RGU).

1.2.5. Responsabilidad de la Junta de Compensación y de sus miembros

Los **miembros de la Junta de Compensación** responden frente a la misma del cumplimiento de las obligaciones y cargas impuestas por la legislación. El incumplimiento de estas obligaciones habilita a la Administración actuante para expropiar sus respectivos derechos a favor de la Junta de Compensación, que tendrá la condición jurídica de beneficiaria (art. 181.1 RGU).

El incumplimiento de obligaciones dinerarias faculta a la Junta bien a solicitar a la Administración la expropiación del terreno del miembro moroso bien a interesar de la Administración el cobro de la deuda por vía de apremio. Para el inicio de cualquiera de estos dos procedimientos, el RGU exige el transcurso del plazo de un mes desde el requerimiento de pago efectuado por la Junta de Compensación (arts. 181.2 y 3 RGU). Asimismo, el RGU establece que el pago de las cantidades adeudadas a la Junta de Compensación, con los intereses y recargos que procedan, realizado en cualquier momento anterior al levantamiento del acta de ocupación, da lugar a la cancelación del expediente expropiatorio.

Por su parte, la **Junta de Compensación** responde frente a la Administración de la urbanización completa de la unidad de actuación (en plazo y con las características técnicas requeridas) y, en su caso, de la edificación de los solares resultantes si así se hubiese establecido, y las demás obligaciones que pudiesen resultar de aplicación (art. 182 RGU).

Si, en el ejercicio de sus atribuciones, la Junta de Compensación incurre en infracciones consideradas graves, con independencia de la sanción económica que le corresponda por comisión de infracción

grave, la Administración puede sustituir el sistema de compensación por el sistema de cooperación o el sistema de expropiación (art. 183.1 RGU). No obstante lo anterior, la Junta de Compensación puede repercutir el importe de las multas impuestas a la misma, como consecuencia de las responsabilidades en que hubiere podido incurrir, a aquellos de sus miembros que directamente intervinieran en la comisión de la infracción o hubieren percibido el beneficio derivado de la misma (art. 183.2 RGU). En este caso, y con el objetivo de hacer efectiva la mencionada repercusión, la Junta puede solicitar de la Administración la exacción de la vía de apremio (art. 183.3 RGU).

1.3. Regulación del sistema de Compensación

La normativa aplicable al sistema de Compensación es la propia de cada Comunidad Autónoma, si bien, la legislación estatal (RGU y TRLS76) resulta de aplicación supletoria.

Al respecto, cabe mencionar que algunas Comunidades Autónomas han sustituido los sistemas de ejecución privada regulados en la legislación estatal por una regulación propia, con el llamado *«agente urbanizador»* como figura principal (Comunidad Valenciana y Castilla-La Mancha).

El resto de las Comunidades Autónomas mantienen el sistema de compensación recogido en la legislación estatal, si bien la mayoría permite, en mayor o menor medida, la entrada del *«agente urbanizador»*, concurriendo ambas figuras en la ejecución del planeamiento.

En efecto, la legislación extremeña recoge la figura del agente urbanizador de forma casi idéntica a Castilla-La Mancha y Comunidad Valenciana, si bien el agente urbanizador no llega a sustituir completamente el sistema de Compensación, como ocurre en las Comunidades Autónomas citadas.

La entrada del agente urbanizador se configura en las legislaciones de Castilla León, Galicia, Madrid, Murcia y Navarra, como sistema complementario y alternativo de los sistemas de actuación recogidos en la legislación estatal.

Andalucía y Asturias recogen la figura del agente urbanizador como modalidad de cada uno de los sistemas de actuación recogidos en la legislación estatal, mientras que en Cataluña se configura como variante únicamente del sistema de cooperación.

Aragón, Canarias, Cantabria y La Rioja introducen un sistema de concesión de obra pública (de servicios, en el caso de Canarias) que podría considerarse una forma «diluida» del agente urbanizador.

Baleares y País Vasco (al igual que Ceuta y Melilla) no han legislado sobre la materia.

A continuación mostramos una comparativa de los diferentes sistemas de ejecución indirecta recogidos en las distintas legislaciones autonómicas:

Comunidad Autónoma	Marco normativo	Sistema de ejecución indirecto
Andalucía	Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística (art. 107).	— Sistema de Compensación
Aragón	Ley 5/1999, de 25 de marzo, de Urbanismo (art. 120)	— Sistema de Compensación; — Ejecución forzosa; y — Concesión de Obra Urbanizadora.
Asturias	Ley del Principado de Asturias 3/2002, de 19 de abril, de régimen del suelo y ordenación urbanística (art. 100).	— Sistema de Compensación.
Baleares	*****	*****
Canarias	Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias (art. 96.2.a)).	— Concierto; — Compensación; y — Ejecución empresarial.
Cantabria	*Ley 2/2001 Ley De Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria (art. 147).*	— Compensación; y — Concesión de Obra Urbanizadora.
Castilla-La Mancha	Ley 2/1998, de 4 de junio y Ley 1/2003 de 17 de enero de Modificación de la de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística	— Agente Urbanizador.
Castilla y León	Ley 5/1999, de 8 de abril, de urbanismo (art. 74).	— Concierto; — Compensación; y — Concurrencia.

Cataluña	Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo (art. 115).	— Sistema de Reparcelación, que incluye: a) De compensación básica. b) De compensación por concertación. c) De cooperación. d) Por sectores de urbanización prioritaria.
Comunidad Valenciana	Ley 6/1994, de 15 de noviembre, Reguladora de la Actividad Urbanística.	— Agente Urbanizador
Extremadura	Ley 15/2001, de 14 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Suelo (art. 125).	— Compensación; y — Concertación.
Galicia	Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del medio rural (art. 126).	— Concierto; — Compensación; y — Concesión de Obra Urbanizadora.
Madrid	Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo (art. 101.2)	— Sistema de Compensación.
Murcia	Ley 1/2001, de 24 de abril, del Suelo (art. 171).	— Concertación directa; — Concertación indirecta; y — Compensación.
Navarra	Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo (art. 156).	— Compensación; — Reparcelación voluntaria; y — Agente urbanizador.
País Vasco	*****	*****
La Rioja	Ley 10/1998, de 2 de julio, de Ordenación del Territorio	— Compensación; y — Concesión de obra y Urbanismo (art. 114).

Finalmente, conviene recordar que son de aplicación las disposiciones que al respecto se recogen en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban 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 lo sucesivo, «**RD 1093/1997**»).

2. ESTATUTOS DE LA JUNTA DE COMPENSACIÓN

2.1. Introducción

Como hemos comentado (1.2) la Junta de Compensación es la entidad urbanística que agrupa a los propietarios de los terrenos de un determinado ámbito con el objeto de ejecutar el planeamiento correspondiente para dicho ámbito aprobado por el Ayuntamiento.

Pues bien, toda agrupación necesita de una norma interna que regule la forma en que ha de regirse la organización de la agrupación y el régimen de los miembros que la forman. Toda agrupación necesita de unos Estatutos.

Los Estatutos de la Junta de Compensación constituyen, pues, la norma interna por la que ha de regirse la misma, recogiendo las reglas fundamentales de régimen interno de la Junta de Compensación a la que se refieren.

2.2. Aprobación de los Estatutos de la Junta de Compensación

Nos remitimos en este punto a lo ya expuesto para la constitución de la Junta de Compensación (1.2.3).

2.3. Contenido y límites

Sin perjuicio de la libertad de los miembros de la Junta de Compensación para pactar las reglas o normas que regirán la organización de la Junta de Compensación y el régimen jurídico-económico de aplicación a sus miembros, el RGU establece, en su artículo 166, las *determinaciones mínimas* que deben contener los Estatutos:

«Los Estatutos de las Juntas de Compensación contendrán, cuanto menos, las siguientes circunstancias:

a) Nombre, domicilio, objeto y fines.

b) Órgano Urbanístico bajo cuya tutela se actúe.

c) Expresión del polígono o unidad de actuación que constituye su objeto.

d) Duración.

e) Condiciones o requisitos para incorporarse a la Junta, que no podrán ser más gravosos para unos propietarios que para otros. Los cotitulares de una finca o derecho habrán de designar una sola persona para el ejercicio de sus facultades como miembro de la Junta, respondiendo solidariamente frente a ella de cuantas obligaciones dimanen de su condición. Si no designaren representante en el plazo que al efecto se señale, lo nombrará el órgano actuante.

Cuando las fincas pertenezcan a menores o personas que tengan limitada su capacidad de obrar, estarán representados en la Junta de Compensación por quienes ostenten la representación legal de los mismos.

f) Condiciones o requisitos para incorporarse a la Junta empresas urbanizadoras si expresamente se previera la posibilidad de su participación. Éstas estarán representadas por una sola persona.

g) Órganos de gobierno y administración, forma de designarlos y facultades de cada uno de ellos.

h) Requisitos de la convocatoria de los órganos de gobierno y administración, requisitos y forma de la adopción de acuerdos, quórum mínimo y forma de computarse los votos, con expresión de los casos en que sean proporcionales al derecho o interés económico de cada miembro y aquellos otros en que el voto sea individualizado.

i) Derechos y obligaciones de sus miembros.

j) Medios económicos y reglas para la exacción de aportaciones con carácter tanto ordinario o extraordinario pudieran acordarse.

k) Expresión de los recursos que con arreglo a la Ley sean procedentes contra los acuerdos de la Junta.

l) Normas sobre su disolución o liquidación.»

De las Comunidades Autónomas que recogen como sistema de actuación el sistema de Compensación (1.3), pocas regulan el contenido de los Estatutos de la Junta de Compensación y, aquellas Comunidades que sí lo regulan, se limitan a reproducir el contenido del artículo 166 del RGU.

Así, el artículo 130 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía establece que los estatutos y las bases de actuación, además de las determinaciones que se establezcan reglamentariamente, las siguientes:

«a) *La previsión de incorporación de los propietarios, hayan suscrito o no la iniciativa, mediante la aportación de sus fincas originarias y con opción entre el abono en metálico de la parte de los costes de urbanización que les sean imputables y la cesión de terrenos edificables de valor equivalente a dicha parte de los costes.*

b) *La previsión de que los propietarios que no deseen incorporarse a la gestión del sistema puedan solicitar la expropiación de sus terrenos.*

c) La previsión de que los propietarios que no opten por alguna de las alternativas anteriores quedarán sujetos a reparcelación forzosa.

d) Oferta de adquisición a los propietarios que no hayan suscrito la iniciativa de los terrenos de su titularidad afectados por la actuación.

e) Oferta de compensación de los costes de urbanización mediante cesión de terrenos edificables, que se aplicará igualmente a los propietarios que puedan quedar sujetos a reparcelación forzosa.

f) Forma en la que ha de computarse la participación y representación de los miembros integrantes, propietarios o no, en la Junta de Compensación.

g) Garantías económicas para el desarrollo de los trabajos, que no podrán ser inferior en cuantía al siete por ciento de los costes de urbanización y de otros que sean objeto de la actividad a desarrollar.»

Por su parte, el Decreto 22/2004, de 29 de enero por el que se aprueba el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León señala en su artículo 192 el contenido de los Estatutos de la entidad urbanística colaboradora:

«a) Datos generales de la entidad, tales como nombre, domicilio social, fines, Municipio en cuyo término se sitúa la actuación urbanística a la que esté vinculada la entidad, e instrumentos de planeamiento urbanístico aplicables.

b) Condiciones de incorporación, que deben respetar las siguientes reglas:

1.ª Debe reconocerse el derecho de los propietarios afectados por la actuación urbanística a la que esté vinculada la entidad, a incorporarse a la misma con idénticos derechos y en análogas condiciones que los miembros fundadores.

2.ª Pueden regularse condiciones para la incorporación de personas físicas o jurídicas que aporten financiación o asuman la ejecución total o parcial de la actuación.

c) Condiciones de representación, que deben respetar las siguientes reglas:

1.ª Tanto los propietarios como las demás personas físicas o jurídicas que se incorporen a la entidad, y en su caso el Ayuntamiento, deben ser representados por una persona física.

2.ª En los supuestos de fincas pertenecientes a menores o a personas que tengan limitada su capacidad de obrar, actúan quienes ostenten su representación legal.

3.ª Los cotitulares de una finca o derecho deben designar una persona como representante ante la entidad, sin perjuicio de responder solidariamente de sus obligaciones; en su defecto, dicho representante debe ser designado por el Ayuntamiento.

d) Facultades, forma de designación y régimen de convocatoria, constitución y adopción de acuerdos de los órganos de gobierno.

e) Recursos procedentes contra los acuerdos de los órganos de la entidad.

f) Normas para la recaudación de las cuotas ordinarias y extraordinarias.

g) Normas sobre duración, disolución y liquidación de la entidad.

h) Otros derechos y obligaciones de los miembros de la entidad.»

Dado que el artículo 166 del RGU configura el contenido «mínimo» de los Estatutos de la Junta de Compensación, **la libertad** y, fundamentalmente, la imaginación son los rasgos característicos que surgen en el proceso de redacción de los Estatutos de la Junta de Compensación.

Esta libertad de contenido, obviamente, lleva aparejada una responsabilidad que se materializa en **el límite del respeto tanto formal como material de la legalidad vigente**.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 21 de julio de 2000 (RJCA 2000/1460) establece, recogiendo lo ya dispuesto en Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 1996 (RJ 1996/6536) que:

*«**Las cuestiones atinentes al articulado de los Estatutos (...) es evidente que han de ser conformes al Ordenamiento Jurídico**, estableciéndose en los artículos 166 y 167 del citado Reglamento de Gestión Urbanística las circunstancias y determinaciones que cuando menos han de contener los Estatutos y Bases de actuación.»*

Por su parte, la Sentencia de 20 de enero de 1997 (RJ 1997/177) establece que:

*«Parece obvio que la intervención que en la aprobación de Bases y Estatutos de las entidades urbanísticas se concede a la Administración está dirigida, entre otros extremos, a controlar la legalidad de dichos acuerdos tanto en los aspectos formales como materiales que integren el contenido de Bases y Estatutos, a tenor de los artículos 166 y siguientes del Reglamento de Gestión Urbanística. **Es evidente que la intervención del artículo 162.3 del Reglamento de Gestión confiere a la Administración actuante, para la aprobación definitiva de los Estatutos y Bases de Actuación, comporta un control de la legalidad de su contenido en todos los extremos**. Que ello es*

así se deduce no sólo del precepto citado que prevé la aprobación pura y simple de Bases y Estatutos (cuando éstos se ajusten a la ley) o, alternativamente, "adoptará las modificaciones que, en su caso, procedieran". Modificaciones que no pueden ser otras que las que se deriven de la falta de legalidad de los acuerdos inicialmente adoptados. Desde otra perspectiva, la de la lógica de la intervención administrativa legalmente consagrada, parece que el control de la legalidad de la constitución, actuación y funcionamiento de las Entidades Urbanísticas es una de las causas que justifican la intervención administrativa establecida. Ello sin merma de las facultades que a la Junta y sus miembros corresponden en los aspectos de regulación discrecional.»

Teniendo en consideración lo expuesto hasta el momento, analizamos a continuación las determinaciones mínimas que deben contener los Estatutos de conformidad con el artículo 166 del RGU.

2.3.1. Nombre, domicilio, objeto y fines

El RGU impone que los Estatutos de la Junta de Compensación contengan el nombre, domicilio, objeto y fines de la Junta de Compensación.

a) Nombre de la Junta de Compensación

Como hemos comentado anteriormente (1.2.1), *la Junta de Compensación* es una persona jurídica y, como tal, *precisa de una denominación*.

El RGU no establece ninguna restricción en la elección de la denominación de la Junta de Compensación, por lo que, en principio, es posible establecer cualquier nombre para la Junta de Compensación. Suele ser habitual que la Junta de Compensación tome su denominación del sector o del plan parcial que ejecute. No obstante, y dada la libertad de elección en la denominación de la Junta de Compensación, deben observarse los siguientes requisitos para su elección (exigibles a sociedades mercantiles y que recoge el Reglamento de Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, y, entendemos, de aplicación analógica en el supuesto de las Juntas de Compensación):

i) Requisitos formales:

— *Unidad de denominación:* la Junta de Compensación debe tener un solo nombre. Las siglas o denominaciones abreviadas no pueden formar parte de la denominación.

— *Signos de la denominación:* la denominación de la Junta de Compensación debe estar formada con letras del alfabeto de cualquiera de las lenguas oficiales españolas. La inclusión de expresiones numéricas puede efectuarse en guarismos árabes o números romanos.

— *Prohibición de identidad:* la denominación de la Junta de Compensación no puede ser idéntica a la de otra Junta de Compensación preexistente. La identidad a la que hace referencia esta prohibición no hemos de entenderla referida únicamente a aquellos supuestos de coincidencia absoluta de denominaciones, sino también a la utilización de las mismas palabras con un orden, género o número diferente, adición o supresión de términos genéricos de escasa significación (o artículos, adverbios, preposiciones, conjunciones, acentos, guiones o signos de puntuación); o utilización de denominaciones diferentes pero con identidad fonética.

ii) Requisitos materiales:

— La denominación de la Junta de Compensación no puede contener términos que sean contrarios a la *ley, el orden público o a las buenas costumbres*.

— La denominación de la Junta de Compensación no puede formarse exclusivamente con el nombre de España, sus Comunidades Autónomas, provincias o municipios. Tampoco podrán utilizar el nombre de organismos, departamentos o dependencias de las Administraciones Públicas, ni el de Estados extranjeros u organizaciones internacionales, salvo autorización expresa.

— La denominación de la Junta de Compensación no puede contener término o expresión alguna *que induzca a error o confusión* sobre la propia identidad de la entidad, y sobre su clase o naturaleza. En concordancia con este requisito, Jordi Abel Fabre[4] aborda la cuestión de la exigibilidad o no de establecer al lado de la denominación (antecediéndolo o posponiéndolo) la clase o tipo de entidad de que se trata. En nuestra opinión, dicho extremo debería ser exigible a las Juntas de Compensación.

— Finalmente, si la denominación de la Junta de Compensación integra un nombre de persona natural, debe tenerse en cuenta que la Junta de Compensación deberá contar con el consentimiento expreso de dicha persona.

[4] *El Sistema de Compensación Urbanística*. Ed. Bosch, pp. 225 y ss.

b) Domicilio de la Junta de Compensación

La Junta de Compensación es una persona jurídica y, como tal, *precisa de un domicilio.*

El RGU no establece ninguna restricción en la elección del domicilio de la Junta de Compensación, por lo que, en principio, es posible establecerse cualquier domicilio. Eso sí, el domicilio debe establecerse con toda precisión (población, calle, número, planta y puerta).

No obstante lo anterior, y dada la libertad establecida en el RGU para la fijación del domicilio de la Junta de Compensación, deben observarse los siguientes **requisitos**:

i) Territorialidad:

La Junta de Compensación ha de estar *domiciliada en España*.

ii) Unidad de domicilio:

La Junta de Compensación *no puede tener más de un domicilio social*.

iii) Libertad Vs Necesidad:

Posiblemente la cuestión que más polémica doctrinal ha causado en cuanto a la fijación del domicilio de la Junta de Compensación sea el de dirimir qué debe prevalecer: bien la libre elección del domicilio por los miembros de la Junta de Compensación bien la necesidad de coincidencia del domicilio de la Junta de Compensación con el ámbito territorial de jurisdicción del órgano urbanístico tutelar.

Resulta evidente que, en el supuesto de que los Estatutos de la Junta de Compensación no hubiesen fijado el domicilio de la misma, en aplicación del **artículo 41 del Código civil**, se entiende que la Junta de Compensación tiene el domicilio *«en el lugar en que se halle establecida su representación legal, o donde ejerzan las principales funciones de su instituto»*, esto es, el ámbito territorial de jurisdicción del órgano urbanístico tutelar.

La cuestión radica en considerar si, como parece indicar el artículo 41 del Código civil, la elección del domicilio de la Junta de Compensación ha de vincularse al domicilio *«lugar en que se halle establecida su representación legal, o donde ejerzan las principales funciones de su instituto»* o, por el contrario, nada obsta para designar un domicilio fuera del *«lugar en que se halle establecida su representación legal, o donde ejerzan las principales funciones de su instituto»*.

La mayor parte de la doctrina entiende que no hay ninguna justificación que impida el pleno cumplimiento del principio de libertad en la elección del domicilio de la Junta de Compensación, si bien cierta parte de la doctrina aboga por la obligación de que la Junta de Compensación se domicilie dentro del municipio donde radiquen los terrenos por deferencia no sólo al órgano urbanístico actuante sino también al resto de propietarios miembros de la Junta.

Así, Jordi Abel Fabre[5] afirma que *«El Derecho debe obedecer a unos criterios de racionalidad y si bien no puede obligarse a establecer el domicilio social en el municipio donde se ubican los terrenos, no es menos lógico, que no puede obligarse a unos propietarios de terrenos, cuya incorporación a la Junta es semicoactiva, a celebrar reuniones en los que se ventila el derecho sobre sus propiedades en una población diferente de donde éstas se encuentran, máxime y tal como hemos repetido, la Junta es una entidad* ob rem, *y no tiene sentido que el domicilio social radique en un lugar distinto de donde se encuentra el objeto de la entidad y la actividad que se ha de desarrollar es sobre dicho suelo»*.

Si bien nos posicionamos junto a Jordi Abel Fabre, en el sentido de que es preciso proteger los intereses de los miembros de la Junta de Compensación y del órgano administrativo actuante (intereses que podrán verse mermados con la fijación del domicilio de la Junta de Compensación fuera del territorio donde radica la actuación urbanística), nada impide que, **siempre y cuando se protejan o salvaguarden dichos intereses**, los miembros de la Junta de Compensación tengan plena libertad en la elección del domicilio de la misma.

En efecto, la única consecuencia gravosa para cualquier miembro de una Junta de Compensación cuyo domicilio se fije en una población lejana al lugar en el que radican los terrenos de su propiedad es la dificultad (en tiempo y coste) que le supondría acudir a las reuniones de la Junta de Compensación.

No obstante, los Estatutos pueden salvaguardan dichos intereses estableciendo, por ejemplo, la posibilidad, a requerimiento de cualquiera de los miembros de la Junta de Compensación o del órgano urbanístico tutelar, de que las sesiones de la Asamblea General puedan celebrarse en varias salas simultáneamente (una de ellas obligatoriamente en el ámbito de jurisdicción del órgano tutelar), de forma que se asegure por medios audiovisuales o telefónicos la interactividad e intercomunicación entre ellas en tiempo real y, por tanto, la unidad de acto. En este caso, nada obstaría la fijación de un domicilio de la Junta de Compensación en una población distinta al territorio jurisdiccional del órgano urbanístico tutelar.

[5] *El sistema de Compensación urbanística*. pp. 203.

iv) El domicilio rotatorio:

Cabe preguntarse, dada la libertad en la elección del domicilio de la Junta de Compensación, la legitimidad de establecer *domicilios rotatorios*, esto es, alternativos en el tiempo, para la Junta de Compensación.

Siguiendo el razonamiento esgrimido en el punto anterior, esta posibilidad sería factible siempre que no menoscabe intereses de terceros.

En este caso, la rotación del domicilio puede provocar cierta inseguridad o incertidumbre frente a terceros (miembros o no miembros de la Junta de Compensación) que se relacionen con la Junta de Compensación por lo que, su admisibilidad sería cuestionable.

Además, como hemos comentado con anterioridad, en los supuestos en los que resulta necesaria la inscripción en el Registro Mercantil de las Juntas de Compensación cuando éstas actúan en el ámbito comercial y no administrativo (Cataluña), la rotación periódica del domicilio de la Junta de Compensación implicaría, a su vez, el cambio rotatorio del Registro Mercantil en el que estén inscritas las Juntas de Compensación (artículo 19 del Reglamento del Registro Mercantil). De hecho, la posibilidad de establecimiento de domicilio rotatorio para las sociedades mercantiles no es admitido por la mayor parte de la doctrina. Entendemos que, de conformidad con lo concluido en el párrafo anterior, su admisibilidad sería cuestionable.

v) El domicilio de la Junta de Compensación y el domicilio a efectos de notificaciones:

Finalmente, es interesante resaltar que, en muchas ocasiones, los problemas derivados de la predicada *«unidad»* de domicilio de la Junta de Compensación (por ejemplo, que la gestión de la Junta se lleve en un municipio distinto de aquél en el que radican los terrenos) podría solucionarse mediante el *«desdoblamiento»* (que no es tal) del domicilio, estableciendo, además del domicilio social, un domicilio a efecto de notificaciones.

c) Objeto

El objeto al que hace referencia el apartado a) del artículo 166 de la RGU es el **objeto societario** (por contraposición al objeto material, al que hace referencia el apartado c) del mencionado artículo).

El objeto societario de la Junta de Compensación viene definido en el artículo 157 del RGU y consiste en la gestión urbanística del sector o unidad de actuación, cuya ejecución comprende la distribución justa de beneficios y cargas, la cesión de los terrenos destinados a

dotaciones públicas, de aquellos en que se localiza el aprovechamiento correspondiente al municipio y demás cesiones que en su caso procedan, y a la ejecución de los terrenos incluidos en el sector o unidad de actuación, así como al cumplimiento de las demás obligaciones urbanísticas en los términos de la legislación urbanística autonómica aplicable. En efecto, tal y como menciona la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 5 de noviembre de 1998 (RJCA 1998/4712):

> *«Las Juntas de Compensación responden, en cambio, a un interés preferentemente privado, cual es la* ***justa distribución entre los propietarios del suelo comprendido en una unidad o polígono de actuación de los beneficios y cargas derivados de la gestión y ejecución de su urbanización.****»*

d) Fines

Son fines primordiales de la Junta de Compensación *todas las actuaciones precisas para el cumplimiento de su objeto*. Es conveniente que los Estatutos de la Junta de Compensación establezcan, en la enumeración de los fines de la misma, que dicha enumeración tiene carácter indicativo y no limitativo, de forma que no sea necesaria una posterior modificación estatutaria caso de querer incorporar un nuevo fin a la Junta de Compensación.

Entre los fines de la Junta de Compensación, podemos enumerar *«con carácter indicativo y no limitativo»*, los siguientes:

i) Agrupar a los propietarios de los terrenos comprendidos en el ámbito de la Junta de Compensación, los cuales, manteniendo la titularidad de sus bienes y derechos, se unen en una acción común para ejecutar el planeamiento urbanístico y distribuir equitativamente sus cargas y beneficios, e incorporar a los que no lo hubiesen hecho con anterioridad.

ii) Interesar la inscripción de la Junta de Compensación en el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras.

iii) Redactar el Proyecto de Compensación, en los términos precisos para la gestión y ejecución del mismo, y llevar a cabo las operaciones técnicas, jurídicas y materiales en él previstas, de modo especial las parcelaciones y reparcelaciones necesarias, que se practicarán de conformidad a lo establecido en la legislación urbanística, redactando y tramitando el Proyecto de Compensación, hasta su inscripción en el Registro de la Propiedad.

iv) Redactar Proyectos de Urbanización y ejecutar las obras en ellos previstas, las cuales se podrán realizar por adjudicación

directa o mediante subasta o concurso subasta, de conformidad a lo que acuerde la Asamblea General, o mediante la incorporación, en su caso, de una empresa urbanizadora a la Junta de Compensación, ejerciendo en todo caso el control de su ejecución.

v) Interesar de los Organismos Urbanísticos competentes la aprobación del Proyecto de Compensación, Proyecto de Urbanización y demás instrumentos que sean necesarios para la ejecución jurídica y material del planeamiento.

vi) Interesar del Ayuntamiento, la ocupación y expropiación a favor de la Junta de Compensación de los suelos de los propietarios incluidos o adscritos al ámbito de actuación que no se haya incorporado o adherido a la Junta de Compensación o los de aquellos que habiéndose incorporado deban ser expropiados por incumplimiento de sus obligaciones.

vii) Recaudar de los propietarios las cuotas de urbanización, indemnizaciones y demás gastos que se aprueben de conformidad con lo establecido en los Estatutos, para el caso de que se produzca la delegación del Ayuntamiento, para tales fines, pudiendo solicitar al Ayuntamiento la utilización de la vía de apremio para el cobro de las cantidades endeudadas a la Junta por los propietarios.

viii) En caso de incumplimiento de la obligación de pago por alguno de los propietarios, la Junta de Compensación podrá adjudicarse para sí o en favor de terceros los porcentajes de terreno equivalentes a los costes debidos.

ix) Interesar el otorgamiento de los beneficios fiscales urbanísticos previstos en las disposiciones legales.

x) Solicitar, cuando sea procedente, las concesiones administrativas de servicios públicos.

xi) Actuar con facultades fiduciarias, con poder de disposición sobre los bienes y derechos aportados por los propietarios a la Junta, sin más limitaciones que las convenidas en los Estatutos.

xii) Adquirir, poseer, enajenar, gravar o ejercer cualesquiera otros actos de dominio o administración de los bienes constitutivos del patrimonio de la Junta de Compensación, que fuesen necesarios para el cumplimiento de sus fines.

xiii) Emitir títulos acreditativos de las cuotas de participación que a cada uno de los miembros de la Junta de Compensación correspondan en los bienes que constituyen, en su caso, el patrimonio de la Junta de Compensación.

xiv) Formalizar operaciones de crédito o emitir títulos para la ejecución de las obras de urbanización, con la garantía de los terrenos de aprovechamiento privado, o los específicamente asignados a la Junta de Compensación para tal finalidad.

xv) Concertar y prestar garantías o avales ante los órganos urbanísticos.

xvi) Adjudicar las parcelas de aprovechamiento privado que resulten del Proyecto de Compensación entre los miembros de la Junta de Compensación, incluido en su caso, la propia Junta de Compensación.

xvii) Ceder a la Administración en pleno dominio y libre de cargas la titularidad dominical de todos los terrenos que deban ser objeto de cesión obligatoria y gratuita a la Administración, según las determinaciones del planeamiento aprobado.

xviii) Interesar de la Administración la recepción de las obras de urbanización.

xix) Solicitar del Registro de la Propiedad la constancia, mediante nota marginal, de la afección de los bienes y derechos comprendidos en el Sector.

xx) Exigir el reintegro de las empresas concesionarias de los gastos de instalación de las redes de abastecimiento de agua y energía eléctrica, en la parte que según la reglamentación de tales servicios no tengan que correr a cargo de los usuarios.

xxi) Asumir la gestión y defensa de los intereses comunes de los miembros de la Junta de Compensación ante cualesquiera autoridades y organismos de la Administración del Estado, Comunidad Autónoma, Provincia o Municipio, así como ante los Jueces y Tribunales, en todos sus grados y jurisdicciones, y los particulares.

xxii) En general, el ejercicio de cuantos derechos y actividades le correspondan según el ordenamiento vigente.

2.3.2. *Órgano urbanístico bajo cuya tutela se actúa*

La Junta de Compensación desarrolla su actividad *bajo la tutela e inspección de un órgano urbanístico*, con carácter de Administración actuante. Habitualmente, el órgano urbanístico tutelar es el Ayuntamiento del municipio donde radican los terrenos objeto de la actuación urbanística. No obstante, existe la posibilidad de que el órgano urbanístico de tutela no sea el Ayuntamiento (por ejemplo, en el supuesto de ámbitos supramunicipales o cuando la propia entidad local forme parte de una mancomunidad).

Téngase en cuenta que la jurisprudencia ha venido estableciendo que el no hacer constar en los Estatutos que debe haber en la Junta de

Compensación un representante de la Administración, no es causa de no aprobación de los Estatutos. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1988 (RJ 1988/3782) establece que:

> «*Por el Ayuntamiento demandado en su escrito de contestación a la demanda reiteró los mismos fundamentos en que se motivó el acuerdo recurrido en el que no se especifica ninguna infracción ni omisión de las determinaciones exigidas para los Estatutos de la Junta de Compensación y las Bases de Actuación para la ejecución de un Plan Parcial, polígono 26, por los artículos 166 y 167 del Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978 que permite como acertadamente se aduce por la sentencia apelada cumplimentar lo dispuesto en los artículos 126 y siguientes del Texto Refundido de la Ley del Suelo y concordantes de dicho Reglamento;* ***sin que la omisión de algunas circunstancias como la referida a no concretarse que debe formar parte de la Junta de Compensación un representante del Ayuntamiento*** *según el artículo 127.4 de la Ley del Suelo* ***sea causa para no aprobar unos Estatutos cuando esa presencia viene impuesta y es consecuencia a la propia constitución de la Junta y no ha sido negada por los Estatutos*** *redactados y presentados a la aprobación del Ayuntamiento actuante.*»

Los Estatutos suelen hacer constar las funciones de tutela e inspección correspondientes al órgano urbanístico. Estas funciones no son únicamente de *control o inspección* de que las actividades de la Junta se ajustan a la legalidad vigente, el órgano urbanístico actuante debe ofrecer y prestar a la Junta de Compensación todo su *apoyo* para el cumplimiento del objeto y de los fines de la Junta de Compensación.

Si bien la enumeración de estas funciones no se encuentra dentro del contenido mínimo exigido por el RGU, es habitual que se suelan establecer (recordemos que es conveniente que los Estatutos de la Junta de Compensación establezcan, en la enumeración de las funciones del órgano tutelar, que dicha enumeración tiene carácter indicativo y no limitativo).

Entre las funciones del órgano tutelar de la Junta de Compensación, podemos enumerar *«con carácter indicativo y no limitativo»*, las siguientes:

i) Instar a los propietarios del Sector para que se constituyan en Junta de Compensación.
ii) Verificar la concurrencia de quórum bastante de los propietarios que presenten los Estatutos, dar audiencia al resto de propietarios en trámite de alegaciones y, por si es de su interés, incorporarse a la Junta.
iii) Aprobar, en su caso, los Estatutos y designar a su representante en los órganos de la Junta de Compensación.
iv) Requerir a los interesados para que se constituyan en Junta y proceder, una vez constituida, a su aprobación.
v) Remitir el acuerdo de aprobación de la constitución junto con copia autorizada de la escritura al Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras para que procedan a su inscripción.
vi) Aprobar, en su caso, el Proyecto de Compensación, librando las certificaciones oportunas para su inscripción en el Registro de la Propiedad.
vii) Expropiar a beneficio de la Junta de Compensación y a cargo de ésta los terrenos de los propietarios no incorporados y el de los que incumplan sus obligaciones.
viii) Aprobar, en su caso, el Proyecto de Urbanización, controlar la ejecución de las obras y una vez finalizadas, total o parcialmente, proceder a su recepción.
ix) Seguir, a solicitud de la Junta de Compensación, el cobro de sus miembros morosos en vía de apremio, y una vez exista constancia del acuerdo de aprobación de las derramas o cuotas y de haberse efectuado la oportuna reclamación en vía voluntaria.
x) Coordinar la actuación de la Junta de Compensación, con los demás órganos de la Administración y empresas suministradoras de los servicios públicos.
xi) Resolver en primera instancia los recursos contra las cuestiones que puedan plantearse entre ésta y la empresa urbanizadora y los que puedan presentar los miembros de la Junta de Compensación contra los actos o acuerdos de ésta.
xii) Aprobar el acuerdo de disolución de la Junta de Compensación.
xiii) Asistir a las reuniones de la Junta de Compensación. Instruir y asesorar de la política urbanística municipal.
xiv) Advertir, en los supuestos en que la Junta de Compensación pudiese incurrir en incumplimiento de sus deberes o en infracciones, de tales anomalías, tutelando a la Junta en cuanto fuere menester.
xv) Ejercer cualquier otra función que le competa.

2.3.3. *Expresión del polígono o unidad de actuación que constituye su objeto*

Los Estatutos deben recoger el polígono o unidad de actuación sobre la que se actúa (incluyendo aquéllos exteriores al polígono o

unidad de actuación que deban participar en el mismo). Para evitar imprecisiones, se suele utilizar un enunciado genérico que remita al ámbito de actuación del tipo «*Constituye el ámbito territorial de actuación de la Junta de Compensación [nombre del Sector]*».

La delimitación de la unidad de actuación de la Junta de Compensación no es cuestión baladí. Téngase en cuenta que debe existir, en su caso, *una única Junta de Compensación por unidad de actuación*. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1984 (RJ 1984/6530) afirma que:

> «*En el acuerdo aprobatorio del Plan Parcial (...) no se determinó el número de Polígonos ni, por tanto, el de Juntas de Compensación (...) confirió a dicha Corporación Municipal atribuciones para la determinación del número de polígonos cuyo número según lo dispuesto en los artículos 127 de la Ley del Suelo y 168 de aquel Reglamento, debe coincidir con el de Juntas.*»

2.3.4. *Duración*

La Junta de Compensación tiene una duración mínima correspondiente al **cumplimiento de los fines** (art. 182 RGU) para los que se constituye. Finalizado el cumplimiento de éstos se procede, como analizamos posteriormente (2.2.12), a su disolución o a su transformación, en su caso, en entidad urbanística de conservación de la urbanización realizada.

Además de la duración, los Estatutos suelen especificar el momento en el que da **comienzo** la Junta de Compensación a sus **actividades** (el momento de su inscripción en el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras). Al respecto, los Estatutos suelen recoger también la posibilidad de que los propietarios del sector aprueben actuaciones urbanísticas relativas al mismo antes de que la Junta de Compensación dé comienzo a sus actividades, si bien debe preverse expresamente la necesidad de ratificar estos acuerdos en la primera Asamblea General de la Junta de Compensación que se celebre.

Téngase en cuenta, respecto al *ejercicio económico*, que no existe actualmente normativa contable específica para representar las relaciones económicas que se ponen de manifiesto entre la Junta de Compensación y los partícipes así como para la representación del proceso de urbanización.

2.3.5. *Condiciones y requisitos para incorporarse a la Junta de Compensación*

Pueden ser miembros de la Junta de Compensación: i) las personas físicas o jurídicas (Entidades Públicas incluidas), **propietarias** de

terrenos comprendidos en el ámbito territorial de la unidad de actuación que voluntariamente se incorporen a la Junta de Compensación en plazo y condiciones legales (1.2.3), y las que, por causa de transmisión de terrenos queden subrogadas en el lugar y puesto del transmitente; ii) el **órgano urbanístico de tutela** y control (2.2.2); y iii) las **empresas urbanizadoras** (2.2.6).

El primer requisito para incorporarse a la Junta de Compensación, sin tener en consideración al órgano urbanístico de tutela y las empresas urbanizadoras, consistirá en ser **propietario** de terrenos que integran la unidad de actuación (ya sean terrenos materialmente incluidos en la unidad de actuación o terrenos externos con derechos sobre la unidad de actuación).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1993 (RJ 1993/3472) establece indirectamente esta condición *ad rem* de los miembros de la Junta de Compensación:

> «*Está plenamente acreditado en el expediente y en los autos, que nos encontramos en presencia de un Proyecto de Compensación en que los terrenos de su ámbito son propiedad de un solo titular, que es, precisamente, el que formula el Proyecto y lo eleva a la Administración actuante para su aprobación si procediera, en armonía con los artículos 173 y 174 del Reglamento de Gestión. Cuando la Ley del Suelo, Texto Refundido de 1976, y el Reglamento de Gestión Urbanística que la desarrolla hablan de Junta de Compensación, están haciendo expresa referencia a una pluralidad de propietarios; así el artículo 126 de la Ley dice que «se constituyen en Junta de Compensación, salvo que todos los terrenos pertenezcan a un solo titular». **Las partes apelantes no han acreditado ser propietarios de terrenos en el polígono** o unidad de actuación o ámbito que abarca el Proyecto en cuestión, y por tanto no son interesados ni afectados a quienes haya que convocar o citar para formar parte de una Junta de Compensación a la que no tiene derecho a pertenecer; así lo corrobora el artículo 157.2 y 3 del Reglamento de Gestión.*»

De entre los propietarios miembros de la Junta de Compensación se distinguen los propietarios promotores y los propietarios no promotores de la Junta de Compensación.

Los *propietarios promotores* de la Junta de Compensación son aquéllos que redactan el proyecto de Estatutos y Bases de la Junta de Compensación y lo presentan ante la Administración (1.2.3). La legislación estatal establece la necesidad de que los propietarios promotores cuenten con el 60% de la superficie de la actuación para poder constituirse en Junta de Compensación. No obstante, las legislaciones autonómicas han reducido dicho porcentaje, simplificando así los

requisitos necesarios para la constitución de la Junta de Compensación. El porcentaje exigido para la constitución de la Junta de Compensación varía en cada Comunidad Autónoma: desde el 50% que exige la mayoría de Comunidades Autónomas hasta el 35% de la superficie de la actuación que exige Navarra (o, incluso, el 25% de Aragón y Castilla y León —si bien, estos casos, sometidos a ciertos requisitos adicionales).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2001 (RJ 2002/5725) señala la necesidad de que los promotores sean propietarios de los terrenos objeto de la actuación:

> *«Sobre esta base, se plantea en este motivo, la* ***cuestión de quiénes deben ser los propietarios legitimados para promover la constitución de la Junta de Compensación****, manteniendo la sentencia que la respuesta* ***no puede ser otra que la de entender como tales a los propietarios de los terrenos*** *afectados e incursos en el Plan Parcial.*
>
> *No puede ser estimado el motivo, ya que el artículo 157.1 del RGU, se refiere claramente a que el sistema de compensación tiene por objeto la gestión y ejecución del polígono, unidad o sector sometido a ese sistema, por los mismos propietarios del suelo comprendido en su perímetro en el momento de la ejecución por ese sistema, cualquiera que sea el origen, causa o antigüedad en la titularidad de las parcelas comprendidas en el sector implicado, e igualmente es ello ratificado en el artículo 63.1 de ese mismo cuerpo normativo al referirse al requerimiento a los interesados que naturalmente no pueden ser otros que los propietarios expresados en el artículo 157.1, en el sentido y extensión ya referidos.»*

El resto de *propietarios no promotores* pueden incorporarse a la Junta i) al notificarles la aprobación inicial de los Estatutos y Bases (art. 126.2. TRLS76 y 161.3 RGU); ii) con la notificación de la aprobación definitiva de dichos instrumentos (162.5 RGU); y iii) mediante escritura de adhesión a la escritura de constitución en el supuesto de aquellos propietarios que habiendo manifestado su voluntad de incorporarse a la Junta, no hayan concurrido a la constitución notarial (163.5 RGU). En la solicitud de incorporación, los propietarios no promotores suelen acompañar la superficie y linderos de los terrenos de su propiedad, la documentación acreditativa de su titularidad, datos de inscripción y cargas en el Registro de la Propiedad, así como planos o croquis de las fincas.

Con independencia del momento de incorporación, los propietarios que no solicitaron el sistema pero se incorporan a la Junta de Compensación lo hacen con **igualdad de derechos y obligaciones**

que los propietarios promotores (127.1 TRLS76), no pudiendo ser la incorporación más gravosa para unos que para otros. La distinción, pues, entre propietarios promotores y no promotores es meramente nominativa.

No obstante, en el supuesto en que los Estatutos así lo establezcan, podrá admitirse la *incorporación extemporánea* o tardía de los propietarios que no se hayan incorporado a la Junta de Compensación en los plazos legalmente previstos. En este caso, los Estatutos sí pueden establecer unas condiciones más gravosas para la incorporación tardía de miembros (por ejemplo, el pago de penalizaciones económicas o la necesidad de contar para su incorporación con la aprobación unánime de los miembros de la Junta de Compensación) si bien, una vez incorporado deben tener los mismos derechos y obligaciones que el resto de miembros de la Junta de Compensación.

En principio, y salvo que los Estatutos dispongan lo contrario, la incorporación de los propietarios no presupone la **transmisión a la Junta de Compensación de la propiedad de los inmuebles aportados**. Los terrenos quedan, no obstante, directamente afectados al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema de compensación.

Sin perjuicio de lo anterior, la Junta de Compensación puede gravar y enajenar terrenos, bien adquiridos por expropiación, bien aportados por sus propietarios, para hacer frente a los gastos inherentes a la ejecución del sistema y de las obras de urbanización, previo acuerdo de la Asamblea General. También puede la Junta de Compensación, en el ejercicio de sus facultades fiduciarias, gravar, y enajenar unidades de aprovechamiento antes de la aprobación del Proyecto de Compensación para hacer frente a los gastos inherentes a la ejecución del sistema y de las obras de urbanización, previo acuerdo de la Asamblea General, de acuerdo con los compromisos adquiridos, en su caso, por la propia Junta de Compensación.

Por último, resulta necesario atender a ciertos supuestos de **titularidades especiales** recogidos por el RGU que resumimos a continuación:

a) Cotitularidad de la finca o derecho

En el caso de existir cotitularidad sobre una finca o derecho, los cotitulares *han de designar a una persona* para el ejercicio de sus facultades como miembros de la Junta de Compensación, respondiendo solidariamente frente a la Junta de Compensación de cuantas obligaciones dimanen de su condición.

Tal y como establece la Sentencia de 26 de abril de 1988 (RJ 1988/3233) los cotitulares de la finca o derecho **responden solida-**

riamente frente a la Junta de Compensación de cuantas obligaciones dimanen de su condición sin que sea oponibles a la Junta de Compensación cuestiones internas de la Junta de Compensación:

> *«Por tanto, si los cotitulares de una finca o derecho responden solidariamente frente a la Junta de cuantas obligaciones dimanen de su condición, en verdad que ninguno de dichos cotitulares le pueden oponer a la Junta, ni al Ayuntamiento, ni a la Jurisdicción, cuestiones civiles internas de la Comunidad, pues tanto si la misma es romana o germánica, como si subsiste o no la Comunidad misma, lo indudable es que cada cotitular de ella responde solidariamente frente a la Junta de Compensación, por lo que en el caso de Comunidad de bienes, no podría hablarse frente a la Junta ni de Comunidad romana ni de germánica, sino que se trataría en tal caso y frente a ella, de una Comunidad solidaria.»*

Si no se designare representante en el plazo que al efecto señale la Junta de Compensación, éste es nombrado por el órgano urbanístico actuante, sin perjuicio de acuerdo posterior por los cotitulares en la designación de representante. Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2001 (RJ 2002/3049) establece:

> *«El artículo 166 e) del Reglamento de Gestión Urbanística impone al órgano actuante el deber de designar un representante de los cotitulares de una finca o derecho que deban incorporarse a la Junta de Compensación, si aquéllos no lo nombrasen. Este precepto responde a la finalidad de evitar que las discrepancias existentes en el seno de la copropiedad interfieran el funcionamiento de la Junta de Compensación. Se trata de una facultad subsidiaria a la de los propios cotitulares del bien o derecho por lo que claramente puede concluirse que los copropietarios siempre pueden designar a una persona que los represente ante la Junta de Compensación, aunque no lo hayan hecho inicialmente, y que pueden alterar la designación cuantas veces estimen pertinente.*
>
> *Tampoco cabe negar a la* Administración la facultad de modificar el nombramiento del representante primeramente designado en defecto de los copropietarios, si se comprueba que existen razones que justifiquen su sustitución.
>
> ***El artículo 166 e)** exige a los copropietarios el nombramiento de una sola persona que los represente ante la Junta de Compensación, pero no impone que ese nombramiento se efectúe por unanimidad. **No contiene regla alguna sobre la forma en que se haya de adoptar ese acuerdo** por lo que han de aplicarse las reglas generales sobre la comunidad de bienes contenidas en el Código civil, cuyo artículo 398 responde el principio de*

> *adopción de acuerdos según el criterio de la mayoría, en función de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad, cuando se trate de proveer a la administración y mejor disfrute de la cosa común, y al de unanimidad cuando se refiera a actos de disposición o de extraordinaria administración. Estos criterios básicos han de modularse en atención a la naturaleza y finalidades que persigue el funcionamiento de la Junta de Compensación. Así la incorporación a la Junta, aunque es una decisión de suma importancia porque conduce a una transformación radical de los derechos de los titulares de las fincas que se suman al sistema, no responde a una decisión autónoma de aquéllos sino que viene determinada por la necesidad impuesta por el planeamiento de proceder a la urbanización del ámbito territorial en que se encuentren las fincas. La decisión de incorporarse a la Junta es importante pero más aún es la de no participar en el sistema, pues entonces los copropietarios corren el riesgo de la expropiación o el de tener que incorporarse tardíamente a una Junta de Compensación en la redacción de cuyos Estatutos y Bases de Actuación no han participado. Por todo ello la exigencia de unanimidad para la adopción de los acuerdos pertinentes al respecto es excesiva, y más aún para todos los demás acuerdos que han de ir adoptándose durante el funcionamiento de la Junta. El criterio de la mayoría debe ser suficiente y por esta razón, ha de considerarse adecuado atender al acuerdo de la mayoría de los copropietarios para la designación de quien los deba representar ante la Junta de Compensación.»*

b) Derechos reales limitativos del dominio sobre una finca

En el supuesto de concurrir cualquier derecho real limitativo de dominio sobre una finca, o de la existencia de un arrendamiento sobre la misma, la cualidad de miembro de la Junta de Compensación corresponde a su *propietario*, sin perjuicio de que el titular del derecho real o personal perciba el rendimiento económico correspondiente y pueda ser invitado a las sesiones de la Junta de Compensación, cuando ésta así lo estime oportuno.

En el caso de que la nuda propiedad y el usufructo pertenezcan a distintas personas, la cualidad de miembro de la Junta de Compensación se reconoce al nudo propietario, sin perjuicio de que el titular del derecho real perciba el rendimiento económico correspondiente.

En este supuesto, son de cuenta del nudo propietario las cuotas ordinarias o extraordinarias que establezca la Asamblea General u órgano al que se haya delegado esta facultad. De incumplirse esta obligación por el nudo propietario, la Junta de Compensación deberá admitir el pago de las cuotas hechas por el usufructuario.

De no ser satisfechas las cuotas por ninguno de los interesados, o si el nudo propietario incumple las demás obligaciones que le incum-

ben, la Junta de Compensación puede optar entre exigir el pago de las cuotas y el cumplimiento de las obligaciones o instar la expropiación de las fincas de que se trate.

c) Titularidad dudosa

En los supuestos de **titularidad dudosa** de fincas, el *órgano urbanístico actuante* asume la representación de los derechos e intereses de esas titularidades a efectos de tramitación del expediente, conforme a lo dispuesto en el artículo 103.4 del RGU.

Cuando la finca incluida en el Proyecto de Compensación fuese objeto de **doble inmatriculación**, la *Administración actuante* asumirá la representación de los derechos e intereses de las titularidades correspondientes a las superficies materialmente afectadas por la doble inmatriculación, salvo pacto en contrario de los afectados.

Si el titular de la finca de origen estuviere en **paradero ignorado**, la defensa de sus intereses, durante la tramitación del proceso, corresponde al *Ministerio Fiscal*, salvo que el ausente tuviese designado representante con facultades suficientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del RD 1093/1997.

d) Menores o incapacitados

Cuando la finca pertenezca a **menores o personas que tengan limitada su capacidad de obrar**, éstos estarán representados en la Junta de Compensación por quienes ostenten la *representación legal* de los mismos, y la disposición legal de tales fincas por la Junta de Compensación no estará sujeta a las limitaciones establecidas por la legislación civil.

2.3.6. Las empresas urbanizadoras como miembros de la Junta de Compensación

Al enumerar los posibles miembros de la Junta de Compensación (2.2.5) hemos adelantado ya la posibilidad de que empresas urbanizadoras se incorporen como miembros de la Junta de Compensación. Las empresas urbanizadoras no aportan terrenos a la Junta de Compensación, dado que no son propietarias, sino que aportan total o parcialmente los fondos necesarios para la urbanización.

Los Estatutos de la Junta de Compensación *pueden establecer la posibilidad o no de que las empresas urbanizadoras se incorporen como miembros* de la Junta de Compensación.

De establecerse la posibilidad de incorporación de la empresa urbanizadora a la Junta de Compensación, los Estatutos *deben establecer los requisitos de incorporación de las mismas*. Lo habitual es

que los Estatutos se remitan a las condiciones que, en su momento, establezca la Asamblea General de la Junta de Compensación.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1991 (RJ 1991/547) establece la necesidad de que, para su incorporación a la Junta de Compensación, las empresas urbanizadoras cumplan con los requisitos de incorporación que se establezcan en los Estatutos:

> *«Respecto a la incorporación de unas empresas urbanizadoras en la Junta de Compensación sin cumplir con los requisitos exigidos en sus Estatutos, procede, conforme a lo expuesto en la sentencia apelada, declarar que tales Empresas no fueron incorporadas a la Junta por su condición de urbanizadoras como se desprende de la lectura del acuerdo municipal.»*

Asimismo, las Bases de Actuación suelen establecer los criterios para valorar las aportaciones de las empresas urbanizadoras (3.3.5), dado que su incorporación va a suponer la modificación de las cuotas de los miembros de las Juntas de Compensación (3.3.2).

2.3.7. Órganos de gobierno y administración de la Junta de Compensación

La legislación urbanística, ya sea estatal o autonómica, no establece ningún tipo de determinación respecto a los órganos de gobierno y administración de la Junta de Compensación, dejando libertad a los miembros de la Junta de Compensación para establecer la fórmula de gobierno y administración que mejor se adapte a su situación.

Resulta habitual que, entre los Órganos de gobierno y administración de la Junta de Compensación, aparezcan: la Asamblea General; la Comisión Gestora o Junta de Delegados; y el Presidente, Vicepresidente, Secretario y Gerente. Sin embargo, nada obsta para que no exista una Comisión Gestora (por ejemplo, en las Juntas de Compensación que cuenten con un reducido número de miembros) o que la figura del Presidente, Vicepresidente, Secretario o Gerente se hayan suprimido.

A continuación expondremos las principales características de cada uno de estos órganos, las funciones que se les suele atribuir así como el método de adopción de acuerdos que suelen acordar. Resulta conveniente recordar que la denominación de cada uno de estos órganos suele variar, pudiendo adoptar otras denominaciones.

a) La Asamblea General

La Asamblea General es el **órgano deliberante supremo** de la Junta de Compensación. Corresponde a la Asamblea General las

facultades de gobierno y dirección de la Junta de Compensación con carácter soberano.

La Asamblea General es un órgano de creación preceptiva y está *compuesta por* todos los miembros de la Junta de Compensación, incluido el representante del órgano urbanístico de tutela. Éste, como órgano de tutela que es, sólo tiene voz, pero no voto, sin perjuicio del que le corresponda como titular aportante de terrenos y derechos.

Se suele atribuir a la Asamblea General las siguientes *funciones*:

i) Aprobación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios, así como las cuentas anuales y memoria de actuación, a propuesta de la Comisión Gestora.
ii) Encomendar y aprobar el Proyecto de Compensación y el Proyecto de Urbanización y tramitar su aprobación administrativa.
iii) La modificación de los Estatutos, sin perjuicio de su aprobación posterior por el órgano urbanístico actuante.
iv) Autorizar créditos extraordinarios y acordar las derramas extraordinarias para atender a gastos no previstos en el presupuesto anual o amortizar el déficit temporal de éste.
v) La designación y cese de los miembros de la Comisión Gestora, así como del Presidente, Vicepresidente, Secretario y Gerente. Acordar la retribución en su caso, del Presidente, Vicepresidente, Secretario y Gerente.
vi) Determinar la prioridad en la ejecución de las obras de urbanización y edificación, dentro de las previsiones del Plan de Etapas.
vii) Acordar la constitución de las garantías que hayan sido exigidas por los órganos urbanísticos para asegurar las obligaciones contraídas por la Junta de Compensación.
viii) Acordar la formalización de créditos para realizar las obras de urbanización, incluso con garantía hipotecaria de los terrenos afectados.
ix) Resolver la incorporación de Empresas Urbanizadoras.
x) Acordar la realización de actos dispositivos (venta, cesión, permuta o gravamen) sobre los bienes y derechos de la Junta de Compensación, ya sea de los que puede realizar con carácter fiduciario o por aportación.
xi) Solicitar la concesión administrativa de servicios públicos cuando sea procedente.
xii) Aprobar los criterios de valoración de las fincas resultantes y los precios para los supuestos de compensación en metálico en las diferencias de adjudicación.
xiii) Desistir e interponer recursos, sin perjuicio de que la Comisión

Gestora lleve estas acciones a cabo con carácter de urgencia, con la obligación de comunicarlo inmediatamente a la Asamblea General.
xiv) Delegar expresamente en la Comisión Gestora o, en su caso, en el Presidente las facultades reconocidas en favor de la Asamblea General, excepto la aprobación de presupuestos y cuentas de los ejercicios económicos. Los acuerdos de delegación de actos que requieran un quórum especial deberán adoptarse con el mismo quórum, así como el nombramiento de los propietarios de la Comisión Gestora.
xv) Acordar la disolución o transformación de la Junta de Compensación.
xvi) La resolución de cuantos asuntos sean propuestos por la Comisión Gestora, o no estén expresamente atribuidas a otro órgano de la Junta de Compensación, y cuantas funciones sean precisas para la gestión común.

b) La Comisión Gestora

La Comisión Gestora es un órgano de facultativa creación por la Asamblea General. Está formada por un determinado número de miembros de la Junta de Compensación, los llamados ***Consejeros****, que se constituyen* ***en representantes permanentes de la Asamblea General y en el órgano ejecutivo normal de gobierno y administración de la Junta de Compensación****, estando investido de los más amplios poderes, facultades y atribuciones para regir y administrar la Entidad.*

Asimismo, forma parte de la Comisión Gestora un representante del órgano urbanístico actuante, con voz pero sin voto.

Se suelen atribuir a la Comisión Gestora las siguientes *facultades*:

i) La representación de la Junta de Compensación en juicio y fuera de él.
ii) En la forma que la Asamblea General determine, abrir, seguir y cancelar a nombre de la Junta de Compensación cuentas corrientes, y de ahorro en toda clase de Bancos o instituciones de Crédito y de Ahorro, disponer de esas cuentas, si bien para ello se precisará la concurrencia de dos miembros de la Comisión a tal efecto, conjuntamente; firmar la correspondencia, recibos y resguardos, librar, endosar y descontar efectos mercantiles, protestar por falta de aceptación o de pago de letras de cambio, y en general, desarrollar todas las operaciones usuales de banca exigidas, por la actividad de la Junta de Compensación.

iii) Administrar los fondos de la Junta de Compensación formalizando la memoria y cuentas correspondientes a cada ejercicio económico que han de ser sometidas a la Asamblea General.
iv) Ejecutar los acuerdos de la Asamblea General.
v) Proponer a la Asamblea General el presupuesto anual de ingresos y gastos, y aplicarlo en la medida de lo correspondiente.
vi) Autorizar el otorgamiento de toda clase de actos y contratos civiles, mercantiles y administrativos.
vii) Hacer y exigir pagos, cobros y liquidaciones cualesquiera que sean su causa jurídica y la persona o entidad obligada.
viii) Abrir y mantener cuentas y depósitos en establecimientos bancarios o de crédito ingresando y retirando fondos de ellos a su conveniencia.
ix) Realizar operaciones con la Hacienda Pública en cualquiera de sus cajas, banco de carácter oficial o privado, cajas de ahorro, sociedades, empresas, particulares, etc.
x) Proponer a la Asamblea General las cuotas correspondientes a los miembros de la Junta de Compensación así como las modificaciones que fuesen pertinentes, bien por nuevas aportaciones o a consecuencia de operaciones de reparcelación.
xi) Nombrar y separar a un Gerente y/o al resto del personal administrativo o laboral al servicio de la Junta de Compensación, y fijar su retribución y régimen de trabajo.
xii) Fijar las cantidades para atender a los gastos comunes, así como la forma y plazos en que han de satisfacer, y proceder contra los miembros morosos para hacer efectivo el pago de las cantidades que les correspondan.
xiii) Notificar a los Órganos Urbanísticos competentes los acuerdos que hayan de surtir efectos ante aquéllos.
xiv) Proponer a la Asamblea General el traslado del domicilio de la Junta de Compensación y notificar a los miembros de la Junta de Compensación dicho cambio, mediante carta certificada.
xv) Solicitar la concesión de beneficios fiscales y exenciones tributarias que las disposiciones vigentes establecen en favor de la Junta de Compensación.
xvi) Requerir a la Administración para que cobre por vía de apremio a los miembros morosos de la Junta de Compensación.

c) El Presidente, Vicepresidente y Secretario

El Presidente y Vicepresidente son designados por la Asamblea General entre quienes ostenten la cualidad de miembros de la Junta de Compensación, pudiendo ejercer sus cargos mediante representante (normalmente en los supuestos de designación de una persona

jurídica). La Asamblea General puede designar también al Secretario (suele ser habitual que se le exija acreditada experiencia en materia urbanística y se le remunere por su trabajo). Los cargos de Presidente, Vicepresidente y Secretario pueden ser retribuidos.

Suelen atribuirse al **Presidente** las siguientes *funciones*:

i) Convocar, presidir, suspender y levantar las sesiones de la Asamblea General y dirigir las deliberaciones.
ii) Ostentar la representación judicial y extrajudicial de la Junta de Compensación y de sus Órganos de Gobierno, pudiendo otorgar poderes a favor de abogados y procuradores para el ejercicio de dicha representación judicial y extrajudicial.
iii) Autorizar las Actas de la Asamblea General, las certificaciones que se expidan y cuantos documentos lo requieran.
iv) Todas aquellas atribuidas a la Comisión Gestora para el supuesto en que ésta no se constituya.

El **Vicepresidente** ejerce las mismas funciones que el Presidente en los casos de vacante, en ausencia o enfermedad de éste. Y es coadyuvante en el ejercicio de las funciones del Presidente.

Por su parte, se suelen atribuir al **Secretario** las siguientes *funciones*:

i) Asistir preceptivamente a todas las reuniones de la Asamblea General.
ii) Levantar acta de las sesiones de la Asamblea General y de la Comisión Gestora, transcribiendo su contenido al Libro de Actas correspondiente, y notificar los acuerdos de los órganos colegiados de la Junta.
iii) Expedir certificaciones con el visto bueno del Presidente.
iv) Desempeñar, en su caso, las funciones jurídico-administrativas que le fueran encomendadas por la Asamblea General.
v) Llevar un libro-registro en el que se relacionarán todos los miembros de la Junta de Compensación integrantes de la Junta de Compensación, con expresión de sus respectivos nombres, apellidos, domicilio, fecha de incorporación, cuota de participación y número de votos, y cuantas circunstancias se estimen procedentes.
vi) Notificar a los miembros de la Junta de Compensación los acuerdos de la Asamblea General, cuando por su naturaleza o entidad proceda.
vii) Ejercitar las acciones correspondientes para el cobro de las cantidades adeudadas por los miembros que hayan sido declarados

formalmente incursos en mora, instando la vía de apremio y, en su caso, la expropiación.

viii) Custodiar todos los documentos de la Junta de Compensación.

d) El Gerente

El Gerente es un cargo de *facultativa creación* por la Asamblea General. Ésta designará y, en su caso, removerá al Gerente, estableciendo asimismo la forma y cuantía de la remuneración del Gerente. Se suele atribuir al Gerente las siguientes *funciones*:

i) Asistir a las reuniones de la Asamblea General y de la Comisión Gestora con voz pero sin voto.

ii) Ejercer la jefatura del personal administrativo, organizando los servicios de la Junta de Compensación para la mejor gestión de los intereses comunes.

iii) Ejercer las demás funciones que le delegue la Asamblea General o la Comisión Gestora.

2.3.8. Adopción de acuerdos por la Junta de Compensación

a) Las reuniones de la Asamblea General

La Asamblea General puede *reunirse* bien en sesión ordinaria o extraordinaria. Las **sesiones ordinarias** se celebran como mínimo una vez al año, normalmente dentro del primer trimestre del año, a fin de censurar la gestión de la Junta de Compensación; aprobar, en su caso, las cuentas del ejercicio anterior; y aprobar, en su caso, el presupuesto para el ejercicio económico siguiente, acordando el cobro de las cuotas o derramas correspondientes para cubrirlo. No obstante, previa su inclusión en el correspondiente Orden del Día, pueden adoptarse en las reuniones ordinarias acuerdos sobre cualquiera de las materias competencia de la Asamblea General. Por su parte, las **sesiones extraordinarias** se convocan para tratar asuntos sobre materias diferentes a las establecidas para las reuniones ordinarias.

La Asamblea General está *presidida* por el Presidente o, en su defecto, por el Vicepresidente. Si ninguno de éstos asiste a la reunión, normalmente suele establecerse que la Asamblea General sea presidida por el miembro de la Comisión Gestora que sea titular o represente la mayor cuota de participación de entre los que integran la Comisión Gestora y estuviera presente en la Asamblea General o, de no asistir ninguno de éstos a la reunión, ésta puede ser presidida por el miembro de la Junta de Compensación que sea titular o represente la mayor cuota de participación de entre los que integran la Junta de Compensación y estuviera presente en la Asamblea General.

b) Convocatoria de las reuniones

Los Estatutos suelen establecer la forma de *convocar* las reuniones de la Asamblea General, tanto ordinarias como extraordinarias. Es habitual establecer que las reuniones de la Asamblea General sean convocadas por el Presidente o el Secretario de la Junta mediante burofax, carta remitida por correo certificado con acuse de recibo, o por cualquier otro medio que permita dejar constancia de su recepción, al domicilio que cada miembro tenga registrado en la Secretaría, con una antelación que permita a los asistentes tener conocimiento de la reunión en plazo suficiente para poder acudir a la celebración de la misma.

No obstante, también es habitual que los Estatutos establezcan la posibilidad de convocar Asambleas extraordinarias a requerimiento de los miembros que representen un porcentaje del total de las cuotas de participación (el porcentaje suele rondar el 25%).

En la convocatoria debe figurar el Orden del día, así como la hora, lugar y fecha en que ha de celebrarse la primera reunión. No pueden tomarse acuerdos sobre asuntos que no figuren en el orden del día, salvo que hallándose presentes o representados la totalidad de los miembros incorporados a la Junta de Compensación acordasen por unanimidad la incorporación de otros asuntos para su deliberación, siempre y cuando esté presente el representante del órgano urbanístico de tutela. Al respecto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 21 de julio de 2000 (RJCA 2000/1460) señala que:

> *«El artículo 18.4 permite la deliberación de asuntos no incluidos en el Orden del día y que su resolución se declare urgente por mayoría simple, lo cual si bien no se encuentra regulado ni en la Ley del Suelo ni en los Reglamentos, se ha de indicar que por aplicación supletoria de la Ley de Propiedad Horizontal o de la Ley de Sociedades Anónimas avalando esta tesis el supuesto de que tratándose de la Junta extraordinaria sólo pueden ser considerados y resueltos los asuntos que figuren en el orden del día.»*

En la convocatoria de las Asambleas generales ordinarias se debe asimismo indicar que en el domicilio social se hallan a disposición de los miembros, en horas hábiles de oficina y hasta el día anterior a la reunión, los documentos elaborados correspondientes a los asuntos a tratar, como el estado de cuentas del ejercicio anterior, la memoria y los presupuestos para el ejercicio siguiente.

c) Celebración de las reuniones

La Asamblea General *celebra* sus sesiones en el domicilio social, salvo que la convocatoria indique otro lugar de celebración. Como

hemos comentado anteriormente (2.3.1) si se establece un domicilio social fuera del municipio en el que radiquen los terrenos objeto de la actuación es conveniente que se establezca en los Estatutos la posibilidad de celebrar la sesión en varias salas simultáneamente siempre y cuando se asegure por medios audiovisuales o telefónicos la interactividad e intercomunicación entre ellas en tiempo real y, por tanto, la unidad de acto. En este caso se debe hacer constar en la convocatoria el sistema de conexión y, en su caso, los lugares en los que estarán disponibles los medios técnicos necesarios para asistir y participar en la reunión. Los acuerdos se entienden adoptados en el lugar donde esté la Presidencia.

d) Asistencia a las reuniones

Pueden *asistir* a las sesiones de la Asamblea General las personas físicas y los representantes de las personas jurídicas en quienes concurran la calidad de miembro de la Junta de Compensación, con las limitaciones y requisitos establecidos en estos Estatutos, así como el representante de la Administración. Igualmente podrán asistir para aspectos informativos que puedan interesar, los técnicos y asesores de cualquier tipo que considere conveniente el Presidente de la Junta de Compensación quienes, en tal caso, intervendrán con voz pero sin voto.

Los miembros de la Junta de Compensación pueden asistir a la Asamblea por sí o mediante representación conferida a otra persona. Los Estatutos suelen establecer la forma en que dicha representación debe ser otorgada (por ejemplo, mediante carta certificada dirigida al Presidente de la Junta de Compensación o mediante entrega material al mismo del documento que acredite la representación en cualquier forma, dejándose constancia de su recepción por el Presidente).

e) Quórum necesario para la constitución de la Asamblea General

Los Estatutos deben establecer el *quórum mínimo para la constitución*, en primera convocatoria, de la Asamblea General, tanto ordinaria como extraordinaria. Asimismo deben establecer los requisitos para la constitución de la Asamblea en segunda convocatoria.

f) Régimen de adopción de acuerdos

El Presidente —o quien le sustituya— preside la Asamblea General, dirige los debates y declara los asuntos suficientemente considerados, pasando a la votación si procediere. Solamente pueden ser considerados y resueltos los asuntos enumerados en la convocatoria, sin que sean válidos los acuerdos adoptados sobre otras materias, salvo que hallándose presentes o representados la totalidad de los miembros

incorporados a la Junta de Compensación acordasen por unanimidad la incorporación del acuerdo en el Orden del día, siempre y cuando esté presente el representante del órgano urbanístico de tutela.

Los Estatutos deben establecer el *quórum* necesario para la adopción de los acuerdos (bien mayoría simple, normalmente en acuerdos de poca envergadura; mayoría cualificada, en acuerdos relevantes; y unanimidad, en supuestos de disolución o transformación de la sociedad).

Los Estatutos deben establecer asimismo la forma de cómputo del voto. Normalmente, se suelen remitir al coeficiente de participación en la Junta de Compensación, aunque nada impide que se adopten otros criterios.

g) Ejecutividad de los acuerdos

Los acuerdos de la Asamblea General *son inmediatamente ejecutivos*, siempre que hayan sido adoptados con arreglo a lo previsto en los Estatutos, y sin perjuicio de las acciones administrativas y, en su caso, jurisdiccionales pertinentes. La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos que una disposición de carácter general establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 111 y 138 de la Ley 30/1992.

h) Las Actas de las reuniones

De las reuniones de la Asamblea General, el Secretario levanta acta con el visto bueno del Presidente, haciendo constar los acuerdos adoptados y el resultado de las votaciones. Aunque los Estatutos pueden establecer otras determinaciones al respecto, normalmente las actas son aprobadas en la propia reunión de la Asamblea, se firman por el Presidente, dos miembros de la Junta de Compensación que hayan estado presentes en la reunión y por el Secretario y se llevan al libro correspondiente, que puede ser de hojas móviles. Si no fuera posible aprobar el acta en la propia Asamblea, se puede proceder a la designación de dos interventores, quienes, con el visto bueno del Presidente, aprueban el acta redactada por el Secretario en un plazo determinado.

Cualquier miembro de la Junta de Compensación u Órgano Urbanístico competente puede solicitar certificaciones del Libro de Actas, que serán expedidas por el Secretario con el visto bueno del Presidente.

2.3.9. Régimen Jurídico de la Junta de Compensación

a) Derechos y obligaciones de los miembros de la Junta de Compensación

Los miembros de la Junta de Compensación ostentan, sin otras limitaciones que las establecidas en las Leyes, en el planeamiento o

en los Estatutos de la Junta de Compensación, los siguientes **derechos**:

i) Ejercer plenas facultades dominicales sobre los bienes y derechos de su titularidad —y en consecuencia, sobre la cuota de participación que le haya sido asignada por la Asamblea en representación de su aportación—, que podrán enajenar, gravar o sobre los que podrán realizar otros actos de disposición o administración, sin perjuicio de su deber de hacer constar al adquirente las circunstancias de la incorporación a la Junta y de establecer expresamente la subrogación del nuevo titular en los derechos y obligaciones del transmitente.

ii) Concurrir personalmente o mediante representante debidamente acreditado, a las reuniones de la Asamblea General e intervenir en la adopción de acuerdos, proporcionalmente a sus cuotas respectivas.

iii) Participar, como elector o candidato en la designación del Presidente, Vicepresidente y Secretario.

iv) Enajenar, gravar o realizar cualquier otro acto de disposición de los terrenos de su propiedad o de sus cuotas respectivas, quedando subrogado el adquirente, en caso de venta, en los derechos y obligaciones del vendedor dentro de la Junta de Compensación.

v) Adquirir la titularidad individual o en copropiedad de la parcela o parcelas que les sean adjudicadas en vía de reparcelación proporcionalmente a sus cuotas respectivas.

vi) Impugnar los acuerdos y resoluciones de la Junta de Compensación, en la forma y con los requisitos establecidos en los Estatutos.

vii) Ser informados en todo momento de la actuación de la Junta de Compensación.

viii) Percibir al tiempo de la liquidación definitiva y en proporción a sus respectivas cuotas, la parte de patrimonio de la Junta de Compensación que les correspondiere.

ix) Presentar proposiciones y sugerencias.

x) Satisfacer las cuotas de urbanización totalmente o parcialmente mediante cesión a la Junta de parte de su terreno o cuota, o en aquella otra valoración de tipo general que la Junta pueda acordar por unanimidad.

xi) Los demás derechos que les corresponda, de acuerdo con lo dispuesto en los Estatutos y en las Disposiciones legales aplicables.

Los miembros de la Junta de Compensación **vendrán obligados a**:

i) Observar las prescripciones del planeamiento urbanístico vigente.

ii) Facilitar a la Junta de Compensación, en el plazo de un mes, a partir de la fecha de su incorporación a la misma, los documentos acreditativos de su titularidad, y si los terrenos estuvieren gravados deberá acompañarse relación con los nombres y domicilios de los titulares de los derechos reales, con expresión de la naturaleza y cuantía de las cargas, gravámenes, así como, la relación nominal de arrendatarios u ocupantes, acompañando los contratos o documentación existente.

iii) Cumplir fielmente los acuerdos adoptados por la Asamblea General y acatar la autoridad de sus representantes, sin perjuicio de los recursos a que hubiere lugar.

iv) Determinar, en el momento de su incorporación a la Junta de Compensación un domicilio a efectos de notificaciones, reputándose bien practicada cualquier notificación que al citado domicilio se dirija.

v) Satisfacer puntualmente las cantidades necesarias para atender a los gastos ordinarios y extraordinarios de la Junta de Compensación, a cuyo fin se fijará por la Asamblea General, la cuantía correspondiente a cada miembro, en función de la cuota que le hubiere sido atribuida.

vi) Abonar las cantidades que les correspondan para la ejecución de las obras de urbanización.

vii) Regularizar la titularidad dominical y la situación registral de los terrenos de su propiedad aportados a la Junta de Compensación.

viii) Otorgar los documentos necesarios para formalizar las cesiones de espacios libres, viales, zonas verdes, públicas, etc. resultante del planeamiento urbanístico y en el Proyecto de Compensación.

ix) Designar en los supuestos de copropiedad, una persona que represente a los cotitulares en el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones previstas en los Estatutos, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de aquéllos, verificando dicha designación en caso de no existir acuerdo entre los interesados el Presidente, a favor necesariamente de uno de los copropietarios. Pudiendo representar cada copropietario su parte proporcional de su derecho de propiedad.

x) Notificar a la Junta de Compensación cualquier variación, modificación, alteración, o limitación que pueda afectar a su propiedad, o a sus derechos y obligaciones con la Junta de Compensación.

xi) Permitir la ocupación de su propiedad para la ejecución de las

obras de urbanización, depósito de materiales, e instalaciones complementarias.

xii) Los demás que se deriven de los Estatutos, planes y proyectos aprobados, Leyes y Reglamentos.

El incumplimiento de sus obligaciones por los miembros de la Junta de Compensación, legitima a la Junta para promover la expropiación de los terrenos de su propiedad.

2.3.10. Régimen económico de la Junta de Compensación

a) Ingresos de la Junta de Compensación

Son **ingresos** de la Junta de Compensación:

i) Las aportaciones iniciales de sus miembros.

ii) Las cantidades satisfechas, terrenos o cuotas cedidas por sus miembros con carácter ordinario o extraordinario.

iii) Las subvenciones, créditos, donaciones, etc., que se obtengan.

v) El producto de las enajenaciones de bienes de la Junta de Compensación.

v) Las rentas y los productos de su patrimonio.

vi) Las participaciones e ingresos que procedan de convenios con otras Entidades y Organismos para la realización de los fines urbanísticos.

b) Gastos de la Junta de Compensación.

Son **gastos** de la Junta de Compensación los de:

i) Promoción de la actuación urbanística y cumplimiento de las obligaciones del Proyecto de actuación y de los demás instrumentos de la Unidad y que sean necesarios para el exacto y fiel cumplimiento de las obligaciones urbanísticas.

ii) Ejecución de las obras de urbanización, así como de las que acuerden los Órganos de Gobierno y Administración.

iii) Abono de honorarios profesionales y administrativos.

iv) Justiprecio por expropiación de bienes y derechos, en que la Junta de Compensación sea beneficiaria.

v) Indemnizaciones que deban satisfacerse por abuso de derechos que deban extinguirse con cargo al Proyecto de Urbanización.

vi) Remuneraciones o dietas del Presidente, Vicepresidente y Secretario en la cuantía que acuerde la Asamblea.

vii) Cuantas vengan exigidas por el cumplimiento del objeto de la Junta de Compensación.

c) Las cuotas a pagar por los miembros de la Junta de Compensación

Los medios económicos de la Junta de Compensación para hacer frente a los gastos de urbanización, incluidos sin limitación los gastos ordinarios y extraordinarios de la Junta, tales como los gastos de gestión o las indemnizaciones procedentes por derribo de construcciones o cualquier otro aprobado por la Asamblea o la Comisión, están constituidos por las cuotas y aportaciones de los miembros de la Entidad, así como cualesquiera otros ingresos, subvenciones, créditos, productos de la enajenación de sus bienes o rentas de su patrimonio que pudieran obtenerse con arreglo a la legislación vigente.

Las cuotas pueden ser *ordinarias o extraordinarias*. Son cuotas ordinarias las destinadas a sufragar los gastos generales de administración de la Entidad, y extraordinarias las destinadas al pago de los costes de urbanización y de las expropiaciones de las que sea beneficiaria la Junta.

Las cuotas ordinarias y extraordinarias son fijadas por la Asamblea General, a propuesta de la Comisión Gestora, en su caso, y deben figurar en los respectivos presupuestos anuales, sin perjuicio de que puedan acordarse otras cuotas extraordinarias por la Asamblea. En ocasiones los Estatutos suelen establecer que las cuotas pueden ser acordadas en caso de urgencia por la Comisión Gestora, en su caso, y requerir su pago a los miembros de la Junta de Compensación, debiendo siempre ser ratificadas por la primera Asamblea General que se celebre.

Sin perjuicio de la compensación o pago de indemnizaciones que puedan ser procedentes con carácter individual, las aportaciones acordadas se prorratearán entre los miembros en proporción al coeficiente o cuota de participación que cada uno tenga asignado, salvo las condiciones establecidas por la Asamblea al aprobar, en su caso, la incorporación de empresas urbanizadoras, de acuerdo con los compromisos adquiridos, en su caso, con las referidas empresas.

Los fondos de la Entidad serán custodiados en entidades de crédito, designadas por la Comisión Gestora, a nombre de la Junta.

d) Pago de las cuotas

Los Estatutos deben establecer la forma y condiciones del pago de las cuotas. Lo lógico es que los Estatutos se remitan al momento en que se señalen las cantidades que deben satisfacer los miembros integrados en la Junta de Compensación con sujeción a los presupuestos y plazos aprobados por la Juntas.

Proponemos que los Estatutos establezcan la siguiente redacción: «*Salvo pacto en contrario, el ingreso de las cantidades a satisfacer por los miembros de la Junta de Compensación se realizará dentro de los diez días siguientes a la fecha de la notificación del acuerdo del Pleno,*

acordando el pago. Transcurrido dicho plazo, el miembro de la Junta que no haya ingresado podrá ser sancionado, mediante acuerdo de la Asamblea General, con un recargo del diez por ciento de la cantidad o fracción no abonada, debiendo ingresar la totalidad de la cantidad debida en un plazo de un mes a contar del requerimiento de pago que por la Asamblea General se le practique. Transcurrido este último término sin haberse efectuado el pago, la Junta de Compensación a través del Secretario, procederá contra el socio moroso por vía de apremio sobre la finca afectada, formulando la petición correspondiente al Ayuntamiento, o utilizando el derecho de expropiación, a cuyo efecto se expedirá por el Secretario, con el visto bueno del Presidente, la correspondiente certificación que tendrá eficacia ejecutiva. En todo caso, desde la terminación del período voluntario de pago hasta la efectividad de éste, el juntero moroso queda en suspenso del derecho de voto, a no ser que hubiese impugnado judicialmente las cuentas o a la consignación judicial o notarial de la suma adeudada.»

La cuantía de tales aportaciones es proporcional a las cuotas establecidas por la Asamblea General o a sus modificaciones ulteriores, y sustituible en la cesión de terrenos en la forma y condiciones fijadas en los Estatutos.

e) La contabilidad de la Junta de Compensación

La Junta de Compensación debe llevar la documentación de su gestión económica de modo que en cada momento pueda darse razón de las operaciones efectuadas y se deduzcan de ellas las cuentas que deban de rendirse. La contabilidad de la Entidad suele estar a cargo del Secretario.

En todo caso, la actuación de la Junta de Compensación se debe desarrollar con arreglo a normas de economía, celeridad, y eficacia, mediante la prestación personal de sus componentes, salvo que dicha prestación fuera insuficiente o demasiado onerosa para los que ostente cargos sociales, en cuyo supuesto, el Presidente acordará lo procedente, dentro de los recursos económicos autorizados por la Asamblea General.

2.3.11. Recursos contra los acuerdos de la Junta de Compensación

Contra los acuerdos de la Asamblea General de la Junta de Compensación puede interponerse **recurso ordinario** ante el Órgano urbanístico de tutela en el plazo de un mes. De transcurrir tres meses sin haber recibido contestación se entiende desestimado el recurso por silencio negativo.

El acuerdo o su denegación expresa o por silencio, puede ser recurrido, potestativamente, en **reposición**. La resolución expresa o por

silencio agota la vía administrativa y dará lugar a poder seguir el procedimiento **contencioso-administrativo** de existir causa para ello.

Téngase en cuenta que *no podrán impugnar los acuerdos quienes hubiesen votado a favor del mismo por sí o por medio de representante.*

2.3.12. Liquidación y extinción de la Junta de Compensación

a) Disolución

Ya hemos comentado (2.2.4) que la Junta de Compensación tiene una duración mínima correspondiente al **cumplimiento de los fines** (artículo 182 RGU) para los que se constituye. Finalizado el cumplimiento de éstos se procede a su disolución.

No obstante lo anterior, la disolución de la Junta de Compensación puede producirse no sólo por el cumplimiento de los fines para los que se constituye, sino también: i) por **orden judicial** o prescripción legal; ii) por **transformación** en sociedad civil o mercantil, exigiéndose voto de la totalidad de los miembros de la Junta de Compensación y aprobación del órgano urbanístico actuante; o iii) por resolución firme de la Administración **sustituyendo el sistema** de compensación por otro de gestión pública en base a alguna de las causas legalmente establecidas.

La disolución requerirá, en todo caso, acuerdo del órgano urbanístico de control.

b) Liquidación

Acordada válidamente por la Asamblea General la disolución de la Junta de Compensación, se procederá a su liquidación.

El patrimonio común, si lo hubiere, se distribuirá entre los miembros de la Junta de Compensación en proporción a sus cuotas de participación en la Junta de Compensación.

c) Transformación

Como hemos comentado con anterioridad 2.2.12.a), existe la posibilidad de que la Junta de Compensación se transforme en sociedad civil, mercantil o en otro tipo de entidad urbanística colaboradora de la Administración.

3. BASES DE LA JUNTA DE COMPENSACIÓN

3.1. Introducción

Las Bases de Actuación, como documentación necesaria para la constitución de la Junta de Compensación, que se precisa para el

desarrollo efectivo del sistema de gestión de iniciativa privada denominado *«compensación»* en la legislación estatal supletoria (TRLS76), todavía tienen su contenido regulado en el Reglamento de Gestión Urbanística, ya que la mayoría de las legislaciones autonómicas no han entrado a definir nuevamente el contenido de los Estatutos o las Bases de actuación.

Como ya hemos mencionado anteriormente (1.3), podemos distinguir en las legislaciones urbanísticas de las Comunidades Autónomas dos grandes grupos: las legislaciones autonómicas que han sustituido los sistemas de ejecución privada regulados en la legislación estatal por una regulación propia con el llamado *«agente urbanizador»* como figura principal (Comunidad Valenciana y Castilla-La Mancha) y las que mantienen el sistema de compensación recogido en la legislación estatal, si bien algunas permiten la entrada del *«agente urbanizador»*, concurriendo ambas figuras en la ejecución del planeamiento (Andalucía, Aragón, Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla León, Cataluña, Extremadura, Galicia, La Rioja, Madrid, Murcia, Navarra, y País Vasco).

Dentro de este segundo grupo encontramos que, mientras que unas legislaciones autonómicas mantienen el *sistema de compensación con la misma regulación que en el TRLS76*, otras legislaciones autonómicas, dentro del sistema de compensación, establecen una forma de constitución de la Junta de Compensación distinta. En estos casos la Junta de Compensación se constituye únicamente con la aprobación de los Estatutos de la Junta de Compensación y una vez constituida los propietarios presentan en el Ayuntamiento el denominado **«Proyecto de Actuación»** o **«Programa de Actuación»** cuyo contenido es semejante al de las bases de actuación, ya que este proyecto debe establecer **las reglas básicas de funcionamiento de la entidad que asume la gestión** así como los criterios que se vayan a seguir en el desarrollo de la actuación. Este es el caso de la Legislación urbanística de Castilla-León, Asturias y Murcia.

— Ley 1/2001, de 24 de abril, del Suelo de Murcia:

> ***«Artículo 172. Programas de Actuación.***
> *1. Los Programas de Actuación son instrumentos de gestión urbanística que tienen por objeto establecer las bases técnicas y económicas de las actuaciones en los sistemas de concertación, compensación, cooperación y concurrencia.*
> *2. Sin perjuicio de las especialidades que se determinen para cada sistema de actuación, los Programas de Actuación contendrán:*
> *a) Identificación del promotor, y relación de los propietarios y de los titulares que consten en el Catastro y, en su caso, en el Registro de la Propiedad.*

> *b) Justificación del ámbito territorial y sistema de actuación propuesto conforme al planeamiento vigente, o, en su caso, al avance de planeamiento que se acompañe como anexo.*
> *c) Estimación de los gastos de urbanización, programa de trabajo y distribución de inversiones, conforme a lo señalado en el artículo 160 de esta Ley.*
> *d) Plazos para la ejecución de la actuación, que no podrán exceder de los señalados en el planeamiento urbanístico para el cumplimiento de los deberes urbanísticos exigibles.*
> *e) Garantías que aseguren la ejecución de la actuación, mediante crédito comprometido con cargo a fondos públicos, o la planificación y compromiso financiero de la inversión con fondos cuyo origen deberá acreditarse.*
> *f) Compromiso de prestación de aval o fianza por el urbanizador previstos en cuantía del diez por ciento de los gastos de urbanización previstos.*
> *g) En su caso, compromisos complementarios del urbanizador en cuanto a edificación, cesiones, ejecución de dotaciones urbanísticas, afección de inmuebles a fines sociales u otras prestaciones.»*

— Ley 5/1999, de 8 de abril, de urbanismo de Castilla y León:

> ***«Artículo 75. Proyectos de Actuación.***
> *1. Los Proyectos de Actuación son instrumentos de gestión urbanística que tienen por objeto establecer las bases técnicas y económicas de las actuaciones integradas, y cuyo ámbito abarcará una o varias unidades de actuación completas del mismo sector.*
> *2. No podrán aprobarse Proyectos de Actuación en ausencia de planeamiento urbanístico, ni tampoco podrán modificar las determinaciones del mismo que estuvieran vigentes, sin perjuicio de las adaptaciones materiales exigidas por la realidad física de los terrenos.*
> *3. Sin perjuicio de las especialidades que se determinen para cada sistema de actuación, los Proyectos de Actuación contendrán:*
> *a) Identificación del urbanizador propuesto, y relación de los propietarios que consten en el Registro de la Propiedad y de los titulares que consten en el Catastro.*
> *b) Reparcelación de las fincas, con determinación de las cesiones al Ayuntamiento y, en su caso, adjudicación de las parcelas resultantes a los propietarios, conforme a las siguientes reglas:*
> *1.ª Los propietarios recibirán parcelas aptas para materializar el aprovechamiento que les corresponda, en proporción a sus derechos, y en lo posible sobre sus fincas originales.*

2.ª Cuando el aprovechamiento que corresponda a los propietarios no alcance o exceda de lo necesario para la adjudicación de parcelas completas, los restos se satisfarán en metálico o bien mediante la adjudicación de parcelas en proindiviso.

3.ª No serán objeto de nueva adjudicación, sin perjuicio de la normalización de linderos y las compensaciones en metálico que procedan, los terrenos con construcciones o instalaciones conformes con el planeamiento, ni tampoco aquéllos con construcciones o instalaciones disconformes, cuando su uso sí sea conforme, y el aprovechamiento permitido no sea superior ni inferior en más de un 15 por ciento al que corresponda a su propietario.

4.ª No podrán adjudicarse como parcelas independientes superficies inferiores a la parcela mínima edificable o que no sean adecuadas para su uso conforme al planeamiento.

c) Definición técnica y económica de las obras necesarias para la ejecución material de las determinaciones del planeamiento urbanístico, incluyendo el detalle de los gastos de urbanización a realizar de entre los citados en el artículo 68, de forma que pueda estimarse su coste, y distribución del mismo en proporción al aprovechamiento correspondiente.

d) Plazos para la ejecución de la actuación, que no podrán exceder de los señalados en el planeamiento urbanístico para el cumplimiento de los deberes urbanísticos exigibles.

e) Garantías que aseguren la ejecución de la actuación, mediante crédito comprometido con cargo a fondos públicos, o mediante prestación de aval o fianza por el urbanizador, en la forma que se determine reglamentariamente.

f) En su caso, compromisos complementarios del urbanizador en cuanto a edificación, ejecución de dotaciones urbanísticas, afección de inmuebles a fines sociales u otras prestaciones.

4. Las determinaciones sobre reparcelación y urbanización citadas en los apartados b) y c) del número anterior podrán limitarse a sus bases, lo que implicará la necesidad de aprobar más adelante los correspondientes Proyectos de Reparcelación y Urbanización, en ambos casos conforme al procedimiento señalado en el artículo 95.»

— *Ley del Principado de Asturias 3/2002, de 19 de abril, del Régimen del Suelo y Ordenación Urbanística:*

«Artículo 119. Proyecto de Actuación

1. En el plazo establecido por el planeamiento y, en su defecto, en el plazo máximo de cuatro años desde la aprobación definitiva del mismo o de la delimitación del polígono o unidad de actuación, deberá presentarse un Proyecto de Actuación para su aprobación por la Administración urbanística actuante.

2. Los propietarios podrán solicitar, antes de que venza el plazo, una prórroga a la Administración actuante. Ésta sólo la concederá cuando existan causas justificadas, y nunca por un plazo superior a seis meses.

3. El proyecto deberá estar suscrito por un conjunto de propietarios que representen, más del cincuenta por ciento del suelo incluido en el polígono o unidad de actuación. Para el cómputo de dicha mayoría se tendrán en cuenta las superficies de suelo exterior al polígono o unidad de actuación, cuyos propietarios deban hacer efectivo su derecho en ésta.

4. En el proyecto deberán establecerse las reglas básicas de funcionamiento de la entidad que asuma la gestión, que recibirá la denominación de Junta de Compensación, así como, si es necesario, los criterios que se vayan a seguir en el desarrollo de la actuación. También podrá presentarse las bases de un Proyecto de compensación completo o los acuerdos que hayan alcanzado ya para la reparcelación. Deberá fijarse en todo caso un plazo para la presentación del Proyecto de compensación, si no se ha presentado en ese momento.

5. El proyecto podrá ser suscrito también por empresas urbanizadoras que hayan alcanzado acuerdos con los propietarios para participar en la gestión del suelo.

6. El procedimiento de aprobación del Proyecto de Actuación será el mismo establecido para los Estudios de Detalle.

7. Transcurrido el plazo fijado para la presentación del proyecto, la Administración podrá modificar el sistema de actuación a través del procedimiento para la delimitación de polígonos y unidades de actuación.»

Para el estudio del contenido de las Bases de Actuación también es de interés el artículo 7 del RD1093/1997 que señala las **circunstancias y contenido del proyecto de equidistribución** para poder acceder al registro tanto conforme a la legislación urbanística como a la hipotecaria. Las Bases de actuación determinan los **criterios para que el proyecto de equidistribución** defina el contenido que en este artículo se especifica:

«7. Circunstancias que ha de contener el título.

El título inscribible, sin perjuicio de los requisitos exigidos por la legislación urbanística aplicable, deberá contener las circunstancias exigidas por la legislación hipotecaria y especialmente:

1. Referencia a la unidad de ejecución y a la aprobación definitiva del Plan que se ejecuta y, en su caso, al expediente de delimitación de la propia unidad, con especificación de la fecha de

aprobación del proyecto de equidistribución y de su publicación en el Diario Oficial que corresponda.

2. Descripción de cada una de las fincas, partes de fincas y unidades de aprovechamiento incluidas en la unidad de ejecución o adscritas a ésta, con especificación de su titularidad y de las cargas y gravámenes inscritos sobre las mismas, y en su caso, de sus datos registrales.

3. Especificación respecto de cada finca de origen de las modificaciones que se produzcan en su descripción o en su titularidad, cuando los datos resultantes del Registro no coincidieren con los del proyecto.

4. Determinación de la correspondencia entre las superficies o aprovechamientos aportados al proyecto y las fincas de resultado adjudicadas, conforme al mismo, a los titulares de las primeras.

5. En el caso de que en el proyecto se lleve a cabo la agrupación instrumental de la totalidad de las fincas de origen que forman parte de la unidad de ejecución, se describirá la finca agrupada, que deberá comprender solamente los terrenos físicamente incluidos en la unidad de que se trate.

6. Especificación de las cargas y derechos inscritos sobre las fincas de origen que han de ser objeto de traslado o de cancelación conforme a los señalado en el artículo 11.

7. Descripción de las construcciones que se mantienen y especificación de las fincas de resultado en que se ubican. Se expresarán, en su caso, las construcciones existentes, aunque no hubieran sido objeto de previa inscripción registral.

8. Descripción de las fincas de resultado formadas en virtud del proyecto de equidistribución, conforme a lo dispuesto en la Legislación Hipotecaria, bien por sustitución de las fincas originarias, bien por segregación de la agrupada instrumentalmente a estos efectos.

9. Determinación de la cuota que se atribuya a cada una de las fincas de resultado en la cuenta de liquidación del proyecto de equidistribución, de acuerdo con lo establecido en el artículo 20.1.

10. Adjudicación de las fincas de resultado a los titulares a quienes correspondan por título de subrogación o de cesión obligatoria.

11. Relación de los propietarios de fincas y de aprovechamientos así como de los titulares de las cargas y gravámenes afectados por la equidistribución, con especificación de sus circunstancias personales, de acuerdo con lo dispuesto en la Legislación Hipotecaria, y con expresa indicación de haber sido notificados en el expediente.

12. Plano de las fincas de las fincas de resultado. Cuando se hubieren incluido en la unidad de ejecución fincas situadas fuera de ella o que hubieren sido objeto de ocupación directa, con apertura de folio independiente a su aprovechamiento, se aportará plano aparte de las mismas. Al título inscribible se acompañará ejemplar por duplicado de los planos para su archivo en el Registro de la Propiedad.»

3.2. Disposiciones Generales

3.2.1. Objeto y ámbito territorial

Las bases de actuación tienen por **objeto** establecer los criterios por los que se va a regir la actividad de la Junta de Compensación que se va a constituir para la ejecución de un ámbito de planeamiento en el que se ha delimitado una unidad de ejecución, en lo referente a las *operaciones de equidistribución de beneficios y cargas derivadas de dicho plan* y para *la ejecución de la obra urbanizadora*, todo ello bajo la fiscalización y el control municipal establecido reglamentariamente.

El **ámbito territorial** donde va a ejercer su actividad la Junta de Compensación es la **unidad de ejecución** delimitada directamente en el Plan General, en el planeamiento de desarrollo correspondiente (plan parcial, plan especial, estudio de detalle) o por el procedimiento de delimitación de unidad de ejecución que se establece en la legislación urbanística autonómica.

La actividad que llevará a cabo la Junta de Compensación en el ámbito territorial delimitado es la **ejecución del planeamiento** aprobado por el Ayuntamiento correspondiente para dicho ámbito y para ello realizará las *operaciones de equidistribución, cesión de dotaciones públicas, urbanización y edificación de los solares resultantes, en su caso.*

3.2.2. Actuaciones que comprende

La ejecución del planeamiento por el sistema de compensación comprenderá las siguientes actuaciones urbanísticas:

a) La incorporación a la Junta de Compensación de los propietarios de terrenos comprendidos en la unidad de ejecución, y la **expropiación de las fincas de los no incorporados** a la Junta de Compensación en los plazos y condiciones reglamentariamente establecidos, así como de aquellos miembros que incumplan las obligaciones y cargas impuestas por la Ley y por el planeamiento aplicable. En todos los casos la expro-

piación será realizada por el Ayuntamiento a favor de la Junta de Compensación, la cual tendrá la condición jurídica de beneficiaria.

b) La **transmisión gratuita** al municipio y a la comunidad autónoma en su caso, de conformidad con lo dispuesto en la legislación aplicable, en pleno dominio y libre de cargas, de todos los **terrenos de cesión obligatoria**.

c) La **ejecución y cesión de las obras de urbanización** y de las instalaciones que se establezcan en el planeamiento aplicable y en el proyecto de urbanización que lo desarrolle y en su caso, las obras de edificación que se determinen.

d) El **reparto de beneficios y cargas** del planeamiento que se ejecuta mediante la distribución de los terrenos susceptible de aprovechamiento lucrativo entre los propietarios (en proporción a sus cuotas de participación), el ayuntamiento y la Comunidad Autónoma (en la proporción correspondiente), conforme a los principios de equidistribución de la legislación urbanística aplicable.

3.2.3. Proyecto de Compensación/Reparcelación

Tanto la transmisión de los terrenos de cesión obligatoria como la distribución entre los propietarios de los terrenos con aprovechamiento lucrativo en proporción a sus respectivas aportaciones se llevará a cabo mediante la **aprobación del proyecto de reparcelación o compensación** (según la denominación de la legislación urbanística autonómica) correspondiente, que en desarrollo de las bases de actuación se redactará y someterá a la aprobación del órgano urbanístico de control (el ayuntamiento) y que servirá de título para la adjudicación de los terrenos.

Es indispensable la aprobación de las Bases de Actuación previamente al Proyecto de Compensación. Si no se efectúa así el Proyecto de Compensación es nulo, pues son las Bases donde se establecen las reglas para la redacción del mismo.

Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1982 (RJ 1982/6344) señala:

> *«Que, aparte de los defectos de titularidad antes mencionados, existe otro de no menor importancia en la documentación presentada por quien solicitó la aprobación del Proyecto de Compensación, y es el de que, con total infracción de lo dispuesto en el ap. 112-2 de la Ley de 2 de mayo de 1975 (actual art. 126-1 del Texto Refundido de 9 de abril de 1976), se presentó y* ***fue aprobado un proyecto de Compensación sin las correspondientes Bases de Actuación,*** *elemento indispensable porque sin él no es posible conocer cuáles van a ser los criterios de valoración de las fincas aportadas, de los derechos reales o personales, de las edificaciones, de las fincas resultantes, las reglas para la distribución de beneficios y pérdidas, los supuestos de compensación a metálico, etc. (extremos que, hoy ya, se concretan en el artículo 167 del Reglamento de Gestión ya citado), con lo cual se imposibilita al que los demás propietarios conozcan las consecuencias que se deducirán de su incorporación a la correspondiente Junta, y como por ello* ***ha de estimarse que dichas Bases de Actuación son un elemento esencial, su falta o ausencia vicia*** *ab origen* ***el acto de aprobación de dicho proyecto que, por esta razón ha de ser anulado.»***

3.2.4. Afectación real de terrenos al sistema de compensación

El establecimiento y la definición del sistema de compensación determinarán la **afectación real de la totalidad de los terrenos incluidos en la unidad de ejecución al cumplimiento de los deberes legales y las obligaciones inherentes al mismo**, con inscripción en el registro de la propiedad mediante nota marginal, con arreglo a la legislación urbanística autonómica (art. 105 ley 9/2001 de 17 de julio, del suelo de la comunidad de Madrid), produciendo dicha nota marginal los efectos señalados en el RD 1093/1997.

3.2.5. Régimen legal y reglamentario aplicable

La actuación de la Junta de Compensación y la reparcelación del ámbito delimitado **se regirán por lo dispuesto en el planeamiento correspondiente** (y convenio urbanístico en su caso) aprobados por el Ayuntamiento, **las bases y estatutos de la Junta de Compensación, las normas de la legislación urbanística de la Comunidad Autónoma que resulten de aplicación** y supletoriamente por lo dispuesto en el Reglamento de Gestión Urbanística y la demás legislación de aplicación.

3.2.6. Modificación de las bases de actuación

La aprobación de las bases de actuación por el ayuntamiento supone su obligado cumplimiento por parte de los propietarios y, en su caso, empresas urbanizadoras que se incorporen a la Junta de Compensación. En defecto de legislación urbanística que establezca condiciones específicas, **toda modificación de las bases de actuación exigirá que sea aprobada por la asamblea general** con el voto de miembros que representen al menos dos tercios de las cuotas de par-

ticipación, debiendo darse a la modificación el trámite previsto en los artículos 161 y 162 del RGU.

3.3. Contenido

3.3.1. Introducción

El contenido de las bases de actuación es esencialmente técnico y económico. Consiste en establecer los criterios de valoración y adjudicación con los que se elaborará el proyecto de compensación, el procedimiento para contratar la ejecución de las obras de urbanización, forma y plazos para efectuar las aportaciones a la Junta de Compensación y reclamación en su caso, así como las reglas para proceder a la distribución de beneficios y pérdidas.

En cuanto al contenido de las Bases de Actuación, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 2 de junio de 2000 señala lo siguiente:

> «**El contenido de las Bases de Actuación viene determinado en el artículo 167 RGU** y con sujeción a lo establecido en dichas Bases se formula por la Junta el correspondiente Proyecto de Compensación, de definitiva aprobación por la Administración municipal. **Es en dicho Proyecto de Compensación donde se materializan los elementos básicos de las Bases**, con una importante aproximación a la técnica de redistribución propia de del sistema de cooperación, dada la remisión a la reparcelación.»

El contenido de las bases de actuación se detalla en el artículo 167 del RGU. En dicho artículo se indica que las bases de actuación deberán contener las determinaciones siguientes:

> «***Artículo167.*** *1. Las bases de actuación contendrán las determinaciones siguientes:*
>
> *a) Criterios para valorar las fincas aportadas, que podrán ser distintos de los establecidos para la reparcelación en la Ley del Suelo, cuando así se acuerde por unanimidad.*
>
> *b) Criterios de valoración de derechos reales sobre las fincas, servidumbres prediales y derechos personales que pudieran estar constituidos en razón de ellas.*
>
> *c) Criterios de valoración de edificaciones, obras, plantaciones e instalaciones que deberán derruirse o demolerse.*
>
> *d) Criterios para valorar las aportaciones de empresas urbanizadoras.*

> *e) Procedimiento para contratar la ejecución de las obras de urbanización y, en su caso, las de edificación.*
>
> *f) Criterios de valoración de las fincas resultantes en función del aprovechamiento del polígono o unidad de actuación.*
>
> *g) Reglas para la adjudicación de fincas a los miembros de la Junta en proporción a los bienes o derechos aportados, expresando los criterios de adjudicación en comunidad, si procediere.*
>
> *h) Supuestos de incumplimiento de las obligaciones de los miembros de la Junta de Compensación que darán lugar a la expropiación de sus bienes o derechos.*
>
> *i) Reglas para valorar los inmuebles que se construyan cuando la Junta esté facultada para edificar y criterios para la fijación del precio de venta a terceras personas.*
>
> *j) Forma y plazos en que los propietarios de terreno o titulares de otros derechos han de realizar aportaciones a la Junta, bien en metálico, bien en terrenos o en industria, en su caso.*
>
> *k) Reglas para la distribución de beneficios y pérdidas.*
>
> *l) Supuestos de compensación a metálico en las diferencias de adjudicación.*
>
> *m) Momento en que pudiera edificarse sobre solares aportados o adjudicados por la Junta, por los propietarios o por las empresas urbanizadoras, sin perjuicio de la solicitud de licencia al Ayuntamiento en cuyo territorio se efectúe la actuación.*
>
> *n) Forma de exacción de las cuotas de conservación, si procediere, hasta la disolución de la Junta.*
>
> *2. Las bases de actuación podrán contener además las determinaciones complementarias que se consideren adecuadas para la correcta ejecución del sistema y de las obras de urbanización, incluso señalando las características técnicas mínimas que deben recogerse en los proyectos de urbanización que se redacten.»*

3.3.2. Criterios de valoración de fincas aportadas y cuotas de participación.

a) Criterios de valoración de fincas aportadas

Mediante la valoración de los terrenos aportados se efectúa un doble cometido: **establecer el coeficiente de participación** de los propietarios adheridos en la Junta de Compensación, y determinar el **valor del suelo aportado** para quienes opten por efectuar el pago de los costes de urbanización en terrenos. Tanto para uno como otro objetivo es necesario valorar los terrenos con *criterios generales y objetivos.*

El criterio general aplicable es que todos los terrenos de titularidad privada y los de titularidad pública susceptibles de generar aprovechamiento lucrativo, comprendidos en la Unidad de Ejecución y apor-

tados a la Junta de Compensación se *valorarán en función únicamente de su superficie con independencia de su emplazamiento*.

Aunque la legislación permite establecer valoraciones distintas de los terrenos inicialmente aportados, debido a la dificultad de establecer criterios objetivos en los factores de localización y a la dificultad posterior de la gestión, éste es el criterio comúnmente utilizado. No obstante, por unanimidad, *los propietarios podrán adoptar un criterio distinto*.

Aunque los criterios para valorar las fincas aportadas sirven para obtener el coeficiente de participación en la Junta de Compensación y es indiferente el valor concreto que pueda tener el suelo, esto es, la cuantificación económica de este valor, puede ser un dato de referencia para calcular el justiprecio de los terrenos de los propietarios no adheridos a la Junta y vinculantes para los propietarios adheridos a la Junta que paguen los costes de urbanización en terrenos. Si bien a los no adheridos a la Junta de Compensación no les vincula, en cambio puede constituir un elemento de prueba en el expediente de expropiación, solicitando que no puede expropiárseles por menos del valor reconocido en las bases, argumentando que son valoraciones establecidas por el propio beneficiario de la expropiación.

Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1998 (RJ 1998/9521) señala:

> *«Lo que contradice la doctrina de esta Sala, recogida, entre otras, en la Sentencia de su Sección Sexta, de fecha 20 de junio 1998 (Recurso de casación 973/1994, fundamento jurídico segundo), en la que se declara que el aprovechamiento que de ninguna forma es aplicable para calcular el valor urbanístico del suelo expropiado es el que resulta del proyecto de Compensación si fija un aprovechamiento inferior al establecido por el planeamiento urbanístico,* ***puesto que aquél solo vincula a quienes voluntariamente lo han aceptado dentro del sistema de compensación pero no a los propietarios que, por no integrase en éste, hayan de ser expropiados*** *conforme a lo dispuesto por el artículo 17.1 del Texto refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril.»*

Hay que diferenciar los criterios para determinar los derechos de participación de los que deben utilizarse para obtener el valor de las fincas. Estos serán los contenidos en el artículo 27 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones (en adelante, «**LS98**») modificada por la Ley 10/2003, de 20 de mayo, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes, que para el suelo urbanizable establece lo siguiente:

> ***«Artículo 27.*** *Valor del suelo urbanizable.*
>
> *1. El valor del suelo urbanizable incluido en ámbitos delimitados para los que el planeamiento haya establecido las condiciones para su desarrollo se obtendrá por aplicación al aprovechamiento que le corresponda* ***del valor básico de repercusión en polígono, que será el deducido de las ponencias de valores catastrales****. En el supuesto de que la ponencia establezca para dicho suelo valores unitarios , el valor del suelo se obtendrá pro aplicación de estos a la superficie correspondiente. De dichos valores se deducirán los gastos que establece el artículo 30 de esta Ley, salvo que ya se hubieran deducido en su totalidad en la determinación de los valores de las ponencias.*
>
> *En los supuestos de inexistencia, pérdida de vigencia de los valores de las ponencias catastrales o inaplicabilidad de éstos por modificación de las condiciones urbanísticas tenidas en cuenta al tiempo de su fijación,el valor del suelo* ***se determinará de conformidad con el método residual dinámico definido en la normativa hipotecaria****, considerando en todo caso los gastos que establece el artículo 30 de esta Ley.*
>
> *En cualquier caso se descartarán los elementos especulativos del cálculo y aquellas expectativas cuya presencia no esté asegurada.*
>
> *2. El valor del suelo urbanizable, no incluido por el planeamiento en los ámbitos a los que se refiere el apartado anterior y hasta tanto no se apruebe el planeamiento de desarrollo que establezca la legislación urbanística, se determinará en la forma establecida para el suelo no urbanizable sin consideración alguna de su posible utilización urbanística.»*

En el suelo urbano se determinará siguiendo los criterios establecidos en el artículo 28 de la LS98, modificada por la Ley 10/2003, de 20 de mayo, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes, que distingue:

> ***Artículo 28.*** *Valor del suelo urbano.*
>
> *1. El valor del suelo urbano sin urbanización consolidada, se determinará, salvo lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo, por aplicación al aprovechamiento resultante del correspondiente ámbito de gestión en que esté incluido, del* ***valor básico de repercusión más específico*** *recogido en las ponencias de valores catastrales para el terreno concreto a valorar.*
>
> *2. En los ámbitos de gestión que tengan por objeto la reforma, renovación o mejora urbana, el aprovechamiento de referencia de cada parcela, a los solos efectos de su valoración, será el resultante del planeamiento o el resultante de la edificación existente, si fuera superior.*

3. En el suelo urbano consolidado por la urbanización, el valor del suelo se determinará por aplicación al aprovechamiento establecido por el planeamiento para cada terreno concreto, del ***valor básico de repercusión en parcela*** *recogido en las ponencias de valores catastrales o, en su caso, del de repercusión en calle o tramo de calle corregido en la forma establecida en la normativa técnica de valoración catastral.*

4. En los supuestos de inexistencia, pérdida de vigencia de los valores de las ponencias catastrales o inaplicabilidad de estos por modificación de las condiciones urbanísticas tenidas en cuenta al tiempo de su fijación, se aplicarán los ***valores de repercusión obtenidos por el método residual****.*

5. En cualquiera de estos supuestos, del valor obtenido por aplicación de valores de repercusión ***se deducirán los gastos que establece el artículo 30*** *de esta ley, salvo que ya se hubieran deducido en su totalidad en la determinación de los valores de las ponencias.*

Por tanto, en **suelo urbano sin urbanización consolidada**, se determinará por aplicación al aprovechamiento resultante del correspondiente ámbito de gestión en que esté incluido, del valor básico de repercusión más específico recogido en las ponencias de valores catastrales para el terreno concreto a valorar, siempre y cuando dichos valores estén vigentes y actualizados. Y, en el caso de que no lo estén se aplicarán los valores de repercusión obtenidos por el método residual.

En las **unidades de actuación que tengan por objeto la reforma, renovación o mejora urbana**, será el resultante del planeamiento o el resultante de la edificación existente si fuera superior.

En cualquier caso podrán escogerse otros criterios si existe unanimidad entre todos los miembros de la Junta de Compensación.

b) Titularidad de los terrenos aportados, fincas litigiosas

La titularidad de los terrenos incluidos en el ámbito de la actuación se acreditará mediante **certificación del Registro de la Propiedad** o, en su defecto, mediante **testimonio notarial del título de adquisición**. En caso de falta de inmatriculación, una vez acreditada la titularidad de la finca por cualquier medio admitido en derecho, se procederá a dicha inmatriculación con ocasión de la inscripción registral del proyecto de compensación/reparcelación, de conformidad con lo dispuesto por el RD 1093/1997.

En caso de discrepancia sobre la propiedad de un terreno, la misma se conceptuará como **litigiosa o dudosa** conforme a lo dispuesto en el artículo 103.4 del Reglamento de Gestión Urbanística, siendo la administración actuante la que asumirá la representación de

los derechos e intereses de las titularidades en litigio a efectos de la tramitación del expediente. En el caso de ser litigiosa y constar en el Registro de la Propiedad anotación preventiva de demanda de propiedad, se estará a lo dispuesto en el artículo 10.3 del Real Decreto 1093/97, de 4 de julio, por el que se aprueban 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 todo caso si el carácter litigioso o dudoso viene referido a una superficie concreta, los efectos de la controversia no se extenderán al resto de la finca o fincas afectadas**.

c) Cuotas de participación. Modificación de la cuota

La fijación de las cuotas de participación de los propietarios integrados en la Junta de Compensación se basará en la **proporción entre la superficie de las parcelas aportadas** por cada uno de ellos en relación con la superficie total de la unidad de ejecución.

Las superficies computables se acreditarán mediante certificación del Registro de la Propiedad o del Catastro o, en su defecto, mediante el título de adquisición. No obstante y de conformidad con el artículo 103.3 del RGU, **en caso de discordancia entre la superficie de las fincas** según el título y la realidad física que finalmente resulte de los estudios y antecedentes documentales o catastrales de que disponga la Junta de Compensación o que ésta pueda efectuar sobre la correcta medición y ubicación, **prevalecerá la realidad física**.

En todo caso, cualquier controversia entre propietarios integrados en la Junta de Compensación podrá resolverse en el propio Proyecto de Reparcelación/Compensación si media acuerdo entre los propietarios afectados, acreditado de modo fehaciente.

La determinación de las cuotas de participación se establecerá con carácter definitivo en el Proyecto de Reparcelación.

En la Asamblea General fundacional de la Junta de Compensación se fijarán las cuotas de participación que inicialmente correspondan a las fincas aportadas a la Junta. Dichas cuotas se aplicarán provisionalmente hasta que su fijación definitiva sea aprobada con el proyecto de Reparcelación y se establecerán en función de las respectivas superficies registrales. Por excepción, en los casos en que se aprecien desajustes significativos entre la superficie registral y la realmente incluida en la Unidad de Ejecución, los promotores de la Junta de Compensación podrán promover a la Asamblea General de la Junta de Compensación otros criterios para la fijación provisional de las cuotas de participación correspondientes a aquellas fincas.

El aprovechamiento urbanístico, una vez deducidas las cesiones que correspondan a favor del Ayuntamiento o, en su caso, de otras

Administraciones Públicas, **se distribuirá proporcionalmente a sus cuotas de participación** entre los propietarios que se hubieran integrado en la Junta de Compensación. Los bienes y derechos de los titulares no incorporados a la Junta quedarán en situación de expropiación forzosa, siendo beneficiaria la Junta de Compensación y órgano expropiante el Ayuntamiento de Madrid.

Las **cuotas de participación se modificarán** como consecuencia de la incorporación de empresas urbanizadora o de las adjudicaciones que se efectúen en el Proyecto de Compensación o de la transmisión de las fincas aportadas o parcelas resultantes.

3.3.3. Criterios de valoración de derechos reales, servidumbres prediales y derechos personales

Las Bases de actuación deberán establecer criterios de valoración de los derechos y servidumbres **que no puedan conservarse por ser incompatibles con el planeamiento** y deban por tanto indemnizarse con cargo al proyecto de compensación o reparcelación.

Aunque la determinación de los criterios es de libre elección es aconsejable que respondan a **criterios objetivos**. De no existir acuerdo en la adopción de otros criterios serán de aplicación, por remisión a lo establecido en el artículo 23 de la LS 98 las disposiciones sobre valoración contenidas en los artículos 31 y 32 de la propia ley.

Por tanto, los derechos reales, servidumbres prediales, arrendamientos y derechos personales que pudieran estar constituidos sobre las fincas afectadas y que resulten incompatibles con la ejecución del planeamiento urbanístico, se extinguirán en virtud de acuerdo de aprobación definitiva del Proyecto de Compensación o Reparcelación, siendo valorados a tenor de lo previsto en el artículo 32 de la LS98, la legislación expropiatoria y la demás normativa de aplicación.

Las Bases de actuación también podrán establecer que los **arrendamientos u otros derechos personales o reales que se hubiesen establecido con posterioridad** a la estimación de la iniciativa urbanística formulada por los propietarios para la ejecución directa del planeamiento o con posterioridad a la anotación marginal del inicio del procedimiento de compensación, **carecerán de derecho a indemnización por la Junta.**

Las **indemnizaciones** por la extinción de los derechos de arrendamiento u otros derechos personales incompatibles con el planeamiento o su ejecución, tendrá el carácter de **costes de urbanización**, correspondiendo a los propietarios en proporción a la superficie de sus respectivos terrenos aportados.

Cuando se trate de derechos reales incompatibles con el planeamiento se satisfará su valor a los titulares de los mismos con cargo al propietario de suelo gravado, dada su naturaleza de derecho limitativo de dominio; ello sin perjuicio de que se individualice la cuantía del derecho en la cuenta de liquidación provisional del Proyecto de Compensación. Si los derechos fueran de naturaleza personal, se satisfará su valor a los interesados con cargo a los gastos de urbanización.

En el caso de que los derechos reales, servidumbres prediales, arrendamientos y derechos personales que graviten sobre las fincas aportadas sean **compatibles con el planeamiento**, se **subrogarán sobre las fincas resultantes** adjudicadas al mismo titular que aportó la finca gravada.

a) Valoración de los derechos arrendaticios

Las bases de actuación deben establecer el criterio para valorar las indemnizaciones que corresponden a los arrendatarios de los inmuebles a derruir.

Según el artículo 31.3 de la LS 98, *«las indemnizaciones a favor de los arrendatarios rústicos y urbanos se fijarán de acuerdo con lo previsto en la Ley de Expropiación Forzosa»*, que lo que hace es remitirse, a su vez, en su artículo 44, a *«las normas de la legislación de arrendamientos»*. La Ley de Arrendamientos Rústicos, de 31 de diciembre de 1980; si establece en su artículo 100.1, ciertas reglas de valoración, la Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 de noviembre de 1994, omite valorar los arrendamientos a efectos expropiatorios.

Habrá que estar pues a la jurisprudencia, que atiende fundamentalmente a la **capitalización al 10% de la diferencia entre la renta** que se venía pagando y la que habría de satisfacer el expropiado para obtener una vivienda o local de negocio de análogas características.

3.3.4. Criterios de valoración de plantaciones, construcciones, edificaciones y obras

a) Introducción

Los propietarios al redactar las bases de actuación, si están todos de acuerdo, pueden establecer libremente los criterios de valoración de los elementos enunciados. En otro caso, son de directa aplicación las determinaciones del artículo 31 de la LS 98, que para la valoración de plantaciones, sembrados, obras e instalaciones remite a los criterios de la Ley de Expropiación Forzosa mientras que para las edificaciones remite a la normativa catastral en función de su coste de repo-

sición corregido en atención a la antigüedad y estado de conservación de las mismas. En cuanto a las indemnizaciones a favor de los arrendatarios rústicos y urbanos este artículo indica que se fijarán según lo previsto en la Ley de Expropiación Forzosa.

Las Bases dan los criterios de valoración, pero no valoran cada bien concreto afectado por la urbanización. La Sentencia 19 de marzo de 1997 (RJ 1997/1685) reitera que las Bases y los Estatutos *«son documentos que no tienen incidencia directa sobre las obras a realizar sino que contienen sólo reglas de funcionamiento de la Junta, criterios de valoración, reglas para la adjudicación o supuestos de compensación, etcétera según los artículos 166 y 167 del RGU»*.

Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1985 (RJ 1985/3917) indica los siguiente:

> *«...Que, en cuanto a los dos primeros motivos, deben ser desestimados, si se parte, como ha de hacerse del hecho, admitido en este recurso y en el expediente por la parte actora y por el Ayuntamiento demandado, de que el caso de la entidad actora es especial y único en el sector, y siendo las cosas así, la Sala estima que* ***las Bases de la Junta de Compensación no tienen por qué contener directrices para la valoración de esos bienes específicos y distintos a los demás****, por cuanto el requisito de la expresión de los criterios de valoración a que alude el artículo 167-1.a) y c) del RGU de 25 de agosto de 1978 (RJ 1979, 319) tiene por finalidad sentar bases para una valoración uniforme y general de los bienes aportados que faciliten un igualitario resarcimiento para todos los propietarios afectados, pero tal exigencia es inútil con referencia a unos bienes (la industria y el suelo de la entidad actora) cuyas características los hacen únicos en el sector, pues en tal caso los criterios perderían su carácter de genéricos para convertirse en una valoración concreta, específica y pormenorizada, lo que no es propio de las Bases de la Junta, sino de momento posterior, a saber, el del Proyecto de Compensación...»*

Se aplicará únicamente a las plantaciones, obras, edificaciones, e instalaciones que existan en el suelo y **no puedan conservarse por ser incompatibles con la ejecución del planeamiento**. Se considerará que no pueden conservarse cuando sea preciso su derribo para realizar las obras de urbanización y cesiones al ayuntamiento o cuando se sitúen en parcelas resultantes que no puedan adjudicarse íntegramente a su propietario.

Los elementos que no puedan **conservarse se valorarán con independencia del suelo y su importe se satisfará al propietario o titular interesado**, con cargo al Proyecto de Compensación, en concepto de gastos de urbanización. El criterio de valoración será el establecido por la LS 98, artículos 31 y 32 y por la legislación que resulte de aplicación.

En cuanto a las construcciones existentes, incompatibles con el planeamiento, cabe su demolición anticipada a partir de la fecha de aprobación definitiva del presente Proyecto de Estatutos y Bases de Actuación. En este supuesto el valor a tomar en consideración en favor del propietario de las mismas en el Proyecto de Compensación será el determinado mediante la aplicación al valor catastral de las edificaciones vigentes a la fecha en que se efectúe la demolición de las construcciones; los gastos derivados de la demolición, debidamente acreditados computarán en la cuenta de liquidación en favor del propietario.

Los propietarios que resulten acreedores de cantidades en concepto de **indemnización** por demolición de edificaciones, obras, plantaciones e instalaciones podrán **percibir dichas cantidades en dinero o su equivalente en terrenos**, previo acuerdo de la Junta de Compensación. El pago de dichas indemnizaciones tendrá lugar con carácter previo a la expedición de la certificación correspondiente a la aprobación del Proyecto de Compensación. No obstante, el propietario acreedor podrá acordar con la Junta de Compensación que el importe de la indemnización a percibir por los conceptos indicados se compense con las cuotas ordinarias o extraordinarias a satisfacer para la administración y gastos de urbanización hasta el montante de la indemnización.

El abono del importe de las indemnizaciones, previo acuerdo de la Junta de Compensación y conformidad del propietario, podrá realizarse mediante la construcción de edificaciones o instalaciones similares a las que hubiera que eliminar.

b) Valoración de las obras y edificaciones

El artículo 31.2 de la LS 98 establece que su valor «**que, asimismo, se calculará con independencia del suelo, se determinará de acuerdo con la normativa catastral en función de su coste de reposición, corregido en atención a la antigüedad y estado de conservación de las mismas**». Ello supone una remisión al Real Decreto 1020/93, de 25 de junio de 1993, sobre normas técnicas de valoración y cuadro marco de valores del suelo y de las construcciones para determinar el valor catastral de los bienes inmuebles de naturaleza urbana (normas 11 a 14). Partiendo de los módulos básicos de la construcción que establece la normativa catastral para cada municipio, estos se ponderan con el coeficiente C de la Norma 20 en función del uso, clase, modalidad y categoría de la construcción. Este valor se

pondera a su vez con los coeficientes de antigüedad y de estado de conservación (norma 13).

En las bases se pueden establecer otros criterios para calcular el **coste de reposición** (módulos de los colegios de arquitectos, empresas o revistas especializadas, etc.) y su ponderación por los coeficientes de antigüedad y estado de conservación de la normativa catastral o de otras normativas que puedan aplicarse.

En cuanto a la valoración de las **edificaciones ilegales** es conveniente que las bases de actuación diferencien entre las infracciones legalizables o prescritas por el transcurso de más de cuatro años desde la finalización de la obra, de las demás. En el primer caso, por analogía con lo establecido por la jurisprudencia en los expedientes expropiatorios, no existiría inconveniente en la aplicación del criterio de valoración general, ya que se trata de una valor consolidado o que puede consolidarse. Si las infracciones son ilegalizables y no han prescrito, puede establecerse en las bases que se prescinde de su existencia a los efectos de su valoración.

3.3.5. Criterios de valoración de aportaciones de empresas urbanizadoras

En las bases de actuación deben establecerse los criterios para valorar las aportaciones de las empresas urbanizadoras que se incorporen a la Junta de Compensación, tal y como se regula en los Estatutos de la Junta de Compensación.

Lo usual es que **la empresa urbanizadora haga su aportación en especie, y puede consistir en la elaboración de los proyectos, la realización de todo o parte de las obras, o en la dirección técnica**. La única condición que se establece para el acuerdo que se establezca entre la empresa urbanizadora y la Junta de Compensación es que se han de recoger los como mínimo las cinco circunstancias que se establecen en el artículo 176.3 del RGU. El importe de las aportaciones en especie se convierte en un **coeficiente de participación en la Junta de Compensación** estableciendo la proporción entre el valor de los terrenos más el coste de urbanización y la aportación de la empresa urbanizadora (coste total o parcial de la urbanización).

Las condiciones de incorporación de las empresas urbanizadoras se establecerán de mutuo acuerdo entre éstas y la Junta de Compensación. Se determinarán las aportaciones y compromisos económicos que asume la empresa urbanizadora, los costes de urbanización a su cargo, el coeficiente porcentual de participación en la Junta en función del valor de los terrenos y la previsión de costes de la urbanización del Sector, y las adjudicaciones de suelo resultante que deban atribuirse en compensación.

Los **derechos políticos anexos al coeficiente de participación** de la empresa o empresas urbanizadoras, **se efectuará en la medida y en proporción al importe de las certificaciones de obras aceptadas** salvo supuesto de aval bancario por la totalidad de los costes asumidos por la empresa urbanizadora que concedería inmediatamente la plenitud de los derechos económicos y políticos.

La cuota de participación que haya de asignarse a las empresas urbanizadoras disminuirá proporcionalmente la de los restantes miembros de la Junta.

3.3.6. Procedimiento para contratar la ejecución de las obras de urbanización y, en su caso, las de edificación

De no hallarse incorporada ninguna empresa urbanizadora a la Junta, la contratación de las obras total o parcialmente se realizará por la Junta de Compensación por **adjudicación directa o mediante concurso, o concurso-subasta** de conformidad con las bases que haya acordado la Asamblea General, haciéndose constar la sumisión a la jurisdicción contenciosa-administrativa.

La Junta de Compensación puede optar por remitirse a **la legislación de Contratos de las Administraciones Públicas** para la contratación de las obras de urbanización, aunque **esta legislación no vincula directamente a la Junta de Compensación**. Las bases de actuación podrán establecer cualquier forma de contratación con la única obligación de hacer constar las circunstancias del número 3 del artículo 176 del RGU:

a) El compromiso de la empresa constructora de realizar las obras de total conformidad con los Proyectos de Urbanización debidamente aprobados.

b) La obligación de la empresa de facilitar la acción inspectora de la Administración actuante.

c) Aquellos supuestos de incumplimiento que puedan dar lugar a la resolución del contrato, así como las indemnizaciones que correspondan por inobservancia de las características técnicas de las obras o plazos de ejecución, o por comisión de alguna infracción urbanística tipificada en la normativa legal aplicable.

d) La retención que de cada pago parcial a cuenta haya de efectuar la Junta, en garantía de la correcta ejecución de obras. Estas retenciones no serán devueltas hasta que no se haya recibido

definitivamente la obra por la Administración actuante, salvo que se acuerde su sustitución mediante aval o seguro de caución.

e) El modo o plazos para el abono por la Junta de cantidades a cuenta en función de la obra realizada.

3.3.7. Criterios de valoración de las fincas resultantes en función del aprovechamiento del polígono o unidad de actuación

Las fincas resultantes se valorarán de conformidad con su máximo aprovechamiento lucrativo, ponderándose los usos y tipología con los coeficientes de ponderación obtenidos por la relación entre los valores de repercusión de los diferentes usos, utilizándose además los elementos correctores que en su caso sean de aplicación por condiciones de forma, localización, etc. También deben incorporarse a la valoración los posibles usos que puedan realizarse bajo las rasantes de las edificaciones.

Es suficiente que las bases contengan los **criterios generales** que permitan establecer las indemnizaciones si procedieran, aunque facilita mucho la elaboración del Proyecto de Compensación el que se concrete al máximo posible los **coeficientes de homogeneización** en función de los usos y tipologías, ubicación y demás características que concurran sobre una finca.

La valoración de las parcelas resultantes adjudicadas a empresas urbanizadoras se determinará con arreglo al acuerdo de incorporación aprobado por la Asamblea General.

La valoración podrá hacerse en **unidades de aprovechamiento**, pero éstas habrán de tasarse en dinero en el supuesto de que hubiera que determinar el importe de las indemnizaciones por diferencia de adjudicación.

Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1993 (RJ 1993/7368) indica que las Bases son válidas si no van contra la legislación urbanística en la proporcionalidad, valoración de las fincas resultantes, adjudicación de nuevas parcelas o edificabilidad de los solares.

> *«La base 5.ª se aprobó con la siguiente redacción: El derecho de participación de los propietarios en la Junta de Compensación depende de la superficie de las fincas de su pertenencia, en relación con la totalidad de las fincas situadas dentro del polígono.* ***Cada 2.000 metros cuadrados de terreno, representa un punto o unidad de valor en el cómputo de la valoración de la totalidad de las fincas aportadas****. En su virtud,* ***a cada una de las fincas aportadas, teniendo en cuenta esta unidad de valor, se le asignará un porcentaje en relación con la superficie total de la zona de actuación y este porcentaje constituirá el coeficiente para la adjudicación de las fincas resultantes en relación a la edificabilidad total asignada al Plan****. En el Plan Parcial y en su apartado de Cuadro de Características aparecen reflejadas en éstas. En relación con esta base pretende el recurrente que junto al criterio de la superficie opere también el valor urbanístico en función del aprovechamiento medio de los terrenos. El artículo 167.1 a) del Reglamento de Gestión señala que las bases de actuación de la Junta de Compensación contendrán los criterios para valorar las fincas aportadas que podrán ser distintos de los establecidos para la reparcelación en la Ley del Suelo, cuando así se acuerde por unanimidad. En principio, pues, deberá acudirse a los criterios señalados para la reparcelación y en este sentido es claro lo que dispone el artículo 86.1 del propio Reglamento, en relación con el artículo 99.1 a) de la Ley, en los que se indica que el derecho de los propietarios afectados será proporcional a la superficie de sus respectivas fincas que quede comprendida en la unidad reparcelable.* ***Tal proporcionalidad está perfectamente conseguida en la base que se discute, que acude al sistema de atribuir un punto por 2.000 metros cuadrados de superficie lo que a su vez devendrá en un porcentaje en relación con la superficie de la zona, que es justamente lo que el precepto citado establece*** *(...). La Base 10.ª que también se impugna quedó redactada de la siguiente forma: 1. Para la valoración de las fincas resultantes se aplicarán en primer lugar, los criterios expresamente manifestados por los interesados, siempre que no sean contrarios a la Ley o al planeamiento, ni ocasionen perjuicios al interés público o a tercero, de acuerdo con el artículo 87 del Reglamento de Gestión Urbanística. 2. Las fincas resultantes se valorarán, no obstante, de acuerdo con criterios objetivos y generales para toda la unidad de actuación, a tenor de los previsto en el artículo 88 del Reglamento de Gestión Urbanística. 3. Esta valoración se hará en base al volumen edificable, expresado en metros cuadrados, con análogo criterio al expresado en la base quinta. 4. Las valoraciones podrán hacerse en puntos o unidades convencionales, pero éstos habrán de tasarse en dinero, cuando sea necesaria la Compensación indemnizatoria que proceda por diferencias de adjudicación. 5. No podrán utilizarse ponderaciones o criterios que contradigan lo establecido en el Plan Parcial para la determinación del aprovechamiento medio. 6. El estudio técnico de la valoraciones será examinado y aprobado por la Asamblea General y se incorporará al Proyecto de Compensación. A poco que se observe esta base se comprobará que es una copia casi literal de los artículos 87 y 88 del Reglamento de Gestión Urbanística, por lo que no puede encontrarse en ella ningún tipo de violación legal.»*

3.3.8. Reglas para la adjudicación de fincas a los miembros de la Junta en proporción a los bienes o derechos aportados, expresando los criterios de adjudicación en comunidad si procediere

Para la adjudicación de fincas resultantes a los miembros de la Junta de Compensación se aplicarán, en primer lugar, los **criterios expresamente manifestados por los interesados,** siempre que no sean contrarios a la ley o al planeamiento ni ocasionen perjuicio al interés público o a tercero, artículo 23 LS 98 en relación con el artículo 87 del RGU.

Al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 1996 (RJ 1996/6536) indica que las Bases deben contener las normas para llevar a cabo la adjudicación de las nuevas fincas.

«Igual suerte desestimatoria cabe correr el motivo de impugnación fundamentado en que las Bases de actuación, comprendidas en las letras F), G) y K) del Proyecto aprobado, son contrarios al Ordenamiento Jurídico, al no contener las determinaciones precisas en cuanto a los criterios que han de fijarse, de acuerdo con el artículo 167 del Reglamento de Gestión Urbanística, pues del examen detenido de las mismas, se deduce que ***en la valoración en función del aprovechamiento se fija el criterio de volumen edificable de cada una de las fincas resultantes, así como el de adjudicación de fincas en proporción a los bienes o derechos aportados con referencia a superficies interiores a parcelas mínimas e indemnizaciones en metálico en los pertinentes supuestos de compensación****, lo que supone que están dentro de la normativa legal y con arreglo a los cuales puede llevarse a término la ejecución del Plan a través del Proyecto de Compensación aprobado por la Junta y la Administración actuante, como instrumento preciso en el que, partiendo de las citadas Bases de actuación, se desarrolla y concreta toda actividad urbanizadora en que consiste el sistema, sin que exista prueba suficiente para crear en este Tribunal una razonable convicción sobre el actuar de la Administración municipal apartándose del cauce jurídico, ético y moral y en definitiva del interés general que constituya el vicio de desviación de poder alegado por el demandante al amparo del artículo 83.3 de la Ley Jurisdiccional, como así se recoge en la doctrina de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras Sentencias de 11 diciembre 1984 (RJ 1984, 6093) y 7 abril 1986 (RJ 1986, 1820).»*

Si no existen disposiciones al respecto en las legislaciones autonómicas y de no haber acordado los propietarios otro criterio se seguirán **los establecidos para la reparcelación,** artículos 99 TRLS 76 de aplicación supletoria y 89 a 97 del RGU, con lo que las bases pueden efectuar una remisión al contenido de los mismos, cuyos elementos esenciales consisten en:

a) Cuando en la unidad reparcelable estén **comprendidos terrenos edificados con arreglo al planeamiento**, éstos **no serán objeto de nueva adjudicación** conservándose las propiedades primitivas, sin perjuicio de la regularización de linderos cuando fuere necesaria y de las compensaciones económicas que procedan. Si se trata de fincas que sólo están parcialmente edificadas, la regla anterior sólo será aplicable a la parte de finca que esté edificada, pudiendo segregarse la superficie libre.

b) Los terrenos en que existan **edificios no ajustados al planeamiento se adjudicarán íntegramente a sus primitivos propietarios**, sin perjuicio de la regularización de linderos y de las compensaciones pertinentes, siempre que concurran las **siguientes circunstancias:**

- Que no sea necesaria su demolición para ejecución de las obras de urbanización previstas en el plan.
- Que no estén destinados a usos radicalmente incompatibles con la ordenación.
- Que no esté decretada su demolición en virtud de expediente de infracción urbanística.
- Que la superficie edificada no sea inferior a la parcela mínima edificable, a menos que quede comprendida en una finca resultante de mayores dimensiones, que corresponda al adjudicatario, con arreglo a su derecho.
- Que el derecho del propietario en la reparcelación no sea inferior, en más del 15 por 100, al que corresponda a la parcela mínima edificable.
- Que el aprovechamiento que corresponda a la superficie edificada no exceda en más del 15 por 100 del derecho del adjudicatario, a menos que se trate de edificaciones residenciales habitadas por personas que no sean el propio adjudicatario o su familia.

c) En los demás casos, no comprendidos en los dos artículos anteriores, los edificios incluidos en la unidad de reparcelación no serán tenidos en cuenta a efectos de adjudicación de las superficies en que se hallen enclavados, sino que **serán objeto de tasación, decretándose su inmediato desalojo y demolición**.

d) **No serán objeto de nueva adjudicación**, conservándose las propiedades primitivas, sin perjuicio de la regularización de linderos, cuando fuere necesaria y de las compensaciones económicas que procedan, **las fincas no edificadas**, cuando concurran los dos siguientes **requisitos**:

- Que la diferencia, en más o en menos, entre el aprovechamiento que les corresponda conforme el plan y el que correspondería al propietario en proporción a su derecho en la reparcelación sea inferior al 15 por 100 de este último.
- Que el propietario lo solicite y justifique dentro de los tres meses siguientes a la aprobación de la delimitación del polígono o unidad de actuación.

Tanto en este supuesto como en el del artículo 90 de este Reglamento, los titulares que conserven sus propiedades primitivas tendrán la consideración de adjudicatarios a todos los efectos derivados de la reparcelación.

e) **No podrán adjudicarse como fincas independientes superficies inferiores a la parcela mínima edificable** o que no reúnan la configuración y características adecuadas para su edificación conforme al planeamiento.

La superficie enclavada entre dos edificaciones que deban mantenerse podrá adjudicarse como finca independiente aunque no alcance las dimensiones de la parcela mínima, siempre que la diferencia no exceda del 15 por 100 de esta última y se cumplan las demás determinaciones del planeamiento.

Si se diera el caso de que el plan no determine la parcela mínima edificable ni pueda deducirse de su contexto, el propio proyecto de reparcelación la establecerá razonadamente.

Cuando, tratándose de edificación abierta, el plan no contenga reglas de ubicación de los volúmenes, se tramitará y aprobará conjuntamente con el proyecto de reparcelación un estudio de detalle en el que se determine la ubicación de los volúmenes en concordancia con los criterios de adjudicación.

f) **Cuando la escasa cuantía de los derechos de algunos propietarios no permita que se les adjudiquen fincas independientes a todos ellos, los solares resultantes se adjudicarán en pro indiviso a tales propietarios**. Esta misma regla se aplicará en cuanto a los excesos, cuando, por exigencias de la parcelación, el derecho de determinados propietarios no quede agotado con la adjudicación independiente que en su favor se haga.

g) Se procurará, siempre que lo consientan las exigencias de la parcelación, que en **las fincas adjudicadas estén situadas en el**

lugar más próximo posible al de las antiguas propiedades de los mismos titulares. Esta regla no será necesariamente aplicable en el caso de que las antiguas propiedades estén situadas, en más del 50 por 100 de su superficie, en terrenos destinados por el plan a viales, zonas verdes u otros usos incompatibles con la propiedad privada.

En relación con esta regla la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1988 (RJ 1988/9223) indica que en este caso en las Bases se hace constar que las nuevas parcelas se ubicarán en el lugar más próximo a las antiguas propiedades, pero si ello no es posible por estar las antiguas propiedades donde hoy habrá viales, no se puede por sólo este supuesto impugnar las Bases. El criterio de la mayoría de la Junta de Compensación predomina sobre la minoría, siempre que la distribución de beneficios y cargas sea equitativa para uno y otra.

> *«Que, finalmente, tampoco la impugnación de la Base 21, en su apartado 2, tiene cobertura jurídica, todo ello sin perjuicio de las previsiones contenidas en el artículo 95 del tan citado Reglamento de Gestión, que conduce a que* ***la Junta procure, siempre que lo consientan las exigencias de la parcelación, que las fincas adjudicadas están situadas en el lugar más próximo posible al de las antiguas propiedades de los mismo titulares****, recomendaciones que no son aplicables si esas antiguas propiedades... están situadas, en más del 50% de su superficie, en terrenos destinados por el Plan a viales, zonas verdes u otros usos incompatibles con la propiedad privada. El hecho de que los actores pudieran encontrarse en esta situación en nada obsta a que la previsión del precepto citado inspire la actividad de la Junta, pero sin que ello suponga modificación de la Base 21, siendo tan sólo un complemento de la misma, dados los términos con que esta exigencia viene impuesta por el precepto reglamentario que acabamos de recoger.»*

h) Salvo que viniere impuesto por exigencias de la edificación existente, con arreglo a los artículos 89 y 90 de este Reglamento, **no se harán adjudicaciones que excedan del 15 por 100 de los derechos de los adjudicatarios**. Por el contrario, se tratará de ajustar las adjudicaciones siempre por defecto, procurando, cuando sea posible, que éste no rebase el 15 por 100 de los expresados derechos.

i) La superficie adjudicable que quedare sobrante, como consecuencia de lo dispuesto en el párrafo anterior, **podrá adjudicarse pro indiviso a todos los propietarios con defecto de adjudicación**, con el fin de eliminar o reducir la cuantía de las indemnizaciones por diferencias de adjudicación.

f) **Toda la superficie que**, con arreglo al plan, **sea susceptible de propiedad privada**, aunque no sea edificable, **deberá ser objeto de adjudicación** en el acuerdo de reparcelación.

3.3.9. Supuestos de incumplimiento de las obligaciones de los miembros de la Junta de Compensación que darán lugar a la expropiación de sus bienes o derechos

Las cantidades adeudadas a la Junta de Compensación por sus miembros serán exigibles por **vía de apremio**, mediante petición de la Junta a la Administración actuante.

El incumplimiento por los miembros de la Junta de las obligaciones y cargas impuestas por la actuación habilitará a la Administración actuante para **expropiar** sus respectivos derechos en favor de la Junta de Compensación, que tendrá la condición jurídica de beneficiaria.

La responsabilidad de los miembros de la Junta de Compensación se circunscribe exclusivamente a las fincas aportadas por cada uno de ellos, con indemnidad del resto de su patrimonio.

Asimismo, aquellos propietarios de terrenos incluidos en el ámbito de actuación o afectos al mismo, que en el plazo de un mes —desde la notificación del acuerdo de aprobación definitiva de los Estatutos y Bases, conteniendo la advertencia de expropiación— no se adhiriesen a la Junta de Compensación podrán ser expropiados sus terrenos en favor de la Junta.

3.3.10. Costes de ejecución de la urbanización

Los propietarios estarán obligados a soportar el coste de la ejecución de la urbanización. Se considerarán incluidos en el **coste de la urbanización**:

— El coste de las obras de urbanización, y de demolición de las construcciones existentes.
— El coste de proyectos y dirección técnica.
— Las indemnizaciones por destrucción o inutilización de bienes o instalaciones.
— Los intereses de capitales a invertir.
— Cualquier otro que la Junta determine.

3.3.11. Forma y plazos en que los propietarios de terrenos o titulares de otros derechos han de realizar aportaciones a la Junta, bien en metálico, bien en terrenos o en industria, en su caso

Las aportaciones económicas a la Junta de Compensación para sufragar los gastos pueden realizarse:

— En metálico.
— Cesión de terrenos.
— En industria, caso de adherirse empresa urbanizadora.

En las bases de actuación deberán determinarse cuando se efectuarán por los propietarios las **aportaciones a la Junta**, la conveniencia de efectuar una aportación inicial en el momento de constituirse la Junta, por un porcentaje del coste previsto para la ejecución de la total urbanización, y los plazos para el ingreso de las derramas. Puedes convenirse que las aportaciones se hagan efectivas en el momento que lo determine la Asamblea General, de acuerdo a las necesidades de financiación.

Los miembros de la Junta, **propietarios de terrenos** en los casos previstos en los Estatutos, podrán sustituir totalmente, **el pago de los gastos de urbanización y demás costes** en la parte proporcional que le corresponda, **mediante la cesión a la Junta de Compensación de terrenos**, de su propiedad hasta cubrir la suma sustituida.

Tal cesión en pago debe ser total y de una sola vez, a fin de poder aplicar un criterio unitario y evitar dificultosas valoraciones parciales. Por ello, en el supuesto de que el miembro hubiera satisfecho alguna cuota en metálico, la Junta se lo abonará en cuenta, y junto a los intereses obtenidos calculados desde el momento de la cesión del terreno, les será reintegrada al terminar la urbanización; detrayendo la parte proporcional del mayor coste y/o revisión de precios de la obra.

La decisión de pagar mediante cesión de terrenos los costes de la urbanización debe formalizarse por el miembro afectado dentro del plazo de un mes a contar desde el vencimiento del último recibo por cuotas urbanísticas insatisfecho. En tal caso, la Junta de Compensación sustituirá al propietario en el pago total, o parcialmente insatisfecho y adquirirá el terreno cedido.

La **venta de terrenos urbanizados por la Junta** conferirá un **derecho de tanteo** que se rige a tenor de las determinaciones del Código civil. Tal derecho no existe en las ventas que se produzcan antes de la aprobación definitiva del Proyecto de Compensación.

El pago mediante cesión de terrenos de alguno de lo propietarios será posible, siempre y cuando sea aprobado por mayoría de los miembros de la Junta de compensación.

3.3.12. Reglas para la distribución de beneficios y pérdidas

Las bases de actuación deben establecer las reglas para la distribución de beneficios y pérdidas. Generalmente se establece que los beneficios o pérdidas serán **proporcionales a las cuotas** que osten-

ten los miembros en el momento de disolución de la Junta. La periodicidad para que la Junta presente balance y presupuesto suele ser anual. Las bases establecerán las reglas para efectuar derramas o reintegros a cuenta, de existir déficit o superávit.

3.3.13. Supuestos de compensación en metálico en las diferencias de adjudicación

En el supuesto de que se produzcan diferencias de adjudicación éstas serán contempladas y valoradas en el Proyecto de Compensación, y se liquidarán a los titulares en la aprobación definitiva del Proyecto de Compensación.

3.3.14. Momento en que pudiera edificarse sobre solares aportados o adjudicados por la Junta, por los propietarios o por las empresas urbanizadoras, sin perjuicio de la solicitud de licencia al Ayuntamiento en cuyo territorio se efectúe la actuación

Puede establecerse en las bases de actuación que a partir de la ejecutoriedad del Proyecto de Compensación, y simultáneamente a la urbanización, los propietarios que garanticen suficientemente su parte proporcional de conformidad a su coeficiente de participación, de la totalidad del coste de urbanización prevista, podrán acogerse a la facultad de iniciar las obras de construcción **previa obtención de la correspondiente licencia municipal.**

En las Bases no pueden imponerse obligaciones contrarias a las leyes urbanísticas ni mayores obligaciones, requisitos o autorizaciones que las exigidas pro las normas. A este respecto, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1994 (RJ 1994/227), se exigía autorización de la Junta para obtener licencia de obras, lo que el Tribunal Supremo considera contrario a derecho.

> *«En el otro de los recursos contencioso-administrativos cuyas desestimación ha dado origen a la presente apelación, lo que se cuestiona es la legalidad del acto administrativo que ordenó, con relación al Proyecto de Bases y Estatutos al que nos venimos refiriendo, la supresión del párrafo 2.º de la Base 16.ª. Dicho párrafo decía así:* ***En las mismas circunstancias los adjudicatarios de fincas resultantes podrán asimismo edificar en sus terrenos, siempre que haya sido aprobado definitivamente el Proyecto de Compensación, siendo requisito necesario de la licencia de obras la previa conformidad por escrito del Consejo Rector de la Junta al proyecto de edificación a cuyo efecto deberá presentar ante el citado Consejo un ejemplar del mismo debidamente visado.*** *En todo caso se estará sujeto a la determinación de estos terrenos en el futuro Proyecto de Compensación.*
>
> *Dice la Sala de Instancia que mediante dicha determinación se venía a establecer un presupuesto necesario para la obtención de la licencia, presupuesto que, al menos en la forma que venía redactado, ha de estimarse, frente a lo que afirma la parte recurrente, que tenía carácter vinculante y por tanto,* ***en caso de no obtenerse la referida conformidad, imposibilitaría la obtención de licencia, produciéndose con ello una distorsión del procedimiento y requisitos necesarios para la obtención de licencia, carente de apoyo legal****, y que en la forma propuesta no puede imponerse a particulares distintos de los que voluntariamente lo hubieran podido aceptar.»*

3.3.15. Forma de exacción de las cuotas de conservación, si procediere, hasta la disolución de la Junta

La Junta de Compensación confeccionará **presupuesto** en función de los costes previstos ejecutar en el próximo semestre y exigirá a sus miembros por trimestres adelantados **en proporción a su coeficiente de participación** los gastos consignados en éste. Los miembros dispondrán de un plazo de quince días desde la recepción de la derrama, para efectuar el ingreso.

La Junta de Compensación se responsabilizará de la ejecución de las obras de urbanización de conformidad al Proyecto de Urbanización definitivamente aprobado.

La Junta de Compensación se hará cargo de la conservación de los servicios urbanísticos sólo hasta el momento en que se perfeccione su cesión al Ayuntamiento. Tal cesión puede efectuarse de forma parcial, o por fases de obra realizada.

Los gastos de conservación que estén a cargo de la Junta de Compensación, se distribuirán en proporción al derecho de cada uno de los propietarios.

4. MODELOS PRÁCTICOS

Anexo I: Modelo de Estatutos de Junta de Compensación.

Anexo II: Modelo de Bases de Actuación de Junta de Compensación.

ANEXO I: MODELO DE ESTATUTO DE JUNTA DE COMPENSACIÓN

ESTATUTOS DE JUNTA DE COMPENSACIÓN [*Indicar nombre*]

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Constitución, denominación y régimen legal

1. Con la denominación de «Junta de Compensación del Sector [*indicar nombre*]» se constituye una Entidad Urbanística Colaboradora integrada por los miembros descritos en el artículo 8 de estos Estatutos.

2. La Junta de Compensación, como Entidad Urbanística Colaboradora, tendrá naturaleza administrativa, personalidad jurídica propia y plena capacidad jurídica desde su inscripción en el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras de la Comunidad Autónoma [*indicar Comunidad Autónoma*].

3. La Junta de Compensación se regirá por lo dispuesto en los presentes Estatutos, sin perjuicio de lo establecido en la legislación urbanística, estatal o autonómica, aplicable.

Artículo 2. Ámbito territorial

Constituye el ámbito territorial de actuación de la Junta de Compensación [*indicar ámbito territorial*].

Artículo 3. Domicilio

1. La Junta de Compensación tiene su domicilio legal en [*indicar domicilio*].

2. Este domicilio podrá ser trasladado a otro lugar dentro de [*indicar Comunidad Autónoma*], por acuerdo de la Asamblea General que

deberá ser notificado al Ayuntamiento para su posterior constancia en el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras de [*indicar Comunidad Autónoma*].

3. Asimismo por acuerdo de la Asamblea General se podrá designar un domicilio, distinto del domicilio legal, a efectos de notificaciones.

Artículo 4. Objeto

El objeto de la Junta de Compensación consiste en la gestión urbanística del Sector [*indicar nombre*], cuya ejecución comprende la distribución justa de beneficios y cargas, la cesión de los terrenos destinados a dotaciones públicas, de aquellos en que se localiza el aprovechamiento correspondiente al Ayuntamiento y demás cesiones que en su caso procedan, y a la ejecución de los terrenos incluidos en el Sector [*indicar nombre*], así como al cumplimiento de las demás obligaciones urbanísticas en los términos de la legislación urbanística autonómica aplicable.

Artículo 5. Fines

Serán fines primordiales de la Junta de Compensación todos los precisos para el cumplimiento de su objeto y, entre ellos, los que a continuación se enuncian a título indicativo que no limitativo:

A) Agrupar a los propietarios de los terrenos comprendidos en el ámbito de la Junta de Compensación, los cuales, manteniendo la titularidad de sus bienes y derechos, se unen en una acción común para ejecutar el planeamiento urbanístico y distribuir equitativamente sus cargas y beneficios, e incorporar a los que no lo hubiesen hecho con anterioridad.

B) Interesar la inscripción de la Junta de Compensación en el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras de [*indicar Comunidad Autónoma*].

C) Redactar el Proyecto de Compensación, en los términos precisos para la gestión y ejecución del mismo, y llevar a cabo las operaciones técnicas, jurídicas y materiales en él previstas, de modo especial las parcelaciones y reparcelaciones necesarias, que se practicarán de conformidad a lo establecido en la legislación urbanística, redactando y tramitando el Proyecto de Compensación, hasta su inscripción en el Registro de la Propiedad.

D) Redactar Proyectos de Urbanización y ejecutar las obras en ellos previstas, las cuales se podrán realizar por adjudicación directa o mediante subasta o concurso subasta, de conformidad a lo que acuerde la Asamblea General, o mediante la incorporación, en su caso, de una empresa urbanizadora a la Junta de Compensación, ejerciendo en todo caso el control de su ejecución.

E) Interesar de los Organismos Urbanísticos competentes la aprobación del Proyecto de Compensación, Proyecto de Urbanización y demás instrumentos que sean necesarios para la ejecución jurídica y material del planeamiento.

F) Interesar del Ayuntamiento, la ocupación y expropiación a favor de la Junta de Compensación de los suelos de los propietarios incluidos o adscritos al ámbito de actuación que no se haya incorporado o adherido a la Junta de Compensación o los de aquellos que habiéndose incorporado deban ser expropiados por incumplimiento de sus obligaciones.

G) Recaudar de los propietarios las cuotas de urbanización, indemnizaciones y demás gastos que se aprueban de conformidad con lo establecido en los presentes Estatutos, para el caso de que se produzca la delegación del Ayuntamiento, para tales fines, pudiendo solicitar al Ayuntamiento la utilización de la vía de apremio para el cobro de las cantidades endeudadas a la Junta por los propietarios.

H) En caso de incumplimiento de la obligación de pago por alguno de los propietarios, la Junta de Compensación podrá adjudicarse para sí o en favor de terceros los porcentajes de terreno equivalentes a los costes debidos.

I) Interesar el otorgamiento de los beneficios fiscales urbanísticos previstos en las disposiciones legales.

J) Solicitar, cuando sea procedente, las concesiones administrativas de servicios públicos.

K) Actuar con facultades fiduciarias, con poder de disposición sobre los bienes y derechos aportados por los propietarios a la Junta, sin más limitaciones que las convenidas en los presentes Estatutos.

L) Adquirir, poseer, enajenar, gravar o ejercer cualesquiera otros actos de dominio o administración de los bienes constitutivos del patrimonio de la Junta de Compensación, que fuesen necesarios para el cumplimiento de sus fines.

M) Emitir títulos acreditativos de las cuotas de participación que a cada uno de los miembros de la Junta de Compensación correspondan en los bienes que constituyen, en su caso, el patrimonio de la Junta de Compensación.

N) Formalizar operaciones de crédito o emitir títulos para la ejecución de las obras de urbanización, con la garantía de los terrenos de

aprovechamiento privado, o los específicamente asignados a la Junta de Compensación para tal finalidad.

O) Concertar y prestar garantías o avales ante los órganos urbanísticos.

P) Adjudicar las parcelas de aprovechamiento privado que resulten del Proyecto de Compensación entre los miembros de la Junta de Compensación, incluido en su caso, la propia Junta de Compensación.

Q) Ceder a la Administración en pleno dominio y libre de cargas la titularidad dominical de todos los terrenos que deban ser objeto de cesión obligatoria y gratuita a la Administración, según las determinaciones del planeamiento aprobado.

R) Interesar de la Administración la recepción de las obras de urbanización.

S) Solicitar del Registro de la Propiedad la constancia, mediante nota marginal, de la afección de los bienes y derechos comprendidos en el Sector.

T) Exigir el reintegro de las empresas concesionarias de los gastos de instalación de las redes de abastecimiento de agua y energía eléctrica, en la parte que según la reglamentación de tales servicios no tengan que correr a cargo de los usuarios.

U) Asumir la gestión y defensa de los intereses comunes de los miembros de la Junta de Compensación ante cualesquiera autoridades y organismos de la Administración del Estado, Comunidad Autónoma, Provincia o Municipio, así como ante los Jueces y Tribunales, en todos sus grados y jurisdicciones, y los particulares.

V) En general, el ejercicio de cuantos derechos y actividades le correspondan según el ordenamiento vigente.

Artículo 6. Duración y ejercicio económico

1. La Junta de Compensación tendrá una duración correspondiente al cumplimiento de los fines para los que se constituye, salvo que se produzca su disolución en los términos establecidos en el artículo de la Legislación urbanística de [*indicar Comunidad Autónoma*]. Finalizado el cumplimiento de éstos se procederá a su disolución de conformidad con lo previsto en el capítulo IX de estos Estatutos.

2. La Junta de Compensación dará comienzo a sus actividades en el momento de su inscripción en el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras de [*indicar Comunidad Autónoma*].

3. No obstante lo anterior, los propietarios del Sector [*indicar nombre*] podrán aprobar actuaciones urbanísticas relativas al Sector

[*indicar nombre*] antes de que la Junta de Compensación dé comienzo a sus actividades. Estos acuerdos deberán ser ratificados en el Acta que se levante de la primera Asamblea General de la Junta de Compensación.

4. El ejercicio económico de la Junta de Compensación coincidirá con el año natural. El primer ejercicio de la Junta de Compensación será el que medie entre la fecha de constitución y el último día del año natural en el que ésta tenga lugar.

CAPÍTULO II

DEL ÓRGANO URBANÍSTICO BAJO CUYO CONTROL ACTÚA

Artículo 7. Órgano urbanístico de control

1. La Junta de Compensación desarrollará su actividad bajo la tutela e inspección del Ayuntamiento de [*indicar nombre*], que tendrá carácter de Administración actuante.

2. En ejercicio de sus funciones de tutela e inspección, corresponde al Ayuntamiento de [*indicar nombre*]:

A) Instar a los propietarios del Sector [*indicar nombre*] para que se constituyan en Junta de Compensación.

B) Verificar la concurrencia de quórum bastante de los propietarios que presenten los Estatutos, dar audiencia al resto de propietarios en trámite de alegaciones y, por si es de su interés, incorporarse a la Junta.

C) Aprobar, en su caso, los Estatutos y designar a su representante en los órganos de la Junta de Compensación.

D) Requerir a los interesados para que se constituyan en Junta y proceder, una vez constituida, a su aprobación.

E) Remitir el acuerdo de aprobación de la constitución junto con copia autorizada de la escritura al Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras de [*indicar Comunidad Autónoma*] para que procedan a su inscripción.

F) Aprobar, en su caso, el Proyecto de Compensación, librando las certificaciones oportunas para su inscripción en el Registro de la Propiedad.

G) Expropiar a beneficio de la Junta de Compensación y a cargo de ésta los terrenos de los propietarios no incorporados y el de los que incumplan sus obligaciones.

H) Aprobar, en su caso, el Proyecto de Urbanización, controlar la ejecución de las obras y una vez finalizadas, total o parcialmente, proceder a su recepción.

I) Seguir, a solicitud de la Junta de Compensación, el cobro de sus miembros morosos en vía de apremio, y una vez exista constancia del acuerdo de aprobación de las derramas o cuotas y de haberse efectuado la oportuna reclamación en vía voluntaria.

J) Coordinar la actuación de la Junta de Compensación, con los demás órganos de la Administración y empresas suministradoras de los servicios públicos.

K) Resolver en primera instancia los recursos contra las cuestiones que puedan plantearse entre ésta y la empresa urbanizadora y los que puedan presentar los miembros de la Junta de Compensación contra los actos o acuerdos de ésta.

L) Aprobar el acuerdo de disolución de la Junta de Compensación.

M) Asistir a las reuniones de la Junta de Compensación. Instruir y asesorar de la política urbanística municipal.

N) Advertir, en los supuestos en que la Junta de Compensación pudiese incurrir en incumplimiento de sus deberes o en infracciones, de tales anomalías, tutelando a la Junta en cuanto fuere menester.

O) Ejercer cualquier otra función que le competa.

CAPÍTULO III

DE LOS MIEMBROS DE LA JUNTA DE COMPENSACIÓN

Artículo 8. Composición de la Junta de Compensación

1. La Junta de Compensación se compone de:

A) Las personas físicas o jurídicas, propietarias de terrenos comprendidos en el ámbito territorial al que se refiere el artículo 2 de estos Estatutos que voluntariamente se incorporen a ella en plazo y condiciones legales, y las que, por causa de transmisión de terrenos, queden subrogadas en el lugar y puesto del transmitente.

B) Cualquier Entidad Pública titular de bienes incluidos en el ámbito territorial al que se refiere el artículo 2 de estos Estatutos, ya tenga carácter demanial o patrimonial, sea o no promotora de la Junta de Compensación y, en todo caso, el Ayuntamiento de [*indicar nombre*].

2. También podrán formar parte como miembros de la Junta de Compensación las empresas urbanizadoras que aporten, total o parcialmente, los fondos o los medios necesarios para la urbanización o empresas que financien por cualquier título las obras de urbanización, en las condiciones que se establezcan por la Asamblea General de acuerdo con los compromisos adquiridos, en su caso, por la Junta de Compensación en las referidas empresas.

3. Los propietarios y entidades incorporados a la Junta de Compensación quedarán sujetos al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema y a la observancia de estos Estatutos.

Artículo 9. Miembros de la Junta de Compensación

1. Los miembros de la Junta de Compensación propietarios de terrenos comprendidos en el ámbito territorial descritos en el artículo 2 de estos Estatutos podrán ser fundadores o adheridos. Todos ellos tienen los mismos derechos y obligaciones sin que las condiciones o requisitos para la incorporación a aquélla sea más gravosa para unos que para otros propietarios.

2. No obstante lo anterior, la Asamblea General podrá permitir con anterioridad a la aprobación del Proyecto de Compensación la adhesión extemporánea de miembros en las condiciones establecidas en el artículo 11.4 de estos Estatutos.

3. Las empresas urbanizadoras que, en su caso, se incorporen participarán en los derechos y obligaciones establecidos en estos Estatutos con arreglo a las particulares condiciones de incorporación que se aprueben por la Asamblea General, de acuerdo con los compromisos adquiridos, en su caso, por la Junta de Compensación con las referidas empresas.

Artículo 10. Miembros fundadores

Serán miembros fundadores los propietarios que promueven la iniciativa mediante la presentación de los Estatutos de la Junta de Compensación y que representen al menos el 50 por ciento del aprovechamiento lucrativo de la Unidad de Actuación, conforme a lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley de Urbanismo de [*indicar Comunidad Autónoma*].

Artículo 11. Miembros adheridos

1. Serán miembros adheridos las personas físicas o jurídicas que sean titulares de fincas comprendidas en el Sector y se adhieran, con

igualdad de derechos y deberes, a la Junta en el plazo que fije la legislación autonómica y, en su defecto, en el plazo de 1 mes desde la constitución de la Junta de Compensación.

2. Podrán solicitar la incorporación a través del Ayuntamiento haciendo constar expresamente la adhesión a estos Estatutos y la superficie y linderos de las fincas propiedad del solicitante, acompañando la documentación acreditativa de su titularidad, datos de inscripción y cargas en el Registro de la Propiedad, así como planos o croquis de las fincas de las que sean titulares, y, en su caso, de la representación que ostenta. Una vez efectuada la incorporación, deberán proceder al pago inmediato de las cantidades correspondientes a los gastos realizados en proporción a su cuota.

3. Transcurrido el plazo de incorporación a la Junta, se entenderá que los propietarios no adheridos renuncian a este derecho, quedando excluidos de la misma a todos los efectos y sus fincas podrán ser objeto de expropiación forzosa si así lo solicita la Junta de Compensación, conforme a lo dispuesto en el artículo de la legislación urbanística de [*indicar Comunidad Autónoma*].

4. No obstante lo anterior, la Asamblea General podrá acordar con anterioridad a la aprobación del Proyecto de Compensación la incorporación extemporánea de miembros con las siguientes condiciones [*establecer condiciones*].

5. Para el supuesto de existir propietarios desconocidos o en domicilio ignorado, la notificación se efectuará en la forma que establece el artículo 59.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero («**Ley 30/1992**»).

Artículo 12. Titularidades especiales

1. En el caso de existir cotitularidad sobre una finca o derecho, los cotitulares habrán de designar una persona para el ejercicio de sus facultades como miembro de la Junta de Compensación, respondiendo solidariamente frente a la Junta de Compensación de cuantas obligaciones dimanen de su condición. Si no se designare representante en el plazo que al efecto señale la Junta de Compensación, éste será nombrado por el Ayuntamiento, sin perjuicio de acuerdo posterior por los cotitulares en la designación de representante.

2. En el supuesto de concurrir cualquier derecho real limitativo de dominio sobre una finca, o de la existencia de un arrendamiento sobre la misma, la cualidad de miembro de la Junta de Compensación

corresponderá a su propietario, sin perjuicio de que el titular del derecho real o personal perciba el rendimiento económico correspondiente y pueda ser invitado a las sesiones de la Junta de Compensación, cuando ésta así lo estime oportuno.

3. En el caso de que la nuda propiedad y el usufructo pertenezcan a distintas personas, la cualidad de miembro de la Junta de Compensación se reconocerá al nudo propietario, sin perjuicio de que el titular del derecho real perciba el rendimiento económico correspondiente. Serán de cuenta del nudo propietario las cuotas ordinarias o extraordinarias que establezca la Asamblea General o, por su delegación, la Comisión Gestora, por razón de los terrenos comprendidos en el Sector [*indicar nombre*]. De incumplirse esta obligación por el nudo propietario, la Junta de Compensación deberá admitir el pago de las cuotas hechas por el usufructuario.

De no ser satisfechas las cuotas por ninguno de los interesados, o si el nudo propietario incumpliere las demás obligaciones que le incumben, la Junta de Compensación podrá optar entre exigir el pago de las cuotas y el cumplimiento de las obligaciones o instar la expropiación de la finca o fincas de que se trate.

4. En los supuestos de titularidad dudosa de fincas el Ayuntamiento asumirá la representación de los derechos e intereses de esas titularidades a efectos de la tramitación del expediente. Cuando la finca incluida en el Proyecto de Compensación hubiese sido objeto de doble inmatriculación, la Administración actuante asumirá la representación de los derechos e intereses de las titularidades correspondientes a las superficies materialmente afectadas por la doble inmatriculación, salvo que otra cosa acuerden los afectados. Si el titular de la finca de origen estuviere en ignorado paradero, la defensa de sus intereses, durante la tramitación del proceso, corresponderá al Ministerio Fiscal, salvo que el ausente tuviese designado representante con facultades suficientes, según lo dispuesto en el artículo 10 del Real Decreto 1093/1997.

5. Cuando la finca pertenezca a menores o personas que tengan limitada su capacidad de obrar, éstos estarán representados en la Junta de Compensación por quienes ostenten la representación legal de los mismos, y la disposición de tales fincas por la Junta de Compensación no estará sujeta a las limitaciones establecidas por la legislación civil.

Artículo 13. Incorporación de empresas urbanizadoras

1. Podrán incorporarse a la Junta de Compensación las empresas urbanizadoras que aporten total o parcialmente los fondos o los medios necesarios para la urbanización.

2. Para valorar la aportación de la empresa y de las adjudicaciones a su favor se estará a lo señalado en el Proyecto de actuación.

3. La incorporación podrá acordarse antes de la constitución de la Junta de Compensación, siendo necesaria su ratificación expresa por la Asamblea General, instrumentada en el acuerdo de constitución, o bien posteriormente, en cuyo caso se precisará la convocatoria de una Asamblea General, la asunción por la empresa o empresas de los compromisos al respecto.

4. La empresa urbanizadora estará representada en la Junta de Compensación por una sola persona física.

Artículo 14. Transmisión de bienes y derechos

1. La incorporación de los propietarios no presupone la transmisión a la Junta de Compensación de la propiedad de los inmuebles aportados. Los terrenos quedarán directamente afectados al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema de compensación. La afección debe constar adecuadamente en el Registro de la Propiedad.

2. Los miembros de la Junta de Compensación podrán enajenar sus terrenos, y la correlativa cuota de participación en la Junta de Compensación, con las siguientes condiciones y efectos:

a) El transmitente deberá solicitar a la Secretaría de la Comisión Gestora certificación acreditativa de estar al corriente de todas sus obligaciones.

b) El transmitente notificará fehacientemente a la Junta de Compensación las circunstancias del adquirente, a los efectos de la necesaria constancia.

c) El adquirente, por cualquier clase de título, quedará subrogado en los derechos y obligaciones vinculados a la participación enajenada, haciéndose expresa mención de ello en el título de transmisión.

d) La condición de miembro de la Junta de Compensación es inseparable de la propiedad de los terrenos correspondientes.

3. La Junta de Compensación será beneficiaria de la expropiación, de los bienes cuyos propietarios sean expropiados a solicitud de la misma, ya sea por no haberse incorporado a la referida Junta de Compensación o por el incumplimiento de las obligaciones contraídas con la misma.

4. *La Junta de Compensación podrá gravar y enajenar terrenos, bien adquiridos por expropiación, bien aportados por sus propietarios, para*

hacer frente a los gastos inherentes a la ejecución del sistema y de las obras de urbanización, previo acuerdo de la Asamblea General.

5. También podrá la Junta de Compensación, en el ejercicio de sus facultades fiduciarias, gravar, y enajenar unidades de aprovechamiento antes de la aprobación del Proyecto de Compensación para hacer frente a los gastos inherentes a la ejecución del sistema y de las obras de urbanización, previo acuerdo de la Asamblea General, de acuerdo con los compromisos adquiridos, en su caso, por la propia Junta de Compensación.

Artículo 15. Del patrimonio de la Junta de Compensación

1. En el supuesto de tener que instar la expropiación de propietarios del Sector [*indicar nombre*], la expropiación forzosa se realizará por el órgano urbanístico actuante siendo beneficiaria de ella la Junta de Compensación; dichos terrenos serán adjudicados proporcionalmente entre los componentes de aquélla que estén interesados en su adjudicación, salvo que la Asamblea General acuerde mantener la propiedad en el patrimonio común a los efectos que estime pertinentes.

2. Las fincas expropiadas constituyen el patrimonio común inmobiliario de la Junta de Compensación. Las parcelas resultantes serán asignadas a la Junta de Compensación, quien podrá disponer libremente de las mismas para atender los costes de urbanización y de existir superavit en el momento de su disolución se distribuirán, como todo el patrimonio activo si lo hubiere en la forma prevista en el capítulo IX de estos Estatutos.

En la enajenación de dichas parcelas resultantes ya urbanizadas, se reconoce el derecho de tanteo en favor de los miembros de la Junta de Compensación a tenor de las determinaciones del Código civil y de ser varios los interesados se prorrateará en función de los derechos que ostenta cada uno en la Junta de Compensación. Dicho derecho deberá ejercitarse en el plazo máximo de [*indicar plazo*] días, contados a partir de la recepción de la notificación practicada en forma fehaciente.

3. No se incorporarán, ni bajo ningún concepto formarán parte de los bienes de la Junta de Compensación, los terrenos cedidos por los propietarios para el pago de sus cuotas, por tratarse de una dación para pago. De igual modo no formarán parte del patrimonio de la Junta de Compensación, las cantidades satisfechas para cubrir las derramas o cuotas por los miembros de la Junta de Compensación, para atender el pago de las obras de urbanización o su conservación,

no pudiéndose integrar bajo ningún concepto al patrimonio, dada su vinculación específica, para atender las obligaciones de la Junta con la Administración, y además por cuanto la Junta de Compensación es tan sólo fiduciaria, e instrumento de gestión.

CAPÍTULO IV

DEL PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN DE LA JUNTA DE COMPENSACIÓN

Artículo 16. De la Asamblea General Constituyente

1. Una vez aprobados definitivamente los Estatutos de la Junta de Compensación, publicados en el *Boletín Oficial de la Provincia* y notificados los propietarios y titulares de derechos reales afectados por la actuación que consten en el Registro de la Propiedad y en el Catastro, el Ayuntamiento requerirá a los interesados para la constitución de la Junta de Compensación que se realizará mediante el otorgamiento de la correspondiente Escritura Pública.

2. Una vez requeridos por el Ayuntamiento, los propietarios promotores de la Junta de Compensación convocarán a todos los propietarios incluidos dentro del ámbito territorial de la Junta de Compensación a la Asamblea General Constituyente.

3. La convocatoria se realizará mediante carta certificada o burofax, remitida, con una antelación de ocho días hábiles, cuando menos, a la fecha en que haya de celebrarse la Asamblea General Constituyente.

4. La convocatoria señalará lugar, día y hora de la reunión con indicación expresa de que la Asamblea General Constituyente habrá de resolver la constitución de la Junta de Compensación.

5. La Asamblea General Constituyente quedará válidamente constituida, cuando concurran a ella, personal o representados, en la forma establecida en el artículo 23 de los Estatutos, propietarios titulares de terrenos que representen, al menos el 50 por ciento del aprovechamiento lucrativo de la Unidad de Actuación, conforme a lo dispuesto en el artículo ... de la legislación urbanística de [*indicar Comunidad Autónoma*].

6. La Asamblea General Constituyente acordará la constitución de la Junta de Compensación; designará los cargos de Presidente, Vicepresidente y Secretario y, en su caso, las personas que han de integrar la Comisión Gestora y el Gerente. El Presidente, Vicepresidente y Secretario de la Junta de Compensación lo serán también de la Comisión Gestora.

7. Los acuerdos se adoptarán por mayoría simple de las cuotas de los miembros de la Junta de Compensación computados en la forma que establece el artículo 34 de los Estatutos.

8. El Secretario levantará acta de la Asamblea General Constituyente en que se acuerde la constitución de la Junta de Compensación, que habrá de ser aprobada en la misma reunión, siendo firmada también por el Presidente electo. En el acta se hará constar:

A) Nombre, apellidos, y domicilios de los propietarios y representantes, con indicación de sus respectivas cuotas y títulos de propiedad.

B) Acuerdos tomados.

C) Constitución de la Junta de Compensación.

9. Del contenido del acta se librará certificación para su incorporación en la Escritura Pública de constitución de la Junta de Compensación que deberá efectuarse en la forma prevista en la legislación urbanística.

10. En la Escritura Pública de constitución de la Junta de Compensación deberá constar los siguientes extremos:

a) Acuerdo de Constitución.
b) Relación de sus miembros.
c) Relación de las fincas de las que sean titulares.
d) Composición de la Comisión Gestora, con indicación de las personas que ostenten los cargos de Presidente, Vicepresidente, Secretario y Gerente.
e) Estatutos de la Junta de Compensación.

11. La copia autorizada de la Escritura de Constitución y de las adhesiones se trasladará al Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras de [*indicar Comunidad Autónoma*] para su inscripción.

12. Constituida la Junta de Compensación, todos los terrenos comprendidos en su ámbito de actuación quedarán directamente afectados al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema, circunstancia que, a instancia de la Junta de Compensación, se hará constar por nota marginal en el Registro de la Propiedad.

13. La nota marginal de afección será de tres años, prorrogable por otros tres, a instancia de la Junta de Compensación de acuerdo con el artículo 5.2. del Real Decreto 1093/1997.

Capítulo V

ÓRGANOS DE LA JUNTA DE COMPENSACIÓN

Artículo 17. Órganos de Gobierno y Administración

Los Órganos de Gobierno y Administración de la Junta de Compensación son la Asamblea General, la Comisión Gestora o Junta de Delegados, en su caso, y el Presidente, Vicepresidente, Secretario y Gerente. Cada uno de los Órganos de Gobierno y Administración de la Junta de Compensación actuará en el ámbito de sus facultades.

Artículo 18. La Asamblea General

1. La Asamblea General es el órgano deliberante supremo de la Junta de Compensación. Corresponde a la Asamblea General las facultades de gobierno y dirección de la Junta de Compensación con carácter soberano.

2. La Asamblea General está compuesta por todos los miembros de la Junta de Compensación, incluido el representante del Ayuntamiento. Éste, como órgano de tutela que es, sólo tendrá voz, pero no voto, sin perjuicio del que le corresponda como titular aportante de terrenos y derechos.

3. La Asamblea General será presidida por el Presidente o, en su defecto, por el Vicepresidente. Si ninguno de éstos asistiese a la reunión, ésta será presidida por el miembro de la Comisión Gestora que sea titular o represente la mayor cuota de participación de entre los que integran la Comisión Gestora y estuviera presente en la Asamblea General. Si tampoco ninguno de éstos asistiese a la reunión, ésta será presidida por el miembro de la Junta de Compensación que sea titular o represente la mayor cuota de participación de entre los que integran la Junta de Compensación y estuviera presente en la Asamblea General.

4. Serán atribuciones de la Asamblea General:

A) Aprobación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios, así como las cuentas anuales y memoria de actuación, a propuesta de la Comisión Gestora.

B) Aprobación del Proyecto de actuación. Encomendar y aprobar el Proyecto de Compensación y el Proyecto de Urbanización y tramitar su aprobación administrativa.

C) La modificación de los Estatutos, sin perjuicio de su aprobación posterior por el Ayuntamiento de [*indicar nombre*].

D) Autorizar créditos extraordinarios y acordar las derramas extraordinarias para atender a gastos no previstos en el presupuesto anual o amortizar el déficit temporal de éste.

E) La designación y cese de los miembros de la Comisión Gestora, así como del Presidente, Vicepresidente, Secretario y Gerente. Acordar la retribución en su caso, del Presidente, Vicepresidente, Secretario y Gerente.

F) Determinar la prioridad en la ejecución de las obras de urbanización y edificación, dentro de las previsiones del Plan de Etapas.

G) Acordar la constitución de las garantías que hayan sido exigidas por los órganos urbanísticos para asegurar las obligaciones contraídas por la Junta de Compensación.

H) Acordar la formalización de créditos para realizar las obras de urbanización, incluso con garantía hipotecaria de los terrenos afectados.

I) Resolver la incorporación de Empresas Urbanizadoras.

J) Acordar la realización de actos dispositivos (venta, cesión, permuta o gravamen) sobre los bienes y derechos de la Junta de Compensación, ya sea de los que puede realizar con carácter fiduciario o por aportación.

K) Solicitar la concesión administrativa de servicios públicos cuando sea procedente.

L) Aprobar los criterios de valoración de las fincas resultantes y los precios para los supuestos de compensación en metálico en las diferencias de adjudicación.

M) Desistir e interponer recursos, sin perjuicio de que la Comisión Gestora lleve estas acciones a cabo con carácter de urgencia, con la obligación de comunicarlo inmediatamente a la Asamblea General.

N) Delegar expresamente en la Comisión Gestora o, en su caso, en el Presidente las facultades reconocidas en favor de la Asamblea General, excepto la aprobación de presupuestos y cuentas de los ejercicios económicos. Los acuerdos de delegación de actos que requieran un quórum especial deberán adoptarse con el mismo quórum, así como el nombramiento de los propietarios de la Comisión Gestora.

O) Acordar la disolución o transformación de la Junta de Compensación con arreglo a lo previsto en el Capítulo IX de estos Estatutos.

P) La resolución de cuantos asuntos sean propuestos por la Comisión Gestora, o no estén expresamente atribuidas a otro órgano de la Junta de Compensación, y cuantas funciones sean precisas para la gestión común.

Artículo 19. De las reuniones de la Asamblea General

1. Las reuniones de la Asamblea General podrán ser ordinarias y extraordinarias.

2. La Asamblea General se reunirá de forma ordinaria como mínimo una vez al año, dentro del primer trimestre del año, a fin de censurar la gestión de la Junta de Compensación; aprobar, en su caso, las cuentas del ejercicio anterior; y aprobar, en su caso, el presupuesto para el ejercicio económico siguiente, acordando el cobro de las cuotas o derramas correspondientes para cubrirlo.

3. No obstante lo dispuesto en el número anterior, previa su inclusión en el correspondiente Orden del día, podrá adoptarse en las reuniones ordinarias acuerdos sobre cualquiera de las materias competencia de la Asamblea General.

4. La Asamblea General se reunirá en sesión extraordinaria para tratar asuntos sobre materias diferentes a las establecidas en el artículo 19.2 de los Estatutos.

Artículo 20. Convocatoria de la Asamblea General

1. Las reuniones de la Asamblea General, tanto ordinarias como extraordinarias, serán convocadas por el Presidente o el Secretario de la Junta mediante burofax, carta remitida por correo certificado con acuse de recibo, o por cualquier otro medio que permita dejar constancia de su recepción, al domicilio que cada miembro tenga registrado en la Secretaría, con una antelación de ocho días hábiles, como mínimo, al señalado para la reunión. La convocatoria podrá realizarse mediante fax siempre que el miembro de la Junta de Compensación haya aceptado de forma fehaciente esa forma de comunicación en la Junta de Compensación.

2. En la convocatoria deberá figurar el Orden del día, así como la hora, lugar y fecha en que ha de celebrarse la primera reunión, y caso de no haber quórum, la segunda, pudiendo celebrarse ésta con un intervalo de media hora. No podrán tomarse acuerdos sobre asuntos que no figuren en el Orden del día, salvo en el caso previsto en el artículo 21.4.

3. La Asamblea General celebrará sus sesiones en el domicilio social, salvo que la convocatoria indique otro lugar de celebración. La sesión podrá celebrarse asimismo en varias salas simultáneamente siempre y cuando se asegure por medios audiovisuales o telefónicos la interactividad e intercomunicación entre ellas en tiempo real y, por tanto, la unidad de acto. En este caso se hará constar en la convocatoria el sistema de conexión y, en su caso, los lugares en los que estarán disponibles los medios técnicos necesarios para asistir y participar en la reunión. Los acuerdos se entenderán adoptados en el lugar donde esté la Presidencia.

4. Las Asambleas extraordinarias podrán también reunirse a requerimiento de los miembros siempre que representen, al menos, el 25% del total de las cuotas de participación. La petición de reunión extraordinaria se hará mediante burofax o carta certificada con acuse de recibo dirigida al Presidente detallando el objeto de la reunión y los asuntos a tratar. La carta de convocatoria deberá ser cursada por el Presidente en el plazo de diez días hábiles desde la fecha en que fuera requerido a tal efecto. Si el Presidente no la convocara en el plazo señalado, los solicitantes podrán dirigirse al Ayuntamiento para que éste la curse.

5. *En la convocatoria de las Asambleas generales ordinarias se indicará que en el domicilio social se hallan a disposición de los miembros, en horas hábiles de oficina y hasta el día anterior a la reunión, los documentos elaborados correspondientes a los asuntos a tratar, como el estado de cuentas del ejercicio anterior, la memoria y los presupuestos para el ejercicio siguiente.*

Artículo 21. Constitución de la Asamblea General

1. La Asamblea General, tanto ordinaria como extraordinaria, quedará válidamente constituida en primera convocatoria si concurren, presentes o representados, un número de miembros que represente más del cincuenta por ciento del total de las cuotas de participación de los propietarios de la Junta de Compensación en los derechos y cargas.

2. En segunda convocatoria se considerará válidamente constituida la Asamblea cualquiera que sean las cuotas de participación en los derechos y cargas representadas por los asistentes.

3. Antes de entrar en el examen del Orden del día se formará una lista de asistentes, expresando el carácter o representación de cada uno y la cuota de participación —propia o ajena— en los derechos y cargas. Al final de la lista se determinará el número de miembros presentes o representados y la suma de cuotas de participación de los asistentes.

4. Si hallándose presentes o representados la totalidad de los miembros incorporados a la Junta de Compensación acordasen por unanimidad celebrar Asamblea general extraordinaria, quedará válidamente constituida sin necesidad de convocatoria siempre y cuando esté presente el representante del Ayuntamiento.

Artículo 22. De la adopción de acuerdos por la Asamblea General

1. El Presidente —o quien le sustituya— presidirá la Asamblea General, dirigirá los debates y declarará los asuntos suficientemente considerados, pasando a la votación si procediere. Solamente podrán ser considerados y resueltos los asuntos enumerados en la convocatoria, sin que sean válidos los acuerdos adoptados sobre otras materias, salvo lo dispuesto en el artículo 21.4 de estos Estatutos.

2. Los acuerdos se adoptarán por mayoría de cuotas presentes o representadas, a no ser que por razón de la materia tengan fijados, bien por disposiciones legales o bien por estos Estatutos un quórum específico, en cuyo caso se regularán por éste.

3. Los acuerdos de [*incluir materias*], requerirán en todo caso el voto favorable de los miembros de la Junta de Compensación que representen el [*incluir porcentaje*] de las cuotas en la Juntan de compensación.

4. Los acuerdos de la Asamblea General serán inmediatamente ejecutivos, siempre que hayan sido adoptados con arreglo a lo previsto en estos Estatutos, y sin perjuicio de las acciones administrativas y, en su caso, jurisdiccionales pertinentes. La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos que una disposición de carácter general establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 111 y 138 de la Ley 30/1992.

Artículo 23. Asistencia a la Asamblea General

1. Podrán asistir a las sesiones de la Asamblea General las personas físicas, y los representantes de las personas jurídicas en quienes concurran la calidad de miembro de la Junta de Compensación, con las limitaciones y requisitos establecidos en estos Estatutos, así como el representante de la Administración.

Igualmente podrán asistir para aspectos informativos que puedan interesar, los técnicos y asesores de cualquier tipo que considere conveniente el Presidente de la Junta de Compensación quienes, en tal caso, intervendrán con voz pero sin voto.

2. Los miembros de la Junta de Compensación podrán asistir a la Asamblea por sí o mediante representación conferida a otra persona. Será válida la representación otorgada, ya sea mediante carta certificada dirigida al Presidente de la Junta de Compensación, ya mediante entrega material al mismo del documento que acredite la representación en cualquier forma, dejándose constancia de su recepción por el Presidente. La representación será válida únicamente para la reunión a la que se refiera.

La representación de las sociedades o entidades dotadas de personalidad jurídica, que sean miembros de la Junta, se entenderá conferida a favor de quien legalmente las represente.

3. El representante del Ayuntamiento será el nombrado por éste en el Acuerdo de aprobación definitiva de los Estatutos, aunque podrá ser sustituido posteriormente.

4. La representación de los menores o personas que tengan limitada su capacidad de obrar se entenderá conferida a su representante legal, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.5 de estos Estatutos.

Artículo 24. Actas y certificaciones

1. De las reuniones de la Asamblea General, el Secretario levantará acta con el visto bueno del Presidente, haciendo constar los acuerdos adoptados y el resultado de las votaciones. Las actas serán aprobadas en la propia reunión de la Asamblea, se firmarán por el Presidente, dos miembros de la Junta de Compensación que hayan estado presentes en la reunión y por el Secretario y se llevarán al libro correspondiente, que podrá ser de hojas móviles. Si no fuera posible aprobar el acta en la propia Asamblea, se podrá proceder a la designación de dos interventores, quienes, con el visto bueno del Presidente, aprobarán el acta redactada por el Secretario en el plazo de veinte días, haciendo constar que el texto de los acuerdos que figura en la misma es el que fue aprobado por la Asamblea, o se aprobará en la siguiente reunión de la Asamblea General.

Una copia del acta se remitirá a cada uno de los miembros de la Junta de Compensación en el plazo de diez días desde su aprobación por la Asamblea General o, en su caso, por los interventores.

2. Cualquier miembro de la Junta de Compensación u Órgano Urbanístico competente podrá solicitar certificaciones del Libro de Actas, que serán expedidas por el Secretario con el visto bueno del Presidente.

Artículo 25. Composición y carácter de la Comisión Gestora

1. *La Comisión Gestora, órgano de facultativa creación por la Asamblea General, estará formada por [*incluir número*] miembros de la*

*Junta de Compensación («**Consejeros**»), que se constituirán en representantes permanentes de la Asamblea General y el órgano ejecutivo normal de gobierno y administración de la Junta de Compensación, estando investido de los más amplios poderes, facultades y atribuciones para regir y administrar la Entidad.*

2. Asimismo, formará parte de la Comisión Gestora un representante del Ayuntamiento, que tendrá voz pero no voto. El representante del Ayuntamiento será designado por éste en el Acuerdo de aprobación definitiva de los Estatutos.

3. Los Consejeros y, de entre ellos, el Presidente y Vicepresidente, serán nombrados por la Asamblea General por mayoría absoluta.

4. La Comisión Gestora determinará su régimen de funcionamiento y el sistema de sustituciones por ausencia, enfermedad u otros motivos justificados. En caso de ausencia, enfermedad o fallecimiento del Presidente, ejercerá automáticamente sus funciones el Vicepresidente.

5. Los Consejeros deberán guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial aun después de cesar en sus funciones.

6. No obstante, la Asamblea General podrá motivadamente acordar la no constitución o disolución de la Comisión Gestora. En estos casos, el Presidente asumirá las funciones de la Comisión Gestora.

Artículo 26. Duración del cargo de Consejero

1. La duración del cargo de Consejero será de [*indicar duración*] años, salvo que fuese removido por la Asamblea General, renunciase voluntariamente al cargo o quedare incapacitado por cualquier causa. Los Consejeros que finalicen el plazo de su mandato podrán ser reelegidos por la Asamblea General por sucesivos períodos [*indicar duración*] de forma ilimitada.

2. En caso de cese o de fallecimiento de un Consejero, su sustitución será acordada por la Asamblea General que se convoque al efecto. Si el Consejero cesado o fallecido fuera el Presidente o Vicepresidente, la Asamblea General deberá efectuar su designación.

3. En todo caso será causa de cese la pérdida de la condición de miembro de la Junta de Compensación.

Artículo 27. Facultades de la Comisión Gestora

1. La representación de la Junta de Compensación en juicio y fuera de él corresponde la Comisión Gestora, sin más limitaciones

que las consignadas en estos Estatutos. Sin perjuicio de ello, la Comisión Gestora será representada ante terceras personas por el Presidente de dicho órgano.

2. A título meramente enunciativo son de su competencia los siguientes actos: [*incluir facultades*]:

A) En la forma que la Asamblea General determine, abrir, seguir y cancelar a nombre de la Junta de Compensación cuentas corrientes, y de ahorro en toda clase de Bancos o instituciones de Crédito y de Ahorro, disponer de esas cuentas, si bien para ello se precisará la concurrencia de dos miembros de la Comisión a tal efecto, conjuntamente, firmar la correspondencia, recibos y resguardos, librar, endosar y descontar efectos mercantiles, protestar por falta de aceptación o de pago de letras de cambio, y en general, desarrollar todas las operaciones usuales de banca exigidas, por la actividad de la Junta de Compensación.

B) En todo caso, la Comisión Gestora asumirá las facultades inherentes a su cargo, las facultades que le delegue la Asamblea General con arreglo al artículo 18 de los Estatutos y la ejecución y cumplimiento de los acuerdos adoptados por la Asamblea General. Específicamente, tendrá las siguientes funciones:

a) Administrar los fondos de la Junta de Compensación formalizando la memoria y cuentas correspondientes a cada ejercicio económico que han de ser sometidas a la Asamblea General.

b) Ejecutar los acuerdos de la Asamblea General.

c) Proponer a la Asamblea General el presupuesto anual de ingresos y gastos, y aplicarlo en la medida de lo correspondiente.

d) Autorizar el otorgamiento de toda clase de actos y contratos civiles, mercantiles y administrativos.

e) Hacer y exigir pagos, cobros y liquidaciones cualesquiera que sean su causa jurídica y la persona o entidad obligada.

f) Abrir y mantener cuentas y depósitos en establecimientos bancarios o de crédito ingresando y retirando fondos de ellos a su conveniencia.

g) Realizar operaciones con la Hacienda Pública en cualesquiera de sus cajas, banco de carácter oficial o privado, cajas de ahorro, sociedades, empresas, particulares, etc.

h) Proponer a la Asamblea General las cuotas correspondientes a los miembros de la Junta de Compensación así como las modificaciones que fuesen pertinentes, bien por nuevas aportaciones o a consecuencia de operaciones de reparcelación.

i) Nombrar y separar a un Gerente y/o al resto del personal administrativo o laboral al servicio de la Junta de Compensación, y fijar su retribución y régimen de trabajo.

j) Fijar las cantidades para atender a los gastos comunes, así como la forma y plazos en que han de satisfacer, y proceder contra los miembros morosos para hacer efectivo el pago de las cantidades que les correspondan.

k) Notificar a los Órganos Urbanísticos competentes los acuerdos que hayan de surtir efectos ante aquéllos.

l) Proponer a la Asamblea General el traslado del domicilio de la Junta de Compensación y notificar a los miembros de la Junta de Compensación dicho cambio, mediante carta certificada.

m) Solicitar la concesión de beneficios fiscales y exenciones tributarias que las disposiciones vigentes establecen en favor de la Junta de Compensación.

n) Requerir a la Administración para que cobre por vía de apremio a los miembros morosos de la Junta de Compensación.

Artículo 28. Reuniones de la Comisión Gestora

1. Las reuniones de la Comisión Gestora se celebrarán cuantas veces se estime conveniente para los intereses de la Junta de Compensación mediante convocatoria del Presidente con, al menos, [*incluir días*] días hábiles de antelación. La convocatoria deberá notificarse en la forma establecida en el artículo 20 de los Estatutos al resto de Consejeros de forma que quede debida constancia, señalando el Orden del día.

2. Se entenderá también válidamente convocado la Comisión Gestora para tratar cualquier asunto de su competencia siempre que estén presentes todos Consejeros y el representante del Ayuntamiento.

3. La Comisión se considerará válidamente constituida cuando concurran, al menos, la mitad más uno de sus miembros. La concurrencia a la Comisión se realizará personalmente no admitiéndose la delegación de asistencia salvo que se realice a otro miembro de la Comisión.

4. Cada Consejero tiene derecho a un voto, siendo dirimente en caso de empate la decisión de la Asamblea General que se convoque en el plazo de tres días para desbloquear la toma de decisiones a petición de cualquiera de los Consejeros.

5. Los acuerdos serán adoptados por mayoría simple y serán inmediatamente ejecutivos, sin perjuicio de las acciones y recursos que pudieran interponerse contra los mismos.

6. Las reuniones de la Comisión Gestora podrán realizarse en la forma establecida en el artículo 20.3 de los Estatutos.

7. Se admitirá la votación por escrito y sin sesión cuando ningún miembro de la Comisión se oponga a la aplicación de este procedimiento.

Artículo 29. Actas de la Comisión Gestora

1. Los acuerdos de cada reunión de la Comisión Gestora se consignarán en el acta correspondiente, que se aprobará en la misma reunión o en la siguiente que se celebre, se recogerán en el Libro de Actas por el Secretario, con el visto bueno del Presidente, y se notificarán a todos los miembros de la Junta.

2. Igualmente con el visto bueno del Presidente o quien haga sus veces, el Secretario expedirá certificación de cualquier acuerdo que sea solicitada por miembros de la Junta de Compensación, en el plazo de diez días.

3. De los acuerdos de la Comisión Gestora se dará cuenta a la primera Asamblea General que se convoque.

4. La actividad de la Comisión Gestora se reflejará en un informe de gestión que junto con la Memoria y las cuentas anuales de cada ejercicio se someterá a la aprobación de la Asamblea General ordinaria.

Artículo 30. Del Presidente, Vicepresidente y Secretario

1. El Presidente y Vicepresidente serán designados por la Asamblea General entre quienes ostenten la cualidad de miembros de la Junta de Compensación, pudiendo ejercer sus cargos mediante representante. La Asamblea General designará también al Secretario, quien tendrá que ser una persona que tenga acreditada experiencia en materia urbanística. Los cargos de Presidente, Vicepresidente y Secretario podrán ser retribuidos.

2. El nombramiento del Presidente Vicepresidente y Secretario, tendrá una duración de [*indicar duración*] años, pudiendo procederse a su reelección por períodos iguales, de forma ilimitada, en virtud de acuerdo expreso de la Asamblea General.

3. En caso de fallecimiento o renuncia del Presidente, Vicepresidente o Secretario, la Comisión Gestora podrá designar a quienes hayan de sustituirles hasta la renovación inmediata de la composición de la Comisión.

4. Si la Asamblea General acordase el cese de Presidente, Vicepresidente o Secretario, en la misma sesión en que así lo decida habrá de acordar el nombramiento de la persona, o personas que hubieren de sustituirles hasta la renovación inmediata del mismo.

Artículo 31. Funciones del Presidente y del Vicepresidente

1. Serán funciones del Presidente.

A) Convocar, presidir, suspender y levantar las sesiones de la Asamblea General y dirigir las deliberaciones.

B) Ostentar la representación judicial y extrajudicial de la Junta de Compensación y de sus Órganos de Gobierno, pudiendo otorgar poderes a favor de abogados y procuradores para el ejercicio de dicha representación judicial y extrajudicial.

C) Autorizar las Actas de la Asamblea General, las certificaciones que se expidan y cuantos documentos lo requieran.

D) Todas aquellas atribuidas a la Comisión Gestora para el supuesto en que ésta no se constituya.

2. El Vicepresidente ejercerá las mismas funciones que el Presidente en los casos de vacante, en ausencia o enfermedad de éste. Y será coadyuvante en el ejercicio de las funciones del Presidente.

Artículo 32. Del Secretario

1. El Secretario será designado por la Asamblea General y su nombramiento tendrá una duración de tres años, pudiendo procederse a su reelección indefinidamente, por períodos iguales, en virtud de acuerdo expreso. No será preciso que sea miembro de la Junta de Compensación, pero en tal caso actuará con voz pero sin voto.

2. Serán funciones del Secretario:

A) Asistir preceptivamente a todas las reuniones de la Asamblea General.

B) Levantar acta de las sesiones de la Asamblea General y de la Comisión Gestora, transcribiendo su contenido al Libro de Actas correspondiente, y notificar los acuerdos de los órganos colegiados de la Junta.

C) Expedir certificaciones con el visto bueno del Presidente.

D) Desempeñar, en su caso, las funciones jurídico administrativas que le fueran encomendadas por la Asamblea General.

E) Llevar un libro-registro en el que se relacionarán todos los miembros de la Junta de Compensación integrantes de la Junta de

Compensación, con expresión de sus respectivos nombres, apellidos, domicilio, fecha de incorporación, cuota de participación y número de votos, y cuantas circunstancias se estimen procedentes.

F) Notificar a los miembros de la Junta de Compensación los acuerdos de la Asamblea General, cuando por su naturaleza o entidad proceda.

G) Ejercitar las acciones correspondientes para el cobro de las cantidades adeudadas por los miembros que hayan sido declarados formalmente incursos en mora, instando la vía de apremio y, en su caso, la expropiación.

H) Custodiar todos los documentos de la Junta de Compensación.

3. El cargo de Secretario, en caso de vacante, ausencia o enfermedad será desempeñado por la persona que la Asamblea General designe, pudiendo el Presidente encomendar provisionalmente aquellas funciones a uno cualquiera de dichos miembros.

Artículo 33. Del Gerente

1. El Gerente, cargo de facultativa creación por la Asamblea General, será designado y, en su caso, removido por ésta.

2. Serán funciones del Gerente:

A) Asistir a las reuniones de la Asamblea General y de la Comisión Gestora con voz pero sin voto.

B) Ejercer la jefatura del personal administrativo, organizando los servicios de la Junta de Compensación para la mejor gestión de los intereses comunes.

C) Ejercer las demás funciones que le delegue la Asamblea General o la Comisión Gestora.

3. El cargo de Gerente será retribuido en la forma y cuantía que establezca la Asamblea General.

CAPÍTULO VI
DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS MIEMBROS DE LA JUNTA DE COMPENSACIÓN

Artículo 34. Cuotas sociales

1. La participación de los miembros de la Junta de Compensación en los derechos y obligaciones comunes vendrán definidos por la cuota o porcentaje que sobre el total a cada uno corresponda.

2. Dicha cuota de participación se fija en función de la superficie de las fincas aportadas fiduciariamente a la Junta de Compensación por cada uno de los propietarios integrados en la misma, en relación con la superficie de la totalidad del Sector.

Una vez aprobado el Proyecto de Compensación las cuotas de participación se ajustarán a las unidades de aprovechamiento que correspondan a cada miembro por la adjudicación de parcelas resultantes. Toda adjudicación superior a la que corresponda por la cuota inicial de participación respectiva, incrementará la cuota de participación del titular de dicha adjudicación en los derechos y obligaciones en proporción al exceso de adjudicación. Correlativamente se reducirá, en la misma proporción la participación del titular de la adjudicación por defecto.

3. La propiedad se acreditará por medio de certificación registral, y en su defecto, mediante testimonio notarial del título de adquisición o cualquier otro medio que acredite éste.

4. Cuando la superficie acreditada en los últimos títulos no coincida con la realidad física, se determinarán las respectivas cuotas de acuerdo a lo establecido al efecto en el artículo 103.3 del Reglamento de Gestión Urbanística y conforme a la legislación urbanística.

5. Si los terrenos estuviesen gravados con alguna carga real, el propietario afectado habrá de compartir con el titular del derecho real la cuota atribuida. En el supuesto de no declararse alguna carga, o que las declaraciones no se ajusten a la realidad, los perjuicios que pudieren resultar en el momento de la equidistribución serán a cargo del propietario que hubiese cometido la omisión, deduciéndose del valor de la finca de resultado que le correspondan.

6. El valor de los demás bienes y derechos distintos al suelo afectados por el Proyecto de Compensación; no influirá en el coeficiente de participación de los miembros de la Junta de Compensación, pero se determinará a los efectos de su indemnización en la forma señalada por las Bases y se satisfarán con cargo al Proyecto de Urbanización.

7. En el supuesto de la incorporación a la Junta de Compensación de Empresas Urbanizadoras, en el momento de la integración de éstas, se procederá al reajuste de las participaciones porcentuales de los miembros de la Junta de Compensación, asignándose la cuota correspondiente a la Empresa Urbanizadora incorporada en función del valor de los terrenos y la previsión de costes de la urbanización del Sector.

Artículo 35. Derechos de los miembros de la Junta de Compensación

Sin otras limitaciones que las establecidas en las Leyes, en el planeamiento vigente, en los presentes Estatutos de la Junta de Compensación, y de conformidad con los acuerdos adoptados por sus órganos de gobierno, los miembros de la Junta ostentarán los derechos que, a título enunciativo, se relacionan a continuación:

A) Ejercer plenas facultades dominicales sobre los bienes y derechos de su titularidad —y en consecuencia, sobre la cuota de participación que le haya sido asignada por la Asamblea en representación de su aportación—, que podrán enajenar, gravar o sobre los que podrán realizar otros actos de disposición o administración, sin perjuicio de su deber de hacer constar al adquirente las circunstancias de la incorporación a la Junta y de establecer expresamente la subrogación del nuevo titular en los derechos y obligaciones del transmitente.

B) Concurrir personalmente o mediante representante debidamente acreditado, a las reuniones de la Asamblea General e intervenir en la adopción de acuerdos, proporcionalmente a sus cuotas respectivas.

C) Participar, como elector o candidato en la designación del Presidente, Vicepresidente y Secretario.

D) Enajenar, gravar o realizar cualquier otro acto de disposición de los terrenos de su propiedad o de sus cuotas respectivas, quedando subrogado el adquirente, en caso de venta, en los derechos y obligaciones del vendedor dentro de la Junta de Compensación.

E) Adquirir la titularidad individual o en copropiedad de la parcela o parcelas que les sean adjudicadas en vía de reparcelación proporcionalmente a sus cuotas respectivas.

F) Impugnar los acuerdos y resoluciones de la Junta de Compensación, en la forma y con los requisitos establecidos estos Estatutos.

G) Ser informados en todo momento de la actuación de la Junta de Compensación.

H) Percibir al tiempo de la liquidación definitiva y en proporción a sus respectivas cuotas, la parte de patrimonio de la Junta de Compensación que les correspondiere.

I) Presentar proposiciones y sugerencias.

J) Satisfacer las cuotas de urbanización totalmente o parcialmente mediante cesión a la Junta de parte de su terreno o cuota, o en aquella otra valoración de tipo general que la Junta pueda acordar por unanimidad.

K) Los demás derechos que les corresponda, de acuerdo con lo dispuesto en los presentes Estatutos y en las Disposiciones legales aplicables.

Artículo 36. Obligaciones de los miembros de la Junta de Compensación

1. Los miembros de la Junta de Compensación vendrán obligados a:

A) Observar las prescripciones del planeamiento urbanístico vigente.

B) Facilitar a la Junta de Compensación, en el plazo de un mes, a partir de la fecha de su incorporación a la misma, los documentos acreditativos de su titularidad a que se refiere el artículo 32 de los Estatutos, y si los terrenos estuvieren gravados deberá acompañarse relación con los nombres y domicilios de los titulares de los derechos reales, con expresión de la naturaleza y cuantía de las cargas, gravámenes, así como, la relación nominal de arrendatarios u ocupantes, acompañando los contratos o documentación existente. En todo caso, la Junta de Compensación, interesará del Registro de la Propiedad la práctica de la anotación pertinente.

C) Cumplir fielmente los acuerdos adoptados por la Asamblea General y acatar la autoridad de sus representantes, sin perjuicio de los recursos a que hubiere lugar.

D) Determinar, en el momento de su incorporación a la Junta de Compensación un domicilio a efectos de notificaciones, reputándose bien practicada cualquier notificación que al citado domicilio se dirija.

E) Satisfacer puntualmente las cantidades necesarias para atender a los gastos ordinarios y extraordinarios de la Junta de Compensación, a cuyo fin se fijará por la Asamblea General, la cuantía correspondiente a cada miembro, en función de la cuota que le hubiere sido atribuida.

F) Abonar las cantidades que les correspondan para la ejecución de las obras de urbanización.

G) Regularizar la titularidad dominical y la situación registral de los terrenos de su propiedad aportados a la Junta de Compensación.

H) Otorgar los documentos necesarios para formalizar las cesiones de espacios libres, viales, zonas verdes, públicas, etc. resultante del planeamiento urbanístico y en el Proyecto de Compensación.

I) Designar en los supuestos de copropiedad, una persona que represente a los cotitulares en el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones previstas en estos Estatutos, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de aquéllos, verificando dicha designación en caso de no existir acuerdo entre los interesados el Presidente, a favor necesariamente de uno de los copropietarios. Pudiendo representar cada copropietario su parte proporcional de su derecho de propiedad.

J) Notificar a la Junta de Compensación cualquier variación, modificación, alteración, o limitación que pueda afectar a su propiedad, o a sus derechos y obligaciones con la Junta de Compensación.

K) Permitir la ocupación de su propiedad para la ejecución de las obras de urbanización, depósito de materiales, e instalaciones complementarias.

L) Los demás que se deriven de los Estatutos, planes y proyectos aprobados, Leyes y Reglamentos.

2. El incumplimiento de deberes, legitima a la Junta para promover la expropiación.

Capítulo VII

RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA JUNTA DE COMPENSACIÓN

Artículo 37. Ingresos de la Junta de Compensación

Serán ingresos de la Junta de Compensación:

A) Las aportaciones iniciales de sus miembros.

B) Las cantidades satisfechas, terrenos o cuotas cedidas por sus miembros con carácter ordinario o extraordinario.

C) Las subvenciones, créditos, donaciones, etc., que se obtengan.

D) El producto de las enajenaciones de bienes de la Junta de Compensación.

E) Las rentas y los productos de su patrimonio.

F) Las participaciones e ingresos que procedan de convenios con otras Entidades y Organismos para la realización de los fines urbanísticos.

2. Los medios económicos de la Junta de Compensación para hacer frente a los gastos de urbanización, incluidos sin limitación los gastos ordinarios y extraordinarios de la Junta, tales como los gastos de gestión o las indemnizaciones procedentes por derribo de construcciones o cualquier otro aprobado por la Asamblea o la Comisión, estarán constituidos por las cuotas y aportaciones de los miembros de

la Entidad, en los términos a que se refiere el artículo 58 del Reglamento de Gestión Urbanística, así como cualesquiera otros ingresos, subvenciones, créditos, productos de la enajenación de sus bienes o rentas de su patrimonio que pudieran obtenerse con arreglo a la legislación vigente.

3. Las cuotas pueden ser ordinarias o extraordinarias. Son cuotas ordinarias las destinadas a sufragar los gastos generales de administración de la Entidad, y extraordinarias las destinadas al pago de los costes de urbanización y de las expropiaciones de las que sea beneficiaria la Junta.

4. Las cuotas ordinarias y extraordinarias serán fijadas por la Asamblea General, a propuesta de la Comisión Gestora, y deberán figurar en los respectivos presupuestos anuales, sin perjuicio de que puedan acordarse otras cuotas extraordinarias por la Asamblea. También podrán ser acordadas en caso de urgencia por la Comisión Gestora y requerir su pago a los miembros de la Junta de Compensación, debiendo ser ratificadas por la primera Asamblea General que se celebre.

5. Sin perjuicio de la compensación o pago de indemnizaciones que puedan ser procedentes con carácter individual, las aportaciones acordadas se prorratearán entre los miembros en proporción al coeficiente o cuota de participación que cada uno tenga asignado, salvo las condiciones establecidas por la Asamblea al aprobar, en su caso, la incorporación de empresas urbanizadoras, de acuerdo con los compromisos adquiridos, en su caso, con las referidas empresas.

6. Los fondos de la Entidad serán custodiados en entidades de crédito, designadas por la Comisión Gestora, a nombre de la Junta.

Artículo 38. Gastos de la Junta de Compensación

Serán gastos de la Junta de Compensación los de:

A) Promoción de la actuación urbanística y cumplimiento de las obligaciones del Proyecto de actuación y de los demás instrumentos de la Unidad y que sean necesarios para el exacto y fiel cumplimiento de las obligaciones urbanísticas.

B) Ejecución de las obras de urbanización, así como de las que acuerden los Órganos de Gobierno y Administración.

C) Abono de honorarios profesionales, y administrativos.

D) Justiprecio por expropiación de bienes y derechos, en que la Junta de Compensación sea beneficiaria.

E) Indemnizaciones que deban satisfacerse por abuso de derechos que deban extinguirse con cargo al Proyecto de Urbanización.

F) Remuneraciones o dietas del Presidente, Vicepresidente y Secretario en la cuantía que acuerde la Asamblea.

G) Cuantas vengan exigidas por el cumplimiento del objeto de la Junta de Compensación.

Artículo 39. Pago de aportaciones

1. El Presidente, al señalar las cantidades que deben satisfacer los miembros integrados en la Junta de Compensación con sujeción a los presupuestos y plazos aprobados por la Junta, definirá la forma y condiciones de pago de aquéllas.

2. La cuantía de tales aportaciones será proporcional a las cuotas establecidas por la Asamblea General, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 34 de estos Estatutos, o a sus modificaciones ulteriores, y sustituible en la cesión de terrenos en la forma y condiciones fijadas en estos Estatutos.

3. Salvo acuerdo en contrario, el ingreso de las cantidades a satisfacer por los miembros de la Junta de Compensación se realizará dentro de los diez días siguientes a la fecha de la notificación del acuerdo del Pleno, acordando el pago y transcurrido dicho plazo, el miembro de la Junta que no haya ingresado podrá ser sancionado, mediante acuerdo de la Asamblea General, con un recargo del diez por ciento de la cantidad o fracción no abonada, debiendo ingresar la totalidad de la cantidad debida en un plazo de un mes a contar del requerimiento de pago que por la Asamblea General se le practique.

4. Transcurrido este último término sin haberse efectuado el pago, la Junta de Compensación a través del Secretario, procederá contra el socio moroso por vía de apremio sobre la finca afectada, formulando la petición correspondiente al Ayuntamiento, o utilizando el derecho de expropiación, a cuyo efecto se expedirá por el Secretario, con el visto bueno del Presidente, la correspondiente certificación que tendrá eficacia ejecutiva. En todo caso, desde la terminación del período voluntario de pago hasta la efectividad de éste, el juntero moroso queda en suspenso del derecho de voto, a no ser que hubiese impugnado judicialmente las cuentas o a la consignación judicial o notarial de la suma adeudada.

Artículo 40. Actuación

La actuación de la Junta de Compensación se desarrollará con arreglo a normas de economía, celeridad, y eficacia, mediante la pres-

tación personal de sus componentes, salvo que dicha prestación fuera insuficiente o demasiado onerosa para los que ostente cargos sociales, en cuyo supuesto, el Presidente acordará lo procedente, dentro de los recursos económicos autorizados por la Asamblea General.

Artículo 41. De la contabilidad

1. La Entidad llevará la documentación de su gestión económica de modo que en cada momento pueda darse razón de las operaciones efectuadas y se deduzcan de ellas las cuentas que deban de rendirse.

2. La contabilidad de la Entidad estará a cargo del Secretario.

CAPÍTULO VIII

DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA JUNTA DE COMPENSACIÓN

Artículo 42. Vigencia de los Estatutos de la Junta de Compensación

1. Los presentes Estatutos una vez aprobados e inscritos en el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras de [*indicar Comunidad Autónoma*] serán vinculantes para la Administración y los miembros de la Junta de Compensación.

2. Cualquier modificación de los Estatutos que por el Pleno se acuerde requerirá la aprobación de la Administración y su inscripción en el Registro citado para surtir plenos efectos.

Artículo 43. Ejecutoriedad

Los actos y acuerdos de los Órganos de Gobierno de la Junta de Compensación serán ejecutivos, salvo aquéllos que precisen autorización ulterior de Órganos Urbanísticos.

Artículo 44. Recursos administrativos

1. Contra los acuerdos de la Asamblea General podrá interponerse recurso ordinario ante el Ayuntamiento en el plazo de un mes y de transcurrir tres meses sin haber recibido contestación se entenderá desestimado.

El acuerdo o su denegación expresa o por silencio, podrá ser recurrido, potestativamente, en reposición, la resolución expresa o por silencio agotará la vía administrativa y dará lugar a poder seguir procedimiento contencioso-administrativo de existir causa para ello.

2. No podrán impugnar los acuerdos quienes hubiesen votado a favor del mismo por sí o por medio de representante.

3. Los acuerdos de la Asamblea General serán considerados firmes si no fueran impugnados en el plazo y con las condiciones señaladas en los párrafos precedentes.

Artículo 45. Responsabilidad de la Junta de Compensación

1. La Junta de Compensación será directamente responsable de la Urbanización completa del Sector frente a los Órganos Urbanísticos.

2. El patrimonio del miembro de la Junta, consistente en las fincas y derechos aportados, constituye un patrimonio especial y separado afectado a la gestión urbanística, y en consecuencia, los miembros de la Junta responden de las deudas asumidas por la Junta en el ejercicio de su actividad gestora y urbanizadora, en forma mancomunada y limitado al coeficiente que a cada uno corresponda y de las que ellos, en su caso, contraigan directamente con la Junta, única y exclusivamente con las fincas aportadas, con indemnidad del resto de patrimonio de cada uno de los miembros.

3. El incumplimiento por la Junta de sus obligaciones habilitará a la Administración actuante para sustituir el sistema de compensación, conforme a lo dispuesto en el artículo 156 del Reglamento de Gestión Urbanística.

Artículo 46. Interdictos

Los miembros de la Junta no podrán promover acción interdictal frente a resoluciones de la Junta de Compensación, adoptadas en virtud de la facultad fiduciaria de disposición sobre las fincas de aquéllos y de acuerdo con el procedimiento estatutariamente establecido. Tampoco procederá la acción interdictal cuando la Junta de Compensación solicite la ocupación de bienes que sean precisos para la ejecución de las obras de urbanización, de conformidad con el plan que se ejecute.

Capítulo IX

DE LA DISOLUCIÓN DE LA JUNTA DE COMPENSACIÓN

Artículo 47. Causas de la disolución

1. La Junta de Compensación se disolverá por las siguientes causas:

A) Por orden judicial o prescripción legal.

B) Cumplimiento del objeto por el cual fue creada.

C) Acuerdo de la Asamblea General, una vez cumplidos su objeto y sus fines, adoptado el acuerdo por las mayorías legalmente establecidas, y en caso de no existir norma específica por los miembros de la Junta de Compensación que representen más cuotas a favor que las de los miembros de la Junta de Compensación que voten en contra.

D) Transformación en sociedad civil o mercantil, exigiéndose voto de la totalidad de los miembros de la Junta de Compensación y aprobación del órgano urbanístico actuante.

E) Resolución firme de la Administración sustituyendo el Sistema de Compensación por otro de gestión pública en base a alguna de las causas legalmente establecidas.

2. La disolución requerirá, en todo caso, acuerdo del órgano urbanístico de control.

3. La Comisión Gestora está facultada, con las limitaciones que la Asamblea General acuerde, para realizar las operaciones subsiguientes a la disolución.

4. El procedimiento de disolución de la Junta de Compensación se iniciará mediante acuerdo del órgano competente del Ayuntamiento, a solicitud de aquélla, que se publicará en el Diario Oficial de [*indicar Comunidad Autónoma*] y en uno de los periódicos de mayor difusión de ésta.

5. Durante el plazo de treinta días hábiles, contados desde la última de las publicaciones aludidas, podrán formularse alegaciones ante el Ayuntamiento y, transcurrido dicho plazo, se dictará resolución por el órgano competente del Ayuntamiento aprobando o denegando la disolución de la Junta de Compensación, con el mismo trámite de publicidad.

6. El Ayuntamiento, en el supuesto de haber sido acordada la disolución, dará traslado de la resolución al Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras de [*indicar Comunidad Autónoma*] a fin de proceder a la cancelación de la inscripción de la Junta de Compensa-

ción en el citado Registro, salvo disposición legal o reglamentaria contraria.

Artículo 48. Liquidación

Acordada válidamente por la Asamblea General la disolución de la Junta de Compensación, se procederá a su liquidación, con observancia de las instrucciones dictadas por la Asamblea General.

Artículo 49. Destino del patrimonio común

El patrimonio común si lo hubiere, se distribuirá entre los miembros de la Junta de Compensación en proporción a sus cuotas de participación en la Junta de Compensación.

Artículo 50. De la transformación

En el supuesto del artículo 47.1.D), la Junta de Compensación podrá acordar transformarse en Entidad Urbanística de Conservación. A tal fin la Asamblea General aprobará los Estatutos de la nueva Entidad Urbanística, y su legalización y seguir posteriormente el procedimiento en vigor con la aprobación de la Administración urbanística actuante.

Disposición final

Estos Estatutos entrarán en vigor una vez aprobados definitivamente por la Administración urbanística actuante y sean publicado de modo íntegro en forma legal.

* * * * *

ANEXO II: MODELO DE BASES DE ACTUACIÓN LA DE JUNTA DE COMPENSACIÓN

BASES DE ACTUACIÓN DE LA JUNTA DE COMPENSACIÓN

BASE 1.ª Generalidades

1.1. Las presentes Bases se refieren a la Junta de Compensación del Sector [*incluir nombre*].

1.2. La finalidad de estas Bases es reglamentar la incorporación a la Junta de Compensación de los propietarios de los terrenos comprendidos en el ámbito de actuación, la valoración de sus aportaciones, la ejecución de la urbanización, la cesión de terrenos dotacionales al Ayuntamiento y el reparto de beneficios y cargas derivados del planeamiento que se ejecuta con adjudicación a los miembros de la Junta de Compensación y al Ayuntamiento, en la proporción correspondiente, de las fincas resultantes concretadas en el Proyecto de Compensación.

1.3. En desarrollo de estas Bases, se redactará y someterá a la aprobación del Ayuntamiento el Proyecto de Compensación que servirá de medio de distribución de beneficios y cargas y de título para la adjudicación de terrenos.

1.4. Constituida la Junta de Compensación e inscrita en el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras de [*indicar Comunidad Autónoma*], los terrenos comprendidos en el área de su actuación quedarán directamente afectados al cumplimiento de las obligaciones inherentes, actuando como fiduciaria la propia Junta de Compensación, con inscripción en el Registro de la Propiedad mediante nota marginal, produciendo los efectos señalados en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

1.5. La gestión urbanística y la ejecución de la urbanización de la unidad de actuación por el Sistema de Compensación, se ajustará a las determinaciones de la legislación urbanística autonómica, disposiciones vigentes en materia de urbanismo, a estas bases y la demás legislación de aplicación.

1.6. La aprobación de las presentes Bases de Actuación por el Ayuntamiento supone su obligado cumplimiento por parte de los propietarios integrantes de la Junta de Compensación y, en su caso, de empresas urbanizadoras que se incorporen a la Junta de Compensación.

1.7. Toda modificación de las presentes Bases de Actuación exigirá que sea aprobada conforme a lo dispuesto en los Estatutos de la Junta de Compensación.

BASE 2.ª Criterios de valoración fincas aportadas y cuota de participación

2.1. La participación de los propietarios se determina en función únicamente de la superficie aportada con independencia de su emplazamiento. No obstante, los propietarios por unanimidad, podrán adoptar un criterio distinto.

2.2. El derecho de los propietarios es proporcional, pues, a la superficie de las respectivas fincas aportadas. Las cuotas de participación de los propietarios integrados en la Junta de Compensación en los derechos y cargas se basa en la proporción de la superficie de las parcelas aportadas por cada uno de ellos en relación con la superficie privada total del Sector.

2.3. Las cuotas de participación que se utilizan para la presentación de estas Bases y Estatutos tiene exclusivamente carácter instrumental y, por tanto, provisional. Las cuotas de participación definitivas se fijarán en el Proyecto de Compensación.

2.4. Las cuotas de participación se modificarán como consecuencia de la incorporación de empresas urbanizadoras o de las adjudicaciones que se efectúen en el Proyecto de Compensación o de la transmisión de las fincas aportadas o parcelas resultantes.

BASE 3.ª Criterios de valoración de derechos reales, servidumbres prediales y derechos personales

3.1. Los derechos reales, servidumbres prediales, arrendamientos y derechos personales que graviten sobre las fincas aportadas se considerarán, en principio, compatibles con el planeamiento y en consecuencia se subrogarán sobre las fincas resultantes adjudicadas al mismo titular que aportó la finca gravada. En estos casos, los titulares de derechos reales compartirán con el propietario el valor de la cuota atribuida a éste. Por su parte, los titulares de derechos personales mantendrán la misma situación jurídica.

3.2. Para la determinación de la compatibilidad o no de la carga, y el procedimiento a seguir, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el Real Decreto 1093/1997 y demás legislación de aplicación.

3.3. Los derechos reales, servidumbres prediales, arrendamientos y derechos personales que graviten sobre las fincas aportadas que resulte incompatibles con el planeamiento que se ejecuta, se extinguirán en virtud de acuerdo de aprobación definitiva del Proyecto de Compensación, siendo valorados a tenor de lo previsto en el artículo 32 de la Ley 6/1998 de 13 de abril, la legislación expropiatoria y la demás normativa de aplicación.

3.4. Las indemnizaciones por la extinción de los derechos de arrendamiento u otros derechos personales incompatibles con el planeamiento o su ejecución, tendrá el carácter de costes de urbanización.

3.5. Cuando se trate de derechos reales incompatibles con el planeamiento se satisfará su valor a los titulares de los mismos con cargo al propietario de suelo gravado, dada su naturaleza de derecho limitativo de dominio; ello sin perjuicio de que se individualice la cuantía del derecho en la cuenta de liquidación provisional del Proyecto de Compensación. Si los derechos fueran de naturaleza personal, se satisfará su valor a los interesados con cargo a los gastos de urbanización.

BASE 4.ª Criterios de valoración de plantaciones, construcciones, edificaciones u obras

4.1. Las plantaciones, obras, edificaciones, e instalaciones que no puedan conservarse se valorarán con independencia del suelo y su importe se satisfará al propietario o titular interesado, con cargo al Proyecto de Compensación, en concepto de gastos de urbanización. El criterio de valoración será el establecido por la Ley 6/1998 de 13 de abril, artículos 31 y 32 y por la legislación que resulte de aplicación.

4.2. En cuanto a las construcciones existentes, incompatibles con el planeamiento, cabe su demolición anticipada a partir de la fecha de aprobación definitiva del presente Proyecto de Estatutos y Bases de Actuación. En este supuesto el valor a tomar en consideración en favor del propietario de las mismas en el Proyecto de Compensación será el determinado mediante la aplicación al valor catastral de las edificaciones vigentes a la fecha en que se efectúe la demolición de las construcciones; los gastos derivados de la demolición, debidamente acreditados computarán en la cuenta de liquidación en favor del propietario.

4.3. Se entenderán que no pueden conservarse los elementos mencionados en los apartados anteriores cuando sea necesaria su destrucción para realizar las obras de urbanización o estén situados en

superficies que no se deban adjudicar íntegramente a su propietario, o su conservación sea radicalmente incompatible con el planeamiento por no poder quedar en situación de fuera de ordenación.

4.4. Los propietarios que resulten acreedores de cantidades en concepto de indemnización por demolición de edificaciones, obras, plantaciones e instalaciones podrán percibir dichas cantidades en dinero o su equivalente en terrenos, previo acuerdo de la Junta de Compensación. El pago de dichas indemnizaciones tendrá lugar con carácter previo a la expedición de la certificación correspondiente a la aprobación del Proyecto de Compensación. No obstante, el propietario acreedor podrá acordar con la Junta de Compensación que el importe de la indemnización a percibir por los conceptos indicados se compense con las cuotas ordinarias o extraordinarias a satisfacer para la Administración y gastos de urbanización hasta el montante de la indemnización.

4.5. El abono del importe de las indemnizaciones, previo acuerdo de la Junta de Compensación y conformidad del propietario, podrá realizarse mediante la construcción de edificaciones o instalaciones similares a las que hubiera que eliminar.

BASE 5.ª Criterios de valoración de aportaciones de empresas urbanizadoras

5.1. En caso de que empresas urbanizadoras se incorporen a la Junta, su aportación puede consistir en la elaboración de los proyectos, la realización de todo o parte de las obras, o en la dirección técnica.

5.2. Las condiciones de incorporación de las empresas urbanizadoras se establecerán de mutuo acuerdo entre éstas y la Junta de Compensación, con aprobación de la Asamblea General de la Junta por unanimidad, en reunión convocada al efecto. En dicha reunión se determinará las aportaciones y compromisos económicos que asume la empresa urbanizadora, los costes de urbanización a su cargo, el coeficiente porcentual de participación en la Junta en función del valor de los terrenos y la previsión de costes de la urbanización del Sector, y las adjudicaciones de suelo resultante que deban atribuirse en compensación.

5.3. Los derechos políticos anexos al coeficiente de participación de la empresa o empresas urbanizadoras, se efectuará en la medida y en proporción al importe de las certificaciones de obras aceptadas salvo supuesto de aval bancario por la totalidad de los costes asumidos por la empresa urbanizadora que concedería inmediatamente la plenitud de los derechos económicos y políticos.

5.4. La cuota de participación que haya de asignarse a las empresas urbanizadoras disminuirá proporcionalmente la de los restantes miembros de la Junta.

BASE 6.ª Contratación de obras de urbanización

6.1. La contratación de las obras total o parcialmente se realizará por la Junta de Compensación por adjudicación directa o mediante concurso, o concurso-subasta de conformidad con las bases que haya acordado la Asamblea General, haciéndose constar la sumisión a la jurisdicción contenciosa-administrativa.

6.2. En cualquiera de los casos, en el contrato de ejecución se hará constar, necesariamente, todas y cada una de las siguientes determinaciones, además de las cláusulas que constituyan su contenido típico:

A) El compromiso de la empresa adjudicataria de realizar las obras de total conformidad con el Proyecto de Urbanización aprobado.

B) La obligación de la empresa de facilitar la acción inspectora del Ayuntamiento.

C) Aquellos supuestos de incumplimiento que puedan dar lugar a la resolución del contrato, así como las indemnizaciones que correspondan por inobservancia de las características técnicas de las obras o plazos de ejecución, o por comisión de alguna infracción urbanística tipificada en la normativa legal aplicable.

D) La retención que de cada pago parcial a cuenta haya de efectuar la Junta, en garantía de la correcta ejecución de obras. Estas retenciones no serán devueltas hasta que no se haya recibido definitivamente la obra por la Administración actuante, salvo que se acuerde su sustitución mediante aval o seguro de caución.

E) El modo o plazos para el abono por la Junta de cantidades a cuenta en función de la obra realizada.

BASE 7.ª Criterios de valoración fincas resultantes

7.1. Las fincas resultantes se valorarán de conformidad a su potencial máximo de techo edificable, ponderándose los usos y tipología y elementos correctores que en su caso sean de aplicación.

7.2. La valoración de las parcelas resultantes adjudicadas a empresas urbanizadoras se determinará con arreglo al acuerdo de incorporación aprobado por la Asamblea General.

7.3. La valoración podrá hacerse en puntos o unidades convencionales, pero éstos habrán de tasarse en dinero en el supuesto de que

hubiera que determinar el importe de las indemnizaciones por diferencia de adjudicación.

BASE 8.ª Reglas de adjudicación de las fincas resultantes

En aplicación de lo dispuesto en la legislación autonómica, artículos ..., las reglas para la adjudicación de fincas a los miembros de la Junta de Compensación en proporción a los bienes y derechos aportados serán las siguientes:

A) Se procurará, siempre que sea posible, que las fincas adjudicadas estén situadas en lugar próximo al de las antiguas propiedades de los mismos titulares.

B) Cuando la escasa cuantía de los derechos de algunos propietarios no permita que se les adjudiquen fincas independientes a todos ellos, los solares resultantes se adjudicarán en proindiviso a tales propietarios. No obstante, si la cuantía de esos derechos no alcanzase el 15 por ciento de la parcela mínima edificable, la adjudicación podrá sustituirse por una indemnización en metálico.

C) En todo caso las diferencias de adjudicación si existieren serán objeto de compensación económica entre los interesados, valorándose al precio medio de los solares resultantes, sin incluir los costes de urbanización, o se adjudicarán entre varios propietarios en proindiviso.

D) En ningún caso podrán adjudicarse como fincas independientes superficies inferiores a la parcela mínima edificable o que no reúnan la configuración y características adecuadas para su edificación conforme al planeamiento.

E) Cuando se aporten las fincas en régimen de propiedad indivisa, la adjudicación se realizará de forma individualizada a cada uno de los copropietarios en proporción a su cuota de propiedad. A no ser que se solicite expresamente por la totalidad de copropietarios la adjudicación en proindiviso.

F) La adjudicación a empresas urbanizadoras se ajustará a las condiciones aprobadas por la Asamblea en el acuerdo de incorporación.

BASE 9.ª Supuestos de incumplimiento por los miembros de la Junta

9.1. Las cantidades adeudadas a la Junta de Compensación por sus miembros serán exigibles por vía de apremio, mediante petición de la Junta a la Administración actuante.

9.2. El incumplimiento por los miembros de la Junta de las obligaciones y cargas impuestas por la actuación habilitará a la Administración actuante para expropiar sus respectivos derechos en favor de la Junta de Compensación, que tendrá la condición jurídica de beneficiaria.

9.3. La responsabilidad de los miembros de la Junta de Compensación se circunscribe exclusivamente a las fincas aportadas por cada uno de ellos, con indemnidad del resto de su patrimonio.

9.4. Asimismo, aquellos propietarios de terrenos incluidos en el ámbito de actuación o afectos al mismo, que en el plazo de un mes —desde la notificación del acuerdo de aprobación definitiva de los Estatutos y Bases, conteniendo la advertencia de expropiación— no se adhiriesen a la Junta de Compensación podrán ser expropiados sus terrenos en favor de la Junta.

BASE 10.ª Costes de ejecución de la urbanización

10.1. Los propietarios estarán obligados a soportar el coste de la ejecución de la urbanización. Se considerarán incluidos en el coste de la urbanización:

A) El valor de los terrenos destinados a viales, espacios públicos y equipamientos, de cesión gratuita.

B) El coste de las obras de urbanización, y de demolición de las construcciones existentes.

C) El coste de proyectos y dirección técnica.

D) Las indemnizaciones por destrucción o inutilización de bienes o instalaciones.

E) Los intereses de capitales a invertir.

F) Cualquier otro que la Junta determine.

10.2. Las obras de urbanización realizadas que puedan conservarse y sean conformes al planeamiento vigente y al Proyecto de Urbanización se valorarán a tenor del coste que representa su no ejecución por la empresa urbanizadora, disminuido por la amortización o demérito sufrido por el uso y antigüedad, valorado por los técnicos que elaboren el Proyecto de Urbanización, tomando como base los costes unitarios reales del referido proyecto a ejecutar.

BASE 11.ª Forma y plazos para efectuar aportaciones a la Junta

11.1. Las aportaciones económicas a la Junta de Compensación para sufragar los gastos pueden realizarse:

A) En metálico.
B) Cesión de terrenos.
C) En industria, caso de adherirse empresa urbanizadora.

11.2. Los propietarios efectuarán una aportación inicial en el momento de constituirse la Junta, no superior al 25% previsto para la ejecución de la total urbanización. El resto de aportaciones se hará efectivo en el momento que lo determine la Asamblea General, de acuerdo a las necesidades de financiación.

BASE 12.ª Reglas para la distribución de beneficios y pérdidas

Los beneficios o pérdidas serán proporcionales a las cuotas que ostenten los miembros en el momento de disolución de la Junta. Anualmente la Junta presentará balance y presupuesto. Podrá efectuar derramas o reintegros a cuenta, de existir déficit o superávit.

BASE 13.ª Supuestos de compensación en metálico en las diferencias de adjudicación

En el supuesto de que se produzcan diferencias de adjudicación éstas serán contempladas y valoradas en el Proyecto de Compensación, y se liquidarán a los titulares en la aprobación definitiva del Proyecto de Compensación.

BASE 14.ª Momento potencial de edificación

A partir de la ejecutoriedad del Proyecto de Compensación, y simultáneamente a la urbanización, los propietarios que garanticen suficientemente su parte proporcional de conformidad a su coeficiente de participación, de la totalidad del coste de urbanización prevista, podrán acogerse a la facultad de iniciar las obras de construcción previa obtención de la correspondiente licencia municipal.

BASE 15.ª Forma de exacción de las cuotas

La Junta de Compensación confeccionará presupuesto en función de los costes previstos ejecutar en el próximo semestre y exigirá a sus miembros por trimestres adelantados en proporción a su coeficiente

de participación los gastos consignados en éste. Los miembros dispondrán de un plazo de quince días desde la recepción de la derrama, para efectuar el ingreso.

BASE 16.ª Posibilidad de compensación en terreno

16.1. Los miembros de la Junta, propietarios de terrenos en los casos previstos en los Estatutos, podrán sustituir totalmente, el pago de los gastos de urbanización y demás costes en la parte proporcional que le corresponda, mediante la cesión a la Junta de Compensación de terrenos, de su propiedad hasta cubrir la suma sustituida.

16.2. Tal cesión en pago debe ser total y de una sola vez, a fin de poder aplicar un criterio unitario y evitar dificultosas valoraciones parciales. Por ello, en el supuesto de que el miembro hubiera satisfecho alguna cuota en metálico, la Junta se lo abonará en cuenta, y junto a los intereses obtenidos calculados desde el momento de la cesión del terreno, les será reintegrada al terminar la urbanización; detrayendo la parte proporcional del mayor coste y/o revisión de precios de la obra.

16.3. La decisión de pagar mediante cesión de terrenos los costes de la urbanización debe formalizarse por el miembro afectado dentro del plazo de un mes a contar desde el vencimiento del último recibo por cuotas urbanísticas insatisfecho. En tal caso, la Junta de Compensación sustituirá al propietario en el pago total, o parcialmente insatisfecho y adquirirá el terreno cedido.

16.4. La venta de terrenos urbanizados por la Junta conferirá un derecho de tanteo que se rige a tenor de las determinaciones del Código civil. Tal derecho no existe en las ventas que se produzcan antes de la aprobación definitiva del Proyecto de Compensación.

16.5. El pago mediante cesión de terrenos de alguno de lo propietarios será posible, siempre y cuando sea aprobado por mayoría de los miembros de la Junta de compensación.

BASE 17.ª Expropiación de terrenos

Los terrenos que se obtengan en favor de la Junta por expropiación a los propietarios no adheridos o de los que incumplan sus obligaciones de acuerdo con lo establecido en el Reglamento de Gestión, quedarán a libre disposición de la Junta que podrá enajenarlos al precio que la misma acuerde, o adjudicarlos en la compensación.

BASE 18.ª Conservación

18.1. La Junta de Compensación se responsabilizará de la ejecución de las obras de urbanización de conformidad al Proyecto de Urbanización definitivamente aprobado.

18.2. La Junta de Compensación se hará cargo de la conservación de los servicios urbanísticos sólo hasta el momento en que se perfeccione su cesión al Ayuntamiento. Tal cesión puede efectuarse de forma parcial, o por fases de obra realizada.

18.3. Los gastos de conservación que estén a cargo de la Junta de Compensación, se distribuirán en proporción al derecho de cada uno de los propietarios.

EL CONTRATO DE PRÉSTAMO EN MADRID A FINES DE LA EDAD MEDIA

POR

JUAN MANUEL URUBURU COLSA

PROFESOR DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD INDEPENDIENTE DE LISBOA

1. INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna, la institución del Préstamo, bajo muy diferentes configuraciones, pero con un mismo objeto, ha supuesto una de las prácticas mas profundamente arraigadas en el desarrollo de la vida de cualquier sociedad.

Dado que la esencia de dicho contrato supone una transmisión patrimonial temporal de un objeto, podemos fácilmente deducir que el mayor o menor uso de dicho contrato en una sociedad está íntimamente ligado al nivel de tráfico y desarrollo jurídico de ésta.

Por esta razón su estudio se nos presenta como una tarea fundamental para el conocimiento de la realidad social y jurídica de la sociedad madrileña en un periodo aún insuficientemente estudiado como es el del Madrid precapitalino.

Tal y como indicamos en el título, el contexto geográfico en el que se desenvuelve este estudio es el de la Villa de Madrid y su alfoz, o *«territorio»*, como se denomina en las fuentes.

Mientras, el contexto histórico viene marcado por la datación de los documentos utilizados en el mismo, siendo la mayoría de ellos correspondientes a lo que venimos denominando como «fines de la Edad Media», es decir, a la primera mitad del siglo XV.

Sin duda, nos encontramos en una época en la que la gran urbe que hoy día contemplamos presentaba unos contornos cuasi rurales, y en la que según los cálculos de los historiadores, la población no debería sobrepasar las doce o trece mil personas.

Igualmente nos encontramos ante una sociedad madrileña dedicada fundamentalmente a las tareas agrícolas y ganaderas, pero que coexiste junto con una incipiente clase comercial que comienza a sacar provecho de la privilegiada situación geográfica de la ciudad, por ser punto de comunicación entre diferentes caminos peninsulares, y por su proximidad con la gran urbe toledana y que contribuye

notablemente con el creciente tráfico jurídico y económico que nos muestran las fuentes de la época.

Las fuentes documentales:

La documentación que nos ha servido como base de trabajo proviene principalmente del Archivo Municipal de la Villa de Madrid., destacando entre todas las fuentes, una verdadera joya histórico-jurídica allí depositada, como son los registros notariales de los Escribanos del Concejo de Madrid correspondientes al período comprendido entre los años 1441 y 1456 [1].

La importancia de esta fuente documental en un estudio de estas características es básica por varias razones.

En primer lugar por su volumen, ya que entre los registros notariales correspondientes al período 1441-1445, transcritos y publicados en 1995 por R. PÉREZ-BUSTAMANTE [2], y los correspondientes al período 1446-1448, que hemos transcrito para nuestro estudio, encontramos más de 120 asientos referidos a contratos de préstamo.

En segundo lugar por la calidad de la información obtenida, pese a su estructura esquemática, ya que dado su carácter de registro, se incluyen de forma cronológica abundantes contratos de préstamo que por su escasa cuantía o trascendencia patrimonial, nunca se formalizaron en una carta notarial, y por ello no podrían ser conocidos hoy día.

De este modo hemos obtenido una extensa base documental que hemos procedido a comparar y relacionar en primer lugar con los Formularios Notariales castellanos de la época conocidos; a saber, el publicado por CUESTA GUTIÉRREZ en 1947 [3], procedente de una colección privada, el llamado «Formularium Instrumentorum», procedente del archivo de la Catedral de Toledo y publicado por G. SÁNCHEZ en 1925 [4], y por último, el contenido en el Título XVIII, de la Tercera Partida.

Estos formularios nos han reportado una serie de datos sobre la aplicación del derecho en este período, de considerable valor, ya que, al contrario que los registros notariales, la redacción de las fórmulas se caracteriza por la exhaustividad en la regulación de los contratos

[1] REGISTRO DEL ESCRIBANO PÚBLICO DE MADRID. Archivo de la Villa de Madrid. Lib. Man. 138.

[2] PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio: *Los registros notariales de Madrid. 1441-1445*. Madrid, 1995.

[3] CUESTA GUTIÉRREZ, Luisa: *Formulario notarial castellano del siglo XV*. Madrid, 1947.

[4] SÁNCHEZ, Galo: *Colección de fórmulas jurídicas castellanas de la Edad Media*. AHDE, II, III, IV y XII.

plasmados, y que sólo puede ser entendida en su función de prototipo de otros contratos.

2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE ESTOS CONTRATOS

Ante todo, debemos tener en cuenta que en el período bajomedieval, el préstamo no conforma un negocio jurídico unitario como resulta en el Derecho civil de nuestros días, ya que englobaba al menos, otros dos negocios bien diferenciados por la legislación, desde el Derecho Romano; éstos son el Mutuo y el Comodato.

En realidad el único punto en común que presentan dichos contratos, es el de comportar una transmisión temporal de la posesión de la cosa, ya sea fungible en el caso del mutuo, o no fungible en el caso del comodato. Ahora bien, las condiciones adyacentes a dicha transmisión hacen del mutuo y del comodato dos figuras muy diferentes.

El proceso de unificación de ambas figuras lo vemos ya patente, aunque no de modo pleno, en los Códigos jurídicos territoriales de la Castilla bajomedieval.

De este modo podemos observar cómo el Código de las Siete Partidas regula ambos contratos en los Títulos I y II de la Quinta partida, utilizando para ellos la común denominación de «*Empréstido*», o simplemente «*Préstamo*».

Ahora bien, pese a considerarse en Las Partidas, al Mutuo y al Comodato, como dos variedades de un mismo contrato, cuidan éstas de separar minuciosamente aquellos puntos en los que ambos difieren, y tras enunciar en la Ley 1 del Título I de la Quinta Partida en qué consisten ambas modalidades de préstamo [6], el Código dedica todo el Título I a regular el mutuo, mientras que reserva el Título II para la regulación del Comodato.

También en el mismo sentido, aunque de manera mas reducida se expresa el Fuero Real, a la hora de regular el préstamo [7].

[6] Part. V, Tit. I, Ley 1: «Que cosa es emprestido, e que pro nasce del, e quantas maneras son de emprestido, e de que cosas se puede fazer: e son dos maneras de empreslamo. La una es mas natural que la otra, e esta es, como quando emprestan unos a otros, alguna de las cosas que son acostrumbradas a contra, pesar o medir. E tal prestamo como este es llamado en latin mutuum que tanto quere decir en romance como cosa emprestada, que se faze a ruego de aquel a quien emprestan: ca passa el señorio de qualquer destas cosas, al que es dada a prestamos. E la otra manera de prestamo, es de qualquier de las otras cosas que non son de tal manera como estas; así como caballo, o otra bestia, o libro, e otras cosas semejantes. E a tal prestamo como este dicen en latin commodatum; que quier tanto decir, como cosa que presta un ome a otro, para usar, e aprovecharse della, mas non para ganar el señorio de la cosa prestada.»

[7] FUERO REAL, Lib. III, Tit. XVI: De las cosas emprestadas.

Así, hemos de destacar que en dicho Código ya no se hace ninguna referencia a los términos Mutuo y Comodato, aunque tres de las siete leyes que componen el Título XVI, que el Fuero dedica al Préstamo, estén exclusivamente destinadas al préstamo de uso, es decir, el Comodato.

Por esto, entendemos que es en el Fuero Real donde mejor se aprecia la plena asimilación de dos negocios jurídicos antaño independientes, como eran el Mutuo y el Comodato romanos, en dos meras manifestaciones del contrato de préstamo.

En lo que respecta a la práctica del préstamo en el Madrid de fines de la Edad Media, las fuentes nos muestran abundantes ejemplos de estos contratos, tanto de objetos de uso como de objetos de consumo, ahora bien; es en la calificación jurídica de estos contratos donde nos encontramos con un peculiar proceso jurídico.

A la hora de examinar la naturaleza jurídica del préstamo, tanto en su variedad de mutuo como de comodato, la regulación de Las Partidas nos indica que se trata de un «*pleyto de gracia*» [8], por lo que resulta requisito esencial su carácter gratuito.

Este hecho podría a priori contraponerse a la relación antes citada entre el uso del contrato de préstamo, y el grado de desarrollo de una incipiente economía dineraria, como era la madrileña. Por esto, resulta de sumo interés detenerse en el estudio del verdadero carácter; oneroso o gratuito, de los préstamos que las fuentes nos presentan.

En principio, podemos apreciar como los préstamos documentados en los registros notariales de Madrid de mediados del siglo XV, carecen de pacto alguno por el que una parte de comprometa a abonar a la otra lo que conocemos como intereses del capital [9].

El caso de los préstamos de uso o comodato, no nos presenta dudas sobre su verdadera gratuitidad, por existir ya una institución jurídica que comporta igualmente la transmisión temporal del uso de un objeto pero que a la vez permite al transmitente el cobro de un precio por dicha cesión, nos referimos al arrendamiento.

[8] Part. V, Prólogo:

«...E porque estos pleytos, e posturas, a que llaman en latin contractus, son los unos de gracia e de amor, que se fazen los unos a los otros: e los otros son por razon de su pro de amas partes; por ende Nos queremos aqui fablar de los pleytos de gracia por que son los fechos dellos los mas nobles, e mas honrrados a los que los fazen; assi como de emprestar e dar, sin recebir ende luego camio, o gualardon por ellos...».

[9] PEREZ-BUSTAMANTE, Rogelio. (1995). Ass. 1446:

«Deve Gonçalo Fernández, fijo de miguel Diego, vecino de Vicalvaro a juan Alonso, escribano público, vecino de madrit, diez fanegas de pan, por meytad de trigo e çevada por renta de un buey vivo en pies su color rubio que tuvo del a renta el año pasado que arrendo del desde oy fasta el dia de Sant Joan de junio con que are de que se otorgo por pagado...».

Quizá aquí se encuentren los motivos de un hecho que hemos advertido en los registros notariales, como es el que no hayamos encontrado ningún contrato que respondiendo a las características antes señaladas, reciba la calificación de préstamo, frente a los abundantes contratos de arrendamiento de bienes de uso, como bueyes o ganado, que nos ofrecen los Registros de los escribanos públicos de Madrid de fines de la Edad Media.

Esta situación bien podría deberse a un proceso por el cual, tras la prohibición absoluta establecida en Las Partidas y en el Ordenamiento de Alcalá, de cobrar intereses en los contratos de préstamo, el contrato de comodato sería progresivamente sustituido por el de arrendamiento.

A diferencia de lo que ocurre con el mutuo, en este caso, la sustitución del comodato por el arrendamiento no debe considerarse como un fraude de ley, ya que es el propio Código de las Siete Partidas el que dispone que los contratos que respondan a las características del comodato pero que incluyan un precio, sean calificados como de arrendamiento [10].

Otro de los aspectos a analizar para el conocimiento de la naturaleza jurídica del préstamo aplicado en Madrid a fines de la Edad Media, es saber si nos encontramos ante un tipo de contrato real o consensual, esto es, si dichos contratos se perfeccionaban con el mero acuerdo de las partes, como sucedía con la compraventa, o bien precisaban la entrega de la cosa objeto del mismo.

Tal y como nos dice COVIÁN [11], desde el Derecho Romano, a partir de la Ley *qui re contrahuntur* de la *Instituta* Justinianea, el Mutuo y el Comodato, junto con el depósito y la prenda, pasaron a constituir una categoría de contratos que posteriormente se designaron como reales, en los cuales la simple tradición de la cosa comportaba su perfección.

Por su parte, podemos observar como la legislación territorial castellana bajomedieval ha continuado manteniendo esta línea jurídica.

De este modo el Código de las Siete Partidas, declaró de modo general ineficaces las simples promesas de celebrar contratos que no vinieran corroboradas con una estipulación [12].

Ahora bien, en el caso del préstamo, entendemos que el espíritu de la legislación de Las Partidas va más allá de la simple exigencia de una

[10] Part. V, Tit. II, Ley 1:

«Commodatum es una manera de prestamo que fazen los omes unos a otros, assi como de cavallos o de otra cosa semejante, de que se deve aprovechar aquel que la rescibio, fasta tiempo cierto. E esto se entiende, quando lo faze por gracia, o por amor, non tomando aquel que lo da, por ende, precio de loguero, nin de otra cosa ninguna...».

[11] COVIÁN, Victor: *Enciclopedia Jurídica Española*. Madrid, 1935, pp. 502.

[12] Part. V, Tit. VI, Ley 3, y Part. V, Tit XI, Ley 1.

estipulación de la promesa de contrato, precisando la entrega de la cosa para su plena eficacia. Así lo interpretamos, partiendo de la inclusión en la Ley 2 del Título I de la Quinta Partida, cuando al tratar de los elementos personales de dicho contrato dice:

> *«Otrosí dezimos, que luego que es passada la cosa a poder de aquel a quien es prestada, puede fazer della lo que quisiere, bien así como de lo suyo».*

De esta redacción de la citada Ley de Partidas, entendemos que es sólo a partir de la efectiva tradición de la cosa objeto del préstamo cuando el prestatario adquiere el dominio de la misma, y comienza, tal y como nos dice la Ley, la plena disponibilidad de la misma.

En este sentido, le resultaría imposible al prestatario realizar actos de disposición sobre la cosa ya contratada pero aún no poseída, como podría ser un negocio jurídico de cualquier tipo sobre la cosa.

Por todo esto, entendemos que si la mera celebración del contrato de préstamo sin la entrega de la cosa, no genera los derechos que le son inherentes, tal y como nos indica el texto, no es posible que genere las correspondientes obligaciones, lo que nos lleva a la conclusión de que en ningún caso nos podemos encontrar ante un negocio jurídico consensual, sino real, en el que resulta precisa la entrega de la cosa para comenzar a generar obligaciones para ambas partes [13].

En este mismo sentido se expresa el Fuero Real, en donde resulta incluso mas clara, la generación de obligaciones solamente a partir de la tradición de la cosa objeto del préstamo [14].

Las fuentes correspondientes al Madrid de fines de la Edad Media, nos muestran un tipo de contrato de préstamo básicamente coincidente con el derecho del Fuero Real y de Partidas en lo que a la perfección real se refiere.

De este modo, entre los numerosos registros de los escribanos públicos de Madrid que se refieren a contratos de préstamo, podemos observar como siempre incluyen la fórmula *«de que se otorgó por pagado»*, lo que en el caso del prestatario supone un reconocimiento ante

[13] DÍEZ-PICAZO, Luis: *Sistema de Derecho civil. Madrid*, 1976, pp. 484:

«La justificación racional de esta exigencia se quiere encontrar en la obligación que asume el prestatario con carácter general: la restitución. Si no ha existido entrega se argumenta, es indudable que no existe obligación alguna a cargo del prestatario. La obligación de restituir no puede nacer del mero consentimiento de las partes antes que de la cosa se haya recibido.»

[14] FUERO REAL, III, Tit. XVI, ley 7:

«...E quien en esta guisa algun emprestido de otri tomare, no es tenudo de dar aquella cosa misma que tomare: ca luego que la tomare, luego es suya, e puede fazer della lo que quisiere».

el fedatario público de haber recibido efectivamente la posesión de la cosa.

La repetida tradición de la cosa objeto del préstamo en un momento anterior o simultáneo a la realización del contrato, no hace más que confirmar nuestro juicio de que el contrato de préstamo en el Madrid de fines de la Edad Media conllevaba la perfección real del mismo, de acuerdo a su configuración en el derecho territorial castellano de fines de la Edad Media.

Igualmente, destacamos que tanto los derechos como las obligaciones nacidas de este contrato, son transmisibles, tanto por negocios *inter. vivos* como *mortis causa*.

De este modo las fuentes nos muestran un ejemplo claro de compraventa de un derecho de crédito derivado de un préstamo, en un asiento del registro del escribano público de Madrid del año 1443 [15].

Del mismo modo, otro asiento del registro del escribano público de Madrid del año 1444, nos muestra un claro ejemplo de transmisión *mortis causa* de una obligación de crédito por un contrato de préstamo, al demandar el prestamista a los herederos del prestatario, por la obligación contraída por su causante [16].

Podemos destacar igualmente, como dentro de los contratos estudiados, encontramos tanto préstamos puros, en los que las obligaciones generadas provienen únicamente de dicho contrato, como préstamos que llevan inserta una cláusula de garantía accesoria, en los que

[15] PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio (1995). Ass. 626:

«Este dia Diego Delgadillo, raçionero en la eglesia de Toledo e clerigo beneficiado en la iglesia de Villaverde, dio su poder conplido a Juan Diaz, escribano, e Alonso Romano para cobrar para si mesmos de Alonso Gonçalez Baraxa e Alonso Gonçalez fijo de Juana Gonçalez, vecino de Madrit, arrendadores del pan pontifical de la eglesia de Villaverde del ano que paso del Señor de mil e quatroçientos e quarenta años...de trigo e seis fanegas e ocho çelemines de çevada que le deven de su beneficio prestamenro de la eglesia de Villaverde...E lo cobre para si mesmo por quanto lo compraron del a çerto preçio segund paso por ante my el escribano, e para dar cartas de pago e entrar en juicio fizoles procuradores en su cosa mesma propia, obligose de lo aver por firme so obligación de sus bienes. Testigos los dichos».

[16] PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio (1995). Ass 1114:

«Ante el Corregidor pareçio Luis Gonçalez de Castro, vecino de Madrit, en nombre de Alonso Alvérz de Toledo, cuyo poder mostro, e demando a Ferrant Alonso, notario, vecino de Madrit, en nombre o como procurador e actor de (...), fijos de Estevan Gonçalez, e idixo que en un dia del mes de Julio del año que paso de mil quatroçientos e treynta e nueve años que el dicho Estevan Gonçalez que se obligo por un conocimiento firmado de su nombre de dar e pagar al dicho Alonso Alvarez quinientos maravedis del prestamo que le presto a plazo çierto que és pasado, el qual dicho conocimiento para sustanciar su demanda presento y al qual se refirio.

E dixo que el dicho Estevan Gonçalez que puede aver fasta ocho mese mas o menos tiempo que fallesçio desta presente vida e que los dichos (...) sus fijos, que quedaron por sus fijos legitimos, herederos en todos sus bienes asi muebles como raices e açebtaron sus bienes e herencia, por el que dixo que los dichos (...) sus fijos, son debidos e obligados a dar e pagar al dicho Alonso Alvarez, e a el en su nombre, los dicho quinientos maravedis...».

las obligaciones generadas provienen tanto del contrato de préstamo como del de garantía.

A su vez, dentro de las cláusulas de garantía insertas en algunos de los préstamos estudiados, podemos encontrar casos, tanto de garantías reales como personales.

Dentro de las garantías reales, el ejemplo que las fuentes nos ofrecen es el de constituir un contrato de prenda sobre un inmueble, cuya ejecución queda condicionada al cumplimiento de las obligaciones generadas por el contrato de préstamo que garantiza [17].

A su vez, dentro de las garantías personales, el ejemplo típico que las fuentes nos muestran, es el de la fianza sobre la persona del deudor principal, sobre la que más adelante incidiremos.

3. LOS COMPARECIENTES

Dada la abundancia de asientos de contratos de préstamo que nos ofrecen los registros de los escribanos públicos de Madrid, podemos, a través de su observación y contrastación, establecer una clasificación entre las personas que intervenían en la formalización de dichos contratos.

Así, por un lado nos encontramos con las figuras del prestamista y del prestatario, como principales obligados en dicho contrato.

Por otro lado, en algunos casos, nos encontramos con la figura del fiador, compareciendo y obligándose junto con el prestatario, aunque debemos referir que dicha obligación del fiador respecto al prestatario y prestamista no se origina en el contrato de préstamo, sino en un contrato autónomo de fianza que, en el caso que nos ocupa, se realiza a efectos de un préstamo.

Finalmente, cumpliendo una función fedataria nos encontramos con el Escribano que otorga fe pública al contrato ante él realizado, y

[17] PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio. 1995. Ass. 542:

«Deve Ruy Diaz de Peñalosa, fijo de Ruy Fernández de Peñalosa vecino de Madrit, a Pedro Gonçalez de Madrit, escribano publico, vecino de la dicha Madrit quarro mil maravedis desta moneda usual de prestamo que le presto de que se otorgo por pagado e los resçibio ante my el escribano e testigos realmente e de fecho...e por mas abundamento diole en peños e por nombre de peños un majuelo de vendimio mollar que el ha e tiene en territori de Caravanchel de Yuso al pavo de la peñuela que ha en el fasta diez arançadas...el qual dicho majuelo so los dicho linderos contenido le dio so tal pleyto e postura que con el fizo en que se obligo que pasando el dicho plazo non dándole ny pagándole los dichos maravedis dio poder conplido al dicho Pedro Gonçalez para (...) compradores con quales quier fuerças e firmezas e penas e obligar sus bienes a lo aver por firme e se entregar de los maravedis asi de principal como de penas e toda carta e cartas de vendida e de saneamiento que ende fiziere e otorgare. Obligose de lo aver por firme so obligación de sus bienes e prometio que en la posesion que tomare el Corregidor ge lo non resistiria por palabras ny por armas ny en otra manera...».

en algunos casos ejerciendo además una función testifical. Por último, los testigos, otorgantes de fe privada sobre los hechos contenidos en el mismo. Por la naturaleza de su función trataremos éstos en el apartado dedicado a los elementos formales de la carta de préstamo.

Por lo que respecta a las figuras del prestamista y del prestatario, la legislación territorial castellana bajomedieval nos muestra unos criterios muy amplios y flexibles en lo que respecta a la capacidad jurídica y de obrar requeridas para celebrar un contrato de préstamo.

De este modo, en el Código de Las Siete Partidas se dispone que no sólo las personas físicas con capacidad de obrar plena pueden ser parte prestamista o prestataria en un contrato, sino que extienden la capacidad a entidades tales como el Rey, en sentido institucional, la Iglesia, las ciudades, o las villas, aunque bajo especiales condiciones de responsabilidad [18].

Esta amplitud de criterio a la hora de fijar la capacidad de obrar requerida para obligarse en un contrato de préstamo, la vemos reflejada en las fuentes utilizadas en este estudio, y que nos muestran un variado espectro de comparecencias en dichos contratos, en calidad de prestamista y de prestatario.

De este modo, podemos observar como los prestatarios pueden comparecer de modo individual, o bien solidariamente con otra persona, que igualmente se constituye en deudor principal.

En aquellos contratos donde la parte prestataria comparece y se obliga individualmente, la gran mayoría, podemos observar incluidas a personas de muy diversa categoría y condición social.

Así, encontramos incluidos tanto a moros como a judíos, que se obligan en las mismas condiciones que los cristianos, y sus contratos se diferencian únicamente en el formalismo del juramento, que realizan conforme a su religión [19].

Igualmente encontramos numerosos contratos en los que resulta ser un clérigo el que toma dinero a préstamo.

Los restantes contratos nos ofrecen un muestrario de personas de muy distinta condición y oficio, por lo que resultaría complicado establecer un paralelismo social entre todos ellos. Así, encontramos desde

[18] Part. V, Tit. I, Ley 3: Como las Eglesias, e los Reyes, e a los Concejos, e a los menores de edad pueden fazer prestamo.

«Non tan solamente pueden los omes prestar unos a otros, aquellas cosas que diximos en la ley ante desta, que pueden ser emprestadas; mas puedenlas aun prestas a los Reyes, o a las Eglesias, e a las Cibdades e a las Villas...».

[19] PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio.1995. Ass. 1484:

«Debe Çag Cando, judio, çapatero de Arévalo, a Pedro de Luxan, camarero del Rey, absente e a Alonso de Carvajal en su nombre presente, mil maravedis desta moneda usual de prestamo que le presto de que se otorgo por pagado e renunçio las leyes etcétera...Juro en forma según su ley etcétera».

regidores y escribanos del concejo, hasta pequeños comerciantes de los más variados ramos, como carniceros, zapateros, plateros, etc.

En los casos en los que la parte prestataria la conforman dos personas que se obligan en concepto de deudores principales, podemos observar que se trata casi siempre de personas vinculadas por parentesco o por matrimonio [20].

El tipo de responsabilidad que adquirían estos deudores, no se correspondía exactamente con la que contraía el fiador con respecto al obligado principal, ya que en caso de demanda, el acreedor podía dirigirse indistintamente contra cualquiera de los dos deudores principales, mientras que la responsabilidad del fiador, comporta el llamado *privilegium excussionis*, que tal y como lo regula el Código de Las Siete Partidas, obligaba al demandante a dirigirse en primer lugar contra el deudor principal [21].

Por lo que respecta al prestamista, el examen de las fuentes utilizadas nos muestra como dicha figura se correspondía casi siempre con la de personas de ilustre linaje dentro de la sociedad madrileña de fines de la Edad Media y de presumible solvencia económica; así nos lo indican apellidos tales como Álvarez de Toledo, Quilés de Arates, Luxán, o bien detentores de cargos públicos en el Concejo o en la Corona, como escribanos públicos, cuya frecuencia de aparición en los contratos resulta abrumadora, recaudadores de rentas reales, escribano de cámara del Rey, etc.

Otra categoría de prestamistas que nos muestran las fuentes es la de los prestamistas profesionales, esto es, personas dedicadas a la concesión de préstamos a modo de actividad mercantil, de acuerdo a su habitualidad y ánimo de lucro.

El conocimiento de las actividades de estos prestamistas profesionales, lo podemos deducir de su repetida aparición en las fuentes consultadas, concediendo préstamos a personas de diversa condición y oficio, y sin ninguna relación entre sí [22].

[20] PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio 1995. Ass. 791 y 1229:

«Deven Alonso Ruiz, montero, e Juan Ruiz, su fijo, vecinos de Madrit, de mancomun, a Alonso Fernández...».

REGISTRO DEL ESCRIBANO PÚBLICO DE MADRID, Año 1444. AVM, Lib. Man. 128, Ass. 1202:

«Deve Diego Fernandez, carniçero, veçino de Madrit, asi como principal debdor e Gonçalo García, corador, e martin Ruiz, corador, veçinos de la dicha Madrit, como su fiador e principal pagador de mancomun a Juana Gonçalez...».

[21] Part. V, Tit. 12, Ley 9:

«...En el logar seyendo aquel, que fuesse principal debdor, primeramente deben demandar a el que lo pague lo que debe, que non los que entraron fiadores por el».

[22] N. de A: La presencia en las fuentes consultadas de dichos prestamistas es otro de los factores que a nuestro juicio avala el hecho de que el contrato de préstamo en el Madrid de fines de la Edad Media, se trataba en el práctica de un negocio jurídico oneroso, es decir, sujeto al pago de intereses por parte del prestatario, pese al silencio que al respecto guardan

Entre éstos, destacamos los más importantes:

— *Fraym Aben Xuxen de Toledo*, un judío toledano, dedicado habitualmente a actividades mercantiles y de comercio entre Toledo y Madrid, tal y como nos muestra su aparición en abundantes contratos de compraventa de mercancías, anteriormente tratados, y que a tenor de lo que nos muestran las fuentes, debió ser el mayor prestamista en Madrid a mediados del siglo XV. [23].

— *Diego Gonçalez de Madrit Tiempo*, igualmente vecino de Toledo, aparece en numerosos contratos de préstamo, aunque sin alcanzar el volumen de actividad del anterior [24].

— *Sancho Quiles de Arates*, vecino de Madrid y escribano de la Corona. Es de advertir que se trata del único prestamista de cierta entidad, vecino de esta Villa [25].

La siguiente figura que nos muestran las fuentes es la del fiador.

Tal y como nos la define CORNEJO, el fiador «Es el que se obliga a dar, o hacer alguna cosa por otro, desde cuyo tiempo queda obligado a cumplirla, según derecho y orden prescrito en él» [26].

Sobre esta figura, encontramos abundante regulación en el derecho castellano bajomedieval, tanto en textos de derecho comarcal, como el Fuero Viejo de Castilla, como en los Códigos de derecho territorial tales como el Fuero Real, y más extensamente en el Código de las Siete Partidas [27].

Tal y como nos aparece regulado en el Título XII de la Quinta Partida, podemos apreciar que la figura del fiador consistía en una persona que prestaba una garantía personal, por medio de la cual se obligaba conjuntamente con el principal deudor de un contrato.

Respecto al carácter de la obligación contraída por el fiador, podemos diferenciar dos cuestiones; por una parte la referida al tipo de obligación que contraen entre sí dos o más fiadores de un mismo deudor, y por otra parte la referida al carácter de la obligación que contrae el fiador con respecto al deudor principal.

Respecto a la primera cuestión, el texto de Partidas, no nos deja dudas acerca del carácter mancomunado de la obligación que con-

las fuentes y a la regulación como negocio puramente gratuito que al respecto nos ofrece el Código de las Siete Partidas.

[23] PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio.1995. Ass. 1055, 1058, 1062, 1142, 1143, 1307, 1309, 1333.

[24] PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio. 1995. Ass. 237, 652, 1052, 1057, 1162.

[25] PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio. 1995. Ass. 638, 663, 781, 837, 870, 998.

[26] CORNEJO, Andrés. *Diccionario Histórico y Forense del Derecho Real de España*. Madrid, 1779.

[27] Part. V, Tit. XII: De las fiadurias que los ornes fazen entre sí, porque las promissiones e los otros pleytos, e las posturas que fazen sean mejor guardadas.

traen entre sí cuando nos encontramos con dos o más fiadores, salvo pacto expreso de solidaridad [28].

Ahora bien, respecto a la segunda cuestión, es decir, la responsabilidad del fiador con respecto al deudor principal, la regulación de Partidas no se muestra determinante de un modo claro sobre si se genera una obligación solidaria o mancomunada.

Pese a esta imprecisión, del contenido de las Leyes 9 y 10, parece deducirse que nos encontramos ante un tipo de obligación solidaria [29].

De otro modo quedaría sin sentido el llamado *privilegium excussionis* contenido en la Ley 9 de Partidas, ya que tratándose de una obligación mancomunada y debiendo, por tanto, responder sólo por una parte, tanto el deudor como su fiador, resultaría intrascendente contra quién debe dirigirse primero el acreedor.

Por último, podemos apreciar como la formula de carta de préstamo contenida en la Ley 69 del Título XVIII de la Tercera Partida, al contemplar la posibilidad de que el deudor presente un fiador para garantizar su deuda, nos presenta la obligación que éstos contraen como inequívocamente solidaria [30].

Pese a todo esto, los contratos de préstamo celebrados en Madrid a fines de la Edad Media. Nos muestran un aspecto que no deja de sorprendernos, como es el hecho de que el fiador, siempre que comparece, se obliga mancomunadamente con el deudor principal [31].

[28] Part. V, Tit. XII, Ley 8: Que fuerça ha la fiaduria que muchos omes fazen en uno.

«...Pero si los fiadores non se obligasen cada uno por todo, mas dixessen simplemente: Nos somos fiadores por fulan, de dar o de fazer tal cosa; estonce, si todos son valiosos para poder pagar la fiaduria, a la sazon que se demanda la debda, dezimos, que non se puede demandar la cosa el señor de la debda a cada uno dellos, mas de quanto le cupiere de su parte...»

[29] Part. V, Tit. XII, Ley 9:

«En el lugar seyendo aquel que fuesse principal debdor, primeramente a el deven demandar que pague lo que debe, e non a los que entraron fiadores por el; e si por ventura non oviesse a el que lo pagar, deven demandar a los fiadores.»

Part. V, Tit. XII, Ley 10:

«Obligandose muchos omes de so uno e cada uno por el todo, faziendose principales debdores...maguer cada uno dellos entrasse fiador e debdor por el otro, con todo esso, non deve demandar todo el debdo en uno. Ante dezimos, que debe ser apremiado cada uno, de dar su parte, si todos ovieren de que pagar.»

[30] Part. III, Tit. XVIII, Ley 69: En que manera deve ser fecha la Carta de los Emprestidos, sobre las cosas que suelen medir, o contra, o pesar.

«...E si por ventura aquel que tomasse el emprestido non diesse peñno, mas fiador; estonce debe ser fecha la fiaduria desta manera diciendo así en fin de la carta de dicha debda. E porque todas estas cosas que sobredichas son de suso sean bien guardadas. Ferrando por ruego, e por mandado de Garçia entro fiador a Gonçalo e prometiole en su propio nome principalmente de pagarle los maravedies de suso dichos, e por la pena, e por los daños, e las despensas que fiziessen por raon dellos a Gonçalo e a sus herederos, en aquella misma manera sobredicha que Garçia se le obligara...».

[31] PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio. 1995. Ass. 670:

«Deven Diego Fernández de Pinto, carnicero, así como principal debdor e Alonso Gomez, fijo de Alonso Gomez, su fiador de mancomun, al dicho Garçia mil e ciento e ochenta maravedies de prestamo que presto al dicho debdor de que se otorgo por pagado...»

De hecho, nos parece poco probable que así fuera realmente, dado que como acabamos de ver la legislación bajomedieval castellana entiende la obligación del fiador respecto al deudor como solidaria. Igualmente debemos tener en cuenta que aunque jurídicamente, es posible, resulta ilógico que dos sujetos que actúan desde un diferente plano en una relación jurídica se obliguen de un modo mancomunado, y más cuando uno actúa como garante del otro.

Podría tratarse, a nuestro juicio, de un error de los escribanos madrileños, propiciado quizá por la indefinición que a este respecto presentan Las Partidas, o bien por un escaso conocimiento de la tradicional clasificación de las obligaciones colectivas solidarias y mancomunadas.

Este error no parece exclusivo de los escribanos madrileños, ya que en otros registros notariales castellanos de la época, como el de la localidad palentina de Dueñas, analizado y publicado por PÉREZ-BUSTAMANTE, se denomina como mancomunada la obligación contraída por el fiador. En este sentido, este autor considera igualmente que dicha obligación ha de entenderse como solidaria [32].

4. LOS OBJETOS DE LOS PRÉSTAMOS

Como referimos anteriormente, tanto en el Derecho romano-justinianeo, como posteriormente en la legislación bajomedieval del Fuero Real y de Partidas principalmente, el préstamo aglutinaba en sí dos tipos de contratos diferenciados por su objeto fungible o no fungible, denominados respectivamente, Mutuo y Comodato [33].

En los contratos de préstamo contenidos en los registros de los Escribanos Públicos de Madrid utilizados en este estudio, podemos observar una diversidad de objetos sobre los que recaen dichos con-

[32] PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio: *El Registro Notarial de Dueñas. Madrid*, 1985, pp. 47:

«Dentro del préstamo como categoría contractual recogen los asientos registrales de Dueñas la figura del Mutuo... sólo en un supuesto —R.10— se contienen otras menciones dignas de reseñar como la constitución de una cláusula accesoria de fianza garantizadora de la obligación del prestatario, que, como en el caso de la compraventa, aunque se denomine 'mancomunada', ha de entenderse como una obligación solidaria, pues cada uno responde por el todo».

[33] Part. V, Tit. I, Ley 1: Que cosa es emprestido, e que pro nasce del, e quantas maneras son de emprestido, e de que cosas se puede fazer.

«...La una es mas natural que la otra, e esta es, como quando emprestan unos a otros, alguna de las cosas que son acostumbradas a contra pesar o medir. E tal prestamo como este es llamado en latin: mutuum...E la otra manera de prestamo es de qualquier de las otras cosas que non son de tal manera como estas; así como caballo, o otra bestia, o libro, e otras cosas semejantes. E a tal prestamo como estye dicen en latin commodatum...».

tratos, aunque todos ellos presentan un punto en común; se corresponden con lo que la clasificación jurídica de las cosas del Derecho romano denomina cosas fungibles. Esto quiere decir que nos encontramos ante contratos de préstamo en su variedad de mutuo.

Por su parte, nos parece significativa la total ausencia de contratos de préstamo cuyo objeto sea una cosa no fungible, hecho al cual más adelante nos referiremos.

Entre los objetos sobre los que recaen los contratos estudiados, destaca por encima de todo el dinero, lo que nos aporta una muestra del desarrollo en el Madrid de fines de la Edad Media de una economía dineraria, donde los objetos de consumo, funcionando como tipo de cambio, has pasado a un segundo plano.

La moneda preferentemente utilizada en estas transacciones es el maravedí castellano, de tráfico usual, aunque ya devaluado, desde las Cortes celebradas en Madrid en 1390 durante el reinado de Juan I[34]. Pese a este uso preferente, podemos apreciar como en los préstamos de cuantías elevadas, el pago se realiza con monedas de oro castellanas, como el doblón, e incluso aragonesas, como el florín[35].

Junto al dinero, encontramos también numerosos contratos de préstamo que recaen sobre artículos de consumo básicos, tales como el centeno, la cebada, el trigo, el pan, e incluso préstamos con objeto múltiple, como dinero y un bien de consumo[36].

5. EL PROBLEMA DE LOS INTERESES

Si nos remontamos a los orígenes del contrato de préstamo observamos como en su historia, éste ha estado siempre ligado a un pacto adicional denominado hoy día como cláusula de interés.

Decimos esto porque en realidad, dentro de la concepción jurídica romana, tal e como nos indica COVIÁN en lo que se refiere al Mutuo, los contratos de préstamo eran esencialmente gratuitos, de tal modo

[34] COLMEIRO, Manuel: *Cortes de los Antiguos Reinos de León y Castilla*. RAH. Madrid, 1889, p. 258.

[35] PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio. (1995). Ass. 720:

«Ante el Corregidor pareçio Juan de Cordova, en nombre de Lope de Sanabria, e demando a Pero Gonçalez, notario, veçino de Madrit, e en nombre e como defensor de los bienes de Diego de Falçes, e dixo que puede aver fasta seys meses, poco mas o menos tiempo, que el dicho Lope presto al dicho Diego de Falçes onze doblas de oro castellanas e la banda e un florin de oro e dozientos maravedis desta moneda usual...».

[36] PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio. (1995). Ass 720:

«Deve Mathias Suarez, fijo de Aparicio Gonçalez, veçino de Villaverde, a Juan Suarez de Madrit, escrivano de camara del Rey, çient maravedis e quarenta e tres braços de ajos buenos de prestamo que le presto de que se otorgo por pagado, e renunçio las leyes, etcetera...».

que el pacto de intereses había de estipularse en un contrato adjunto, aunque autónomo[37].

Pese a dicha diferencia en su origen y naturaleza jurídica, el contrato de préstamo y el pacto de intereses han permanecido inevitablemente ligados a lo largo de la historia del Derecho español, aunque pasando por fases muy diferentes según el momento histórico, en un proceso que sintéticamente descrito por autores como LALINDE ABADÍA[38]:

Lo cierto es que tras pasar por épocas en las que la cláusula de interés fue plenamente admitida en el Derecho español, como fue durante las épocas de dominación romana y visigoda, la Edad Media conocerá un proceso a través del cual, las presiones ejercidas desde el ámbito eclesiástico se manifiestan a través de una legislación cada vez más restrictiva sobre este aspecto del préstamo.

Este proceso histórico-jurídico al que nos referimos, se nos presenta claramente reflejado en los principales cuerpos legislativos castellanos.

De este modo observamos como el Fuero Juzgo admite la inclusión del pacto de interés, al que denomina «*usura*», en el contrato de préstamo, aunque limita su cuantía[39].

Posteriormente, en la Edad Media, observamos como el Fuero Viejo de Castilla[40] también limita el tipo máximo de interés, aunque refiriéndose sólo a los préstamos concedidos por judíos, con lo que entendemos que en el siglo XII, de donde procede la mayor parte de este código, únicamente a éstos les resultaba moralmente aprobable conceder préstamos con pacto de interés.

Por su parte, el Fuero Real, limita de modo expreso, el ámbito del pacto de interés, al restringirlo únicamente a judíos y moros, y limitando el tipo máximo aplicable[41] a la tercera parte del principal.

Ya en Las Partidas[42], podemos observar expresa la prohibición general del pacto de intereses en los contratos de préstamo, aunque

[37] COVIAN, Victor. (1935), p. 503:

«El *mutuum* era en Roma un contrato de derecho estricto, y así no imponía el pago de intereses ni aún constituido en mora del deudor; un simple pacto adicionado al *mutuum*, no producía esa fuerza... De modo que para reputar los intereses legalmente pactados, era preciso un segundo contrato, válido en virtud de las formas solemnes de la estipulación».

[38] LALINDE ABADÍA, Jesús: *Iniciación histórica al Derecho español*, pp. 795-796.

[39] FUERO JUZGO, L. V, Tit. VI, Ley VIII: De las usuras que deven seer rendidas.

«Si algun ome de su aver por usuras, non tome mas por usuras en el anno, del sueldo mas de las tres partes dun dinero, e de VIII, sueldos, e así tome su aver con esta garacia. E si el que tomo los dineros a usura prometiere mas de quanto es de suso dicho por alguna necesidad, tal prometimiento non vala...».

[40] FUERO VIEJO DE CASTILLA, l. 3, Tit. 5, Ley 3.

[41] FUERO REAL, Lib. 4, Tit 2, Ley 6: «Que ningun judío que diere a usura sea osado de dar mas caro que tres maravedis por cuatro todo el año».

[42] Part. V, Tit. 11, Leyes 40 y 41.

sabemos que al menos hasta la promulgación del Ordenamiento de Alcalá, en el año 1348, aún era posible incluirlo en los préstamos otorgados por personas poseedoras de ciertas cartas, o privilegios especiales para este efecto.

Finalmente, culmina este proceso de la legislación castellana con la promulgación de este Ordenamiento, en el que se contienen un conjunto de aspectos fundamentales sobre el tema que nos ocupa, ya que, en primer lugar, como sabemos, se impone como primera fuente de Derecho en todas las materias que regula en todos los territorios de la Corona de Castilla.

En segundo lugar, este Ordenamiento dedica todo un título a prohibir de modo pormenorizado, tanto a cristianos [43], como a moros y judíos [44], recibir cantidad alguna en concepto de intereses.

En tercer lugar, la prohibición se completa revocando aquellas cartas y privilegios que todavía permitían cobrar intereses a sus beneficiarios [45].

En este sentido, el Ordenamiento de Alcalá, parece marcar un hito en la historia del contrato de préstamo, ya que en un solo efecto, se suprime definitivamente un aspecto clave de éste, como es el pacto de intereses, reconocido hasta entonces en numerosos fueros locales, y que como es lógico suponer, habría sido el motor de la expansión social a gran escala de la figura del préstamo.

Trasladando este panorama legislativo al contenido de las fuentes correspondientes al Madrid de fines de la Edad Media cabe plantearnos una cuestión básica:

¿Pasaron realmente los contratos de préstamo celebrados en Madrid a fines de la Edad Media, a convertirse en contratos puramente lucrativos tras la promulgación del Ordenamiento de Alcalá?

Esto equivale a preguntarnos si, recibía el prestamista únicamente el mismo objeto, o cantidad fungible que realmente daba a préstamo.

[43] ORDENAMIENTO DE ALCALÁ, Tit. XXIII, Ley 1: Que ningunt Christiano nin Cristiana non den usuras.

«la cobdicia, es rais de todos los males, en tal manera que ciega los coraçones de los cobdiciosos, que no temiendo a Dios, nin aviendo verguença a los omes desvergonçadamente dan a usuras en muy grant peligro de sus almas e danno de nuestros pueblos; por ende mandamos,que qualquier christiano, o cristiana, de qualquier estado o condicion que sea que diere a usura que perda todo lo que diere o prestare e sea de aquel que lo recibió prestado e que peche otro tanto como fuere la contia que diere a logro...».

[44] ORDENAMIENTO DE ALCALÁ, Tit XXIII, Ley 2: Que ningunt Judio nin Judia, nin Moro nin Mora non den a logro.

[45] ORDENAMIENTO DE ALCALÁ, Tit. XXIII, Ley 2:

«...Et todas las cartas e previlegios e fueros que les fueron dados fasta aquí porque les fue consentido de dar a logro en ciertas maneras, e aver Alcalles, e entregadores en esta raçon, Nos las quitamos e revocamos, e lo damos por ningunos con Conseio de nuestra Corte...».

En lo que respecta a la modalidad de préstamo de cosa no fungible, es decir, el comodato, podemos observar como la prohibición de cobro de interés contenida en el Ordenamiento de Alcalá, pudo tener aquí un efecto constatado, como es el de la escasa presencia de dicha modalidad de contratos en los registros de los Escribanos Públicos de Madrid a mediados del siglo XV.

Ahora bien, esto no quiere decir que terminaran las cesiones temporales de uso de cosas no fungibles, sino que estas se realizaban a través de otra modalidad de contrato ya existente y que permitía obtener un beneficio al cedente, por dicha cesión. Esta modalidad no es otra que el contrato de arrendamiento.

De este modo, las fuentes nos presentan numerosos contratos de arrendamiento en los que el objeto es una cosa mueble, que en muchos casos coincide precisamente con los objetos que a modo de ejemplo, se citan en Las Partidas como típicos del Comodato, como son los animales domésticos.

En lo que respecta al préstamo de cosas fungibles, esto es, el mutuo, la situación es diferente, ya que las fuentes sí nos presentan numerosos ejemplos de este contrato, mostrando una plena «salud» en la vida jurídica madrileña a fines de la Edad Media.

Sin embargo, en el caso del mutuo, hemos de tener en cuenta que los prestamistas madrileños de fines de la Edad media que quisieran obtener un beneficio por dicho préstamo, no podían acogerse a otra figura análoga, como el caso del arrendamiento respecto del comodato, ya que no resultaba concebible en el Derecho bajomedieval, contratos tales como el de arrendamiento de dinero u otra cosa fungible [46].

Una vez desechada una solución análoga a la adoptada con respecto al comodato, solo cabe definirnos sobre la veracidad del contenido de los contratos de préstamo utilizados en este estudio, y que nos muestran como la obligación del prestatario se limita a la devolución en plazo cierto, de la misma cantidad de dinero u otra cosa fungible que recibe a préstamo.

A nuestro juicio, al menos en un elevado porcentaje, estos contratos no documentan las operaciones realmente llevadas a cabo. De hecho, encontramos una serie de razones que nos permiten pensar que realmente se seguían cobrando intereses con posterioridad a la ya

[46] Part. V, Tit. VIII, Ley III: Que cosas pueden ser logadas e arrendadas, e por quanto tiempo.

«Obras que ome faga con sus manos, o bestias, o navios, para truer mercadurías o para aprovecharse del uso dellas, e todas las otras cosas que ome suele alogar, que pueden ser alogadas, o arrendadas...».

referida prohibición contenida en el Ordenamiento de Alcalá, como son:

La primera razón, es de carácter numérico. Esto es, los contratos gratuitos o *«pleytos de graçia»*, se presentan siempre con menor frecuencia que los onerosos en cualquier cartulario, registro notarial, u otras colecciones documentales del período medieval. Este hecho contrasta con la abrumadora superioridad numérica de contratos de préstamo sobre otros contratos lucrativos, como la donación, en los registros de los Escribanos Públicos de Madrid del siglo XV.

Otro indicio, lo encontramos en la anteriormente comentada [47], presencia de ciertas personas que comparecen con cierta habitualidad en los contratos examinados, concediendo préstamos a personas sin ninguna conexión aparente entre sí [48].

También podemos referir un aspecto de tipo jurídico. En todos los contratos examinados podemos encontrar cláusulas del tipo *«e renunçio las leyes»*, una renuncia general hecha por el prestatario, de un conjunto variado de normas, generalmente descritas en la carta original de préstamo.

Algunos contratos son incluso más explícitos, especificando que la citada renuncia afecta también a una excepción procesal que denominan *«exepçion de la non numerata pecunia e del aver non visto non contado»* [49].

Esta renuncia se refiere a una excepción procesal proveniente del Derecho romano-justinianeo [50], y que posteriormente fue incorporada al Derecho castellano a través de Las Partidas [51].

[47] Véase Cap. «Elementos Personales».

[48] N. A.: Resulta, cuanto menos, difícil de concebir la existencia de prestamistas habituales que actúen por motivos puramente filantrópicos o de gracia.

[49] PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio. (1995). Ass. 1055:

«Deve Juan Diaz, escribano publico, veçino de Madrit, a Don Fraym Aben Xuxen de Toledo, tres mil e dozientos maravedis desta moneda usual de préstamo que le presto de que se otorgo or pagado e renunçio las leyes etcetera e la exepçion de la non numerata pecunia e del aver non visto non contado...».

[50] CÓDIGO JUSTINIANO, Lib. IV, Tit. 30, Ley 3: De non numerata pecunia.

«Si fueres demandado en fuerza de una obligación, aun cuando hayas dado hipoteca, si opones la excepción de dolo malo o bien la de dinero no contado, el actor deberá justificar haber hecho la entrega del dinero, y si no lo acredita, serás absuelto».

[51] Part. V, Tit. II, Ley 9: Como aquel que oviesse otorgado, que resçibiera alguna cosa emprestada; si non le fuesse entregada, como se puede amparar si se la demandassen.

«Fiuza e esperança fazen los omes a las vegadas, unos a otros, de se emprestar alguna cosa; e aquellos a quien fazen esta promessa fazen carta sobre si, ante que sean entregados della, otorgando que la han resçebida; e después acaece, que les fazen demanda sobre esta razon, bien así como si les oviessen fecho el prestido verdaderamente. E quando tal cosa acaeciere, dezimos, que este que fizo la carta sobre si debe esto querellar al Rey, o a algunos de los otros que juzgan en su logar, como aquel que le prometio de prestar maravedis, e que non ge los quiso prestar, nin contar nin dar; e debe pedir que le mande dar la carta que

En virtud de dicha excepción, cuando un acreedor interponía una demanda por el impago de una deuda durante los dos primeros años tras celebrarse el contrato, alegando el deudor la citada excepción, se trasladaba a aquel, la carga de probar la efectiva entrega del importe de la deuda que ahora demanda en virtud de dicho contrato, y solo en el caso de poder probar esta entrega podía continuar el proceso ya iniciado.

Ahora bien, tal y como nos dice la citada Ley de Partidas, en el caso de que el deudor renunciase en la misma carta de préstamo, a ampararse en dicha excepción, éste no podría alegarla posteriormente.

La renuncia a esta excepción provoca un efecto inmediato, como es el de otorgar mayor seguridad jurídica al contrato celebrado, lo que resulta perfectamente acorde con la filosofía de los formularios notariales utilizados a fines de la Edad Media.

Pero, debemos tener en cuenta, que en un período histórico donde se prohibía la percepción de interés alguno por un contrato de préstamo, el método más sencillo para, por un lado, encubrir la existencia de dichos intereses, y por otro lado, asegurar su cobro mediante una prueba documental, podría ser el de otorgar una carta de préstamo por una cantidad superior a la realmente recibida en concepto de principal, resultando de este modo el total de los intereses de la diferencia entre la cantidad declarada y documentada en el contrato, y la realmente recibida por el prestatario.

Posiblemente, la existencia de esta práctica, indujo a los redactores de Las Partidas, a introducir la *exceptio non numerata pecunia* en el Derecho castellano, simultáneamente a la prohibición total del préstamo a interés.

Ahora bien, si tenemos en cuenta, tal y como nos dice la citada Ley de Partidas, que la renuncia a dicha excepción, cuando otorgada por el deudor en la misma carta de préstamo, no le permite alegarla posteriormente en juicio, nos resulta, que el acreedor no precisa probar la cantidad realmente prestada.

De este modo, y a falta de otro tipo de prueba, el juzgador sólo deberá atender a la cantidad contenida en el carta de préstamo, inde-

tiene sobre el, de los maravedis que le prometio prestar. E si se callare, que lo non muestre así, ante que dos annos passen, después que fizo la carta, dende en adelante non podria poner poner tal querella. E si gela demandasen después, seria tenudo de darle los maravedis, bien así como si los óbviese rescebido. E si ante que los dos annos se cumpliesen, lo querellasse segund que es sobredicho, non seria tenudo de responderle por tal carta, nin de pagarle los maravedis. Fuerna ende, si el otro pudiere provar, que le avia dado e contado los maravedis, que le prometiera de prestar; o si el debdor, que avia otorgado que avia rescebido los maravedis prestados, renunciasse a la defension de la pecunia non contada. Ca estonce non se podria amparar por esta razon, si este renunciamiento atal fuesse escrito en la carta».

pendientemente de que coincida o no con la cuantía realmente recibida.

Esto nos lleva al efecto mediato de la renuncia a la *exceptio non numerata pecunia*, esto es; ofrece al prestamista un modo inmejorable de «disfrazar» los intereses del préstamo como capital principal, evitándose posteriores obstáculos en una posterior reclamación judicial en el caso de impago de la deuda.

Fácil es de imaginar, que la concesión por parte del prestamista del préstamo solicitado, estuviera condicionada al otorgamiento por parte del deudor de dicha renuncia, en la carta de préstamo.

Por este motivo, tal y como nos indica MARTÍ MIRALLES[52], fueron numerosos, los tratadistas del Derecho común que se opusieron a la validez de la renuncia a la *exceptio non numerata pecunia* cuando, otorgada en la misma carta de préstamo, admitiendo únicamente la otorgada después del contrato.

Esta situación pareció tratarse de un fenómeno generalizado en Castilla durante el siglo XV, como nos lo muestran las renuncias otorgadas por los deudores en la fórmula de carta de préstamo incluida en el *«Formulario Notarial Castellano del Siglo XV»*, publicado por CUESTA GUTIÉRREZ[53].

Esto nos muestra que nos encontramos ante una práctica que trasciende el ámbito de los formularios utilizados por los escribanos de Madrid alcanzando en pleno la práctica jurídica de la Castilla bajomedieval.

Si tenemos en cuenta que la prohibición del cobro de intereses vino motivada, tal y como nos indica LALINDE ABADÍA, por la presión de la doctrina eclesiástica, resulta fácil de suponer la existencia de una cierta benevolencia del poder civil con respecto al encubrimiento de aquellos, al menos en lo que a la población cristiana respecta, teniendo en cuenta el papel dinamizador que el préstamo puede desempeñar en el desarrollo económico de una sociedad.

También debemos referirnos a una cuestión de carácter documental y que se sitúa dentro de nuestra línea argumentativa.

[52] MARTÍ MIRALLES, J.: La excepción non numerata pecunia y su renuncia. *Revista Jurídica de Cataluña*, XVIII, pp. 73-74.

[53] CUESTA GUTIÉRREZ, Luisa. (1947). Pag. 119:

«Nota de carta de obligación e de enpennamento convencional e bien hordenado que otorga el mando la muger con licencia del marido.

....E asimismo renunciamos e partimos e quitamos de nos e de nuestro favor e ayuda e de cada uno de nos en rason de la paga, las dos leys del derecho que fablan en rason de la paga, e la una ley en que dise quel escribano e testigos deven ver faser la paga en dineros, o en oro, o en plata, o en otra cosa quales quier que la quantia vala, e la otra ley en que dise que fasta dos annos es omne tenido de mostrar e de provar la paga que fasen, salvo si renunciaron o non...».

Nos referimos a un Ordenamiento surgido de las Cortes celebradas en Burgos en el año 1377, durante el reinado de Enrique II, que entre otras disposiciones, regula los contratos de préstamo celebrados entre judíos y cristianos[54].

En dicho Ordenamiento se dispone, en lo referido a préstamos, la condonación de la tercera parte de todas las deudas que los cristianos tuvieran con los judíos en concepto de préstamos por éstos concedidos, bajo el pretexto de que tales deudas impiden a aquellos el pago de los Pechos reales.

La importancia de dicho documento en el tema que nos ocupa, se encuentra en la exposición de motivos del Ordenamiento que lleva a la adopción de aquella medida y que aquí reproducimos:

> *«Primeramente a los que nos pidieron por merced que por la muy grande pobreza y (...) que son los dichos nuestros (...) para sacar a malas, letras dinero y pan y otras cosas de los judios y judias faziendo cartas e contratos sobre si de muchas mayores quantias de lo que recibieron, et que si agora lo ovieren a pagar que se yermariasse e non podrían conplir los pechos que así pagan por nuestro servicio, para lo qual nos pidieron por merced que toviessemos por bien de los fazer algun quitamiento de tales debdas et de los dar plazos e espera de lo que quedare en lo que pudiesse pagar...».*

De este modo, los procuradores de Cortes en sus peticiones al Rey, reconocen una costumbre de cuya existencia encontramos suficientes indicios en este estudio, como es la de encubrir el cobro de intereses, a través del otorgamiento de una mayor cuantía de la realmente recibida en los contratos de préstamo.

En este sentido resulta significativo que la condonación de las deudas alcance un tercio del total, teniendo en cuenta que precisamente un tercio del principal es el límite máximo que el Fuero Real autorizaba en los préstamos otorgados por judíos.

Trasladando estos datos a la situación vivida en el Madrid del siglo XV, pese a que el citado ordenamiento atribuye esta práctica a la población judía, la presencia de prestamistas habituales tanto judíos como cristianos, entre otros indicios, nos muestra la extensión de su uso a personas de ambas comunidades.

[54] 1377, noviembre, 4. Burgos.

Ordenamiento de las Cortes de Burgos regulando los préstamos entre judíos y cristianos, el arrendamiento de las rentas y las responsabilidades por muertes de judíos en los Concejos.

Archivo de la Villa de Madrid. S-393-9.

Por todo lo expuesto, en lo referido al tema que nos ocupa, debemos concluir que pese a la tajante prohibición de cobrar intereses en concepto de préstamo contenida en el Ordenamiento de Alcalá y otros códigos, esta práctica continuó realizándose encubiertamente en los préstamos celebrados en Madrid a fines de la Edad Media.

6. CUESTIONES FORMALES

La carta de préstamo, constituye básicamente, la plasmación escrita en un documento que guarda ciertas formas y solemnidades, de un acuerdo de voluntades o contrato, que por su contenido, es tipificado por la doctrina jurídica como préstamo.

Esto supone que al contrario de lo que podía ocurrir con otros contratos como el de compraventa, en el préstamo, el otorgamiento de la carta no es un elemento constitutivo de éste, ya que nos encontramos ante un tipo de negocio jurídico real, resultando por tanto la mera entrega de la cosa, el elemento perfeccionante del contrato.

De este modo, hemos de entender la carta de préstamo, en el contexto del Derecho castellano bajomedieval, como un mero medio de prueba de un contrato celebrado anterior o simultáneamente a su otorgamiento.

Pese a que, como acabamos de decir, la carta de préstamo era meramente probatoria, tanto la legislación territorial bajomedieval, como las colecciones de fórmulas de contratos utilizadas por los escribanos, se preocuparon de dotarla de ciertas formalidades, tal y como nos lo revelan las fuentes utilizadas en este estudio.

En cuanto a la legislación, podemos observar como tanto el Espéculo[55], como Las Partidas[56], nos ofrecen insertas sendas fórmulas de carta de préstamo, en su modalidad de Mutuo, resultando la contenida en la Tercera Partida, más completa y detallada que la anterior.

En dicha fórmula se configura un tipo de préstamo esencialmente gratuito, en el que se prevé el otorgamiento, tanto de garantías reales, como la prenda, como personales, caso de la fianza, sobre la obligación contraída por el prestatario. Como dato curioso cabe destacar, que la fórmula sugiere pactos que suponen la renuncia a la aplicación de diversas normas contenidas en dicho código.

En lo que respecta a las colecciones de fórmulas utilizadas por los Escribanos a fines de la Edad Media, podemos observar una comple-

[55] ESPÉCULO, Lib. IV, Tit. XII, Ley XXXVII.

[56] Part. III, Tit. XVIII, Ley 70: En que manera deve ser fecha la carta de los emprésti-dos, sobre las cosas que suelen medir, o contra, o pesar.

ta fórmula de carta de préstamo en el «*Formulario Notarial Castellano del Siglo XV*» publicado por CUESTA GUTIÉRREZ[57].

Dicha fórmula, claramente influida por la contenida en Partidas, contempla un con trato de préstamo de tipo lucrativo, en el que no se contempla el cobro de intereses, tal y como lo conocemos hoy día, pese a que encontramos una referencia al cobro de intereses. Pero seguidamente, podemos observar como con dicha denominación, lo que se contempla es el cobro de una indemnización en caso de mora en el pago del principal por parte del deudor[58].

La segunda característica que destacamos de dicha fórmula, es la del masivo otorgamiento por parte de los deudores de renuncias a diversas normas de Derecho positivo que potencialmente pondrían en peligro el cumplimiento de las obligaciones contraídas[59].

Por lo que respecta a los formularios utilizados por los escribanos en Madrid a fines de la Edad Media, el estudio y comparación de los diversos contratos de préstamo contenidos en los registros de protocolos, nos permiten deducir como respondían al mismo espíritu que la citada fórmula castellana. Ahora bien, hemos de hacer constar que los registros de los escribanos presentan una estructura mucho más esquemática que la extensa fórmula citada.

Dichos registros comienzan siempre con el término «*deve*», para a continuación referirse al deudor o deudores, y el concepto en el que comparecen, ya sea como deudor principal único, o como deudores

[57] CUESTA GUTIÉRREZ, Luisa. (1947). Pag. 120:

«Nota de carta de obligación e de enpennamiento convencional e bien hordenado que otorga el mando la muger con licencia del marido.»

[58] CUESTA GUTIÉRREZ, Luisa. (1947). Pag. 120:

«...E ponemos con vos, de vos dar e pagar a vos o al quel dicho vuestro poder oviere, los dichos tanto maravedis que vos devemos sin pleyto e sin contienda de juicio desde oy dia que esta carta es fecha e otorgada fasta tal dia primero que viene puestos en tal lugar, en pas e en salvo en vuestro poder o del quel dicho vuestro poder oviere, sopena que vos pechemos e paguemos los dichos tantos mil maravedis con el doblo, por nombre de interesse e postura convencional...»

[59] CUESTA GUTIERREZ, Luisa. (1947). Pag. 119 ss.

«Nota de carta de obligación e de enpennamiento convencional que otorga el mando la muger con licencia del marido

...Renunciamos e partimos de nos e de cada uno de nos e de nuestro favor e ayuda, e de cada uno de nos, toda excepcion de mal enganno e todo error de cuenta, que después non podamos decir nin allegar non nin alguno de nos, nin otro por nos nin alguno por nos que de vos non rescebimos nin contamos nin tomamos nin pasaron a nuestro poder tantos de los dichos maravedis que de vos recibimos prestados, segund dicho es».

«...E asimismo renunciamos e partimos e quitamos de nos e de nuestro favor e ayuda e de cada uno de nos en rason de la paga, las dos leys del derecho, e la una ley en que dise quel escribano e testigos de la carta deven ver faser la paga en dineros, o en oro, o en plata o en otra cosa qualesquier que la quantia vala, e la ley en que dise que fasta dos annos es omne tenido de mostrar e de provar la paga que fasen salvo si renunciaron o non».

«...E otrosi renunciamos la ley e derecho en que dise que non paresce alguno renunciar por renunciacion que fase el derecho que non sabe pertenecerle...».

principales mancomunados, en caso de obligación múltiple, o bien como fiador.

Esto nos permite deducir que dichos registros notariales cumplían una importante función probatoria en los casos de reclamación judicial por impago del préstamo a falta de carta.

A continuación se expresa la cuantía de la deuda. Para certificar jurídicamente la entrega por parte del prestamista de la cosa que origina la deuda, las fuentes nos muestran como se podía optar entre dos métodos; o bien es el propio prestatario el que ante el escribano se otorga por pagado de la cuantía ante él declarada, o bien se realiza la entrega ante el mismo escribano y los testigos del contrato, en cuyo caso aquel cumplirá una doble función, siendo por una parte fedatario de las declaraciones de voluntad de los contratantes y por otra testigo de los hechos contenidos en la carta [60].

Este último método, que es el contenido en el formulario de Partidas, otorgaba, tal y como nos indicaba el insigne jurista GREGORIO LÓPEZ [61], la ventaja de dotar a la carta de préstamo de un privilegiado valor probatorio, ahora bien, imposibilitaba declarar mayor cuantía de la realmente entregada, y de este modo, de cobrar intereses.

Quizás por este motivo, observamos como son minoría los asientos registrales en los que se produce la entrega de la cosa ante escribano.

Tras certificar la deuda, se fija un plazo cierto para su pago. La pena en la que incurre un deudor moroso es la indemnización ya prevista en el Derecho romano, es decir, el pago del doble de la cuantía debida, aunque no actúa como norma imperativa, ya que encontramos excepciones, como la contenida en un asiento del registro del escribano público de Madrid del año 1442, en el que el acreedor se conforma con que en caso del impago de la deuda al vencimiento, el deudor le otorgue un reconocimiento de deuda de un tercero [62].

[60] PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio. 1995. Ass. 542:

«Deve Ruy Diaz de Peñalosa, fijo de Ruy Fernandez de Peñalosa, veçino de Madrit, a Pedro Gonçalez de Madrit, escrivano público, veçino de la dicha Madrit quatro mil maravedis desta moneda usual de préstamo que le prestó de que se otorgo por pagado, e los resçibio ante my el escribano e testigos realmente de fecho...».

[61] GREGORIO LÓPEZ (Glosa a la Ley 71, Tit. XVIII, Part. III):

«...La escritura así otorgada ante escribano haría plena prueba a menos que la hubiese en contrario».

[62] PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio. 1995. Ass. 237:

«Deve Diego de Paredes, regidor e veçino de la villa de Madrit, a Diego Gonçalez de Madrit tres mil maravedis de préstamo de que se otorgo por pagado renunçio las leys, etcetera; plazo en fin de febrero, o que dentro del dicho termino, que le de un conosçimiento de Juan Rodriguez de Gata de como le deve los dichos tres mil maravdis. Dio poder para que los cobre para si...».

Finalmente se enuncian los nombres y profesiones de los testigos, que en todos los casos se trata de tres personas, haciéndose además en algunos casos, constancia del juramento hecho por los contratantes de cumplir lo pactado en el contrato de préstamo.

7. CONCLUSIONES

Confiamos en que esta breve descripción de los contratos de préstamo pueda contribuir para incentivar otros estudios sobre el Derecho aplicado en el Madrid del siglo XV.

Lo cierto es que los registros notariales del Escribano del Concejo suponen una fuente de información de primera calidad para recrear este derecho realmente aplicado en el día a día, y que tal y como podemos apreciar, no siempre coincide con las disposiciones del Derecho positivo.

A este respecto, pese a encontrarnos en un periodo histórico en el que la legislación positiva prohibía de modo tajante la percepción de *intereses*, y a pesar de la aparente gratuidad que nos muestran los préstamos estudiados, debemos concluir, por las razones anteriormente indicadas, que nos encontramos ante contratos en los que de modo encubierto se pactan cláusulas de interés, principalmente bajo el otorgamiento por los contratantes de un capital principal mayor al efectivamente prestado, y que incluiría la porción correspondiente a los intereses.

El derecho que estos contratos nos muestran es un derecho profundamente *romanizado*, en el que los efectos de la recepción romano-justinianea se muestran de forma evidente. En este contexto interpretamos la presencia de cláusulas como la *exceptio non numerata pecunia*, o la pena del *doble* en caso de incumplimiento contractual.

El uso de estas cláusulas, provenientes de Las Partidas contribuyen a enriquecer las principales fuentes jurídicas aplicadas en el Madrid del siglo XV, como son el Fuero Real y el Ordenamiento de Alcalá de 1348.

En lo que se refiere a la actuación de los escribano madrileños a la hora de dar forma legal a los préstamos estudiados podemos apreciar la preocupación en asegurar la eficacia del contrato, primando claramente el principio de la *seguridad jurídica* del acto.

Todo este conjunto de informaciones nos permiten conocer un poco mejor el proceso de desarrollo de una pequeña villa, basada en una economía aún predominantemente rural, pero en la que, por diversas razones, como son, su posición geográfica o su política con-

cejil de absoluta fidelidad a la corona frente al poderoso concejo segoviano, se están paulatinamente gestando las condiciones que apenas un siglo después determinaron que fuera escogida por Felipe II como sede de la Corte y capital de un Imperio.

8. BIBLIOGRAFÍA

Formularios y Registros Notariales

Cuesta Gutiérrez, Luisa. *Formulario notarial castellano del siglo XV.* Madrid, 1947.

Pérez-Bustamante, Rogelio. *Los registros notariales de Madrid. 1441-1445.* Madrid, 1995.

Sánchez, Galo. *Colección de fórmulas jurídicas castellanas de la Edad Media.* AHDE, II, III, IV y XII.

Uruburu Colsa, Juan Manuel. *Los Registros Notariales de Madrid.* 1446-1448. Inédito.

Doctrina

Colmeiro, Manuel. *Cortes de los antiguos reinos de León y Castilla.* RAH. Madrid, 1889.

Cornejo, Andrés. *Diccionario Histórico y Forense del Derecho Real de España.* Madrid, 1779.

Covián, Víctor. *Enciclopedia Jurídica Española. XXV,* Madrid, 1935.

Díez-Picazo, Luis. *Sistema de Derecho civil.* Madrid, 1976

Lalinde Abadía, Jesús. *Iniciación histórica al Derecho español.* Barcelona, 1986.

Martí Miralles, J. La excepción non numerata pecunia y su renuncia. *Revista Jurídica de Cataluña,* XVIII

Legislación

Código de justiniano. Madrid, 1863.

Código de las siete partidas. Códigos Españoles Concordados y Anotados. Publicidad. Madrid, 1848.

El espéculo de las Leyes. Códigos españoles Concordados y Anotados. Publicidad. Madrid, 1848.

El fuero Juzgo. M. Minuesa. Madrid, 1878.

El fuero Real de España. Códigos Españoles Concordados y Anotados. Publicidad. Madrid, 1848.

El fuero viejo. Asso, J. Y De Manuel, M. Madrid, 1847.

El ordenamiento de Alcalá de 1348. Códigos Españoles Concordados y Anotados. Madrid, 1848.

Ordenamiento de la Cortes de Burgos de 1377. Archivo de la Villa de Madrid. S-393-9.

9. ABREVIATURAS

AHDE: Anuario de Historia del Derecho Español.
AVM: Archivo de la Villa de Madrid.
BRAH: Boletín de la Real Academia de la Historia.
RJC: Revista Jurídica de Cataluña.

INCIDENCIA DEL IRPF Y DEL IVA EN LOS ELEMENTOS AFECTOS

Por

ROSA GALARTZO FLORES

Doctora Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario por la Universidad de Extremadura

COMENTARIOS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. DELIMITACIÓN DEL TÉRMINO AFECTACIÓN. II. EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS. 2.1. Afectación parcial y el necesario límite de elementos patrimoniales. 2.2. Vinculación de elementos afectos en el supuesto de bienes gananciales. III. EL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO.

I. INTRODUCCIÓN. DELIMITACIÓN DEL TÉRMINO AFECTACIÓN

El estudio de los elementos patrimoniales que el contribuyente destina al ejercicio de su actividad adquiere gran relevancia en el ámbito de las actividades económicas, esto es, sería imposible que un empresario o profesional pudiera desarrollar su actividad sin los elementos de inmovilizado necesarios. Por ello creemos que se trata de un asunto relevante objeto de determinemos a pesar de que son varios los tributos que inciden en este tipo de elementos, como son los tributos locales, las tasas, las contribuciones especiales, el impuesto sobre sociedades, el impuesto sobre el patrimonio, el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, hemos creído conveniente detenernos en, los que, a nuestro juicio, tienen especial relevancia respecto a ello, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el Impuesto sobre el Valor Añadido. Se trata como bien señalara CALVO ORTEGA[1] de un tipo bienes que producen varios efectos tributarios muy diversos y, en ocasiones, da lugar a situaciones complejas.

El tratamiento de la afectación por parte del legislador no ha sido beneficioso para los elementos que se encuentran en esta situación, más bien al contrario, ha sufrido un gran castigo, porque «los

[1] En el Prólogo a la obra de GONZALEZ SÁNCHEZ, *Fiscalidad de la adquisición de bienes a la empresa*, Los Libros, Valladolid, 1993, p. 5.

INCIDENCIA DEL IRPF Y DEL IVA EN LOS ELEMENTOS AFECTOS

POR

ROSA GALAPERO FLORES

DOCTORA TITULAR EU DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO DE LA UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. DELIMITACIÓN DEL TÉRMINO AFECTACIÓN 2. EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS. 2.1. Afectación parcial y el uso simultáneo de elementos patrimoniales. 2.2. Titularidad de elementos afectos en el supuesto de bienes gananciales. 3. EL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO.

1. INTRODUCCIÓN. DELIMITACIÓN DEL TÉRMINO AFECTACIÓN

El estudio de los elementos patrimoniales que el contribuyente destina al ejercicio de su actividad adquiere gran relevancia en el ámbito de las actividades económicas, esto es, sería impensable que un empresario o profesional pudiera desarrollar su actividad sin los elementos de inmovilizado necesarios. Por ello creemos que se trata de un asunto relevante objeto de detenimiento; a pesar de que son varios los tributos que inciden en este tipo de elementos, como son los tributos locales, las tasas, las contribuciones especiales, el impuesto sobre sociedades, el impuesto sobre el patrimonio, el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, hemos creído conveniente detenernos en, los que, a nuestro juicio, tienen especial relevancia respecto a ello, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el Impuesto sobre el Valor Añadido. Se trata como bien señalara CALVO ORTEGA [1] de un tipo bienes que produce «unos efectos tributarios muy diversos y, en ocasiones, da lugar a situaciones complejas».

El tratamiento de la afectación por parte del legislador no ha sido beneficiosa para los elementos que se encuentran en esta situación, más bien al contrario, ha sufrido un gran casuismo, porque nos

[1] En el Prólogo a la obra de GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *Fiscalidad de la afectación de bienes a la empresa*, Lex Nova, Valladlid, 1995, p. 7.

encontramos con un término que despliega su eficacia en un campo plagado de conceptos indeterminados, como son empresa, profesión, a lo que hay que añadir los propios problemas de titularidad de estos elementos; delimitación de dos patrimonio separados o existencia de una única masa patrimonial con dos destinos distintos, por un lado, el ejercicio de la actividad, y por otro lado, el uso en la esfera privada por parte del empresario o profesional [2].

Previo al estudio de citados impuestos, hemos considerado conveniente detenernos en la delimitación del término afectación. No podemos olvidar que un aspecto de la afectación es la desafectación, que de forma muy global la podemos calificar como la actividad que implica trasladar o destinar bienes que estaban en el patrimonio del contribuyente, al ejercicio de la actividad económica por parte del empresario o profesional.

En cuanto a la delimitación de la afectación de elementos patrimoniales, partimos de la inexistencia de una definición legal, el legislador se refiere a ella a efectos de los distintos tributos pero no ha conseguido, en palabras de GONZÁLEZ SÁNCHEZ [3], «una correcta sistematización de este aspecto tributario». Pero a pesar de esta falta de definición legal y de tratamiento unitario, a nuestro juicio, estamos ante una institución de carácter unitario, que debe ser objeto de una definición única por parte del legislador y que se adaptara, en la medida de lo posible, a cada uno de los tributos donde se produzca la situación de afectación, pero ésta no es la realidad, y como veremos en este trabajo, el legislador regula, de forma no detallada, la afectación en las leyes reguladoras del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en el Impuesto sobre el Valor Añadido.

Por tanto, debemos acudir a las distintas teorías doctrinales para encontrar la definición de este término, estas posiciones doctrinales [4] coinciden en que por afectación debemos entender el acto en virtud del cual el empresario o profesional destina bienes al ejercicio de la actividad económica, esos bienes pueden provenir del patrimonio privado del mismo contribuyente, o puede tratarse de bienes que no han permanecido en la esfera privada del contribuyente, sino que éste los adquiere mediante un negocio jurídico y los destina directa-

[2] En el mismo sentido, CALVO ORTEGA en el Prólogo a la obra de GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *Fiscalidad de la afectación de bienes a la empresa, ob. cit.*, p. 7.

[3] Fiscalidad de la afectación de bienes a la empresa, *ob. cit.*, pág. 15.

[4] Pueden verse entre otras las teorías de los siguientes autores; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *Fiscalidad de la afectación de bienes a la empresa, ob. cit.*, p. 49; CORRAL GUERRERO, «Comentarios a los artículos 5 y 6 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF», en la obra colectiva, *Comentarios a la Ley y al Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y a la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio* (Dir. F. Vicente-Arche Domingo), Colex, Madrid, 1995, pp. 58 y 59. CENCERRADO MILLÁN, *La tributación del patrimonio empresarial y profesional de la persona física*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 130.

mente al desarrollo de su actividad, es decir, en este segundo supuesto no hay traspaso de un ámbito patrimonial a otro, sino que directamente el elemento patrimonial pasa a integrar, junto al factor humano, el proceso de generación de rendimientos de la actividad económica.

También es necesario abordar en es parte introductoria del trabajo, y partiendo de la definición que hemos realizado de la afectación de elementos patrimoniales, el tratamiento del patrimonio del contribuyente, esto es, debemos determinar si el contribuyente persona física que ejerce una actividad económica es titular de dos masas patrimoniales totalmente separadas o si por el contrario, nos encontramos ante una única masa patrimonial susceptible de usos distintos; al respecto, opinamos que estamos ante un conjunto patrimonial único perteneciente a un contribuyente pero que este libremente y atendiendo a las necesidades personales o profesionales, puede destinar a su esfera privada o bien al ejercicio de la actividad económica, siempre y cuando, en este segundo supuesto, los bienes sean aptos para satisfacer las necesidades empresariales. El legislador tributario no se manifiesta en un único sentido, mientras que a efectos el Impuesto sobre el Valor Añadido se produce una clara delimitación entre el patrimonio empresarial y el patrimonio profesional; en el ámbito del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se considera que el contribuyente es titular de patrimonio único, aludiendo a dos funciones distintas de esa masa patrimonial única, y nos referimos al término único, porque a efectos tributarios, como ha puesto de manifiesto CENCERRADO MILLÁN [5], no podemos partir del concepto patrimonio separado que es utilizado por los civilistas [6], por cuanto este término alude a «aquel conjunto de derecho u obligaciones que posee un ámbito propio de responsabilidad, será totalmente imposible concebir el patrimonio empresarial y profesional como un patrimonio separado, ya que la persona física no posee dos ámbitos distintos de responsabilidad, uno particular y otro empresarial, sino que del resultado de su actividad empresarial o profesional responde con todos sus bienes —incluidos los pertenecientes al denominado patrimonio persona—

[5] La tributación del patrimonio empresarial y profesional de la persona física, *ob. cit.*, p. 19.

[6] En torno al concepto patrimonio separado, DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS señalan que «únicamente el Derecho objetivo autoriza en ciertos casos a considerar unitariamente un conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas independientes del patrimonio general. No cabe su creación por voluntad del titular, ni unilateralmente, ni tampoco por convenio o por negocio jurídico realizado con tras personas», *Instituciones de Derecho Civil, volumen I*, Tencos, Madrid, 1995, p. 265. En sentido similar: MONTES PENADES, «El patrimonio y los elementos patrimoniales», en la obra colectiva, *Derecho Civil. Parte General*, 2.ª edción, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 627.

de los resultados de la misma». Matizando el mismo autor más adelante, que este concepto sólo se puede trasladar a los supuestos en que los derechos y obligaciones se adscriben a una persona jurídica de responsabilidad limitada, en cuyo caso el titular del patrimonio no sería la persona física, sino la persona jurídica [7]. Esta existencia de un único conjunto patrimonial es lo que hace que se permitan los traspasos de elementos de un ámbito de actuación a otro, y aquí es donde radica la importancia de una regulación adecuada de la afectación y desafectación de elementos patrimoniales.

2. EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

La Ley 40/1998, de 9 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas ha llevado a cabo una regulación de los elementos patrimoniales afectos de forma muy similar a como ya lo hiciera su precedente normativo la Ley 18/1991, de 6 de junio, reguladora de citado impuesto. Únicamente apreciamos una diferencia sustancial en lo que se refiere al tratamiento de las variaciones patrimoniales que se ponen de manifiesto en la transmisión de los elementos afectos, de forma muy somera, (porque esta materia conlleva un estudio más largo que el que aquí pretendemos realizar), a este supuesto de hecho se le aplicarán las normas recogidas en la Sección 4.ª, del Capítulo I del Título II, que lleva el título «Ganancias y pérdidas patrimoniales». Esto es, se aplicará toda la normativa que al respecto contenga le Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y no lo establecido para las variaciones patrimoniales en la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sociedades. Esta era la norma que se aplicaba bajo la vigencia de la Ley 18/1991, que remitía a la Ley del Impuesto sobre Sociedades para calcular el beneficio extraordinario que se producía cuando se transmitía un elemento patrimonial afecto.

La Ley del IRPF se refiere a los elementos afectos en diversos preceptos de su articulado, por un lado, en los artículos que regulan los rendimientos de capital, en concreto en el artículo 19 cuando define los rendimientos del capital y alude a ello como la «totalidad de las utilidades o contraprestaciones cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que provengan, directa o indirectamente, de elementos patrimoniales, bienes o derechos, cuya titula-

[7] CENCERRADO MILLÁN, La tributación del patrimonio empresarial y profesional de la persona física, *ob. cit.*, p. 21.

ridad corresponda al contribuyente y no se hallen afectos a actividades económicas realizadas por el mismo». Conforme a esta definición se exige como bien ha puesto de relieve ÁLVAREZ BARBEITO [8] ausencia de afectación para que los elementos patrimoniales generen rendimientos de capital y no rendimientos de actividad económica. En consecuencia y, como más adelante, añade esta autora [9], «los rendimientos de actividades económicas ejercen su vis atractiva sobre las rentas derivadas de elementos patrimoniales afectos. Se evita así la posibilidad de un doble gravamen sobre las mismas, toda vez que, como no podía ser de otro modo, la calificación de esos rendimientos en un sentido excluye la otra». En consecuencia, para delimitar los rendimientos de capital es necesario determinar, en primer lugar, la no afectación del elemento patrimonial.

Para saber cuándo un elemento patrimonial está o no es situación de afectación al ejercicio de una actividad económica, la propia Ley 40/1998 establece en su artículo 27 las condiciones que deben reunir los elementos patrimoniales para ser considerados afectos, y decimos «las condiciones que deben reunir los elementos patrimoniales para ser considerados afectos», porque citado precepto no ofrece, como ya se ha expuesto, una definición del término afectación.

Según el artículo 27 se consideran elementos afectos a una actividad económica los siguientes:

a) Los bienes inmuebles en los que se desarrolla la actividad del contribuyente.
b) Los bienes destinados a los servicios económicos y socioculturales del personal al servicio de la actividad. No se consideran afectos los bienes de esparcimiento y recreo o, en general, de uso particular del titular de la actividad económica.
c) Cualesquiera otros elementos patrimoniales que sean necesarios para la obtención de los respectivos rendimientos. En ningún caso tendrán esta consideración los activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad y de la cesión de capitales a terceros.

En cuanto a los requisitos que deben cumplir los elementos afectos, nos detendremos de forma especial en el que mayores comentarios merece, el de la necesidad de los elementos patrimoniales para calificarlos de afectos.

[8] *Los rendimientos de capital en el IRPF*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1999, 2.ª edición, p. 241.
[9] ÁLVAREZ BARBEITO, Los rendimientos de capital en el IRPF, p. 242.

Respecto a los dos primeros establecidos, en primer lugar, los bienes inmuebles destinados al ejercicio de la actividad, que siempre serán considerados afectos.

Y, en segundo lugar, los bienes destinados a los servicios económicos y socioculturales del personal al servicio de la actividad. Estableciéndose expresamente que no se consideran afectos los bienes de esparcimiento y recreo o, en general, de uso particular del titular de la actividad económica.

2.1. Afectación parcial y el uso simultáneo de elementos patrimoniales

El artículo 27.2 de la Ley 40/1998 recoge, lo que se conoce como afectación parcial de elementos patrimoniales, en los siguientes términos:

> *«Cuando se trate de elementos que sirvan sólo parcialmente al objeto de la actividad económica, la afectación se entenderá limitada a aquella parte de los mismos que realmente se utilice en la actividad de que se trate. En ningún caso serán susceptibles de afectación parcial elementos patrimoniales indivisibles.*
>
> *Reglamentariamente podrá determinarse las condiciones en que, no obstante, su utilización para necesidades privadas de forma accesoria y notoriamente irrelevante, determinados elementos patrimoniales puedan considerarse afectos a una actividad».*

Por tanto, únicamente pueden afectarse parcialmente bienes divisibles, porque como bien señala GARCÍA NOVOA [10], se trata de un bien que va a ser valorado parcialmente con criterios distintos», y matiza más adelante que la afectación se entenderá limitada a aquella parte de los bienes que realmente se utilicen en dicha actividad, ello quiere decir que una parte del bien se valorará atendiendo a un criterio de valoración y otra parte atendiendo a otro».

> *Respecto a la imposibilidad de afectar parcialmente los elementos patrimoniales indivisibles, la Dirección General de tributos ha establecido en contestación a una consulta de 29-3-2000 en torno a los bienes indivisibles que «no puede entenderse como afecta a la actividad económica una plaza de garaje adquirida para estacionar tanto el vehículo del titular de la misma como los de los clientes, dado que se destinaría en parte a satisfacer necesidades particulares, y los elementos indivisibles, como las plazas de garaje, no son susceptibles de afectación parcial»* [11].

[10] En «Comentarios al artículo 11 de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio», en la obra colectiva *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta y a la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio*. Libro homenaje a Luis Mateo Rodríguez, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 1643.

El Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, regula además de la afectación parcial, otra situación que puede darse en los elementos afectos, «la utilización simultánea de elementos patrimoniales afectos» en el ejercicio de la actividad económica y en el seno del ámbito privado de actuación del contribuyente, esto es, en los momentos en que no ejerza su actividad económica, siempre que este uso sea de forma accesoria y notoriamente irrelevante. Por lo que determinaremos qué debemos entender por «utilización de forma accesoria y notoriamente irrelevante», en cuyo caso, un uso privado de estas características no supone que los elementos dejen de estar afectados exclusivamente al ejercicio de la actividad.

Debemos distinguir entre afectación parcial y *uso simultáneo de un elemento patrimonial, de forma accesoria y notoriamente irrelevante* en el ámbito privado del contribuyente que desarrolla la actividad económica, lo que significa que todo el bien se utiliza unas veces en el ámbito profesional y otras el uso se destina a otros fines, pero este uso es intranscendente, siendo la finalidad principal de este elemento la actividad económica. A este supuesto alude expresamente el artículo 27.2 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, cuando se refiere a la utilización de determinados elementos patrimoniales, para necesidades privadas de forma accesoria y notoriamente irrelevantes, lo que supone que el destino principal de estos bienes es el desarrollo de la actividad económica, en estos supuestos el bien se considera afecto en su totalidad lo que supone que se aplicará a la totalidad del bien el régimen tributario de los elementos patrimoniales afectos.

[11] En el mismo sentido la consulta n.º 0360-00 de 29-02-2000, señala respecto a la siguiente consulta: La parte consultante desarrolla la actividad de «expendeduría oficial de loterías. Debido a la dificultad de aparcamiento en la zona donde está ubicada la expendeduría, ha adquirido dos plazas de aparcamiento en un edificio cercano: una para uso particular y la otra para el negocio, la cuestión planteada es si la plaza de aparcamiento destinada al negocio es elemento afecto a la actividad. La contestación de la Administración es la siguiente: «La plaza de aparcamiento destinada al negocio tendrá la consideración de elemento patrimonial afecto siempre que se utilice en los fines de la actividad y no se destine a satisfacer necesidades particulares de la consultante, ya que, en caso de destinar la plaza de garaje tanto para uso particular como par su utilización por los empleados y clientes del negocio, es preciso tener en cuenta que, según puntualiza el mencionado artículo 27 en su apartado 3, los elementos patrimoniales indivisibles no son susceptibles de afectación parcial. Por tanto, conforme con lo expuesto, solamente, si la plaza de aparcamiento tiene la consideración de elemento afectos será amortizable el precio de adquisición, debiendo excluirse —al tratarse de edificaciones— el valor del suelo».

La remisión reglamentaria que establece el artículo 27.2 de la Ley 40/1998, viene determinada en el Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que en su artículo 21 apartado 4 señala:

«Se considerarán utilizados para necesidades privadas de forma accesoria y notoriamente irrelevante los bienes del inmovilizado adquiridos y utilizados para el desarrollo de la actividad económica que se destinen al uso personal del contribuyente en días y horas inhábiles durante los cuales se interrumpa el ejercicio de dicha actividad.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación a los automóviles de turismo y sus remolques, ciclomotores, motocicletas, aeronaves o embarcaciones deportivas o de recreo, salvo los siguientes supuestos:

a) Los vehículos mixtos destinados al transporte de mercancías.
b) Los destinados a la prestación de servicios de transporte de viajeros mediante contraprestación.
c) Los destinados a la prestación de servicios de enseñanza de conductores o pilotos mediante contrapestación.
d) Los destinados a los desplazamientos profesionales de los representantes o agentes comerciales.
e) Los destinados a ser objeto de cesión de uso con habitualidad y onerosidad.

A esos efectos, se considerarán automóviles de turismo, remolques, ciclomotores, y motocicletas los definidos como tales en el anexo del Real Decreto Legislativo 339/1990, de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, así como los definidos como vehículos mixtos en dicho anexo y, en todo caso, los denominados vehículos todo terreno o jeep.»

Este precepto viene a ser una copia del anterior artículo 1 apartado 4 párrafo segundo del Real Decreto 1841/1991, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, excepto en la determinación de los tipos de vehículos a los que si se puede aplicar la utilización de forma accesoria y notoriamente irrelevante, por cuanto el anterior Reglamento remitía al artículo 62 del Real Decreto 2028/1985, de 30 de octubre, por el que se aprobó el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, mientras que el nuevo Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas elude esa remisión y cita exactamente estos vehículos,

pero hay que señalar que en esta relación no se recogen dos supuestos incluidos en la normativa derogada que por el contrario si están previstos en las letras a) a f) del apartado 1.°, del número 1 del artículo 62 del Real Decreto 2028/1995, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del IRPF, estos supuestos excluidos son los siguientes:

— Los destinados por sus fabricantes a la realización de pruebas, ensayos, demostraciones o a la promoción de ventas.
— Los utilizados en servicios de vigilancia.

Esta nueva regulación, respecto a los elementos citados, supone que estos vehículos no son considerados afectos, lo que implica no poder considerar como gastos fiscales los derivados de los mismos, incluidas las amortizaciones [12].

Puesto que estamos citando el anterior Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, debemos referirnos a la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1998 [13], que resolvió el recurso interpuesto por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales cuya pretensión principal es la declaración de nulidad total del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto 1841/1991, de 30 de diciembre, ampliada al Real decreto de modificación del anterior 753/1992, de 26 de junio, y por otro, la pretensión subsidiaria que aquí nos interesa, la declaración de nulidad de determinados artículos del Reglamento citado.

Entre estos preceptos recurridos, el primero de ellos el párrafo 2.° del apartado 4 del artículo 1.° del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de 30 de diciembre de 1991, fundamentándose esta pretensión en la vulneración del mandato contenido en el artículo 6, apartado 1, letra c) de la Ley 18/1991, de 6 de junio, de citado Impuesto [14].

---

[12] Cfr. CORDÓN EZQUERRO, MANCHEÑO GARCÍA-LAJARA y FERNÁNDEZ MOLINA, en la obra conjunta *Impuesto sobre la Renta 1999. Comentarios y casos prácticos*. Centro de Estudios Financieros, Madrid, 1999, p. 328.

[13] Rec. n.° 6560/1992. Ponente Excmo. Sr. D. Pascual Sala Sánchez.

[14] Este precepto establecía:

«Se consideran elementos patrimoniales afectos a una actividad empresarial o profesional:

(...)

c) Cualesquiera otros elementos patrimoniales que sean necesarios para la obtención de los respectivos rendimientos.

Cuando se trate de elementos patrimoniales que sirvan sólo parcialmente al objeto de la actividad empresarial o profesional, la afectación se entenderá limitada a aquella parte de los mismos que realmente se utilice en la actividad de que se trate. En ningún caso serán susceptibles de afectación parcial elementos patrimoniales indivisibles.

En concreto, la recurrente consideró carente de cobertura por el artículo 6.º.1 de la Ley 18/1991, la no aplicación de utilización de forma accesoria y notoriamente irrelevante a los vehículos de turismo y sus remolques, motocicletas, aeronaves o embarcaciones deportivas o de recreo. «La parte recurrente entiende que la introducción de esta excepción conculca la previsión legal, por cuanto excluye de la posibilidad de quedar afectado a una actividad empresarial el automóvil o la motocicleta de un sujeto pasivo que lo dedica efectivamente a la misma y sólo en días u horas inhábiles lo dedica a su uso personal».

La Sala no comparte esta interpretación. «La Ley, en el acabado de transcribir último párrafo del artículo 6.º.1, remite al Reglamento no sólo la determinación de las condiciones que deben concurrir en los elementos patrimoniales para que, no obstante su utilización en necesidades privadas de forma accesoria y notoriamente irrelevante, puedan considerarse afectos a una actividad empresarial o profesional, sino que le habilita también para 'determinar' esos mismos elementos patrimoniales. No otra cosa puede significar la utilización del participio 'determinados' referido a los elementos patrimoniales que pueden considerarse afectos a actividades empresariales o profesionales no obstante su utilización para necesidades privadas en forma accesoria y notoriamente irrelevante. Es el Reglamento el que habrá de realizar la aludida concreción, pudiendo, por tanto y al hacerlo excluir determinados bienes, que es lo en definitiva recogido en el precepto impugnado. Si, como antes se ha dicho, el principio general, conforme se desprende implícitamente de la Ley y explícitamente del Reglamento, sin que este extremo haya sido siquiera cuestionado, es el de que sólo pueden considerarse afectos los elementos patrimoniales que el sujeto pasivo utilice exclusivamente para los fines de la actividad de que se trate y si, por consiguiente, una utilización exclusiva simultánea para fines de la actividad y para fines particulares no sería, evidentemente, utilización exclusiva para los fines de aquélla, la solución del Reglamento lo que ha significado es una corrección a la rigidez de tal principio de acuerdo con la previsión de la Ley, que en realidad ha habilitado a la norma reglamentaria para la fijación o definición de una excepción al principio general entes indicado, es decir, al de que la simultaneidad de uso de un elemento patrimonial supone no afectación».

Sin perjuicio de los dispuesto en el párrafo anterior y en la letra b) del apartado cuatro del artículo 5, reglamentariamente podrán determinarse las condiciones en que, no obstante su utilización para necesidades privadas de forma accesoria y notoriamente irrelevante, determinados elementos patrimoniales podrán considerarse afectos a una actividad empresarial o profesional.»

Por todo lo señalado, la Sala considera que: «No existen, pues, términos hábiles para reconocer extralimitación alguna de la norma reglamentaria respecto de la cobertura en este punto».

En consecuencia, tanto la Sentencia citada como la normativa del Impuesto consideran esta excepción como correcta, pues siguen con el criterio restrictivo en la relación con la posibilidad de afectar a la actividad económica del contribuyente los vehículos, ahora bien, a pesar de que la excepción establecida en la norma reglamentaria sea correcta, la nueva Ley, y el nuevo Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ha debido seguir el planteamiento que se ha establecido en la última reforma de la Ley del IVA, contenida en la redacción dada a los artículos 95 y 96 [15] de la Ley del IVA por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Este nuevo planteamiento atiende a la posibilidad de afectar parcialmente bienes de inversión de carácter indivisible y que, en el caso de vehículos, como regla general, presume una afectación del 50 por 100 salvo prueba en contrario [16].

La Ley del IRPF se ha hecho eco con este modo de actuar del sentir de la Dirección General de Tributos [17] que en numerosas ocasiones

[15] Preceptos que regulan el derecho a la deducción del IVA soportado por los empresarios o profesionales, en concreto, el artículo 95. Tres. 2.ª establece:

«No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, las cuotas soportadas por la adquisición, importación, arrendamiento o cesión de uso por otro título de los bienes de inversión que se empleen en todo o en parte en el desarrollo de la actividad empresarial o profesional podrán deducirse de acuerdo con las siguientes reglas:

Cuando se trate de vehículos automóviles de turismo y sus remolques, ciclomotores y motocicletas, se presumirán afectados al desarrollo de la actividad empresarial o profesional en la proporción del 50 por 100.

[16] En este mismo sentido se han manifestado PEREZ ROYO en los siguientes términos: «Debía haberse adoptado el mismo criterio a efectos de la imposición personal sobre la renta del empresario o profesional y permitir que, de la misma forma que puede recuperarse la mitad del IVA soportado en la adquisición del vehículo, pudiera recuperarse la mitad del valor de adquisición des mismo a través de la amortización. De hecho, esta materia hasta ahora siempre se había regulado sobre las mismas bases en ambos impuestos hasta el extremo de que el anterior Reglamento del IRPF contenía una remisión expresa al la normativa del IVA sobre el particular. Este tratamiento homogéneo se ha roto en el nuevo Reglamento del IRPF, lo que pone claramente de manifiesto que los cambios introducidos en la Ley del IVA el año pasado fueron forzados por la jurisprudencia del TJCE y no introducidos de buen grado por el legislador», en *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ob. cit.*, p. 199; GORDILLO, M., JIMÉNEZ, E., NUÑEZ, y REY, F., que ponen de manifiesto el choque que se produce entre esta norma y lo previsto en la normativa del Impuesto sobre le Valor Añadido, en la obra colectiva *El impuesto sobre la renta. Comentarios a la Ley 40/1998 y a su Reglamento, ob. cit.*, p. 255.

[17] Resoluciones de 18-01-1993; 17-09-1993; 17-07-1992; 27-01-1994. Todas ellas en *IRPF. Doctrina de la Dirección General de Tributos*, 1995, pp. 484 y ss. Y en Contestación de 12 de mayo de 1999, donde se establece que «para que un automóvil se considere afecto a una actividad se requiere que el vehículo se encuentre exclusivamente afectado a la actividad, es decir, que se utilice únicamente para el ejercicio de la actividad profesional desarrollada por el consultante, sin que existan otros condicionantes que impliquen su

se ha manifestado en torno a este asunto no considerando elementos afectos los vehículos que determinados profesionales dedican al ejercicio de sus respectivas actividades y a usos particulares, lo que supone, en definitiva, la imposibilidad de computar como gastos fiscales los gastos derivados de estos elementos incluidas las amortizaciones.

Lo que va a suponer, como ha señalado PEREZ ROYO[18] que se produzcan «situaciones absurdas, como que el contribuyente deba tener registrado, a efectos del IVA, en el activo de su balance vehículos que, conforme a la legislación del IRPF, no forman parte de su patrimonio empresarial y, en consecuencia, no deberían estar registrados como tales».

Para terminar, entendemos que dentro de las necesidades privadas a que se refiere el precepto legal y su desarrollo reglamentario, no está incluido el autoconsumo, porque como bien señaló GONZALEZ SANCHEZ[19], «este no es algo desvinculado de la empresa, ya que los bienes se producen en el seno de la misma y en relación con ella han de ser computados, lo único que varía es el destino, pues en lugar de ir a terceros quedan en el ámbito del titular de la empresa».

En este supuesto, el bien se considera afecto en su totalidad, pero es susceptible de uso en el ámbito privado en días u horas inhábiles a efectos del desarrollo de la actividad, en este caso es indiferente que el bien sea divisible o indivisible; la diferencia con la afectación parcial radica en que en este caso el tratamiento fiscal del bien será por un lado, como bien afecto para la parte afecta, y por otro lado, como bien afecto para la parte no afecta, por ello es necesario que el elemento patrimonial sea divisible[20].

No siendo de aplicación esta posibilidad a los automóviles de turismo y sus remolques, ciclomotores, motocicletas, aeronaves o embarcaciones deportivas o de recreo, salvo los supuestos que el propio reglamento establece:

a) Los vehículos mixtos destinados al transporte de mercancías.
b) Los destinados a la prestación de servicios de transporte de viajeros mediante contraprestación.
c) Los destinados a la prestación de servicios de enseñanza de conductores o pilotos mediante contraprestación.

afectación a la actividad, (...)». Puede consultarse en *Tribuna Fiscal* n.º 110, 1999, p. 11 y 12.

[18] *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ob. cit.*, pp. 199-200.

[19] *Fiscalidad de la afectación de bienes a la empresa, ob. cit.*, pág. 82.

[20] Así lo ha manifestado GARCÍA NOVOA, en *Comentarios al artículo 11 de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, ob. cit.*, p. 1643.

d) Los destinados a los desplazamientos profesionales de los representantes o agentes comerciales.
e) Los destinados a ser objeto de cesión de uso con habitualidad y onerosidad.

En cuanto a este tipo de elementos cuyo uso simultáneo para actividades privadas no está permitido en la legislación, han sido muchas las consultas planteadas a la Dirección General de Tributos, que se ha manifestado siempre en sentido similar, no otorgando esta posibilidad de uso simultáneo a los vehículos turismo, así la consulta vinculante (V0024-00) de 2-3-2000, donde se establece que «no pueden entenderse como exclusivamente afectos los vehículos mixtos destinados al traslado de pintura y demás materiales o utensilios, cuando se utilicen también para fines particulares, aunque sea de manera accesoria, ya que no se trata de vehículos mixtos destinados al transporte de mercancías. Por tanto, para que estos vehículos tuvieran la consideración de elemento patrimonial afecto, sería necesaria la utilización exclusiva para fines de la actividad empresarial»[21].

2.2. Titularidad de elementos afectos en el supuesto de bienes gananciales

El artículo 27.3 de la Ley 4071998 regula la titularidad de los elementos afectos en los siguientes términos:

«La consideración de los elementos patrimoniales afectos lo será con independencia de que la titularidad de estos en caso de matrimonio, resulte común a ambos cónyuges».

El sentido del precepto es claro, si el elemento patrimonial se encuentra afecto al ejercicio de la actividad económica porque reúne los requisitos necesarios, esta situación no se altera por el hecho de que el elemento patrimonial atienda a una titularidad compartida entre ambos cónyuges, por tanto, el elemento patrimonial en su totalidad será considerado a efectos tributarios como elemento afecto[22].

Esta titularidad compartida va referida únicamente a cónyuges, por tanto, entendemos no es trasladable a cualquier otra titularidad

[21] En el mismo sentido pueden consultarse las consultas n.º 1138-99, de 30-6-1999; n.º 0605-00 de 14-3-2000; n.º 0345-00 de 24-02-2000.

[22] Al respecto, VVAA señalan que: «una vez cumplidos dichos requisitos se entenderán totalmente afectos cuando la titularidad sea común a ambos cónyuges, aunque sólo uno de ellos ejerza la actividad económica». *Guía de la Ley del Impuesto sobre la Renta*, CISS, Valencia, 1999, p. 252.

compartida[23], ni siquiera entre miembros de una misma unidad familiar, que no sean los cónyuges[24]. Por otro lado, entendemos que puede tratarse de cualquier tipo de titularidad compartida por ambos cónyuges, ya sea la proveniente del régimen legal de la sociedad de gananciales u otra que no sea esta pero que implique titularidad conjunta de elementos patrimoniales[25].

La norma, aparentemente clara y sencilla, no lo es, y es criticable porque, como bien ha señalado PÉREZ ROYO[26], «Se quiebran dos

[23] No son de la misma opinión GORDILLO, M., JIMÉMEZ, E., LÉRIDA, T. y NÚÑEZ, I., en la obra conjunta, *Las nuevas Leyes del Impuesto sobre la Renta y el Patrimonio*, Arthur Andersen, Madrid, 1991, p. 197.

[24] Si comparten esta opinión, SITJAR DE TOGORES, «Tratamiento de las alteraciones patrimoniales generadas por elementos afectos a actividades empresariales y profesionales», *Impuestos*, tomo I, 1994, pág. 212; RUIZ TOLEDANO, «Artículo 6. Elementos patrimoniales afectos», En la obra con AAVV *Comentarios a la Leyes Tributarias*, Tomo I, Vol. 1, *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Artículos 1 a 43, Edersa, Madrid, 1998, pág. 61.

[25] En el mismo sentido, CORRAL GUERRERO, «Comentarios al artículo 6 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», en la obra con AAVV *Comentarios a la Ley del IRPF y Reglamento del Impuesto*, (Dir. F. VICENTE-ARCHE DOMINGO); Colex, Madrid, 1993, pág. 62; PEREZ ROYO en *La nueva regulación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Marcial Pons, Madrid, 1991, pág. 126; SITJAR DE TOGORES, «Tratamiento de las alteraciones patrimoniales generadas por elementos afectos a actividades empresariales y profesionales», *ob. cit.*, pág. 212.

Por el contrario, PÉREZ DE AYALA, C. considera que el precepto se refiere sólo a los bienes gananciales por las siguientes razones: «primero, porque el término bienes o derechos comunes es empleado, usual y también jurídicamente, con esta significación, contraponiéndolos a los bienes o derechos privativos de los cónyuges. así, el Código civil, al regular la sociedad de gananciales (Capítulo IV, Título III, Libro IV) rubrica su sección 2.ª. «De los bienes privativos y comunes», utilizando las expresiones «bienes comunes», «capital común», «fondos comunes» (arts. 1347, 1352, 1362 y 1373) como equivalente a gananciales. Ni una sola vez se encuentra el término «bien común» en las disposiciones relativas al régimen de participación en ganancias ni al de separación de bienes; en ellos, la titularidad compartida se designa con expresiones tales como pertenencia «en pro indiviso» (art. 1414) o «por mitad» (art. 1441).

En segundo lugar, algún fundamento puede encontrarse en el propio régimen de gananciales, para la exclusión de gastos por la afectación de bienes de este carácter, fundamento que no existe en otros regímenes económicos-matrimoniales. Así, cuando el C.C. dispone (art. 1362 C. c.) que «serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por... 4) la explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge». Y al disponer (art. 1364) que «el cónyuge que hubiese aportado bienes privativos para los gastos o pagos que sean de cargo de la sociedad tendrá derecho a ser reintegrado que, *a contrario sensu*, no procede cuando el bien aportado es ganancial.

En tercer lugar, en la medida en que la Ley del Impuesto, de alguna manera, ha «dado entrada» al régimen económico matrimonial, hay que ser consecuentes con ello. Cuestión distinta son los términos en que tal entrada se produce y si la Ley fiscal debe supeditarse a la Ley civil, (...)». «Comentarios al artículo 43 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», en la obra colectiva *Comentarios a la Ley del IRPF y Reglamento del Impuesto*, (Dir. VICENTE-ARCHE DOMINGO), ob cit., págs. 402 y 403.

De esta misma opinión es LÓPEZ DÍAZ que fundamenta su tesis en las diferencias que existen entre el régimen de gananciales y los distintos supuestos de comunidades de bienes entre los cónyuges, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y a la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio. Libro Homenaje a Luis Mateo Rodríguez, ob. cit.*, págs. 709 y ss.

[26] *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 176.

reglas o principios fundamentales en la regulación del impuesto: la presunción de retribución de las cesiones de capital y el criterio de que la renta se imputa al titular de la fuente que la origine. Ello además no afecta sólo a los bienes gananciales, como inicialmente puede pensarse, sino a cualquier bien de titularidad común entre los cónyuges. Pro tanto, un matrimonio con separación de bienes pero que tengan en mano común un inmueble o cualquier otro elemento patrimonial se verá influido, para bien o para mal, por la norma en cuestión. De esta manera, al distorsionarse la realidad se pueden dar situaciones difíciles de conciliar con el principio de capacidad contributiva o con el de igualdad, en la medida en que entendamos que el matrimonio no es razón objetiva sufciente para justificar la quiebra de este último».

Y matiza más adelante, que la norma, que se aleja de la titularidad real de los bienes y establece una ficción, puede conllevar a determinados problemas prácticos expuestos por PÉREZ ROYO[27] y que aquí resumimos:

1.º La dificultad a la hora de contabilizar la parte del elemento patrimonial que corresponde al cónyuge no ejerciente de la actividad, porque conforme a los principios contables admitidos, únicamente se puede contabilizar la parte del precio de adquisición del bien que corresponda a la titularidad real del cónyuge empresario.

Esta situación supone que no pueden dotarse las amortizaciones correspondientes al valor del bien correspondiente al otro cónyuge.

2.º Se produce una falta de coordinación entre las declaraciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre el Patrimonio. El artículo 7 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio establece que: «Serán de aplicación las normas sobre titularidad jurídica de los bienes y derechos contenidas en las disposiciones reguladoras del régimen económico del matrimonio, así como en los preceptos de la legislación civil aplicable en cada caso a las relaciones patrimoniales entre los miembros de la familia. La titularidad de los bienes y derechos que, conforme a las disposiciones o pactos reguladores del correspondiente régimen económico matrimonial, sean comunes a ambos cónyuges, se atribuirán por mitad a cada uno de ellos, salvo que se justifique otra cuota de participación. Cuando no resulte debidamente acreditada la titularidad de los bienes o derechos, la Administración Tributaria tendrá derecho a considerar como titular a quien figure como tal en un regis-

[27] *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ob. cit.*, págs. 201-202.

tro fiscal u otros de carácter público. Las cargas, gravámenes, deudas y obligaciones se atribuirán a los sujetos pasivos según las reglas y criterios de los párrafos anteriores». Esta norma implica que el cónyuge no ejerciente de la actividad económica deberá incluir en su declaración del Impuesto sobre el Patrimonio la parte de la titularidad del elemento patrimonial que le corresponde, conforme a estos criterios. Esta situación se ha solucionado con la última reforma del Impuesto sobre el Patrimonio, esto es, la nueva redacción del artículo 4 apartado 8 por la ley 66/1997, que establece la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio de los bienes y derechos que se destinen al ejercicio de la actividad económica, siempre que se cumplan determinadas circunstancias, exención que también afecta a «los bienes y derechos comunes a ambos miembros del matrimonio, cuando se utilicen en el desarrollo de la actividad empresarial o profesional de cualquiera de los cónyuges, siempre que se cumplan los requisitos del párrafo anterior».

De no existir esta exención se produciría un tratamiento asimétrico del patrimonio empresarial o profesional, mientras que a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, los rendimientos se imputarían al titular de la actividad en su totalidad, en el Impuesto sobre le Patrimonio, los rendimientos se atribuirán por mitad a cada uno de los cónyuges o en la parte proporcional.

3.° En caso de transmisión del elemento patrimonial afecto, la ganancia o pérdida patrimonial, a quien se imputa, al cónyuge ejerciente y al no ejerciente por mitad, o sólo al cónyuge ejerciente, consideramos en este punto, sin perjuicio, del desarrollo que sobre este asunto se contiene en el capítulo quinto de este trabajo, que la ganancia patrimonial habida se imputa a cada cónyuge en función de la parte de titularidad del elemento patrimonial que le corresponde.

Consideramos que esta solución que es la que se deduce del artículo 11.5 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que establece que:

«Las ganancias y pérdidas patrimoniales se considerarán obtenidas por los contribuyentes que, según lo previsto en el artículo 7 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, sean titulares de los bienes, derechos y demás elementos patrimoniales de que provengan».

En consecuencia, esta será la norma que se aplique a los supuestos de transmisión de elementos afectos cuya titularidad sea común a ambos cónyuges.

4.° En el supuesto de reinversión de la ganancia patrimonial obtenida en otro elemento que se destine al ejercicio de la actividad, se aplica el beneficio del diferimiento por reinversión, a toda la ganancia patrimonial o únicamente a la parte que corresponde al cónyuge ejerciente, entendemos que para ser coherentes con el punto anterior se debe aplicar el beneficio únicamente a la parte de la ganancia patrimonial que corresponde al cónyuge ejerciente.

Ahora bien, se puede producir la siguiente circunstancia, que se transmita un elemento patrimonial afecto de titularidad común a ambos cónyuges, el cónyuge ejerciente puede reinvertir la parte de su ganancia patrimonial en otro elemento que afecte al desarrollo de su actividad económica (A), es el supuesto en que el cónyuge no ejerciente de la actividad (A) pero si de su propia actividad económica (B), ¿podría reinvertir su parte de ganancia patrimonial por la transmisión del elemento que se destinaba a la actividad económica (A), en un elemento para su actividad económica (B). Nuestra opinión es que no existe ningún impedimento legal cuando la propia Ley del Impuesto sobre Sociedades permite la reinversión en un elemento destinado a una actividad distinta de aquella de la que provenía el elemento transmitido, ahora bien la duda puede surgir porque se requiere que sea el mismo sujeto el que ejerce las dos actividades para poder reinvertir en actividades distintas, entonces si atendemos a esta premisa no es posible.

5.° Otra de las cuestiones que surgen es cuál debe ser la valoración del elemento patrimonial para su afectación y desafectación, asunto que viene regulado en el artículo 22 del Reglamento del Impuesto, en primer lugar y para la afectación del elemento patrimonial que es de titularidad común a ambos cónyuges no parece que exista mucho problema, por cuanto el citado artículo establece que:

«Las afectaciones a actividades económicas de bienes o derechos del patrimonio personal se realizarán por el valor de adquisición que según las normas previstas en los artículos 33.1 y 34 de la Ley del Impuesto tuvieran en dicho momento».

Conforme a este precepto el valor de adquisición es únicamente uno, independientemente de cual sea la participación de cada uno de los cónyuges en la titularidad del elemento patrimonial.

Distinto es el supuesto de la desafectación del elemento patrimonial, ¿con qué valor se reintegra el bien al patrimonio del cónyuge no ejerciente?

El artículo 22.2 del Reglamento establece que:

«En las desafectaciones de bienes o derechos afectos a actividades económicas al patrimonio personal, se tomará a efectos de este Impuesto su valor contable en dicho momento, calculado de acuerdo con las amortizaciones que hubieran sido fiscalmente deducibles, computándose en todo caso la amortización mínima».

Entendemos que será con la parte del valor del bien que corresponde al cónyuge no ejerciente en proporción a su titularidad, teniendo en cuenta que sobre esta parte no se han podido dotar amortizaciones, porque si prevaleciese la idea de que el cónyuge que desarrolla la actividad empresarial puede practicar las amortizaciones sobre el valor total del bien de titularidad común, ¿por qué se ha de perjudicar el cónyuge no empresario —de cara, por ejemplo las futuras variaciones patrimoniales— con unas amortizaciones de las que no se benefició cuando se practicaron?

No obstante, no todas las opiniones doctrinales vertidas son en el sentido expuesto, ya que existen autores que opinan que esta norma es positiva. Así SOLER ROCH[18] señala que mediante el establecimiento de esta norma prevalece «el tratamiento unitario de la renta generada, por una misma fuente (el ejercicio de una actividad económica) sobre la titularidad patrimonial del capital invertido en dicha actividad; es una opción discutible pero, a nuestro juicio, acertada si se consideran las dificultades técnicas que una solución distinta plantea en el tratamiento impositivo de la inversión empresarial (amortizaciones, incendios o variaciones patrimoniales)».

Y RUIZ TOLEDANO[19] señala en sentido similar que «esta norma, a pesar de los problemas que plantea, supone una indudable mejora respecto a la anterior normativa, por lo que la crítica debe ser razonablemente positiva, especialmente si se tiene en cuenta que no veo ninguna posibilidad alternativa de tributación que no provoque, a su vez, otros problemas».

Además de esta situación, la ley regula otro supuesto que también afecta a la titularidad de los elementos patrimoniales, pero se trata de la titularidad exclusiva del cónyuge no ejerciente, al respecto el artículo 28 regla 3.ª de la Ley 40/1998 determina que:

[18] «La titularidad de la renta y el patrimonio en la nueva reforma», *Civitas Revista Española de Derecho Financiero* n.º 75, 1992, pág. 413.

[19] «Artículo 6. Elementos patrimoniales afectos», en la obra colectiva con AAVV, *Comentarios a las Leyes Tributarias* (Dir. CRUZ AMOROS, M.) Tomo I - Vol. 1.º, Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Artículos 1 a 43, *ob. cit.*, pág. 61.

«Cuando el cónyuge o los hijos menores del contribuyente que convivan con él, realicen cesiones de bienes o derechos que sirvan al objeto de la actividad económica de que se trate, se deducirá, para la determinación de los rendimientos del titular de la actividad, la contraprestación estipulada, siempre que no exceda del valor de mercado y, a falta de aquélla, podrá deducirse este último. La contraprestación o el valor de mercado se considerarán rendimientos del capital del cónyuge o los hijos menores a todos los efectos tributarios.

Lo dispuesto en esta regla no será de aplicación cuando se trate de bienes y derechos que sean comunes a ambos cónyuges».

El contenido del precepto también es claro, el cónyuge ejerciente deberá computar en el ejercicio impositivo como gasto deducible la partida correspondiente en concepto de la contraprestación que haya satisfecho, con los límites que se establecen que no exceda del valor de mercado. Debiendo el cónyuge cedente computar los rendimientos del capital mobiliario que procedan.

3. EL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO

Consideramos que la afectación y desafectación no tiene la misma trascendencia a efectos del IVA que la que se produce a efectos del IRPF, no obstante, la Ley 37/ 1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido al igual que sucede en la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, tampoco encontramos una definición del término afectación, citada norma se refiere a ella en la medida en que uno de los hechos imponibles gravados por este Impuesto son «las entregas de bienes y prestaciones de servicios», y especialmente las entregas de bienes, por lo que se han establecido por parte del legislador algunas normas expresas al respecto.

En el artículo 9 donde se regulan las operaciones asimiladas a las entregas de bienes, se consideran como entregas de bienes: la transferencia, efectuada por el sujeto pasivo de bienes corporales de su patrimonio empresarial o profesional a su patrimonio personal o al consumo particular de dicho sujeto pasivo, en este supuesto se está aludiendo a la desafectación de elementos patrimoniales y al autoconsumo; y por otro lado, la letra c) del número 1º del artículo 9 se refiere al cambio de afectación de bienes corporales de un sector a otro diferenciado de su actividad empresarial o profesional. El artículo 9.1.º c) ha sido modificado por la Ley 53/2002, de 30 de diciem-

bre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social[30], que viene a ser mucho más amplio en su contenido que su precedente. En la nueva redacción dada al precepto se establece a qué supuestos no es aplicable este caso de autoconsumo; cuándo estamos ante sectores diferenciados de la actividad empresarial o profesional.

[30] Este precepto queda redactado en los siguientes términos:

El cambio de afectación de bienes corporales de un sector a otro diferenciado de su actividad empresarial o profesional.

El supuesto de autoconsumo a que se refiere esta letra c) no resultará aplicable en los siguientes casos:

— Cuando, por una modificación en la normativa vigente, una determinada actividad económica pase obligatoriamente a formar parte de un sector diferenciado distinto de aquél en el que venía estando integrada con anterioridad.

— Cuando el régimen de tributación aplicable a una determinada actividad económica cambie del régimen general al régimen especial simplificado, al de la agricultura, ganadería y pesca, al del recargo de equivalencia o al de las operaciones con oro de inversión, o viceversa, incluso por el ejercicio de un derecho de opción.

Lo dispuesto en los dos guiones del párrafo anterior debe entenderse, en su caso, sin perjuicio de lo siguiente:

— De las regularizaciones de deducciones previstas en los artículos 101, 105, 106, 107, 109, 110, 112 y 113 de esta Ley.

— De la aplicación de lo previsto en el apartado dos del artículo 99 de esta Ley en relación con la rectificación de deducciones practicadas inicialmente según el destino previsible de los bienes y servicios adquiridos cuando el destino real de los mismos resulte diferente del previsto, en el caso de cuotas soportadas o satisfechas por la adquisición o importación de bienes o servicios distintos de los bienes de inversión que no hubiesen sido utilizados en ninguna medida en el desarrollo de la actividad empresarial o profesional con anterioridad al momento en que la actividad económica a la que estaban previsiblemente destinados en el momento en que se soportaron las cuotas pase a formar parte de un sector diferenciado distinto de aquel en el que venía estando integrada con anterioridad.

— De lo previsto en los artículos 134 bis y 155 de esta Ley en relación con los supuestos de comienzo o cese en la aplicación de los regímenes especiales de la agricultura, ganadería y pesca o del recargo de equivalencia respectivamente.

A efectos de lo dispuesto en esta Ley, se considerarán sectores diferenciados de la actividad empresarial o profesional los siguientes:

a') Aquéllos en los que las actividades económicas realizadas y los regímenes de deducción aplicables sean distintos.

Se considerarán actividades económicas distintas aquellas que tengan asignados grupos diferentes en la Clasificación Nacional de Actividades Económicas.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, no se reputará distinta la actividad accesoria a otra cuando, en el año precedente, su volumen de operaciones no excediera del 15 por ciento del de esta última y, además, contribuya a su realización. Si no se hubiese ejercido la actividad accesoria durante el año precedente, en el año en curso el requisito relativo al mencionado porcentaje será aplicable según las previsiones razonables del sujeto pasivo, sin perjuicio de la regularización que proceda si el porcentaje real excediese del límite indicado.

Las actividades accesorias seguirán el mismo régimen que las actividades de las que dependan.

Los regímenes de deducción a que se refiere esta letra a') se considerarán distintos si los porcentajes de deducción, determinados con arreglo a lo dispuesto en el artículo 104de esta Ley, que resultarían aplicables en la actividad o actividades distintas de la principal difirieran en más de 50 puntos porcentuales del correspondiente a la citada actividad principal.

La actividad principal, con las actividades accesorias a la misma y las actividades económicas distintas cuyos porcentajes de deducción no difirieran en más 50 puntos porcentuales con el de aquélla constituirán un solo sector diferenciado.

Pero es en del derecho a la deducción del impuesto satisfecho donde se presentan mayores referencias a la afectación y desafectación de elementos patrimoniales. Como por todos es sabido, la deducción, que constituye un derecho para el sujeto pasivo, es la operación en virtud de la cual el empresario o profesional resta de las cuotas repercutidas en sus entregas de bienes y prestaciones de servicios, las cuotas soportadas en las adquisiciones de bienes de bienes y servicios destinados al ejercicio de la actividad empresarial o profesional, también son deducibles las cuotas soportadas en las adquisiciones intracomunitarias o importaciones de bienes. Y dentro de este derecho, la legislación se refiere a la afectación y desafectación en la regulación de los límites del derecho a deducir, en el artículo 95.1 donde se establece que: *los empresarios o profesionales no podrán deducir las cuotas soportadas o satisfechas por las adquisiciones o importaciones de bienes o servicios que no afecten,* directa y exclusivamente[31], *a su actividad empresarial o profesional.*

Y establece que elementos patrimoniales no se consideran *afectos directa y exclusivamente a la actividad empresarial o profesional:*

— *Los bienes que se destinen habitualmente a dicha actividad y a otras de naturaleza no empresarial ni profesional por períodos de tiempo alternativos.*

— *Los bienes o servicios que se utilicen simultáneamente para actividades empresariales o profesionales y para necesidades privadas.*

— *Los bienes o derechos que no figuren en la contabilidad o registros oficiales de la actividad empresarial o profesional del sujeto pasivo.*

— *Los vienes y derechos adquiridos por el sujeto pasivo que no se integren en su patrimonio empresarial o profesional.*

— *Los bienes destinados a ser utilizados en la satisfacción de necesidades personales o particulares de los empresarios o profesionales, de sus familiares o del personal dependiente de los mismos,*

Las actividades distintas de la principal cuyos porcentajes de deducción difirieran en más de 50 puntos porcentuales con el de ésta constituirán otro sector diferenciado del principal.

A los efectos de lo dispuesto en esta letra a'), se considerará principal la actividad en la que se hubiese realizado mayor volumen de operaciones durante el año inmediato anterior.

b') Las actividades acogidas a los regímenes especiales simplificados, de la agricultura, ganadería y pesca, de las operaciones con oro de inversión o del recargo de equivalencia.

c') Las operaciones de arrendamiento financiero a que se refiere la Disposición Adicional Séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

d') Las operaciones de cesión de créditos o préstamos».

[31] El subrayado es nuestro.

con excepción de los destinados al alojamiento gratuito en los locales o instalaciones de la empresa del personal encargado de la vigilancia y seguridad de los mismos, y a los servicios económicos y socio-culturales del personal al servicio de la actividad.

Es decir, conforme a esta norma la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido no prevé la posibilidad de afectación parcial de elementos patrimoniales, a efectos de la deducción de las cuotas soportadas en su adquisición, salvo para los supuestos previstos en el apartado 3 del artículo 95:

En primer lugar, establece una previsión, que consideramos de carácter amplio, puesto que señala que cuando se trate de bienes de inversión distintos de los vehículos turismo, remolques, ciclomotores y motocicletas, las cuotas soportadas por su adquisición, importación, arrendamiento o cesión de uso por otro título de aquellos que se empleen en todo o en parte en el desarrollo de la actividad empresarial o profesional podrán deducirse en la medida en que dichos bienes vayan a utilizarse previsiblemente, de acuerdo con criterios fundado, en el desarrollo de la actividad.

En segundo lugar, cuando se trate de vehículos turismo, remolques, ciclomotores y motocicletas, se presumirán afectados al desarrollo de la actividad empresarial o profesional en la proporción del 50 por 100. No aplicándose esta regla a determinados supuestos previstos en el mismo artículo a los cuales se le aplica la afectación en un 100 por 100.

Respecto al tratamiento de los automóviles de turismo y demás citados, existe un tratamiento muy diferente a efectos del IVA y del IRPF, mientras que en el IVA siempre se presume afecto como mínimo el 50 por 100, por tanto será deducible el 50 por 100 de la cuota soportada en su adquisición; mientras que en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el vehículo se dedica exclusivamente al ejercicio de la actividad o no es posible su afectación en ninguna proporción.

En el ámbito de la afectación y desafectación de elementos patrimoniales, de los tres tipos de hecho imponible que quedan bajo la aplicación del Impuesto, tiene mayor importancia «las entregas de bienes y prestaciones de servicios» [32].

[32] El artículo 4.Uno de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido establece: «Estarán sujetas al impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, incluso si se efectúan en favor de los propios socios, asociados, miembros o partícipes de las Entidades que las realicen».

A efectos de la aplicación de este impuesto es de decisiva importancia determinar qué elementos patrimoniales se consideran afectos [33] porque este impuesto incide directamente en el tráfico empresarial, a lo que hay que añadir que para que el contribuyente pueda ejercer el derecho a la deducción de las cuotas de IVA soportado, tiene que tener separados sus dos patrimonios, el profesional y el empresarial, además la propia Ley del Impuesto se refiere en reiteradas ocasiones al patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo, por un lado, y al patrimonio personal, por otro lado.

En cuanto a la desafectación de elementos patrimoniales, el radio de acción de este concepto a efectos del IVA consideramos que es más amplio que en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. La Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido recoge bajo el autoconsumo de bienes, y en consecuencia gravable en el Impuesto sobre el Valor Añadido, lo que a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se considera como desafectación.

El artículo 9.1.º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre del Impuesto sobre el Valor Añadido, considera como autoconsumo de bienes, operación que se asimila a la entrega de bienes, y por tanto queda gravada por el Impuesto, «la transferencia, efectuada por el sujeto pasivo, de bienes corporales de su patrimonio empresarial o profesional a su patrimonio persona o al consumo particular de dicho sujeto».

Pero donde mayor importancia tiene la distinción entre elementos que forman parte del patrimonio empresarial y profesional, o parte del patrimonio privado del sujeto pasivo es en la aplicación del derecho a la deducción del impuesto satisfecho.

El derecho a la deducción regulado en los artículos 92 y siguientes de la Ley 37/1992, consiste en «una facultad, un derecho, que permite al sujeto pasivo compensar en su deuda tributaria lo satisfecho en la fase anterior y, subsidiariamente, si efectuada esta operación aún resultase un exceso a su favor, estaría legitimado para ejercitar una acción de restitución frente al Tesoro para obtener la cantidad pertinente, restitución que presenta peculiaridades características» [34].

[33] PALAO TABOADA considera que: «El momento decisivo para calificar la afectación o no al patrimonio empresarial es el de la deducción del IVA soportado. La admisión o rechazo de la deducción determina el régimen ulterior de los elementos patrimoniales, (...). En efecto, la deducción del IVA que tiene que hacerse valer por el sujeto pasivo en la correspondiente declaración-liquidación equivale a una manifestación de aquél de afectación del bien a la actividad empresarial o profesional. Esta declaración es suficiente para probar la afectación, salvo que la Administración demuestre lo contrario«. «Distinción entre patrimonio empresarial y privado a efectos del IVA», *ob cit.*, pág. 617.

[34] Definición que tomamos de CHECA GONZÁLEZ, «Delimitación, elementos del impuesto y procedimiento de gestión» en la obra con AA.VV. *El IVA en España*, Lex Nova, Valladolid, 1987, pág. 84.

Los sujetos pasivos[35] que tienen este derecho deducirán las cuotas soportadas por adquisiciones de bienes y prestaciones de servicios, adquisiciones intracomunitarias o importaciones de bienes, siempre que los bienes y servicios se destinen a operaciones sujetas y no exentas.

El artículo 95 define la afectación de forma negativa, y no exige una prueba positiva de la afectación de estos bienes a la actividad.

La afectación de los elementos patrimoniales es uno de los requisitos que estos tienen que cumplir para que el sujeto pueda efectuar el derecho a la deducción de las cuotas de IVA soportado, en este sentido, los empresarios o profesionales no podrán deducir las cuotas soportadas por las adquisiciones o importaciones de bienes o servicios que no estén afectos de forma directa y exclusiva al ejercicio de la actividad empresarial o profesional. La propia Ley determina que bienes no cumplen el requisito de afectación directa y exclusiva en el artículo 95.2 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, que establece cinco supuestos en los que considera que no se cumple la afectación directa y exclusiva, estos supuestos son:

a) Utilización alternativa de bienes, a tiempo parcial, en actividad empresarial y uso particular.
b) Utilización simultánea de bienes para actividades empresariales o profesionales y para actividades privadas.
c) Bienes o derechos que no estén contabilizados o registrados o que no se hayan integrado en el patrimonio empresarial o profesional
d) Bienes y derechos destinados a la satisfacción de necesidades privadas del empresario o profesional, de su familia o del personal dependiente de los mismos.

El artículo 95.2 contiene estas reglas generales de exclusión, pero el propio artículo 95.2 apartado 5.º y el artículo 95.3 contiene excepciones a la regla general, estas excepciones a la exclusión del derecho a deducir son:

a) Bienes y servicios destinados al alojamiento gratuito del personal de vigilancia y seguridad.
b) Bienes y servicios destinados a los servicios económicos y socio-culturales del personal.

[35] Artículo 93 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, determina qué sujetos pasivos tienen derecho a la deducción.

El artículo 95.3 conforme a la redacción dada por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, supuso, en el momento de su promulgación, un nuevo tratamiento del derecho a deducción de las cuotas de IVA soportado relativos a la adquisición, importación, arrendamiento o cesión de uso de los bienes de inversión que se afecten total o parcialmente al desarrollo de la actividad empresarial o profesional, distinguiendo entre bienes de inversión que no sean automóviles, y automóviles.

En lo que se refiere a bienes de inversión que no sean automóviles de turismo y sus remolques, ciclomotores y motocicletas se podrá deducir la totalidad de la cuota soportada.

En torno a automóviles de turismo y sus remolques, ciclomotores y motocicletas se presumirán afectados al desarrollo de la actividad empresarial o profesional en la proporción del 50 por 100, salvo una serie de supuestos en que la proporción de afectación se considera del 100 por 100, que son los siguientes:

a) Los vehículos mixtos utilizados en el transporte de mercancías.
b) Los utilizados en la prestación de servicios de transporte de viajeros mediante contraprestación.
c) Los utilizados en la prestación de servicios de enseñanza de conductores o pilotos mediante contraprestación.
d) Los utilizados por sus fabricantes en la realización de pruebas, ensayos, demostraciones o en la promoción de ventas.
e) Los utilizados en los desplazamientos profesionales de los representantes o agentes comerciales.
f) Los utilizados en servicios de vigilancia.

Son deducibles las cuotas soportadas por la adquisición o importación de los bienes o servicios siguientes relacionados con los bienes citados:

— Accesorios y piezas de recambio para los mencionados bienes.
— Combustibles, carburantes, lubrificantes y productos energéticos necesarios para su funcionamiento.
— Servicios de aparcamiento y utilización de vías de peaje.
— Rehabilitación, renovación y reparación de los mismos.

Si la proporción de afectación fuera distinta a la establecida las deducciones deberán regularizarse acreditando el grado efectivo de utilización de los bienes en el desarrollo de la actividad empresarial o profesional. Acreditación que se hará por medio de cualquier prueba admitida en derecho, no siendo medio de prueba suficiente la decla-

ración-liquidación presentada por el sujeto pasivo ni la contabilización o inclusión de los correspondientes bienes de inversión en los registros oficiales de la actividad empresarial.

No se considerarán afectos n ninguna proporcione los bienes que no figuren en la contabilidad o registros oficiales de la actividad empresarial o profesional o los que no se hayan integrado de hecho por el sujeto a su patrimonio, circunstancia esta última que es fácil de camuflar.

Como es fácil observar se ha regulado de forma muy beneficiosa el derecho a la deducción de las cuotas de IVA soportado o satisfechas por la adquisición de automóviles, que era uno de los aspectos que peor tratamiento recibía.

También hay que señalar que la nueva redacción de estas normas ha supuesto la eliminación de las referencias a supuestos de afectación parcial.

DESTINO Y DISCIPLINA URBANÍSTICA Y PRESUPUESTARIA DE LOS PATRIMONIOS MUNICIPALES DEL SUELO: UNA NOTA

POR

JAVIER JUNCEDA MORENO

DOCTOR EN DERECHO
PROFESOR DE DERECHO ADMINISTRATIVO UNIVERSITAT INTERNACIONAL DE CATALUNYA JUNCEDA & MEDINA ABOGADOS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. RÉGIMEN APLICABLE Y MODULACIONES JURISPRUDENCIALES. III. DETERMINACIÓN DE LOS BIENES QUE LO INTEGRAN. DISCIPLINA PRESUPUESTARIA LOCAL. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Las cada vez más frecuentes controversias vinculadas al precio de vivienda, así como la progresiva y bien creciente estrechez presupuestaria municipal, han colocado en los últimos años a los patrimonios municipales de suelo en una situación punto menos que decisiva, a la vista de dos factores que el tiempo se ha encargado de hacer converger. Por un lado, desde las Corporaciones locales se continúa divisando un panorama económico en el que no sobran medidas tendentes a su debido arreglo al siempre corto plazo de un mandato, incluida la simple y llana enajenación de sus bienes de cualesquiera género, mientras que, desde el otro lado, el clamor social requiere a diario respuestas resueltas y rigurosas capaces por sí solas de paliar los perversos efectos de la eufemística «burbuja inmobiliaria», en el bien entendido de su real existencia.

Así pues, estas dos circunstancias conjuntas —el constante rendimiento económico de los patrimonios municipales del suelo propiciado de forma imparable por sus titulares, y su paralela e ilegítima desnaturalización en cuanto al logro de sus estrictos fines—, a buen seguro imponen que debamos volver por un momento nuestra mirada a esta señalada y en casos preterida figura[1], a la que nuestras normas urba-

[1] Desatendida incluso en el ámbito bibliográfico, en donde han sido escasos los cultivadores que han dedicado su empeño a la misma, a salvo las obras decisivas de BOQUERA

nísticas han dotado, por cierto, de más que útiles herramientas para tratar de atenuar los rigores que la ley de la oferta y la demanda suponen para quienes aún esperan su adecuado acomodo en los cálidos términos en que se pronuncia el artículo 47 de nuestra Constitución.

II. Régimen aplicable y modulaciones jurisprudenciales

La vigente Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones (en adelante, LS 98), en su artículo 40.3; así como los artículos 276, 1 y 2 y 280,1 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (en lo sucesivo, TRLS/92)[2], establecen el marco legal actual aplicable a los patrimonios municipales del suelo (PMS, en acrónimo). Dichos artículos, además, gozan de carácter pleno y básico, respectivamente, de conformidad con los artículos 149,1,13.ª y 149,1,18.ª CE y Disposición Final única de la LS 98, siendo de aplicación supletoria sus homónimos 90 a 92 y 194.1 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Ordenación Urbana aprobado por RDL 1346/1976, de 9 de abril (TRLS/76), ordenamiento singular que no ha resultado alterado por la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización en el sector Inmobiliario y Transportes.

Con todo, esta regulación establece con carácter básico la constitución de los PMS, así como su destino y, sobre manera, su condición de patrimonio separado afecto a un fin específico, que es y ha sido siempre la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, siempre y cuando los terrenos de esos patrimonios se encuentren incorporados al proceso de urbanización y edificación, y las previsiones del planeamiento así lo faculten, resultando de otro modo, pero siempre subsidiariamente, afectados a la finalidad genérica de regular el mercado de terrenos, obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública o facilitar, en fin, la propia ejecución del planeamiento.

Justamente esa condición de patrimonio separado ha demandado, por todas las Leyes citadas *ut supra*, que el producto que pudiera obtenerse eventualmente por su enajenación, o su equivalente en metáli-

OLIVER, J.M.: *El patrimonio municipal del suelo. Problemas del urbanismo moderno*, Madrid, 1967, y, más recientemente, la de los profesores QUINTANA LÓPEZ, T. y LOBATO GÓMEZ, M.: *La constitución y gestión de los patrimonios municipales del suelo*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

[2] Estos dos últimos preceptos no afectados por la inconstitucionalidad derivada de la STC 61/1997, de 20 de marzo, no alcanzados tampoco por la Disposición Derogatoria única de la LS 98, citada.

co, se aplique al propio patrimonio, tanto para su conservación como para su ampliación, tal y como establece de forma expresa el artículo 276, 2 TRLS/92.

En los Fundamentos de Derecho Octavo y Noveno de la STS de 2 de noviembre de 1995, [RJ 8060/1995], (reproducidos en el FJ Sexto por la Sentencia del mismo órgano de fecha 2 de noviembre de 2001), se deja dicho a tales efectos:

> *«Este conjunto de bienes tiene una característica especial, a saber, que su finalidad específica se realiza mediante la circulación propia del tráfico jurídico pero sin disminución o merma del propio patrimonio, toda vez que el producto de las enajenaciones de los bienes de éste habrá de destinarse a la conservación y ampliación del propio patrimonio (...). La Ley ha querido y quiere expresamente, con una claridad elogiable, que el producto de las enajenaciones de terrenos del patrimonio se destinen no a cualquier fin, por loable y razonable que sea, sino al específico de la conservación y ampliación del propio patrimonio municipal del suelo. Esta es la caracterización que el legislador ha dado a los patrimonios municipales del suelo, y se comprenderá que, ante tamaña claridad, sólo una expresa previsión legislativa en contrario puede hacer que los mismos, abandonando su origen, su caracterización y finalidad, pasen a convertirse en fuente de financiación de otras y muy distintas necesidades presupuestarias municipales».*

Estos prudentes criterios, que evitan que los PMS se conviertan espurias fuentes de financiación municipal, han sido aún más reforzados con la dicción del artículo 40.3 LS/98, por el cual se arbitra incluso el instituto de la reversión en expropiaciones urbanísticas nacidas para formar o ampliar este patrimonio, si se reclasifican posteriormente los terrenos de que son objeto.

En su consecuencia, la concepción misma de los PMS como patrimonio separado, entraña que cualesquiera productos obtenidos de su enajenación deban servir para la conservación del existente o para su ampliación, aplicando las cantidades percibidas por tal circunstancia a esas finalidades. Al ser el PMS, en suma, un patrimonio separado, está íntimamente ligado a sus fines específicos, y nunca a otras inversiones, por muy justificadas que puedan estar desde la óptica económica, política o estratégica de un consistorio.

Esto es: cuantos ingresos se obtengan por la enajenación de terrenos y otros bienes integrantes del PMS deber ser reinvertidos, en su totalidad, a las siguientes finalidades específicas, dependiendo de la concurrencia de unas u otras causas:

1.º Prioritariamente, casi podría decirse que fundamentalmente, a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de pro-

tección oficial o a otros usos de interés social, siempre que dichos bienes estuvieran incorporados al proceso de urbanización y edificación y las previsiones del planeamiento lo permitiesen (*ex* artículo 280.1 TRLS/92), circunstancias esta última del todo factible y previsible en cualesquiera instrumentos generales de ordenación urbana.

2.º Subsidiariamente o en segunda potencia, y para el improbable supuesto de que tales bienes aún no se hallasen incorporados al referido proceso de urbanización y edificación, o de que el planeamiento impidiera el destino público o social antes contemplado, el empleo de dichos ingresos habría de ser genérico (*v. gr.* regular el mercado de terrenos, obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública o, en suma, facilitar la ejecución del planeamiento, *ex* artículo 276.1 TRLS/92).

Por consiguiente, y aunque estos PMS también se encuentren recogidos por la normativa reguladora de los bienes locales (artículo 16,2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por RD 1372/1986, de 13 de junio), a los mismos no les son de aplicación las reglas generales que disciplinan la genérica enajenación de los bienes municipales, ya que, como ha tenido la oportunidad de aclarar, entre otras, la STS de 29 de septiembre de 1992 [RJ 6988/1992], se deben aplicar principalmente aquí las disposiciones urbanísticas sobre las reguladoras de la enajenación de los bienes locales, dado el carácter especial de aquéllas frente a la general de éstas.

En resumen: la legislación aplicable al momento de aprobación de los Presupuestos Generales de los Ayuntamientos resulta concluyente a la hora de exigir que, en los mismos, figure una partida específica sobre el patrimonio separado constituido por el PMS en el municipio, y en el que se determinen los ingresos totales derivados de las enajenaciones del mismo y la correlativa e inmediata aplicación de tales productos a su conservación o ampliación, detallando el destino concreto de dicha conservación o ampliación.

III. Determinación de los bienes que lo integran. Disciplina presupuestaria local

Al hilo de lo que acaba de reseñarse, la concreta determinación de los bienes integrantes del PMS, en ausencia de definición concreta en la legislación aplicable [3], no resulta en cambio complicada a tenor de

[3] En este caso por la declaración de inconstitucionalidad artículo 277 TRLS/92 por la STC 61/1997, de 20 de marzo.

lo dispuesto en los preceptos antes citados, especialmente de los básicos artículos 276.1 y 2 y 280.1 TRLS/92, que se refieren expresamente a aquellos terrenos (o a su equivalente económico) por los que se facilite la ejecución del planeamiento para construir principalmente viviendas de protección pública, o, de no ser ello posible, los que habiliten la realización de actuaciones urbanísticas de carácter público y, en fin, aquellos por los que se permita regular el mercado del suelo en la localidad.

Así pues, la normativa es en este punto lo suficientemente específica tanto en lo tocante a los bienes que nutren la categoría de PMS como sobre los destinos a que están afectas sus posibles enajenaciones. Esos bienes, pues, son los que son, y sirven para lo que sirven, debiendo ser repuestos en su integridad si se decide por un Ayuntamiento su eventual enajenación.

Por su parte, y prosiguiendo con el repaso de la normativa aplicable al PMS, el artículo 194.1 TRLS/76, supletorio en esta materia por la declaración de inconstitucionalidad del artículo 281.1 del TRLS/92, dispone que, a los particulares efectos de ampliación y conservación del PMS, los Ayuntamientos *«consignarán en su presupuesto ordinario una cantidad equivalente al 5% de su importe durante el número de anualidades que exija el desarrollo del plan»*.

De otro lado, el artículo 52.3 del Texto Refundido de la Ley 11/1977, de 4 de enero, en la redacción dada por la Ley General Presupuestaria, RDL 1091/1988, de 23 de septiembre de 1998, señala al respecto que *«los presupuestos de la entidades locales se adaptarán a la estructura que, con carácter general, se establezca para el sector público por el Ministerio de Economía y hacienda, sin perjuicio de las peculiaridades de aquellas»*, estructura que como bien se sabe, ha sido configurada, entre otras, por la Orden Ministerial (Economía y Hacienda), de 20 de septiembre de 1989 y RD de 20 de abril de 1990.

Por su parte, el artículo 143 de la vigente Ley de Haciendas Locales (LHL [4]), concibe a los Presupuestos municipales como *«la expresión cifrada, conjunta y sistemática de las obligaciones que, como máximo, pueden reconocer la Entidad y sus Organismos Autónomos, y de los derechos que prevean liquidar durante el correspondiente ejercicio, así como las previsiones de ingresos y gastos de las sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad Local correspondiente*[5]*»*.

[4] No modificada por la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, que la reforma.

[5] Sobre este precepto, véanse, entre otras, las SsTS, Sala III, Sección Cuarta, de 25 de junio de 2001 [RJ 9545/2001] y de 15 de febrero de 2002 [RJ 2248/2002], o la STS, Sala II, de 5 de abril de 2002 [RJ 4267/2002].

Esta última norma contiene, además, los principios presupuestarios básicos de los entes locales (análogos a los estatales), entre los cuales interesa ahora destacar los de universalidad y especialidad cualitativa y cuantitativa.

En cuanto al primero, contemplado en el artículo 146,3 LHL, entre otros, se proclama que los derechos liquidados y las obligaciones reconocidas se deberán aplicar a los presupuestos por su importe íntegro, quedando prohibido atender obligaciones mediante la minoración de los derechos a liquidar o de los ya ingresados, con excepción de las devoluciones que se declaren indebidos y de la reposición de créditos por reintegros de pagos indebidos con cargo al presupuesto corriente.

Respecto del segundo principio, el artículo 153,1 LHL vincula la aplicación de ingresos a gastos específicos, cuya finalidad o destino resulte obligada. También este principio de especialidad, en su vertiente cuantitativa (art. 153,2 LHL), reconoce la vinculación de los ingresos a los gastos con carácter limitativo, debiendo aplicarse los ingresos a los gastos en su importe real y total.

IV. Conclusiones

De cuanto antecede se desprende, en fin, que las Administraciones locales incurren en patente ilegalidad a la hora de aprobar sus presupuestos si incumplen con las obligaciones referidas a la dinámica del PMS como patrimonio separado, obteniendo pingües ingresos por la enajenación de bienes de éste y no aplicando dicho producto a su ampliación o conservación, en las finalidades tasadas que señala la normativa urbanística, que no son otras que las de posibilitar la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección oficial. Así pues, los eventuales ingresos totales derivados de la enajenación PMS deben ser, en los Presupuestos locales aprobados, de idéntico importe que los gastos destinados a su conservación o ampliación a los anteriores efectos.

Del mismo modo, los presupuestos locales han de recoger expresamente la obligación de consignar el 5% de su volumen para el acrecimiento y/o mantenimiento PMS, dividido por las anualidades que exige el cumplimiento de su planeamiento.

Todo lo demás, aunque llegado el caso pueda comprenderse por distintas motivaciones, entre las que se cuentan algunas de las que cifrábamos al inicio de este comentario, no tiene hoy por hoy soporte legal, por más que la práctica habitual haya ido por donde ha ido, y por más que la deseable «segunda descentralización» aún no haya alcanzado, desafortunadamente, al ámbito de las depauperadas arcas municipales.

EL CANON A LOS CD-R/RW

Por

Fernando Abascal Fraile

Abogado

I. El canon a los CD-R/RW: planteamiento del problema

Los CD y DVD vírgenes incluyen desde el 1 de septiembre de 2003, un canon variable entre los 13 céntimos de euro y 1,40 euros, en función de sus características, y en concreto de su menor o mayor duración y capacidad de almacenamiento.

Ello se debe al acuerdo[1] al que han llegado la Asociación Multisectorial de Empresas de Electrónica y Comunicaciones (**ASIMELEC**) y seis entidades gestoras de derechos de autor (**AIE; AISGE; EGEDA; SGAE; DAMA y CEDRO**) el pasado 30 de julio. Dicho acuerdo, en síntesis, consiste en la implantación del canon a cambio de renunciar a (o paralizar) toda reclamación judicial sobre los soportes comercializados anteriormente a la fecha de entrada en vigor del acuerdo.

La implantación de este canon ha tenido una enorme repercusión en diversos medios de comunicación y sobre todo en Internet, donde diferentes grupos como la Asociación de Internautas o Hispalinux entre otros, han promovido el conocido movimiento **Sincanon**[2]. Proliferan de este modo los portales y sitios de Internet que claman contra la implantación del canon, que consideran totalmente injusto, pues aunque en principio deberá ser abonado por los fabricantes, lógicamente éstos lo repercutirán después al consumidor final que será quien finalmente soporte dicho impuesto.

a) Diversos intereses en juego

La SGAE defiende la necesidad del canon (que denominan «remuneración compensatoria») para atemperar los perjuicios que pueden

[1] Los antecedentes, la situación a nivel europeo, el texto del acuerdo e incluso, el texto de una de las sentencias condenatorias, pueden consultarse en: http:// www.asimelec.es/cdvirgen/index.htm

[2] Puede descargarse el texto del Manifiesto Conjunto del Movimiento Sincanon desde el sitio: http://sincanon.hispalinux.es/manifiesto_sincanon.pdf

sufrir los autores por la copia privada y no descarta aplicar en el futuro los mismos criterios con que justifican el actual canon a nuevos soportes, como discos duros de ordenador, ADSL, MP3, etc.

La Business Software Alliance (BSA) [3] por su parte critica su existencia porque perjudicará la competitividad en Europa y puede confundir al consumidor que al pagar el canon puede pensar que tiene «licencia para piratear». Dicha entidad calcula que en cuatro años la recaudación por el canon crecerá un 500% y defiende que la UE estudie la aplicación de otros métodos para asegurar que los usuarios de contenidos de Internet paguen exactamente por aquello que usan.

La patronal del sector considera que se va a producir un incremento aproximado del 50% en el precio final de cada CD informático y teme que como consecuencia se produzca un retroceso de las ventas, la quiebra de numerosas empresas, y la puesta en peligro de aproximadamente 1.000 puestos de trabajo. (Al igual que sucedió en Francia en su momento donde la implantación del canon tuvo como consecuencia una caída drástica de las ventas.)

En nuestro país, los consumidores no han tenido ni voz ni voto en la fijación del canon, al contrario a lo que ocurre por ejemplo en Francia, donde la Ley contempla una comisión *ad hoc* integrada por fabricantes, autores y consumidores encargada de fijar las tarifas.

Parece ser además que desde el 1 de septiembre, el canon no ha sido aplicado con carácter general por todos los establecimientos, lo que ha dado lugar a que se recomiende a los consumidores que soliciten la correspondiente factura desglosada, para ver si se les está aplicando o no, y en su caso reclamar.

Llama la atención que la legislación vigente permite el derecho a la copia privada. Muchos consumidores desconocen la verdadera razón de este canon, porque no están lo suficientemente informados y creen que se aplica para atemperar los perjuicios causados por la piratería en el sector (lo que no deja de ser injusto, teniendo en cuenta que la piratería es un delito, al trasladarles a ellos la responsabilidad última de abonar dicho impuesto). Pero es que además, muchas personas, ni siquiera saben distinguir entre los dos tipos de CDR (audio/datos), aunque no ignoran que algunos «tienen problemas al ser reproducidos en el equipo de música».

Como consecuencia previsible, tarde o temprano, los consumidores preferirán comprar los CD y DVD en aquellos establecimientos donde no se les cobre el canon, y lo que es peor: muy probablemente aumentará la piratería. De hecho, ya han comenzado a circular por e-mail propuestas anónimas como la que sugería dejar de comprar CD

[3] http://global.bsa.org/es/

y DVD del 1 al 15 de octubre, para demostrar la repercusión que podría tener en el sector una hipotética caída de las ventas a largo plazo.

b) Sobre la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, de 22 de enero de 2002

La causa detonante de este estado de cosas viene dada por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, de 22 de enero de 2002, que condena a la empresa «Traxdata Ibérica, S. L.», dedicada a la importación y distribución de discos compactos gravables (CDR), a abonar a la SGAE los derechos de remuneración compensatoria por copia privada desde el año 1997, por considerar estos soportes como un medio idóneo para la reproducción de fonogramas para uso privado, «considerando los hábitos del consumidor español».

No hay cuestión a cerca de que, con la Ley de Propiedad Intelectual en la mano, la SGAE está legitimada para la gestión y cobro del canon que nos ocupa.

Ahora bien, ciñéndonos al artículo 25.2 de la LPI, donde quizás debería centrarse el debate es en determinar si el CDR informático (en comparación con el CDR Audio) debe considerarse efectivamente como **medio reproductor «idóneo»** para la reproducción de fonogramas o no, lo que en efecto convertiría dicha medida en algo tremendamente injusto, al intentar aplicar un *criterio de equidad horizontal* a *supuestos totalmente distintos*.

La realidad es que el CDR informático, aunque sí puede almacenar archivos de sonido, (lo que lo convierte de hecho en un **medio de almacenamiento** *eficiente*) no puede ser leído sin embargo por cualquier aparato reproductor convencional, y por ello no es menos cierto que pierde así todo atractivo para el consumidor medio español, cuyos hábitos se orientan principalmente como es sabido, a disponer de una copia que luego pueda ser reproducida en el coche, en el discman, en su equipo de música o en cualquier otro lugar. No existiendo dicha posibilidad, lo cierto es que el CDR informático no debería considerarse un **medio de reproducción** *eficaz*, **o idóneo**, y por ende, no debería ser grabado con el canon.

Es precisamente esta eficacia para el almacenamiento (como unidades de depósito de datos) lo que hace que sea más utilizado en el ámbito profesional que en el doméstico, como así parecen demostrarlo las estadísticas, y, como consecuencia, al no discriminar en la recaudación del canon, las sociedades de gestión se van a enriquecer considerablemente por la compra de soportes informáticos por aque-

llos que utilizan este tipo de soportes con fines netamente profesionales (los conocidos *backups*) y no para hacer copias de los discos de sus cantantes preferidos.

Por otro lado resaltar que, el artículo 25.3 de la LPI dispone: «**Lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación a los programas de ordenador**». En este sentido, aunque éstos se encuentran protegidos en todo el ámbito europeo por el derecho de propiedad intelectual (En nuestro caso vid. Título VII del RDL 1/1996, de 2 de abril) **su reproducción quedaría excluida del derecho de remuneración por copia privada**, y por tanto, los CDR informáticos quedarían excluidos del ámbito de aplicación del canon.

II. Incidencia del canon en la actividad de los profesionales

No cabe duda que diversos colectivos de profesionales van a verse afectados por esta medida. La implantación de la informática en oficinas, establecimientos de todo tipo, despachos grandes o pequeños, etc, es un hecho innegable, constituye una herramienta más del profesional de nuestros días y se puede decir que, hoy en día, no se concibe ninguna actividad profesional, comercial o empresarial que no cuente con el soporte o asistencia de algún tipo de dispositivo informático.

En este sentido, los profesionales autónomos también adquieren diversos componentes de *hardware* (por ejemplo ordenadores, que a su vez albergan discos duros; contratan líneas ADSL;...) así como el *software* complementario, que emplean en el desempeño cotidiano de su función. Realizan copias de seguridad de sus archivos, necesitando para ello adquirir CDR o DVD, y también adquieren bases de datos de toda índole. (p.ej.: jurídicas)

A propósito de la incidencia que el «canon» puede tener en el mercado de las bases de datos

Sin dejar de tener presente el dato de que según la LPI, la copia para uso privado de programas de ordenador queda expresamente excluida de remuneración alguna, merece comentario aparte el caso de las Bases de Datos, ya que éstas no sólo están protegidas por los derechos de autor, sino que además lo están por una categoría independiente y autónoma de configuración jurisprudencial, como es el derecho «sui generis». Dicha categoría supone que el fabricante de bases de datos está protegido de esta forma, por la inversión de trabajo, tiempo, esfuerzo, así como

el know how, *invertidos en la elaboración y desarrollo de estas aplicaciones, sin perjuicio de la inversión concretamente económica que realizan.*

En definitiva, es muy previsible en este campo que, debido al incremento de precio que dichos productos van a experimentar por la aplicación del canon, se reduzcan las ventas de los mismos, teniendo como consecuencia a largo plazo la caída de las ventas y la *desincentivación del desarrollo* de este mercado, al no ser rentable la inversión.

Por todo ello, el incremento de los costes de estos materiales, repercutirá a su vez directamente en la economía del profesional, que lógicamente se verá obligado además a repercutir dicho incremento en la factura final, teniendo lugar como consecuencia, un incremento del precio de los servicios prestados, cuya causa el cliente por lo general desconoce.

En cuanto al profesional que interviene en el mercado, es necesario remitirse a la legislación sobre defensa de la competencia.

III. Consideración del problema desde una perspectiva jurídica

Todo lo expuesto permite considerar que la medida analizada lesiona gravemente la competencia del sector en función de lo siguiente:

El art. 1 de la *Ley 16/89, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia*, respecto de los acuerdos y prácticas restrictivas o abusivas, establece como conducta prohibida «todo acuerdo... que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir... la competencia en todo o en, parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
(...)
d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.»

Dice además el apartado 2.º del artículo 1 que «Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el número 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley.»

El artículo 6.2 establece que el abuso «podrá consistir, en particular, en:

a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios y otras condiciones comerciales o de servicio *no equitativos*.
b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores. (posible consecuencia de la aplicación del canon).
c) La aplicación en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
g) Obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, precios, condiciones de pago (...), pago de cargos adicionales y otras condiciones (...) no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas.»

El artículo 7.1 dispone que «El Tribunal de Defensa de la Competencia conocerá, en los términos que la presente Ley establece para las consultas prohibidas, de los actos de competencia desleal siempre y cuando concurran las siguientes circunstancias:

a) Que el acto de competencia desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado.
b) Que esa grave distorsión afecte al interés público.

En cuanto a las sanciones a imponer, el artículo 9 dice que «el Tribunal de Defensa de la competencia podrá requerir a los que realicen dichos actos para que cesen en los mismos, y en su caso, obligarles a la remoción de sus efectos.»

El artículo 10 recoge en concreto la cuantía de las sanciones que pueden ser impuestas por el Tribunal a los agentes económicos, empresas, asociaciones...que infrinjan los artículos 1,6 y 7, o no recaben la autorización prevista en el artículo 4.2., así como los factores a tener en cuenta en la imposición de las mismas.

Finalmente, el artículo 13 dispone que: «**las sanciones a que se refiere la presente Ley se entenderán sin perjuicio de otras responsabilidades que en cada caso proceda**.»; y a continuación: «2. **La acción de resarcimiento de daños y perjuicios**, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, *podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados*, una vez firme la declaración administrativa y, en su caso, jurisdiccional.»

En cuanto a los trámites concretos del Procedimiento a seguir, son los regulados en los artículos 36 y siguientes de dicha Ley. Donde se dice, a grandes rasgos, que **la denuncia** de las conductas prohibidas **es pública**, pudiendo **cualquier persona, interesada o no, interponerla ante el Servicio de la Competencia** que iniciará el expediente a instancia de parte, cuando observe indicios racionales de la conducta denunciada. El Servicio llevará a cabo la instrucción del expediente pudiendo decidir en algunos casos sobre la no iniciación o acordar la terminación convencional de una investigación. Por último, instruido el expediente, lo remitirá en su caso al Tribunal de Defensa de la Competencia. (el procedimiento ante el Tribunal se regula en los arts. 39 y ss.)

Las resoluciones del Tribunal podrán declarar la existencia de prácticas o acuerdos prohibidos (arts. 46.1.a), y podrán contener la orden de cesación de las prácticas prohibidas en un plazo determinado o la imposición de multas, entre otras (arts. 46.2).

Por último, las resoluciones sancionadoras son publicadas en el BOE y en uno o varios diarios de ámbito nacional. (art. 46.5).

Por su parte, el artículo 1 de la *Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal*, dice que «**tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado**», y que, «será de aplicación a los actos de competencia desleal que produzcan o puedan producir efectos sustanciales en el mercado español».

El artículo 7 dispone que se considera desleal (...) cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas.»

El artículo 16 dice que «el tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta se reputará desleal, a no ser que medie causa justificada»....; y asimismo, «3.b) La obtención, mediante la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, (...), pago de cargos adicionales y otras condiciones...no recogidas en el contrato de suministro que se tenga pactado».

IV. Medidas adoptadas y alternativas posibles

1.ª Opciones posibles para cualquier profesional independiente

En la medida que adquiera los soportes mencionados para el desempeño de su actividad, cualquier profesional que participe en el mercado a título individual y cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por el acto de competencia

desleal estaría legitimado activamente por el artículo 19.1 para ejercitar las siguientes acciones en vía administrativa o jurisdiccional:

1.ª **Acción declarativa de deslealtad del acto**, ya que la perturbación creada por el mismo subsiste.
2.ª **Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.**

Los procesos en esta materia han de sustanciarse por los trámites de la LECiv, previstos para el Juicio Ordinario.

Por otro lado, dado que según lo expuesto más arriba, la denuncia ante el Servicio de la Competencia es pública, pudiendo cualquier persona (en sentido amplio) interesada o no, interponerla, considero que también podría ejercitar esta vía, y, de forma sucesiva, por considerarse perjudicado, interponer la **acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por la Ley de Defensa de la Competencia**, una vez firme la declaración administrativa y, en su caso, jurisdiccional.»

2.ª Sobre el Proyecto de Ley en tramitación

En 1996 la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) aprobó sendos Tratados sobre derecho de autor y sobre interpretación y ejecución y fonogramas, con el objeto de adecuar la legislación internacional de propiedad intelectual al entorno digital.

En estos momentos se encuentra en trámite un Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual para la transposición a nuestro Ordenamiento de la Directiva 2001/29, de 22 de mayo, sobre «Derechos de Autor y afines en la Sociedad de la Información».

El contenido de la Directiva puede dividirse en dos partes: por un lado, la determinación de un sistema de derechos y excepciones —límites, según la terminología de nuestra Ley— a los mismos y, por otra, la creación de un sistema de protección de las medidas tecnológicas utilizadas por los titulares de derechos para proteger sus obras de usos no autorizados por los mismos y de la información electrónica para la gestión de los derechos.

La Directiva establece un sistema de protección de las medidas tecnológicas empleadas para proteger las obras y de la información para la gestión de los derechos presentada en forma electrónica. Constituye ésta una materia novedosa, extremadamente técnica y muy discutida durante la tramitación de la norma comunitaria, razón por la cual, la incorporación que se propone se ajusta fielmente al texto de la Directiva.

Las medidas tecnológicas constituyen una herramienta complementaria, aunque de importancia capital, para asegurar la protección de las obras y prestaciones en el contexto de la Sociedad de la Información. Así, la Directiva establece disposiciones que protegen no sólo contra la elusión de las medidas tecnológicas utilizadas por los titulares de derechos para proteger sus obras, sino también contra los actos preparatorios o auxiliares de dicha elusión.

La reforma del TRLPI no se limita a las exigencias derivadas de la transposición de la Directiva europea, sino que se introducen otros cambios que vienen exigidos por la necesaria adecuación de la normativa reguladora de la propiedad intelectual a la situación real en la que la misma viene funcionando.

Las modificaciones que se proponen vienen impuestas por la necesidad de mejorar el actual sistema de gestión de los derechos de propiedad intelectual, al objeto de reducir los elevados índices de conflictividad que se han venido produciendo durante los últimos años, dotando al sistema de unas normas de funcionamiento basadas en los principios de simplificación y transparencia en la gestión, lo cual redundará en beneficio de todos los sectores interesados.

Dentro de esta modificación, se produce una profunda reforma de la Comisión de Propiedad Intelectual, potenciando sus funciones, con la finalidad de convertirla en una pieza clave del sistema de gestión de derechos, como órgano de resolución de conflictos, con el objeto de trasladar a la misma gran parte de los problemas que hoy día se solventan en largos y costosos procesos ante las instancias judiciales, dando así cumplimiento exacto a la Moción del Congreso de los Diputados de junio de 2002, aprobada por todos los Grupos Parlamentarios.

En cuanto al régimen de las entidades de gestión de derechos, la presente reforma establece una serie de obligaciones de información respecto a titulares de derechos y a usuarios, con lo que se pretende facilitar la propia gestión interna de las entidades y dar fluidez y transparencia a las relaciones de éstas, tanto con los usuarios y titulares cuyos derechos gestionan, como con las Administraciones Públicas.

Así, entre otros aspectos, las entidades ajustarán necesariamente sus sistemas contables a las normas establecidas para las entidades sin fines lucrativos y depositarán sus cuentas anuales en el registro mercantil. Igualmente, tendrán carácter público los repertorios y las tarifas generales de dichas entidades.

PROCESO DE DEBATE DEL BORRADOR

En el proceso de elaboración del borrador de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual, el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte ha mantenido múltiples contactos con las diversas partes interesadas, en los que se han intercambiado preocupaciones y opiniones sobre aquellos aspectos de la Ley cuya aplicación estaba planteando mayores problemas.

El proceso de diálogo comenzó a principios de 2001 y se han mantenido reuniones con las ocho entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual actualmente autorizadas por el Ministerio (SGAE, CEDRO, AGEDI, AIE, VEGAP, EGEDA, AISGE y DAMA), así como asociaciones de grandes usuarios: Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA), Agrupación Hostelera de las Zonas Turísticas de España (ZONTUR), FEHR (Federación Española de Hostelería), Federación Española de Hoteles, Asociación Multisectorial de Empresas Españolas de Electrónica y Comunicaciones (ASIMELEC), Federación para la Protección de la Propiedad Intelectual de la Obra Audiovisual (FAP)...

Se pretende así iniciar una nueva etapa de diálogo con todos los sectores. En cualquier caso, esperamos que la nueva Ley ponga término a la vigente situación de ambigüedad.

Por último, se ha formulado en el Congreso la siguiente pregunta con respuesta escrita, a fin de que el Gobierno adoptase una postura respecto de la medida aplicada, y dándosele un plazo de contestación hasta el 10 de octubre de 2003, sin que hasta la fecha se haya pronunciado sobre el particular:

«¿Qué medidas va adoptar el Gobierno frente a este acuerdo y la consiguiente imposición ilegal de un canon sobre los CD-R y DVD-R con independencia de cuál sea la finalidad a que se vayan a dedicar?».

3.ª Posibilidad de aprobar un Reglamento que elimine el conflicto

Desde la perspectiva de la Ley, **el artículo 25.1** nos habla de: «...aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen *reglamentariamente*,...»; y de nuevo se vuelve a invocar la necesidad de que el Gobierno ejerza su potestad reglamentaria clarificadora en su apartado «**23. El Gobierno establecerá reglamentariamente los tipos de reproducciones que no deben considerarse para uso**

privado a los efectos de lo dispuesto en este artículo; los equipos, aparatos y materiales exceptuados del pago de la remuneración, atendiendo a la peculiaridad del uso o explotación a que se destinen, así como a las exigencias que puedan derivarse de la evolución tecnológica y del correspondiente sector del mercado; (...)».

Por último, en la Disposición Final Unica, respecto del desarrollo reglamentario de la Ley de Propiedad Intelectual se dispone que: «**Se autoriza al Gobierno a dictar las normas para el desarrollo reglamentario de la presente Ley.**»

Considerando que algunos tipos de soporte informático sí parecen admitir su posterior reproducción (archivos de sonido) después de la copia, y atendiendo a la dificultad existente a simple vista para distinguir unos tipos de soporte de otros, sería pues deseable que, en desarrollo de dicho artículo 25, o bien se estableciera un listado a modo de *numerus clausus* de soportes gravables por dicha remuneración compensatoria, de forma que estuvieran perfectamente diferenciados incluso a la hora de ser ofrecidos (*merchandising*) al consumidor en cualquier establecimiento, o bien, por el contrario se determinase una serie de actividades o posibles usos que quedarían exentas de abonar dicha remuneración: tal sería el caso de los usos profesionales que pudieran hacer por ejemplo laboratorios fotográficos, que almacenan en CD-R las fotos de sus clientes, empresas que graban datos, abogados que hacen backups, etc. Para ello, cada profesional (persona física o jurídica) debería por ejemplo acreditarse como tal (mediante su correspondiente licencia fiscal de actividad) causando de este modo derecho a que se le descontase dicha remuneración por copia privada de la factura.

SELECCIÓN DE DICTÁMENES

INFORME SOBRE «CONTRATO DE ARRENDAMIENTO Y OPCIÓN DE COMPRA DE DETERMINADOS INMUEBLES ENTRE EL INSTITUTO DE VIVIENDA DE MADRID Y EL AYUNTAMIENTO DE VILLALBILLA»[1]

Se ha recibido en este Servicio Jurídico para su preceptivo Informe copia del contrato de arrendamiento y opción de compra de determinados inmuebles entre el IVIMA y el Ayuntamiento de Villalbilla.

Examinado el texto del contrato así como los antecedentes recibidos, este Servicio Jurídico emite el siguiente

INFORME

I

Comenzamos el presente refiriéndonos a la naturaleza jurídica del contrato objeto del mismo. Se trata de un contrato de arrendamiento y opción de compra, lo que nos lleva a dirigirnos en primer término y con carácter general a la Ley 3/2001 de 21 de Junio de Patrimonio de la Comunidad de Madrid, y tratándose de «patrimonio de suelo y vivienda», a la disposición adicional 1.ª2, párrafo 2.º que señala: «las adquisiciones, explotación de bienes patrimoniales y enajenaciones realizadas por el IVIMA que formen parte de sus operaciones estatutarias y constituyan objeto directo de su actividad no precisarán la declaración de alienabilidad ni los informes previos a que se refiere el apartado 1 del artículo 50 y los artículos 65 y 66 de la presente Ley»

Es esta una operación estatutaria prevista en la Ley 1/93 de 14 de enero de reordenación de funciones y organización del Organismo Autónomo Instituto de la Vivienda de Madrid, concretamente en el artículo 1.2.d) de la misma.

Las viviendas a las que se refiere el contrato han sido calificadas provisionalmente como «viviendas con protección pública en régimen de arrendamiento»; habrá que estar al Decreto 43/97 de 13 de

[1] El presente Informe ha sido emitido por Doña Laura Cebrián Herranz, Letrado de la Comunidad de Madrid en el Instituto de la Vivienda de Madrid, IVIMA, Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes.

marzo. La solicitud de calificación definitiva se verificará al amparo del Decreto 133/2002 de 18 de Julio como veremos a la largo del presente informe.

II

En lo que respecta al expositivo del contrato, donde se especifican quienes son los intervinientes y a continuación quien lo hace en nombre y representación de cada una de las partes, si bien se indica el acuerdo del Consejo de Administración en virtud del cual el Director Gerente del Instituto de la Vivienda de Madrid ostenta las facultades para la firma del contrato, quedaría mas completo dicho encabezamiento si figurase además el Decreto de nombramiento (Decreto 215/1995 de 3 de agosto del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid). Dicho sea a modo de sugerencia.

III

Dentro del apartado «MANIFIESTAN», se afirma que el IVIMA es titular en concepto de dueño de los inmuebles que en el mismo se describen; sin embargo no se acompaña documentación registral alguna ni tampoco se hace referencia a la misma, todo ello a efectos de demostrar o acreditar dichas afirmaciones. Conviene traer a colación el artículo 50.3 de la Ley 3/2001 de Patrimonio de la Comunidad de Madrid según el cual: «Antes de iniciarse los trámites conducentes a la enajenación de un bien inmueble o derecho inmobiliario se procederá a depurar la situación física y jurídica del mismo, debiéndose inscribir en el Registro de la Propiedad, si no lo estuviese».

En cuanto a las valoraciones, el artículo 34.2 del Decreto 43/97 señala «si el arrendamiento se hubiese celebrado con opción de compra, la renta máxima anual será del 10 por 100 del precio máximo de venta de la vivienda en el momento de la firma del contrato de arrendamiento y se actualizará de conformidad con la evolución que experimente el índice general nacional del sistema de índices de precio al consumo, publicado por el Instituto Nacional de Estadística».

Las valoraciones descritas en el Anexo I se ajustan a la exigencia del artículo mencionado y como efectivamente todavía no se ha otorgado calificación definitiva se prevé que una vez otorgada se verifiquen los ajustes oportunos si fuese legalmente preciso.

IV

Entramos en el análisis del clausulado del contrato que por lo que respecta al plazo de arrendamiento se ajusta a lo dispuesto en el ar-

tículo 32 del Decreto: «las viviendas de protección publica construidas para arrendamiento deberán destinarse al mismo durante un período mínimo de 10 años (...). **Transcurrido ese periodo el destino y el precio de las viviendas será libre».**

Por lo tanto, a la hora de establecer las prórrogas del contrato habrá que tener en cuenta esta circunstancia.

V

Vamos a analizar la cláusula 7.ª relativa a la «opción de compra», en cuyo apartado a) se dice textualmente: «es objeto de la opción los inmuebles descritos en el apartado I del presente contrato, pudiendo recaer sobre la totalidad de los citados o bien solamente sobre uno de ellos».

Sin embargo, el artículo 34.1 del Decreto 43/97 es tajante cuando señala «el promotor podrá ceder con opción de compra, **hasta el 50 por 100** de las viviendas a sus inquilinos si estos lo solicitan». Existe por lo tanto una limitación que no se ha contemplado en el texto del contrato.

Por lo que respecta al precio de los inmuebles en la compraventa resultante del ejercicio del derecho de opción, se propone una nueva redacción del último párrafo del apartado d) de la cláusula séptima, puesto que del precio obtenido por las partes en la forma indicada en dicha cláusula, serán descontadas las cantidades que hayan sido abonadas por el Ayuntamiento en concepto de «pago a cuenta»; es decir, entre la renta con opción de compra y la renta sin más. Es muy claro en este sentido el artículo 34.2 del D. 43/97: «la diferencia entre la renta del arrendamiento con opción de compra y la renta que corresponde por arrendamiento simple se destinará al pago de la vivienda como pago a cuenta. Si transcurrido el plazo de afección de la vivienda al régimen de arrendamiento, el arrendatario no ejercitara el derecho de opción de compra, el promotor devolverá al inquilino las cantidades adelantadas». El mismo artículo en su apartado 3: «el precio de venta para los inquilinos que ejerzan el derecho de opción de compra, será como máximo, el constituido por la diferencia entre el precio legal de la vivienda en el momento de celebración del contrato de arrendamiento actualizado al 4% y la suma de las cantidades entregadas a cuenta actualizadas también al 4%».

La cláusula octava señala que el contrato de someterá a revisión en el momento en que sea otorgada la calificación definitiva siempre que fuera legalmente preciso.

De acuerdo con lo dispuesto en la disposición transitoria única del decreto 133/2002 de 18 de Julio, aplicable a las «promociones pendientes de calificar»: a) el Instituto de la Vivienda de Madrid dispon-

drá de un plazo de 7 meses para presentar la solicitud de calificación definitiva para cada promoción, (...)». Es decir, la calificación definitiva habrá de solicitarse antes de 28 de febrero de 2003.

Por lo que respecta a la cláusula décima; el artículo 2.4 del decreto 195/2000 de 31 de agosto; «por razones de interés público o social, las viviendas de promoción pública podrán ser adjudicadas a personas jurídicas sin ánimo de lucro, siempre que sean destinadas a servicio o residencia de personas físicas comprendidas en el ámbito de la actividad asistencial para el cumplimiento de sus fines».

Este artículo justifica la adjudicación al Ayuntamiento por parte de la Dirección General de Arquitectura y Vivienda; pero además, hace aconsejable e incluso necesario que en el contrato conste la obligación del Ayuntamiento de Villalbilla de destinar esas viviendas a los fines que le son propios. De este modo, el artículo 28, apartado 1.1 de la Orden de 11/6/1997 que desarrolla el Decreto 43/1997 señala que los contratos deberán incluir con carácter obligatorio y general una cláusula que establezca que: «la vivienda está sujeta a las prohibiciones y limitaciones derivadas del régimen de viviendas con protección pública del Decreto 43/97 de 13/3 y de la presente Orden».

La cláusula undécima es de estilo y expresa en el contrato lo que las normas legales disponen o se remite a las mismas.

Por todo lo expuesto conviene formular las siguientes

Conclusiones

I. Se prevé una duración del contrato de arrendamiento de 10 años, prorrogables por plazos de un año; sin embargo, el Decreto 43/97 en su art. 32.1 especifica que «transcurridos 10 años **el destino y el precio de las viviendas será libre**». Esta circunstancia habrá de contemplarse a la hora de prorrogar el contrato.

II. Entendemos necesario hacer constar las **referencias registrales**, ya que se está afirmando que el IVIMA es titular en concepto de dueño de dichos inmuebles. En este sentido, el artículo 50.3. Ley 3/2001 de Patrimonio de la Comunidad de Madrid: «antes de iniciarse los trámites conducentes a la enajenación de un bien inmueble o derecho inmobiliario se procederá a depurar la situación física y jurídica del mismo, debiéndose inscribir en el Registro de la Propiedad, si no lo estuviese».

III. De acuerdo con el artículo 34.1 del Decreto 43/97 «El promotor podrá ceder, con opción de compra hasta el 50 por 100 de las viviendas a sus usuarios si estos lo solicitan».

Existe por lo tanto una limitación en cuanto a las viviendas que pueden cederse en la modalidad de «arriendo con opción de compra» que no se contempla en el contrato.

IV. En cuanto al precio de venta, a que se refiere el contrato en la cláusula 7, apartado d) último párrafo, habrá que estar al contenido del artículo 34.3 el Decreto 43/97: «el precio de venta para los inquilinos que ejerzan el derecho de opción de compra, será como máximo, el constituido por la diferencia entre el precio legal de la vivienda en el momento de celebración del contrato de arrendamiento actualizado al 4% y la suma de las cantidades entregadas a cuenta actualizadas también al 4%».

V. La calificación definitiva habrá de solicitarse antes de **28/2/2003**, es el plazo que establece la Disposición adicional 1.ª del Decreto de 18/7/2002.

VI. Debe constar como obligación del Ayuntamiento la de seguir destinando las viviendas a los fines que le son propios de acuerdo con el art. 2.4 del Decreto 195/2000, de 31 de agosto.

Es cuanto tiene el honor de informar, no obstante Vd. resolverá.

Se ha recibido en el Servicio Jurídico del Instituto de la Vivienda de Madrid para su preceptivo informe: **«PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL DIRECTOR GERENTE RELATIVA A LA APROBACIÓN DE UNA DACIÓN EN PAGO DE VIVIENDA SITA EN LA CALLE X N.º Y DE TETUÁN, MADRID»** [1].

A la vista de la legalidad vigente y de la documentación aportada por el Servicio de Patrimonio, el Servicio Jurídico emite el siguiente

INFORME

I

En primer lugar y en cuanto a la naturaleza jurídica del negocio objeto de informe, se produce una dación en pago cuando el acreedor accede a recibir a título de pago una prestación distinta a la que constituía el contenido de la obligación debida (*aliud pro alio*) con acuerdo para tener por extinguida la obligación («datio solutoria») calificándose por la Jurisprudencia como»contrato oneroso de enajenación» que tiene por finalidad la sustitución del pago por esa transmisión, o bien de «negocio jurídico complejo que participa de las características del pago o cumplimiento, de la compraventa y de la novación por cambio de objeto» o como «figura con caracteres propios, por su finalidad extintiva de las obligaciones, como negocio de pago» (Sentencias del Tribunal Supremo, en adelante STS, de 20 de febrero de 1967, 13 de mayo de 1983, 29 de abril de 1991). Su objeto y finalidad es, por tanto, la extinción de una obligación.

En la Resolución objeto de informe se contempla por un lado, la compra por el Instituto de la Vivienda de Madrid de una vivienda de propiedad particular sita en la calle X n.º Y de Madrid y por otro, la venta de un piso propiedad del Instituto sito en la Avda. de Asturias n.º Z, planta tercera, letra A a dichos particulares, articulándose de forma que el precio que el particular recibe por la venta de su vivienda se convierte en parte del pago del precio de la vivienda que compra al IVIMA.

Entendemos que existe o una doble compraventa (el particular vende y compra, y el IVIMA compra y vende) o una permuta con sobreprecio.

Por el contrato de permuta cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra (art. 1538 Código civil) es un contra-

[1] El presente Informe ha sido emitido por doña M.ª del Pilar Rubio Pérez de Acevedo, Letrado de la Comunidad de Madrid en el Instituto de la Vivienda de Madrid, IVIMA, Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes.

to principal, consensual, bilateral, oneroso, conmutativo y traslativo de dominio por el cual dos personas se obligan a transferir mutuamente el dominio de una o varias cosas que al celebrar la permuta pertenecían a cada una de ellas. El contrato de permuta se rige por los artículos 1538 a 1541 de Código Civil señalando este último que en todo lo que no se halle especialmente determinado en este Título dedicado a la permuta, ésta se regirá por las disposiciones concernientes a la venta.

Sobre el contrato de permuta el *artículo 54 de la Ley 3/2001 de Patrimonio de la Comunidad de Madrid, de 21 de junio,* señala que los bienes inmuebles podrán ser objeto de permuta por otros previa tasación pericial y justificación de su conveniencia y que si se autorizase la permuta y hubiese diferencia de valoración entre ambos bienes, se procederá a su compensación en metálico siendo competente para autorizar la permuta de bienes inmuebles el órgano que lo sea competente para su enajenación.

Si se contempla como una doble compraventa toda vez que este Organismo adquiere una vivienda y enajena otra, sería de aplicación lo establecido en el artículo 65 de la *Ley 3/2001 de Patrimonio de la Comunidad de Madrid, de 21 de junio,* en virtud del cual los Organismos Autónomos tienen plena capacidad para adquirir bienes y en el artículo 66 que permite enajenarlos siempre que dichas enajenaciones formen parte de sus operaciones estatutarias y constituyan el objeto directo de su actividad. El *artículo 66.5 de dicha Ley* señala que la enajenación de los bienes patrimoniales propios se regirá por las reglas del Capítulo III. La competencia para adoptar los acuerdos de enajenación corresponde al Consejo de Administración del Organismo no siendo necesaria ni para la adquisición ni para la enajenación de bienes inmuebles del Instituto de la Vivienda ni la declaración de alienabilidad ni los informes previos de la Consejería de Hacienda ni de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transporte que exigen los artículos 50.1, 65 y 66 por estar expresamente excluidos en el *párrafo segundo del punto segundo de la Disposición Adicional Primera de la Ley de Patrimonio*. Para la adquisición directa será necesario el cumplimiento y justificación de los requisitos establecidos en el artículo 42 de la Ley de Patrimonio.

Sin embargo, el Fundamento Jurídico de la operación denominada en la Resolución objeto de informe dación en pago, es el artículo 7 del Real Decreto 1133/1984, de 22 de febrero, sobre Actuaciones de Remodelación y Realojamiento en Determinados Barrios de Madrid por lo que habrá de estudiarse si resulta o no de aplicación al caso que nos ocupa.

II

En el Antecedente de Hecho Segundo de la Resolución objeto de informe se expone que D. XXX, teniendo conocimiento del Programa de Remodelación del Barrio de «La Ventilla», y en base a lo establecido en el artículo 7.1 del Real Decreto 1133/1984, de 22 de febrero, presentó escrito de fecha 5 de octubre de 2001 en el que daba cuenta de que su vivienda se encontraba en pésimas condiciones de habitabilidad, solicitando su inclusión en la operación de remodelación que se está llevando a cabo por este Instituto en Ventilla– Valdeacederas.

En primer lugar, hay que determinar si la vivienda sita en la calle X n.º Y se encuentra o no incluida en el ámbito de alguna operación de remodelación y por tanto, si resulta de aplicación el citado Real Decreto.

Analizando las notas simples registrales de la finca n.º 4707, folio–, tomo–, del Registro de la Propiedad n.º– de Madrid, se observa que la Comisaría General para la Ordenación Urbana de Madrid segregó de la finca matriz como nueva finca independiente la «parcela de terrero en término de Madrid, antes Chamartín de la Rosa, sección primera hipotecaria de cincuenta y tres metros cuadrados con cuarenta y ocho decímetros cuadrados» y la vendió a D.ª AAA y D.ª BBB el 24 de febrero de 1956.

Dicha finca se transmitió por título hereditario al fallecimiento de las propietarias y posteriormente por título de compra a D. XXX, D.ª YYY y D.ª ZZZ por terceras partes indivisas el 4 de junio de 1993, siendo adquirida la totalidad de la finca por D. XXX por título de compra el 21 de marzo de 1995.

El Real Decreto 1133/1984, de 22 de febrero, de Actuaciones de Remodelación y Realojamiento en Determinados Barrios de Madrid señala en su artículo 1: «*1. Las operaciones de remodelación inmobiliaria y realojamiento de residentes para la eliminación del chabolismo y la infravivienda, contempladas en la Orden comunicada del Ministro de Obras Públicas y Urbanismo de 24 de mayo de 1979 y en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de febrero de 1982, e incluidas en el anejo de este Real Decreto junto a otras operaciones iniciadas con anterioridad a dicha Orden comunicada, se regularan por lo dispuesto en el mismo y su citado anejo*».

La segregación de la parcela en la que se halla situada la vivienda objeto de análisis se produjo en el año 1956, es decir, con anterioridad la *Orden comunicada del Ministro de Obras Públicas y Urbanismo de 24 de mayo de 1979 y Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de febrero de 1982,* por lo que al ser la parcela de propiedad particular, no es posi-

ble aplicar ni la Orden ni el Acuerdo ni el Real Decreto 1133/1984 y no puede entenderse incluida en el ámbito de la remodelación.

No resultarían aplicables por tanto ni el artículo 2 del Real Decreto 1133/1984 en virtud del cual: «*A los efectos de lo establecido en el artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa se declara urgente la ocupación de los bienes y derechos afectados por las actuaciones de remodelación y realojamiento a que se refiere el artículo 1º del presente Real Decreto*» ni el artículo 7.«1. *Si el Instituto para la Promoción Pública de la Vivienda recibiera como aportación de los adjudicatarios de las nuevas viviendas su anterior vivienda en propiedad, cuando sea necesario su desalojo para las nuevas promociones, y a efectos de evitar la expropiación, del precio de la nueva vivienda se deducirá una cantidad del 15 por 100 del mismo*» toda vez que en ningún caso estaba prevista la expropiación de la finca sita en la calle Mártires de la Ventilla n.º 52 de Madrid.

No sería posible por tanto aplicar lo dispuesto en el artículo 17.«*Serán adjudicatarios de las viviendas remodeladas, en las condiciones de venta y renta establecidas en los artículos anteriores, las personas residentes afectadas por las operaciones de remodelación inmobiliaria referidas en el artículo primero de este Real Decreto e incluidas en los correspondientes censos elaborados y aprobados definitivamente por la Dirección Provincial del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo en Madrid.*

La aprobación definitiva de estos censos tendrá lugar una vez transcurrido un período de información pública de treinta días e informadas las reclamaciones que sobre el contenido de los mismos pudieran presentarse.

Las personas no incluidas en los censos citados podrán ser adjudicatarios de las viviendas excedentes en las condiciones de acceso establecidas por el Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, y previa selección de acuerdo con el Real Decreto 1631/1980, de 18 de julio y Orden de 17 de noviembre de 1980, que lo desarrolla».

En cuanto al último párrafo del artículo 17, dado que el propietario no está incluido en el Censo de Residentes fundamentalmente por estar situada la vivienda en una parcela propiedad privada de la Manzana CM-13A que no ha estado nunca incluida en las actuaciones del IVIMA dentro del Sector y por haber sido confeccionado en el año 1982, exige la aplicación del *Real Decreto 1631/1980, de 18 de julio, de Adjudicación de Viviendas de Protección Oficial promovidas por el Instituto Nacional de la Vivienda o cualesquiera otras de Promoción Pública cuya titularidad corresponda al Estado o a sus Organismos Autónomos* y de la *Orden de 17 de noviembre de 1980* que lo desarrolla relativo a la *Adjudicación de las Viviendas de Protección Oficial de Promoción*

Pública. Actualmente, sería aplicable el *Decreto 195/2000, de 31 de agosto, Regulador del Proceso de Adjudicación de Viviendas de la Comunidad de Madrid* que establece los procesos de selección, las condiciones de acceso y el procedimiento de adjudicación siendo en todo caso competente para la misma la Dirección General de Arquitectura y Vivienda de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transporte. Su *Disposición Adicional Primera* excluye del ámbito de aplicación del Decreto las adjudicaciones de vivienda resultantes de las operaciones de remodelación y renovación contempladas en el RD 1133/1984 al que se le aplicará únicamente determinados artículos a efectos del procedimiento de sorteo.

La parcela en la que se ubica la vivienda está enclavada en la Manzana CM-13A. Está situada fuera del ámbito del P.E.R.I. 6.1R y fuera del ámbito del P.E.R.I. 6.8 tal y como se observa en el plano parcelario. En la Manzana CM-13A además de la parcela propiedad del IVIMA, hay dos parcelas de propiedad privada (C/X números 52 y 54). Este Organismo realizará una actuación aislada sobre una parcela de su propiedad situada en suelo urbano común.

No estando incluida en ningún ámbito de remodelación procede la aplicación de las normas generales toda vez que la vivienda objeto de venta, situada en la Avda. n.º –, planta tercera, letra A está calificada como vivienda de protección oficial de protección especial por Resolución de la Directora General de Arquitectura y Vivienda de fecha 19 de septiembre de 2002.

Basándose la Resolución objeto de informe en el artículo 7.1 del Real Decreto 1133/1984, de 22 de febrero, que no resulta de aplicación por las razones expuestas y no constando en el expediente ningún proceso de adjudicación, se informa desfavorablemente la venta de la vivienda propiedad de este Organismo.

III

El IVIMA tiene entre sus funciones propias, adquirir suelo conforme al artículo 1.2 de la Ley 1/1994, de 14 de enero de Reorganización y Funciones del Organismo Autónomo Instituto de la Vivienda de Madrid.

Al no ser aplicable el Real Decreto 1133/1984, de 22 de febrero, habrán de cumplirse los requisitos exigidos por la Ley de Patrimonio, para que el IVIMA adquiera la vivienda sita en la calle Mártires de la Ventilla n.º 52 de Madrid.

Pueden formularse al efecto las siguientes,

IV

CONCLUSIONES

I. No resulta de aplicación el Real Decreto 1133/1984, de 22 de febrero, por tratarse de una finca de propiedad particular vendida por la Comisaría General para la Ordenación Urbana de Madrid y segregada de la de propiedad estatal en esa misma fecha.

II. El Instituto de la Vivienda de Madrid podría comprar la vivienda sita en la calle X n.º Y de Madrid siempre que cumpla los requisitos exigidos por los artículos 42, 66 de la Ley de Patrimonio y demás de general aplicación.

III. El Instituto de la Vivienda de Madrid no puede vender la vivienda de su propiedad sita en la Avda n.º –, 3.º A sin que exista un previo proceso de adjudicación en virtud de lo establecido en el *Decreto 195/2000, de 31 de agosto, Regulador del Proceso de Adjudicación de Viviendas de la Comunidad de Madrid*.

Por todo lo anterior la «Propuesta de Resolución del Director Gerente relativa a la Aprobación de una Dación en Pago de Vivienda sita en la calle X n.º Y de Tetuán, Madrid» se informa en sentido **DESFAVORABLE**.

Es cuanto tiene el honor de informar, salvo mejor opinión fundada en Derecho.

No obstante, Vd. Resolverá.

Se ha recibido en este Servicio Jurídico para su preceptivo informe **PROPUESTA DE CONVENIO ENTRE EL ILMO. AYUNTAMIENTO DE GETAFE Y EL INSTITUTO DE LA VIVIENDA DE MADRID PARA LA CESIÓN ONEROSA DE LA FINCA DENOMINADA MANZANA R, ZONA VEINTE, SUBZONA A, DEL SECTOR III DE GETAFE , HOY AVENIDA JUAN CARLOS I**[1].

Examinado el texto, así como la documentación remitida por el Servicio de Patrimonio, el Servicio Jurídico emite el siguiente

INFORME

En el apartado REUNIDOS «ambas partes se reconocen con capacidad legal bastante para otorgar el presente convenio específico de cesión onerosa de finca».

Valga como definición de convenio la que ofrece el **criterio 2.1 del Acuerdo de 6 de octubre de 2003 por el que se aprueban los criterios de coordinación de la actividad convencional de la Comunidad de Madrid**: «Se consideran convenios administrativos todos aquellos documentos que instrumenten la colaboración, cooperación o coordinación de las partes que los suscriben en asuntos de interés común.»

Siendo que el objeto del convenio que se somete a informe, es la cesión onerosa de una finca del Ilmo. Ayuntamiento de Getafe al Instituto de la Vivienda de Madrid, no parece que dicha actuación encaje en lo que conforme a la definición anterior debe ser instrumentado a través de convenio administrativo.

No obstante lo anterior, en el texto se justifica el convenio por aplicación **del artículo 178.1.b) de la Ley 9/2001 de suelo de la Comunidad de Madrid,** señala que:

«1. Los bienes de los patrimonios públicos de suelo, así como los restantes bienes de la Comunidad de Madrid y de los municipios clasificados como suelo urbano y urbanizable, pueden ser:

«b) Cedidos, por precio fijado en convenio interadministrativo suscrito al efecto a cualquier Administración pública o entidades de ella dependientes o a ella adscritas para el fomento de vivienda sujeta a cualquier régimen de protección pública o la realización de programas de conservación o mejora medioambiental.»

[1] El presente Informe ha sido emitido por Doña Laura Cebrián Herranz, Letrado de la Comunidad de Madrid en el Instituto de la Vivienda de Madrid, IVIMA, Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes.

Entendemos que **no es aplicable el artículo 178.1 b) de la Ley 9/2001** puesto que las viviendas en número de setenta ya están construidas; la Licencia de Obra Municipal fue otorgada por Acuerdo de Comisión de Gobierno del Ilmo. Ayuntamiento de Getafe adoptado en sesión de 3 de enero de 1986, habiéndose recepcionado la obra antedicha, según Acta de Recepción Definitiva de fecha 29 de mayo de 1989.

En ningún caso se trataría de un «convenio específico», ya que éstos se caracterizan por ir precedidos de convenio general o convenio marco que en desarrollo de los mismos determinan los compromisos concretos que requieren las partes, como especifica el Criterio 3.3 del Acuerdo de referencia.

Del último Acuerdo adoptado por el Ilmo. Ayuntamiento de Getafe, de fecha 19 de diciembre de 2003, precedido de carta enviada en julio de 2003 por la Secretaria General del IVIMA se desprende la conformidad entre las partes para que tenga lugar la cesión onerosa de suelo así como en el precio, **por lo que procede la celebración del correspondiente contrato de compraventa; artículo 1445 del Código Civil** *«por el contrato de compraventa uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente.»*

De acuerdo con lo dispuesto en el **artículo 5.3 del Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio** por el que se aprueba el texto definitivo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: «(...) tendrán la consideración de contratos privados (...) en particular, los contratos de compraventa (...)».

El régimen jurídico de estos contratos se contempla en el **artículo 9** del mismo texto legal:

«1. Los contratos privados de las Administraciones Públicas se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación, (...), en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de Derecho Privado. A los contratos de compraventa (...) se les aplicarán, en primer lugar, en cuanto a su preparación y adjudicación, las normas de la legislación patrimonial de las correspondientes administraciones públicas.»

«3. El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surtan entre las partes en los contratos privados.»

Por lo expuesto, se informa **DESFAVORABLEMENTE** el Convenio como tal por considerar que la operación debe materializarse a través de un contrato de compraventa.

Entendemos que **no es aplicable el artículo 178.1 b) de la Ley 9/2001** puesto que las viviendas en número de seiscientas ya están construidas; la Licencia de Obra Municipal fue otorgada por Acuerdo de Comisión de Gobierno del Ilmo. Ayuntamiento de Getafe adoptado en sesión de 3 de enero de 1986, habiéndose recepcionado la obra antedicha, según Acta de Recepción Definitiva de fecha 29 de mayo de 1989.

En ningún caso se trataría de un «convenio específico», ya que éstos se caracterizan por la precedidos de convenio general o convenio marco que en desarrollo de los mismos determinan los compromisos concretos que requieren las partes, como especifica el Criterio 3.3 del Acuerdo de referencia.

Del último Acuerdo adoptado por el Ilmo. Ayuntamiento de Getafe, de fecha 19 de diciembre de 2003, precedido de carta enviada en julio de 2003 por la Secretaría General del IVIMA se desprende la conformidad entre las partes para que tenga lugar la cesión onerosa de suelo así como en el precio, **por lo que procede la celebración del correspondiente contrato de compraventa: artículo 1445 del Código Civil** *«por el contrato de compraventa una de las contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente.»*

De acuerdo con lo dispuesto en el **artículo 5.3 del Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio** por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: «(...) tendrán la consideración de contratos privados (...) en particular, los contratos de compraventa (...)».

El régimen jurídico de estos contratos se desarrolla en el **artículo 9** del mismo texto legal:

«1. Los contratos privados de las Administraciones Públicas se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación, (...), en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de Derecho Privado. A los contratos de compraventa (...) se les aplicarán, en primer lugar, en cuanto a su preparación y adjudicación, las normas de la legislación patrimonial de las correspondientes administraciones públicas.»

«3. El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surtan entre las partes en los contratos privados.»

Por lo expuesto, se informa **DESFAVORABLEMENTE** el Convenio como tal por considerar que la operación debe materializarse a través de un contrato de compraventa.