



Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid

N.º 9
ENERO
ABRIL
2001



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

N.º 9 Enero-Abril

Año 2001

Comentarios

Los interdictos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil

La ejecución dineraria

Proceso especial sobre impugnación de resoluciones administrativas en materia de protección de menores

Los equipos técnicos en la Ley Penal del Menor

Los centros de internamiento en la nueva regulación legal de la responsabilidad penal de los menores infractores

Medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad del empleo

**Ley y Decretos de la Comunidad de Madrid.
Primer cuatrimestre 2001**

Convenio de Asistencia Jurídica

1395

25 JUN 2001



Director: Wilson Sánchez Corbero
Comunidad de Madrid
wilsa.sanchez@comadrid.es

Subdirector:

Elena Hernández Salguero

Letrado jefe del Servicio Jurídico Central

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

boradores. Puerta del Sol, 7, 28013 Madrid

La revista está también disponible a través de Internet, en la
página web de la Comunidad de Madrid. Imprenta del organismo autonómico
<http://www.comadrid.es> Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid

Puede accederse a esta revista de "presidencia" o directamente en
<http://www.comadrid.es>

N.º 9 Enero-Abril 2001

Edición: 04/2001

I.S.S.N.: 1139-8816

Depósito legal: M-6-130-1999

Director:

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

Subdirector:

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

Edita:

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

Imprime:

Imprenta del organismo autónomo
Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid

Tirada: 750 ejemplares
Coste unitario: 770 pesetas
Edición: 04/2001
I.S.S.N.: 1139-8816
Depósito legal: M-6.420-1999

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Podrán ser remitidos para su publicación en la Revista Jurídica cualesquiera trabajos inéditos que no estén pendientes de comunicación. La Dirección de la Revista decidirá la aceptación de los trabajos. La Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid no comparte necesariamente ni se hace responsable de las opiniones expresadas por sus colaboradores.

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica podrán ser consultados en Internet. Los trabajos que no se publiquen no serán devueltos.

La revista está también disponible a través de Internet en la página web de la Comunidad de Madrid:
<http://www.comadrid.es>

Puede accederse a ella dentro de «Presidencia» o directamente, en:
http://www.comadrid.es/cmadrid/revista_juridica/indice.htm

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

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

Director:

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

Subdirector:

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

La Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid no comparte necesariamente ni se hace responsable de las opiniones expresadas por sus colaboradores.
Puerta del Sol, 7, 28013 Madrid

La revista está también disponible a través de Internet en la página web de la Comunidad de Madrid <http://www.comadrid.es>

Puede accederse a ella dentro de «Presidencias» o directamente en http://www.comadrid.es/comadridrevista_juridica.htm
Tirada: 750 ejemplares
Coste unitario: 7,40 €
Edición: 04/2001
I.S.B.N.: 1130-8816
Depósito legal: M-6.420-1999

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Comentarios

Podrán ser remitidos para su publicación en la Revista Jurídica cualesquiera trabajos inéditos que no estén pendientes de comunicación. La Dirección de la Revista decidirá la aceptación de los trabajos y su publicación comunicando a los autores el número en el que serán publicados. 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 ser publicados en cualquier otra publicación, previa autorización a la Dirección de la misma. Los que no se publiquen no serán devueltos, salvo que se solicite por escrito.

Los trabajos se remitirán en papel, por una sola cara, y en disquete, preferentemente en el sistema Word o Word Perfect 6.0/7.0, acompañando una hoja aparte en la que se hará constar el título del trabajo, el nombre del autor, profesión, dirección, NIF, número de teléfono, fax y/o correo electrónico.

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

Los autores de los trabajos publicados serán remunerados en la cuantía que establezca por la Dirección y conforme a la disponibilidad presupuestaria y recibirán tres ejemplares de la Revista. 179

Leyes y Decretos de la Comunidad de Madrid. Primer cuatrimestre 2001 211

Convenio de Asistencia Jurídica 219

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Podrán ser remitidos para su publicación en la Revista Jurídica los trabajos inéditos que no estén pendientes de comunicación. La Dirección de la Revista decidirá la aceptación de los trabajos y su publicación comunicando a los autores el número en el que serán publicados. 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 ser publicados en cualquier otra publicación, previa autorización a 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 disposición, preferentemente en el sistema Word o Word Perfect 6.0.0, 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 correo electrónico.

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

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

ÍNDICE

Comentarios

<i>Los interdictos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil</i> Alejandra FRÍAS LÓPEZ	11
<i>La ejecución dineraria</i> (ROCÍO GUERRERO ANKERSMIT)	99
<i>Proceso especial sobre impugnación de resoluciones administrativas en materia de protección de menores</i> (Carmen CABAÑAS POVEDA)	117
<i>Los equipos técnicos en la Ley Penal del Menor</i> (Eduardo DE URBANO CASTRILLO)	127
<i>Los centros de internamiento en la nueva regulación legal de la responsabilidad penal de los menores infractores</i> (Ricardo RODRIGUEZ FERNÁNDEZ)	153
<i>Medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad del empleo</i> (Alicia SÁNCHEZ CORDERO)	179
Leyes y Decretos de la Comunidad de Madrid. Primer cuatrimestre 2001	211
Convenio de Asistencia Jurídica	219

Comentarios

Los interdictos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil
ALEJANDRA FRIAS LÓPEZ 11

La ejecución forzosa (RODO GUERRERO ANKERSMIT) 99

Proceso especial sobre impugnación de resoluciones administrativas en materia de protección de menores (CARMEN CABAÑAS FÓRADA) 117

Los edificios técnicos en la Ley Penal del Menor (EDUARDO DE URBANO CASTILLO) 127

Los centros de internamiento en la nueva regulación legal de la responsabilidad penal de los menores infractores (RICARDO RODRIGUEZ FERNANDEZ) 123

Medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad del empleo (ALICIA SÁNCHEZ CORDERO) 179

Leyes y Decretos de la Comunidad de Madrid. Primer Cuatrimestre 2001 211

Convenio de Asistencia Jurídica 219

LOS INTERDICTOS EN LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Por

ALEJANDRA FRIAS LOPEZ

COMENTARIOS

SUMARIO I. Introducción. II. Los interdictos: en general. III. Competencia. Fuero territorial. IV. Prohibición de reconvencción. V. Forma de determinación de la cuantía. VI. Foros territoriales y admisionales. VII. Compatibilidad de los interdictos con la ejecución en vía de hecho. Problematika del Interdicto de Obra Nueva. VIII. Admisión de la vía de amparo. IX. Interdicto de adquirir. I. Antecedentes. II. Naturaleza. III. Finalidad. IV. Requisitos. 1. En general. 2. Legitimación. V. Procedimiento. 1. Regulación de la Ley de 1881. 2. Regulación en la nueva LEC. X. Interdictos de retener y recobrar. I. Antecedentes. II. Naturaleza. III. Finalidad. IV. Objeto. V. Procedencia. A) Interdicto de Retener. B) Interdicto de Recobrar, supuestos en que es inaplicable. C) Breve referencia a las actuaciones administrativas constituidas de vías de hecho. D) Acumulación de ambos interdictos. — Incompatibilidad del ejercicio conjunto y simultáneo de ambos interdictos. — Admisibilidad del ejercicio alternativo o subsidiario de ambos interdictos. VI. Requisitos. 1. En General. 2. Legitimación Activa. 3. Legitimación Pasiva. 4. Requisitos objetivos. 1) Tenencia o Posesión. 2) Actos de perturbación posesoria. 3) Actos de disposición posesoria. 4) Animo Spoliandi en el Interdicto de Recobrar. VII. Procedimiento. 1. Plazo de Presentación de la demanda Interdictal. 2. Regulación en la LEC de 1881. 3. Regulación en la nueva LEC. XI. Interdicto de obra nueva. I. Antecedentes. II. Naturaleza. III. Finalidad. IV. Objeto. La obra nueva. V. Procedencia. VI. Requisitos. 1. En general. 2. Legitimación Activa. 3. Legitimación Pasiva: breve referencia a supuestos de inconstancia pasiva necesario. 4. Requisitos objetivos. VII. Procedimiento. 1. Regulación en la LEC de 1881. 2. Regulación en la nueva LEC. XII. Interdicto de obra antigua. I. Antecedentes. II. Naturaleza. III. Finalidad. IV. Objeto. V. Requisitos. 1. En general. 2. Legitimación Activa. VI. Procedimiento. 1. Regulación en la LEC de 1881. 2. Regulación en la nueva LEC.

I. INTRODUCCIÓN

La nueva Ley de 7 de Enero de 2000 rehuye por igual, como indica su Exposición de Motivos, la profusidad y el esquematismo, señalando asimismo que la real simplificación procedimental se lleva a cabo con la eliminación de reiteraciones; la subsanación de insuficiencias de regulación y con una nueva ordenación de los procesos declarativos, que busca ser clara, sencilla y completa en función de la

¹ Letrada de la Comunidad de Madrid.

LOS INTERDICTOS EN LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

POR

ALEJANDRA FRÍAS LÓPEZ¹

SUMARIO: I. Introducción. Breve Referencia a la Posesión. II. Los interdictos: en general. III. Competencia. Fuero Territorial. IV. Prohibición de reconvencción. V. Forma de determinación de la cuantía. VI. Los interdictos y administración. VII. Compatibilidad de los interdictos con la actuación en vía de hecho. Problemática del Interdicto de Obra Nueva. VIII. Admisión de la vía de amparo. IX. Interdicto de adquirir. I. Antecedentes. II. Naturaleza. III. Finalidad. IV. Requisitos. 1. En general. 2. Legitimación. V. Procedimiento: 1. Regulación en la Lec de 1881. 2. Regulación en la nueva LEC. X. Interdictos de retener y recobrar. I. Antecedentes. II. Naturaleza. III. Finalidad. IV. Objeto. V. Procedencia: A) Interdicto de Retener B) Interdicto de Recobrar, supuestos en que es improcedente. C) Breve referencia a las actuaciones administrativas constitutivas de vías de hecho. D) Acumulación de ambos interdictos: —Incompatibilidad del ejercicio conjunto y simultáneo a ambos interdictos. —Admisibilidad del ejercicio alternativo o subsidiario de ambos interdictos. VI. Requisitos: 1. En General. 2. Legitimación Activa. 3. Legitimación Pasiva. 4. Requisitos objetivos: 1) Tenencia o Posesión 2) Actos de perturbación posesoria. 3) Actos de despojo posesorio. 4) Animus Spoliandi en el interdicto de Recobrar. VII. Procedimiento: 1. Plazo de Presentación de la demanda Interdictal. 2. Regulación en la LEC de 1881. 3. Regulación en la nueva LEC. XI. Interdicto de obra nueva. I. Antecedentes. II. Naturaleza. III. Finalidad. IV. Objeto: La obra nueva. V. Procedencia. VI. Requisitos: 1. En general. 2. Legitimación Activa. 3. Legitimación Pasiva: breve referencia a supuestos de litisconsorcio pasivo necesario. 4. Requisitos objetivos. VII. Procedimiento: 1. Regulación en la LEC de 1881. 2. Regulación en la nueva LEC. XII. Interdicto de obra ruinosa. I. Antecedentes. II. Naturaleza. III. Finalidad. IV. Objeto. V. Requisitos: 1. En general. 2. Legitimación Activa. VI. Procedimiento: 1. Regulación en la LEC de 1881. 2. Regulación en la nueva LEC

I. INTRODUCCIÓN

La nueva Ley de 7 de Enero de 2000 rehuye por igual, como indica su Exposición de Motivos, la prolijidad y el esquematismo, señalando asimismo que la real simplificación procedimental se lleva a cabo con la eliminación de reiteraciones, la subsanación de insuficiencias de regulación y con una nueva ordenación de los procesos declarativos, que busca ser clara, sencilla y completa en función de la

¹ Letrada de la Comunidad de Madrid.

realidad de los litigios y de los derechos, facultades, deberes y cargas que corresponden a los tribunales, a los justiciables y a quienes, de un modo u otro, han de colaborar con la Justicia Civil.

Esta nueva Ley de Enjuiciamiento Civil refunde todos los procesos declarativos en dos; el ordinario, arts.399 a 436, contestado por su concentración, inmediatez y oralidad, y el verbal, arts.437 a 447, juicio oral en sumo grado que relega la escritura a lo imprescindible.

La ley ha venido a aglutinar en un sólo procedimiento, el verbal, una serie de modalidades procesales que se encontraban repartidas a lo largo de la Ley o en Leyes sustantivas como la de Arrendamientos Urbanos. Dentro de estas modalidades procesales se encontraban los interdictos; denominación tradicional que sin embargo no recoge la nueva Ley.

La técnica seguida por el Legislador ha sido tomar como referencia el juicio verbal y dentro de su regulación establecer las distintas especialidades que se derivan de los diversos objetos procesales.

Algunos autores, como GARNICA MARTÍN, critican este hacer legislativo, toda vez que, en particular los interdictos, siguen conservando en la nueva regulación las notas particulares que permitía calificarlos como procesos declarativos especiales con carácter sumario.

Con ello sólo se consigue un mero efecto óptico, crear la ilusión de que se han suprimido la mayor parte de nuestros procesos especiales, mientras que la realidad es que se han mantenido dichos procesos especiales, pero mal regulados, desarrollados de forma asistemática y confusa dentro de la regulación de los juicios verbales.

Para el citado autor, esta forma de proceder tiene un doble efecto perverso, por una parte priva de claridad a la regulación del juicio verbal y por otra, oscurece la regulación de los propios procesos especiales, lo que podría haberse evitado sustituyendo los procesos posesorios e interdictales por un sólo proceso de tutela sumaria acorde o paralelo al sistema de tutela cautelar.

Sin caer en críticas o halagos en extremo, podemos convenir con GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO que «se trata de una ley que mejora diversos aspectos del enjuiciamiento civil y, en particular, la racionalización de los procesos especiales, limitando las especialidades, eliminando las superfluas en sí mismas y las innecesarias, habida cuenta de la agilización de los procesos declarativos ordinarios».

Pero siendo esta su finalidad, ha llegado más allá de lo pretendido, dispersando y casi ocultando especialidades que deberían haberse agrupado por razón de su objeto procesal y, manifestando, como señala el

citado autor, una falta de sosiego y detenimiento en su elaboración, como hubiera exigido una ley tan cualificada como ésta, falta de estudio suficiente que llevará a que, en un plazo más breve que prolongado, se produzcan nuevas reformas parciales y urgentes de la nueva ley.

Con independencia de las críticas citadas, lo cierto es que la nueva ley es la que se aplica en nuestro Ordenamiento jurídico desde el 8 de enero del año 2001 y la que contiene la nueva regulación de la materia que seguidamente vamos a desarrollar, los interdictos.

1. Breve referencia a la posesión

Como ya puso de manifiesto IHERING, para los antiguos la posesión era «imago domini», presunción de propiedad, exteriorización del dominio o la propiedad en su estado de hecho.

La palabra *possessio* venía de *a sedibas, possitio o sedibas*, asiento, el poseedor puede permanecer en la cosa que posee *possessio apellata est, ut Labeo ait, a sedibas, quasi sedum positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit* (Digesto, en su versión florentina, Libro XLI, tit. 2, frag. 1. pr.).

Asimismo, en las Partidas, se dice que la posesión viene a significar tanto como «ponimiento o postura de pies», algo así como «la ocupación o tenencia de una cosa corporal, sea con ánimo de retenerla para sí o en concepto de dueño, o bien sin esa consideración». Según esta doctrina, la posesión propiamente dicha se refiere a las cosas corporales, y por tanto, excluye las incorpóreas o derechos, que vienen a constituir lo que se conoce como *cuasi possessio*.

En un sentido amplio, se entiende por posesión cualquier relación material con la cosa, a diferencia de la verdadera posesión, en la que el poseedor actúa como si fuera su dueño (*animus domini*).

Siguiendo a PUIG PEÑA, podemos definirla como «una situación jurídica tutelada, por cuya virtud una persona tiene una cosa o ejercita un derecho de tal forma que actúa sobre la misma como si fuese su titular verdadero».

Nuestro Código Civil, en su art. 430, dice: «Posesión natural es la tenencia de una cosa o disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos».

Para ROCA SASTRE, la posesión se entiende como un *señorío de hecho* ejercido sobre una cosa, con *abstracción* de si está fundado en

un derecho o título jurídico de pertenencia. Sobre todo, ante el importante e inmediato efecto de la posesión, cual es el de su protección interdictal, la posesión es una situación de dominación, señorío, contacto o poder de hecho de una persona sobre una cosa, prescindiéndose de momento, es decir, mientras no se contienda acerca de ello, de si aquella persona es o no verdadera dueña o titular. Aparente y provisoriamente, la propiedad y la posesión se confunden o asemejan. Haciendo abstracción del elemento titularidad o legitimación, el poseedor se conduce *externamente* como el propietario, y *provisoriamente* es mantenido o protegido interdictalmente, lo mismo el poseedor no propietario que el propietario poseedor.

Acción típica de tutela posesoria son los interdictos.

II. LOS INTERDICTOS: EN GENERAL

Señala el **Art. 446 C.C.** «*Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimientos establecen.*»

Estos medios son los juicios posesorios.

Tradicionalmente se han considerado como tales los interdictos de adquirir, retener, recobrar, obra nueva y obra ruinosa, si bien hoy es unánime la doctrina al señalar que sólo tienen el carácter de juicios posesorios los interdictos de retener y de recobrar, procesos especiales y sumarios destinados a proteger el simple hecho de la posesión o *ius possessionis*, sin decidir acerca del derecho a poseer o *ius possidendi*.

Junto a ellos, la LEC regulaba y regula los interdictos de adquirir, obra nueva y obra ruinosa, procesos también especiales y sumarios pero ya no de carácter posesorio, pues su finalidad no es proteger el simple hecho de la posesión.

El interdicto de adquirir es una acción concedida al titular de un derecho posesorio para adquirir la posesión privada del mismo, con un carácter claramente petitorio.

Tampoco son acciones posesorias, sino medios de adquirir la posesión derivada de un derecho, las que se ejercitan para obtener la posesión judicial.

Por lo que se refiere al interdicto de obra nueva no se define por la situación posesoria sino por el derecho a realizar la obra en cuestión

y el de obra ruinosa tiene por objeto evitar un daño, pero no resolver acerca de la posesión, teniendo ambos un carácter cautelar conservatorio y un fuerte entronque administrativo.

La LEC de 1881 regulaba los interdictos en el **Título XX del Libro II dedicado a la Jurisdicción Contenciosa, artículos 1631 a 1685**, señalando el primero de ellos que:

«*Los interdictos sólo podrán intentarse:*

- 1 *Para adquirir la posesión.*
- 2 *Para retenerla o recobrarla.*
- 3 *Para impedir una nueva obra.*
- 4 *Para impedir que cause daño una obra ruinosa.»*

Bajo este concepto de interdicto la Ley recogía procedimientos diversos y poco relacionados entre sí, aunque con tres factores en común, la adquisición, la retención y la recuperación de la posesión.

Todos los interdictos se mantienen en la nueva regulación, si bien, ya no encontramos un título específico dedicado a estos procedimientos sino una regulación asistemática y dispersa a lo largo del articulado, lo que dificulta en gran medida su localización y estudio.

Señala el **art. 248.3 de la nueva Ley** que las normas de determinación de la clase de juicio por razón de la cuantía sólo se aplicarán en defecto de norma por razón de la materia, si bien en el caso de los interdictos no haría falta acudir a este precepto con objeto de determinar el procedimiento aplicable ya que el art. 250.1 ya establece expresamente los juicios que, con independencia de su cuantía, seguirán los trámites del juicio verbal.

En todos los interdictos, pues, se seguirán los trámites juicio verbal, según se desprende de los diversos apartados del **art. 250.1**; que recoge en forma de lista las demandas que se decidirán en este juicio, con independencia de la cuantía.

Dado que la cuantía de estos procesos normalmente excederá de 150.000 ptas., según lo dispuesto en el **art. 437.1 LEC** el juicio principiará mediante demanda sucinta, en la que se consignarán los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o los domicilios en que pueden ser citados, y se fijará con claridad y precisión lo que se pida.

III. COMPETENCIA

La competencia para conocer de estos procedimientos venía atribuida al Juzgado de Primera Instancia del lugar en que estuviese sita la cosa objeto del interdicto; según la regla 15 del art. 63 LEC, con la excepción del interdicto de adquirir, que tenía su regla especial en el apartado 14 del precitado artículo 63, reconociendo como Juez competente al del lugar donde estén sitos los bienes, o en aquel en que radiquen la testamentaria o abintestato o el domicilio del finado.

En la Ley 1/2000 la **competencia objetiva** la siguen ostentando los Juzgados de Primera Instancia, en los cuales se residencia la cláusula residual competencial al disponer el **art.45** que: «Corresponde a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento, en primera instancia, de todos los asuntos civiles que por disposición legal expresa no se hallen atribuidos a otros tribunales», amén de los asuntos, actos, cuestiones y recursos que les atribuye la Ley Orgánica del Poder Judicial, en sus artículos 84 a 86.

Por lo que respecta a la **competencia territorial**, la propia Exposición de Motivos de la Ley señala que mantiene los criterios generales para la atribución de la competencia territorial, sin multiplicar innecesariamente los fueros especiales por razón de la materia y sin convertir todas esas reglas en disposiciones de necesaria aplicación.

A la competencia territorial se refieren los **artículos 50 a 60**, estableciendo el primero de ellos como fuero general de las personas físicas el del domicilio del demandado, lo que el **art. 51** reitera para las personas jurídicas.

El **art. 52** sienta determinados fueros especiales, que parecen tener carácter necesario, por el rigor de los tiempos verbales imperativos utilizados por el legislador: «No se aplicarán los fueros establecidos en los artículos anteriores y se determinará la competencia de acuerdo con lo establecido en el presente artículo en los casos siguientes...»

Sin embargo, con la excepción de los **fueros contenidos en los números 11, 41 y 151 del apartado 11 y en el apartado 21, dice el art. 54** que las reglas legales atributivas de la competencia territorial sólo se aplicarán en defecto de sumisión expresa o tácita de las partes a los tribunales de una determinada circunscripción.

Se admite por tanto la sumisión de manera más amplia que en la LEC de 1881, exigiéndose para su validez y eficacia, como es lógico, que se haga a tribunales con competencia objetiva para conocer del asunto de que se trate.

Por lo que atañe a los interdictos, en ellos no cabrá sumisión, ya que el **art. 54.1** establece que: «*Tampoco será válida la sumisión expresa o tácita en los asuntos que deban decidirse por el juicio verbal*».

Excluida la sumisión, habrá de determinarse el fuero aplicable a los interdictos.

La **Ley de 1881** era más explícita al respecto, ya que, en el art. 63 disponía que: «*Para determinar la competencia, fuera de los casos expresados en los artículos anteriores, se seguirán las reglas siguientes*»:

En el interdicto de adquirir, será Juez competente el del lugar en que estén sitos los bienes, o aquel en que radiquen la testamentaria o abintestato o el domicilio del finado.

En los interdictos de retener y recobrar la posesión, en los de obra nueva y obra ruinosa, y en los deslindes, será Juez competente el del lugar en que esté sita la cosa objeto de interdicto o deslinde».

La **nueva LEC no utiliza en ningún momento el término o denominación tradicional de «interdicto»**

Entendemos que siguen siendo de aplicación o manteniéndose los criterios que sentaba la anterior Ley ya que el **art. 52** de la nueva dispone que:

«No se aplicarán los fueros establecidos en los artículos anteriores y se determinará la competencia de acuerdo con lo establecido en el presente artículo en los casos siguientes:

1. En los juicios en que se ejerciten acciones reales sobre bienes inmuebles será tribunal competente el del lugar en que esté sita la cosa litigiosa.

Cuando la acción real se ejercite sobre varias cosas inmuebles o sobre una sola que este ubicada en diferentes circunscripciones, será tribunal competente el de cualquiera de éstas, a elección del demandante.

4. En los juicios sobre cuestiones hereditarias, será competente el tribunal del lugar en que el finado tuvo su último domicilio, y si lo hubiere tenido en país extranjero, el del lugar de su último domicilio en España, o donde estuviere la mayor parte de sus bienes, a elección del demandante».

1. Fuero Territorial

La **Disposición Derogatoria única de la Ley 1/2000**, señala expresamente que:

«Se considera en vigor la Ley 52/1997 de 27 de Noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas».

El art. 15 de dicha ley vino a recoger el denominado Fuero Territorial de las Administraciones Públicas, anteriormente contemplado en el art. 71 de la LEC DE 1881:

«Para el conocimiento y resolución de los procesos civiles en que sean parte el Estado, los Organismo públicos o los órganos constitucionales, serán en todo caso competentes los Juzgados y Tribunales que tengan su sede en las capitales de provincia, en Ceuta o en Melilla. Esta norma se aplicará con preferencia a cualquier otra norma sobre competencia territorial que pudiera concurrir en el procedimiento.»

Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a los juicios universales ni a los interdictos de obra ruinosa.»

Según la **Disposición Adicional Cuarta**, esta norma es de aplicación a las Comunidades Autónomas.

Este fuero debe operar en todo caso en que en un procedimiento civil intervenga una de las Administraciones Públicas en él mencionadas con independencia de que lo hagan en calidad de parte actora o demandada, con carácter exclusivo o en compañía de otras parte en principio no afectadas por el referido fuero, en atención a las siguientes consideraciones:

Primera: En primer lugar porque el anterior art. 71 de la LEC y el hoy art. 15 de la Ley de Asistencia Jurídica debe ser entendido en sus estrictos términos, al establecer de forma clara y rotunda que: *«Para el conocimiento y resolución... serán únicamente competentes»*, con lo que de forma taxativa se elimina la posibilidad de atribuir la competencia en estos supuestos a Juzgados que no sean los indicados, con independencia o no de una situación litisconsorcial en el procedimiento, ya que, en caso contrario, se estará así supeditando la competencia, no a la intervención de órganos de la Administración en el Litigio, sino a que dichos órganos estén o no acompañados por terceros.

Segunda: Porque la relación del art. 15 de la Ley de Asistencia Jurídica impone la aplicación de esta norma con preferencia a cualquier otra sobre competencia territorial que pudiera concurrir en el procedimiento.

Tercera: Porque en modo alguno se vulnera el art. 24 de la Constitución ni el derecho al Juez Natural predeterminado por la Ley, ya que este no es sino el establecido con arreglo a las normas de competencia general o especial prefijadas por la ley con anterioridad al proceso o litigio en concreto, con lo que debe entenderse que Juez Natural es

tanto el que corresponda según las normas preferenciales de sumisión expresa o tácita establecidas en la LEC, como el que resulte en aplicación en cada caso de las normas generales o especiales determinantes de la competencia, entre ellas el fuero territorial de las Administraciones Públicas del referido art. 15 de la Ley de Asistencia Jurídica.

Cuarta: Y porque como ya señaló el ATC 324/1993, de 26 de octubre, no existe sombra alguna de inconstitucionalidad en el citado precepto pues, aun cuando ciertamente el establecimiento de ese fuero personal del Estado y demás organismos mencionados entrañe una excepción personal a la norma general reguladora del fuero, encuentra justificación suficiente en la propia naturaleza pública de las personas jurídicas sobre las que se proyecta y su organización y la defensa de los intereses públicos que tienen atribuida, de suerte que no cabe reputarla contraria al principio de igualdad proclamado en art. 14 CE que exige un tratamiento legal igual a los iguales pero no es incompatible con un tratamiento desigual cuando existan razones objetivas que lo justifiquen.

Por tanto, la norma del fuero territorial es de aplicación a los interdictos de retener, recobrar, y caso de admitirse contra actos de la Administración, al de obra nueva, a diferencia de lo que anteriormente establecía el art. 71 de la LEC que excluía de la aplicación del fuero no sólo al interdicto de obra ruinosa, sino también al de obra nueva.

Como ya dijimos, si bien el art. 15 de la citada Ley se refiere exclusivamente al Estado este precepto es de plena aplicación a las Comunidades Autónomas por mandato expreso de la Disposición Adicional Cuarta de la misma Ley, señalando que:

«3. En cuanto a lo dispuesto en el artículo 15, cuando sean parte en el procedimiento las Comunidades Autónomas y entidades de Derecho público dependientes de las mismas, serán también competentes los Juzgados y Tribunales que tengan su sede en la capital... de la Comunidad Autónoma en el caso de que la misma no sea capital de provincia.»

En el ámbito de la Comunidad de Madrid se puede citar la Disposición Adicional Primera de la Ley 3/1999 de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad en la que se señala expresamente que:

«Se estará a lo dispuesto en la legislación estatal respecto del régimen de notificaciones, citaciones, emplazamientos y demás actos de comunicación procesal, la exención de depósitos y cauciones, tasación de costas, suspensión del curso de los autos y fuero territorial de los entes públicos.»

IV. PROHIBICIÓN DE RECONVENCIÓN

Supuesto que la reconvencción es procesalmente hablando la demanda que el demandado formula contra el actor al contestar a la por él presentada, y que conlleva una acumulación objetiva de acciones, introduciendo en el proceso una acción nueva, distinta de la cuestión principal, con la finalidad de que sea discutida y resuelta en la sentencia que ponga fin al litigio, lógico es que no se admita en los procesos de carácter sumario ya que se trata de juicios especiales en los que incluso es preciso preservar el objeto delimitándolo concretamente e impidiendo que se extienda a otras cuestiones.

La anterior LEC aludía a la reconvencción en el art. 542 para el juicio de Mayor Cuantía, en el art. 688 para el de Menor cuantía, y en los artículos 45 y 46 del Decreto de 21 de Noviembre de 1952, para el juicio de Cognición.

La Ley 1/2000 recoge la figura de la reconvencción en los arts. 406 y 407, respetando la naturaleza y finalidad de esta figura, si bien limitando sustancialmente la posibilidad de formularla al señalar que:

«Al contestar a la demanda, el demandado podrá, por medio de reconvencción, formular la pretensión o pretensiones que crea que le competen respecto al demandante»

La ley, en un afán de introducir elementos tendentes a simplificar el procedimiento, establece la necesidad de que la pretensión que se ejercite mediante reconvencción sea conexa con el objeto de la demanda principal, tratando así de acomodarse al modelo implantado en otros ordenamientos.

De esta forma, y como señala DAMIÁN MORENO, junto a la novedad de la limitación sustancial de la posibilidad de utilizar esta figura, aparece la *conexidad* como presupuesto de la misma, que exige el art. 406.1, a diferencia de lo que tradicionalmente ha venido aplicándose en nuestro Derecho, caracterizado por un sistema que admitía que el demandado pudiese ejercitar cualquier pretensión, aunque nada tuviese que ver con el objeto de la demanda principal, la llamada «Reconvencción inconexa».

Uno de los supuestos en que no se admite la reconvencción es el de los procesos cuyo estudio ahora nos ocupa, y así señala el **art. 438 de la Ley:**

«Reconvencción y acumulación objetiva y subjetiva de acciones.»

En ningún caso se admitirá reconvencción en los juicios verbales que, según la ley, deban finalizar por sentencia sin efectos de cosa juzgada.

En los demás juicios verbales sólo se admitirá la reconvencción cuando ésta se notifique al actor al menos cinco días antes de la vista, no determine la improcedencia del juicio verbal y exista conexión entre las pretensiones de la reconvencción y las que sean objeto de la demanda principal.»

V. FORMA DE DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA

Las reglas de determinación de la cuantía vienen recogidas en el **art. 251 de la nueva LEC.**

La cuantía se fijará según el interés económico de la demanda, que se calculará, en el caso de los interdictos de acuerdo con la **regla 20:**

«Cuando el objeto del proceso sea la condena de dar bienes muebles o inmuebles, con independencia de que la reclamación se base en derechos reales o personales, se estará al valor de los mismos al tiempo de interponerse la demanda, conforme a los precios corrientes en el mercado o en la contratación de bienes de la misma clase.»

Para este cálculo podrá servirse el actor de cualesquiera valoraciones oficiales de los bienes litigiosos, si no es posible determinar el valor por otros medios, sin que se pueda atribuir a los inmuebles un valor inferior al que conste en el catastro.»

El nº 3 del art. 251 contempla determinados supuestos en los que será de aplicación la anterior regla de cálculo, entre los que se encuentran:

- Las demandas dirigidas a garantizar el disfrute de las facultades que se derivan del dominio.
- Cuando el proceso verse sobre la posesión y no sea aplicable otra regla.
- En los pleitos relativos a una herencia o a un conjunto de masas patrimoniales o patrimonios separados, se aplicarán las reglas anteriores respecto de los bienes, derechos o créditos que figuren comprendidos en la herencia o en el patrimonio objeto de litigio.

Con independencia de la cuantía los interdictos se tramitarán, por mandato expreso del art. 250, por los trámites del juicio verbal.

VI. LOS INTERDICTOS Y LA ADMINISTRACIÓN

Por expreso mandato constitucional, la Administración ha de actuar con sometimiento pleno a la ley y al derecho (art. 103 CE), siendo vitales para garantizar esta adecuación a lo que el Ordenamiento impone que la actuación administrativa se desarrolle por el cauce formal que constituye lo que se llama el procedimiento administrativo, y que los distintos poderes públicos actúen dentro del marco de su jurisdicción y competencia.

La prohibición de interdictos frente al actuar administrativo tiene su fundamento en la prerrogativa de autotutela en favor de la Administración, basada en la presunción de validez y legalidad del acto administrativo y en la finalidad de servicio al bien común, general y público, que no permiten que el procedimiento de ejecución forzosa, una vez iniciado, pueda quedar suspendido por la interposición de interdictos judiciales.

El interdictio como venimos estudiando es una institución jurídica, clásica, dirigida a la recuperación de la posesión de bienes o a evitar que la posesión de los bienes pase a otra persona. Es un proceso posesorio, necesitando luego, la ratificación de titularidad en el proceso dominical. Cuando la Administración, en un procedimiento de ejecución forzosa, toma posesión de bienes del particular administrado, sus actuaciones administrativas no han de quedar en entredicho, *inter dictum*, paralizadas por actos procesales del particular. El particular, contrariamente a la Administración que sí puede formular interdictos para la defensa de sus bienes (recordemos el artículo 81 de la Ley de Patrimonio del Estado de 15 de Abril de 1964) sólo dispone del recurso Contencioso-administrativo frente al acto, y trámites posteriores que está ejecutando la Administración, y en este recurso judicial podrá solicitar su suspensión.

Uno de los privilegios de que goza la Administración, basado precisamente en que su actuar es conforme a derecho, es la prohibición de interdictos contra el actuar administrativo.

Si bien, para que la Administración goce de este privilegio se requiere que actúe dentro de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido.

Este principio general era ya recogido por el art. 103 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de Julio 1958 y hoy viene consagrado en el **art. 101 de la Ley 30/92:**

«No se admitirán a trámite interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido»

Este privilegio viene recogido en numerosos preceptos del Ordenamiento jurídico, así:

El **art. 8.2 de la Ley de Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964**, dentro de las prerrogativas de la Administración, y en el **art. 13**, referido al deslinde en relación con los **arts. 8 al 15 y 44 del Reglamento de la Ley de Patrimonio del Estado de 5 de Noviembre de 1964.**

El **art. 10 de la Ley de Montes de 8 de Junio de 1957** y en el **art. 66 de su Reglamento de 22 de Febrero de 1962.**

No recoge expresamente esta prohibición la vigente **Ley de Aguas de 2 de Agosto de 1985**, a diferencia de la anterior de 13 de Junio de 1879, que sí se refería a ella en su art. 252; si bien, dado el carácter general de la misma en relación con los órganos de la Administración, es indudable su aplicación en materia de aguas.

En el ámbito de la **Administración Local** en el **art. 70.3 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 13 de Junio de 1986.**

En el ámbito de las respectivas **Comunidades Autónomas**, así por lo que respecta a la **Comunidad de Madrid:**

En el **art. 36.2 del Estatuto de Autonomía de 25 de Febrero de 1983, reformado por la L.O. 5/1998 de 7 de Julio:**

«No se admitirán interdictos contra las actuaciones de la Comunidad de Madrid, en materia de su competencia, y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido».

En el **art. 51 de la Ley de Gobierno y Administración de 13 de Diciembre de 1983**, artículo 25 de la **Ley de la Administración Institucional de 19 de Enero de 1984** o 6.4 de la **Ley de Patrimonio de dicha Comunidad de 23 de Julio de 1986.**

La prohibición de interponerse interdictos frente a las actuaciones de la Administración se refiere a los supuestos en que el acto administrativo, detentador de la posesión de bienes del particular, se haya producido en el procedimiento legalmente establecido y con la competencia propia del contenido del acto. Cuando la actuación material, atentatoria a la posesión de los bienes del particular, carece del acto

administrativo que le hubiere conferido cobertura jurídica, bien porque se ha adoptado por órgano incompetente, *manque de droit*, bien, porque no se ha seguido el procedimiento legalmente establecido, *manque de procedure*, surgirá la denominada vía de hecho, que conlleva un cese automático de la prerrogativa de autotutela y el comienzo de los efectos de la acción posesoria del particular.

Ejemplo paradigmático de la vía de hecho es el **art. 125 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de Diciembre de 1954:**

«Siempre que, sin haberse cumplido los requisitos sustanciales de declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación y previo pago o depósito, según proceda, en los términos establecidos en esta Ley, la Administración ocupare o intentase ocupar la cosa objeto de la expropiación, el interesado podrá utilizar, aparte de los demás medios legales procedentes, los interdictos de retener y recobrar, para que los Jueces le amparen y, en su caso, le reintegren en su posesión amenazada o perdida».

En concordancia con este precepto se encuentra el **art. 139 del Reglamento de Expropiación Forzosa**, que pone una vez más de manifiesto que si la Administración prescinde de las normas reguladoras de su actividad y realiza así actos que afecten a las posesiones de los particulares, se justifica y legitima el ejercicio de la acción interdictal por el particular agraviado o despojado, y en tal sentido hay que interpretar, como recuerda GARCÍA DE MARINA, la regla general dispositiva del **art. 93 de la Ley 30/92** por la que las Administraciones Públicas no iniciarán ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico. Hoy día es indudable que el Ordenamiento español rechaza con carácter general —art.101 citado de la Ley de la Ley 30/92 y 149.1.181 de la Constitución—, la actuaciones administrativas constitutivas de vía de hecho, las cuales constituyen una forma de violencia sobre el ciudadano y sobre sus bienes incompatibles con lo que el poder público es y tiene que ser en un Estado de Derecho: servidor de los ciudadanos y escudo de sus libertades. Y por ello ha reforzado la protección confiriéndole, además de la vía normal de protección, la administrativa, la más rápida, y que debería ser atendida siempre, del interdicto civil.

VII. COMPATIBILIDAD DE LOS INTERDICTOS CON LA ACTUACIÓN EN VÍA DE HECHO

Una de las novedades más importantes de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, Ley 29/1998 de 13 de Julio es la creación de un recurso contra las actuaciones materiales en vía de hecho (art. 25).

Como señala la **Exposición de Motivos de la Ley:**

«Mediante este recurso se pueden combatir aquellas actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos e intereses legítimos de cualquier clase. La acción tiene una naturaleza declarativa y de condena y a la vez, en cierto modo, interdictal, a cuyo efecto no puede dejar de relacionarse con la regulación de las medidas cautelares».

Como señala GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ: El problema tradicional de las vías de hecho venía siendo el de que la Jurisdicción Contencioso-administrativa no concedía una justicia administrativa adecuada a los intereses de los ciudadanos, esencialmente la justicia cautelar que se precisa en estos casos. Esta justicia administrativa cautelar fue concedida esencialmente por la Jurisdicción Civil, previa interposición de los interdictos, pese a que estos recursos también venían configurándose de forma limitada y excepcional.

En este sentido, la Jurisprudencia de la Jurisdicción Contencioso-administrativa evidencia claramente que dicha jurisdicción no venía concediendo una justicia administrativa adecuada a los intereses de los afectados por la vía de hecho.

Mas bien, funcionaba antes de la Ley de Jurisdicción Contencioso administrativa de 1998 el antiquísimo y arcaico sistema de justicia administrativa secundaria o compensatoria, basado en el tándem declaración-indemnización compensatoria.

En otros caso, era la Jurisdicción Civil la que concedía justicia cautelar o interdictal contra la Administración.

Para este autor la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa consigue una solución procesal técnicamente satisfactoria y además supera una concepción histórica en virtud de la cual a los Tribunales civiles, *por ser los auténticos Tribunales*, corresponde entender de un caso como las vías de hecho, especialmente sensible desde el punto de vista de la protección de los derechos de los particulares. Este sistema o concepción arranca desde los tiempos de la Revolución

Francesa, cuando la jurisdicción administrativa no es aún una auténtica jurisdicción integrada en el Poder judicial conociéndose con el nombre de «actos arbitrarios» o «vías de hecho» (*voie de fait*) o en Alemania como *willjürliche Verwaltungsakte*, donde, por cierto, la Ley de Jurisdicción Contencioso administrativa de 1960, *Verwaltungsgerichtsordnung*, abandonó la configuración civilista de la vía de hecho, como hoy hace la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa española de 1998, es decir, corrigiendo el sistema de pretensiones procesales.

Esta concepción histórica atribuía el conocimiento del asunto a la Jurisdicción Civil cuando otra jurisdicción no lo hiciese con un conjunto adecuado de garantías jurídicas, como por ejemplo se recoge en derecho comparado en el art.19 de la Ley Fundamental de Bonn.

La nueva Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa considera que esta jurisdicción es capaz de resolver el problema procesal típico del Derecho Público, que es la tutela interdictal o cautelar frente a la vía de hecho.

Llegado este punto se plantea el problema de si, tras la nueva LJCA y la creación del recurso contra las vías de hecho cesa el conocimiento de esta materia por la Jurisdicción Civil y de si es o no compatible el ejercicio de este recurso con la interposición del correspondiente interdicto en vía civil.

Para GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ:

«La unidad de jurisdicción en estos casos de las vías de hecho parece en todo punto indeseable. No existen motivos para defender un sistema de dualidad jurisdiccional (civil, administrativa). Por otra parte, la dualidad jurisdiccional sobre idéntica cuestión procesal (justicia interdictal en caso de vía de hecho) no parece una solución correcta. Entre otros ejemplos, piénsese en una vía de hecho con pluralidad de destinatarios (así, a consecuencia de la construcción de una vía pública) algunos de ellos ejercitando recursos ante juzgados civiles y otros ante los órganos jurisdiccionales del orden Contencioso-administrativo, declarándose la paralización de dicha obra por los primeros pero no por los segundos. Y piénsese en el supuesto en que sean numerosos los juzgados civiles que conozcan sobre la vía de hecho, por afectar a varios partidos judiciales, desventaja ésta que por cierto evita también el residenciamiento de asuntos en la Jurisdicción Contencioso-administrativa, por poder llegar a concentrarse los distintos litigios ante un mismo órgano jurisdiccional. No puede tampoco olvidarse que ante la Jurisdicción Civil es harto difícil que prosperen ciertos interdictos frente a la

Administración (como ocurre con el de obra nueva o el de obra ruinosa). Habría además que favorecer la unidad de criterios en cuanto a la aplicación judicial del nuevo régimen procesal de las vías de hecho, previsto en la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998.»

Técnicamente, siendo las vías de hecho «actuaciones sujetas al Derecho Administrativo», pudo justificarse un conocimiento de la Jurisdicción Civil mientras el criterio de acceso a la jurisdicción Contencioso-administrativa fue el de los «actos de la Administración Pública»; pero, una vez se afirma el criterio de la «actuación», y estando ésta sujeta a Derecho administrativo, es difícil defender el conocimiento de la Jurisdicción Civil.

En el fondo, si bien históricamente pudo justificarse una extensión de la Jurisdicción Civil al conocimiento de asuntos de carácter público o administrativo (en tanto en cuanto la Jurisdicción Contencioso-administrativa no tutelaba adecuadamente los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos), lo cierto es que una vez que la LJCA de 1998 atribuye un control interdictal o cautelar contra la actuación administrativa constitutiva de vía de hecho, en favor de la jurisdicción Contencioso-administrativa, deja de justificarse el conocimiento de la Jurisdicción Civil. El control civil no quedaría tanto prohibido como *latente o inoperante* (y con ello el posible apoyo que pudiera encontrarse para admitir la demanda en vía civil en los arts. 101 LRJAP y 125 de la Ley de Expropiación Forzosa; por su parte, el art.14 de la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas no tiene contenido material).

Por tanto, el recurrente ya no tiene una necesidad de protección jurídica *especial* capaz de justificar un control civil de las vías de hecho desde el momento en que la Jurisdicción Contencioso-administrativa dispone de todos los medios necesarios para conocer adecuadamente de estos asuntos jurídico-públicos. (En favor de la exclusividad de la jurisdicción Contencioso-administrativa se pronuncian recientemente los Magistrados del Tribunal Supremo Conde Martín de Hijas y Fernández Valverde en la obra *COMENTARIOS A LA LEY DE JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA*, Edic. Abella, Madrid, 1998).

Termina diciendo este autor, que:

«En suma, la Jurisdicción Civil debería declarar improcedente esta vía jurisdiccional mientras la Jurisdicción Contencioso-administrativa conozca cautelarmente de las vías de hecho, mientras esté vigente la solución procesal de la LJCA de 1998.»

Sin embargo, tradicionalmente, la doctrina mayoritaria se inclina por entender que frente a la actuación administrativa en vía de hecho caben todos los medios de reacción que el Ordenamiento admite frente a las agresiones de los derechos de los ciudadanos desprovistos de legitimidad jurídica.

Una sentencia de **8 de mayo de 1969** decía ya que:

«sería nulo de pleno derecho y la actuación posterior supondría el empleo de la vía de hecho, desafiando ante el que el artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa no sólo admite el amparo inmediato de los tribunales de lo contencioso, sino incluso el de la Jurisdicción Civil».

Jurisprudencialmente ha sido admitida esta compatibilidad, así; **la S.T.S. de 20 de Marzo de 1987** admite claramente la competencia de la jurisdicción civil para conocer de la acción interdictal contra la Administración cuando ésta ha actuado fuera de su competencia o sin ajustarse al procedimiento legal.

En el caso CASRAMA (*Consortio de abastecimiento de agua y saneamiento de los pueblos de la provincia de Madrid*) se había invadido una finca para instalar una tubería sin haber impuesto antes la servidumbre de acueducto y sin haber obtenido autorización de los dueños. Pues bien, el Tribunal Supremo dijo:

«el expediente administrativo para imposición de la servidumbre forzosa de acueducto, con las consecuencias de expropiación, también forzosa, que podía conllevar, si inicia cuando habían transcurrido cerca de diecisiete meses de la fecha en que CASRAMA procedió por vía de hecho, ya que ninguna providencia administrativa autorizaba su actuación, a invadir la finca de la actora en la forma en que lo hizo, lo que determina que la vulneración de preceptos legales que se acusan en el único motivo del recurso, carezca totalmente de fundamento, habida cuenta de que al amparo interdictal y concretamente al dirigido a recobrar la posesión procede en casos como el que aquí nos ocupa, siendo harto elocuente al respecto la preceptiva contenida en el artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, que para el supuesto de no haberse cumplido los requisitos sustanciales que autorizan la «ocupación» por la Administración de la cosa objeto de la expropiación, establece que «el interesado podrá utilizar, aparte de los demás medios legales procedentes, los interdictos de retener y recobrar para que los Jueces le amparen y, en su caso, le reintegren en su posesión amenazada o perdida», preceptiva que no contradicen sino, antes por el contrario, ratifican el artículo 103 de la Ley de

Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 y el artículo 38 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, pues una y otra norma sólo proscriben el uso de la acción interdictal en los supuestos de providencias dictadas por las Autoridades Administrativas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido.»

Por su parte, **la STS de 22 de Septiembre de 1990**, en el *Asunto de la Colonia Nuestra Señora de Loreto* pone de manifiesto el origen de la acción interdictal como medio para combatir la vía de hecho administrativa, así como la procedencia de haber utilizado el recurso contencioso-administrativo junto con la vía interdictal:

«El procedimiento administrativo no es un mero ritual tendente a cubrir a un poder desnudo con una vestidura pudorosa que evite el rechazo social. Que no se trata de cubrir impudicias sino de que no las haya. Porque lo que exige el pudor en las relaciones entre el poder público y los ciudadanos es que el comportamiento de aquél inspire confianza a los administrados, como dice ya hoy en nuestro Ordenamiento el artículo 1 de la Ley Foral Navarra 6/1990, de 2 de julio, de Administración local, precepto que, con toda probabilidad, se ha tomado del artículo 6 de la Ley polaca del procedimiento administrativo, citado ya alguna vez por este Tribunal. Y el primer factor capaz de generar esa confianza es la adecuación a un procedimiento que garantice que el obrar administrativo, por más reflexivo, tenga más posibilidades de adecuarse al Ordenamiento administrativo. El artículo 1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de general y directa aplicación a todas las Administraciones Públicas por mandato constitucional (art. 149.1.181), establece imperativamente la sujeción a formalidades procesales de la actuación administrativa, lo que aquí no se ha cumplido de ningún modo. Ha habido vía de hecho porque se ha actuado sin procedimiento. Y la ha habido también porque tampoco ha habido acto administrativo previo...»

Pudo el apelado haber utilizado la vía interdictal ante la Jurisdicción Civil, pues en estos casos el Ordenamiento español autoriza el empleo de esta vía procesal más rápida con carácter general en el artículo 103 de la Ley de Procedimiento Administrativo (la redacción en forma negativa que adopta este precepto no debe impedir su correcta intelección: los interdictos contra la Administración son posibles cuando el acto está viciado por falta de competencia de su autor o por no haber respetado éste las formas procesales exigibles). (Hoy el art. 101 de la Ley 30/92).

Pero, por las razones que sea, ha preferido recurrir ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa que también puede y debe otorgarle protección. En todo caso importa dejar claro que

no sólo la Jurisdicción Contencioso-administrativa sino también la civil podía y tenía que otorgarle protección. En el caso de la civil por la vía interdictal. Porque el Ordenamiento español desde hace muchos años admite los interdictos contra la Administración (desde hace más de un siglo, concretamente desde la famosa Real Orden de 8 de mayo de 1839 que, si bien los prohibía con carácter general los admitía cuando la Administración no hubiera actuado «en los negocios que pertenecen a sus atribuciones»). Esta excepción pasó a la Ley municipal de 1870 —art.89— al Estatuto Calvo Sotelo de 1924 —art.259— y a la Ley de Régimen Local de 1955 —art.403.2— siquiera la redacción oscura de estos preceptos no haya favorecido —antes al contrario— su aplicación). Hoy día es indudable que el ordenamiento español rechaza con carácter general —art.103 citado de la Ley de procedimiento y 149.1.181 de la Constitución—, las actuaciones administrativas por vía de hecho, las cuales constituyen un forma de violencia sobre el ciudadano y sobre sus bienes incompatibles con lo que el poder público es y tiene que ser en un Estado de Derecho: servidor de los ciudadanos y escudo de sus libertades. Y por ello haya reforzado la protección confiriéndole, además de la vía normal de protección, la administrativa, la más rápida, y que debería ser atendida siempre, del interdicto civil».

También podemos aludir a la **STS de 1 de Abril de 1995 del Centro Radiológico Cordobés, S.A., CERACO, contra el Ayuntamiento de Córdoba:**

«Cuando la Administración pública (sea la del Estado, sea la de alguna entidad local o municipal) adopta contra un particular alguna medida o resolución, sin seguir el procedimiento legalmente establecido para ello, es decir, cuando acude a la llamada «vía de hecho» sin cobertura procedimental alguna, cabe contra dicha resolución o medida meramente fáctica el correspondiente interdicto ante la Jurisdicción Civil».

Como señala CAINZOS FERNÁNDEZ, la Jurisdicción Contencioso-administrativa es la sede natural del enjuiciamiento de los actos administrativos y aún de la pura actuación material de la misma, y así lo ha declarado el **Tribunal Constitucional, en su Sentencia 160/1991, de 18 de Julio**, la cual explica que

«...en la expresión «actos de la Administración Pública sujetos a Derecho administrativo» y otras similares con las que las Leyes vigentes definen el objeto del recurso contencioso-administrativo, han de entenderse comprendidos los actos adminis-

trativos expresos, tácitos y presuntos, y las actuaciones de la Administración que constituyen simples vías de hecho. Y es que frente a una actuación material de la Administración sólo caben dos posibilidades: bien considerar dicha actuación como un conjunto de facta concludentia de los que se debe inferir una resolución fundamentadora de la misma, esto es una declaración de voluntad administrativa manifestada a través de la actuación material, o bien en otro caso concebir dicha actuación como una simple vía de hecho, es decir, como una pura actuación material no amparada siquiera aparentemente por una cobertura jurídica. Y en ambos casos es una actividad sujeta a la competencia de la Jurisdicción Contencioso-administrativa...»

En base a estas argumentaciones, para GONZÁLEZ PÉREZ resulta que frente a la vía de hecho debe admitirse el recurso Contencioso-administrativo conforme a las reglas de la LJCA y también la vía judicial civil, que incluye, desde luego, los interdictos de retener y recobrar a que se refiere el artículo 125 LEF pero también otros procedimientos distintos, como el proceso ordinario, debiendo ser probado el presupuesto procesal de la vía de hecho, aunque no con el carácter de prueba plena (STS 8 Junio 1993) de suerte que, la regulación establecida para la impugnación de la vía de hecho ante el Orden Jurisdiccional Contencioso-administrativo no excluye la tradicional vía interdictal, ni otras acciones civiles que pudieran resultar procedentes.

Lo que hay que subrayar es que el recurso a la vía civil y, en particular, a la interdictal «debe entenderse como un plus de defensa del administrado», no como improcedencia del recurso contencioso-administrativo, pues entra dentro «de los demás medios legales procedentes», y, además, lo contrario «constituiría una interpretación de las que conducen al absurdo, el que un particular que sufre las consecuencias de una actuación administrativa sin la observancia de las mínimas formalidades legales no pudiera utilizar los medios impugnativos ordinarios de lo contencioso, mientras que sí lo puede ejercitar el receptor de actos formalmente correctos», STS 2 noviembre 1981. Con la nueva LJCA queda ya manifiesta la procedencia del recurso contencioso-administrativo contra la vía de hecho.

Para este autor debe negarse que la nueva regulación, que prevé expresamente la impugnación contencioso-administrativa de la vía de hecho, conduzca a que el sistema en ella articulado para reaccionar contra la vía de hecho se entienda como único, esto es, que el control de la vía de hecho se limite al Orden Jurisdiccional Contencioso-administrativo.

Por el contrario, debe seguir manteniéndose la posibilidad alternativa de acudir a los tribunales civiles.

Además, durante la propia tramitación parlamentaria de la LJCA se sustituyó en el art. 30 la expresión imperativa «deberá» por «podrá», aunque el cambio hace referencia también al carácter potestativo del requerimiento previo, que deja de configurarse como requisito «*sine qua non*» para pasar a depender de la voluntad del interesado.

Así, el **art.30 LJCA** dispone lo siguiente:

«En el caso de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación. Si dicha intimación no hubiere sido formulada o no fuere atendida dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente recurso contencioso-administrativo.»

A nuestro juicio, debe mantenerse la compatibilidad de ambas vías, administrativa y civil, y ello porque dado que el procedimiento contra actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho no se configura en la LJCA como un procedimiento especial, sino como un procedimiento general con algunas especialidades procedimentales, no tanto por razón del objeto de la pretensión procesal, como de la acción administrativa viciada contra la que se dirige, no existe razón para alterar la Jurisprudencia consagrada en la materia.

De esta forma, no encontramos obstáculo alguno en que sigan conviviendo lo que no es sino la sucesión del proceso contencioso-administrativo general, al que se han introducido ciertas especialidades, y vía interdictal civil.

Tampoco la LJCA deroga expresa ni tácitamente los preceptos en que se amparaba el recurso a la vía judicial civil y en particular a los interdictos, a saber, el art. 101 de la Ley 30/92 y el art. 125 de la LEC, pues la compatibilidad del recurso contencioso-administrativo con la acción civil contra la vía de hecho estaba ya reconocida con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley.

Ni la LEC, posterior a la LJCA introduce especialidad alguna para las acciones interdictales dirigidas frente a vías de hecho de la Administración, lo que sin duda habría tenido lugar si hubiese estado en la mente del legislador excluir de la vía civil los recursos contra vías de hecho administrativas.

Pero la praxis es bien distinta y esta persona que escribe, introduciendo algunos retoques a este trabajo, escrito hace más de un año, les

puede decir que aun cuando en su opinión teórica es clara la compatibilidad de ambas vías, contenciosa y civil, en la práctica siempre invoca la excepción de falta de Jurisdicción del Órgano Civil. Y lo cierto es que esta excepción de falta de Jurisdicción está siendo estimada por los Órganos Jurisdiccionales civiles, así podemos citar a título ejemplificativo el Auto de 4 de diciembre de 2000 del Juzgado de Primera Instancia N1 39 de Madrid o la Sentencia de 29 de enero de 2001 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Primera.

Según Auto de 4 de diciembre de 2000 del Juzgado de 10 Instancia nº 39 de Madrid:

«Del examen de las actuaciones y visto lo alegado por las partes tanto en la demanda como en las respectivas notas presentadas en el acto del juicio se infiere que la misma se fundamenta en una actuación de la Administración, en el presente caso la Comunidad de Madrid.»

Si se ha seguido correctamente el expediente administrativo la Jurisdicción competente para conocer de la materia sería la contencioso-administrativa y si la actuación de la Administración se calificara como vía de hecho también sería dicha jurisdicción la competente para conocer de la cuestión planteada de conformidad con lo dispuesto en los artículos 30 y 32.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción contencioso-administrativa, en consecuencia es procedente estimar la excepción y dar por concluido el procedimiento, sin más trámites.»

Al carecer este juzgado de jurisdicción ha de levantarse la medida cautelar acordada de suspensión de las obras.»

Y, conforme a la Sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 10, de Santa Cruz de Tenerife, de 29 de enero de 2001.

«PRIMERO. Habiéndose acogido por la sentencia impugnada la excepción de falta de jurisdicción que en su día opuso la Consejería de Obras Públicas, Viviendas y Aguas del Gobierno de Canarias frente a la acción interdictal ejercitada en su contra es incuestionable que la presente litis suscita como primera y esencial cuestión el controvertido problema de, si en la actualidad y tras la nueva Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Ley Orgánica 6/1998, también de 13 de julio, que modificó el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para adecuarla a la nueva misión competencial, aún caben los procedimientos interdictales civiles contra las Administraciones Públicas o si estos han

venido ser sustituidos y subsumidos por la jurisdicción contencioso-administrativa en tanto en cuanto se ha establecido una modalidad procesal específica en la ya citada L.J.C.A. para el control de las actuaciones administrativas constitutivas de vías de hecho.

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

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

Frente a esta posición una mínima postura doctrinal pero que sin embargo aparece reflejada en dos resoluciones dictadas, una por la Audiencia Provincial de Lleida y otra el 4 de febrero de 2000 por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sostiene la postura contraria al entender (esta última resolución) que las dudas que provocaba la vigencia, por no derogación expresa, del artículo 128 de la Ley de Expropiación Forzosa y que permitía entender subsistente la posibilidad de acudir a la vía interdictal quedaron disipadas a tenor del contenido del artículo 9.4 de la L.O.P.J., ley posterior y de superior rango, que al señalar que «También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho» no hace sino concretar el espíritu innegable de la ley jurisdiccional de idéntica fecha.

TERCERO. Sentado lo anterior, esta Sección se inclina por la segunda postura no sólo por los argumentos antes expuestos sino porque nuestro ordenamiento procesal se fundamenta en el principio básico de la improrrogabilidad de la jurisdicción, al establecer el artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su párrafo primero que «Los Jueces y tribunales ejercerán su jurisdicción en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra ley» y en su párrafo sexto que «La jurisdicción es

improrrogable. Los órganos judiciales...», de donde se infiere que el efecto básico y elemental de dicho principio es que, salvo excepción legal expresa, un mismo asunto no puede corresponder a la competencia exclusiva de dos órdenes jurisdiccionales distintos, sino sólo a la de uno de ellos; y siendo esto lo que acontece actualmente, al definir el artículo 9.4 de la LOPJ ya transcrito, dentro del ámbito de la jurisdicción contenciosa «las actuaciones materiales que constituyan vías de hecho», puede concluirse que, habiendo diseñado la L.J.C.A. un cauce procesal para este fin, el mantenimiento de la vía interdictal supone desconocer el principio de improrrogabilidad antes citado, y sin que constituya un obstáculo para ello el hecho de que el artículo 3.1 de la citada L.J.C.A. admita que la jurisdicción civil ostenta competencia para enjuiciar a la Administración, pues ello sólo acontece, cuando se trate de cuestiones expresamente atribuidas a dicha jurisdicción, carácter expreso de la atribución que no se deriva de la L.O.P.J. ni de la L.E.C. en materia interdictal».

1. Problemática del Interdicto de Obra Nueva

Una cuestión hartamente debatida por la doctrina ha sido la admisibilidad del interdicto de obra nueva contra la vía de hecho de la Administración.

El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción así lo ha admitido en supuestos de vía de hecho, como la Sentencia de 23 de Noviembre de 1987:

«No es éste el lugar para discernir si frente a «obras públicas» cabe la vía interdictal, en la modalidad cautelar o provisoria que recibe el nombre de «interdicto de obra nueva», y provoca —según el literal entendimiento del art. 1.663 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, desde el momento mismo de la admisión de la demanda, la suspensión de la obra, en el estado en que se halle. Pero sí resulta conveniente para dejar constancia de la trascendencia del problema, decir que en la hipótesis de que esta vía interdictal (nos referimos a la obra nueva, no, obviamente, a la de los interdictos de retener y recobrar, expresamente reconocidos en el art. 125 de la Ley de Expropiación Forzosa frente a las llamadas vías de hecho) pudiera utilizarse para paralizar «Obras públicas», tendrá que actuarse por el Juez civil lo necesario para que la regla general de que no se admitirán interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido resulte respetada»...

Admitido frente a la Administración, sin embargo ha sido vedado su ejercicio frente a las actuaciones materiales de ejecución de obras públicas y así lo ha sentado la **Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 30 de Marzo de 1998 de la Congregación Religiosa «Hijas de la Caridad de San Vicente de Paúl», contra el Ministerio de Obras Públicas y Transportes y la Sociedad Constructora «Huarte, Sociedad Anónima»**, a causa de ciertos derribos en el patio del Colegio que regenta la expresada Congregación.

En dicha Sentencia se dispuso lo siguiente:

«Existe jurisprudencia reiterada de este Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (dos Sentencias de 20 diciembre 1993 y otra fechada el 21 de diciembre del mismo año que afirma que lo que ampara el artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa, al abrir la vía interdictal como protección frente a la «Vía de hecho» y los despojos patrimoniales a los que la misma pueda conducir por parte de la Administración Pública, es la desposesión o amenaza de desposesión de los titulares de inmuebles privados, que quieren convertirse en bienes demaniales por una Administración Pública como consecuencia de una transmisión coactiva producida en forma irregular.

El artículo 125 de la Ley de Expropiación atiende, según razona la Sentencia de este Tribunal de 21 diciembre 1993, al momento de la conversión de titularidades privadas en públicas o demaniales sin acto o cobertura legitimadora, en relación con inmuebles, y en ese momento, y no el ulterior de ejecución de obras públicas sobre el soporte de bienes inmuebles demaniales el que contempla la legislación expropiatoria en su artículo 125.

La finalidad a que se enderezan las acciones interdictales es la de hacer cesar a la Administración en las perturbaciones o amenazas de desposesión o reintegrar al interdictante su posesión perdida, pero no la de preservar a un propietario de los daños que la ejecución de una obra pública pueda ocasionarle, de manera tal que si la obra pública se encuentra ya iniciada y en trance de ejecución, no se trataría con la acción interdictal tanto de paralizar una obra pública dañosa cuanto de restituir al propietario o poseedor de fundo del que venía en quieta y pacífica posesión y sobre el que la Administración levanta o realiza aquélla, finalidad ésta que se consigue con el interdicto de recobrar la posesión.

Según esta interpretación de los preceptos que dejan desprovisita a la Administración Pública de su inmunidad interdictal, que hoy se reitera en el artículo 101 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se ha de separar la desposesión de inmuebles, como objeto de tales interdictos, de la obra pública en trance de ejecu-

ción. Todo ello con la consecuencia de no concederse frente a la «obra pública» y las operaciones materiales sobre inmuebles que la misma comporta la protección interdictal, sino frente a las ocupaciones o intentos de ocupación irregular de los inmuebles que han de constituir el soporte físico de aquélla.

La naturaleza del interdicto de obra nueva pugna, en efecto, con la posición constitucional de la Administración Pública y con el régimen de los actos administrativos. El privilegio de autotutela administrativa tan sólo debe ceder, abriéndose la competencia de la Jurisdicción civil, cuando el Juez de este orden jurisdiccional determina, tras una comprobación sumaria, que la Administración no ha actuado con cobertura legitimadora de tal prerrogativa sino, al abandonar aquélla, como un simple particular. En los interdictos de retener y recobrar la posesión, el Juez Civil hace cesar la ejecución de los actos administrativos tras una fase procesal con contradicción y aportación probatoria que le lleva a calificar como «vía de hecho» la actuación administrativa sometida a su conocimiento. No sucede lo mismo, como antes hemos anticipado, en el interdicto de obra nueva en el que, admitida a trámite la demanda, el Juez ordena la inmediata suspensión de las obras realizadas por la Administración en el estado en que éstas se encuentren, sin una mínima base probatoria e «inaudita parte». No es una actividad propiamente jurisdiccional ni una resolución judicial sobre el fondo la que produce una paralización de las obras, sino una medida cautelar conectada automáticamente a la demanda interdictal, según dispone el ya citado artículo 1663 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que corrobora la improcedencia de admitir la defensa del interdicto de obra nueva frente a una obra pública en ejecución».

VIII. ADMISIÓN DE LA VÍA DE AMPARO

El art. 41. de la LOTC de 3 de Octubre de 1979 establece que el recurso de amparo constitucional protege a todos los ciudadanos:

«frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes»

Queda patente por lo tanto la posibilidad de ejercitar el recurso de amparo frente a la vía de hecho, siempre y cuando se cumplan todos los requisitos necesarios para el empleo de esta vía. Por ello, no puede admi-

tirse cuando no se han agotado todas las acciones que la legislación establece o cuando lo que se trata de proteger no es un derecho fundamental (así en el auto del Tribunal Constitucional 525/1987, de 6 de Mayo), o la **STC de 14 de Julio de 1998**, relativa a la vulneración de derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de Jueces y Tribunales en un interdicto de recobrar la posesión; en la que el Ministerio Fiscal alegó la falta de agotamiento de los recursos procesales existentes en la vía judicial, toda vez que estamos en presencia de un procedimiento interdictal sumario en el que, por disposición del Art. 1658 LEC, se reserva a las partes litigantes «el derecho que puedan tener sobre la propiedad o sobre la posesión definitiva, el cual podrán utilizar en el juicio correspondiente».

Al respecto, señaló el TC en dicha Sentencia:

«Esta alegación del Fiscal debe ser rechazada, pues previamente a la formulación del amparo el recurrente ha procedido a agotar todos los recursos e instancias procesales previstos en la Ley para un juicio interdictal, cual es el ahora sometido a nuestra consideración. Una cosa es el agotamiento de los recursos procesales previstos para la sustanciación de dicho procedimiento, y otra distinta el que el legislador haya dejado a salvo el derecho de los litigantes a dirimir en el juicio declarativo correspondiente sus derechos sobre la propiedad o posesión definitiva de la cosa objeto de dicho procedimiento judicial.»

IX. INTERDICTO DE ADQUIRIR

Señala el **art. 250.1.31 de la nueva LEC** que:

«Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes:

Las que pretendan que el tribunal ponga en posesión de bienes a quién los hubiera adquirido por herencia si no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario.»

A este interdicto se referían los **arts. 1633 a 1650 de la derogada LEC Sección Primera, del Título XX del libro II.**

I. Antecedentes

Los antecedentes de este interdicto se encuentran ya en el derecho romano, si bien limitado o reservado, exclusivamente, al heredero testamentario o abintestato para entrar en la posesión de los bienes relic-

tos. En este sentido pasa a ser recogido en la Novísima Recopilación y en Las Partidas.

Este interdicto hay que ponerlo en relación con la llamada posesión civilísima a que se refiere el **art. 440 del CC:**

«La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia.»

La **sentencia de 3 de junio de 1947** dice que el artículo 440 del Código Civil, que no se inspira en el Derecho romano, sino en el artículo 724 del Código Civil francés y responde a la idea germánica de la posesión, nos muestra que «en caso de herencia se produce para el heredero, en nuestro Derecho, la posesión llamada civilísima, que es la que se adquiere por ministerio de la Ley y que tiene lugar en el momento de la muerte del *de cuius*, sin necesidad de la aprehensión material de la cosa, con ánimo de tenerla para sí, como el Derecho romano exigía»; de lo cual infiere que esa posesión, transmitida, por virtud de esa investidura legal, al heredero, excluye la posesión por parte del legatario.

Y conforme a la **sentencia de 12 de diciembre de 1966**, el artículo 440 «no limita su alcance únicamente a los bienes que el causante poseía de manera directa o inmediata, sino que alcanza también a los que poseía de modo indirecto y por mediación de sus criados, dependientes, administradores, colonos, arrendatarios, depositarios y demás, pues la norma no distingue entre esas dos clases de posesión»;

II. Naturaleza

Respecto de su naturaleza jurídica, siguiendo a GARCÍA DE MARINA, diremos que este tipo de interdicto, inspirado en el Derecho Romano, admitido de antiguo en nuestro Ordenamiento jurídico, ejercitado únicamente «para obtener la posesión de bienes adquiridos a título hereditario cuando nadie los posee legalmente a título de dueño o de usufructuario», (Tribunal Supremo, Sentencia de 9 de febrero de 1906), plantea de antemano el problema de su propia identidad o naturaleza, sobre la cual los criterios son en extremo variados.

La propia Jurisprudencia ha llegado incluso a negar el carácter interdictal de este juicio sumario, criterio compartido por ciertos juristas, entre los cuales figura SÁEZ JIMÉNEZ, para quién no se

trata, en todo caso, de un interdicto «posesorio» propiamente dicho, sino más bien de un interdicto «petitorio», pues quien lo promueve no se encuentra todavía en la posesión de los bienes, sino que insta una posesión futura. Pero, repetimos, la doctrina moderna no es unánime sobre esta cuestión, y mientras que para ciertos tratadistas el interdicto de adquirir reviste tan sólo un carácter peculiar con relación al común de los restantes procedimientos interdictales, así HERCÉ, GÓMEZ ORBANEJA, DE LA PLAZA o GUASP, sin finalidad interdictal específica, PRIETO-CASTRO, sino puramente solicitatoria, VIADA, para otros, en cambio, pese a sus particularidades, dicho procedimiento conserva plenamente un destino posesorio, DE DIEGO, o, al menos, una índole manifiestamente protectora del derecho de posesión, GARCÍA VALDECASAS.

En opinión de PUIG-BRUTAU, constituye un simple proceso, protector de una apariencia, independiente de que exista o no el derecho que corresponda a dicho estado. Esa apariencia es la posesión o la tenencia.

MIGUEL Y MIGUEL comenta que es una institución de derecho privado que, de modo principal, sirve a la tutela de intereses económicos derivados de un estado, de derecho y de hecho, de contenido patrimonial.

Y, por último, se define por CASTÁN, como la acción sumaria que protege el hecho de la posesión, sin decidir nada acerca del derecho ni excluir el ejercicio de la acción de posesión o de dominio en juicio plenario.

Como ya dijimos en su momento, no es un juicio posesorio sino un procedimiento especial y sumario que se concibe como acción concedida al titular de un derecho posesorio para adquirir la posesión privada del mismo, con un carácter claramente petitorio.

La nueva Ley nada dice del carácter sumario o plenario de este procedimiento.

Sin embargo, la doctrina lo calificaba como sumario de acuerdo con la regulación anterior, semejante a la actual como seguidamente veremos, de forma que entendemos debe seguir calificándose de procedimiento sumario, no porque trate de conseguir una tutela sumaria de la posesión, ya que este pleito no versa sobre la posesión sino sobre el mejor derecho a poseer, es decir sobre el *ius possessionis* y no sobre el *ius possidendi*, sino porque es de su propia naturaleza y finalidad, de donde dimana su carácter sumario, toda vez que trata de resolver provisionalmente quién tiene mejor derecho a poseer sin declararse

formalmente ni la condición de heredero ni la propiedad, siendo patente lo limitado de la cognitio.

De ahí que, al amparo del art. 447 LEC no producirá la sentencia que recaiga efectos de cosa juzgada.

Este carácter sumario se desprende igualmente de lo dispuesto en el art. 441.1 LEC, que dentro de las actuaciones previas a la vista en casos especiales prevé para este interdicto que el Tribunal dicte auto denegando u otorgando la posesión solicitada, sin perjuicio de mejor derecho, como ya recogía la normativa anterior en el art. 1637.

III. Finalidad

La finalidad y objeto de este procedimiento es una concreta acción interdictal que, dependiendo de la existencia del título hereditario de adquisición de un bien y de que éste no sea poseído por nadie a título de dueño o usufructuario, permite obtener del órgano jurisdiccional la puesta en posesión real del bien de que se trate.

IV. Requisitos:

1. En general:

Siguen siendo de aplicación los requisitos que contemplaba la anterior legislación y que pueden resumirse en dos:

1) La existencia de un título hereditario

El art. 1634 de la LEC de 1881 hacía referencia a la disposición testamentaria del finado cuyos bienes sean objeto del interdicto, o si hubiere fallecido intestado, la declaración de heredero hecha por Autoridad judicial competente.

Además, cuando la posesión hubiere de fundarse en título distinto de los anteriores, el art. 1635 declaraba expresamente que habría que acudir al expediente de jurisdicción voluntaria de posesión judicial para los casos en que no proceda el interdicto de adquirir (arte. 2056 y siguientes).

Hoy, el art. 250.1.31, sólo se refiere como título habilitante a la herencia.

Sin embargo, es evidente que la herencia o sucesión puede ser adquirida por vía testamentaria o abintestato, de ahí que, en el art.

266.41, se exija que con la demanda se acompañe el documento en que conste fehacientemente la sucesión mortis causa en favor del demandante.

Por tanto, sigue siendo de aplicación la exigencia de título hereditario.

2) Que los bienes de que se trate no están poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario, ya que en otro caso sólo quedaría la vía del juicio declarativo ordinario reivindicatorio.

Este requisito lo recogía el art. 1633 de la derogada LEC y hoy lo exige el **art. 250.1.31**.

Ello guarda relación con el art. 446 del Código Civil al disponer que todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y si fuera inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión, por los medios que las leyes de procedimiento establecen.

2. Legitimación

La posesión adquirida por ministerio de la ley faculta al heredero para alcanzar por sí mismo el poder de hecho, la posesión efectiva o corporal, sobre los bienes poseídos por el causante. También dispone del interdicto de adquirir para conseguir la investidura judicial de la posesión efectiva. Sin embargo, la consecuencia más importante de la transmisión de la posesión hereditaria es que el heredero puede utilizar las acciones posesorias (los interdictos de retener y recobrar) contra la perturbación o el despojo ejercitado en los bienes poseídos por el causante, después de la muerte de éste y antes de haber alcanzado el heredero la posesión efectiva o corporal. El heredero puede también ejercitar los interdictos que el causante pudo ejercitar en vida, siempre que no haya transcurrido un año desde que la perturbación o el despojo tuvieron lugar.

«El ámbito objetivo del interdicto de adquirir, consiste en que la posesión proceda en virtud de una sucesión mortis causa, necesitándose una titularidad de este carácter. Aparte de disfrutar de la legitimación como elemento subjetivo» lo que sólo se da en el heredero, en el albacea o en el administrador de bienes hereditarios que con arreglo al título tengan derecho a poseer los bienes de la sucesión. Y en cuanto a la legitimación pasiva, el interdicto de adquirir se dirige contra cualquiera que pretenda oponerse a la posesión cuya adquisición se solicita. Y no puede dirigirse contra el que ya posea los bienes de que se trate a tenor de

lo dispuesto en el artículo 1.633 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, constituyendo un tipo de proceso probatorio, bien total o parcial, en el que la adquisición de la posesión sólo puede fundarse en un título, como indicado queda, de sucesión mortis causa, porque cualquiera que sea el derecho de adquirir por otros conceptos, tal derecho no es susceptible de fundamentar un interdicto de adquirir, dada la limitación del proceso». (S.A. Territorial de Las Palmas de 30 de Junio de 1958).

Para GARCÍA DE MARINA las personas que están legitimadas activamente para ejercitar el interdicto de adquirir son los herederos, los albaceas y los legatarios.

La legitimación activa del heredero para ejercitar el interdicto de adquirir, se halla establecida, como vemos, de una manera taxativa por la LEC, bien se trate de heredero testamentario o de heredero abintestato.

La legitimación pasiva la ostentará todo aquel que se oponga a la posesión cuya adquisición se solicita.

Por lo que respecta a los albaceas, el Código Civil, en su art. 892, dice que el testador puede nombrar uno o más albaceas.

El concepto jurídico del cargo es el ser mandatario del testador y no de los herederos, los cuales en lo más mínimo pueden limitar sus facultades (sentencia de 24 de febrero de 1905).

No puede desconocerse que el concepto jurídico del cargo es el ser «mandatario del testador», por lo que no es lícito al albacea rebasar las facultades que aquel le haya conferido, ni las que la Ley le concede para el caso de que especialmente no aparezcan determinadas en el testamento (sentencia de 5 de julio de 1947.).

Una vez aceptado el cargo, tienen los albaceas testamentarios obligación de desempeñarlo con arreglo a la Ley y a la voluntad del testador, con independencia de los herederos y sin perjuicio del derecho de éstos para reclamar contra los agravios que pudieran inferírseles (sentencia de 4 de julio de 1895.).

De todo lo expuesto resulta que, en síntesis, la obligación del albacea es dar el debido cumplimiento a la voluntad del testador. Por ello, es preciso que dispongan de los medios legales que le permitan cumplir con sus obligaciones, y en consecuencia, han de estar facultados para el ejercicio de las acciones que se consideren convenientes para llevar a efecto aquel cumplimiento.

Entre las facultades se encuentra, lógicamente, la de estar legitimados activamente para el ejercicio del interdicto de adquirir para

hacerse, en su caso, con los bienes que pertenecían al testador, de acuerdo siempre con las normas esenciales de tal procedimiento. Y ello dentro del plazo reglamentario de duración del albaceazgo, pues, de haber transcurrido el mismo, sin cumplir la voluntad del causante, es indudable que retiene ilegalmente los bienes hereditarios, y, dado este supuesto, no podrán ejercitar el interdicto y pueden ser desposeídos mediante el interdicto de adquirir interpuesto por los herederos.

En cuanto a los legatarios, la legitimación activa para el ejercicio del interdicto de adquirir asiste también al legatario, según se desprende de la doctrina contenida en los artículos que lo regulan en el Código Civil, principalmente el 882 y 885.

Este artículo (el 882) es necesario ponerlo en relación con el 885, que sin distinción alguna respecto de las diversas clases de legados prohíbe al legatario ocupar por su propia voluntad la cosa legada, cuya entrega y posesión deberá pedir al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla.

Dice el **art. 882 CC:**

«Cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquel muere, y hace suyos los frutos o rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte. La cosa legada correrá desde el mismo instante a riesgo del legatario, que sufrirá, por lo tanto, su pérdida o deterioro, como también se aprovechará de su aumento o mejora».

Y el **art. 885 CC** dispone que:

«El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o albacea, cuando éste se halle autorizado para darla».

La legitimación activa no ofrece unanimidad de criterios por lo que respecta al legatario, así, si el heredero o albacea no se ha hecho cargo de la posesión, el legatario puede ejercitar el interdicto de adquirir su legado (Audiencia Provincial de Granada, sentencia 4 de marzo de 1970), y en otro sentido, se ha considerado que, no estando protegido por la acción civilísima, el legatario no está en realidad habilitado para desencadenar tal acción (Audiencia Territorial de Tenerife, sentencia de 25 de junio de 1968).

Creemos que la redacción actual parece recoger una reducción de la legitimación en este aspecto, ya que el **art. 250.1.3 LEC**, hace expresa

referencia, como requisito sine que non, a que los bienes objeto del litigio se hayan adquirido por herencia, término que se contrapone al de legado.

Sin embargo, el **art. 266, 4 LEC**, no hace referencia a un título hereditario en concreto, sino que alude al documento en que conste fehacientemente la «sucesión mortis causa» en favor del demandante, sucesión que bien puede serlo a título de heredero o de legatario.

Así, el **art. 660 del CC** dice que: *Llámase heredero al que sucede a título universal y legatario al que sucede a título particular».*

V. Procedimiento:

1. Regulación en la LEC de 1881

La **LEC de 1881, en sus artículos 1633 a 1650** recogía una tramitación en la que se diferenciaba claramente un desdoblamiento en dos fases:

1. En primer lugar, en su fase inicial, con el carácter de sumarísima, se procuraba otorgar la posesión de derecho al heredero, sin perjuicio de tercero. **Arts. 1.636 al 1.639**, que regulaban el procedimiento en su primera fase.
2. En una segunda fase, con carácter sumario se publicaba el resultado de la primera, y, si no se presentaba oposición, se amparaba definitivamente en la posesión al que la obtuvo, y si la había, se discutía y resolvía la cuestión de derecho, oyendo a las partes y dictando resolución. **Arts. 1.640 al 1.650**, para la segunda fase y finalización del proceso.

La primera fase, dirigida a proteger la posesión civilísima de quién afirma tenerla se iniciaba con demanda, acompañada necesariamente del título de heredero, y del ofrecimiento de información testifical para acreditar que los bienes de que se trate no estaban poseídos por nadie a título de dueño ni de usufructuario (art. 1636 de la Ley).

Dada la información de que habla en el artículo anterior, dictaba el Juez auto otorgando, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, o denegando la posesión solicitada. (Art. 1.637 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

El auto en que se denegaba era apelable en ambos efectos.

Y finalmente se precedía a la investidura real en la posesión.

La segunda fase, sumaria, dirigida a ratificar o dejar sin efecto la posesión interina, comprendía los siguientes actos:

1) «Provocación» edictal, esto es, llamamiento, mediante edictos, a los posibles afectados e interesados por el otorgamiento de la posesión, concediéndoles cuarenta días para reclamar (art.1640 L.E.C).

2) Ratificación del otorgamiento de la posesión, si nadie reclamaba dentro del indicado plazo, quedando a salvo la posible acción reivindicatoria y otras que fueran pertinentes, (art.1641 L.E.C)

3) Reclamaciones de otros interesados, que se unían a los autos y que podían ser contestadas por el poseedor interino en el plazo de seis días (art., 1642 L.E.C).

4) Providencia citando a las partes (poseedor interino y reclamantes) a juicio verbal, para el día más próximo posible (art. 1643 L.E.C).

5) Juicio verbal, en el que se formulaban alegaciones por su orden y se propondrían y practicaban, a ser posible en el mismo acto, las pruebas pertinentes, que sólo podían ser de confesión, documental y testifical (art.1644 L.E.C).

6) Sentencia, dentro de los tres días siguientes, en la que el Juzgado había de amparar en la posesión a quien la hubiese obtenido interinamente o darla al reclamante con mejor derecho. Si el demandante no era ratificado en la posesión y resultaba haber procedido dolosamente, era condenado en las costas y a indemnizar daños y perjuicios (art.1646 L.E.C.). En caso de condena en costas, frutos, o daños y perjuicios, procedía otro juicio verbal para su liquidación (arts.1649 y 1650 L.E.C).

La resolución era definitiva, no interina, y no cabía contra ella acción posesoria alguna, sino solamente la de propiedad, a ejercitar en el juicio declarativo correspondiente, continuando, durante el trámite del mismo, en la posesión de los bienes el que los había recibido como resultado del interdicto. En este sentido, resuelve el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de febrero de 1893, entre otras.

2. Regulación en la nueva LEC

Por mandato del art. 250.1.31 se seguirán los trámites de juicio verbal, con independencia de la cuantía, cuando la demanda pretenda que el tribunal ponga en posesión de bienes a quién los hubiera adquirido por herencia si no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario.

Por tanto, como los demás interdictos el de adquirir seguirá los cauces marcados para el juicio verbal en los artículos 437 a 447, estando sus peculiaridades dispersas a lo largo del articulado, así:

1) Como documentación que ha de acompañarse a la demanda contempla el art. 266.4: «El documento en que conste fehacientemente la sucesión mortis causa en favor del demandante, así como la relación de los testigos que puedan declarar sobre la ausencia de poseedor a título de dueño o usufructuario, cuando se pretenda que el tribunal ponga al demandante en posesión de unos bienes que se afirme haber adquirido en virtud de aquella sucesión».

La Ley es tajante al respecto ya que ante el incumplimiento de este requisito formal ordena de plano la inadmisión de la demanda en el art. 269.2.: «No se admitirán las demandas a las que no se acompañen los documentos a que se refiere el art. 266».

Los llamados documentos procesales a que se refiere el art. 264, en los juicios verbales, como es el caso de los interdictos se aportarán por el demandado, junto con los medios, instrumentos, dictámenes e informes a que se refiere el apartado 1 de dicho artículo, en el acto de la vista (art.264.4.L.E.C).

Sin embargo, las principales novedades procedimentales vienen recogidas en el art. 441.1, dentro de las actuaciones previas de la vista en los casos especiales.

En la nueva regulación se observa un mantenimiento de las dos fases contenidas en la legislación anterior. Así, sigue existiendo una primera fase, dirigida a proteger la posesión civilísima de quién afirme tenerla.

A esta fase se refiere el art. 441.1:

«Interpuesta la demanda en el caso del número 31 del apartado 1 del art.250, el tribunal llamará a los testigos propuestos por el demandante y, según sus declaraciones, dictará auto en el que denegará u otorgará, sin perjuicio de mejor derecho, la posesión solicitada, llevando a cabo las actuaciones que reputé conducentes a tal efecto».

La segunda fase tiene también en la nueva Ley un carácter sumario y va dirigida, igual que en la legislación anterior, a ratificar o dejar sin efecto la posesión interina con una tramitación similar recogida en el art. 441.1.

«El auto será publicado por edictos, que se insertarán en un lugar visible de la Sede del tribunal, en el «Boletín Oficial» de la provincia y en uno de los periódicos de mayor circulación en la misma a costa del demandante, instando a los interesados a

comparecer y reclamar, en el plazo de cuarenta días, si consideraran tener mejor derecho que el demandante. Si nadie compareciere, se confirmará al demandante en la posesión; pero en caso de que se presentaren reclamantes, previo traslado de sus escritos al demandante, se le citará, con todos los comparecientes a la vista, sustanciándose en adelante, las actuaciones del modo que se dispone en los artículos siguientes».

Se ha conservado el plazo de 40 días, así como la publicación en la sede del Tribunal y en el Boletín Oficial de la Provincia, añadiéndose en la nueva regulación la necesidad de publicación en uno de los periódicos de mayor circulación de la provincia.

Caso de que comparezca persona que se oponga a la posesión se procederá por los cauces del juicio verbal, con celebración de vista conforme a lo dispuesto en el art. 443, finalizando en el caso el procedimiento mediante sentencia que como ya mencionamos no tiene eficacia de cosa juzgada.

Caso de que proceda la **imposición de costas por haber litigado con temeridad (art.394)** se procederá a su tasación según lo previsto en los **artículos 241 y siguientes**.

Por lo que respecta a la **indemnización de daños y perjuicios así como a la liquidación de frutos o rentas** habrá que estar a lo dispuesto en los **arts. 712 y siguientes de la nueva LEC**.

Salvo que dicha pretensión se haya ejercitado acumuladamente a la demanda principal al amparo de lo dispuesto en el **art. 438.3.21 de la nueva LEC**, que prohíbe en los juicios verbales la acumulación objetiva de acciones salvo las excepciones que dicho precepto recoge, entre las que figura: «*La acumulación de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios a otra acción que sea prejudicial de ella*».

X. INTERDICTOS DE RETENER O DE RECOBRAR

Señala el art. 250.1.3.41 de la L.E.C. que:

«*Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes:... Las que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute*».

A este interdicto se referían los artículos 1651 a 1662 de la derogada L.E.C., Sección Segunda del Título XX del Libro II.

I. Antecedentes

Ya estaban recogidos estos interdictos en el Derecho Romano, así Ulpiano dijo del de retener:

«Est hoc interdictum, quod vulgo Auti possideris» appellatur, retinendae possessionis; nam uius rei causa redditur, ne vis fiat ei, qui possedit. Este interdicto que se llama vulgarmente uti possidetis es para tener la posesión, pues se da con la finalidad de evitar la violencia al que la posee.»

Y del de recobrar:

«Et consequenter proponitur interdictum Aunde vi», illum enim restituit vi amissam possessionis. Y consecuentemente se propone luego el interdicto unde vi; por él se restituye la posesión perdida por la fuerza.»

También tenían referencia expresa en Las Partidas, «ca per aquesto son puestos los judgadores en los lugares, porque los omes alcancen derecho por mandamiento dellos o non lo pueden por ellos mesmos fazer».

Sin embargo tiene el interdicto de recobrar en nuestras leyes vigentes una significación totalmente distinta a la que tenía en el Derecho romano, pues aunque se deriva del antiguo interdictum recuperandae possessionis unde vi (que era el propiamente restitutorio), no puede desconocerse la influencia que en la actual regulación legal han ejercido el Derecho Canónico (actio spoli), y el germánico (doctrina de la gewere), a través de nuestras leyes medievales, Fuero Juzgo, Fuero Real, Partidas, Novísima Recopilación; así, mientras en Roma, al estar concebida la posesión como nexa jurídico entre el poseedor y la cosa, se exigía, además de la tenencia material (corpus), la intención de poseer para sí, con exclusión de los demás (animus), y era consecuencia, de tal sistema que sólo la posesión jurídica estaba protegida por los interdictos, en cambio, según nuestro Ordenamiento vigente, como también es posesión la tenencia de una cosa, y a toda clase de poseedores se concede la tutela o protección jurídica (arts. 430 y 446 del Código Civil), sin que nada importe a tal respecto que la Ley de Enjuiciamiento Civil hable de tenencia como concepto distinto del de posesión (pues esta dualidad de términos sólo indica la falta de unidad de lexicográfica y de técnica, de que adolece nuestro Derecho en materia posesoria), la conclusión unánime de la doctrina,

y de la jurisprudencia es que no sólo la posesión jurídica sino toda posesión, goza de la protección interdictal.

En efecto, el poseedor particular de una cosa o derecho a quien una u otro se le arrebate, ha de acudir necesariamente a solicitar el amparo judicial mediante la acción posesoria de expoliación, sin que en principio, y salvo casos excepcionalísimos de legítima defensa o flagrante delito, pueda, por autoridad propia, recuperar la cosa o el derecho y emplear medios coactivos para evitarse ulteriores molestias (art.441, Código Civil). En este sentido los interdictos son meras medidas de policía para impedir violencias, y por ello benefician a toda persona que se halle poseyendo la cosa, cualquiera que sea su título o razón posesoria.

II. Naturaleza

Hoy es unánime en la doctrina que sólo los interdictos de retener o recobrar tienen carácter posesorio pues están destinados a proteger el simple hecho de la posesión o *ius possessionis*, con independencia de la existencia de derecho a poseer o *ius possidendi*.

El juicio de interdicto de retener o recobrar la posesión es un procedimiento sumario destinado a proteger la posesión como hecho, o el hecho mismo de la posesión contra las perturbaciones que la dañan, amparando no sólo la posesión sino también la mera tenencia.

Así, podemos citar las SSTs de 11 de octubre 1898 y 15 de enero 1968:

«El llamado interdicto de recobrar o retener la posesión es un procedimiento sumario destinado a proteger la posesión como hecho, o el hecho de la posesión contra las perturbaciones que la dañan, correspondiendo al antiguo *interdictum recuperandae possessionis* del Derecho romano, aunque con la importante diferencia de que en nuestro Derecho se ampara no sólo la posesión, sino también la mera tenencia, como determinan los arts. 430, 444 y 446 del Código Civil, que establecen que «todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión y si fuera inquietado en ella, deberá ser restituido o amparado por los medios que las Leyes de procedimiento establecen», siendo nuestro sistema jurídico en esa materia, sumamente respetuoso, como lo expresa el art. 441, al decir que «en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión, mientras exista un poseedor que se oponga a ello». «El que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el

auxilio de la autoridad competente», bastando la mera tenencia o posesión como hecho, pues en el juicio de interdicto no se ventila el mejor derecho, sino la preexistencia o no de una situación».

III. Finalidad

La finalidad de este interdicto es la tutela interina de la posesión de hecho o mera tenencia.

«Frente a la utilización por el demandado de vías de hecho, cristalizadas en una acción directa de despojo, cuando pudo y debió servirse, como remedios procesales para hacer cesar los actos posesorios, bien de la propia acción interdictal (mientras la posesión era meramente tolerada, e incluso en el plazo del año posterior a la manifestación de la voluntad contraria a la nueva posesión), bien, en todo momento, del juicio de desahucio por precario, es procedente otorgar al demandante la tutela solicitada, a medio del ejercicio de la acción interdictal, que favorece y procura protección a todo poseedor en cuanto se ve inquietado o despojado de su posesión o tenencia, y cuya finalidad principal no es otra que la de mantener incólumes el orden público y la paz jurídica, evitando la realización arbitraria del derecho por el perturbador o despojante que se toma la justicia de propia mano». SAP Bilbao 7.4.87.

«La finalidad de los interdictos de retener y recobrar no es otra que la de amparar la posesión como situación de hecho, contra cualquier acto de perturbación o despojo realizado de modo abusivo o indebido, sin título bastante que lo autorice y en daño del poseedor pudiéndose, a su través, restaurar a su primitivo estado la situación arbitraria o unilateralmente invocada por los particulares». SAP Victoria 12.1.93.

«El interdicto posesorio de retener persigue la protección, conservativa y reintegrativa del statu quo preexistente, de la relación de hecho ostensible, aparente y actual entre una persona y un bien, al margen de toda consideración sobre el título jurídico que pudiera ampararle, y es garantía de orden público, que tiende a impedir los conflictos que pudieran resultar si los particulares se tomaran la justicia por su propia mano y constituyen un medio de eliminar la defensa privada y, al propio tiempo un remedio cautelar que, sin prejuzgar el derecho, restaura provisionales situaciones de hecho». (SAP La Coruña 20 19.4.96).

«El juicio de interdicto de recobrar es un procedimiento sumario cuya única finalidad es la protección de la posesión actual como tal hecho o el hecho de la posesión o tenencia, es decir, se dirige a tutelar una situación fáctica, cualquiera que fuere su origen o naturaleza, contra el despojo consumado en daño y perjuicio del poseedor o tenente». (SAP. Lérida 9.6.83).

IV. Objeto

Por estas consideraciones la defensa interdictal alcanza no sólo la protección de la posesión de las cosas corporales inmuebles, sino también la de los muebles y aún la posesión de derechos, al menos tratándose de derechos reales (SSTS de 31 de diciembre de 1879 y 11 de julio de 1881).

El ámbito de protección de la acción interdictal se extiende no sólo a la posesión o a la tenencia de las cosas, sino también a la de los derechos, porque no en vano se incluye en la definición del instituto jurídico de la posesión, que lleva a cabo el art. 430 CC, el disfrute de éstos; y es innegable que, entre estos derechos se incluyen los de naturaleza real.

Si bien el art. 1651 de la derogada L.E.C., se refería exclusivamente al término «cosa», éste no era entendido en sentido estricto sino amplio, incluyendo también los derechos.

El legislador, en la nueva LEC, ha venido a recoger esta tendencia, marcada desde antiguo por la Jurisprudencia, señalando en el art. 250.1.41, que esta acción puede tener por objeto tanto la tenencia o posesión de una cosa como de un derecho.

Sin embargo, la Jurisprudencia ha excluido de este interdicto a los derechos puramente obligacionales, así **SAP La Coruña 25 de abril de 1994:**

«En orden a la posesión de los derechos, la doctrina entiende que sólo cabe la vía interdictal para la protección de los derechos de ejercicio duradero, continuado y reiterado, ya se trate de un derecho real ya se esté ante un derecho de carácter personal, siempre que las relaciones obligatorias que lo generen atribuyan o bien el uso o disfrute de una cosa o, simplemente, un poder en orden a la conservación de la misma. Lo que unánimemente se excluye es la posibilidad de proteger a través del interdicto el cumplimiento de obligaciones puramente contractuales».

O la SAP de Madrid, de 13 de Mayo de 1996:

«La protección otorgada por el interdicto de recobrar la posesión se extiende tanto a las cosas como a los derechos apropiables susceptibles de ejercicio continuado, duradero y reiterado, que abarca con carácter general, en principio, a todos los derechos reales y, más limitadamente, a los de crédito, siempre que se manifiesten en una relación con la cosa con las notas de independencia o estabilidad (arts. 430, 431, 437 y 438 CC) pese a la dicción literal del art. 1651 LEC que sólo hace referencia a las cosas».

Jurisprudencia que entendemos sigue siendo de aplicación toda vez que la nueva Ley hace referencia a la tenencia o posesión de un derecho, lo que *sensu contrario* excluye a los derechos que no sean susceptibles de posesión.

V. Procedencia

1. Interdicto de Retener

El interdicto de retener procede cuando el que se halla en la posesión o tenencia de una cosa o de un derecho haya sido perturbado en ella por actos que manifiesten la intención de inquietarle o de despojarle o, como dice el art. 250.1.41 de la nueva Ley, *haya sido perturbado en su disfrute*.

2. Interdicto de Recobrar, supuestos en que es improcedente

El interdicto de recobrar procede cuando el que se halla en la posesión o tenencia de una cosa o de un derecho haya sido despojado de ella.

«El interdicto de recobrar procede cuando las obras perjudican los derechos del actor o simplemente el hecho de su posesión, al invadir terrenos que detenta, despojándolo de los mismos». (SAP Granada 40.24.12.91).

«El interdicto de recobrar hace relación a un supuesto despojo de posesión o tenencia (art. 1651 LEC) al que debe agregarse varias notas, tales como que la reposición en la posesión tiene como presupuesto un ataque a la misma, que, más que querer una mutación física de la cosa poseída, parece referirse a una simple sustitución del poseedor, como demuestra la expresión «daños y perjuicios y devolución de frutos percibidos», que utiliza el art. 1658 LEC, en correlación con los arts. 441, 446, 451 y siguientes del CC, lo que en definitiva, viene a establecer o referirse, a la pérdida de posesión a que se refiere el art. 460 CC». (SAP Córdoba 204.3.92).

«Cuando los actos realizados pueden haber perturbado la posesión, pero no puedan reiterarse, el ejercicio de la acción interdictal de retener, que es la deducida, carece de interés jurídico para el actor, y por ello, en el caso de procedencia de la acción interdictal, habría de haberse deducido la de recobrar, que no se ha ejercitado, para que la parte demandada hiciera desaparecer el potencial peligro que originó su actuación sobre la propiedad del actor, es decir, para reponer las cosas al estado anterior al hecho del que se derivó el supuesto «despojo» posesorio, ello en el caso de que éste se hubiera producido en el sentido técnico-jurídico exigible para el triunfo de la acción interdictal de recobrar». (SAP Toledo 9.10.93).

Sin embargo, este interdicto presenta ciertos límites, de suerte que es improcedente:

1) Por obrar el despojante en cumplimiento de un deber o mandato legal

«No es viable el ejercicio de la acción interdictal de recobrar la posesión cuando se obra en cumplimiento de un deber o por mandato de la autoridad, siguiendo los requisitos formales y dentro de su competencia, en el supuesto de estado de necesidad justificante en el demandado o con manifiesto abuso de derecho en el demandante». (SAP Bilbao 27.11.85)

2) Por encontrarse el despojado en situación clandestina o no tolerada

«Si bien los arts.441 y 444 CC, puestos en relación con el 460.4 y con el 1956 CC, llevan a la conclusión de que la tenencia tolerada o clandestina no es apta para usucapir, y que los actos clandestinos y violentos no perjudican al poseedor legítimo, ello no quiere decir que el hecho de que el actor interdictal merezca la calificación de vicioso justifique cualquier acción arbitraria del demandado en el orden al restablecimiento por su propia autoridad de la posesión que le pertenezca, olvidando que según dispone el art. 441.CC, el que se cree con derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa deberá solicitar el auxilio de la autoridad competente». (SAP Gerona 9.2.82).

«El interdicto de recobrar se configura como un procedimiento sumario destinado a proteger la posesión como hecho, prescindiendo del derecho que los interesados puedan tener sobre la propiedad o posesión definitivas, materia ajena a este procedimiento, creado a favor de quien tiene la cosa o disfrute de un derecho, estén o no unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos (art.430 CC), porque en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello (art.441. CC), sin que afecten a la posesión los actos meramente tolerados o los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, o con violencia (art. 444 CC). El despojo debe ir precedido y acompañado de un «animus spoliandi», entendiéndose por tal la conciencia que el despojante tiene de que al acto que comete es fruto de un obrar arbitrario, sin título adecuado que lo autorice, dado que la posesión por mera tolerancia no legitima al poseedor frente al propietario, ni le confiere habilidad para promover la acción interdictal, pues se trata de actos concedidos por aquél sin propósito de constituir derecho o de otorgar posiciones estables o indefinidas y producidos generalmente por actos de buena vecindad». (SSAP Cuenca 15.10.93 y 30.9.96).

3) Por pretenderse la demolición de una obra perturbadora

«El interdicto de recobrar hace relación a un supuesto despojo de posesión o tenencia (art.1651 LEC) al que debe agregarse varias notas, tales como que la reposición en la posesión tiene como presupuesto un ataque a la misma, que más que querer una mutación física de la cosa poseída, parece referirse a una simple sustitución del poseedor, como lo demuestra la expresión «daños y perjuicios y devolución de frutos percibidos», que utiliza el art. 1658 LEC, en correlación con los arts. 441, 446, 451, y siguientes del CC, lo que en definitiva, viene a establecer o referirse, a la pérdida de posesión a que se refiere el art. 460 CC. Sin embargo, esta reposición en el señorío de hecho en que consiste la posesión, no puede realizarse a través del interdicto recuperatorio, cuando la reposición de la cosa a su estado anterior comporte la demolición de una obra realizada en cosa ajena -e incluso propia-, porque en tal caso el juicio de interdicto de recobrar debe reputarse como excesivo, completamente alejado de la finalidad normativa que establecen los preceptos de la LEC» (SAP Córdoba 204.3.92).

4) Por pretenderse la negación de una servidumbre

«Si el camino existía desde fecha no concretada, sin que se haya probado quién lo abrió, ni a virtud de que título fue abierto, y el demandado entiende que el mismo no debe continuar existiendo, el procedimiento adecuado para obtener dicha desaparición o supresión no es el interdicto de recobrar la posesión que ha utilizado, sino el ejercicio de la correspondiente acción negatoria de servidumbre a través del juicio declarativo pertinente; y si lo que entiende el actor es que el expresado camino debe continuar subsistiendo, pero con su configuración y anchura originarias y no con la nueva configuración y la mayor anchura que le ha dado el demandado, también deberá acudir al juicio declarativo correspondiente y ejercitar la pertinente acción con base en el art. 543 CC». (SAP Granada 20.5.83).

5) Por dirigirse frente a actuaciones administrativas no constitutivas de vías de hecho

«Si no es posible decir, al menos en principio, que los órganos administrativos, cuando obran dentro de sus facultades regladas y, conforme a la ley, dictan una resolución, perturban o despojan, de igual forma se ha de afirmar que quien entre en la posesión de una cosa o derecho en virtud de la ejecución de ese pronunciamiento administrativo, no despoja ni perturba a nadie de aquella cosa o derecho, ni por ello es posible apreciar la existencia del «animus spoliandi» preciso para la existencia de tal incautación o despojo; de forma que interdicar contra los actos

de ejecución de un pronunciamiento administrativo de tal clase, que además ordenaba la colocación de tabletas como señalización del coto de la demandada en autos, lo que ésta ejecutó, y motivó que la actora interpusiera la demanda, sería tanto como pretender a través del procedimiento interdictal -establecido tan sólo para impedir las arbitrariedades ejecutadas por particulares- dejar sin efecto las resoluciones administrativas que tienen para su impugnación el cauce adecuado en vía distinta de la procesal civil A. (SAP Cuenca 29.5.90).

6) Por la existencia previa de acuerdos o convenios entre la partes

«Los interdictos, medidas urgentes de carácter procesal, habilitados por la Ley para la defensa »prima facie« de los derechos básicos de la posesión de los bienes y derechos; de ahí que se estimen ejercitables en todos aquellos supuestos en los que los interesados no aparecen vinculados por derechos, obligaciones, ni ningún otro tipo de ligamen que les fuerce a una determinada conducta o actuación legalmente exigible; es decir, en ausencia de convenios, contratos, o acuerdos que les obliguen a una determinada serie de actos previstos, o que sean consecuencia directa de los actos previstos». (SAP Segovia 22.7.80).

3. Breve referencia a las actuaciones administrativas constitutivas de vías de hecho:

Sin perjuicio de remitirnos a lo que ya dijimos al hablar de los interdictos y la Administración, punto VI de este trabajo, cabe el ejercicio de éstos contra actuaciones administrativas constitutivas de vía de hecho.

«Es procedente en el caso el interdicto de recobrar la posesión, a tenor del art. 125 LEF, pues sólo se proscribe el uso de la acción interdictal en los supuestos de providencias dictadas por las autoridades administrativas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido, pero no cuando no se hayan cumplido los requisitos sustanciales que autorizan la ocupación por la Administración de la cosa objeto de la expropiación». (STS 10 20.3.87)

«Consecuencia de que los actos administrativos sean ejecutivos y, además ejecutorios, pudiendo la Administración por sí misma, sin necesidad de recabar la tutela jurisdiccional, llevar a término sus propios actos, es la prohibición del uso de acciones interdictales contra las providencias dictadas por las autoridades administrativas; dicha prohibición requiere inexcusablemente que la Administración haya actuado dentro de su competencia y

de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido, lo que no acontece en el supuesto de que la actitud de la Administración tenga carácter de »vía de hecho«, manifestada como una actuación material ajena a una actuación administrativa y una fuerza legitimadora del acto administrativo y, en este supuesto, si se ejercita una pretensión interdictal el juzgador deberá ampliar su campo de cognición, resolviendo si la actuación administrativa se ha efectuado o no con competencia». (SAP. Barcelona 120.1.9.92).

«En el ordenamiento jurídico español existe una regla que restringe la posibilidad de plantear interdictos contra la Administración, salvo que, según el art. 125 LEF, la Administración ocupare o intente ocupar la cosa objeto de la expropiación, sin haberse cumplido los requisitos sustanciales de declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación y previo pago o depósito, según proceda, en los términos establecidos en esta Ley. En este caso, el interesado podrá utilizar, además de los medios legales procedentes, los interdictos de retener y recobrar. En definitiva, que de mediar vías de hecho por parte de la Administración, el interesado podrá utilizar los interdictos de retener y recobrar, que no, el de obra nueva, pues en el caso de actuación irregular de ésta, sin cobertura legal, cesará su privilegio de exención jurisdiccional.

Sancionada la protección interdictal contra las vías de hecho de la Administración, es necesario delimitar, en la medida de lo posible, el concepto de vías de hecho como antecedente previo a determinar si en el supuesto han existido o no tales vías de hecho. En el ordenamiento no existe una conceptualización de las categorías jurídicas que deben considerarse como vías de hecho. La jurisprudencia, al faltar un concepto técnico, ha venido considerando como tal vía, los casos en que: a) la Administración actúa al margen de la Ley; b) cuando el acto administrativo no es conforme a derecho; c) en los casos en que no se han cumplido las normas mínimas de competencia y procedimiento, y d) cuando los actos se producen con manifiesto abuso de poder o cuando, por último, se actúa al margen de la legalidad vigente». (SAP. Badajoz 20 13.2.92).

4. Acumulación de ambos interdictos

A) Incompatibilidad del ejercicio conjunto y simultáneo de ambos interdictos:

«Dada la diferenciación entre el interdicto de retener y el de recobrar, resulta imposible la acomodación de un interdicto con otro porque, o se imputan por el actor al demandado actos perturbadores de posesión expresivos de su intención de inquietar

le o despojarle, o se le atribuyen actos de despojo y se entiende que éste último ha llegado a consumarse y los actos meramente perturbadores quedan incluidos en él, pero es claro que, respondiendo ambos interdictos a distintos fines y llevando cada uno aparejado su especial pronunciamiento, es imposible conciliarlos». (SAP Barcelona 10.9.84).

B) Admisibilidad del ejercicio alternativo o subsidiario de ambos interdictos:

«El demandante puede ejercitar alternativa o subsidiariamente los interdictos de recobrar o de retener en el mismo juicio posesorio, de manera que el Juzgador, con vista del resultado de la prueba, pueda dar lugar a uno u otro; lo que ya no parece procesalmente correcto es la estimación conjunta de ambos interdictos, puesto que si se acoge un interdicto de recobrar, restableciendo al actor en la posesión de que había sido despojado, ya no es preciso acoger el interdicto de retener esa misma posesión mediante la conminación al demandado para que no realice actos perturbatorios de la ya restablecida, aún cuando, de la prueba practicada se deduzca una intención del demandado, o demandados, de persistencia en la actitud que motivó la demanda». (SAP Palencia 5.6.90).

«En virtud del principio *»da mihi facta, dabo tibi ius»*, se hace admisible accionar en forma alternativa o subsidiaria los interdictos de retener o recobrar la posesión, bastando con facilitar los elementos de hecho necesarios al órgano enjuiciador para que, una vez oídas las partes y practicadas las pruebas que al efecto propongan y sean declaradas pertinentes, pueda calificar, determinando con exactitud cuál fue el actuar del interdictado y así subsumirlo en uno u otro interdicto». (SAP. Málaga 60. 23.1.97).

VI. Requisitos

1. En general

«Para que se pueda otorgar la protección derivada del interdicto de retener, es necesario que concurran los siguientes requisitos: a) que el demandante se halle en la posesión o tenencia de la cosa objeto del interdicto, de tal manera que la condición legitimadora para impetrar la protección es la de hallarse el actor en la posesión o tenencia material o de hecho de la cosa de que ha sido inquietado o despojado; b) que el actor haya sido inquietado o perturbado en ella o tema con motivo fundado que lo será; y c) que la acción se ejercite antes de haber transcurrido 1 año,

a contar desde el acto al que se atribuye el carácter de perturbador». (SAP Barcelona 3.5.85).

«Son requisitos necesarios para el éxito de la acción interdictal de recobrar: a) presentación de la demanda antes de haber transcurrido un año del acto de despojo; b) pacífica posesión de la cosa o disfrute del derecho por el accionante; c) acreditación del acto representativo de la incautación por parte del demandado, expresando con toda claridad la manifestación exterior en que aquél consiste, y d) *»animus spoliandi»*, elemento espiritualista representativo del dolo, que ordinariamente es constatado a partir del hecho de la perturbación, si bien debe valorarse en función de la naturaleza objetiva de lo realizado» (SAP Barcelona 16.4.86 y SAP Madrid de 12.12.1998).

2. Legitimación activa

Al igual que el art. 1652 de la LEC de 1881, el art. 250,1.41 hace referencia a la tutela o posesión y a quién haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute, de ahí que concurra legitimación activa en las siguientes personas:

1. El propietario y el usufructuario, que ostenta la posesión jurídica.
2. El inquilino, arrendatario, colono, depositario, comodatario, prestatario, incluso en los que poseen por la fuerza o clandestinamente, ya que todos ellos se encuentran en la tenencia de la cosa o derecho.

«La protección del interdicto de recobrar la posesión se extiende, frente a los actos de justicia particular, a todas las formas en las que aquella se manifiesta, sea mediata o inmediata, civil o natural, en concepto de dueño o en otro concepto, como hecho o como derecho, de cosas materiales o derechos». (SAP Gerona 21.7.81).

«Está legitimado activamente para el ejercicio de la acción interdictal de recobrar la posesión el mero tenedor bastando para dar lugar a la demanda, que concurran y se acrediten los extremos fundamentales que toda acción posesoria exige y que no son otros más que posesión, objeto y despojo, sin perjuicio de ulteriores y definitivas declaraciones que pueden llegar a producirse en el juicio ordinario». (SAP. Barcelona 15.7.82).

3. Legitimación pasiva

Nada dice al respecto la nueva LEC, a diferencia de la derogada, que se refería a este punto en el art. 1652 al decir, que en la demanda se debía expresar con toda claridad y precisión los actos exteriores en que consistan la perturbación, el conato de

perpetrarla o el despojo, y manifestando si los ejecutó la persona contra quién se dirige la acción, u otra por orden de ésta.

Por tanto, la acción se dirigirá siempre contra el verdadero autor de los actos perturbadores, ya haya ejecutado los mismos personalmente, ya lo hubiere realizado por medio de sus dependientes, mandatarios o por cualquier otra persona.

De lo expuesto se deduce que, en ningún caso, estará legitimada pasivamente la persona que haya actuado como mero instrumento de la perturbación, debiendo recaer la acción sobre el verdadero autor, contra el que se presentará la correspondiente demanda.

«En los interdictos de retener y recobrar, la demanda ha de dirigirse contra la persona que ejecutó o mandó ejecutar los actos de perturbación o despojo, por lo que están legitimados pasivamente en esta clase de juicios las personas cuya decisión o voluntad ha sido determinante de la actuación atentatoria o despojante». SAP Huelva 12 Marzo 1981.

«Sólo puede ser tenido como despojante de la posesión defendida quien por sí ejecute los actos de despojo u ordene a otro ejecutarlos, no quien se limite a llevar a cabo de forma puramente instrumental, los actos materiales de perturbación o privación de la posesión conforme a lo que le es mandado por otro». (SAP Barcelona 2.4.84).

4. Requisitos objetivos

Ambos interdictos requieren que el reclamante o causante se halle en la tenencia o posesión de una cosa o derecho, que haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute y que se presente la demanda antes de haber transcurrido en un año desde el acto que la ocasiona.

1) Tenencia o posesión de una cosa o derecho:

«Siendo requisito básico para el ejercicio y éxito de la acción interdictal, conforme se infiere de los arts. 446 CC y 1651 y 1652 LEC, la demostración del hecho de la posesión o tenencia por el actor de la cosa de que, por determinación unilateral del demandado, haya sido despojado aquél, obligado es entender que si no se prueba cumplidamente, y sin dejar ambigüedad alguna por quien tal acto de violencia invocó, la existencia de dicho estado posesorio, no puede ser acogida la demanda, al ser el referido extremo primordial e inexcusable para dar lugar al interdicto de recobrar, que como juicio posesorio no admite otro debate que el hecho mismo de la posesión, sin referencia alguna a la pertenencia del derecho, que es materia propia del juicio declarativo». (SAP Las Palmas 19.2.86).

«La posesión, en cuanto fundamento de la legitimación activa, y como presupuesto necesario para la viabilidad de la acción interdictal, debe ser demostrada por el demandante, máxime cuando es negada por la parte demandada». (SAP Burgos 20.4.90).

Como hemos mencionado la nueva Ley hace expresa extensión del objeto de este interdicto, incluyendo los derechos, como ya había sentado la Jurisprudencia.

2) Actos de perturbación posesoria:

En cuanto al elemento de perturbación, la doctrina y Jurisprudencia están de acuerdo en estimar no ser necesaria la violencia o la vía de hecho más o menos grave, pues sólo es suficiente que exista tal impedimento de hecho, que no podría superarse más que recurriendo a la violencia, lo cual se pone de manifiesto consultando las fuentes del Derecho Romano, en las cuales, éste y no otro era el concepto que se tenía de la violencia.

El criterio de la Jurisprudencia en lo que se refiere a las características que la posesión o tenencia de la cosa o derecho deben tener para poder gozar de la protección interdictal, son las siguientes:

1. La posesión o tenencia deben ser claras y diáfanas, puras y limpias, sin adulteraciones ni componendas.
2. No basta un mero contacto entre el poseedor circunstancial y la cosa o derecho cuya defensa se pretende, y por ello está excluida de la protección interdictal, aquella detentación motivada por los actos tolerados por el propietario.
3. Tampoco justifican la posesión o tenencia, aptas para su defensa en este procedimiento especial, aquellas que vienen originadas por actos de buena vecindad o de familiaridad.
4. La posesión o tenencia deben corresponder precisamente al actor del interdicto, y ello debe desprenderse de forma indubitada.

Como señala GARCÍA DE MARINA, son innumerables los actos que pueden ser calificados de perturbadores de la posesión ajena y por ello, más que seguir el criterio enumerativo, señalaremos simplemente los caracteres que deben reunir los actos humanos realizados en contra de la posesión o tenencia de una cosa o derecho, para que puedan ser calificados de perturbadores:

1. En primer lugar, la intencionalidad del acto realizado, es decir, el acto debe perturbar la posesión o tenencia quieta y pacífica.
2. Aunque resulte probada plenamente la posesión por una parte y la comisión intencionada de unos actos encaminados a perturbar la primera, no es menos cierto que si media el consentimiento del poseedor, no cabe la acción interdictal. Es decir, los actos intencionados ejecutados por el demandado, deben existir contra la voluntad del poseedor.
3. Por último, el acto perturbador debe ir encaminado directamente a inquietar la posesión quedando por ello descartados como perturbadores, todos aquellos actos que no atenten en forma objetiva y material al estado posesorio.

3) Actos de Despojo Posesorio:

El despojo es el acto característico que da paso al interdicto de recobrar. Ni el Código Civil ni la Ley Procesal lo definen, se hace preciso acudir a la deducciones.

Los arts. 1.651 y 1.658 LEC parece que lo concretaban a una consumación de la desposesión, según autores como GARCÍA VALDECASAS, PRIETO CASTRO, PLAZA o GUASP.

Para el Derecho alemán, Wolf dice que es todo acto en virtud del cual el poseedor pierde total o parcialmente la posesión, la coposesión o la posesión parcial, añadiendo que no es esencial al concepto que el despojante se apodere de la posesión misma.

«El despojo supone la realización de hechos materiales que se concretan en la alteración del estado de hecho preexistente, y en concreto en la privación total o parcial para el poseedor del poder de hecho que ostentaba sobre la cosa o derecho y que, normalmente, pasará al despojante sin título y/o sin relación negocial alguna». (SAP. La Coruña 30 24.5.93)

«Por despojo ha de entenderse, doctrinal y positivamente, todo aquel hecho material que altere el estado de hecho preexistente, en la privación total o parcial del goce de la cosa poseída, o hacer su uso y disfrute más dificultoso. En consecuencia, cualquiera que sea la entidad superficial agredida por el interdicto de recobrar, el interdictante se encuentra facultado para promover la acción de recuperación o restauración posesoria perturbados por el ilícito comportamiento de aquél». (SAP. Cuenca 21.4.94).

En todo caso, **el despojo debe ser ilícito faltando este requisito en los casos siguientes:**

- A) Ejercicio de un derecho amparado por Autoridad competente, o cumplimiento de un deber.
- B) Consentimiento del poseedor.
- C) Posesión meramente tolerada.
- D) Ejecución de mandato emanado de Autoridad competente (procedimiento de expropiación, ejecución del acuerdo judicial, procedimiento fiscal por débitos, etc.).
- E) Falta de alguno de los tres elementos referidos como integrantes del despojo.

4) «Animus spoliandi» en el interdicto de recobrar:

A este requisito se refería el **art. 1651 de la LEC de 1881**, al exigir el ánimo de inquietar o despojar.

Sin embargo, la nueva LEC no contempla el supuesto en que la pretensión del recurso venga integrada por actos que manifiesten intención de inquietar o despojar, sino que exige la realidad de dicha perturbación o despojo, pero siendo finalmente de aplicación el requisito del animus spoliandi de suerte que el acto que produzca la mutación en la situación de posesión, para que pueda ser estimado como despojo, deba ser atribuido a la voluntad del agente que lo debe haber cometido con dolo, o cuando menos, con culpa.

«El despojo ha de ir precedido y acompañado de un «animus spoliandi», entendiéndose por tal la conciencia que el despojante tiene de que el acto que comete es fruto de un obrar arbitrario e indebido, sin título adecuado que lo autorice A. (SAP Cuenca 3.7.93.)»

«No es necesaria una actuación de mala fe, a sabiendas de que se carece de todo derecho para obtener el resultado pretendido, sino que la posesión será respetada y reparados sus efectos aunque se realice de buena fe, en la creencia razonable de hallarse jurídicamente amparado, bastando para el éxito del interdicto con que el demandado realice la actuación voluntariamente, teniendo conciencia de que priva a otro de su situación posesoria, en cuyos términos, y no como actuación de mala fe, ha de entenderse la exigencia del llamado «animus spoliandi». (SAP. Santa Cruz de Tenerife 10 22.9.93).

«El «animus spoliandi» no sólo existe cuando aparece manifestado de forma expresa sino que puede deducirse de la manera de proceder del agente, cuando actúa de modo tal que el resultado no puede ser otro que la privación total de hecho de la posesión que ostenta otra persona, sin ningún tipo de miramiento y sin adoptar ninguna medida encaminada a no perturbar o lesionar los legítimos derechos de terceras personas». (SAP Badajoz 20 25.1.97).

VII. Procedimiento

1. Plazo de presentación de la demanda interdictal

Decía el art. 1653 de la LEC: «El juez admitirá la demanda y acordará recibir la información, si aparece presentada aquélla antes de haber transcurrido un año a contar desde el acto que la ocasione. Si se presentare después, declarará no haber lugar a su admisión, reservando al que la haya presentado la acción que pueda corresponderle, para que la ejercite en el juicio que fuere procedente».

Hoy, este requisito temporal lo recoge, con idéntico plazo, el **art. 439 de la LEC 1/2000**, en el título dedicado al juicio verbal, dentro de la inadmisión de la demanda en casos especiales.

Así, señala el **art. 439 de la Ley 1/2000:**

«No se admitirán las demandas que pretendan retener o recobrar la posesión si se interponen transcurrido el plazo de un año, a contar desde el acto de la perturbación o el despojo».

Este plazo es de caducidad, y así lo ha declarado la Jurisprudencia, a pesar de que el **art. 1968 del CC**, lo contempla como de prescripción al decir:

«Prescriben por el transcurso de un año:

1) La acción para recobrar o retener la posesión»

«Para el ejercicio del interdicto de recobrar es exigencia legal, como presupuesto sustantivo y objetivo, que los actos de despojo hayan sido realizados con menos de un año de antelación a la fecha de interposición de la demanda, con la natural consecuencia de que transcurrido el año se produce fatalmente la caducidad de la acción y conlleva la desestimación de la demanda interdictal». (SAP. Victoria 16.7.85)

La consecuencia de la inobservancia de este plazo es la inadmisión de la demanda, según el art. 1653 de la derogada Ley y el art. 439.1 de la nueva.

2. Regulación en la LEC de 1881

La **LEC de 1881, en sus arts. 1651 a 1662** recogía un procedimiento único para ambos interdictos, que, en gran medida, se acomodaba al previsto para el interdicto de adquirir:

- 1) Interposición de la demanda, con ofrecimiento de información testifical previa sobre la causa de la acción (art. 1652, en relación con art. 1658).
- 2) Práctica de la información testifical (art. 1653).
- 3) Convocatoria de las partes a juicio verbal, en el plazo de ocho días siguientes a la información previa, debiendo mediar al menos tres días entre la citación al demandado y el juicio (arts. 1653 y 1654).
- 4) Juicio verbal, como en el interdicto de adquirir, si bien se planteaba la cuestión de si aquí también había limitación de medios probatorios, pronunciándose la doctrina por la respuesta negativa, a la vista del párrafo segundo del art. 1656 LEC, en el que sólo se limitaba la prueba —como, por lo demás, en cualquier proceso— en razón del restringido objeto del proceso (artículo 1652).
- 5) Sentencia, en el día siguiente al de la terminación del juicio. Si la sentencia era estimatoria cuando se trataba del interdicto de retener mandaba mantener al demandante en la posesión y requerir al demandado para que en lo sucesivo se abstuviera de realizar actos perturbadores «bajo el apercibimiento que corresponda con arreglo a Derecho» (que era el de incurrir en delito de desobediencia, responsabilidad patrimonial aparte). Si se trataba del interdicto de recobrar, la sentencia mandaba reponer de inmediato en la posesión al demandante (art. 1658 LEC). Cabía recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, pero si la sentencia era estimatoria cabía ejecución provisional en la parte relativa a la conservación o reposición del demandante en la posesión, suspendiéndose sólo la ejecución de lo relativo a costas, indemnización de daños y perjuicios y devolución de frutos (art. 1659 LEC).

La sentencia, cualquiera que fuera su contenido, carecía de fuerza de cosa juzgada, según el párrafo tercero del art. 1658 LEC.

3. Regulación en la nueva LEC

Por mandato del **art. 250.1.4** «se seguirán los trámites del juicio verbal, con independencia de la cuantía cuando la demanda pretenda la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quién haya sido despojado de ella o perturbado en su disfrute».

Por tanto, como los demás interdictos, el de retener o recobrar seguirá los cauces marcados para el **juicio verbal en los arts. 437 a 447**, sin que la Ley recoja peculiaridades para este tipo de interdicto, más que el requisito temporal del plazo de interposición de la demanda del art. 439, a que ya hemos hecho referencia.

La sentencia que recaiga no produce efectos de cosa juzgada por mandato, tanto del art. 250.1.41, que hace referencia a la tutela sumaria de la tenencia o posesión como del **art. 447.2.**, según el cual: «No producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión», quedando a salvo el posterior declarativo ordinario sobre la propiedad o posesión definitivas».

XI. INTERDICTO DE OBRA NUEVA

Señala el **art. 250.1.51 LEC 1/2000** que:

«Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes:.. Las que pretendan que el tribunal resuelva, como carácter sumario la suspensión de una obra nueva»..

A este interdicto se referían los **arts. 1663 a 1675 de la derogada LEC, Sección Tercera del Título XX del Libro II.**

I. Antecedentes

El nombre y disciplina del interdicto de obra nueva enlaza con la «nunciatio novi operis», del Derecho Romano, así según Ulpiano «Ius habet novum opus nuntiandi, qui aut dominum aut servitutem habet», tiene derecho para denunciar la obra nueva el que tiene dominio o una servidumbre.

La falta de una definición de obra nueva en la legislación procesal derogada y en la Ley 1/2000 obliga, para establecerla, a recurrir a los precedentes históricos que de esta figura ofrece nuestro Ordenamiento, y es en las Partidas donde aparece el primero:

«Obra nueva es toda obra que sea fecha e ayuntada por cimiento nuevamente en suelo de tierra, o que sea comenzada de nuevo sobre cimiento o muro o otro edificio antiguo, por la cual

lavor se mude la forma o la facción que antes estava. E esto puede venir labrando o edificando ome y más, o sacando ende algunas cosas, porque este mudamiento conteezca en aquella labor antigua».

II. Naturaleza

En grandes líneas podemos decir que la naturaleza del interdicto de obra nueva se define por tres caracteres:

- 1) Es un proceso sumario por su cognitivo judicial limitada.
- 2) Es un proceso cautelar, conservativo o preventivo.
- 3) No es un proceso posesorio.

1) Es un proceso sumario

«Los llamados juicios interdictales no son más que procedimientos sumarios con los que se protegen situaciones posesorias que pueden no ser definitivas (interdictos de adquirir, retener y recobrar), incluyéndose en tal nominación el no exclusivamente posesorio de obra nueva, destinado a evitar el perjuicio que a la propiedad, la posesión o cualquier otro derecho real se puede causar al ser lastimados por efecto de una obra en vía de realización, que produzca un cambio en el estado presente de las cosas, del que se derive lesión o daño jurídico para el actor; y siendo tal su elemental finalidad, es evidente que no pueden plantearse problemas acerca de la titularidad del derecho, debiendo estar además, perfectamente determinado el inmueble sobre el que aquél se ostente, por lo que han de quedar al margen del debate, so pena de desvirtuar la propia naturaleza del procedimiento que nos ocupa, cuantas conceptualizaciones jurídicas se fundamenten en otra razón que no sea el simple hecho objeto de la acción interdictal, las que caso de plantearse, a más de poder ser impedimento para decidir sobre el interdicto, habrán de ser resueltas en el procedimiento correspondiente». (SAP. Cuenca de 13 de Julio de 1985).

«El interdicto de obra nueva es un proceso sumario y cautelar, sólo utilizable para evitar una perturbación posesoria derivada de una mutación física inmobiliaria causada por una actividad humana, y tiene una específica finalidad »impedir una obra», por lo que todas las demás cuestiones extrañas a la expresada materia, no pueden ser objeto de estudio ni consideración en este juicio interdictal, ya que tales cuestiones deben dilucidarse en la jurisdicción y procedimientos correspondientes». (SAP Castellón 17.11.80).

«De la naturaleza sumaria y de su finalidad, conservativa de un estado de hecho, se desprende que en el interdicto de obra nueva no se puede discutir la legitimación de los derechos de los perjudicados o amenazados, quedando reservado para el declarativo que corresponda discutirlos y determinarlos». (SAP Córdoba 30 29.9.95).

2) Es un proceso cautelar

«El interdicto de obra nueva, tiene una específica naturaleza cautelar tendente a proteger la posesión, propiedad o cualquier otro derecho real frente a las perturbaciones, molestias, o perjuicios que haya ocasionado o pueda ocasionar la obra nueva; y precisamente por su carácter provisional y sumario, que no produce efectos de cosa juzgada, es evidente que deben quedar suficientemente acreditados los derechos en que sustenta el actor la demanda, de tal manera que el cauce interdictal no puede convertirse en campo de discusión para decidir sobre la propia existencia o extensión». (SAP Soria 24.3.94).

«El interdicto de obra nueva se configura como un proceso cautelar encaminado a proteger una situación de hecho, ya sea evitando una lesión jurídica inminente, ya sea impidiendo que se agrave la misma, efecto que se consigue con la adopción de la medida de suspensión de las obras que se están llevando a cabo». (SAP. Barcelona 10 26.2.96).

«El interdicto de obra nueva es un medio legal para amparar la propiedad, la posesión o cualquier derecho real que puedan ser afectados por la realización de una obra nueva que causa perjuicio o posibilidad de perjuicio, con el fin de impedir que se prosiga la obra, y para mantener un estado de hecho que, de alterarse, podría frustrar el éxito de un futuro procedimiento donde con la amplitud de conocimiento, prueba y decisión que caracteriza a los juicios declarativos, se decida sobre el derecho de cada una de las partes». (SAP. Toledo 10 2.1.97).

«El interdicto de obra nueva se perfila, según constante y pacífica doctrina jurisprudencial, como un proceso especial, de carácter eminentemente cautelar, cuya finalidad es la defensa de la posesión contra los posibles perjuicios o molestias ocasionados susceptibles de ser provocadas por una obra nueva, a través del cual se pretende el mantenimiento de un estado de hecho mediante la suspensión de ésta, impidiendo el frustramiento de un futuro juicio relativo al derecho que pueda asistir a las partes». (SAP Orense 10..2.94).

Pudiendo aludir a la **SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de enero 1998.**

«La Ley Rituraria Civil concibe los interdictos como procedimientos especiales y sumarios, cuyo objeto y finalidad en el de obra nueva, es preservar la propiedad, la posesión o cualquier otro derecho de los actos llevados a cabo por el demandado que repercutan en aquéllos, salvaguardando a los mismos de la amenaza o perturbación que implica la obra emprendida por aquel, mediante la interposición de una demanda a fin de conseguir su paralización, siendo preciso e inexcusable para obtener la ratificación de una suspensión que se justifique por el actor la existencia de un interés legítimo para evitar la obra, interés que sólo será protegible interdictalmente cuando la nueva edificación afecte de forma directa, como ya se ha expuesto, al dominio, posesión o cualquier otro derecho de naturaleza real, pero sólo cuando no sean cuestionados, por cuanto, no es éste proceso sumario, de finalidades cautelares provisionales, el cauce adecuado para decidir sobre la existencia o extensión de tales derechos».

3) Es un proceso no posesorio

«Es necesario distinguir el interdicto de obra nueva de los interdictos posesorios, con los que erróneamente se confunde con frecuencia por su carácter sumario y por el simple hecho de estar incluso todos, junto con el de obra ruinosa, en el mismo Título XX del Libro II de la LEC, pero cuya diferenciación se desprende el art. 1631 de la misma Ley, en que se enumeran por separado los de adquirir, retener y recobrar la posesión, impedir una obra nueva o que cause daños una obra ruinosa. Y en esta distinción, se ahonda en las diferentes Secciones en que se regulan cada uno de dichos procedimientos, y así, en los de retener o recobrar, los arts. 1651 y 1652 LEC exigen, como requisitos indispensables, que el reclamante se halle en la posesión o tenencia de la cosa, mientras que, por el contrario, en ningún precepto de la Sección III del referido Título, que regula el interdicto de obra nueva, se hace referencia a esta exigencia de posesión por parte del actor». (SAP Las Palmas 30 12.11.96).

«Con el interdicto de obra nueva, a través del cual no se ejercita propiamente una acción posesoria, lo que se trata de impedir es que otro edifique (entendiendo el concepto de edificación en un sentido amplio) perjudicando a tercero en área o terreno que a éste pertenece obligándole a suspender la obra». (SAP Córdoba 30 30.6.94).

«Este interdicto no tiene el marcado carácter posesorio de los interdictos de retener o recobrar, sino que se persigue la suspensión, de la obra en construcción, ni pretende la demolición de lo edificado, por lo que el acto presuntamente lesivo subsistirá incluso en el supuesto del éxito pleno de la acción ejercitada». (SAP Barcelona 110 9.3.95).

«El interdicto de obra nueva no es proceso posesorio propiamente dicho, sino un proceso cautelar innovativo, que tiende a una medida de este tipo, imbricada en un molde procesal declarativo especial y sumario, dirigido a verificar la procedencia de esa medida, que se adopta, como todas las cautelares, «inaudita parte», y cuyo fin, mediante la paralización de la comenzada, es evitar que pueda seguir produciendo daño». (SAP Madrid 140, 13.10.95).

III. Finalidad

La finalidad perseguida por el interdicto de obra nueva, es la tutela de la propiedad, posesión o cualquier otro derecho real; evitando la continuación de una obra nueva a fin de mantener o conservar un determinado estado de hecho.

«La acción de interdicto de obra nueva tiene un carácter precautorio tendente a mantener un estado de hecho, y está destinada a preservar o proteger, de modo provisional, la propiedad, la posesión y otros derechos reales, así como su normal disfrute, contra posibles perjuicios, inconvenientes y molestias producidas por una obra nueva, con lo que se otorga protección, de un lado, a una situación de mero hecho relacionada con presuntos derechos del actor y, de otra parte, al propio demandado con respecto a los perjuicios que le acarrearía la culminación de la obra si luego, en otro tipo de procedimiento interdictal o en juicio declarativo posterior, se resolviera en su contra y se le obligara a demolerla; de lo que con claridad se deduce que con el cauce procesal elegido se pretende, tanto impedir la continuación de la obra, si no está terminada y si con ella se perjudican situaciones preexistentes, como evitar que con su prosecución se lesionen determinados derechos». (SAP Las Palmas 20.6.85).

«El interdicto de obra nueva es un proceso especial, sumario y cautelar que tiende a proteger la propiedad, posesión o cualquier otro derecho real contra los perjuicios que se le causen o que sean susceptibles de provocarse por una obra nueva, pretendiendo el mantenimiento del «estado de hecho» existente frente al que construye». (SAP Córdoba 30 29.9.95).

«Este interdicto constituye un proceso cautelar conservatorio, cuya prevención se dirige a mantener un estado de hecho preexistente, evitando una lesión jurídica en el patrimonio del interdictante hasta tanto se resuelva en el juicio declarativo correspondiente». (SAP Pontevedra 30 13.2.96).

Según la **SAP Madrid de 13 de Marzo de 1999:**

«El interdicto de obra nueva, está destinado a impedir las obras que perjudiquen la propiedad, posesión o cualquier otro derecho real, perturbados por la realización de las mismas».

IV. Objeto: La obra Nueva

La necesidad de que la obra sea nueva ya venía recogida en el art. 1631 de la LEC de 1881 y hoy es reiterada en el **art. 250, 50 de la nueva LEC**, cuyo tenor ya hemos mencionado, así como en el **art. 441.2 al tratar de las actuaciones previas a la vista**, que más tarde examinaremos.

«Ha de entenderse por obra toda edificación o construcción entre las que se deben incluir no sólo las obras de fábrica o de arquitectura, sino las de ingeniería, desde la más costosa hasta la simple colocación de una tubería, esto es, toda modificación en los elementos principales o secundarios de un inmueble o en el contiguo que cause un real y efectivo perjuicio en la quieta y pacífica posesión del interdictante, excluyendo por supuesto del concepto de obra toda clase de reparaciones o mejoras que no alteren lo existente». (SAP Tarragona 17.2.81).

«La jurisprudencia entiende por obra nueva no sólo la que se edifica enteramente de nuevo, sino también la que se hace sobre cimientos, muros o edificación antigua dándole más extensión o elevación o variando la forma que antes tenía, y no sólo una edificación, sino también cualquier excavación, perforación o instalación». (SAP Gerona 27.9.84).

«La demolición de un edificio o parte del mismo como medio previo y necesario para la construcción de otro nuevo, constituye por sí misma una obra nueva, aunque nada se haya empezado a construir, pues, en múltiples ocasiones, el daño o peligro de daño está precisamente en la demolición previa y no en la ulterior y consiguiente nueva edificación». (SAP Bilbao 21.5.86).

Por contra, el interdicto será inoportuno cuando la obra se encuentre terminada, concluida o acabada, siendo al efecto indiferente que no se hayan terminado otras obras de ornato o conservación que no supongan cambio alguno en la configuración de lo edificado.

Y esto porque si la obra está acabada carece de razón de ser el efecto suspensivo o paralizador de la misma, que constituye el fundamento y finalidad del interdicto.

V. Procedencia

El interdicto de obra nueva procede siempre que el elemento individualizador del ataque al derecho real tutelado provenga de una obra nueva.

Sin embargo, la problemática en este punto se ha planteado en los supuestos en que la obra sea ejecutada por la Administración.

«Resulta tradicional la prohibición de interdictos en nuestro ordenamiento, que sólo encuentra su excepción en aquellos supuestos en que la Administración actúa fuera del ámbito de su competencia y sin sujeción al procedimiento exigible acudiendo a lo que se denominan vías de hecho, y determinar cuándo se está en presencia de una u otra situación «a limine litis» es prácticamente imposible, no sólo en cuanto a los interdictos de obra nueva, que en efecto no disponen de cauce procesal para una depuración previa de esa cuestión, sino también en relación con cualquier otra clase de interdictos, donde el principio de demostración de los hechos en que se basen es realmente un control de escasa eficacia práctica; consecuentemente, y en consideración con la literalidad del art. 101 de la Ley 30/1992, cabe en todo caso la admisión a trámite de cualquier interdicto cuando se base en actuaciones que según la demanda inicial estén excluidas de la prohibición del precepto, debiendo en su caso demostrarse lo contrario, ello aunque en la práctica puede traducirse en la posibilidad de paralizaciones abusivas de obras públicas, pero la regulación interdictal contiene mecanismos sobrados para paliar esas paralizaciones abusivas, con eficacia casi inmediata y las conductas maliciosas en ese sentido son sobradamente sancionables por diversas vías en nuestro ordenamiento jurídico». (SAP La Coruña 30 4.6.96).

«El interdicto de obra nueva es uno de los medios que todo poseedor tiene para que le sea respetada su posesión (art. 446.CC), perturbada por el específico medio de una obra aún no concluida. En cuanto a la posibilidad de promoverlo para suspender la obra, iniciada y no acabada, que esté ejecutando la Administración Pública -sea estatal, autonómica o local-, debe partirse de una regla general y de una excepción. La regla general es que no cabe promoverlo, ya que no pueden ponerse en entredicho la eficacia de la acción administrativa efectuada con las legalidades de rigor. La excepción se desprende de lo dispuesto a contrario sensu en los arts. 101 de la Ley 30/1992 y 125 de la Ley de Expropiación Forzosa, de tal manera que puede promoverse un interdicto de obra nueva para suspender la obra que esté ejecutando la Administración Pública si concurre alguno de estos dos supuestos: a) cuando la Administración ejecute una obra que sea ajena a su propia competencia, y b) cuando ejecute una

obra que sea de su propia competencia pero lo haga al margen del procedimiento legalmente marcado». (SAP Madrid 210 12.12.95).

Sin embargo, hay que destacar que es improcedente este interdicto en determinados supuestos:

1) Frente a obras de ejecución inmediata

«No todo ataque a la posesión mediante la alteración de las condiciones morfológicas del terreno invadido supone, sin más, la preferencia de la clase de interdicto citada con exclusión de cualquier otro remedio recuperatorio, pues en las hipótesis de realización de obras de inmediata ejecución o de escasa entidad del poseedor quedaría privado de tutela interdictal. Así pues, para designar el interdicto procedente constituyen elementos esenciales la importancia o transcendencia material de la actividad desplegada por el demandado y la duración de la obra causante del despojo, pues para el ejercicio material del de obra nueva es necesario que la misma se dilate en el tiempo lo necesario para permitir al poseedor, en un actuar de normal diligencia, interponer la demanda antes de que concluya la construcción o instalación. En otro caso se primaría la expeditividad, y a veces la mala fe, del demandado, deviniendo inaplicable la tutela posesoria cuando la obra, por su naturaleza, fuera de rápida o instantánea ejecución». (SAP Toledo 10 12.2.94).

2) Para combatir actuaciones administrativas no constitutivas de «vías de hecho»

«El ciudadano, como tal ciudadano, ha de asumir, en principio, las molestias e incomodidades que múltiples construcciones puedan entrañar y que hallense ínsitos en la propia estructura urbanística de la ciudad moderna, sin que tales variaciones para él negativas en el ámbito sanitario, ecológico, estético u otro semejante, pero sin incidencia en concretos derechos reales propios, puedan ser combatidos en vía interdictal, a través del interdicto de obra nueva, sino dentro del ámbito judicial, en la esfera de la Jurisdicción Contencioso-administrativa si entiendo que infringen la normativa urbanística vigente». (SAP Barcelona 8.5.84).

Así ocurre frente a actuaciones materiales de ejecución de obras públicas en los términos examinados en el apartado dedicado a los interdictos y la Administración, al cual nos remitimos.

3) Para la prevención de infracciones urbanísticas

«El interdicto de obra nueva no es instrumento apto para prevenir o reprimir supuestas infracciones urbanísticas, materia ésta de competencia de la Administración, cuya actuación será revisable ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa y no por los órganos jurisdiccionales del orden civil». (SAP Palma de Mallorca 30 20.5.92).

4) Para oponerse a obras aprobadas en régimen de propiedad horizontal

«No debe admitirse el interdicto de obra nueva cuando se ejercita frente a obras o construcciones cuya ejecución ha sido autorizada por un previo acuerdo comunitario adoptado con arreglo a las normas que regulan el régimen de la propiedad horizontal o cualquier otro de copropiedad sobre elementos comunes, para evitar que, acudiendo a este procedimiento sumario sin que el interesado haya impugnado el acuerdo a través de los medios que la ley establece, pueda soslayarse la voluntad de la mayoría de los miembros de la comunidad y obtener la provisional paralización de unas obras cuya ejecución, en principio, queda suficientemente amparada o justificada por aquél». (SAP Madrid 4.2.92 y SAP Ciudad Real 14.2.95).

«Los demandantes, en cuanto copropietarios de los elementos comunes del inmueble, carecen de un status posesorio propio y privativo sobre tales elementos, y por tanto, de legitimación para acudir al interdicto de obra nueva con la finalidad de hacer efectiva su discrepancia frente a los acuerdos de la junta de propietarios, soslayando los cauces procedimentales previstos en el art. 16 LPH». (SAP Madrid 110 8.6.94)

Decir que el artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 fue modificado por la Ley 8/1999 de 6 de abril, flexibilizando el régimen de mayoría que sentaba la anterior regulación.

5) Frente a obras consentidas

«Para que una obra nueva pueda estimarse lesiva para la posesión del actor se precisa incontestablemente que se haya realizado sin la autorización del mismo, porque es evidente que si una persona permite expresamente a otra que lleve a cabo una obra en determinadas condiciones y ésta cumple lo autorizado, no cabe hablar de perturbación posesoria». (SAP Tarragona 17.2.81).

VI. Requisitos

1. En general

En el interdicto de obra nueva se diluye el aspecto de acción posesoria común a los de retener y recobrar, pues para que pueda prosperar basta que resulte acreditado que:

- El actor es poseedor, propietario o titular de cualquier derecho real sobre una cosa.
- El demandado es quién realiza una obra nueva, cualquier construcción material que no esté terminada al tiempo de efectuarse el requerimiento consecuencia de la demanda.
- Que esta obra perturbe el derecho del actor.

Resulta explícita al respecto la **SAP Teruel de 15 de Abril de 1992**.

«Los presupuestos inexcusables para que el interdicto de obra nueva pueda prosperar son:

- Que el demandante tenga, al menos, la posesión de la finca o la titularidad del derecho afectado por la obra cuya suspensión se solicita.
- Que la acción se dirija contra el constructor, en sentido jurídico, no material.
- Que con la obra iniciada se modifique la realidad del mundo exterior.
- Que con la misma se perjudique o cuando menos, se perturbe la situación posesoria o el disfrute del derecho en que se encuentra el actor.
- Que la obra no esté concluida cuando se ejercite la acción interdictal».

Resume los requisitos cuyo concurso determina la viabilidad de este interdicto, la **SAP Madrid de 14 Abril 1998**.

«A) La ejecución de una construcción material que ocasione un cambio en el estado presente de las cosas.

B) Que se perjudique, moleste u origine algún inconveniente a la propiedad, posesión o derecho real del actor. Si bien matizando que el daño ha de ser emergente, por cuanto la propia finalidad del interdicto excluye el daño pasado, que por tanto, ha de ser presente o de futuro, no pudiendo ser incluidos en tal concepto aquellas molestias o inconvenientes temporales que inherentes a la obra se manifiesten como una consecuencia necesaria e inevitable sin vocación de permanencia, tales como

vibraciones, ruidos, malos olores, polvo, uso de maquinaria, etc. El daño, en definitiva, o la perturbación ha de merecer el calificativo de serio, fundado o probable con visos de convertirse en una realidad consolidada.

C) Que el demandado sea el autor o el responsable de la obra.

Y D) Que la obra determinante de la perturbación de la titularidad jurídica sobre bienes inmuebles no esté terminada, ya que en otro caso carecería de sentido y resultaría frustrada su específica finalidad».

2. Legitimación activa

«La legitimación activa en el proceso interdictal de obra nueva es amplia y puede actuarse bien en nombre propio, o en beneficio de una comunidad de que se forme parte; compitiendo no sólo al propietario, sino incluso al poseedor mediato o inmediato de la cosa o derecho, para los que puedan derivarse no sólo daños, sino simplemente perjuicios, inconvenientes o molestias, no hipotéticos, sino reales o debidamente fundamentados». (SAP Victoria 25.4.83).

«La legitimación activa para el ejercicio de una acción interdictal de obra nueva corresponde, no sólo al propietario, bien actúe por sí mismo o en nombre de una comunidad de la que forme parte, sino al mero poseedor mediato o inmediato de la cosa o derecho para el que pueda derivarse algún perjuicio de la obra nueva que se denuncia». (SAP Victoria 29.11.82).

Visto que todo poseedor está legitimado activamente para interponer el interdicto de obra nueva, podemos decir que específicamente, lo están:

Los arrendatarios, así, SAP Málaga de 5 de Abril de 1977:

«En orden a la legitimación activa en supuestos de contratos de arrendamiento, el arrendador tiene la posesión mediata derivada de su derecho de propiedad de la cosa, en tanto al arrendatario corresponde la posesión inmediata, legitimación que ha venido siendo reconocida inequívocamente en este último para dirigir su acción interdictal frente al propietario y no con tanta unanimidad en el caso inverso, si bien la tendencia dominante suele ser favorable al igual reconocimiento de esta última, pues en otro caso se le haría de peor condición allí donde la Ley, no sólo no distingue, sino que, de forma expresa, y en términos de absoluta generosidad, confiere en el art. 446.CC la tutela la posesoria a todo poseedor».

Los copropietarios

«Siendo la legitimación activa la especial facultad de llevar el proceso como demandante porque al actor pertenece el derecho que reclama, tal cualidad la vienen ostentando los codemandantes referidos en base a su **condición de copropietarios** del inmueble, al tiempo de promoverse el interdicto, siendo por tanto, potenciales perjudicados con la suspensión de la obra en él acordada». (SAP Málaga 40 21.12.94).

«A la vista de la finalidad que se señala legalmente al interdicto de obra nueva, es perfectamente admisible y lógico que si el **copropietario de un terreno** se siente perturbado en sus derechos, porque otros de los condóminos llevan a cabo una obra, sin su consentimiento, en la finca común, le está permitido acudir al remedio de suspender la misma, por la vía del interdicto de obra nueva, a fin de evitar que con su continuación puedan surgir situaciones de hecho, perjudiciales para su derecho, y hasta que en la vía del juicio declarativo ordinario pertinente se resolviera acerca de las diferencias que pudieran existir entre ellos». (SAP Gerona 4.2.81).

Los coposeedores, ya que si partimos de la base de que la coposesión es un estado de hecho correspondiente o correlativo a la comunidad de derecho, lo dicho para los supuestos de copropiedad nos serviría, *mutatis mutandi* para los supuestos de coposesión.

El propietario inscrito, aunque no tenga la posesión y así la SAP de La Coruña de 21 de enero de 1975:

«El derecho real de propiedad inscrito, aunque no vaya acompañado de la posesión inmediata del inmueble, por la fuerza de la apariencia debe ser objeto de protección interdictal frente al acto agresivo de una obra que, entre otras implicaciones posesorias, lleva la del ataque a la propiedad como más importante consecuencia, tanto si con la obra se pretende violar tal derecho o simplemente desconocerlo...».

Finalmente, podríamos añadir que **el constructor** no estaría en ningún caso legitimado activamente, ya que solamente la posesión u otro derecho real de disfrute en título adecuado para la legitimación activa por lo que nunca el constructor, de la obra sería un poseedor en el sentido legal, pues unilateralmente sería lo que la doctrina germánica entiende como un «Servidor de la posesión».

3. Legitimación pasiva

La doctrina mayoritaria entiende que no es preciso que se dirija la acción contra los propietarios de la finca en que la obra se lleva a cabo, sino contra el dueño o dueños de la obra que ordenan la misma y los que la ejecutan conscientemente de los daños que con ella pueden causar a los predios colindantes.

«La legitimación pasiva en los interdictos está basada más que en una titularidad real o posible del objeto litigioso, en una relación de causalidad con los hechos y sus autores, entendidos estos últimos no en la acepción material de ejecutores, sino de determinantes de los actos denunciados (Cfr. SSTs 10.2.41, 15.12.45 Y 27.9.55). En cuanto al interdicto de obra nueva, el art. 1663 LEC, en relación con sus arts. 1664, 1665, 1671, y 1672, atribuye la legitimación pasiva al dueño de la obra. En base a todo ello, se concluye que dueño de la obra, o legitimado pasivamente en este interdicto, es el que por su cuenta haya ordenado hacer la obra (autor mediato o inductor) y el que la hace por su propia decisión e iniciativa (autor material), en definitiva, el causante jurídico de la lesión posesoria, pero no el autor instrumental (mero ejecutor material o servidor de la ejecución), como resulta de lo dispuesto en el art. 431 CC». (SAP Lérida 20 13.3.95).

«Únicamente reúne la condición jurídica de titular de una obra nueva, presupuesto necesario para ser debidamente interpellado en acción judicial de tal clase, el dueño de aquella, como claramente resulta del juego normativo de los arts. 1663, 1664, 1665, 1671, 1672, y 1674 LEC, que es el único que tiene facultades dispositivas sobre la misma; por consiguiente, habrá de ser llamado necesariamente a la litis para integrar, conforme a Derecho, la relación jurídico-procesal quien por su cuenta haya mandado hacer la obra y el que la hace por su propia decisión, y no puede, en cambio, como ha destacado la jurisprudencia, afectar al dueño del solar que no lo sea a su vez de la obra, es decir, que no decida o costee su ejecución». (SAP La Coruña 10 4.12.96).

«La expresión legal »dueño de la obra« no es sinónimo de propietario, sino titular de la operación que causa el perjuicio, aquél por cuya cuenta se hace, pudiendo ser distinto el dueño de la obra y el dueño del terreno. Puesto que en algunas ocasiones resulta particularmente complejo determinar quién o quiénes son los dueños de la obra, la doctrina científica y jurisprudencial mantienen que no puede obligarse a quien ve perturbado su derecho a afrontar una costosa y difícil investigación para descubrir al beneficiario final de la agravación de que es objeto, bastándose traer a juicio a aquel que se presenta como autor inmediato de los actos que entiendo contrarios a su derecho». (SAP Toledo 10 2.1.97).

Examinando la Jurisprudencia anterior parece claro que la legitimación pasiva la ostenta exclusivamente el dueño de la obra pero no quién se limita a ejecutarla materialmente.

A nuestro juicio poco ha variado al respecto la nueva normativa.

Por lo que se refiere al requerimiento de suspensión de la obra

Los arts. 1663 y 1664 prevenían que se hiciera en primer lugar al dueño de la obra y si no fuere hallado al director o encargado de la misma, y a falta de ambos a los operarios.

En la nueva LEC, según el art. 441.2, la orden de suspensión puede dirigirse al dueño o encargado de la obra, sin hacer mención del supuesto en que ninguno de ellos se encontrase en la obra, siendo lo lógico que a falta de ambos el requerimiento se haga a quienes materialmente se encuentren ejecutándola, pues lo contrario conduciría al absurdo de que bastaría que no se encontrasen en la obra para no poderse recibir el requerimiento de suspensión y que aquella continuase.

Seguidamente dice el art. 441.2, que el dueño o encargado de la obra **«podrá ofrecer caución».**

La utilización del verbo **«podrá»** en tercera persona del singular puede interpretarse, como que sólo uno de ellos, el dueño de la obra, es el legitimado para ofrecer dicha caución, aunque los dos lo estén para recibir el requerimiento o la orden de suspensión; o bien, en el sentido que son los dos, indistintamente, quienes pueden ofrecer dicha caución.

A nuestro entender la nueva Ley mantiene la legitimación pasiva en el dueño de la obra, si bien amplía los poderes de actuación del encargado, permitiéndole ofrecer caución para continuarla así como realizar las obras indispensables para conservar lo edificado, lo que se deduce de la utilización de la conjunción «o» que por su esencia implica alternatividad y no subsidiariedad.

En la práctica, más rápido y eficaz será que el requerimiento de suspensión pueda dirigirse a cualquiera de los dos, pero no parece lógico pensar que el encargado de la obra vaya a ofrecer caución para continuarla sin el consentimiento expreso del dueño de la misma, que al fin y al cabo, es quién económicamente soportará la ventaja o el daño que de la obra resulte.

Esta postura se vería apoyada por lo dispuesto en el **art. 10 de la nueva Ley:**

«Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica y objeto litigioso. Se exceptúan los casos en que por Ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular».

Titular del objeto litigioso sería exclusivamente el dueño de la obra.

3.1. Breve referencia a supuestos de Litisconsorcio pasivo necesario

Existirán determinados supuestos en los que la legitimación pasiva la ostenten conjuntamente varias personas, así en los casos de copropiedad como puso de manifiesto la **SAP Murcia de 21 de Junio 1979**:

«La relación jurídico procesal está mal construida desde el momento en que siendo dos los copropietarios de las obras que se dicen realizadas y que por providencia judicial se han paralizado, sólo ha sido demandado uno de ellos, puesto que si se demanda a un sólo copropietario por una obra nueva que, se dice perjudica el derecho del actor, la resolución judicial de paralización de la obra afecta a otro que no ha sido oído ni llamado al proceso, puesto que tendrá que soportar dicha medida, sin poder oponerse ni alegar excepciones pertinentes, ni en su día plantear o soportar, el juicio declarativo correspondiente, y que no se diga que ello no es preciso, por tratarse de una mera medida cautelar, puesto que en este caso tiene un alcance mucho más amplio con relación a ese tercero que no ha sido demandado, y que ve perjudicado un derecho que cree que tiene, sin darle oportunidad de defenderlo, y sólo en no haber sido llamado al proceso, vulnera la teoría y doctrina del litisconsorcio pasivo necesario, que viene impuesto por la índole de la relación jurídica material que en el proceso se actúa y por aquella necesidad de que la resolución que en él se dicte alcance necesaria y obligatoriamente a todos los interesados en la cuestión y en este caso la sentencia dictada sólo sería vinculante para uno de los interesados».

O la **SAP San Sebastián de 4 de Junio de 1982**:

«Es de estimar la excepción de falta de legitimación pasiva en el interdicto de obra nueva, cuando la demanda se dirige únicamente contra el propietario que exige tales obras y no asimismo, contra la inmobiliaria vendedora del edificio, que no sólo las ejecuta físicamente, sino que como constructora conserva la propiedad sobre la parte de la finca en que se realizan las obras».

Aún cuando este no sea el tema central de nuestro estudio, brevemente diremos que la figura del litisconsorcio pasivo necesario, de creación jurisprudencial ha venido a ser recogida de forma expresa en un precepto auténticamente novedoso, el art. 12.2. de la nueva LEC:

«Cuando por razón de lo que sea objeto de juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa».

El litisconsorcio pasivo necesario, que se venía oponiendo como excepción perentoria del art. 542 LEC hoy se traería al proceso como cuestión procesal que puede impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo, con expresa previsión en el art. 416.1.30 de la Ley 1/2000, precepto ubicado dentro del juicio ordinario.

En el caso de los interdictos, al tramitarse como juicios verbales, habrá de alegarse por el demandado al comienzo de la vista, según ordena el art. 443 LEC.

4. Requisitos objetivos

Como requisitos objetivos de este interdicto podemos enumerar los siguientes:

1) Titularidad incuestionable del derecho real del interdictante

«Sólo cuando la propiedad o cualquier otro derecho real, o la posesión supuestamente agredidos o puestos en peligro por la obra nueva correspondan sin duda al interdictante, de modo que su existencia y la titularidad a favor de éste se hallen fuera de cualquier discusión razonable desde el punto de vista jurídico, podrá otorgarse a dicho titular la protección que postula por el cauce del interdicto de obra nueva». (SAP Las Palmas 5.11.85).

«La realidad del derecho real protegido a través de los interdictos ha de estar jurídicamente fuera de toda discusión y definitivamente incorporado al patrimonio de quien lo ostente y defiende de cualquier supuesta agresión o amenaza». (SAP Palma de Mallorca 30 20.5.92).

2) Pendencia de la obra

A este requisito ya nos hemos referido al examinar el concepto de obra nueva, remitiéndonos a lo expuesto en el epígrafe X, IV.

3) Efectividad del daño o perjuicio

«Para el éxito de la demanda en que se promueve un interdicto de obra nueva, no basta con que se acredite la realización por el demandado, o de su orden, de la obra a que se refiera, así como su situación inacabada, sino que, además, es indispensable probar que la ejecución de la misma incide perjudicialmente sobre la posesión o derecho real inmobiliario del actor, causando cualquier tipo de menoscabo en su ejercicio, por cuanto de otra manera, si no se demuestra que esto ocurre, faltará el interés a proteger mediante la postulada suspensión». (SAP Santa Cruz de Tenerife 29.1.85).

«En nuestro sistema procesal, el interdicto de obra nueva juega un papel concreto y determinado: proteger la posesión y los derechos reales de forma interina y cautelar frente a perturbaciones derivadas de la realización de nuevas construcciones. Pero no es instrumento apto ni destinado legalmente para proteger cualquier tipo de daño, por grave que sea, ni poner freno a cualquier infracción del ordenamiento jurídico por claramente antijurídica que sea la conducta, sino sólo de aquellos daños que suponen una lesión real y efectiva en la posesión de la cosa a los derechos que se disfrutan sobre ella». (SAP Santander 20 30.3.92).

VII. Procedimiento

1. Regulación en la LEC 1881

La LEC de 1881, en sus arts. 1663 a 1675 recogía una tramitación en la que quedaban nítidamente diferenciadas dos fases:

La primera tendía a la paralización de la obra, que podía ser solicitada por cualquiera que, teniendo capacidad procesal, ostentase la propiedad, posesión o derecho real afectado por la obra nueva.

La segunda, se contraía a la discusión y estudio de la pretensión del actor en el juicio interdictal subsiguiente e inmediato a fin de acordar si la paralización había de mantenerse o por el contrario, debía ser levantada, en atención a si el sujeto protegible estaba investido o no de razón jurídica.

La primera fase, **sumarísima**, estaba destinada a obtener la suspensión inmediata y provisional de la obra de suerte que presentada la demanda de interdicto de obra nueva, dictaba el Juez providencia, acordando que se requiriese al dueño de la obra para que la suspendiera en el estado en que se hallase, bajo apercibimiento de la demolición de lo que se edificase, y que se citase a los interesados a juicio verbal, señalando para su celebración el día más próximo posible, pasados los tres días siguientes al de la notificación de aquella providencia, previniéndoles que en él debían presentar los documentos en que intentasen apoyar sus pretensiones.

A la demanda se acompañaba copia de la misma en papel común, que era entregada al demandado cuando se le hacía la citación. (Artículo 1.663 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Inmediatamente se hacía el requerimiento al dueño de la obra, si en ella era hallado, y en otro caso, al director o encargado de la misma, y a falta de éstos a los operarios, para que en el acto suspendieran los trabajos.

Para cuidar que esta orden se cumpliera quedaba un Alguacil en el lugar de la obra hasta que se hubiesen retirado los operarios. (Artículo 1.664 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

El dueño de la obra podía pedir que se le permitiera hacer las que fuesen absolutamente indispensables para la conservación de lo edificado y el juez lo concedía de plano con toda urgencia, si lo consideraba justo, sin que contra esta resolución cupiese ulterior recurso. (Artículo 1.665 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Y una segunda fase de carácter sumario, a fin de lograr la suspensión definitiva de la obra, comenzando por la celebración de juicio verbal en la forma prevenida para el interdicto de adquirir.

El juicio verbal se celebraba en la forma establecida en los artículos 1.644 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pudiendo presentar los interesados los documentos en que fundasen sus respectivas pretensiones (Artículo 1.666 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Podía el Juez acordar, para mejor proveer, la inspección ocular de la obra, para lo cual, si lo estimaba necesario, nombraba un perito.

A esta diligencia, que había de practicarse dentro de los tres días siguientes al de la celebración del juicio, a no exigir mayor dilación alguna causa insuperable, podían asistir los interesados, acompañados de sus defensores y de un perito de su elección, si lo estimaban conveniente. (Art. 1667 LEC).

Dentro de los tres días siguientes al de la celebración del Juicio Verbal o al de la diligencia de inspección, en su caso, el Juez dictaba sentencia. (Artículo 1.668 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

La sentencia que mandase alzar la suspensión de la obra era apelable en ambos efectos; la que acordaba la ratificación, lo era sólo en uno. (Artículo 1.668 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

La sentencia no tenía ni tiene efectos de cosa juzgada debido a la limitación de la cognitio judicial y al correlativo carácter sumario del proceso, de ahí que, para el dueño de la obra, contemplasen los arts. 1671 y siguientes, la posibilidad de que pudiese iniciar un proceso declarativo plenario para que se declarase su derecho a efectuar la obra íntegramente, y, para el promotor del interdicto disponía el art. 1675 lo siguiente:

«El que hubiere promovido el interdicto podrá ejercitar en el juicio declarativo correspondiente el derecho de que se creyere asistido para obtener la demolición de la obra, si la sentencia del interdicto hubiere sido contraria a sus pretensiones, o para pedir la demolición de lo anteriormente edificado, en el caso de haberse confirmado la suspensión».

2. Regulación en la Nueva LEC

Señala el art. 250.1.51:

«Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes:...Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la suspensión de una obra nueva».

Por tanto, **al igual que los demás interdictos, el de obra nueva seguirá los cauces marcados para el juicio verbal en los arts. 437 a 447**, estando contenidas las peculiaridades más relevantes para el mismo en el **art. 441.2., relativo a las actuaciones previas a la vista en casos especiales:**

«Si la demanda pretendiere que se resuelva judicialmente, con carácter sumario, la suspensión de una obra nueva, el tribunal, antes incluso de la citación para la vista, dirigirá inmediata orden de suspensión del dueño o encargado de la obra, que podrá ofrecer caución para continuarla, así como la realización de las obras indispensables para conservar lo ya edificado. El tribunal podrá disponer que se lleve a cabo reconocimiento judicial, pericial o conjunto antes de la vista.

La caución podrá prestarse en la forma prevista en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 64 de esta Ley».

La nueva regulación presenta como variación respecto de la anterior:

1) La nueva redacción es más categórica que la anterior en cuanto al requerimiento de suspensión que aquí se califica de *«inmediata orden de suspensión»*.

2) Esta orden de suspensión podrá hacerla el tribunal, antes incluso de la citación para la vista, mientras que según el art. 1663 la misma providencia que citaba para juicio verbal contenía la orden suspensión.

3) El requerimiento puede hacerse al dueño o encargado de la obra, cuando el art. 1664 preveía también, para el caso de que estos no se hallasen, que se practicara a los operarios, lo que a nuestro juicio, debe entenderse que continúa siendo de aplicación.

4) Tanto el dueño como el encargado de la obra podrá ofrecer caución para continuarla, debiendo entender, como ya expusimos al tratar de la legitimación pasiva, que esto no implica una ampliación de la misma, que seguirá residiendo en el dueño de la obra.

Por contra, la regulación anterior, sólo contemplaba la posibilidad de autorización para continuar la obra, después de finalizado el proceso mediante sentencia y una vez firme ésta.

Para ello, los arts. 1671 a 1874 regulaban un **proceso declarativo plenario**, iniciado por el dueño de la obra, siempre que alegase y probase que para él se derivaban graves perjuicios de la suspensión y ofreciese fianza para responder de la demolición y de la indemnización a que pudiese ser condenado.

Hoy la petición de continuación de la obra viene regulada dentro de las actuaciones previas a la vista.

5) También contempla la nueva Ley que se solicite la realización de las obras indispensables para conservar lo ya edificado.

Esta posibilidad la recogía el art. 1665, temporalmente con anterioridad a la celebración del juicio verbal, si bien, a mi entender, en términos más estrictos que la nueva LEC, ya que sólo podían autorizar las *«absolutamente indispensables para la conservación de lo edificado»*, mientras que el art. 441 suprime el término *«absolutamente»*, con lo que minorra el rigor de la anterior redacción y amplía los límites a valorar por el juzgador de lo que sea indispensable para la conservación de la obra.

6) El tribunal podrá disponer que se lleve a cabo reconocimiento judicial, pericial o conjunto, **antes de la vista**, a diferencia de lo que

preveía el art.1667, conforme al cual la inspección ocular, así como en su caso, el reconocimiento pericial, se efectuarían después de celebrado el juicio verbal, como diligencia para mejor proveer.

La nueva Ley exige que, caso de ordenarse por el tribunal el reconocimiento, éste se lleve a cabo antes de la vista.

7) La sentencia no tiene efectos de cosa juzgada por mandato del art. 447.2 de la nueva Ley.

Finalmente, queremos hacer referencia a un sector de la doctrina, extremadamente crítico a la pervivencia de este interdicto, así GARNICA MARTÍN:

«Con la nueva regulación sigue siendo regla general que se lleve a cabo la suspensión cautelar de una obra inaudita parte y sin necesidad de afianzamiento alguno de los daños y perjuicios que se puedan causar.

Si a ello se une el hecho de que no se establezca con claridad hasta cuándo debe subsistir esa suspensión, particularmente si debe mantenerse a pesar de que la sentencia de primera instancia desestime el interdicto, o bien levantarse como parece más razonable, creo que la conclusión es bien clara, se está manteniendo en nuestra legislación un instrumento muy peligroso, un instrumento del que se abusa con frecuencia y que no aparece bien diseñado.

... En cualquier caso, lo que estimo como absolutamente indeseable es la pervivencia del interdicto de obra nueva, que es un instrumento distorsionador, cuya función puede ser absorbida en términos mucho más razonables por el sistema de medidas cautelares».

XII. INTERDICTO DE OBRA RUINOSA

Señala el **Art. 250,1.61 de la nueva LEC** que:

«Se decidirá en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes:...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 quién demande».

A este interdicto se referían, los **arts. 1676 a 1685 de la derogada Lec, Sección Cuarta, del Título XX del Libro II.**

I. Antecedentes

Siempre se le llamó denuncia o interdicto de obra vieja, sin duda en contraposición al de obra nueva, hasta que la LEC de 1881 le dio la denominación más adecuada de obra ruinosa.

Los romanos lo denominaron *danno infecto*.

La *cautio damni infecti* llenaba la misma finalidad en el Derecho de Roma que, en el nuestro, el actual interdicto de obra ruinosa, sin perjuicio de la diversidad de efectos que se provocan en uno y otro. Nos importa destacar que en el Derecho de Roma podían exigir la caución tanto el propietario de la finca amenazada como los que gozaban de un derecho real sobre ésta; también los que, en virtud de una relación de obligación, tenían interés en la conservación de la cosa. La exigencia de la caución recaía sobre el propietario y el poseedor del edificio defectuoso, así como podía ser dirigida contra todos los que sobre él tenían un *ius in re*, si bien cuando eran muchos los demandados sólo estaba cada uno obligado por su parte y porción.

Como ya puso de manifiesto **García Goyena**, la legislación romana en esta materia fue recogida en lo fundamental en Las Partidas. Si bien esa legislación, frente a la romana, muestra el derecho del vecino no sólo a pedir la caución, y subsidiariamente, la posesión del bien peligroso, sino que el amenazado tanto puede pedir la caución como, respecto al edificio «*que lo derribase o lo endereçasse*». De aquí pasa al artículo 535 del Proyecto de Código Civil de 1851, y por último, a los 389 y 390 del vigente.

La Ley de Las Partidas declaraba que para los efectos de este interdicto, ha de entenderse por obra vieja, no sólo los «*edificios antiguos que fallecen, e quiérense derribar por vejes*» sino también los edificios o «*labores nuevas que se abren, porque se fienden en los cimientos, o porque fueron fechas falsamente o por flaqueza de labor*». Esta exacta y natural explicación de lo que debe entenderse por obra vieja, basta, a juicio de MANRESA, para justificar la nueva denominación del interdicto de obra ruinosa.

Además equiparaba a los efectos de dicho interdicto *Alas paredes flacas e árboles grandes mal raigados, son a las vegadas cerca de heredades o de casas ajenas, que se temen los vecinos que si cayeren, que les farán daño*. Este criterio, es el mismo sostenido por la Lec de 1881 y por la nueva Lec.

II. Naturaleza

No puede decirse que el interdicto de obra ruinoso sea un juicio de naturaleza posesoria, ya que su objeto no es resolver acerca de la posesión sino evitar un daño, teniendo, al igual que el de obra nueva, un carácter cautelar conservativo y un fuerte entronque administrativo.

Al efecto, podemos aludir a la **STS de 18 de Abril de 1996**:

«En la doctrina procesal predomina la idea de que el interdicto de obra ruinoso no es posesorio y tiene el carácter de juicio cautelar innovativo. La cautela tiende a eludir peligros y se consigue con las medidas que toma el órgano judicial para evitar la ruina incluso acordando el derribo total del inmueble que los produce.

En la tramitación y decisión del proceso, el principio de aportación de parte se desvanece en aras del interés superior de evitar peligros y por ello se potencia en la ley la intervención del juez apoyado en su propio criterio y en la pericia emitida por técnicos que él mismo escoge».

Largamente ha discutido la Doctrina sobre la pertinencia de mantener viva esta figura, toda vez que debido al celo de las Administraciones públicas, su repercusión es mínima y pocas veces el particular se ve obligado a entablar esta demanda, puesto que los Agentes de la Autoridad Administrativa, en su constante función de vigilancia, al darse cuenta de una posible ruinosidad de una finca, o del peligro que pueden significar los árboles, paredes, vallas, columnas, etc., actúa en forma conveniente y capaz para evitar el posible daño, sin que el particular afectado se vea precisado a formular la acción interdictal ante la Autoridad Judicial.

Lo cierto es que la nueva Ley mantiene esta figura refiriéndose a ella en el art. 250.1.61.

Para VÁZQUEZ IRUZUBIETA:

«Está claro que este interdicto constituye más bien un procedimiento que, por su objeto, tiende a dar solución a una materialidad administrativa porque se trata de la protección de personas y cosas, no solamente vecinos o colindantes con la cosa materia del interdicto, sino que la protección abarca a personas indeterminadas que de alguna manera puedan verse amenazadas por este riesgo».

Para comprender exactamente cuál sea la naturaleza de dicho interdicto, debemos antes repasar el Código Civil, en el cual y en sus

artículos 389 y 390, en relación con el 391, 1.907 y 1.908 del mismo cuerpo legal, encontramos la confirmación de las normas procesales que luego se verán y declaran los derechos y responsabilidades relacionados con la materia.

El citado **art. 389 CC**, dice:

«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 ruinoso, la autoridad podrá hacerla demoler a costa del mismo».

El **art. 390 CC**, establece que:

«Cuando algún árbol corpulento amenazase caerse de modo que pueda causar perjuicio a una finca ajena o a los transeúntes por vía pública o particular, el dueño del árbol, está obligado a arrancarlo y retirarlo; y si no lo verificare, se hará a su costa por mandato de la autoridad».

Por su parte, el **art. 391 CC**, establece que en el caso de los dos artículos anteriores, si el edificio o árbol se cayere, se estará a lo dispuesto en los arts. 1.907 y 1.908, los cuales imponen al propietario del árbol o edificio, la responsabilidad de los daños que resulten.

Al hacer referencia a los artículos del Código Civil, se observa que la Ley habla de *Autoridad*, sin determinar si se trata de Autoridad administrativa o judicial. De aquí que deben entenderse las dos clases. Ahora bien, sólo cuando la cuestión se promueva entre particulares, o la inminencia del daño afecte sólo a intereses o derechos privados, la autoridad judicial es la única competente para conocer de la cuestión.

III. Finalidad

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 ruinoso: «impedir que cause daño una obra ruinoso», 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.

IV. Objeto

Decía el art. 1676 de la anterior LEC:

«El interdicto de obra ruinosa puede tener dos objetos:

- 1) *La adopción de medidas urgentes de precaución, a fin de evitar los riesgos que pueda ofrecer el mal estado de algún edificio, árbol, columna o cualesquiera otro objeto análogo, cuya caída pueda causar daños a las personas o en las cosas.*
- 2) *La demolición total o parcial de una obra ruinosa».*

Hoy, el art. 250.1.61, hace referencia, sólo a la demolición o derribo y en cuanto al elemento material, introduce expresamente que también puede ser objeto de este proceso una obra en estado de ruina.

Se plantea por tanto con la nueva regulación, si es posible solicitar del Tribunal la adopción de medidas urgentes de precaución.

A nuestro entender, la Ley ha limitado el objeto de esta modalidad procesal, que ya no podrá pretender exclusivamente la adopción de medias urgentes de precaución, sino que deberá necesariamente, ir encaminada a la demolición o derribo.

Ahora bien, también creemos que el actor podrá solicitar la adopción de medias urgentes, de forma acumulativa a la pretensión principal de derribo o demolición a través del sistema de medidas cautelares, contenido en los arts. 721 y siguientes.

Así, el art. 721 dice que:

«Bajo su responsabilidad, todo actor, principal o reconvenido (aquí sólo el principal ya que como vimos en los interdictos no cabe reconvenido), podrá solicitar del tribunal, conforme a lo dispuesto en este Título, la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare».

Si el actor considera que, la obra u objeto análogo que amenaza ruina, requiere de la adopción de medidas preventivas urgentes, deberá solicitarlas del tribunal que conozca del interdicto.

Deberá pedirlo el actor, ya que el art. 721 prohíbe que las medidas cautelares sean acordadas de oficio por el tribunal, con la excepción de lo que se dispone para los procesos especiales.

Deberá pedir las medidas en el grado que estime suficiente, ya que este mismo precepto veda que el tribunal pueda acordar medidas más gravosas que las solicitadas.

Y deberá pedirlo al Juez que esté conociendo del asunto, salvo, que se soliciten estas medidas con anterioridad a que el proceso se haya iniciado, en cuyo caso se solicitarán al que sea competente para conocer de la demanda principal; por mandato del art. 723, ya que la nueva Ley ha optado por no separar la competencia para el enjuiciamiento de la medida cautelar del órgano jurisdiccional competente para conocer del proceso principal.

Finalmente, podemos aludir como **límite a la solicitud de medidas cautelares**, a lo dispuesto, en el art. 728.1 de la nueva Ley:

«No se acordaría medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que este justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces».

V. Requisitos

1. En general

Ya se desprendía del art. 1631.4 de la anterior Lec, que a los efectos de este interdicto no bastaba la realidad de una obra ruinosa para su promoción con éxito, sino que era necesario que de este estado de ruina, entendido como estado de una cosa que amenaza caída, según previene el art. 389 del Código Civil, tanto si se origina en el transcurso del tiempo o por los vicios de construcción que contempla el artículo 1.591 del Código Civil, se vaya a derivar presumiblemente daño a las personas o a las cosas.

Resulta contundente la **SAP Cuenca de 18 de diciembre de 1986:**

«Señala la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 1.631 que los interdictos sólo pueden intentarse: 11 para adquirir la posesión; 21 para retenerla o recobrarla; 31 para impedir una obra nueva, y 41 para impedir que cause daño una obra ruinoso; englobando bajo el mismo concepto diversos supuestos que responden a juicios de distinta naturaleza, pues evidente parece que el denominado interdicto de obra ruinoso no tiene naturaleza posesoria, ya que no protege directa ni exclusivamente la posesión, y sí tiene una finalidad aseguratoria, según claramente se infiere del artículo 1.676 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o más concretamente del artículo 1.677 que establece la legitimación para promover este tipo o modalidad de acción interdictal; pudiendo concretarse los requisitos para su viabilidad en dos: la existencia de un edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo que por su mal estado ofrezca peligro de causar daño con su caída a las personas o en las cosas, y, otro, embebido en el anterior, cual la existencia de propiedad contigua o inmediata que pueda resentirse o padecer por aquella situación anterior, o simplemente que esa situación de riesgo se concrete en personas que tengan necesidad de pasar por las inmediaciones del edificio, árbol o construcción».

2. Legitimación Activa

En la LEC de 1881 los arts 1677 y 1678 determinaban qué personas ostentaban la legitimación activa indispensable para promover el juicio interdictal de obra ruinoso, señalando el primero de ellos que:

«Sólo podrán intentar dicho interdicto:

1. Los que tengan alguna propiedad contigua o inmediata que pueda resentirse o padecer ruina.
2. Los que tengan necesidad de pasar por las inmediaciones del edificio, árbol o construcción que amenazare ruina».

Se entiende por necesidad para los efectos del artículo 1.677 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la que no puede dejar de satisfacerse sin quedar privado el denunciante del ejercicio de un derecho, o sin que se le siga conocido perjuicio en sus intereses, o grave molestia, a juicio del Juez. (Artículo 1.678 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Algunos autores criticaron que la legitimación para promover este interdicto se había recogido en la LEC de 1881 con una excesiva extensión de suerte que lo que se debió concebir para proteger la posesión se había relajado hasta proteger unas situaciones de hecho que nada tienen que ver con la posesión de bien alguno, hasta el punto de verse protegido por el interdicto el mero transeúnte.

La nueva Ley ha limitado sustancialmente los preceptos dedicados a las distintas especialidades procedimentales, y dentro de ellas las que atañen a los interdictos y, en particular, para el de obra ruinoso no existen apenas referencias expresas.

La legitimación activa se desprende de lo dispuesto en el art. 250.1.61, que exige que la obra edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina, **amenace causar daños a quien demande.**

De esta forma, entendemos será requisito *sine qua non* para acudir a este procedimiento la amenaza de daño.

Daño que habrá que acreditar y probar, tanto en su realidad como en la medida en que, de producirse, vaya a afectar al actor.

Por tanto, la legitimación es incluso más amplia que la recogida en la derogada Lec, ya que el daño puede provenir de un elemento que no sea la propiedad de un predio colindante que pueda resentirse o padecer ruina, así como de algo diferente de la necesidad de pasar por las inmediaciones.

En la práctica, difícil es pensar en daños distintos de los anteriormente mencionados, pero caso de darse, también legitimarían activamente a la persona que hubiere de sufrirlos para acudir al interdicto de obra ruinoso.

Especial atención habrá de prestarse al elemento del daño, debiendo, a nuestro parecer, evitar los tribunales que prosperen acciones de este tipo cuando no tengan por objeto proteger de un peligro real e inmediato y por contra se limiten a daños de los que el actor crea que pueda verse afectado en un futuro, más o menos próximo por un peligro hipotético, aún no demostrado o comprobado y dependiente en su desencadenamiento de otras causas.

3. Legitimación Pasiva

En la Lec de 1881 sólo podían ser demandados en el juicio interdictal de obra ruinoso:

1. El propietario de la finca que amenazaba ruina, y
2. El dueño del árbol, pared, valla, columna, cuyo estado de conservación hiciese abrigar racionales temores de posible daño por caída o desplome.

El art. 1679 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señalaba, que no sólo el dueño, sino también el administrador o apoderado, y en su

defecto, el arrendatario o inquilino, podían ser compelidos, en caso de ausencia del dueño, a ejecutar las medidas urgentes que el Juez tomase, en vista del estado de la obra o de lo que amenazase ruina o desplome.

La nueva Ley no contiene referencia alguna al respecto, por lo que habrá que estar a la regla general contenida en el art. 10 de la misma, considerando como parte legítima a los titulares de la relación jurídica un objeto litigioso, y por tanto, de la obra, edificio, árbol, columna u objeto análogo en estado de ruina.

Habrán supuestos, por ejemplo la copropiedad, en que haya de darse un **litisconsorcio pasivo necesario**, remitiéndonos a lo expuesto al respecto al tratar del interdicto de obra nueva.

«Salta a la vista la irregular constitución de la relación jurídico-procesal al ser demandado en el proceso únicamente el dueño del edificio ruinoso, denunciado de oficio en la sentencia recurrida, impositiva de un pronunciamiento sobre el fondo, pues que si «prima facie» está legitimado pasivamente en el singular y sumario proceso que nos ocupa, quien tenga la obligación de conservar la cosa y evitar su ruina, esto es, en el caso, el dueño de la edificación y no quienes inmediatamente la poseen, sin parar mientes en sus títulos posesorios, pues que no estarían obligados a realizar, por vía de imperio, las obras necesarias, a fin de proceder a la demolición total o parcial de la obra, que constituye una de las modalidades del proceso a que hace relación el art. 1.676 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es indudable que esas personas poseedoras en el caso por título obligacional de la cosa, están tan íntima y directamente relacionadas con el objeto del proceso, y a ellas habría de afectar de tal suerte la decisión que en él recayere, que su vocación al proceso, por existencia de un litisconsorcio pasivo necesario, derogador del principio basado en el de rogación, que impera en nuestro ordenamiento procesal, según el cual el actor es árbitro de dirigir su pretensión contra quién quiera, resulta inexcusable, y su defecto, originario, sin género de duda, la defectuosa e irregular constitución de la relación jurídico-procesal ya mencionada, conforme a reiterada y copiosa doctrina jurisprudencial que, con base en la doctrina del interés que domina en materia de legitimación, contienen entre otras muchas, las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo 1911, 6 marzo 1946, 12 marzo 1964, 17 diciembre 1968 y 16 junio 1969». (S. Audiencia Provincial de Sevilla, 25 enero 1973).

VI. Procedimiento

1. Regulación en la Lec de 1881

La LEC de 1881, en sus arts. 1676 a 1685 recogía una tramitación en la que se diferenciaba un doble procedimiento, el primero, dirigido a adoptar las medidas urgentes de precaución que se estimasen necesarias, contenido en los artículos 1679 a 1681 y el segundo para la demolición total o parcial del objeto ruinoso, en los artículos 1682 a 1685.

Cuando se trataba de adoptar medidas urgentes de precaución se seguía un procedimiento sumarísimo, sin audiencia al demandado y por tanto carente de contradicción procesal, que se iniciaba por demanda, seguida de un reconocimiento judicial y pericial y finalizaba mediante auto irrecurrible que otorgaba o denegaba tales medidas.

Cuando el objeto de interdicto era la adopción de medidas urgentes de seguridad, acordaba el Juez el reconocimiento de lo que amenazase ruina, lo que ejecutaba inmediatamente por sí mismo, acompañado de actuario y de un perito que nombraba al efecto.

Del resultado del reconocimiento judicial se extendía la oportuna acta, en la que se insertaba el dictamen del perito, y sin dilación dictaba el Juez auto acordando las medidas que estimaba necesarias para procurar interina y prontamente la debida seguridad.

A la ejecución de estas medidas eran compelidos el dueño de la obra ruinoso, su administrador o apoderado, y en su defecto, el arrendatario o inquilino, por cuenta de las rentas o alquileres. En defecto de todos éstos, supliría los gastos, el actor, a reserva de reintegrarse de ellos, exigiéndose su importe del dueño de la obra por el procedimiento establecido para la vía de apremio en el juicio ejecutivo, artículos 1.481 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, (Artículo 1.679 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

El juez podía denegar las medidas de precaución solicitadas, si del reconocimiento que hiciese con el perito no resultaba la urgencia. (Artículo 1.680 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Los autos que el Juez dictaba otorgando o denegando las medidas urgentes de precaución no eran apelables. (Artículo 1.681 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

La **cuando se perseguía la demolición de la obra ruinoso** se seguía un procedimiento sumario, con audiencia al demandado y la pertinente contradicción procesal.

Este procedimiento se iniciaba por demanda, seguida de convocatoria y celebración de juicio verbal tras el que se podía acordar reconocimiento judicial y pericial, finalizando mediante sentencia apelable en ambos efectos, si bien, cuando la demolición ordenada fuese urgente, el Juez podía adoptar las medidas precautorias necesarias, incluso la demolición parcial si no podía demorarse sin grave e inminente riesgo.

«Si el interdicto tuviere por objeto la demolición de alguna obra ruïnosa, el Juez mandará convocar a las partes a juicio verbal, con la urgencia que el caso requiera, al que podrán asistir sus respectivos defensores, oír sus alegaciones y testigos y examinará los documentos que presentaren, uniéndolos a los autos». (Artículo 1.682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

«Si por el resultado del juicio el Juez lo creyere necesario, podrá practicar por sí mismo un reconocimiento de la obra, acompañado de perito que nombre al efecto; los interesados concurrirán, si quieren, a esta diligencia, acompañados de sus defensores y de peritos de su nombramiento». (Artículo 1.683 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

«Dentro de los tres días siguientes al que hubiera terminado el juicio verbal o la práctica de la diligencia de reconocimiento, si esta hubiera tenido lugar, el Juez dictará sentencia, la cual será apelable en ambos efectos». (Artículo 1.684 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

«En el caso de ordenarse la demolición y de resultar su urgencia del juicio y diligencia de reconocimiento, deberá el Juez, antes de remitir los autos a la Audiencia, decretar de oficio y hacer que se ejecuten las medidas de precaución que estime necesarias, incluso la demolición de parte de la obra si no pudiere demorarse sin grave e inminente riesgo, procediendo al efecto en la forma prevenida en el párrafo último del artículo 1.679 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». (Artículo 1.685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

2. Regulación en la nueva LEC

Por mandato del art. 250.1.61 se seguirán los trámites del juicio verbal, sin que para el de obra ruïnosa se recoja peculiaridad alguna en las actuaciones previas a la vista.

Con la nueva regulación:

1) Sólo puede pretenderse la demolición o derribo de la obra, y, al seguirse los trámites del juicio verbal, este procedimiento sigue teniendo carácter sumario.

2) Como ya hemos expuesto, cuando se pretenda la adopción de medidas urgentes de precaución habrá de acudir el actor a las disposiciones relativas a las medidas cautelares, arts. 721 y siguientes.

Podrán solicitarse, incluso antes de la presentación de la demanda, si quién la pide y alega acredita razones de urgencia o necesidad, según el art. 730 de la nueva Ley.

Estas medidas cautelares podrán acordarse, cuando concurren razones de urgencia, sin previa audiencia del demandado, en cuyo caso estaríamos ante una medida que se adoptaría, de modo similar a lo que disponía la antigua Lec, con carácter sumarísimo.

Pero en la nueva regulación esta falta de audiencia constituye la excepción y no la regla, que para esta modalidad de interdicto, recogía la derogada Lec.

De esta forma, tanto el interdicto de obra ruïnosa propiamente dicho, en todo caso, como la adopción de medidas preventivas, por regla general, se realizará con audiencia del demandado en procedimiento de carácter sumario.

Al igual que la normativa anterior, el interdicto termina mediante sentencia sin eficacia de cosa juzgada, debido al carácter sumario de la pretensión de tutela objeto del mismo, que expresamente consagra el art 250.1.61 de la nueva Ley, en relación con el mandato contenido en el artículo 447.

La adopción de medidas preventivas, que ya no es interdicto, sino medida cautelar, termina mediante auto.

BIBLIOGRAFÍA

- Interdictos*, MANUEL GARCÍA DE MARINA, Ed. Serlipot, 1992.
Expropiación Forzosa. FRANCISCO PERA VERDAGUER, 1992.
Derecho Procesal Civil, PRIETO CASTRO.
Formularios y práctica jurídica comentada sobre interdictos, CARLOS MAURO PEÑA, BERNALDO DE QUIRÓS, Ed. Comares, 1989.
Derecho Civil Español, PUIG PEÑA.
El proyecto de Lec, ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS, La Ley 1999.
Observaciones al proyecto de Lec, VICENTE GIMENO SENDRA, la Ley 1999, nº 4734
De los juicios verbales en la reforma de los procesos civiles, JULIO MUERZA ESPARZA, Ed. Civitas. 1993.
Lecciones de Derecho Procesal, ANDRÉS DE LA OLIVA y MIGUEL ANGEL FERNÁNDEZ, Ed. PPN, 1987.
Los procesos declarativos ordinarios en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento

Civil, JUAN GARNICA MARTÍN, La Ley 1999, nº 4769.
 Observaciones en torno a la fase de alegaciones en el Proyecto de LEC, La Ley 1999, nº 4706.
 Comentarios a la LJCA de 1998, JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ. Ed. Civitas, 1999.
 Algunos problemas de delimitación entre la Jurisdicción Contencioso-administrativa y la Jurisdicción Civil después de la reciente LJCA de 13 de Julio de 1998. Actualidad Civil. nº 9, 1999, SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ.
 Los procesos interdictales, JOSÉ ANTONIO CAINZOS FERNÁNDEZ, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.
 Comentarios a la LRJAP Y PAC, JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ y FRANCISCO GONZÁLEZ NARRO, Ed. Civitas 1999.

LA EJECUCIÓN DINERARIA

POR

ROCÍO GUERRERO ANKERSMIT¹

I. INTRODUCCIÓN.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil señala en su exposición de motivos que «*Justicia civil efectiva significa ... ejecución forzosa menos gravosa para quien necesita promoverla y con más posibilidades de éxito en la satisfacción real de los derechos e intereses legítimos*».

El contenido de la potestad jurisdiccional no se agota con la sentencia. Una verdadera tutela judicial efectiva precisa, con frecuencia, de la intervención de los órganos jurisdiccionales tras la resolución del conflicto a fin de dar adecuado cumplimiento a lo declarado en la sentencia.

Así, el art. 117 C.E. establece que «*el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.*»

La ejecución forzosa consiste en la actuación de un órgano jurisdiccional tendente a llevar coactivamente a su cumplimiento lo declarado en una sentencia o en ciertos títulos equiparables a la misma.

Es preciso destacar, como principal logro de la nueva Ley una regulación unitaria, clara y completa, en el Libro III, a diferencia de la Ley anterior que estaba regulado en el Título VIII del Libro II la ejecución de sentencias (arts. 119 a 958) y estableciéndose la regulación del procedimiento de apremio en el juicio ejecutivo, Título XV (arts. 1429 a 1543).

¹ Letrada de la Comunidad de Madrid.

En la Ley 1/2000, dice su Exposición de Motivos, se diseña un proceso de ejecución para cuanto puede considerarse título ejecutivo, sea judicial o contractual o se trate de una ejecución forzosa común o de garantía hipotecaria.

Como ya se ha dicho, la regulación de la Ejecución Forzosa se encuentra en el Libro III, junto con las medidas cautelares, en concreto en los Títulos I a V, que tratan «De los títulos ejecutivos», «De la ejecución provisional de resoluciones judiciales», «De la ejecución: disposiciones generales» (en el que se regulan las partes, el Tribunal competente, el despacho de ejecución, de la oposición a la ejecución y de la impugnación de los actos de ejecución contrarios a la Ley o al título ejecutivo y de la suspensión y término de la ejecución), «De la ejecución dineraria» y «De la ejecución no dineraria».

En la presente comunicación vamos a estudiar la regulación que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil hace de la ejecución dineraria así como las novedades que introduce para lograr el propósito fijado en su exposición de motivos: ejecución forzosa **menos gravosa** para quien necesite promoverla y **con más posibilidades de éxito en la satisfacción real de los derechos e intereses legítimos**.

II. LA EJECUCIÓN DINERARIA

La regulación de la «Ejecución dineraria» se establece, como se ha dicho en el título IV, arts. 571 a 698, dividido en cinco capítulos: De la ejecución dineraria: Disposiciones generales, Del requerimiento de pago, Del embargo de bienes, Del procedimiento de apremio y De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignora-dos. Vamos a referirnos a cada uno de ellos.

Capítulo I: De la ejecución dineraria. Disposiciones generales:

En las disposiciones generales de la ejecución dineraria se establece, en primer lugar, su ámbito de aplicación. Así, el art. 571 dispone:

«Las disposiciones del presente Título se aplicarán cuando la ejecución forzosa proceda en virtud de un título ejecutivo del que, directa o indirectamente, resulte el deber de entregar una cantidad de dinero líquida.»

Es preciso tener en cuenta que el art. 517 L.E.C. establece cuáles son los títulos que llevar aparejada ejecución y que son los siguientes:

1. La sentencia de condena firme.
 2. Los laudos o resoluciones arbitrales firmes.
 3. Las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, acompañadas, si fuere necesario para constancia de su concreto contenido, de los correspondientes testimonios de las actuaciones.
 4. Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona o a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes.
 5. Las pólizas de contratos mercantiles firmadas por las partes y por corredor de comercio colegiado que las intervenga, con tal que se acompañe certificación en la que dicho corredor acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y la fecha de éstos.
 6. Los títulos al portador o nominativos, legítimamente emitidos, que representen obligaciones vencidas y los cupones, también vencidos, de dichos títulos, siempre que los cupones confronten con los títulos y éstos, en todo caso, con los libros talonarios.
- La protesta de falsedad del título formulada en el acto de la confrontación no impedirá, si ésta resulta conforme que se despache la ejecución, sin perjuicio de la posterior oposición a la ejecución que pueda formular el deudor alegando falsedad en el título.
7. Los certificados no caducados expedidos por las entidades encargadas de los registros contables respecto de los valores representados mediante anotaciones en cuenta a los que se refiere la Ley del Mercado de Valores, siempre que se acompañe copia de la escritura pública de representación de los valores o, en su caso, de la emisión, cuando tal escritura sea necesaria, conforme a la legislación vigente.
- Instada y despachada la ejecución, no caducarán los certificados a que se refiere el párrafo anterior.
8. El auto que establezca la cantidad máxima reclamable en concepto de indemnización, dictado en casos de rebeldía del acusado o de sentencia absolutoria o sobreseimiento en procesos penales incoados por hechos cubiertos por el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor.
 9. Las demás resoluciones judiciales y documentos que, por disposición de esta u otra ley, lleven aparejada ejecución.

291 A diferencia de la Ley anterior, no se recogen las letras de cambio, pagarés o cheques, que dan lugar a proceso especial que es el juicio cambiario y que se regula en el Capítulo II del Título III del Libro IV, arts. 819 a 827, que, en caso de oposición del deudor, terminará por sentencia que dará lugar a la ejecución y si no hubiere tal oposición se despacha ejecución de conformidad con lo establecido en la Ley para la de las sentencias y resoluciones judiciales y arbitrales.

Según la exposición de motivos, «*el juicio cambiario... es... el cauce procesal que merecen los créditos documentados en letras de cambio, cheques y pagarés. Se trata de una protección jurisdiccional singular, instrumental de lo dispuesto en la Ley especial sobre esos instrumentos de tráfico jurídico. La eficaz protección del crédito cambiario queda asegurada por el inmediato embargo preventivo que se convierte automáticamente en ejecutivo si el deudor no formula oposición o si ésta es desestimada. Fuera de los casos de estimación de la oposición, el embargo preventivo sólo puede alzarse ante la alegación fundada de falsedad de la firma o de falta absoluta de representación, configurándose así, en esta Ley, un sistema de tutela jurisdiccional del crédito cambiario de eficacia estrictamente equivalente al de la legislación derogada.*»

201 Igualmente en el Capítulo I del Título III del Libro IV se regula el proceso monitorio que tiene por objeto la reclamación del pago de una deuda dineraria, vencida y exigible de cantidad determinada que no exceda de cinco millones de pesetas cuando la deuda se acredite bien mediante documentos firmados por el deudor o con su impronta o marca o con cualquier otra señal, física o electrónica, proveniente del deudor; bien mediante facturas, albaranes de entrega, certificaciones, telegramas, telefax o cualesquiera otros documentos que, aun unilateralmente creados por el acreedor, sean de los que habitualmente documentan los créditos y deudas en relaciones de la clase que aparezca existente entre acreedor y deudor.

Hecha esta aclaración, debemos continuar con el estudio de la ejecución dineraria y sus disposiciones generales destinadas fundamentalmente a determinar la cantidad líquida exigible que es toda cantidad de dinero determinada que se exprese en el título con letras, cifras o guarismos comprensibles y estableciendo unas reglas especiales para la determinación de la cantidad líquida en el saldo de operaciones, en el caso de intereses variables.

Según el art. 575 «*la ejecución se despachará por la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva en concepto de principal e intereses ordinarios y moratorios vencidos incrementada por la que se prevea*

para hacer frente a los intereses que, en su caso, puedan devengarse durante la ejecución y a las costas de ésta. La cantidad prevista para estos dos conceptos, que se fijará provisionalmente, no podrá superar el 30% de la que se reclame en la demanda ejecutiva, sin perjuicio de la posterior liquidación.»

En el caso de que la ejecución dineraria se dirija contra bienes hipotecados o pignorados será de aplicación lo previsto en el Capítulo V, al que después se hará referencia.

Capítulo II: Del requerimiento de pago:

El Capítulo II se refiere al requerimiento de pago y distingue entre aquellos títulos en que no es necesario el requerimiento de pago (resoluciones judiciales o arbitrales o que aprueben transacciones o convenios alcanzados **dentro del proceso** o cuando a la demanda ejecutiva se le acompañe acta notarial que acredite haberse requerido de pago al ejecutado con al menos diez días de antelación) y aquellos casos en que sí es preciso dicho requerimiento que deberá practicarse en el domicilio que figura en el título ejecutivo o **a petición del ejecutante, en cualquier lugar en el que, incluso de forma accidental, el ejecutado pudiera ser hallado.**

Además, si el ejecutado no se encontrase en el domicilio que figura en el título ejecutivo, **el embargo podrá practicarse cuando el ejecutante lo solicite**, sin perjuicio de intentar, de nuevo el requerimiento.

Medidas éstas que son acordes con el propósito de la nueva Ley, el aumentar las posibilidades de éxito en la satisfacción real de los derechos e intereses legítimos y que se incardinan, como señala la Exposición de Motivos, en un conjunto de normas que, ..., **protegen mucho más enérgicamente que hasta ahora al acreedor cuyo derecho presente suficiente constancia jurídica.**

Capítulo III: Del embargo de bienes:

En lo que se refiere al embargo de los bienes, su regulación se establece en el Capítulo III dividido en siete secciones:

De la traba de los bienes, del embargo de bienes de tercero y de la Tercería de dominio, de los bienes inembargables, de la prioridad del

embargante y de la Tercería de mejor derecho, de la garantía de la traba de bienes muebles y derechos, de la garantía del embargo de bienes inmuebles y otros bienes susceptibles de inscripción y de la Administración Judicial.

El término embargo designa el conjunto de actividades cuya principal finalidad es afectar bienes concretos del ejecutado a una concreta ejecución frente a él despachada.

— *De la traba de los bienes:*

El art. 584 establece, en primer lugar, una regla general que constituye una limitación: «No se embargarán bienes cuyo previsible valor exceda de la cantidad por la que haya despachado ejecución, salvo que en el patrimonio del ejecutado sólo existieren bienes de valor superior a esos conceptos y la afección de dichos bienes resultare necesaria a los fines de la ejecución.»

La única forma que tiene el deudor de evitar el embargo de sus bienes es la consignación de la cantidad por la que se hubiese despachado la ejecución.

Según Miguel Ángel Fernández en Derecho Procesal Civil III, la primera dificultad que se encuentra el Tribunal para realizar un embargo es la determinación de la extensión del patrimonio del ejecutado. La ley no permite, en general, embargar de modo indiscriminado, existiendo algunos bienes que son inembargables, como seguidamente veremos. Por ello, resulta imprescindible, según el citado autor, que se conozca antes, en toda su extensión y con todo detalle, el patrimonio del deudor.

Como quien mejor conoce el alcance de su patrimonio es el propio ejecutado, lo lógico es establecer un deber de colaboración del deudor en la determinación de su patrimonio.

Por esto, la anterior Ley era objeto de críticas. Así, frente a ciertos ordenamientos en los que el acreedor podía exigir del deudor que presentase, bajo juramento y con amenaza de sanciones penales, una lista completa de su patrimonio, si no se hubiesen encontrado bienes suficientes para el embargo (juramento de manifestación —*Offenbarungseid*—, sustituido después por el llamado *eidesstattliche Versicherung*, que no incluía tal juramento), el nuestro, quizá por un respeto erróneamente entendido a la persona del ejecutado, no contaba con un expediente parecido. Tampoco la jurisprudencia ayudaba mucho, en cuanto que solía entender que el ejecutado no tenía obli-

gación de designar sus bienes y que cualquier actitud pasiva no podía entenderse como desobediencia al Juez o resistencia a la comisión del juzgado encargada de embargar.

En consecuencia, la búsqueda de bienes que integraban el patrimonio del ejecutado debía hacerla el Juez y en la práctica correspondía al acreedor, no porque tuviese obligación de hacerlo, sino porque, si el no lo hacía, nadie lo hacía en su lugar, aunque el resultado fuese la ineficacia del proceso de ejecución (Carreras).

Como novedad que se destaca en la Ley 1/2000 es la **obligación del ejecutado de formular manifestación de sus bienes**, con sus gravámenes (art. 589). Así, el tribunal, de oficio, le requerirá en el auto en que se despache ejecución para que cumpla esta obligación, salvo que el ejecutante, en la demanda ejecutiva, hubiera señalado bienes embargables del ejecutado, que el mismo ejecutante reputa bastantes. Para dotar de eficacia práctica a esta obligación del ejecutado se prevé, aparte del apercibimiento al deudor de las responsabilidades en que puede incurrir, la posibilidad de que le impongan **multas coercitivas periódicas**, hasta que responda debidamente al requerimiento. Esta previsión —dice la Exposición de motivos de la Ley 1/2000— remedia uno de los principales defectos de la Ley de 1881, que se mostraba en exceso complaciente con el deudor, arrojando sobre el ejecutante y sobre el Juez la carga de averiguar los bienes del patrimonio del ejecutado, sin imponer a éste ningún deber de colaboración.

Además, la Ley prevé que a instancia del ejecutante que en absoluto haya podido señalar bienes o que no los haya encontrado en número y con cualidades tales que resulten suficientes para el buen fin de la ejecución, el tribunal requiera de entidades públicas y de personas jurídicas y físicas datos pertinentes sobre bienes y derechos susceptibles de ser utilizados para que el ejecutado afronte su responsabilidad.

Estas medidas de investigación no se establecen en la Ley como subsidiarias de la manifestación de bienes, sino que, cuando se trate de ejecución forzosa que no precisa requerimiento de pago, pueden acordarse en el auto que despache ejecución y llevarse a efecto de inmediato, lo que se hará, asimismo, sin oír al ejecutado ni esperar que sea efectiva la notificación del auto de despacho de la ejecución, cuando existan motivos para pensar que, en caso de demora, podría frustrarse el éxito de la ejecución.

Respecto al orden en los embargos, el art. 592 prevé, en primer lugar, una regla de carácter general consistente en que salvo pacto en

contrario del acreedor y deudor, el tribunal embargará los bienes del ejecutado procurando tener en cuenta la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de ésta para el ejecutado. Si por las circunstancias de la ejecución resultare imposible o muy difícil la aplicación de dichos criterios, se precisa un orden, semejante al establecido en el antiguo art. 1447 L.E.C. si bien, en primer lugar es embargable el dinero o cuentas corrientes de cualquier clase y, en segundo lugar, junto con los valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial figuran también los créditos y derechos realizables en el acto o a corto plazo, en tercer lugar aparecen las joyas y los objetos de arte y, en cuarto lugar, como novedad, las rentas en dinero, cualquiera que sea su origen y la razón de su devengo. Después serán embargables los intereses, rentas y frutos de toda especie. En sexto lugar, los bienes muebles o semovientes, acciones, títulos o valores no admitidos a cotización oficial y participaciones sociales. Después, los bienes inmuebles. Luego, los sueldos, salarios, pensiones e ingresos procedentes de actividades profesionales y mercantiles autónomas. Y por último, los créditos, derechos y valores realizables a medio y largo plazo.

Se prevé la posibilidad del embargo de empresas cuando resulte preferible al embargo de sus distintos elementos patrimoniales.

Por tanto, a diferencia de la Ley anterior en la que el tribunal tenía que observar el orden previsto en el art. 1447 L.E.C., la nueva Ley permite prescindir del mismo procurando la mayor facilidad de enajenación de los bienes y la menor onerosidad de ésta para el ejecutado.

— *Del embargo de bienes de terceros y de la Tercería de dominio:*

La sección 2ª se refiere al embargo de bienes de terceros y de la Tercería de dominio, previéndose ésta como un incidente de la ejecución, encaminado directa y exclusivamente a decidir si procede la desafección o el mantenimiento del embargo.

A diferencia de la ley anterior, se regulan de forma separada la tercería de dominio y la de mejor derecho, en cuanto que cumplen finalidades diferentes y no se justificaba un tratamiento procesal unitario. La tercería de dominio sirve para impugnar el embargo trabado en bienes que no pertenecen al deudor y conseguir el levantamiento del mismo; la de mejor derecho es el cauce ordinario -y único- por el que los acreedores que ostenten un crédito preferente al del ejecutado pueden hacer valer su privilegio.

— *De los bienes inembargables:*

La Sección 3ª se refiere a los bienes inembargables distinguiendo los bienes absolutamente inembargables:

1. *Los bienes que hayan sido declarados inalienables.*
2. *Los derechos accesorios, que no sean alienables con independencia del principal.*
3. *Los bienes que carezcan, por sí solos, de contenido patrimonial.*
4. *Los bienes expresamente declarados inembargables por alguna disposición legal.*

El art. 606 se refiere a los bienes inembargables del ejecutado actualizando la terminología empleada por la ley anterior -mobiliario y menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo..., los libros o instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado. Además, como novedad se declaran inembargables junto con los bienes sacros, los dedicados al culto de religiones legalmente registradas, así como las cantidades declaradas inembargables por la ley y los bienes y cantidades declarados inembargables por Tratados ratificados por España.

Se prevé la figura del reembolso, el embargo de sobrante y la mejora, reducción y modificación del embargo.

A diferencia de la Ley anterior, se regula expresamente el reembolso. Antes se permitía la posibilidad de esta figura que no estaba expresamente regulada en la L.E.C., apareciendo regulado, únicamente, el reembolso de bienes inmuebles en la Ley Hipotecaria.

El reembolso consiste en que bienes ya embargados son objeto de una traba posterior. El reembolso sólo se produce cuando en una segunda ejecución se traba, mediante nueva declaración de voluntad, bienes que ya fueron embargados. Es un embargo, pleno y perfecto, pero sometido a la condición resolutoria de que el bien no se enajene en la primera ejecución, o sea adjudicado al acreedor ejecutante.

El embargo de sobrante supone pedir el embargo de lo que sobrare en la realización forzosa de bienes celebrada, en otra ejecución ya despatchada. Se trata, según Miguel Ángel Fernández del embargo de una expectativa o de un bien futuro —la cantidad que sobre— que no se sabe si algún día se materializará, y que no concede al que lo solicita derecho alguno: si el primer embargo es, por cualquier causa, sobreseído, y no llega a realizarse la venta, los bienes quedan libres de toda traba.

Por último, prevé la Ley la mejora, reducción y modificación del embargo. La mejora o modificación será acordada no sólo en los casos de admisión y estimación de una tercería de dominio, sino también cuando un cambio de las circunstancias permita dudar de la suficiencia de los bienes embargados en relación con la exacción de la responsabilidad del ejecutado.

— *Prioridad del embargante y de la tercería de mejor derecho:*

La Sección 4ª regula la prioridad del embargante y la tercería de mejor derecho.

Así, si el embargo concede al acreedor ejecutante el derecho a percibir el producto de lo que se obtenga de la realización de los bienes embargados a fin de satisfacer el importe de la deuda que conste en el título, los intereses que procedan y las costas de la ejecución, quien afirme que le corresponde un derecho a que su crédito sea satisfecho con preferencia al del acreedor ejecutante podrá interponer tercería de mejor derecho, a la que habrá de acompañarse un principio de prueba del crédito que se afirma preferente.

La regulación de la Tercería de Mejor Derecho presenta como innovación la posibilidad del allanamiento del ejecutante o de su desistimiento de la ejecución así como la participación del tercerista en los costes económicos de una ejecución forzosa no promovida por él.

— *Garantías del embargo:*

Las secciones 5ª y 6ª se refieren, respectivamente, a las garantías del embargo de bienes muebles y derechos (dinero, cuentas corrientes y sueldos, intereses, rentas y frutos, valores e instrumentos financieros, bienes muebles) y de bienes inmuebles o de otros bienes susceptibles de inscripción.

— *De la administración judicial:*

Por último, el art. 630, dentro de la Sección 7ª, prevé la administración judicial cuando se embargue una empresa o grupo de empresas o cuando se embargaren acciones o participaciones que representen la mayoría del capital social, del patrimonio común o de los bienes o derechos pertenecientes a las empresas o adscritos a su explotación. También puede constituirse en el supuesto de embargo de frutos y rentas.

Capítulo IV: Del procedimiento de apremio:

Terminadas las actuaciones que integran el embargo se procede a la realización de los bienes, llamada Procedimiento de Apremio, regulada en la anterior Ley en los artículos 1481 a 1531 y que la nueva Ley regula en el Capítulo IV del Título IV, artículos 634 a 680.

La Ley 1/2000, además de colmar numerosas lagunas, establece **una única subasta**, con disposiciones encaminadas a lograr un resultado más satisfactorio para el acreedor ejecutante, procurando, además, reducir el coste económico.

En la regulación del Procedimiento de Apremio hay que distinguir partiendo de la naturaleza de los bienes embargados, de forma que si se trata de dinero efectivo, saldos de cuentas corrientes y de otras de inmediata disposición, divisas convertibles o cualquier otro bien cuyo valor nominal coincida con su valor de mercado o que, inferior, sea aceptado por el ejecutante, el Tribunal procederá a la entrega de dichos bienes embargados al acreedor ejecutante.

Si se trata de acciones, obligaciones u otros valores admitidos a cotización en un mercado secundario oficial, se enajenarán con arreglo a las leyes que rigen dichos mercados.

Todos los demás bienes se enajenarán de acuerdo con lo convenido por las partes e interesados y con aprobación del Tribunal y, en defecto de convenio, por persona o entidad especializada, de acuerdo con lo previsto en la Ley, o por subasta judicial.

Con carácter previo a la enajenación y, salvo que se trate de los bienes a que se refieren los artículos 634 y 635 L.E.C., a los que se ha hecho antes referencia y que permiten su entrega directa al ejecutante o su venta en mercados oficiales o de acuerdo con las normas que rigen la enajenación de acciones o participaciones sociales (dinero, saldo de cuentas corrientes, acciones, obligaciones y demás valores admitidos o no a cotización en un mercado secundario oficial) es preciso determinar el valor de los bienes embargados, a no ser que el ejecutante y el ejecutado se hubiesen puesto de acuerdo sobre su valor, antes o durante la ejecución.

La Ley distingue entre la subasta de bienes muebles y la de bienes inmuebles regulando las singularidades legislativas que esta última merece, con especial cuidado sobre los aspectos registrales y la protección de terceros.

— *Subasta de bienes muebles:*

Por lo que se refiere a la subasta de bienes muebles una vez justipreciados los bienes se fija fecha para la celebración de la subasta, como se ha dicho única, con expresión de la hora y lugar en que haya de celebrarse dándose publicidad por medio de edictos y, a instancia del ejecutante o del ejecutado y si el Tribunal lo estima pertinente, mediante la utilización de los medios públicos y privados que sean más adecuados a la naturaleza y valor de los bienes que se pretenden realizar.

Regulados los requisitos para pujar y el desarrollo y terminación de la subasta, particular atención merece la aprobación del remate, el pago y la adjudicación de los bienes (art. 650), según el cual, *cuando la mejor postura sea igual o superior al 50% del avalúo, el Tribunal... aprobará el remate a favor del mejor postor.*

Cuando la mejor postura ofrecida en la subasta sea inferior al 50% del precio del avalúo, podrá el ejecutado, en el plazo de 10 días, presentar tercero que mejore la postura ofreciendo cantidad superior al 50% del valor de tasación o que, aún inferior a dicho importe, resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del crédito del ejecutante.

Si transcurriese dicho plazo y el deudor no hubiese presentado tercero, el ejecutante puede pedir que se le adjudiquen los bienes por la mitad de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior a la mejor postura.

Cuando el ejecutante no haga uso de esta facultad, se aprobará el remate en favor del mejor postor, siempre que la cantidad que haya ofrecido supere el 30% del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas.

Si la mejor postura no cumpliera estos requisitos, el tribunal, oídas las partes, resolverá sobre la aprobación del remate a la vista de las circunstancias del caso. Si el Tribunal no aprobara el remate o en el acto de la subasta no hubiere mejor ningún postor el acreedor podrá pedir la adjudicación de los bienes por el 30% del valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. Si no hace uso de esta facultad, se procederá al alzamiento del embargo, a instancia del ejecutado.

— *Subasta de bienes inmuebles:*

Por lo que se refiere a la subasta de bienes inmuebles, le son aplicables las normas prevista para la de bienes muebles si bien con ciertas especialidades sobre los aspectos registrales y la protección de terceros.

En relación con la subsistencia y cancelación de las cargas se ha optado por mantener el sistema de subsistencia de cargas anteriores al gravamen que se ejecuta y cancelación de las cargas posteriores. Así, el principio de prioridad juega a favor del ejecutante, y le permite cobrar íntegramente su crédito con preferencia a los acreedores —comunes— que hayan inscrito su derecho con posterioridad. Este sistema se complementa deduciendo del avalúo el importe de las cargas subsistentes para determinar el valor por el que los inmuebles han de salir a subasta. Así, se asegura que las cantidades que se ofrezcan en la subasta, por pequeñas que sean, van a redundar siempre en beneficio de la ejecución pendiente, lo que no se conseguía siempre con la tradicional liquidación de cargas.

Como novedad importante en la regulación de la enajenación forzosa de bienes inmuebles se establece el régimen de audiencia y eventual desalojo de los ocupantes de los inmuebles enajenados en un proceso de ejecución. La Ley de 1881 no hacía previsión alguna a este respecto, obligando a los postores a realizar averiguaciones por su cuenta o a formular sus ofertas en condiciones de absoluta incertidumbre sobre si encontrarían ocupantes o sobre si los eventuales ocupantes tendrían derecho o no a mantener su situación y, sobre si, aun teniendo los ocupantes derecho a conservar la posesión de la finca, sería necesario o no acudir a un lugar y costoso proceso declarativo para lograr el desalojo.

Así, la nueva L.E.C. prevé que en el proceso de ejecución se pueda tener noticia de la existencia de ocupantes en el inmueble. De manera que, en la relación de bienes que ha de presentar el ejecutado, a la que antes se ha hecho referencia, éste indique si los bienes inmuebles están ocupados y, en caso afirmativo, la identidad y el título de los ocupantes. Por otro lado, se prevé que, caso de existir ocupantes, se comunique a éstos la existencia del procedimiento de ejecución para que, en el plazo de 10 días, presenten al Tribunal los títulos que justifiquen su situación.

Aquellos ocupantes de mero hecho o sin título suficiente podrán ser desalojados inmediatamente en un breve incidente tramitado den-

tro de la ejecución. En otro caso, si presentan título debidamente justificado, sólo podrán ser desalojados en el proceso declarativo que corresponda.

Como especialidades de la subasta de bienes inmuebles, se prevé que se adjudicará el inmueble al mejor postor, siempre que su postura fuera igual o superior al 70% del valor por el que el bien hubiere salido a subasta. Si ninguna postura hubiese alcanzado dicha cantidad y el ejecutado no hubiese presentado tercero que mejore la postura ni el ejecutante hubiese pedido la adjudicación del inmueble por el 70% del valor de tasación o por la cantidad que se deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior a la mejor postura. Si el ejecutante tampoco hace uso de esta facultad, se aprobará el remate en favor del mejor postor, siempre que la cantidad que haya ofrecido sea superior al 50% del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos la cantidad por la que se haya despachado la ejecución incluyendo la previsión para intereses y costas.

Cuando el tribunal no apruebe el remate o en el supuesto de que en la subasta no haya ningún postor, el acreedor podrá pedir la adjudicación de los bienes por el 50% de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos y si no hiciere uso de esta facultad, se procederá al alzamiento del embargo, a instancia del ejecutado

— *De la Administración para pago:*

Por último, se regula la Administración para pago, que adquiere autonomía respecto de la realización mediante enajenación forzosa, estableciendo el art. 676 que, *en cualquier momento, podrá el ejecutante pedir al tribunal que se le entreguen en administración todos o parte de los bienes embargados para aplicar sus rendimientos al pago del principal, intereses y costas de la ejecución.* Finaliza la administración cuando el ejecutante se haya hecho pago de su crédito, intereses y costas con el producto de los bienes administrados o cuando el ejecutado pague el resto de su deuda. Si el ejecutante no lograre la satisfacción de su derecho mediante la administración, podrá pedir al tribunal que se ponga término a ésta y que, previa rendición de cuentas, se proceda a la realización forzosa por otros medios.

Capítulo V: Particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados

El capítulo V del libro IV se refiere a las particularidades que en la ejecución presentan los bienes hipotecados o pignorados, debiendo destacarse de la nueva regulación que se mantiene, en lo sustancial, el régimen anterior de la ejecución hipotecaria, caracterizado por la limitación de las causas de oposición del deudor a la ejecución y de los supuestos de suspensión de ésta.

Se regula en la L.E.C., de forma unitaria, las ejecuciones de créditos con garantía real, en este sentido, se modifican, entre otros, los arts. 129 a 135 de la Ley Hipotecaria, el primero de los cuales dispone que *la acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su capítulo V. Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al art. 1858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario.* Quedando modificado el art. 131 L.H. que establecía la regulación del procedimiento judicial sumario.

Dentro de las causas de suspensión de la ejecución se distinguen aquellas causas de oposición a la ejecución (extinción de la garantía o de la obligación garantizada; error en la determinación de la cantidad exigible; o la sujeción de bienes muebles hipotecados o sobre los que se haya constituido prenda sin desplazamiento, la sujeción de dichos bienes a otra prenda, hipoteca mobiliaria o inmobiliaria o embargo inscritos con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento), las tercerías de dominio (art. 696 L.E.C.) y los supuestos de prejudicialidad penal (art. 697 L.E.C.), cuando exista una causa criminal sobre cualquier hecho de apariencia delictiva que determine la falsedad del título o la invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución.

Cualquier otra reclamación se ventilará en el juicio que corresponda sin producir la suspensión de la ejecución.

III. CONCLUSIÓN

Estas son, fundamentalmente, las novedades que, en orden a la ejecución dineraria, establece la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y en las que se pretende lograr una mayor eficacia de la Justicia civil tratando de llevar a efecto el principio de tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución que, en el orden civil, supone obtener no sólo una sentencia, sino la ejecución de la misma de forma rápida y menos gravosa para quien necesita promoverla y con más posibilidades de éxito en la satisfacción real de los derechos e intereses legítimos.

En esta nueva Ley es elogiable la sistematización de la regulación de la ejecución dentro del Libro III, en el que se regulan todos los aspectos de la ejecución de las sentencias y demás títulos que tienen aparejada fuerza ejecutiva.

Regulándose, separadamente, la tercería de dominio y la tercería de mejor derecho, aparece recogida, expresamente, la figura del reembargo, el embargo de sobrante y la mejora, reducción o modificación del embargo. Supone por tanto una regulación más ordenada y completa de los procesos de ejecución y, en concreto, de la ejecución dineraria.

La regulación, como procesos especiales, del proceso monitorio y el juicio cambiario, cuyas sentencias serán ejecutables, como cualesquiera otras dictadas en otros procesos, de conformidad con lo dispuesto en el libro III.

El deber de colaboración que tiene el deudor ejecutado en la manifestación de los bienes, para proceder al embargo de los mismos, supone una novedad interesante, no recayendo, únicamente en el ejecutado la investigación del patrimonio del deudor.

Simplificación de los trámites del procedimiento de apremio, tratando de reducir costes económicos y mayor rapidez. Para ello se establece una única subasta y no tres, como disponía la anterior Ley, con los consiguientes gastos y dilaciones en el tiempo.

Además, en la subasta de bienes inmuebles, se informa a los postores de los posibles ocupantes del inmueble y de sus títulos, pudiendo solicitarse en el mismo proceso de ejecución que sean desalojados aquellos ocupantes sin título suficiente o de mero hecho.

Por último, se regulan las especialidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, debiendo destacarse como novedad especial, la unificación y simplificación de los trámites, establecién-

dose un sólo procedimiento judicial regulado en la L.E.C. y desapareciendo la regulación del procedimiento judicial sumario del art. 131 L.H.

En resumen, aparecen novedades que, en principio, y partiendo de los fallos del sistema anterior, parece que mejoran la efectividad de los procesos de ejecución y que, combinados con unas medidas cautelares precisas que aseguren la no insolvencia del deudor, no se frustre la efectividad de una futura sentencia y pueda ejecutarse ésta de una forma rápida y menos costosa.

La presente comunicación pretende realizar el estudio de ciertos procesos especiales, de los regulados en el libro IV de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero.

En particular me referiré al procedimiento que canalizará la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, como categoría especial incluida dentro del grupo más amplio que se ocupa de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores. Todos ellos se regulan en el título I del referido Libro IV, desarrollando el capítulo I sus reglas comunes.

El estudio de este procedimiento tratará de realizarse desde una perspectiva concreta, cual es la del trabajo diario del Organismo Autónomo «Instituto Madrileño del Menor y la Familia» dependiente de la Consejería de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, como Ente Administrativo especialmente encargado de la defensa de los menores desprotegidos, dentro del territorio autonómico.

La primera de las cuestiones a analizar será la de la Justificación de la ESPECIALIDAD DE LA MATERIA, a los fines de comprender la existencia misma del procedimiento y de unas reglas procesales especiales, señaladamente en el ámbito de una justicia civil nueva caracterizada por la directiva de la racionalidad y de la eficacia y, por tanto, de la normalización procedimental.

La respuesta a este primer interrogante parece clara y sin duda se hace eco de una conclusión que tanto la doctrina como la jurisprudencia

Letrada de la Comunidad de Madrid.
La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil pretende simplificar los nuevos procedimientos aplicables en las materias que le son propias. A estos fines sólo previene, en primer lugar, un juicio ordinario y un único trámite (arts. 235 a 237, 395 a 407). Los procesos especiales se regulan en el libro IV.

PROCESO ESPECIAL SOBRE IMPUGNACIÓN DE RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES

POR

CARMEN CABANAS POVEDA¹

La presente comunicación pretende realizar el estudio de ciertos procesos especiales, de los regulados en el libro IV de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero.

En particular me referiré al procedimiento que canalizará la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, como categoría especial incluida dentro del grupo más amplio que se ocupa de los **procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores**. Todos ellos se regulan en el título I del referido Libro IV, desarrollando el capítulo I sus reglas comunes.

El estudio de este procedimiento tratará de realizarse desde una perspectiva concreta, cual es la del trabajo diario del Organismo Autónomo «Instituto Madrileño del Menor y la Familia», dependiente de la Consejería de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, como Ente Administrativo especialmente encargado de la defensa de los menores desprotegidos, dentro del territorio autonómico.

La primera de las cuestiones a analizar será la de la **Justificación de la ESPECIALIDAD DE LA MATERIA**, a los fines de comprender la existencia misma del procedimiento y de unas reglas procesales especiales, señaladamente en el ámbito de una justicia civil nueva caracterizada por la directiva de la racionalidad y de la eficacia y, por tanto, de la normalización² procedimental.

La respuesta a este primer interrogante parece clara y sin duda se hace eco de una conclusión que tanto la doctrina como la jurisprudencia

¹ Letrada de la Comunidad de Madrid.

² La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil pretende simplificar los cauces procedimentales aplicables en las materias que le son propias. A estos fines sólo proviene, en general, un «juicio ordinario» y un «juicio verbal» (arts. 248 a 250, 399 a 447). Los procesos especiales se regulan en el libro IV.

dencia tenían establecida desde tiempo atrás. Me estoy refiriendo a la particular naturaleza del **Derecho de Familia**, tanto en lo material como en lo procesal.

Así pues, en los procesos vinculados a la parcela últimamente referida, así como en los relativos al **Estado Civil**, o con influencia directas sobre el mismo, **el interés público prevalece y determina** que, como principio orientativo de todas **sus peculiaridades**, se deba excepcionar la regla según la cual los procedimientos civiles sólo se tramitan a instancia del titular del derecho o interés afectado y, por tanto, si éste tiene a bien instar su protección, y aquel otros según el cual, en estos procesos, solo se adoptarán las medidas protectoras y actuaciones que, dentro de las legalmente previstas, se soliciten por los interesados. Nos referimos a los **principios dispositivo y de justicia reglada** que quiebran parcialmente ofreciendo ciertas concesiones al principio de oficialidad.

Según todo lo dicho, llegamos a una primera conclusión **estamos ante un sector particular del Derecho privado que, sin dejar de ser tal porque «enfrenta» a particulares, aparece a medio camino entre el Derecho privado y el público, ya que, como en este último, se afecta al interés general. Tal circunstancia obliga a restringir la disponibilidad de su objeto, nota esta última que caracteriza al Derecho privado «sui generis».**

Sentado ya el principio general inspirador de las reglas que se estudian, veamos cuales son las **PECULIARIDADES RITUARIAS del proceso que ventila**, desde la entrada en vigor la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil³, **la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.**

El referido procedimiento se estudia especialmente en los artículos 779 y 780 de la nueva Ley 1/2000 (Capítulo V, Título I, Libro IV).

El **primero sobre COMPETENCIA, la atribuye al Juzgado de primera instancia del domicilio de la entidad protectora.**

El **segundo sobre PROCEDIMIENTO**, establece unas pautas generales que, por vía de la técnica jurídica de la remisión, determinan plenamente el procedimiento a seguir: así pues, se señala:

³ Según establece la Disposición Final primera de la Ley 1/2000, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, entrará en vigor al año de su publicación en el BOE, por tanto al 8 de enero de 2001. Se establecen excepciones, a al espera de la normativa especial que sustituirá a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 —vigente hasta entonces— en materia de Jurisdicción voluntaria, Procesos Concursales y Cooperación Internacional en vía Civil (D. Derogativa Única).

— **No será precisa la Reclamación previa** en vía Administrativa, para este tipo de procesos.

— La **tramitación concreta** de la oposición en vía civil, a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, se ajustará a las siguientes pautas:

- INICIACIÓN mediante un escrito en el que, sucintamente, se expresará la pretensión y la resolución a la que se opone el actor.
- Seguidamente, el tribunal RECLAMARÁ a la Entidad Administrativa autora de la resolución, TESTIMONIO COMPLETO DEL EXPEDIENTE, que deberá ser aportado en plazo de veinte días.
- La DEMANDA SE TRAMITARÁ con arreglo al art. 753 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Referidas tales reglas, se pueden realizar los siguientes comentarios:

— En materia de COMPETENCIA OBJETIVA no se ha establecido ninguna especialidad, correspondiendo el conocimiento en primera instancia de los procesos civiles a los Juzgados del mismo nombre (art. 779 y 45 de la L.E.C.); por cuanto hace a la COMPETENCIA TERRITORIAL, las reglas generales decaen ante una particular que hace prevalecer el dato del verdadero objeto de este tipo procesal: impugnación de una decisión administrativa en la materia. Este carácter se prioriza sobre la posible incidencia del proceso en el Estado Civil de un menor, o sobre su situación de protección concreta. Así pues, resulta desplazada la regla aplicable en otro caso, a saber, la del domicilio del menor⁴, por la del domicilio de la Administración actuante.

— Por cuanto se refiere a las REGLAS de PROCEDIMIENTO, destaca la configuración de un procedimiento civil especialmente cercano al contencioso-administrativo, con el que tiene

⁴ El art. 52.5 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se señala que en los juicios en que se ejerciten acciones relativas a la asistencia o representación de incapaces, incapacitados o declarados prodigios, será competente el tribunal donde estos residan; por contra el art. 51 establece un fuero general de las personas jurídicas, que serán demandadas en el lugar de su domicilio.

de común, la pretensión de modificación de un acto administrativo que resulta de un expediente previo que habrá de conocerse para formular demanda. De este modo, como en el procedimiento contencioso administrativo, se da comienzo al proceso con un **escrito de interposición** breve, con indicación del acto impugnado y de la pretensión, delimitando sólo el objeto del proceso, pero sin formalizar «ab initio» la demanda.

También, como en la vía contenciosa, se reclama posteriormente el expediente que deberá ser remitido en plazo de 20 días y, posteriormente y a la vista del mismo, se deducirá la demanda.

Deben, en esta primera fase, observarse las similitudes procedimentales entre este régimen y el previsto para el recurso contencioso-administrativo en los artículos 45 y 48, 21 y 31 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

No obstante, a partir de la presentación de la demanda, el procedimiento se «civiliza», en el sentido de adecuarse a los trámites habituales en los procesos de naturaleza civil, ordenando su tramitación subsiguiente por el cauce que se establece en el art. 753, dentro de las reglas generales de aplicación al grupo de procesos especiales entre el que se incluye el que nos ocupa.

El referido cauce procedimental se basará en las reglas del Juicio Verbal (arts. 437 a 447, Ley 1/2000) pero se concederá plazo de 20 días para contestar la demanda, como se previene para el «JUICIO ORDINARIO».

Además se concede un amplio margen al principio de oficialidad —lo que de nuevo separa estos procesos, de los civiles «strictu sensu»— al encargar al Juzgador que de traslado de la demanda al Ministerio Fiscal cuando proceda⁵, y al resto de los que deban ser parte en el proceso, hayan sido o no demandados, lo que obligará la juzgador a analizar de oficio la cuestión teórica de todos los posibles afectados en sus derechos o interés legítimos, de cara a su personación como demandados.

⁵ El referido traslado al Ministerio Fiscal procederá siempre, en estos casos, dado que uno de los interesados en el proceso es un menor, y según el art. 749 de la L.E.C., así debe hacerse en estos casos.

Las someras reglas rituarías contenidas en los artículos 779 y 780 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, deben completarse con las generales aplicables a todos los procesos especiales del Título I del libro IV, esto es, con las de los artículos 748 al 755 que configuran su capítulo I sobre generalidades, en cuanto sean aplicables.

Entre tales normas, además de la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal (art. 749.21), siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapaz o esté en situación de ausencia legal, y las normas sobre PROCEDIMIENTO del art. 753, a las que ya se ha hecho anterior referencia; destacamos:

- La necesidad, en materia de asistencia letrada y postulación de que las partes actúen debidamente representadas y defendidas por abogado y procurador (art. 750.1), pese a que al cuerpo procedimental básico de estos procedimientos —ex. 753 en relación con el 780— sea el del juicio verbal⁶.
- Se **limita la disponibilidad del objeto** del litigio prohibiendo taxativamente la renuncia, el allanamiento y la transacción, salvo en materias disponibles según la legislación civil aplicable y, requiriendo la conformidad del Ministerio Fiscal para admitir el desistimiento, salvo contadas excepciones (art. 751).
- En materia PROBATORIA (art. 752) se establece un principio de gran liberalidad en la forma con la finalidad de que los hechos de que se parta para aplicar las normas que resuelvan el litigio, resulten debidamente acreditados en el curso del proceso, ya sea a instancia de parte, a petición del Ministerio Fiscal, o de oficio.

Además, y en el mismo sentido antiformalista, se excepcionan las reglas sobre valoración tasada de los medios de prueba que en otro caso se aplicarían.

Por lo demás, y por el mismo motivo, la conformidad de las partes no vincula al tribunal ni deja sentados ciertos datos, a efectos probatorios.

- En cuanto a la PUBLICIDAD de la actuación judicial, la peculiaridad de la materia justifica que se habilite al juzgador para

⁶ De conformidad con los arts. 23 y 31 de la L.E.C., la representación y defensa por profesionales —abogados y procurador— no será preceptiva en juicios verbales, de cuantía no superior a 150.000 ptas.

que por providencia se decida, obrando de oficio o a instancia de parte, el que los actos y vistas sean celebrados a puerta cerrada o bien que las demás actuaciones sean reservadas, sin tener que observar las reglas generales del art. 138 L.E.C. Se trata de una regla especial -la del 754 de la L.E.C. que desarrolla la previsión del art. 120.1 de la C.E.

— Finalmente, (art 755) las sentencias y demás resoluciones que recayeran, se comunicarán de oficio a los Registros Civiles, como no podía ser menos tratándose de resoluciones, en muchos casos de naturaleza constitutiva, y siempre relativas al Estado Civil de las personas. Además, aunque esta vez a instancia de parte, también podrán comunicarse a otros registros públicos.

Llegados a este punto conviene hacer retrospectiva y, por tanto, comparar el régimen establecido en la nueva L.E.C. —que se acaba de exponer— con el precedente, básicamente constituido por las referencias de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el texto de la ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

Así las cosas, en materia PROCEDIMENTAL, los párrafos 2º y 3º de la Disposición Adicional 1ª de la precitada L.O. 1/1996, señalaban:

«Se aplicarán las normas de jurisdicción voluntaria, a las actuaciones que se sigan:

(...)

2.ª Contra las Resoluciones que declaran el desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, y la idoneidad de los solicitantes de adopción.

3.ª Para cualesquiera otras reclamaciones frente a resoluciones de las entidades públicas que surjan con motivo del ejercicio de sus funciones en materia de tutela o guarda de menores.

En el indicado procedimiento, los recursos se admitirán, en todo caso, en un solo efecto.

Quedará siempre a salvo el ejercicio de las acciones en la vía judicial ordinaria».

Además la D. Adicional 3ª de la misma L.O. 1/96 también remite al cauce de la jurisdicción voluntaria, para todas las actuaciones judiciales previstas en los títulos IX y X del Libro I del Código Civil, salvo declaraciones de incapacitación y prodigalidad, señalando además ciertas peculiaridades.

1.ª Tanto el Juez como el Ministerio Fiscal actuarán en interés del menor o incapaz proponiendo medidas diligencias y pruebas, supliendo la pasividad de sus representaciones —si ésta se produjera—, y asesorando en general.

2.ª No es precisa la intervención de abogado ni de procurador.

3.ª La oposición de cualquier interesado se ventilará en el mismo procedimiento sin convertirlo en contencioso⁷.

Además, la Disposición Adicional 20ª de la misma norma previene que el Ministerio Fiscal vele porque incoado un procedimiento sobre reclamación frente a resoluciones de las Administraciones Públicas en estas materias, se resuelvan en el mismo expediente todas las cuestiones que afecten al mismo menor, cuyo efecto promoverá ante los órganos judiciales todas las actuaciones precisas.

Por otra parte, y en cuanto a la exclusión de la necesidad de reclamación administrativa previa, para impugnar judicialmente las decisiones de la Comisión de Tutela, el art. 172. del Código Civil, tras la reforma operada por la L.O. 1/96, en su apartado sexto, señala taxativamente que las resoluciones que aprecian el desamparo y declaran la asunción de tutela por ministerio de la Ley serán recurribles ante la jurisdicción civil, y sin necesidad de reclamación administrativa previa.

Visto lo anterior, el único cambio relevante (no así la intervención del Ministerio Fiscal, ni la posible acumulación de solicitudes judiciales) se produce en materia PROCEDIMENTAL al, no sólo admitir⁸ como ocurría anteriormente, la litigiosidad de estos procedimientos, sino reconocer abiertamente tal carácter instaurando un cauce contencioso, con todo lo que ello supone, para su tramitación.

Además de lo referido, hay también que reconocer a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil el mérito de recopilar las peculiaridades de estos procesos⁹.

⁷ De esta forma se exceptuaba la regla general del art. 1817 de la L.E.C. de 1881, que señala: «si a la solicitud promovida se hiciera oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente(...)».

⁸ La Disposición Adicional 3.ª de la L.O. 1/96, al señalar entre sus prevenciones que la existencia de oposición no convertirá en contencioso el procedimiento, reconoce la «litigiosidad» de estos procesos, que por eso son realmente tal.

⁹ Pese a ello podría haberse aprovechado la ocasión para señalar también las peculiaridades de los mismos en materia de Costa Juzgada. Así pues, como es propio de todo el derecho de familia, las resoluciones nunca pueden alcanzar el efecto de cosa juzgada material, pueden alterarse en cualquier momento y estando estos procesos orientados por la directiva de la protección de un colectivo especialmente débil, cuya defensa se considera —además— de interés general; no debe coartarse la posibilidad de modificar las medidas protectoras que se adopten por la Administración, o de reaccionar judicialmente frente a ellas, si así se hiciera.

En suma se hace prevalecer el interés superior y cambiante de menor, sobre la Seguridad Jurídica.

Llegados a este punto, y tras exponer y comentar el nuevo régimen que para este proceso establece la Ley 1/2000, habrá que ponerlo en relación con el trabajo diario del Instituto Madrileño del Menor y la Familia.

Ciertamente el ejercicio de las funciones que a la Comunidad de Madrid corresponden en materia de protección de menores, competen al referido Organismo Autónomo, según establece claramente su Ley de creación (Ley 2/1996, de 24 de junio)¹⁰, que así lo previene en el art. 3 letra c) de la referida norma.

El desarrollo del ejercicio de estas funciones de protección y en particular de las más generales, que además funcionan como premisa para la adopción de otras de menor entidad, se regulan en el Decreto 121/1998 de 23 de diciembre, sobre el procedimiento de constitución y ejercicio de la tutela y guarda del menor.

El señalado Decreto determina cómo hacer efectivas las tareas, relativas a la protección de los menores, que la Ley 21/1987 de 11 de noviembre encomienda a las Comunidades Autónomas, por lo que hace a la Comunidad de Madrid.

La toma de decisiones en la materia y en particular la determinación de las medidas concretas de protección que en cada caso concreto proceda adoptar, corresponde a la Comisión de Tutela del Menor¹¹, como órgano colegiado sin personalidad jurídica de composición interadministrativa y de naturaleza multidisciplinar que, preexistiendo al Organismo Autónomo Instituto Madrileño del Menor y la Familia, asume las funciones decisorias que posteriormente se harán efectivas a través del resto de los recursos personales y materiales adscritos al Instituto, o bien gracias a los recursos que, correspondiendo a otras administraciones, se pongan al servicio de la misma finalidad¹². De ese modo, las decisiones administrativas que podrán impug-

¹⁰ Precedió a este Organismo Autónomo el órgano de Gestión sin personalidad jurídica llamado Instituto de Atención a la Infancia (Decreto 37/1992, de 22 de mayo); y a ambos, la Comisión de Tutela del Menor que, en un primer momento y dependiente de la Dirección General de Bienestar Social, se adscribió a la Consejería de Integración Social.

¹¹ La Composición y Funcionamiento de la Comisión de Tutela del Menor; se regulan en el Decreto 49/1988 de 5 de mayo y en la Orden 820/1992, de 25 de noviembre de la Consejería de Integración Social.

¹² La Disposición Final primera del Decreto 121/1988 señala:
«Los acuerdos de la Comisión de Tutela del Menor serán ejecutados».
1. Por el Instituto Madrileño de Atención a la Infancia (hoy del Menor y la Familia).
2. Por las Corporaciones Locales, en virtud de convenios de colaboración con la Consejería de Integración Social.
3. Por instituciones Privadas, gestoras de Servicios de Atención a menores, concertadas con la Consejería de Integración Social.»

narse por el cauce rituario que se analizó, son las derivadas de la Comisión de Tutela del Menor.

Siendo muy variadas las medidas protectoras y actuaciones concretas ordenadas por la referida Comisión de Tutela del Menor¹³, se hace patente la amplísima casuística a que la impugnación de las mismas puede dar lugar; y de la que por ahora no es posible hacer valoración alguna, dada la —todavía— corta vida de la L.E.C. 1/2000.

SUMARIO: Introducción. I. Breve exposición general de la Ley orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores. II. Participación de las Comunidades Autónomas. A) En la Administración de Justicia. B) En la LORPM. III. La Pericia en el Derecho de Menores. IV. Los Equipos Técnicos. A) En Derecho Comparado. B) En la LORPM. 1. Concepto. 2. Funciones. 3. Organización. 4. Cuestiones problemáticas. V. Conclusiones.

La reciente entrada en vigor de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor (LORPM), aprobada el 12 de enero de 2000, y vigente desde el pasado día 13 de enero, ha incorporado al ordenamiento jurídico un texto normativo que trata de dar una respuesta equilibrada al problema de la Delincuencia Juvenil.

Efectivamente, se ha producido la elección de un modelo de Justicia Penal que trata de combinar los elementos educativo y sancionador, buscando un tratamiento centrado, alejado tanto de posturas defensivas a ultranza como de simples consideraciones protectoristas.

Por eso, se incorpora al Derecho Penal, un colectivo compuesto de personas en formación, con un déficit de integración social y a la búsqueda de su plena madurez, que deben responder de sus actos —delitos o faltas— en un proceso con las mismas garantías que los adultos.

¹³ La Comisión de Tutela del Menor podrá, en el ejercicio de la guarda o tutela Institucional de un menor, acordar en función de sus intereses:

1. Su acogimiento administrativo sin finalidad adoptiva, como forma idónea para su atención y ejercicio de la guarda, en los supuestos del artículo 172 del Código Civil.
2. Proponer su acogimiento judicial a los mismos fines, en los casos del artículo 173.2º del Código Civil.
3. Promover la adopción de los menores tutelados, como forma idónea para la reconstrucción de su vida familiar, previo o no, su oportuno acogimiento.

Todas estas decisiones, que se apoyan en las propuestas que ofrecen al Pleno los vocales comisionados y se sustentan también, en los Registros de Familias Acogedoras y de Familias para la Adopción, podrán —una vez en vigor la Ley 1/2000 impugnarse por el cauce general que ha quedado estudiado anteriormente.

Máxime, cuando amplía su radio de acción, al incluir a los mayores de dieciocho años, menores de veintiuno, al tiempo que remite a aquéllas, la valoración y, en su caso, la adopción de las medidas adecuadas para la protección de los menores de catorce años, que lo requieran.

De otro lado, se constata la implicación de esta cuestión, con una problemática más general que conlleva la adopción y ejecución de políticas sociales sobre familias marginadas, con escasos recursos económicos o educativos, y dificultades de integración en colectivos con problemas añadidos, así el novedoso de la inmigración, que soporta porcentajes de delincuencia juvenil proporcionalmente mucho más elevado que el resto de los menores y jóvenes.

En definitiva, la LORPM pone sobre el tapete, un instrumento legal que va a servir para el tratamiento de este importante asunto, con el que adquiere carta de naturaleza una auténtica subjurisdicción —el derecho penal de menores— integrada por los Juzgados de Menores, de Instrucción, las Audiencias Provinciales, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo.

Sin embargo, en nuestra opinión, su éxito o fracaso, va a depender más que de la bondad o defectos de la Ley, de la dotación de medios humanos y recursos económicos que se le proporcione, así como de la coordinación con la gran ejecutora de las medidas y la mediación por la que apuesta decidida la Ley, y que no es otra que la Comunidad Autónoma.

En la conjunción de esos esfuerzos, van a tener un papel relevante, durante todo el proceso penal de menores, los Equipos Técnicos, órganos esenciales de carácter asesor, de los que nos atrevemos a decir que va a depender la calidad y acierto de la solución de los problemas de la Justicia juvenil. Y es que de poco o nada vale una ley sino cuenta con los instrumentos necesarios, para cumplir sus objetivos.

I. BREVE EXPOSICIÓN GENERAL DE LA LORPM

Cristalización de ese modelo penal-educativo y de orientación resocializadora, para el menor que ha delinquido, es la LORPM que presenta importantes novedades sobre el proceso penal común, y que podemos sintetizar en estos puntos: a) otorga la Instrucción al Ministerio Fiscal; b) propicia la mediación evitando una excesiva implicación acusadora de la víctima; c) sustituye la pena, especialmente la pena de prisión, por medidas orientadas a la reeducación; y

d) se compromete a proporcionar unos medios humanos y recursos técnicos, especializados, a fin de lograr las finalidades de la ley.

Por otro lado, y desde el punto de vista legislativo, la justificación de la promulgación de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, se encuentra —según puede leerse en su Exposición de Motivos— en la necesidad impuesta por la LO 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores, dictada a consecuencia de la STC 36/91, de 14 de febrero, mediante la cual se declaró inconstitucional el art.15 de la antigua Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 11 de junio de 1948; en la moción aprobada por el Congreso de los Diputados el 10 de mayo de 1994 y en el art.19 del CP.

Se trataba por tanto, de dotar de un marco de auténticas garantías, al proceso para exigir responsabilidad a los menores delincuentes; de promulgar una ley fundamentada en principios orientados hacia la reeducación de los menores y que tuviera en cuenta sus circunstancias así como las competencias de las Comunidades Autónomas en la materia; y, finalmente, de dictar la ley a que se refería el art.19 del CP aprobado por LO 10/1995, de 23 de noviembre, en el que se estableció la mayoría de edad penal, y por tanto la aplicación del CP de adultos a los mayores de 18 años, con la posibilidad —excepcional— de la aplicación de la Ley de responsabilidad penal de los menores, a los mayores de dieciocho y menores de veintiún años².

La nueva norma, cuyo primer borrador culminó el 30-10-1996, tomó la forma de anteproyecto el 1-7-1997, fue objeto de informes por parte del CGPJ y de la FGE y ya, como Proyecto de Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor, se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 3-11-1998, aprobándose el 22 de diciembre de 1999 por 176 votos, 8 en contra y 138 abstenciones. Su publicación tuvo lugar el 12 de enero de 2000, y la entrada en vigor se produjo —como se dijo— el 13 de enero del año en curso, esto es, al año de su publicación.

La LO 5/2000, incluye también en su Exposición de Motivos los antecedentes en la materia: la LTTM de 11 de junio de 1948, la Constitución de 1978, la LO 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la

² La LO 9/2000, de 22 de diciembre sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, ha dejado en suspenso durante dos años, la aplicación de la Ley al tramo de personas entre dieciocho y veintiún años, que el art.1 de la LORPM, denomina «jóvenes» diferenciándolos de los «menores» que son, legalmente, los comprendidos entre los catorce y dieciocho años.

Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y otras normas de Derecho Internacional: especialmente la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

El marco jurídico por tanto, en el que se inserta la nueva LORPM se integra por la CE, en particular su art.39 en cuyo punto 4. se dice que «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos»; el CP de 1995, art.19, del que se deroga la DT 12ª, así como los preceptos del CP de 1973 subsistentes hasta la aprobación de la LO 5/2000, es decir, los arts.8.2, 9.3, la regla 1ª del art.20, en lo que se refiere al número 2º del art.8, 1, segundo párrafo del art.22 y el art.65, expresamente derogados por la Cláusula derogatoria de la Ley; la Ley de Protección Jurídica del Menor de 1996; la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en materia de responsabilidad civil; la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencias a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, en cuanto a la protección de las víctimas de delitos cometidos por menores; el resto de Leyes penales especiales, la LECRIM de la que las disposiciones del procedimiento abreviado tienen expresa consideración de derecho supletorio; las normas autonómicas existentes en materia de protección de menores y, en el plano internacional, además de la citada Convención de los Derechos del Niño de 1989, «todas aquellas normas contenidas en los Tratados válidamente celebrados por España», como dice el art.1.3 de la Ley (de entre las que debemos destacar las Reglas de Beijing (1985) y la Recomendación del Consejo de Europa, R.(87) 20.

Desde otro plano, hay que tener en cuenta que con la Ley de la Responsabilidad Penal del Menor, se opera sobre una población en la que la edad tiene una importancia superior a la de los adultos, en cuanto exige una diferenciación minuciosa, que da lugar a un régimen jurídico diversificado: así, en la Exposición de Motivos, «se establece, inequívocamente, el límite de los catorce años de edad, para exigir este tipo de responsabilidad sancionadora a los menores de edad penal», distinguiéndose dentro de quienes sí responden penalmente, entre dos grupos o tramos de edad, los menores de catorce a dieciséis años y los de diecisiete y dieciocho, por sus diferencias características que requieren un tratamiento diferenciado y, en el tramo de los mayores de dieciséis años, constituye una agravación específica la comisión

de los delitos que se caracterizan por la violencia, intimidación o peligro para las personas. Y, respecto a los mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, existe un régimen discrecional aplicativo de la Ley, por parte del Juez, «atendiendo a las circunstancias personales y al grado de madurez del autor, y a la naturaleza y gravedad de los hechos», que la LO 7/2000, de 22 de diciembre de modificación de la LORPM, ha especificado, subrayando que a los mayores de dieciocho años no les será aplicable la reforma procesal introducida por dicha norma, en relación a la comisión de la denominada «delincuencia grave» y «terrorismo de menores»³ pues, de una parte, ese nuevo régimen jurídico y procesal se restringe a los menores de dieciocho años y, de otra, el régimen general de la ley —como se sabe— sólo es aplicable a los mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, si se dan los requisitos previstos en el art.4 de la LO 5/2000.

II. LA PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La distribución competencial que efectuó la Constitución española de 1978, entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ha sido calificada de sistema «deliberadamente ambiguo, y en buena medida, confuso e impreciso...tratando de ganar en elasticidad y capacidad de adaptación a las circunstancias concretas de cada comunidad autónoma lo que se pierde en rigor y tecnicismo jurídico.»⁴

Ello se debe, a haber establecido una Constitución abierta y dinámica, que sólo ató una serie de temas fundamentales —la forma política del Estado, la articulación de un Estado de Derecho con división de poderes, un catálogo de derechos y libertades fundamentales y la distribución territorial del Estado— dejando fuera de ese consenso político básico, la concreta modulación de numerosas cuestiones, entre ellas, y señaladamente, la exacta distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Pues bien, la inexistencia —a pesar de las apariencias— de un listado de materias de exclusiva competencia del Estado, y otro, correspondiente a las Comunidades Autónomas, amén de la posibilidad de

³ Sobre esta cuestión, puede examinarse URBANO CASTRILLO, E. de en «Delincuencia grave de menores», en La ley nº 5.165, 19-10-2000.

⁴ LEGUINA VILLA, J. «Las Comunidades Autónomas», p.806, en «La Constitución española de 1978», de Alberto PREDIERI y Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. Editorial Civitas SA, 1981.

dividir las materias competenciales en un haz de facultades —de legislación básica, de desarrollo, ejecución, control, etc— y la existencia del art.150.2 CE, han configurado un sistema competencial, que ha dejado a la interpretación del Tribunal Constitucional, la determinación concreta, caso a caso, de las materias de competencia estatal transferibles e intransferibles.

Resultando que, entre las materias necesitadas de «clarificación» y situada *prima facie* conectada a la idea de soberanía, se encuentra la «Administración de Justicia» art.149.1.5 CE, lo cual ha supuesto una indeterminación que ha requerido de los correspondientes pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Constitucional, a efectos de clarificar quienes, y con qué alcance, eran los sujetos políticos competentes en su regulación.

Y, en concreto, por la vía de diferenciar entre Poder Judicial, como ejercicio de la Jurisdicción, y Administración de Justicia, como servicio público administrador de recursos para prestar a los ciudadanos el servicio «Justicia», se ha ido dibujando un campo de separación de responsabilidades, fértil pero no exento de dificultades interpretativas, y que, como veremos, se ha reproducido en el tema que analizamos.

En efecto, la Constitución dibuja un poder judicial de composición netamente diferenciada de los otros dos poderes del Estado, compuesto por una multiplicidad de órganos —existen cerca de 4.000 titulares del llamado Tercer Poder del Estado— sin vinculación jerárquica entre ellos, y para cuyo ejercicio, se requiere la participación de los otros dos poderes y, en mayor o menor medida, se da la intervención de las Comunidades Autónomas.

Esa caracterización como poder del Estado, derivada de la función constitucional que realiza, lo distingue de la Administración de Justicia, la cual se encuentra funcionalmente subordinada al Poder judicial, pero orgánicamente inserta en el Poder ejecutivo, ya únicamente en la Administración del Estado o, compartiendo con las Comunidades Autónomas las funciones transferidas por la vía del precitado art.150.2 CE.

A) La participación del Poder Ejecutivo, y por lo que aquí interesa, de las Comunidades Autónomas, en la Administración de Justicia, se realiza proporcionando los medios personales y materiales que se ordenan al cumplimiento de los fines del Poder judicial.

Ello configura lo que se ha dado en llamar la *administración de la Administración de Justicia*, actividad que sirve al servicio de la Justicia

en cuanto permite que el poder jurisdiccional pueda declarar y hacer efectivo el derecho —*iuris dictio*— que es, incluido la potestad de ejecutar lo resuelto, lo que configura al Poder Judicial, integrado por jueces y magistrados, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley, art.117.1 CE.⁵

La clarificación de este panorama, —reclamado por la doctrina científica, como hemos tenido ocasión de señalar—, se ha efectuado por la labor del TC, en diversas sentencias, de la que es cumplida muestra, la STC 105/2000, de 13 de abril, en la que se diferencia entre función jurisdiccional y administración de justicia —con cita del antecedente de la sentencia 56/1990—, añadiéndose que las Comunidades Autónomas asumen una competencia en la materia, mediante «cláusulas subrogatorias», previstas en sus Estatutos, cuyo limite es el núcleo que el art.149.1 .5 CE, configura como Administración de Justicia en sentido estricto y el ámbito de la «administración de la Administración de la Justicia», en aquéllos aspectos que la LOPJ reserva a órganos distintos del Gobierno o de alguno de sus departamentos.

Y con más explicitud., la STC 105/2000 precisa que tienen alcance supracomunitario determinadas facultades del Gobierno que excluyen la operatividad de la cláusula subrogatoria: así, la dependencia del Centro de Estudios Judiciales, la adscripción del Instituto de Toxicología o la cooperación internacional.

Y, más adelante, tras excluir en todo caso las competencias legislativas sobre las que no haya un título competencial transferido, añade que «*las cláusulas subrogatorias no entrarán en aplicación cuando la LOPJ, en uso de la libertad de opción del legislador, atribuya determinadas facultades al CGPJ. Tampoco en aquellas otras materias, aun atribuidas al Gobierno de la Nación o a sus Departamentos Ministeriales, respecto de las que exista otro título competencial con incidencia en ellas suficiente para reservarlas al Estado.*»

Por lo que se refiere, en concreto, a las materias de personal, en relación al estatuto y régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia, la sentencia precitada afirma que «*hemos de partir de que la existencia de reserva constitucional de Ley Orgánica para su regulación lleva consigo que los aspectos básicos o fundamentales del estatuto de este personal se contengan en la LOPJ*», si bien

⁵ GARCÍA MORILLO J. en «Derecho Constitucional Vol.II», 4ª Edición. Tirant lo blanch, Valencia 2.000, de LOPEZ GUERRA y otros.

—continúa la resolución— en el plano normativo, la opción por el establecimiento de Cuerpos Nacionales no es más que una entre las varias constitucionalmente legítimas.

Pero en todo caso, se emite un pronunciamiento de gran calado: «*ha de excluirse que el art.455 LOPJ establezca la necesaria consecuencia de que la inclusión en los Estatutos de Autonomía de las cláusulas subrogatorias atribuya a las Comunidades Autónomas la competencia sobre la totalidad de las materias que en el texto del indicado precepto se enumeran*». Para ello, ha de haberse asumido por los Entes Autonómicos la respectiva competencia en virtud de otro título constitucionalmente válido.

En conclusión, la materia de personal es campo compartido, pero las Comunidades Autónomas sólo podrán ejercer las concretas competencias que hayan asumido por título competencial válido siempre que no incida de forma decisiva en los elementos esenciales del estatuto del personal de la Administración de Justicia.

Y en cuanto al peligro de que ese ejercicio normativo afecte a la igualdad de los ciudadanos, el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 37/1981, de 16 de noviembre, admitió la posibilidad de que «*puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional*» pero «*la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas no puede regular las condiciones básicas de ejercicio de los derechos o posiciones jurídicas fundamentales que quedan reservadas a la legislación del Estado (arts.53 y 149.1.1º de la Constitución), cuyas normas además son las únicas aplicables en las materias sobre las que las Comunidades Autónomas carecen de competencia legislativa, prevalecen en caso de conflicto y tienen siempre valor supletorio...*»

Habiéndose resaltado, más recientemente, que «*la potestad legislativa de que gozan las Comunidades Autónomas hace que el ordenamiento tenga una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional*».⁶

Pues como dijera la STC de 10 de noviembre de 1988: «*Las diversificaciones normativas son conformes a la igualdad, en suma, cuando cabe discernir en ellas una finalidad no contradictoria con la CE y cuando, además, las normas de las que la diferencia nace muestran una estructura coherente, en términos de razonable proporcionalidad, con el fin así perseguido.*»

⁶ SILVA SÁNCHEZ, José María en «Las normas de complemento» de las leyes penales en blanco pueden emanar de las Comunidades Autónomas», PJ n° 52, pág.491, glosando la STC Pleno, 14/1998, de 22 de enero.

B) En cuanto a la concreta participación de las Comunidades Autónomas en la LORPM, hay que decir, en primer lugar, que se erige en uno de los protagonistas de la Ley Penal del Menor, junto al propio menor, su representante y Letrado; el perjudicado y su Letrado; las distintas autoridades que intervienen en el proceso, Juez, Fiscal, Secretario, Audiencia Provincial y Tribunal Supremo; el equipo técnico y el Grupo de Menores de la Policía.

En efecto, la Comunidad Autónoma participa directamente en el proceso penal de menores, a través de la entidad pública a la que legalmente esté asignada la competencia de menores, y que suele estar integrada en el Departamento —Consejería, normalmente— de Justicia, Bienestar Social o Asuntos Sociales.

Para darse cuenta de la importancia de la participación de la mentada «entidad pública» autonómica a lo largo del proceso de menores, «*sin perjuicio de las facultades atribuidas por esta Ley a las Comunidades Autónomas respecto de la protección y reforma de menores*» (art.2.1), la entidad pública interviene, además de en materia de medidas (imposición cuando son varias, modificación, ejecución, liquidación, informe sobre ejecución, sustitución y cumplimiento), en numerosos otros trámites en los cuales es preceptiva o irria, a fin de que el Juez de Menores, ponderando su opinión, resuelva en consecuencia o, se le faculta para que actúe en relación a diversas cuestiones (protección, menores de catorce años, adopción de medidas cautelares, archivo del expediente y recurso de unificación de doctrina).

Conteniendo las disposiciones complementarias de la Ley, interesantes pronunciamientos, al respecto. Así, en particular, las Disposiciones Finales Tercera y Séptima.

La DF 3ª de la LORPM, establece una serie de previsiones en materia de personal. Y, por lo que se refiere a la colaboración Estado (Ministerio de Justicia) —Comunidad Autónoma, se dice lo siguiente:

«1. El Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, oído el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado y las Comunidades Autónomas afectadas, en el plazo de seis meses desde la publicación de la presente Ley en el «Boletín Oficial del Estado» adoptará las disposiciones oportunas para adecuar la planta de los Juzgados de Menores y las plantillas de las Carreras Judicial y Fiscal a las necesidades orgánicas que resulten de la aplicación de lo dispuesto en la presente Ley».

Se trata de una facultad de consulta e informe, que tiene la utilidad de proporcionar al Gobierno, los datos y consideraciones que, entre otras entidades, las Comunidades Autónomas, facilitan al Ejecutivo con la finalidad de poder dimensionar una plantilla acorde con las previsiones y necesidades constatadas en cada uno de los territorios en que la Ley Penal del Menor va a operar.

«3. El Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, y las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, a través de las correspondientes Consejerías, adecuarán las plantillas de funcionarios de la Administración de Justicia a las necesidades que presenten los Juzgados y las Fiscalías de Menores para la aplicación de la presente Ley, y determinarán el número de los equipos técnicos adscritos a los Juzgados y Fiscalías de Menores, su composición y la plantilla de los mismos.»

Este apartado de la DF tercera que examinamos, es de gran importancia, porque llama a la colaboración directa entre la Administración central y la autonómica, para configurar las plantillas de funcionarios necesarios para el funcionamiento de la Ley, así como para diseñar los equipos técnicos adscritos a los Juzgados y Fiscalías de Menores, incluyendo su composición, número e integrantes de los mismos.

«4. Asimismo, el Gobierno, a través del Ministerio del Interior, y sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas, adecuará las plantillas de los Grupos de Menores de las Brigadas de Policía Judicial, con objeto de establecer la adscripción a las Secciones de Menores de las Fiscalías de los funcionarios necesarios a los fines propuestos por la Ley».

Esta disposición, tiene también en cuenta a las Comunidades Autónomas, en relación con la conformación de los Grupos de Menores policiales, de acuerdo a las competencias en materia de cuerpos y fuerzas de seguridad, que tengan las respectivas Comunidades.

Es de destacar, sin embargo, la reciente supresión⁷ del punto 5 de esta disposición, que contenía el compromiso —incumplido— de crear en el plazo de seis meses, los Cuerpos de Psicólogos y Educadores y Trabajadores Sociales Forenses.

Por su parte, la DF 7ª estableció, en su apartado 2 que las Comunidades Autónomas con competencia en protección y reforma de menores, deben adaptar su normativa a la adecuada ejecución de

⁷ Supresión efectuada por la D A cuarta de la LO 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia.

las funciones que les otorga la presente Ley.

Se trata, como puede apreciarse, de todo un reto legislativo que aún no ha sido cumplido, y que sitúa a las Comunidades Autónomas ante la asignatura pendiente de colaborar en el buen resultado de la Ley, adoptando las medidas de desarrollo normativo, necesarias para ello.

Con todo lo expuesto, se observa, pues, que la intervención de las Comunidades Autónomas en relación a la responsabilidad penal de los menores, se efectúa a través de una doble vía: ejecutiva, mediante la entidad pública competente en la materia y, de los equipos técnicos, como veremos posteriormente; y en el plano legislativo, adoptando las medidas de tal naturaleza, necesarias para coadyuvar con el Estado, en materia de personal y estructuras organizativas, para el tratamiento de los menores infractores penales, especialmente en cuanto a la ejecución de medidas (y sobre todo, mediante los centros de cumplimiento, correspondientes).

III. LA PERICIA EN EL DERECHO DE MENORES

La actividad pericial, como conjunto de conocimientos y explicaciones que unos profesionales técnicos —peritos— en la materia, aportan al Juez o Tribunal correspondiente, en los campos de alguna ciencia o arte (art.457 LECRIM) para que éstos puedan resolver, con suficiente conocimiento, las cuestiones que ante ellos se ventilan, tiene en el derecho penal y, en particular, en el Derecho Penal de Menores, connotaciones especiales.

En efecto, si como se ha dicho, la pericia viene a ser el cristal de aumento a través del cual el juzgador ve aquello que no podía percibir por sus propios ojos⁸ en un campo como el de las Ciencias del Menor, este apoyo técnico resulta indispensable por dos razones principales: una, las peculiaridades del sujeto sobre el que recae el proceso, en el cuál confluyen un variado núcleo de disciplinas científicas, como la Pedagogía, la Criminología, Psicología, Siquiatría, Sociología y técnicas de investigación social al servicio las Ciencias del Comportamiento; como la Estadística; y otra, la especial trascendencia de las decisiones en este campo, en el que existe —podríamos

⁸ EISNER, cit. por MARTIN Y MARTIN, JA en «La prueba pericial médica en el proceso penal», Rvta. Canaria de Ciencias Penales, nº 6, diciembre 2.000.

decir— un mandato constitucional reforzado, a partir del art.25.2 CE, de procurar la reinserción social de los menores, reeducándolos, antes que reprimiéndolos, lo cual trastoca el orden del problema en el derecho penal clásico, en el que la pena es consecuencia del delito, y a través de ella se procura la reinserción social, en la medida que ello sea posible.⁹

El perito, a salvo de lo que luego se comentará, tiene una posición independiente en el proceso, un rol de neutralidad que es indispensable para poder colaborar, desde su atalaya del conocimiento especializado. Con su informe, el perito proporciona un fundamento suficiente para el enjuiciamiento, que si es ponderadamente crítico —no rutinario—, transparente en la metodología seguida, documentado en datos reales del caso, y diferenciado en conceptualización y diagnóstico, va a ayudar al tratamiento educativo posterior y a la manera de conducir el proceso, hasta la imposición de medidas, en su caso, pues debe contener una prognosis que haga funcional, operativa y práctica, su intervención.¹⁰

Tan crucial es el papel de la pericia en el Derecho Penal de Menores, que su necesidad se ha institucionalizado, a través de la creación de los Equipos Técnicos, órgano especializado, cuya presencia a lo largo del proceso es cuasipermanente y que desempeñan un papel tan importante, que, en nuestra opinión, de su adecuada configuración, inserción y funcionamiento, va a depender en gran medida, que la LORPM sea un instrumento positivo para conseguir los fines educativo-sancionatorio que la impulsan y la búsqueda de respuestas equilibradas a los problemas delictivos de los más jóvenes.

Por otro lado, la particularidad de los informes periciales en esta materia, como la necesidad de una gran rapidez en su emisión; el imprescindible contacto con la familia del menor; recabar información médica; obtener datos sobre su experiencia escolar, y todo ello, coordinándolo con su situación personal en el proceso —sujeto a medida cautelar o no— y fuera de él —viviendo en el seno familiar o en contacto con las entidades públicas de su Comunidad— delimitan una realidad plural, compleja, que debe recibir diversos focos de ilumina-

⁹ Sobre esta cuestión, resulta muy útil examinar «La función social de la pena» de Manuel JAÉN VALLEJO, en el núm.3 de la Rvta. de CCJJ de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (pp.141 a 156).

¹⁰ Sobre esta cuestión, son muy interesantes las consideraciones que hace ALBRECHT Peter-Alexis en «El Derecho Penal de Menores» (Traducción de Juan BUSTOS), PPU, Barcelona 1990.

ción, en atención a diversas perspectivas, que deben ser congruentes entre sí, a fin de ofrecer una conclusión, síntesis de las diversas que arroje el estudio realizado, y que deben proporcionar idea y propuestas prácticas y hacederas, siempre conectadas al supremo interés del menor, criterio básico en el Derecho de Menores.

Hechas estas observaciones de orden general, profundizaremos en ellas, a través de su plasmación en los Equipos Técnicos que prevé la LORPM, señalando los aspectos más importantes de su régimen y funcionamiento, así como las cuestiones problemáticas más interesantes, que se suscitan.

IV. LOS EQUIPOS TÉCNICOS

Antes de abordar su estudio en la LORPM, se hace imprescindible echar una mirada al panorama comparado, a fin de obtener una información que nos permita situar, en sus justos términos, el tratamiento y problemática que presentan los Equipos Técnicos en nuestro Derecho Penal de Menores.

A) Derecho Comparado. Examinaremos la cuestión, en Alemania, Francia e Italia

1. *Alemania.* La institución más peculiar en esta materia, dentro del procedimiento penal de menores alemán, es el ATM (ayudante del Tribunal de Menores). Calificado como el «sabelotodo» del menor, realiza una labor de averiguación de la personalidad del menor, proporcionando en todo momento, los datos actualizados sobre el mismo que permitan la adopción de las medidas establecidas en la ley.

Por otro lado, goza de un papel fundamental en la fase de ejecución —aunque se realice por instituciones privadas— comunicando al Juez las contravenciones del menor y ayudando a la reinserción social de éste.

En esencia, su función es hacer valer —en el proceso— los puntos de vista educativos, sociales y asistenciales, constituyendo la realización del «pensamiento educativo» a lo largo del procedimiento.

Su función es tanto de ayuda para el Juez como para el menor, y está vinculado al compromiso de lucha contra la criminalidad, a través de una concepción social de la justicia de menores, que pasa por reeducar a quien debe volver al seno de la sociedad, en condiciones

adecuadas para su efectiva reinserción.

En el proceso, tiene derecho a estar presente, se le concede el uso de la palabra si lo solicita, pero no para preguntar o demandar sino para responder, asesorar y proponer.

Si acaso, se ha criticado —por la doctrina alemana— que se trata de una institución que presenta problemas estructurales muy importantes, pues está inmerso en una dualidad que puede resultar, en ocasiones, contradictoria (averiguar para comunicar al Juez —se dice— a veces puede significar perjudicar al menor) y, en todo caso, debería potenciarse su actuación en la criminalidad de tipo medio, no en la de bagatela —que sería innecesaria— y tener un papel menor, en la delincuencia grave, donde habría que tener más en cuenta, las respuestas punitivas más clásicas.¹¹

2. *Francia.* En un reciente estudio¹², sobre la Jurisdicción especializada de menores, se daban los siguientes datos: además de abogados y de las unidades de policía y gendarmería, todos especializados en esta materia, se contaban 136 Juzgados de Menores, con una plantilla de 300 jueces, el servicio de protección judicial de la juventud, 2.749 educadores dependientes del Ministerio de Justicia, 13.114 educadores del sector asociativo habilitado por el Ministerio e Justicia y 1.630 asesores distribuidos en los Juzgados de menores.

A destacar, que en Francia, el principio de prioridad de lo educativo, impregna todas las fases procesales, destacando que lo prioritario, es procurar al menor, un tratamiento educativo, adaptado a su personalidad.

En efecto, «*l'éducation surveillée*» (asistencia educativa), ha constituido en Francia, desde el fin de la II Guerra Mundial, una política general, que obedece a una unidad de concepción y dirección, que ha considerado que «*el problema es único, ya sean menores delincuentes, vagabundos, víctimas, abandonados, deficientes.*»

En esta concepción, el papel del Juez de Menores no entra en colisión con la patria potestad, sino que la refuerza, en un modo más protector que autoritario, y en el cual, la sentencia se emite tras una audiencia a todas las partes —el menor puede ser dispensado de la asistencia cuando su interés así lo exija o si no tiene edad de discerni-

¹¹ Id.op.cit.pp.440 a 452.

¹² Se trata de «El Derecho francés de los menores:El menor y el juez de menores» de DESCHAMPS Jean Pierre, en «Legislación de menores en el siglo XXI: Análisis de Derecho Comparado».CGPJ, 1999.

miento, ya que puede ser objeto de proceso, incluso detenido, a partir de los diez años—.

Para formar su opinión, que plasmará en la decisión vehiculizada a través de la sentencia, el Juez deberá durante la instrucción del sumario, «incluir los informes periciales médicos, las indagaciones sociales y todas las medidas de investigación», debiendo igualmente, esforzarse por conseguir la adhesión de la familia a las medidas previstas.

En suma, el elemento educativo y la intervención de asesores peritos, es fundamental en el tratamiento del menor delincuente francés.

3. *Italia.* En relación con el nuevo procedimiento penal para el menor, aprobado por DPR 448/1988, pueden señalarse dos peculiaridades que nos ayudan a captar cómo está configurada en Italia, esta jurisdicción.

De un lado, la división del proceso en tres fases —investigación preliminar, vista preliminar y juicio— que permite la introducción, junto al juez, de dos jueces honorarios, que han de ser un hombre y una mujer, los cuales deciden en la vista preliminar si se incoa juicio o se sobresee la causa, con imposición de alguna medida alternativa.

Este reconocimiento a los elementos sociológicos, viene representado por la puesta del menor, a presencia de un hombre y una mujer, quienes conjuntamente, desempeñan los roles de padre y madre, aportando las perspectivas y sensibilidades masculina y femenina, esenciales para conseguir el equilibrio en estas decisiones.

Aunque no se trata de ciudadanos corrientes, pues deben ser profesionales o relacionarse con las ciencias de la conducta, ser educadores o funcionarios en materia de menores, supone no sólo la contribución del elemento especialización sino que, como una especie de escabinado, coadyuvan con el juez técnico, a la toma de la decisión, en una fase tan importante como la de decidir si el caso se cerrará —con el complemento, todo lo más, de alguna medida— o si debe proseguir y abrirse el juicio.

Y de otro lado, la relevante participación de la asistencia social, cuyos servicios se incardinan en el Departamento de Justicia, aunque también existen otros con dependencia de las autoridades locales, como la administración más cercana al ciudadano y a su problemática social cotidiana.

Esta intervención de ayuda o asistencia social tiene lugar durante todo el proceso, y tanto en las tareas de mediación como en las de ejecución de medidas, tratando de obtener la rehabilitación del menor

mediante programas sociales personalizados.

Ello ha hecho, que el sistema italiano se defina como «una modalidad de justicia moderada por la asistencia social»¹³ si bien sumida en grandes diferencias de funcionamiento y calidad, al depender el tratamiento de los diferentes niveles económicos que se dan en las regiones italianas —más ricas al norte, y con menos recursos al sur—.

Al tiempo, se ha dado un rebrote de aumento de la delincuencia juvenil, propiciada por la inmigración, cuya difícil integración está repercutiendo en la delincuencia de los menores extranjeros, especialmente gitanos y del norte de África, y que presenta una doble connotación: tienen mayores índices de encarcelamiento que los jóvenes italianos, ante sus carencias familiares de apoyo; y se ha detectado la implicación de menores en actividades delictivas organizadas. Todo lo cual, produce una situación preocupante, tanto por los problemas de financiación como los sociales, derivados de los menores extranjeros, en un momento en que todavía los programas económicos resocializadores para jóvenes siguen concentrando su mayor atención, en las patologías relacionadas con la droga (adicción y enfermedades conexas a ella).

Además, la existencia de equipos o servicios técnicos especializados, de ayuda y asesoramiento al Juez de Menores, y que proporcionen datos relevantes para la decisión, obtenidos mediante las averiguaciones y procedimientos científicos adecuados, está recomendada en las Reglas de Beijing (arts.16 y 22) y en la Convención de los Derechos del Niño, (art.40).¹⁴

B) En la LORPM, podemos hablar de una omnipresencia de los Equipos Técnicos, cuya mención es continua a través de todo su articulado y de las disposiciones complementarias (así, art.4.1, 7.2, 9.4, 13, 14.1, 19, 19.3, 22.1, 27, 28.2, 28.5, 35.1, 37.2, 40, 41.1, 50, 51, Disposiciones Transitoria y Finales).

Su importancia viene avalada por los antecedentes de la institución, que se remontan a 1988, cuando se crean los Equipos Técnicos de Apoyo a los Tribunales Tutelares de Menores —antecesores de los actuales Juzgados de Menores—.

Su primitiva composición, sicólogos, educadores y trabajadores

¹³ GATTI, Uberto en «Sistema italiano de justicia para menores de edad» en «Legislación de menores en el siglo XXI» op.cit.

¹⁴ Respectivamente, aprobadas por la Resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985, de las Naciones Unidas; y por Resolución de 20-11-1989, de la Asamblea General de las NN.UU.

sociales y sus funciones de diagnóstico, propuesta de medidas y seguimiento, permitió fueran desempeñando una importante labor, que se extendía a la mediación y a las reparaciones extrajudiciales, lo cual les convertía en pieza decisiva tanto del principio como del final de la solución y tratamiento del problema.

Con todo, se echaba en falta una adecuada regulación legal —pues como se ha señalado¹⁵, nacieron en unos simples documentos de trabajo del Ministerio de Asuntos Sociales— y su papel, reconocido en la Ley de Protección del Menor 1/96 y en la antigua Ley 4/92, era parcial; al adolecer de una regulación unitaria, déficit acrecentado con la LO 5/2000 que establece un verdadero sistema penal juvenil y que exige, en consecuencia, su adecuada configuración jurídica.

En estos momentos, y con la LORPM ya vigente, como tendremos ocasión de indicar, no es que se hayan resuelto los problemas ni que contemos con una norma *ad hoc* que defina, organice y establezca las funciones de los Equipos Técnicos, pero al menos tenemos un cuerpo normativo con contenido bastante para delinear lo que son, y pueden llegar a ser, en relación al Derecho Penal de Menores. Por eso, seguidamente, procederemos a su estudio pormenorizado.

1. *Concepto*. El Equipo Técnico (ET) es un órgano auxiliar de la Administración de justicia, compuesto por expertos que aportan sus conocimientos para la realización de la justicia juvenil.¹⁶

Su papel se ha reforzado, respecto al que ya desempeñaba en la LO 4/92, hasta constituir el auténtico eje central del proceso penal que instaura la LO 5/2000, consolidando su posición y ampliando, incluso, su abanico competencial.¹⁷

Es un ente institucionalizado, de funcionamiento permanente y cuya presencia en el proceso, constituye un requisito imprescindible —y no sólo, conveniente— para el desarrollo del mismo.

Su participación, basada en los criterios de imparcialidad, inde-

¹⁵ GÁLVEZ GARCÍA, M^a Angeles, de quien hemos tomado esta referencia, en «Los Equipos Técnicos en la Ley 5/2000», dentro del Curso «Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia.

¹⁶ CUELLO CONTRERAS, Joaquín en «El nuevo Derecho penal de menores», Ed. Civitas, 2.000.

¹⁷ En tal sentido, PERIS RIERA, Jaime en «El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la Responsabilidad Penal de los Menores, previsto por la LO 5/2000», La Ley nº 5.250, 19-2-2001.

pendencia y rigor científico, ha de inspirarse en el superior interés del menor, y desde dichas bases aporta su contribución al proceso de formación de las distintas decisiones que el Juez ha de tomar en el proceso.

Es indudable su naturaleza de órgano pericial, por lo cual sus dictámenes no son vinculantes, pero el hecho de ser preceptivos y venir de un organismo inserto en la Administración, refuerza su importancia, si bien su autoridad, en cada caso, vendrá dada por el rigor e independencia que tengan sus informes.

2. *Funciones.* Los ET carecen de facultades decisorias pues su misión es la de asesorar al órgano decisor —Juez de Menores, Fiscal— en todas las etapas del proceso: instrucción, enjuiciamiento y ejecución. Además de las importantes funciones que desempeñan en materia de mediación y reparación extrajudicial.

Su contribución en la LORPM se centra en traer al proceso, desde las ciencias no jurídicas —Pedagogía, Psicología, Criminología— los datos, valoraciones y conclusiones que permitan la adopción de la decisión más adecuada en cada caso.

Con este fin, elabora «un informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante» (art.27.1 de la Ley).

Como puede apreciarse, se reclama la necesidad de redactar un informe no limitado al ámbito interno del menor, sino que abarque un estudio de sus circunstancias sociales, lo que implica adentrarse en terrenos sociológicos y criminológicos, a fin de conocer y explicar las razones y motivos concretos que han llevado al menor a la delincuencia, y, en consecuencia, a ofrecer los datos y propuestas que se estimen más operativos para su tratamiento.

La nueva Ley de Responsabilidad Penal del Menor, va desgranando a lo largo de su articulado, las distintas intervenciones puntuales que tienen los ET, cuya participación se configura igualmente, como un derecho del menor, en cuanto es destinatario de la asistencia técnica que su actuación, proporciona.

Por su parte, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2000, en la que expone los criterios de actuación recomendados a los Fiscales que intervengan en el proceso penal de menores, señala que para un mejor desempeño de la multiplicidad de funciones que atribuye la Ley a los ET, éstos deben participar desde el mismo inicio del Expediente, pudiendo ya desde entonces intervenir en la mediación

víctima-agresor y, en su caso, definir el contenido de la reparación extrajudicial que ha de prestar el menor a su víctima.

Esta función de mediación-reparación es tan importante, que en la Circular, la FGE subordina el desistimiento del expediente —con la consecuencia de su archivo— a que el Equipo alcance éxito en sus esfuerzos o proponga una actividad socioeducativa sustitutiva del proceso.

Además, es de destacar que, junto a la cuasipermanente actividad de los ET, participando en los trámites esenciales de la instrucción, como la comparecencia para la adopción de medidas cautelares, la audiencia, la suspensión de la ejecución del fallo, su cita a las vistas en que se dilucidan los recursos o su propuesta de modificación o sustitución de medidas, los ET realizan una tarea que la CFGE califica de trascendental como es «la defensa del bienestar del menor (mediante) la asistencia personal que le atribuye la Ley desde la detención preventiva o desde la incoación del Expediente».

3. *Los Informes.* Tanto verbal como por escrito, los ET tienen en los Informes, su vehículo natural de participación en el proceso. Actividad, sin embargo, en la que no son los únicos protagonistas, ya que tanto el Juez como el Fiscal pueden recabar otros informes a entidades públicas y privadas que trabajen en el ámbito de la educación de menores, además de complementar los datos sobre la personalidad del menor, solicitando a peritos, informes específicos, como psiquiátricos o de otra índole. Y siempre, naturalmente, que estime imprescindible informes de contraste, ante las dudas o contradicciones que encuentre en el caso.

A la vista de la LORPM, podemos distinguir varios tipos de Informes. Uno, General, que puede actualizarse o completarse posteriormente, con otros, y que deberá entregarse al Fiscal en el plazo máximo de diez días, prorrogable en casos de gran complejidad, a un mes, cuyo contenido —como se dijo— alcanza a la situación psicológica, educativa y familiar del menor; su entorno social; y cualesquiera otra circunstancia que pudiera ser de interés. Informe que podrá suprimirse en los casos de mediación.

Otro, de Propuesta socio-educativa, cuando se considere preferible a continuar el proceso penal, en cuyo caso deberán detallarse los aspectos relevantes en la personalidad y circunstancias del menor, que aconsejen esta actuación.

Un Informe especial de conciliación o reparación, incluso a ini-

ciativa del ET, en el que se contendrán la propuesta concreta y las medidas que se vislumbran para lograr una mediación entre la víctima y el menor, sustituyendo por esta vía, el tradicional seguimiento del proceso, juicio y sentencia correspondiente.

Y, además, otros específicos para la aplicación de la Ley a los menores de 21 años, mayores de 18; otro para decidir sobre la adopción de medidas cautelares; proponer medidas; delimitar la de internamiento y para decidir sobre la suspensión del fallo.

Es decir, se aprecia la existencia de Informes generales y especiales o específicos, por un lado, y la posibilidad, junto a los Informes Escritos, de informes orales en las audiencias o comparecencias —por ejemplo para adoptar medidas cautelares o resolver un recurso—, oralidad ligada a la contradicción, la cual se desarrolla fundamentalmente en el juicio oral, con presencia y participación activa de las partes, las cuales solicitarán aclaraciones y podrán someter al representante o representantes de los ET, a las cuestiones que consideren.

En cuanto a otra cuestión, a la que volveremos cuando tratemos de la dependencia de los ET, es obvio que en la Ley, tanto el Fiscal como el Juez de Menores, tienen capacidad para solicitar Informes a los ET, los cuales deben incluirse en el Expediente y, en general, en las actuaciones que se sigan, sin que puedan permanecer ocultos, pues si no aparecieran en los autos se considerarían inexistentes.

4. *Organización.* La LORPM no establece una regulación de los ET, que deja en las Disposiciones Finales, abierta a la colaboración Administración Central-Comunidades Autónomas y a la creación de Cuerpos de Psicólogos, Educadores y Trabajadores Sociales Forenses.

a) *Composición.* El Consejo General del Poder Judicial, en un Estudio sobre la incidencia de la entrada en vigor de la Ley, realizado a partir del acuerdo del Pleno de dicho órgano constitucional, de fecha 12-4-2000, considera que «*Estos equipos técnicos estarán integrados por psicólogos forenses, educadores forenses y trabajadores sociales forenses. La composición indicada pone de manifiesto los distintos ámbitos de su actuación, que son los más relevantes para el fin general de la formación, educación y emancipación del menor o joven. Debe insistirse en la necesidad de que los equipos técnicos, dada su responsabilidad y la delicada misión que la ley les encomienda, estén integrados por profesionales expertos con capacitación suficiente, seleccionados de manera rigurosa, con respeto a los principios de mérito y*

capacidad, y adecuada formación continua.»

No se ha producido la menor innovación desde su creación en 1988. Se mantiene la misma composición y la única novedad —parece desprenderse de la Ley— es que de los cuerpos nacionales que está previsto crearse, saldrán los integrantes de los ET, hasta ahora en régimen de colaboradores de la Administración, mediante contrato laboral. Se trata, por tanto, de dar estabilidad y formación general unificada a sus integrantes, pero no se ha considerado introducir otra clase de profesionales: médicos pediatras, siquiatras, criminólogos, sociólogos.

A este respecto, algún autor ha recomendado que el perfil de este personal, de nivel de formación, al menos, de Diplomatura, ha de ser psicólogos, pedagogos, sociólogos o criminólogos, con alguna formación extra en trabajo social, ya desarrollado, y procurando que se trate de personas que reúnan al tiempo, capacidad pedagógica, energía y capacidad comunicativa.¹⁸

En la Comunidad Autónoma de Madrid, sus Equipos Técnicos, que vienen funcionando en temas de reforma, se integran en la red de recursos sociales de la misma, y se componen de un técnico territorial, responsable del grupo; sicólogo, trabajador social, pedagogo y un abogado asesor.¹⁹

En los Juzgados, suele haber dos trabajadores sociales, un pedagogo y un sicólogo, como mínimo. Echándose en falta, un responsable de todo el equipo, y que mientras el sicólogo es imprescindible en todas las fases del proceso, el pedagogo y el trabajador social están más destinados a la fase de medidas, y en cambio para la fase inicial, del estudio global de los aspectos delictivo-sociales, falta un criminólogo que pudiera aportar sus conocimientos explicativos de la realidad social y factores criminógenos, junto a su trabajo de campo, investigación y estadística criminal.

b) *Dependencia.* No hay una clara delimitación de la dependencia orgánica de los ET. Por un lado, de hecho, su intervención se hace en una realidad territorial próxima, pegada al terreno, y vienen funcionando desde hace tiempo, insertos en la estructura de las Comunidades Autónomas.

De otro, la creación de los Cuerpos Nacionales, abre posibilidades

¹⁸ CUELLO en op.cit. pp.146 y 147.

¹⁹ Según información recogida por el autor, directamente del equipo directivo del Instituto del Menor y de la Familia, integrado en la Consejería de Asuntos Sociales.

al respecto, que podrían traducirse en una dependencia orgánica del Ministerio de Justicia —como los médicos forenses y resto de peritos— y una efectiva implantación material, a cargo de las Comunidades Autónomas, con la que podrían tener una relación de servicio, e integrarse en sus estructuras. Es decir, mantendrían un Estatuto general de orden personal, pero de hecho, trabajarían en el seno de las Comunidades Autónomas.

En todo caso, la dependencia funcional, es decir, en cuanto profesionales efectivamente interviniendo en el proceso penal de menores, la mantienen con carácter doble, al servicio del papel que desempeña el Ministerio Fiscal y adscritos al Juzgado de Menores, como dice el art. 22 1 f) de la Ley.

c) **Funcionamiento interno.** Los ET, con su personal administrativo necesario, deben tener un responsable, portavoz o jefe, que les represente cara al exterior, en particular en las comparecencias en el proceso, y que adopte las últimas decisiones, especialmente cuando la colegiación se manifieste de forma discrepante.

También, será la persona que pueda diseñar la estrategia del caso, y que propondrá en cada caso, el responsable del seguimiento del expediente, y quien designará al miembro (o miembros) del equipo que deba acudir a las comparecencias judiciales.

Desde luego, este modelo que se defiende, es crítico con la práctica que la rutina ha consolidado, de que cada vez sea uno quien haga el informe, pues los informes, estudios y propuestas de todo orden, deben abordarse conjuntamente, por los diversos aspectos implicados en la realidad del menor, sin perjuicio —como se ha señalado— de que se designe un miembro como encargado del seguimiento o de la continuidad del asunto, hasta el final.

5. *Cuestiones problemáticas.* Trataremos, a continuación, de una serie de temas en los que se observa una cierta problemática que requiere algunas consideraciones, en concreto:

a) **Régimen jurídico.** La existencia de una expresa previsión en la LORPM de crear una serie de cuerpos nacionales para trabajar en la aplicación de la LO 5/2000, y el hecho de que el CGPJ haya informado el Anteproyecto al respecto, aclara la voluntad gubernamental.

En efecto, se prevé la creación de tres cuerpos —o dos, según el Informe del CGPJ— que tendrían carácter nacional, integrado por funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, art.454

LOPJ, y que integrarían los equipos técnicos: Psicólogos, Educadores y Trabajadores sociales.

Si bien, al existir la Licenciatura de Psicopedagogía —RD 916/1992, de 17 de julio—, el CGPJ defiende la existencia de dos cuerpos, e incluso llega más lejos, al sugerir, en la línea apuntada por el Libro Blanco de la Justicia, en el que se criticaba la excesiva compartimentación de los «cuerpos administrativos», que podría crearse un único cuerpo más amplio, en el que se integrarían los médicos forenses, y —como se establece en la DA del anteproyecto— los actuales miembros de los equipos técnicos, que desempeñan su trabajo en régimen laboral, siempre que reunieran las condiciones, que para ello, se fijaría reglamentariamente.

Como se ve, se despeja alguno de los problemas existentes aunque el tema sigue abierto y con numerosos interrogantes. Así ¿Debería exigirse titulación superior a los miembros del ET? ¿O sólo, a algunos, descartando a los trabajadores sociales, profesión que no exige el grado de licenciado?

b) **Organización.** Los ET, creados por Ley —tanto por la LORPM como por la de creación de los Cuerpos Nacionales— deberían estructurarse internamente por especialidades funcionales, con independencia de su exteriorización como órgano único, que debería contar con un Jefe o Responsable.

Su despliegue sería territorial, a nivel nacional, y autonómico, adscribiéndose a los distintos órganos judiciales y Fiscalías los que fueren necesarios (así un Equipo trabajaría para los Juzgados 1 y 2, por ejemplo; y el otro, para los Juzgados 3 y 4) Y estarían a disposición del Fiscal del caso, que les requiriera la colaboración.

c) **Papel de las CC.AA.** Las Comunidades Autónomas, tanto por la vía de las competencias en materia de Justicia como en el campo de la protección de menores, deben ir progresivamente, haciéndose cargo de responsabilizarse de los ET, y así, cuidarse de su adecuada distribución, de que cuenten con los medios humanos y materiales necesarios y de procurar su puesta al día permanente, con la organización de los cursos de formación pertinentes.

En este orden de cosas, es fundamental que se dote la planta de los ET, en función del número de menores de la Comunidad, lo cual debe traducirse en la adecuada partida económica, para atenderla.

Igualmente, deberán propiciar los encuentros que sean necesarios,

mediante reuniones para intercambiar opiniones y solucionar problemas logísticos, por ejemplo, así como proponer la creación de más ET, cuando las necesidades así lo requieran.

d) **Funciones.** Los ET tienen un encargo en la LORPM, verdaderamente importante, tanto por el número de requerimientos que se les puede solicitar, como por la trascendencia de su tarea.

En particular, debe tenerse en cuenta que las labores de mediación extrajudicial, y de reparación con la víctima, son de gran interés para el buen fin de la Ley, que contempla dos grandes objetivos: tratamiento educativo preferente a los menores infractores de escasa entidad, y de naturaleza más sancionatoria que educativa, para la delincuencia grave.

Ese doble núcleo de funciones (para procesales y procesales «stricto sensu») debe traducirse en la estructuración interna de los ET, que deben atender dos clases de frentes bien distintos: uno, más en contacto con las partes y menos judicial, y otro, plenamente procesal, con la emisión de informes específicos, comparecencia a actos procesales y respuestas concretas sobre las diversas incidencias del proceso, que vayan produciéndose.

Y, por otro lado, según estimaciones, por cada expediente es posible realizar 9 actos de estudio y 5 de trámite, lo cual «pone de manifiesto la necesidad de unos equipos dotados de un número de técnicos y profesionales elevados».²⁰

e) **Celeridad.** En un proceso como éste, en el que la edad de los infractores tienen tanta importancia, el trabajo de los ET debe ser rápido. Pero no a costa de su calidad y acierto, ya que ha de realizarse, al tiempo, un buen trabajo.

Compaginar ambas cosas no es fácil, teniendo en cuenta las dificultades para realizar los informes, que dependen de contactos personales previos, no siempre propicios, y de la obtención de información de diversos entes y centros (colegios, servicios sociales, centros de salud...).

Si a ello sumamos la brevedad de los plazos en la LORPM, así la medida cautelar de internamiento tiene una duración de tres meses,

²⁰ La referencia está tomada del «Estudio sobre la incidencia de la entrada en vigor de la LO 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores», realizado por la Comisión de Estudios e Informes del CGPJ, a propuesta del Pleno quien lo encargó en su reunión de 12-4-2000.

prorrogable por otros tres, a instancia del Ministerio Fiscal (art.28.3 LORPM), la necesidad de trabajar rápido y bien, se ve reforzada.

f) **Condiciones de trabajo.** Estamos ante una labor ingrata, realizada muchas veces en un medio hostil, desconfiado, en el que no siempre se recibe no ya la colaboración imprescindible sino que ésta es sustituida por la incompreensión, e incluso, se pone en peligro físico a los propios agentes de los ET.

Por ello, también debe preverse, que junto al suficiente apoyo administrativo y en medios informáticos y de comunicación, los ET deben contar con apoyo policial especializado, cuando se prevea o se haya constatado ya, el peligro de algunas actuaciones.

Estas incidencias, así como vencer resistencias para obtener información, enfatizan la necesidad de un contacto permanente con la Fiscalía de Menores, la cual puede prestar, a este respecto, una colaboración esencial para solventar problemas e ilustrar, sobre qué informaciones difíciles de obtener son necesarias o no, para conformar el acervo probatorio, del caso.

V. CONCLUSIONES

El breve estudio realizado sobre el papel de las CCAA y de los ET, en la nueva Ley de Responsabilidad Penal del Menor, nos llevan a exponer algunas reflexiones finales, en las que subrayar las cuestiones que consideramos de mayor interés, para despejar incógnitas y trabajar en la solución de los problemas detectados.

Primera. La LORPM, configura un sistema integral de exigencia de responsabilidad penal a los delincuentes juveniles, que abarca desde los catorce a los veintiún años.

Segunda. Tratando de buscar un equilibrio educativo-sancionador, propugna la mediación, y, en los casos en que deba seguirse un proceso, éste contará con todas las garantías procesales, concluyendo —si hubiere sentencia condenatoria— con un amplio catálogo de medidas posibles, de naturaleza resocializadora antes que punitiva.

Tercera. En la realización de los objetivos de la Ley, tiene un papel primordial, el Equipo Técnico (ET), órgano asesor del Juez y

Fiscal, que junto con la red de centros de internamiento y establecimientos de cumplimiento de las medidas, conformarán la respuesta adecuada y de calidad, que la Ley trata de proporcionar.

Cuarta. En esta materia, integrada en la Administración de Justicia, las Comunidades Autónomas están llamadas a aportar los medios necesarios y a coordinarse con la Administración Central para establecer y mantener un sistema operativo y actualizado.

Quinta. Aunque existen algunas dudas, la opción de la Ley por crear Cuerpos Nacionales de Pedagogos, Psicólogos y Trabajadores sociales, forenses, parece entrever que los ET se formarán con estos profesionales, si bien echamos de menos la presencia de criminólogos y/o sociólogos.

Sexta. Aunque las tareas de protección y reforma, y en todo caso, el tratamiento de los menores de catorce años delincuentes, está atribuida a la competencia de las CC.AA, los ET actualmente existentes en éstas, podrán integrarse —según se establecerá, reglamentariamente— dentro de los Cuerpos Nacionales que nutrirán, en régimen funcional, los ET de la LORPM.

Séptima. Ante el gran y delicado trabajo que les aguarda, deberá cuidarse con gran esmero, una serie de cuestiones vitales para su buen funcionamiento: número, medios, estructura interna, formación permanente, asistencia policial.

Y Octava. De que puedan realizar su labor, con suficiente rapidez y niveles de calidad, dependerá —insistimos— la obtención de los ambiciosos objetivos que la Ley, persigue.

En definitiva, los Equipos Técnicos de la LORPM, son un elemento medular para el buen funcionamiento de la nueva Ley de Responsabilidad penal del Menor. Y ello exige que los poderes públicos, se coordinen para que su organización, puesta en marcha y seguimiento, sean los que esperamos.

LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO EN LA NUEVA REGULACIÓN LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES INFRACTORES

POR

RICARDO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes históricos. III. Novedades de la LORPM. 1. Principios inspiradores. 2. Medidas aplicables. 3. Centros de internamiento. Naturaleza y clases. 4. Modos de proceder para la elección de la medida de internamiento a imponer en la sentencia. 5. Régimen de cumplimiento. 6. Duración. 1. Regla general. 2. Mayores de dieciséis años. 3. Supuestos de extrema gravedad. 7. Excepciones a la medida de internamiento. 1. Hechos calificados como falta. 2. Infracción cometida por acción u omisión imprudente. 3. Infracción cometida en los supuestos de los n.º 1.º, 2.º y 3.º CP. 4. Regla especial para la aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado. 8. Imposición de varias medidas. 9. Posibilidad de modificación de la medida de internamiento impuesta en la sentencia. 10. El internamiento como medida cautelar. 11. Ejecución. 1. Competencias para la ejecución de la medida de internamiento. A) Características generales. B) Competencia administrativa. C) Competencia judicial. 2. Ejecución de la medida de internamiento. A) Principios inspiradores. B) Centros. Clasificación y rasgos comunes. C) Derechos de los menores internados. Información y reclamaciones. D) Deberes de los menores internados. Régimen disciplinario. Medidas de vigilancia y control. 3. Ejecución de varias medidas. IV. conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Afirma BARBERO SANTOS (1983, 430) que una juventud inmersa en una sociedad como la nuestra, las occidentales, la española, donde impera el principio de seguridad ciudadana y orden público; donde, en consecuencia, el umbral de la tolerancia respecto de la marginación, el desvío, la delincuencia es muy débil. Una sociedad que, por desear vivir sin conflictos, carece de comprensión para asumirlos.

En esta sociedad, a los menores desviados, muchos de ellos no delincuentes, se ha tratado, históricamente, como verdaderos delincuentes a pesar de no haber cometido delito alguno, por no ser tolerados, sea por sus actitudes, su modo de vestir, sus jergas idiomáticas, etc., el habitar en ciertos barrios o el divertirse en determinados loca-

¹ Magistrado.

les. Hace tiempo que se puede afirmar, sin miedo a equivocación alguna, que la delincuencia no es tanto un problema individual, como la expresión colectiva de los problemas de una sociedad.

Con la nueva LO de Responsabilidad Penal del Menor (en adelante, LORPM) se trata de superar los déficits y las carencias tanto educativas como sociales de los menores infractores a través de los nuevos centros educativos creados por la misma, como se examinará a continuación.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Hasta el Siglo XVIII no existía un plan orgánico que se ocupara del menor desarraigado y lo confinara en un espacio determinado, vagando estos menores sin control alguno. En este siglo surgió la idea de creación de establecimientos especiales donde se dispensara al menor un tratamiento diferenciado. Así, Toribio de Sevilla, en 1.726, creó un empresa particular, que recogía a los menores abandonados, inscribiéndose su hospicio en un contexto propicio para combatir futuras tendencias a la haraganería. Se trataba de una actividad peculiar: con un mero permiso de la autoridad seglar y eclesiástica de Sevilla, salía Toribio a rondar las calles y a cazar muchachos mendigos y descarriados. Una vez capturados, los llevaba a su hospicio y los sometía al orden interno de la casa, sin que ningún juez o autoridad tuviera que autorizar el aislamiento y tratamiento que a tales menores se les hacía.

La monarquía imperante de la época —Felipe V— creyó en tales ideas e intentó crear un plan para paliar el abandono y la semidesnudez de una gran cantidad de muchachos, intentando convertirlos, a la salida del hospicio, en benéficos artesanos. Pero la realidad fue que se crearon pocos hospicios, siendo éstos de aglomeración, donde, en el mejor de los casos (ROLDÁN BARBERO, 1988, 129) la pillería infantil y adolescente disponía de una estancia separada de la del resto de asilados.

Posteriormente, Jovellanos, en el Siglo XVIII, realizó un proyecto de reforma de los hospicios. De las siete casas tipo que abarcaba su proyecto dos atendían a la niñez incontrolada: una para niñas de más de cuatro años y hasta que llegaran a la edad de casarse o ponerse a servir y otra para muchachos huérfanos, díscolos o abandonados, hasta que se hallasen en situación de establecerse por su cuenta; ade-

más preveyó una inclusa de expósitos. Se le acusó de crear cárceles de muchachos.

Aún en el Siglo XIX nos encontramos sin un desarrollo de la política individualizadora de corte preventivo frente al menor delincuente. En los hospicios, de aglomeración, se internaban tanto a jóvenes huérfanos, abandonados o descarriados con adultos castigados por vagos. La única limitación era librar a los menores de trato con criminales avezados. Así, tanto en el Reglamento de 1807 como en al Ordenanza General de los Presidios del Reino de 1834, se prescribía que los jóvenes corrigendos no fueran confundidos con los delinquentes adultos. Se trataba de una simple ficción, por cuanto la vida real en los centros daba lugar a una confusión y mezcla de personajes de las más diferentes edades.

Poco a poco, no obstante, empezaron a ensayarse medidas segregadoras de los menores respecto a los adultos delincuentes. Así, como recoge ROLDÁN BARBERO (1988, 131), la fama alcanzada por la colonia agrícola de Mettray desbordó los Pirineos e irrumpió en España. Bajo su influencia se elevaron peticiones para tratar agrícolamente a los menores delincuentes; pero el coste de la obtención de terrenos y la desidia para la organización de una colonia en pleno campo desviaron la atención hacia zonas urbanas. Barcelona fue el primero en crear una casa para estos jóvenes; lo mismo se intentó hacer en Madrid, y de hecho las obras llegaron a su término, pero finalmente la casa fue habilitada para cuartel de la Guardia Civil.

Los Códigos Penales del Siglo XIX, el de 1848 y 1870, no daban un tratamiento diferenciados de la delincuencia juvenil, tan sólo se autorizaba una rebaja de la pena y no el cumplimiento en un establecimiento distinto de los delincuentes adultos. Así ocurría si la edad del menor estaba entre los quince y dieciocho años o entre los nueve y los quince, habiendo obrado en este último supuesto con discernimiento; por el contrario, si la edad era entre los nueve y los quince y se acreditaba su actuación sin discernimiento, preveía la ley su entrega a la familia y sólo en defecto de ésta se mandaba su internamiento en una casa de niños abandonados.

A finales de ese siglo, ARMENGOL (1894, 14) sustentó la tesis de la imprescindible separación entre menores delincuentes de los encerrados por corrección paterna o por abandono u orfandad. El hecho objetivo de haberse cometido un delito debía marcar la pauta divisoria: ¿qué conexión tienen unos con otros?, se preguntaba Armengol, «... ninguna y en cambio se confunden al desgraciado que carece de

familia, que no tiene seres que guíen su infancia, con mozalbetes de malas inclinaciones, de instintos peligrosos, rodeados de malos ejemplos, incitados al mal muchas veces por los que deberían apartarlos de él. Esta confusión de menores de procedencia y carácter tan distinto, es imperdonable, es insostenible. No hay razón alguna de economías ni de presupuestos que la autorice, es malear, es adulterar el fin, la índole y el objeto de los establecimientos donde se alojan huérfanos y desamparados».

El 12 de agosto de 1904 se promulgó la primera ley española de Protección a la Infancia, la cual tenía, como afirma MARTÍN LÓPEZ (2.000, 110), una pretensión higienicista y moralizadora de los niños hasta los diez años. En 1908 se crean las primeras Juntas Provinciales y Locales de Protección de la Infancia, integradas por los prohombres de cada ciudad y organizaciones constituidas por personas de clase burguesa con un espíritu religioso y humanitario con los mismos anteriores objetivos. Con la Ley de Bases de 2 de agosto de 1918 y el Decreto Ley de 25 de noviembre de 1918, sobre la creación y funcionamiento de los Tribunales para Niños, se inicia una verdadera justicia juvenil — así como la profesionalidad de los trabajadores integrados en los mismos—. En 1920 se crea en Bilbao el primer Tribunal Tutelar de Menores.

Por el Decreto de 11 de junio de 1948 se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, el Reglamento para su ejecución y el Estatuto de la Unión Nacional de estos Tribunales Tutelares de Menores y por el Decreto de 2 de julio de 1948 se reúne la legislación de protección de menores. El Tribunal Constitucional (en adelante, TC), en S 36/1991, de 14 de febrero, declaró inconstitucional el art. 15 de la citada Ley, relativo al proceso, obligando al Gobierno y al Parlamento a presentar y aprobar, respectivamente, una nueva ley, la reguladora de la competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores, la LO 4/1992, legislación aplicable anteriormente a la promulgación —y entrada en vigor— de la nueva ley, LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

En la actualidad, como afirma MARTÍN LÓPEZ (2.000, 115), han terminado los tiempos en que el menor era mero espectador de su propia vida, no le eran reconocidos derechos y carecía de otras vías de protección que no fuesen el sentimiento piadoso o moral de la sociedad. Hoy la normativa jurídica le reconoce como sujeto de derechos de muy amplio espectro y que puede defender, entre otras razones, porque el

estado tiene esta obligación. Estos derechos van desde los intereses básicos del menor (protección física, emocional e intelectual), intereses relacionados con su desarrollo (evitación de la discriminación o limitaciones que le impidan el desarrollo de sus capacidades) y, finalmente, los relativos a su decisión sobre la orientación de su vida y personalidad.

Y esto no es ajeno a la preocupación internacional de dar un marco jurídico de protección de los menores y de la infancia en general. Así, las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas Beijing), aprobadas por las Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985; las Directrices para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) aprobadas por las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1990; las Reglas para la Protección de los Menores privados de libertad y, final y fundamentalmente, la Convención de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificado por España el 30 de noviembre de 1990, que hace responsables a los Estados firmantes de sus políticas en materia de infancia, sancionando la ineludibilidad de la acción estatal positiva para garantizar en última instancia la eficacia de los derechos del menor y su protección (arts. 3.2 y 4 de la Convención).

La ratificación por España de estos Tratados internacionales, da lugar a reiteradas reformas de nuestro ordenamiento jurídico, y no sólo en el orden penal. Así, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación de la Filiación, Patria Potestad y Régimen económico del Matrimonio; la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por el que se modificaron diversos preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y se regulan el acogimiento familiar y la guarda, y, sin ánimo de ser exhaustivo, la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. En el ámbito penal, la citada LORPM.

III. NOVEDADES DE LA LORPM

1. Principios inspiradores

- Naturaleza formalmente penal de la ley, pero, al mismo tiempo, materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad.
- Reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor.

- Diferenciación de diversos tramos a efectos procesales y sancionadores en la categoría de infractores menores de edad.
- Flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto, tales como la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor. Para valorar estas circunstancias es de destacar los informes necesarios que deberán emitir los Centros técnicos o, en su caso, las entidades públicas o privadas que trabajen en el ámbito de la educación de menores y conozcan la situación del menor infractor, debiendo motivar expresamente el juez sentenciador las razones por las que se aplica cada medida.
- Competencia de la CCAA relacionadas con la reforma y protección de menores para la ejecución de las medidas impuestas en la sentencia, y, por último,
- Control judicial de la ejecución de las medidas

2. Medidas aplicables

Establece la Ley un amplio catálogo de medidas aplicables, todas vistas desde la perspectiva ancionadora-educativa, ut supra citada, primando nuevamente el interés del menor en la adopción de la medida más idónea, adopción por el Juez de forma flexible, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso concreto y de la evaluación personal del menor durante la ejecución de la misma.

Así, establece la LORPM (art. 7) hasta trece distintas medidas, con posibilidad de elección por el Magistrado de Menores en función del delito cometido, la gravedad del mismo y las circunstancias personales del menor infractor. Estas son:

1. *Internamientos*. De mayor a menor grado de privación de libertad distingue la ley entre internamientos en régimen cerrado, en régimen semiabierto, en régimen abierto. También recoge la ley un internamiento terapéutico, medida reservada para menores o jóvenes que requieran atención especializada, bien por padecer anomalías o alteraciones psíquicas, bien por su estado de dependencia a sustancias estupefacientes o bebidas alcohólicas que determinen una alteración de la conciencia de la realidad. Se estudian en el epígrafe siguiente.

2. *Tratamiento ambulatorio*. Podrá ser esta medida principal o complementaria de otra, debiendo asistir los sometidos a la misma al

Centro que se le asigne, con la periodicidad que se indique por los facultativos que le atiendan y siguiendo las pautas que se le fijen.

3. *Asistencia a un Centro de día*. Tiene por objeto no separar al menor infractor de su entorno familiar y social, debiendo realizar en el mismo las actividades de apoyo, educativas, laborales y de ocio que se le señalen.

4. *Permanencia de fin de semana*. Deberán permanecer en su domicilio o en el lugar o Centro que se les designe un máximo de treinta y seis horas entre la tarde del viernes y la noche del domingo.

5. *Libertad vigilada*. Se trata de una de las medidas más frecuentemente aplicadas por los Juzgados de Menores bajo la vigencia de la Ley 4/1992, de 5 de junio. Su objeto no es otro que supervisar por personal especializado la actividad desarrollada por el menor infractor, siguiendo unas pautas socio-educativas previamente fijadas. Se deberá informar periódicamente en los términos determinados por la sentencia al Juez de menores así como cuando este lo considere necesario— tanto del grado de cumplimiento del menor como de la valoración y eficacia de la medida en la consecución de los objetivos de resocialización y educación del menor que a ella se someta. En el apartado h) del art. 7 de la ley se especifican las reglas de conducta impuestas por el Juez sentenciador que entendemos— junto con otros autores (vid., por todos, POLO RODRÍGUEZ y HUÉLAMO BUENDÍA, 2000, 44)— no deben considerarse como *numerus clausus* y sí solo con valor meramente indicativo, si bien en el caso de imponerse otra medida distinta, entiendo que se deberá razonar su imposición. Son las siguientes:

1ª Obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente, si el interesado está en el período de la enseñanza básica obligatoria, y acreditar ante el Juez dicha asistencia regular o justificar en su caso las ausencias, cuantas veces fuere requerido para ello.

2ª Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares.

3ª Prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos.

- 4ª Prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa.
- 5ª Obligación de residir en un lugar determinado.
- 6ª Obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas.
- 7ª Cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.
6. *Convivencia con otra familia, persona o grupo educativo.* Se trata de garantizar que el menor infractor, conviviendo con otra familia o grupo educativo que le imponga el Juez de Menores por el tiempo que se le señale, va a conseguir unos hábitos familiares y sociales normales.
7. *Prestación en servicio de la comunidad.* A diferencia de las anteriores medidas, requiere ésta, para su imposición, el consentimiento del menor infractor y deberá guardar relación con la naturaleza jurídica de la infracción cometida por aquél. Se caracteriza esta medida por hacer comprender al menor infractor, en la realización de la misma, que la colectividad en su conjunto o determinadas personas han sufrido de modo injustificado unas consecuencias negativas derivadas de su conducta. Es decir, se pretende que el menor infractor comprenda que actuó incorrectamente, que merece un reproche formal de la sociedad y que la prestación de estos trabajos que debe realizar constituye una justa reparación.
8. *Realización de tareas socio-educativas.* El objeto de su imposición no es otro que facilitar al menor infractor el desarrollo de su competencia social; en otras palabras, acostumbrarse a vivir normalmente en sociedad.
9. *Amonestación.* Consiste en la represión realizada al menor infractor por el Juez de Menores consistencia en hacerle ver lo malo de su acción y las posibles consecuencias perjudiciales que le conllevaría incurrir nuevamente en la misma acción.
10. *Privación del permiso de conducir ciclomotores, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para la caza o para uso*

de cualquier tipo de armas. Sólo podrá imponerse esta medida como accesoria en el caso de infracciones cometidas por el menor utilizando ciclomotores o vehículos de motor o un arma, respectivamente.

3. Centros de internamiento. *Naturaleza y clases*

Las medidas de internamiento responden a una mayor peligrosidad, manifestada en la naturaleza peculiarmente grave de los hechos cometidos, caracterizados en los casos más destacados por la violencia, la intimidación o el peligro para las personas. El objetivo prioritario de la medida es disponer de un ambiente que provea de las condiciones educativas adecuadas para que el menor pueda reorientar aquellas disposiciones o deficiencias que han caracterizado su comportamiento antisocial, cuando para ello sea necesario, al menos de manera temporal, asegurar la estancia del infractor en un régimen físicamente restrictivo de su libertad. La mayor o menor intensidad de tal restricción da lugar a los diversos tipos de internamiento, a los que se va a aludir a continuación. El internamiento, en todo caso, ha de proporcionar un clima de seguridad personal para todos los implicados, profesionales y menores infractores, lo que hace imprescindible que las condiciones de estancia sean las correctas para el normal desarrollo psicológico de los menores.

El internamiento en régimen cerrado. Los menores o jóvenes que sean sometidos a esta medida deberán residir en el Centro, desarrollando en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio que los responsables del mismo consideren necesarias para la resocialización del menor. El objeto de la misma es conseguir la adquisición por parte del menor de los suficientes recursos de competencia social para permitir un comportamiento responsable en la comunidad, mediante una gestión de control en un ambiente restrictivo y progresivamente autónomo.

El internamiento en régimen semiabierto. Deberá también el menor residir en el Centro, pero se abre la posibilidad de que pueda desarrollar actividades fuera del mismo. Implica la existencia de un proyecto educativo en donde desde el principio los objetivos sustanciales se realizan en contacto con personas e instituciones de la comunidad, teniendo el menor su residencia en el centro, sujeto al programa y régimen interno del mismo.

El internamiento en régimen abierto. Supone un paso más de resocialización del menor con respecto al régimen semiabierto: el menor, residiendo en el Centro, realiza todas sus actividades en el exterior. Implica que el menor llevará a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el centro como domicilio habitual.

El internamiento terapéutico. Medida reservada para menores o jóvenes que requieran atención especializada, bien por padecer anomalías o alteraciones psíquicas, bien por su estado de dependencia a sustancias estupefacientes o bebidas alcohólicas que determinen una alteración de la conciencia de la realidad. Se prevé para aquellos casos en los que los menores, por las circunstancias expresadas, precisan de un contexto estructurado en el que poder realizar una programación terapéutica, no dándose, ni, de una parte, las condiciones idóneas en el menor o en su entorno para el tratamiento ambulatorio, ni, de otra parte, las condiciones de riesgo que exigirían la aplicación a aquél de un internamiento en régimen cerrado.

4. Modo de proceder para la elección de la medida de internamiento a imponer en la sentencia

Para la elección de qué medida de internamiento ha de imponerse en la sentencia (como en su caso de cualquier otra medida de las ut supra citadas) tanto el Ministerio Fiscal como el letrado del menor en sus alegaciones, así como el juez sentenciador, deberá atenderse y de modo flexible, además de a la prueba y valoración jurídica de los hechos, especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor.

Tanto la personalidad como el interés del menor deberán expresarse en los preceptivos informes que deberá recabar el Juez de menores, bien de los Equipos técnicos o, en su caso, de las entidades públicas de protección y reforma de menores emitidos conforme a lo dispuesto en el art. 27 LORPM (art. 7.3).

Por último, el Juez sentenciador deberá expresar en su resolución la motivación de porqué se impone una determinada medida.

5. Régimen de cumplimiento

En la ejecución de las medidas de internamiento se distinguen dos períodos:

- El primero, que deberá llevarse a cabo en el Centro correspondiente y según la clase de internamiento que se establezca.
- El segundo, en régimen de libertad vigilada, en la modalidad exigida por el Juez de Menores (cualquiera de las medidas previstas en el apartado h) del art. 7).

En todo caso, la duración total de la medida no podrá exceder la duración prevista en el apartado siguiente.

6. Duración

1. Regla general.

La duración del internamiento, con carácter general, no podrá exceder de dos años, debiéndose descontar, en su caso, el tiempo cumplido por el menor en medida cautelar (art. 9.3ª, in fine).

2. Mayores de dieciséis años.

En el supuesto de que el menor infractor, al tiempo de la comisión del hecho delictivo hubiera cumplido los dieciséis años, la duración de la medida podrá alcanzar los cinco años, siempre que concurren dos requisitos (art. 9.4ª):

- 1º. Que se hubiera cometido el hecho con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas. Y
- 2º. Que el Equipo técnico aconseje en su informe la prolongación de la medida.

3. Supuestos de extrema gravedad.

En los supuestos de extrema gravedad, excepcionalmente, siempre que concurren los requisitos señalados en el apartado anterior, podrá

el Juez sentenciador imponer una medida de internamiento de régimen cerrado de uno a cinco años, complementada sucesivamente por otra medida de libertad vigilada con asistencia hasta un máximo de otros cinco años. Sólo podrá hacerse uso de lo dispuesto en los artículos 14 y 51.1 de esta Ley una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento. Todo ello sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional cuarta.

La medida de libertad vigilada deberá ser ratificada mediante auto motivado, previa audiencia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor y del representante de la entidad pública de protección o reforma de menores, al finalizar el internamiento, y se llevará a cabo por las instituciones públicas encargadas del cumplimiento de las penas, conforme a lo establecido en el art. 105.1 del vigente Código Penal.

A los efectos de este artículo, se entenderán siempre supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se apreciara reincidencia.

Se introduce por la LO 7/2000, de 22 de diciembre, unas modificaciones de la LORPM relativa a los delitos cometidos por menores en el ámbito terrorista.

7. Excepciones a la medida de internamiento

1. Hechos calificados como falta.

No podrá imponerse medida alguna de internamiento (art. 9.1ª).

2. Infracción cometida por acción u omisión imprudente.

En este supuesto no podrán ser sancionados los menores infractores con medidas de internamiento en régimen cerrado (art. 9.6ª). Por exclusión, sí podrá ser sometido el menor infractor a cualquier otra medida de internamiento distinta del cerrado.

3. Infracción cometida

- por quien no pueda comprender la ilicitud del hecho —o actuar conforme a esa comprensión— por cualquier anomalía o alteración psíquica;
- por quien se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos; o

- por quien tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.

En estos casos y en caso necesario se les aplicará las medidas de internamiento terapéutico o tratamiento ambulatorio (art. 5.1). Se trata de los supuestos de exención de la responsabilidad criminal recogidos en los nº 1º, 2º y 3º del art. 20 del vigente Código Penal.

4. Regla especial para la aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado.

Sólo podrá aplicarse cuando en la narración fáctica y en la calificación jurídica de los hechos se establezca que en su realización se ha empleado violencia o intimidación en las personas o actuado con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas (art. 9.3ª).

8. Imposición de varias medidas

En el caso de que al menor infractor se le impusieran varias medidas en el mismo procedimiento y no pudieran ser cumplidas simultáneamente, podrá acordar el Juez sentenciador, a propuesta del Ministerio Fiscal y del letrado del menor, debiéndose oír al representante del equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores:

1º. Sustituir todas o alguna de ellas, o

2º. Establecer un régimen sucesivo de cumplimiento, con la limitación en este caso de que el plazo total de cumplimiento no pueda superar el doble del tiempo por el que se impusiere la más grave de las medidas (art. 13).

9. Posibilidad de modificación de la medida de internamiento impuesta en la sentencia

Podrá el Juez sentenciador, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, previa audiencia de éste e informe del Equipo técnico (o, en su caso, de la entidad pública de protección o reforma de menores), en cualquier momento:

- dejar sin efecto la medida impuesta, o
- reducir su duración, o
- sustituirla por otra medida

Para poder modificar la medida por el juez, los únicos requisitos que se exigen son:

- 1º. Que la modificación redunde en interés del menor, y
- 2º. Que se exprese suficientemente al menor infractor el reproche merecido por su conducta.

La forma de sustitución de la medida impuesta será a través de auto motivado, susceptible de recurso (art. 14).

— Supuesto especial de que el menor sometido a medida de internamiento cumpla la mayoría de edad.

En este caso, continuará cumpliendo la medida hasta alcanzar los objetivos propuestos en al sentencia (art. 15).

10. El internamiento como medida cautelar. Las medidas cautelares que puede adoptar el Juez de Menores a instancia del Ministerio Fiscal durante la tramitación del expediente son:

- 1º. Internamiento en un Centro, en el régimen que se considere adecuado.
- 2º. Libertad vigilada. Y
- 3º. Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.

Para la imposición de la medida cautelar de internamiento es necesario que en el expediente existan indicios racionales de la comisión de un delito y el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor.

Igualmente deberá atenderse, en el caso de que se quiera imponer la medida de internamiento, a la gravedad de los hechos, su repercusión y la alarma social producida, debiéndose valorar siempre las circunstancias personales y sociales del menor.

El modo de proceder será convocar una comparecencia, con la asistencia del Ministerio Fiscal, Abogado defensor y el representante del Equipo técnico y el de la Entidad pública de protección o reforma de menores, que deberán informar especialmente sobre la convenien-

cia de la medida solicitada, debiendo tener siempre en cuenta el interés del menor y su situación procesal, debiéndose documentar en pieza separada.

La medida cautelar así adoptada podrá mantenerse hasta el momento de la celebración del juicio e, incluso, durante la sustanciación del expediente, con el límite de tres meses, pudiendo prorrogarse a instancias del Ministerio Fiscal y por auto motivado, solamente por otros tres meses.

Lógicamente, el cumplimiento de las medidas cautelares que en su caso se hubieren impuesto al menor infractor, deberán abonarse en su integridad para el cumplimiento de las medidas que se impongan en la misma causa, o, en su defecto, en otras causas que hayan tenido por objeto hechos anteriores a la adopción de aquéllas (art. 28).

11. Ejecución

1. Competencias para la ejecución de la medida de internamiento.

A) Características generales.

Las características fundamentales de la ejecución de la medida de internamiento son:

- 1º. La ejecución de las medidas judicialmente impuestas corresponde a las entidades públicas de protección y reforma de menores de las Comunidades Autónomas, bajo el inexcusable control del Juez de Menores.
- 2º. Se mantiene el criterio de que el interés del menor tiene que ser atendido por especialistas en las áreas de la educación y la formación, pertenecientes a esferas de mayor inmediación que el Estado: de la administración autonómica o local.

3º. El Juez de Menores, a instancia de las partes y oídos los equipos técnicos del propio Juzgado y de la entidad pública de la correspondiente Comunidad Autónoma, dispone de amplias facultades para suspender o sustituir por otras las medidas impuestas, naturalmente sin mengua de las garantías procesales que constituyen otro de los objetivos primordiales de la nueva regulación, o permitir la participación de los padres del menor en la aplicación y consecuencias de aquéllas.

La característica fundamental es, pues, la distinción entre competencias administrativas y judiciales en la ejecución de la medida. Así,

B) Competencia administrativa.

La ejecución de las medidas adoptadas por los Jueces de Menores en sus sentencias firmes es competencia de las CCAA y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, donde se ubique el Juzgado de Menores que haya dictado la sentencia.

Dichas entidades públicas llevarán a cabo, de acuerdo con sus respectivas normas de organización, la creación, dirección, organización y gestión de los servicios, instituciones y programas adecuados para garantizar la correcta ejecución de las medidas previstas en esta Ley.

Las CCAA y las Ciudades de Ceuta y Melilla podrán establecer los convenios o acuerdos de colaboración necesarios con otras entidades, bien sean públicas, de la Administración del Estado, Local o de otras Comunidades Autónomas, o privadas sin ánimo de lucro, para la ejecución de las medidas de su competencia, bajo su directa supervisión, sin que ello suponga en ningún caso la cesión de la titularidad y responsabilidad derivada de dicha ejecución (art. 45).

C) Competencia judicial

La ejecución de las medidas previstas en esta Ley se realizará bajo el control del Juez de Menores que haya dictado la sentencia correspondiente, el cual resolverá por auto motivado, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del menor y la representación de la entidad pública que ejecute aquélla, sobre las incidencias que se puedan producir durante su transcurso.

Para ejercer el control de la ejecución, corresponden especialmente al Juez de Menores, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, las funciones siguientes:

- a) Adoptar todas las decisiones que sean necesarias para proceder a la ejecución efectiva de las medidas impuestas.
- b) Resolver las propuestas de revisión de las medidas a que se refiere el art. 14 de esta Ley.
- c) Aprobar los programas de ejecución de las medidas.
- d) Conocer de la evolución de los menores durante el cumplimiento de las medidas a través de los informes de seguimiento de las mismas.

- e) Resolver los recursos que se interpongan contra las resoluciones dictadas para la ejecución de las medidas, conforme establece el art. 52 de esta Ley.
- f) Acordar lo que proceda en relación a las peticiones o quejas que puedan plantear los menores sancionados sobre el régimen, el tratamiento o cualquier otra circunstancia que pueda afectar a sus derechos fundamentales.
- g) Realizar regularmente visitas a los centros y entrevistas con los menores.
- h) Formular a la entidad pública de protección o reforma de menores correspondiente las propuestas y recomendaciones que considere oportunas en relación con la organización y el régimen de ejecución de las medidas.
- i) Adoptar las resoluciones que, en relación con el régimen disciplinario, les atribuye el art. 60 de esta Ley (art. 44).

2. Ejecución de la medida de internamiento

A) Principios inspiradores

El fin fundamental de la medida de internamiento es la de educar al menor infractor hacia la resocialización, educarle para la vida en libertad.

Para este fin debe partirse de la idea de que el menor infractor es sujeto de derecho y que continúa formando parte de la sociedad. Igualmente, debe intentarse reducir al máximo los efectos negativos del internamiento (tal es el aislamiento de la sociedad, de la vida en libertad), favoreciéndose, como expresamente se recoge en el art. 55.1 LORPM «... los vínculos sociales, el contacto con los familiares y allegados, y la participación de la entidades públicas y privadas en el proceso de integración social, especialmente de las más próximas geográfica y culturalmente».

B) Centros de internamiento.

Además de los distintos Centros de internamiento previsto en la LORPM, anteriormente citados, señala la ley (art. 54) diversas notas características de éstos:

1. Deberán ser centros específicos para menores infractores, diferentes a los previstos en la LOGP para la ejecución tanto de medidas

cautelares privativas de libertad como de condenas penales y tanto en los distintos supuestos de medidas privativas de libertad, de detención o medidas cautelares que pudieran imponerse a los menores. La única excepción prevista sería el internamiento en centros socio-sanitarios, que en todo caso, requiera la previa autorización judicial.

2. Estos centros específicos deberán estar divididos en módulos adecuados a la edad, madurez, necesidades y habilidades sociales de los menores internados. Las reglas de funcionamiento interno de estos centros tiene como finalidad última la consecución de una convivencia ordenada, que permita la ejecución de los diferentes programas a que estuvieren sometidos cada uno de los menores internados.

C) Derechos de los menores internados. Información y reclamaciones.

El art. 56 LORPM reconoce la libertad ideológica y religiosa del menor, de conformidad con el art. 16 CE, y una serie de derechos considerados como irrenunciables durante su permanencia en el Centro de cumplimiento, de los que destacamos:

- derecho a recibir educación integral, asistencia sanitaria gratuita y enseñanza básica obligatoria correspondiente a su edad;
- derecho a preservar su dignidad e integridad;
- derecho de las menores internadas a tener en su compañía a sus hijos menores de tres años;
- derecho a ser internado en el centro de cumplimiento más cercano a su domicilio, con el objeto de favorecer y facilitar el régimen de visitas de sus familiares, evitando el desarraigo social, posibilitando la comunicación con sus padres, familiares y allegados, disfrutando de permisos y salidas que reglamentariamente se determinen;
- derecho a estar permanentemente informados de sus derechos y obligaciones y de su situación personal y judicial, así como de las normas de régimen y funcionamiento del Centro de cumplimiento;

y, por último, relativo sus padres o representantes legales,

- derecho a estar informados de la situación y evolución de la conducta del menor infractor.

Al objeto de que el menor internado tenga conocimiento de estos derechos, como así también de sus obligaciones, al momento de ingreso en el Centro se le dará información escrita de sus derechos y obligaciones, del régimen de internamiento, normas disciplinarias y de los medios existentes para formular peticiones, quejas o recursos (art. 58). Las peticiones o quejas podrán ser formuladas verbalmente o por escrito, en sobre abierto o cerrado, al Director del Centro el cual, si son de su competencia, resolverá; en caso contrario las pondrá en conocimiento de la entidad pública o autoridades competentes.

D) Deberes de los menores internados. Régimen disciplinario. Medidas de vigilancia.

Se recogen igualmente en la LORPM (art. 57) una lista de deberes a los que están sometidos los sujetos a la medida de internamiento, destacándose los siguientes:

- recibir la enseñanza obligatoria correspondiente a su edad;
- respetar y cumplir las normas de funcionamiento interno del Centro;
- deber de respeto tanto a los demás internos como al personal del Centro;
- observar las normas higiénicas, sanitarias, de vestuario y aseo personal que se establezcan, así como utilizar adecuadamente las instalaciones y medios materiales de que se dispongan;

y, fundamentalmente,

- permanecer en el Centro a disposición de la autoridad judicial competente hasta el momento de su puesta en libertad, sin perjuicio de los permisos y actividades autorizadas en el exterior.

Para el cumplimiento de estas obligaciones autoriza la LORPM (art.59) las inspecciones de locales y dependencias, así como el registro de personas, ropas y enseres de los menores internados. Con el mismo fin, en suma, se autoriza la utilización de los medios de contención que se establezcan reglamentariamente para evitar actos de violencia o lesiones de los menores, para impedir actos de fuga y daños en las instalaciones del Centro o la resistencia activa o pasiva a las instrucciones del personal del mismo en el ejercicio legítimo de su cargo.

Se establece por último en la LORPM que el menor internado podrá ser sometido a expediente disciplinario y la clasificación de las faltas disciplinarias en leves, graves y muy graves, atendiendo a la violencia desarrollada, su intencionalidad, la importancia del resultado y el número de personas ofendidas.

3. Ejecución de varias medidas

La manera de proceder será la siguiente: I. Cuando el menor estuviere sometido a varias medidas, el Juez que hubiere dictado la última sentencia firme ordenará el cumplimiento de aquéllas de manera simultánea. II. Cuando todas o algunas de las medidas impuestas no puedan ser cumplidas simultáneamente, se cumplirán sucesivamente, de conformidad con las reglas siguientes, salvo que el Juez disponga un orden distinto atendiendo al interés del menor:

- 1.^a Las medidas de internamiento se cumplirán antes que las medidas no privativas de libertad y en su caso, interrumpirán las que se estuvieren ejecutando que fueran de esta última naturaleza.
- 2.^a Cuando concurre el internamiento terapéutico con otra medida, se impondrá en primer término la medida de internamiento terapéutico. El Juez suspenderá, en su caso, el inicio de la ejecución de las medidas posteriormente impuestas hasta que aquélla finalice o sea alzada, salvo que se haga uso de la facultad establecida en el art. 14 de la presente Ley.
- 3.^a En los supuestos previstos en la regla 5.^a del art. 9, la medida de libertad vigilada habrá de suceder a la medida de internamiento en régimen cerrado, conforme a la dicción del mencionado precepto.
- 4.^a Cuando concurren varias medidas de la misma naturaleza, se cumplirán por orden cronológico de firmeza de las respectivas sentencias.
- 5.^a Cuando el joven cumpla medidas previstas por esta Ley y sea condenado a medidas o penas del Código Penal el Juez o Tribunal ordenará el cumplimiento simultáneo de las mismas, si ello fuera posible. En caso contrario, la pena de prisión se cumplirá a continuación de la medida de internamiento que se esté ejecutando salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, tratándose de una condena por delitos graves y atendidas las circunstancias del joven, ordene la inmediata ejecución de la pena de prisión impuesta.

III. El Juez, previa audiencia de las partes e informe del equipo técnico, podrá alterar el orden de cumplimiento previsto en el apartado anterior cuando así lo hiciere aconsejable el interés (art. 47).

IV. CONCLUSIONES

El estudio de la nueva LORPM en cuanto a las medidas de internamiento previstas y su regulación no puede dejar de ser positivo. Las medidas correctoras que se recogen tienen claros criterios educativos y de integración social. Así, y relativo a las medidas de internamiento, se recoge en la Exposición de Motivos de la ley que los menores de edad infractores han de «... disponer de un ambiente que provea de las condiciones educativas adecuadas para que puedan reorientar aquellas deficiencias que han caracterizado su comportamiento antisocial».

Hasta ahora, como se ha analizado, la educación de y para los menores con problemas de adaptación, lejos de recibir una connotación positiva, había degenerado en una etiqueta de educación correctiva para menores problemáticos. Con la nueva ley se parte, principalmente, de que no se puede seguir ignorando y negando la educabilidad de los menores infractores, estableciéndose un amplio catálogo de medidas para que prime el derecho del menor a recibir una educación y formación integral en todos los ámbitos y una formación laboral adecuada, que le permita reintegrarse en la sociedad una vez finalizado el cumplimiento de la medida de internamiento impuesta en la sentencia.

Se me plantean, no obstante, dos cuestiones fundamentales que determinarán el buen éxito de los propósitos de la ley: la primera, la educación para la libertad en régimen de privación de la misma; la segunda, la falta de recursos necesarios para que el espíritu de la ley sea una efectiva realidad.

Respecto de la primera, la educación para la libertad del que está privado de ella, coincide la nueva regulación de la responsabilidad penal del menor con la LOGP, que parte de que la reeducación y reinserción social es posible y que el tratamiento penitenciario es la forma adecuada para conseguirla, definiéndose en el art. 59 el tratamiento penitenciario como «... el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados».

Frente a este optimismo se alza una actitud pesimista que no sólo niega que en la situación de falta de libertad que existe en Centro de

internamiento cerrado pueda educarse para la libertad, sino que afirma, además, que esa misma privación de libertad es negativa para conseguir la resocialización que se pretende.

Entiendo, desde luego, que es muy difícil educar para la libertad en condiciones de no libertad. Y por dos razones. En primer lugar, por las condiciones de vida que deberán existir en estos Centros de internamiento cerrados, similares a los existentes en los cárceles. Y, en segundo lugar, por los peligros que para los derechos fundamentales tiene la imposición, más o menos encubierta, de un tratamiento.

La segunda de las cuestiones citadas se refiere a la falta de recursos necesarios para que el espíritu de la ley sea una efectiva realidad. Me refiero a la falta de medios e instalaciones adecuadas y del personal capacitado para llevar a cabo el tratamiento mínimamente eficaz. Es verdaderamente absurdo que después de fijarse legalmente los fines de la nueva regulación legal de la responsabilidad penal del menor en el tratamiento y en la resocialización, estos fines no se puedan alcanzar en la práctica por falta de medios, de personal especializado, de disponibilidades económicas en una palabra. La LORPM habla de centros de internamiento en régimen cerrado, semiabierto, abierto y terapéutico, de tratamiento ambulatorio, de asistencia a Centros de día, de permanencias de fin de semana, de rehabilitación social, de métodos de observación y tratamiento, de Equipos técnicos, que deberán contar, al menos, con especialistas en psicología, en psiquiatría, en psicoterapia. Todo ello muy costoso y lejos de la realidad actual. Incluso en países con mayor disponibilidad de recursos económicos se plantea este problema de un modo acuciante. Así, por ejemplo y relativo al sistema penitenciario, en la República Federal Alemana, la apertura y entrada en funcionamiento de los establecimientos de terapia social que estaba prevista para 1975 ha tenido que posponerse al 1 de enero de 1985, entre otras razones, por falta de medios y de personal suficientemente capacitado para llevar a cabo la función encomendada a dichos establecimientos. La situación económica y disponibilidad presupuestaria de cada una de las CCAA condicionará las inversiones de la administración, la mejora o creación de nuevos centros de tratamiento de menores infractores, capaces para cumplir las tareas que les han sido encomendadas. Pero no sólo esto. También existe el dato muy importante de la falta de conciencia en la opinión pública y en los representantes parlamentarios de que los establecimientos penitenciarios —donde incluimos, en sentido amplio, los centros de trata-

miento de menores infractores— deben ser mejorados y de que su mejora y reforma es tan importante como la construcción de hospitales y escuelas.

Por si todos estos problemas fueran pocos tenemos sin resolver el problema de los métodos de tratamiento que se pueden aplicar para conseguir la terapia social. Es muy fácil decir que el menor infractor debe ser tratado; pero ya no lo es tanto decir cómo debe serlo. Cuando se habla de terapia social se da a entender que los Centros de internamiento son modernos hospitales, en donde el menor infractor es tratado por un equipo de especialistas, con toda clase de miramientos y con los medios más sofisticados de terapia. Pero entre el psicoanálisis, la farmacoterapia y la psicocirugía hay todavía barreras infranqueables que no todo el mundo está dispuesto a franquear en aras de un, por lo demás, más que dudoso éxito en el tratamiento.

Tampoco están muy claras las metas que se deben proponer y alcanzar con el tratamiento. Podemos plantearnos con MUÑOZ CONDE (1982, 114) los siguientes interrogantes:

¿Qué sentido tiene resocializar al menor infractor por delitos cometidos contra la propiedad adoctrinándole en el respeto de la propiedad privada en una sociedad basada en la desigualdad económica o en una injusta distribución de sus recursos entre sus miembros?

¿Cómo y para qué resocializar a alguien que por razones coyunturales de desocupación laboral, grave crisis económica, etc. comete un delito contra la propiedad, mientras esas razones de desocupación y crisis económica sigan existiendo?

¿Cómo resocializar en el respeto a la vida a un delincuente violento, sin criticar al mismo tiempo a una sociedad que continuamente está desencadenando y ejerciendo una violencia brutal (guerras, violación de derechos humanos) contra otros grupos más débiles o marginados, entre los cuales probablemente se halla el menor delincuente?

Todos estos son problemas aún sin resolver, o, lo que es peor, mal resueltos, y es probable que, mientras que no se resuelvan, la resocialización y el tratamiento del menor infractor en los Centros de internamiento sólo sean bonitas expresiones que sólo sirvan para ocultar la realidad de su inexistencia o la imposibilidad de su realización práctica.

Que la situación actual debía ser modificada es algo en lo que —creo— todos estamos de acuerdo. En la LORPM hay muchas instituciones positivas que, potenciadas convenientemente, pueden servir para elaborar una estrategia de cara al futuro. Así, el sistema abierto,

los Equipos técnicos, la remuneración del trabajo en los centros (eso sí: «...dentro de las disponibilidades de la entidad pública» —art. 56, j/-), las prestaciones sociales correspondientes (entre ellas, fundamentalmente, el derecho a la prestación por desempleo), el derecho de las menores internadas a tener con ellas a sus hijos menores de tres años, la eliminación o por lo menos la restricción de la información a través de los antecedentes penales, etc., son datos muy positivos que pueden servir para mejorar la situación actual.

Mientras tanto habrá que seguir insistiendo en el carácter mítico de toda resocialización y tratamiento encaminado a modificar el sistema de valores del menor delincuente, desmontando cualquier planteamiento ideológico que no se base en la realidad. Mientras tanto, en fin, habrá que seguir luchando por mejorar y humanizar el sistema penitenciario —incluido el de menores—, no porque así se vaya a conseguir la anhelada resocialización (la que creo no es posible sin un cambio estructural profundo de la sociedad) sino porque el delincuente que entra en un centro de internamiento tiene, por lo menos, derecho a una cosa: a que, cuando salga un día liberado, tras haber cumplido la condena, no salga peor de lo que entró y en peores condiciones para llevar una vida digna en libertad.

Es esta la realidad de la que debemos partir si queremos transformarla. Lo contrario, como afirma MUÑOZ CONDE (1982, 118) es caer en el voluntarismo jurídico y hacer ideología en el peor sentido de la palabra. Nada hay científicamente más torpe que querer transformar la realidad al margen de la realidad misma.

BIBLIOGRAFÍA

- ARMENGOL CORNETE P. *Ensayo de estudio de Derecho Penal*. Barcelona, 1.894.
 BARBERO SANTOS M. *La delincuencia juvenil en España: Imagen y realidad*. Separata de la Lev. Doctrina Penal, Buenos Aires, julio-septiembre 1.983.
 GARCÍA VALDÉS C. *Régimen penitenciario en España. Investigación histórica y sistemática*. Madrid, 1.975.
 MARTÍN LÓPEZ M.T. *Consideraciones sobre delincuencia de menores*. En *Justicia con menores. Menores infractores y menores víctimas*. VV.AA., Colección estudios, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2.000.
 MONTERO HERNANZ T. *La Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor y las medidas de internamiento*. Lev. Documental Jurídica, n° 24, mayo-agosto 2.000.
 MUÑOZ CONDE F. *Resocialización y tratamiento del delincuente en los estableci-*

- mientos penitenciarios españoles*. En: *La reforma penal*. (VV. AA.), Ed. Instituto Alemán, Madrid, 1982.
 POLO RODRÍGUEZ J.J. y HUÉLAMO BUENDÍA A.J., «La nueva Ley Penal del Menor», Ed. Colex, Madrid, 2.000.
 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ R. *Introducción al ámbito penitenciario. Consideraciones generales sobre las penas privativas de libertad*. En el Curso. *Régimen penitenciario en el cumplimiento de las penas privativas de libertad*. Organizado por el Centro de Estudios Judiciales de las Administración de Justicia. Madrid, 3 al 5 de abril de 2.000. Pendiente de publicación.
 ROLDÁN BARBERO H. *Historia de la Prisión en España*. Publicaciones del Instituto de Criminología de Barcelona, Ed. PPU, 1.988.
 URBANO CASTRILLO E. DE. *Presentación de la LORPM, LO 5/2000, de 12 de junio*. E. Aranzadi. Febrero 2001.

En la Revista N.º 2 Febrero-Abril 1999 se publicó el Informe de 11 de enero de 1999 de la Dirección General de los Servicios Jurídicos acerca del envío de la Comisión Europea sobre determinados criterios de adjudicación incluidos en los pliegos de condiciones de las licitaciones llevadas a cabo por la Comunidad de Madrid.

Dos años después el tema sigue abierto. Se pretende con este artículo señalar las diferentes actuaciones que se han realizado, con una referencia cronológica a las reuniones, informes y hechos más relevantes mientras se espera la decisión de la Comisión Europea sobre la carta de empíezamiento dirigida contra el Decreto de la Comunidad de Madrid.

I. ANTECEDENTES

1. El lunes 6 de julio de 1998 se publica en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el Acuerdo de 18 de julio de 1998 del Consejo de Gobierno, por el que se deciden las medidas administrativas a adoptar para el desarrollo y la ejecución del Acuerdo Marco para apoyar la estabilidad y calidad del Empleo. En dicho Acuerdo Marco se acuerda, entre otros extremos:

«Segundo. En la contratación de obras, servicios y suministros que desde el Gobierno Regional, Unidades Administrativas, Empresas Públicas y Organismos de él dependientes se lleven a cabo, se establecerá como criterio preferente la creación de empleo»

Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid

MEDIDAS EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMUNIDAD DE MADRID PARA APOYAR LA ESTABILIDAD Y CALIDAD DEL EMPLEO

POR

ALICIA SÁNCHEZ CORDERO¹

En la Revista Nº 2 Febrero-Abril 1999 se publicó el Informe de 11 de enero de 1999 de la Dirección General de los Servicios Jurídicos acerca del escrito de la Comisión Europea sobre determinados criterios de adjudicación incluidos en los pliegos de condiciones de las licitaciones llevadas a cabo por la Comunidad de Madrid.

Dos años después el tema sigue abierto. Se pretende con este artículo señalar las diferentes actuaciones que se han realizado, con una referencia cronológica a las reuniones, informes y hechos más relevantes mientras se espera la decisión de la Comisión Europea sobre la carta de emplazamiento dirigida contra el Decreto de la Comunidad de Madrid.

I. ANTECEDENTES

1. El lunes 6 de julio de 1998 se publica en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el Acuerdo de 18 de julio de 1998 del Consejo de Gobierno, por el que se deciden las medidas administrativas a adoptar para el desarrollo y la ejecución del Acuerdo Marco para apoyar la estabilidad y calidad del Empleo. En dicho Acuerdo Marco se acuerda, entre otros extremos:

«Segundo. En la contratación de obras, servicios y suministros que desde el Gobierno Regional, Unidades Administrativas, Empresas Públicas y Organismos de él dependientes se lleven a cabo, se establecerá como criterio preferente la creación de empleo

¹ Magistrada de lo Contencioso-Administrativo.

BIBLIOGRAFÍA

- ARMENGO CORNETE F. *Ensayo de estudio de Derecho Penal*. Barcelona 1894.
BARBERO SANTOS M. *La delincuencia juvenil en España: Imagen y realidad*. Separata de la Ley Doctrina Penal, Buenos Aires, julio-septiembre 1983.
GARCÍA VILLANES C. *Regimen penitenciario en España: Investigación histórica y sistemática*. Madrid, 1975.
MARTÍN LÓPEZ M. F. *Consideraciones sobre delincuencia de menores. En Justicia con menores. Menores infractores y menores víctimas*. VVAA., Colección estudios. Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000.
MONTORO HERNÁNDEZ T. *La Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor y los centros de internamiento*. Ley Documental Jurídica, nº 24, mayo-agosto 2000.
MUNOZ CONDE Y. *Rehabilitación y tratamiento del delincuente en los estableci-*

estable en la obra o servicio contratado, valorando igualmente la estabilidad de la plantilla de la empresa concursante, de manera que se priorice a aquéllas con un peso mayoritario de trabajadores indefinidos.

En el caso de nuevas contrataciones vinculadas a la ejecución de la obra o el servicio, se valorará el compromiso de que éstas tengan carácter indefinido o en su defecto, la garantía de contratación causal, priorizando la figura del tipo de obra.(...)

Por todos estos criterios, vinculados a la estabilidad en el empleo, los pliegos de condiciones incorporarán cláusulas de las que resulte una puntuación del 20 por 100 del total de la baremación.

Tercero. Para impulsar criterios de estabilidad en la inserción laboral de personas con discapacidad, los pliegos de condiciones recogerán también la exigencia a las empresas licitadoras o concursantes del cumplimiento de la Ley de Integración Social de Minusválidos, por lo que se refiere a la necesaria ocupación de un 2 por 100 de la plantilla de las empresas de más de 50 trabajadores, aspecto que será igualmente seguido por el conjunto de la Administración Autonómica y las empresas que con ella se relacionan.»

2. Antes de su aprobación, fue sometido a consulta del Consejo de Estado de conformidad con el artículo 23 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril. En su dictamen de 4 de junio de 1998 el Consejo de Estado informa sobre diversas cuestiones sometidas a consulta, entre las que se destacan las siguientes:

I. Sobre el establecimiento de criterios preferentes para la adjudicación de contratos públicos, la creación de empleo estable en la obra o servicio contratado, y la estabilidad de la plantilla de la empresa adjudicataria, incorporando en los pliegos de condiciones cláusulas de las que resulten una puntuación del 20% del total de la baremación, se señala:

- la incorporación al derecho de la Comunidad de Madrid debería hacerse, a falta de apoyo expreso en el Estatuto de Autonomía que permita ejercer potestades de desarrollo normativo de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de que el Estatuto pueda ser reformado, por vía convencional mediante la aprobación de los oportunos pliegos de cláusulas administrativas.
- la finalidad de la cláusula es que la contratación que se produzca con las empresas, en la medida de lo posible (un 20 por cien-

to de la puntuación), se dirija a crear empleo y producir estabilidad laboral. Esta finalidad no se propone como *prohibición de contratar* con las empresas que carezcan de un número determinado de empleados fijos, ni como *condición exigida para obtener la clasificación* (lo que sería contrario a la Ley 13/1995), sino como criterio objetivo que sirva de base para la selección del contratista.

- la Comunidad de Madrid puede establecer en cada uno de sus contratos los pactos lícitos que tenga por conveniente, que han de ser cumplidos por las empresas no como *requisito* para contratar, sino como *preferencia*, y no como prohibición, o como criterio para la clasificación de las empresas.
- la preferencia por razones sociales en las adjudicaciones, que podría establecerse convencionalmente en los pliegos generales que en su caso se aprueben, se prevé que alcanzaría una puntuación del 20% del total de la baremación, porcentaje que sin dejar de ser importante, no es determinante pues existe aún un 80% de la puntuación que puede responder a otros criterios.
- el artículo 30.1 de la Directiva 93/97/CEE abre la posibilidad de que la cláusula de creación de empleo y estabilidad laboral, cuya implantación ha sido convenida por la Comunidad de Madrid con los sindicatos más representativos de su ámbito geográfico, pueda incluirse, en términos ponderados y no discriminatorios, en los pliegos de cláusulas administrativas generales, sin que por esta causa se viole el derecho comunitario en materia de contratación de obras.
- el 141 Protocolo sobre Política Social del Tratado de la Unión Europea establece que «los objetivos de la Comunidad y de los Estados miembros son el fomento del empleo (...) A tal fin, la Comunidad y los Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Comunidad». La discriminación positiva que, según ha quedado propuesto, quedaría establecida convencionalmente en los pliegos para fomentar la creación y estabilidad en el empleo, coherente con lo previsto en el Tratado de Amsterdam que articula nuevas normas dirigidas fundamentalmente a dar apoyo a las actuaciones nacionales en materia de promoción del empleo, estableciendo que las políticas y acciones que desarrolla la

Comunidad Europea en los diversos campos deben tomar en consideración su potencialidad para la creación de empleo — que es precisamente lo que se pretende en este caso—

II. Sobre las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos mediante la exigencia de las empresas licitadoras o concursantes del cumplimiento de la Ley de Integración Social de Minusválidos, lo que procura el Acuerdo Marco es, simplemente, que se cumpla una Ley que esta en vigor, finalidad que, podría cumplirse de modo estable mediante la incorporación a los pliegos de cláusulas administrativas generales, sin necesidad de promulgar normas reglamentarias al efecto.

3. De nuevo se solicita dictamen al Consejo de Estado sobre el proyecto de Decreto por el que se establecen medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad del empleo. En su dictamen de 19 de noviembre de 1998 el Consejo de Estado sienta las siguientes consideraciones:

- el rango de la norma —Decreto— es adecuado a los fines que se pretenden al desarrollar reglamentariamente una norma legal estatal.
- la Comunidad de Madrid ostenta competencias al haberse reformado el Estatuto de Autonomía por Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio, asumiendo competencias de desarrollo legislativo en materia de contratos.
- los criterios establecidos para la adjudicación de los contratos por concurso son objetivos y están referidos a la oferta más ventajosa para los intereses públicos, porque una de las posibles manifestaciones de seriedad y fiabilidad de una empresa puede ser precisamente la estabilidad y calidad de los contratos que ofrece a sus empleados, pudiendo ser un criterio objetivo para la adjudicación, incluso más fiable que otros señalados en el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, para seleccionar —siempre haciendo uso de una ponderación razonable del criterio— al contratista que corresponda, precisamente para proteger los intereses públicos presentes en la selección de la oferta más ventajosa, dado que la calidad del empleo ofrecido por una empresa, y la cualificación de sus recursos humanos, es uno de los factores objetivos que puede influir en la selección del contratista más adecuado.

- respecto al establecimiento en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por empresas que tuviesen contratados en el momento de la presentación de las ofertas trabajadores minusválidos (siempre que igualen en sus términos a las más ventajosas, a la vista del precio en las subastas, y de los demás criterios objetivos en los concursos), la diferencia con la ley estatal radica en que no se señala el momento en que procede acreditar que en la plantilla hay trabajadores minusválidos y en que no se señala un porcentaje mínimo de trabajadores minusválidos — la norma estatal fija que no será inferior al 2 por 100 de la plantilla.

4. Con estas consideraciones del Alto órgano consultivo se aprobó el Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, por el Consejo de Gobierno, publicándose en el B.O.C.M. de 4 de enero de 1999 y entrando en vigor ese mismo día.

En el **artículo 2** se establecen los criterios objetivos de adjudicación en relación con el empleo referidos a la adjudicación mediante concurso. Además de los criterios objetivos del artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se incluirán necesariamente uno o varios de los siguientes criterios objetivos relativos al empleo, atendiendo a las características específicas del objeto de cada contrato

a) *Estabilidad de la plantilla de la empresa referida al mantenimiento o incremento del número de trabajadores con contrato indefinido durante el año anterior a la fecha de presentación de la proposición.*

b) *Porcentaje de trabajadores con contrato indefinido en la plantilla de la empresa en el momento de presentación de la proposición, respecto del total de los trabajadores de aquella.*

c) *Porcentaje de trabajadores de la plantilla de la empresa afectos a la ejecución directa del objeto del contrato.*

d) *Nuevas contrataciones de trabajadores vinculadas a la ejecución del objeto del contrato.*

En el apartado 3 se dispone:

« los criterios objetivos de empleo, en su conjunto, se les atribuirá en todo caso una ponderación del 20 por 100 del total de la baremación».

En el **artículo 4** se recogen las medidas de contratación con empresas que estén obligadas a tener en su plantilla trabajadores minusválidos. En el **artículo 5**, con relación a la contratación con empresas que tengan trabajadores minusválidos, se establece:

«Los órganos de contratación establecerán en los Pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, sin estar sujetas a la obligación a que se refiere el artículo 4 de este Decreto, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2%, siempre que dichas proposiciones igualasen en sus términos a las más ventajosas después de aplicar el criterio precio en las subastas y los criterios objetivos establecidos para la adjudicación en los concursos. A tales efectos, las empresas acreditarán dicha circunstancia mediante la presentación de contratos de trabajo y documentos de cotización a la Seguridad Social»

5. La Comisión Europea, el 21 de diciembre de 1998, envía una carta al Embajador, Representante Permanente de España ante la Unión Europea, indicando que había sido alertada sobre la posible incompatibilidad con el Derecho comunitario de determinados criterios de adjudicación incluidos en los pliegos de condiciones en relación a tres licitaciones de contratos públicos de obras llevadas a cabo por la Comunidad de Madrid. La citada carta se refiere al proyecto del Acuerdo del Consejo de Gobierno por el que se procede a la ejecución del Acuerdo Marco señalado en el antecedente primero.

En concreto, los criterios cuya posible ilegalidad se plantea la Comisión y sobre los que se piden observaciones de las autoridades competentes son los que se refieren al criterio preferente de *«creación de empleo estable en la obra o servicio contratado, valorando igualmente la estabilidad de la plantilla de la empresa concursante, de manera que se priorice a aquéllas con un peso mayoritario de trabajadores indefinidos»*...*«El peso relativo a ese criterio en la valoración global deberá ser del 20%»*; y criterios relativos a la experiencia en obras similares, los medios materiales y personales y el criterio de *«desempate»* en favor de las empresas que empleen trabajadores minusválidos.

La Comisión manifiesta:

— los criterios de adjudicación del contrato han de referirse exclusivamente a la oferta.

— las Directivas comunitarias en materia de contratación permiten dos modalidades de adjudicación, al precio más bajo o a la oferta económicamente más ventajosa, valorándose esta última de acuerdo con una combinación de criterios objetivos enumerados en las Directivas a título de ejemplo que tienen en común estar referidos a la oferta concreta de que se trate y que aporta información sobre la bondad de la misma desde el punto de vista económico.

— los criterios utilizados por la Comunidad de Madrid no conducen a la elección de la oferta económicamente más ventajosa, no siendo admisibles tampoco como criterios de selección del contratista, ya que ni se refieren a su capacidad técnica o financiera, ni pueden dar lugar a la exclusión de la participación del contrato.

— dichos criterios no tienen cabida en las Directivas comunitarias y pueden constituir una violación del Tratado en la medida en que estarían vulnerando el principio de igualdad de trato.

6. En contestación a la carta de la Comisión se remitió informe elaborado por la Dirección de Servicios Jurídicos en el que se destaca la política social de la Comunidad de Madrid a través de la inclusión de cláusulas sociales en los contratos administrativos, como instrumento de fomento del empleo, en particular en la adjudicación de los contratos por el sistema de concurso. La promoción del empleo estable y de la inserción laboral de los minusválidos constituye un objetivo socioeconómico de primer orden, además de contribuir a disminuir las prestaciones sociales a cargo de la Administración y permitir el aumento de su recaudación fiscal. El carácter más ventajoso económicamente de la oferta —en la forma de adjudicación por concurso— puede resultar también de criterios socioeconómicos, sea más ventajoso para la obra o el servicio o para la economía en general.

Tras analizar los objetivos de la Comunidad europea, de apoyar y complementar la acción de los Estados miembros en el ámbito social (Acta Única Europea, Tratado de Maastrich, Tratado de Amsterdam), se considera la actuación de la Comunidad de Madrid conforme al Derecho español y al comunitario —examinando la doctrina extraída de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 20 de septiembre de 1988, asunto 31/87, Gebroeders Beentjes BV contra Los Países Bajos y las Directivas comunitarias sobre contratación— al tratarse de medidas adicionales, no determinar discriminación por razón de

nacionalidad y resultar claramente anunciadas en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas particulares.

7. En relación con este asunto se formuló una pregunta escrita a la Comisión el 11 de febrero de 1999 por el Eurodiputado D. Carlos Carnero González (PSE).

La respuesta del Sr. Flynn en nombre de la Comisión, el 9 de abril siguiente, alude al Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, de la Comunidad de Madrid y defiende la dificultad de admitir unos criterios de adjudicación más relacionados con la estructura de la empresa que con la calidad de la oferta, sin que nada impida que en los pliegos de condiciones se establezcan unas condiciones de ejecución de contrato que tengan en cuenta el cumplimiento de las obligaciones de carácter social, siempre que respeten los principios de no discriminación y de igualdad de trato a que están dirigidas las Directivas comunitarias sobre los contratos públicos en el marco de la realización del mercado único. Respecto a los demás aspectos del Acuerdo que fomentan la creación de empleo se acogen favorablemente. No se da respuesta a si la Comisión sabe que el mencionado Acuerdo recibió informe favorable del Consejo de Estado.

8. A instancias de la Comisión se promovió una Reunión Paquete de Contratación Pública el 26 de octubre de 1999 en el Ministerio de Asuntos Exteriores, para tratar de la Queja sobre pliegos de condiciones de la Comunidad Autónoma de Madrid.

En el documento de trabajo preparado por la Comisión —dirigido ya contra el Decreto 213/1998, de 17 de diciembre— se contesta la respuesta de las autoridades españolas apreciando que las Directivas sobre contratación pública no admiten consideraciones de tipo macro-económico para determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, sino que se basan en la prestación concreta de que se trate.

En relación con la sentencia Beentjes se alega que admite, siempre que se cumplan determinados requisitos de publicidad y se garantice la no discriminación, que se incluyan condiciones de ejecución del contrato de carácter social, sin referirse en ningún caso a la posibilidad de utilizar dichas condiciones como criterios de adjudicación, reconociendo que la adjudicación del contrato sólo puede hacerse sobre la base de criterios destinados a definir la oferta económicamente más ventajosa.

En lo que se refiere a la integración profesional de los minusválidos, el criterio de «desempate» es en realidad un criterio de adjudicación que plantea los mismos problemas que el criterio de estabilidad en el empleo, y que ha sido objeto de contestación por la Comisión en los procedimientos de infracción 96/2104 y 96/2105, relativos a la transposición de las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE.

9. En la Reunión «paquete-1999, sector Contratos Públicos», los representantes españoles y los de la Comisión esgrimieron de nuevo sus puntos de vista en los mismos términos de sus respectivas observaciones. No obstante, se acordó, entre otras cosas, que los servicios competentes de la Administración española, incluidos los de la Comunidad Autónoma de Madrid, y los de la Comisión, organizarían reuniones técnicas para tratar de encontrar una solución conforme al Derecho comunitario con relación a los problemas planteados con la aprobación del Decreto 213/1998.

10. Fruto de tal compromiso, además de la Reunión en Bruselas entre el Consejero de Presidencia del Gobierno regional y la Comisión, el 17 de noviembre de 1999, se celebró una nueva reunión en el Ministerio de Asuntos Exteriores entre los servicios de la Comisión Europea y una delegación de la Comunidad de Madrid el 25 de febrero de 2000. Los asuntos tratados se refirieron a tres cuestiones en relación con el meritado Decreto 213/1999:

1. Obligación de emplear minusválidos, al menos en el 2% del número de trabajadores de la plantilla durante la ejecución del contrato.

Al tratarse del cumplimiento de obligaciones laborales y sociales según la Ley Nacional de Integración de Minusválidos de 7 de abril de 1982, anterior a las Directivas Comunitarias sobre contratación pública, la comisión consideró que iba a estudiar el R.D. 27/2000, de 14 de enero, que desarrolla el artículo 38.1 de la Ley, sobre implantación de medidas alternativas a la obligación de emplear minusválidos.

2. Aplicación de criterios de calidad y estabilidad del empleo a efectos de la adjudicación de los contratos.

La Comisión sólo admitiría su inclusión en la fase de admisión de los licitadores a los concursos o bien en la fase de ejecución del contrato, pero en ningún caso en la fase de selección del contratista. La

Comisión estaba estudiando la modificación de la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas por la Ley 53/99, de 18 de diciembre, en cuanto a que la solvencia técnica puede acreditarse, entre otros medios, por el grado de estabilidad de la plantilla, si bien, en una primera opinión, entiende que podría ser contraria a las directivas comunitarias habida cuenta que según éstas los medios de acreditar la solvencia técnica son «*numerus clausus*» y entre ellos no se contempla la estabilidad en la plantilla. Propone también que el término de «*empleo estable*», en cuanto es discriminatorio respecto a los Estados miembros que optan políticamente por una mayor flexibilidad en las plantillas, se sustituyera por términos tales como contratación de parados de larga duración o de trabajadores en busca de su primer empleo.

3. Preferencia en la adjudicación en caso de empate de ofertas para aquellas empresas que tuviesen empleados trabajadores minusválidos sin estar sujetos a esta obligación.

La Comisión manifestó su negativa a admitirlo como criterio de adjudicación, solicitando que se le enviara una propuesta de modificación del Decreto 213/98 de tal modo que no aparezca tal circunstancia como criterio de adjudicación.

11. La Dirección General de Cooperación con el Estado y Asuntos Europeos de la Consejería de Presidencia de la Comunidad de Madrid contestó a la propuesta anterior en el sentido de esperar a la decisión de la Comisión una vez analizada la Ley 53/99, de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto el Decreto contenía un paquete único de medidas dirigidas a garantizar la calidad y estabilidad del empleo en la contratación pública. Se ofreció seguir en contacto a través de reuniones informales a fin de buscar una solución conjunta.

12. La Comisión Europea remitió Carta de Emplazamiento de fecha 12 de abril de 2000 —recibida el 14 de abril— llamando la atención del Gobierno español sobre el Decreto 213/1998, en particular sobre dos tipos de medidas contempladas en los artículos 2 y 5, por considerar que infringen las disposiciones de las Directivas comunitarias que coordinan los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, así como las reglas del Tratado CE, especialmente los principios de igualdad de trato y de no discriminación.

13. Con posterioridad al envío de la Carta de Emplazamiento, el 12 de mayo de 2000 el Sr. Bolkestein en nombre de la Comisión respondió a las preguntas formuladas por tres Eurodiputados españoles (PPE-DE) (PSE) y (GUE/NGL) sobre adecuación de las políticas sociales de los Estados miembros con el Derecho comunitario, en particular con las Directivas de adjudicación de contratos públicos de obras.

En su respuesta, la Comisión mantiene su postura: Las Directivas comunitarias sobre contratación solo permiten utilizar criterios sociales como condición de ejecución de los contratos públicos ya adjudicados, que no discriminen, directa o indirectamente, a los licitadores provenientes de otros Estados miembros y siempre que se mencionen en el anuncio de licitación y en las condiciones generales de contratación; la utilización de un criterio subsidiario de desempate de ofertas equivalentes se convierte, en definitiva, en el único criterio determinante para la adjudicación del contrato infringiendo las Directivas, sin que nada impida en cambio, que se impusiera a los licitadores la condición de comprometerse a contratar, para la realización del contrato a trabajadores minusválidos; durante los trabajos preparatorios de la Directiva 93/37/CEE, los Estados miembros se manifestaron explícitamente contra la introducción de criterios de carácter no estrictamente económico para la adjudicación de los contratos comprometiéndose la Comisión a adoptar una comunicación interpretativa sobre los aspectos sociales en la contratación pública.

II. OBJETO DE LA CARTA DE EMPLAZAMIENTO

Constituye objeto de la queja el Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid, por el que se establecen medidas en la contratación administrativa para apoyar la estabilidad y calidad del empleo.

Las observaciones de la Comisión en su carta anterior de 21 de diciembre de 1998, iban referidas al Acuerdo de 18 de junio de 1998 del Consejo de Gobierno, por el que se deciden las medidas administrativas a adoptar para el desarrollo y la ejecución del Acuerdo Marco para apoyar la estabilidad y calidad del empleo, así como al propio Acuerdo Marco. Aunque la respuesta de la Comunidad de Madrid se centró en el Acuerdo Marco y en las tres licitaciones a que se refería la citada carta, se mencionaba la publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 4 de enero de 1999, del Decreto 213/1998.

La Comisión considera que, en particular, los **artículos 2 y 5** del Decreto infringen las disposiciones de las Directivas comunitarias que coordinan los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos así como las reglas del Tratado CE, especialmente los principios de igualdad de trato y de no discriminación.

III. INFRACCIONES IMPUTADAS

A) Medidas destinadas a apoyar la estabilidad en el empleo

Los criterios objetivos de adjudicación relativos al empleo —artículo 2 del Decreto— que han de incluirse en los Pliegos de cláusulas administrativas particulares, de los contratos que hayan de adjudicarse mediante concurso, además de los que se establecen en el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas —el precio, al fórmula de revisión, el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica y el servicio postventa—, y que se contemplan en el artículo 2.1, apartados a), b), c) y d) del Decreto, no se refieren a la oferta concreta de que se trate, ni al carácter más ventajoso de la oferta siendo, por tanto, incompatibles con la normativa comunitaria sobre contratación pública.

Las razones de la Comisión son las siguientes:

1. Los criterios de adjudicación del contrato han de referirse exclusivamente a la oferta. Los criterios que se recogen en el Decreto pertenecen al ámbito de la política social, pero nada dicen sobre el carácter supuestamente más ventajoso de una determinada oferta.
2. Las Directivas comunitarias sobre contratación pública no han sido concebidas como instrumentos de la política social, que tienen otros medios de servirse, siendo intencional la no inclusión de preferencias de tipo social.
3. La determinación de la oferta más ventajosa económicamente responde en las citadas Directivas a criterios relacionados con la prestación concreta de que se trate, sin que quepan consideraciones relacionadas con la «economía en general».
4. La sentencia Beentjes llega a admitir la posibilidad de incluir el requisito de emplear trabajadores en paro prolongado en los anuncios

de licitación bajo determinadas condiciones, como «condición de ejecución del contrato», nunca como criterio de adjudicación. Además para ser compatible con la Directiva 71/305, no debe incidir de forma discriminatoria respecto a los licitadores de otros Estados miembros de la Comunidad, lo que no se excluye en el Decreto autonómico. Trae a colación las Conclusiones del Abogado General Alber en el asunto C-225/98, Comisión/República francesa.

5. Los criterios incriminados no son admisibles como criterios de selección de los contratistas, ya que ni se refieren a su capacidad técnica, económica o financiera ni figuran entre las causas de exclusión.

B) Medidas para favorecer la integración social de los minusválidos

1. El criterio de desempate que se presenta en el artículo 5 del Decreto —tener en la plantilla, en el momento de acreditar la solvencia técnica, un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 por ciento— a juicio de la Comisión introduce un criterio de adjudicación distinto de los contemplados en las Directivas, que tampoco puede considerarse elemento constitutivo del criterio de oferta económicamente más ventajosa por no referirse a la oferta, sino a la empresa, infringiendo la normativa comunitaria. A este criterio se refieren también las Conclusiones del Abogado General en el asunto C-225/98.

2. La salvedad prevista en el artículo 30, apartado 3 de la Directiva 93/37/CEE, no es aplicable en este caso al tratarse de una norma posterior a la adopción de la Directiva.

IV. CONSIDERACIONES JURÍDICAS DEL INFORME DE LA DIRECCION GENERAL DE SERVICIOS JURIDICOS DE 1 DE JUNIO DE 2000

A. Medidas destinadas a apoyar la estabilidad del empleo

A.1. Sobre la inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública

Las políticas de empleo de los responsables de las políticas públicas, amen de constituir una preocupación creciente para conseguir superar las altas tasas de desempleo, que no disminuyen el mismo ritmo que aumenta el crecimiento económico y pese a los esfuerzos en

este sentido, van sufriendo una lenta evolución buscando nuevos instrumentos adecuados para afrontar los problemas estructurales del desempleo.

Las políticas de estímulo a la creación de empleo mediante subvenciones directas, incentivos a la contratación empresarial, acciones de formación, agencias de colocación, integración de colectivos excluidos (parados de larga duración, jóvenes sin formación, marginados, minorías étnicas, inmigrantes, minusválidos, etc) no son suficientes. Son necesarias «acciones positivas», discriminaciones positivas puestas al servicio del cumplimiento de objetivos sociales. Si en el campo de los derechos sociales su aplicación y aceptación es pacífica — por ejemplo, igualdad de trato entre hombres y mujeres— la política social de las Administraciones Públicas cuenta con otro instrumento normativo de intervención económica para el cumplimiento de políticas sociales: discriminación positiva en el ámbito de la contratación pública a través de la inclusión de cláusulas sociales en el proceso de licitación de obras públicas.

Esta línea de mayor participación activa de las políticas sociales promovidas por los Estados miembros de la Unión Europea, se va perfilando, si bien lentamente, en el seno de la Unión.

En el informe del Comité de Sabios de marzo de 1996, *Por una Europa de los Derechos Cívicos y Sociales*, se señala:

«Si Europa rechaza simultáneamente el agravamiento de las desigualdades y de la marginación social y la generalización de las políticas de asistencia pasiva destinadas a las personas en situación de exclusión, deberá hacer un esfuerzo considerable de innovación, de organización y de movilización para construir un sistema de desarrollo donde todo el mundo tenga su lugar, será necesario desarrollar una concepción activa de la ciudadanía donde cada cual acepte tener obligaciones hacia los demás. Hará falta renovar profundamente asimismo nuestras políticas públicas, que deben prevenir tanto como curar, e incitar al esfuerzo más que asistir»

En el *Libro Verde de la Comisión sobre la contratación pública en la Unión Europea. Reflexiones para el futuro*, de 27 de noviembre de 1996, se abunda en esta idea:

«Una política eficaz en materia de contratos públicos es vital para el éxito del mercado interior en todos sus aspectos... Con la implantación del marco jurídico comunitario de contratación pública, es importante iniciar un proceso de reflexión sobre la

mejor forma de aprovechar todas sus posibilidades, para seguidamente someter la materia a debate entre los Estados miembros, el Parlamento Europeo, las entidades y poderes adjudicatarios —cuya contribución es esencial—, y las propias empresas... Nuestra política de contratos públicos abre posibilidades nuevas, pero también plantea un desafío formidable. La implantación de nuevas normas supone un esfuerzo de adaptación de los métodos tradicionales de trabajo».

En el apartado 5.V se aborda el tema de los aspectos sociales en la contratación pública. Se reconoce que «los poderes y entidades adjudicadoras pueden verse obligados a aplicar los diferentes aspectos de la política social en el momento de adjudicación de sus contratos, ya que las adquisiciones públicas pueden constituir un importante medio de orientar la actuación de los operadores económicos», citando a modo de ejemplo la protección del empleo o las «acciones positivas».

En este proceso de reflexión sobre las Directivas Comunitarias de contratos públicos merece destacarse el Informe de 9 de octubre de 1997, acerca del Libro Verde, del Parlamento Europeo, al que se anexa la opinión de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos de los Ciudadanos y de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales.

El Parlamento Europeo, después de considerar que «El marco jurídico actual en materia de contratación pública carece de flexibilidad y es excesivamente burócratico; que por lo tanto no puede aprovecharse por completo el potencial de mercado de contratación» (letra J), la recomendación 13 «Reconoce que el punto de vista de la Comisión es que las directivas sobre contratación no constituyen el marco adecuado para llevar a cabo políticas ambientales o sociales, pero señala que no deberían ser un obstáculo para fomentar mejores prácticas y el mantenimiento de normas locales (rigurosas), si ese es el deseo de la entidad adjudicadora».

El apartado 5 de la Exposición de Motivos es concluyente sobre la falta de claridad de las Directivas sobre contratación pública en los criterios de selección de licitadores, debiendo permitirse, dentro de límites razonables, un mayor respeto por las diferencias culturales o locales sin crear obstáculos a la competencia ni tener que recurrir a la directiva de recursos. Así, se señala:

«Aunque el ponente reconoce la convicción de la Comisión de que las Directivas sobre contratación pública son sobre todo económicas, y no necesariamente el medio más adecuado para establecer políticas sociales o medioambientales, no

deben constituir un obstáculo para mantener o fomentar determinados niveles de calidad. La legislación sobre contratación pública determina la forma en que se suministran mercancías y servicios, no la naturaleza de las propias mercancías. La decisión final debe dejarse a la discreción de la entidad contratante.

La documentación de licitación facilitada a los suministradores debe incluir toda la información necesaria sobre *«los criterios para la adjudicación del contrato, incluyendo cualquier factor distinto del precio que se vaya a tener en cuenta en la evaluación de las ofertas»*. La inclusión de criterios medioambientales, sociales u otros criterios de calidad en la descripción original de los productos o servicios solicitados no contradice la letra ni el espíritu de la ley de contratación pública; tampoco es un obstáculo para la competencia por el contrato. Sin embargo, la falta de claridad de las directivas ha producido la impresión en muchos usuarios de que aunque la «mejor calidad» es un criterio aceptado, el «precio más bajo» es el único que se puede defender».

Observese que la ponderación de criterios de adjudicación en relación con la calidad y estabilidad en el empleo en la Comunidad de Madrid sólo es del 20 por 100 del total de la baremación. Ante una oferta económicamente fuerte sobre la base de los criterios objetivos de precio, plazo de ejecución, rentabilidad valor técnico,... — los enumerados en el apartado 1 del artículo 30 de la Directiva 93/37 y artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas — los criterios relativos al empleo no van a ser decisivos para la adjudicación del contrato.

La Comisión de Empleo y Asuntos Sociales, en el citado Informe, pide a la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios, entre otras cuestiones las siguientes:

«— Pide a la Comisión que presente una comunicación de las posibilidades actuales para el fomento de objetivos de política social en el contexto de la contratación pública dentro de la UE con vistas a proponer enmiendas a las directivas o a proponer un instrumento europeo para la inserción de una cláusula laboral en los contratos públicos;

— Pide a la Comisión que incluya, en futuras directivas relativas a la contratación pública o en la revisión de las directivas actuales, disposiciones relativas a la admisibilidad de cláusulas contractuales relativas a objetivos sociales;

— Pide a las Instituciones de la Comunidad Europea que, en la adjudicación de sus contratos, tengan presente los objeti-

vos de política social y que utilicen la contratación pública, siempre que sea posible, como instrumento para la puesta en práctica de los objetivos de la política social; considera que con la adjudicación de los contratos públicos también se puede contribuir a incrementar la igualdad entre sexos, a defender los derechos de las minorías y a reducir el desempleo y la marginación de los ciudadanos de la sociedad;

— Considera que los Estados miembros tienen la obligación de combatir el desempleo y la exclusión social; indica que las contrataciones públicas financiadas, en definitiva, a través de los fondos públicos, pueden contribuir al logro de estos objetivos en condiciones que garanticen la transparencia en las licitaciones y los procedimientos de adjudicación;

— Subraya la necesidad de que la Comisión considere la posibilidad de ofrecer a la entidad contratante mayores posibilidades de excluir las ofertas de los empresarios que cometan faltas graves que llevan a la infracción de la legislación comunitaria que tiene por objeto fomentar los objetivos del mercado laboral y sociales».

Por último, en esta idea de evolución de la política social en la Comunidad, ha de destacarse el actual artículo 136 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, versión consolidada, en el que se dispone: «... La Comunidad y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales... tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía de progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones. A tal fin, la Comunidad y los Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Comunidad».

Aunque en la carta de emplazamiento la Comisión afirma que las Directivas que rigen la contratación pública no han sido concebidas como instrumentos de política social, que tienen otros medios de los que servirse, la idea de la viabilidad de la aplicación de los diferentes aspectos de la política social en el procedimiento de adjudicación de los contratos se va abriendo camino cada vez con más fuerza, según la orientación que se va perfilando por las distintas Instituciones Comunitarias.

La propia Comisión en su «Comunicación sobre la contratación pública en la Unión Europea», de 11 de marzo de 1998, apartado 4.4,

resalta: «La Comisión también subraya que los contratos públicos pueden ser un medio para orientar la acción de los operadores económicos, siempre que se respeten los límites establecidos por el Derecho comunitario. En este contexto, la Comisión anima a los Estados miembros a que utilicen su influencia en cuanto compradores públicos para perseguir los objetivos sociales anteriormente mencionados. Por su parte, la Comisión tiene la intención de actuar de manera análoga en sus procedimientos de contratación».

En definitiva, a corto plazo, la inclusión de cláusulas sociales en los procesos de licitación pública será práctica común en los Estados miembros de la Unión Europea a fin de conseguir el objetivo de promoción del progreso económico y social y un alto nivel de empleo proclamado en el artículo 2 del Tratado. La Comunidad de Madrid en este sentido es pionera en esta nueva etapa que se inicia.

A.2. Primera objeción de la Comisión: *Los criterios recogidos en el artículo 2.1 del Decreto 213/2998 no se refieren a la oferta en concreto, ni dicen nada sobre el carácter supuestamente más ventajoso de la adjudicación.*

La Comisión hace una interpretación rígida del artículo 30 de la Directiva 93/37/CEE —obras— y de los correspondientes en las Directivas de Servicios y de Suministros, referidos a las formas de adjudicación del contrato. El sistema enunciativo seguido en la Directiva cuando se adjudique el contrato a la oferta más ventajosa económicamente, es de «*numerus apertus*», a título de ejemplo. La STJCE, de 16 de septiembre de 1999, asunto C-27/1998 declara que la Directiva 93/37 tiene la finalidad de lograr el desarrollo de una competencia efectiva en el ámbito de los contratos públicos, de lo que deduce que, para cumplir ese objetivo, en la adjudicación de los contratos, el órgano de contratación puede comparar las diferentes ofertas y aceptar la más ventajosa basándose en criterios objetivos semejantes a los enumerados a título de ejemplo en el artículo 30.1 de la Directiva.

La ponderación de cuál sea la oferta económicamente más ventajosa para la obra, el suministro o el servicio público en concreto — en el sistema de concurso— corresponde a la entidad contratante. El órgano de contratación es el que tiene la decisión final de valorar, en cada caso, discrecionalmente, la oferta más conveniente para los intereses públicos, siempre haciendo una ponderación razonable del criterio.

La conveniencia de una determinada oferta puede considerarse, entre otros criterios objetivos de adjudicación, atendiendo a la estabilidad y calidad de los contratos que la empresa mantiene con sus empleados, puesto que la calidad del empleo ofrecido, la cualificación de sus recursos humanos a través de su formación permanente, adiestramiento, coordinación en equipo, dan mayores garantías a la Administración contratante de continuidad, de duración del equipo técnico licitador. El aseguramiento en el momento de adjudicación del contrato de que la plantilla es estable, ofrece una apariencia de seriedad y fiabilidad de la empresa oferente, de solvencia técnica, que crea mayor incertidumbre si la plantilla de trabajadores no tienen contrato indefinido. La confianza de una empresa en el buen hacer de aquellos de sus trabajadores a los que ofrece un contrato fijo, puede ser valorado por el órgano de contratación pública como apariencia de estabilidad de la empresa, y sopesarse en el momento de adjudicación del contrato como criterio objetivo de capacidad técnica que asegure el buen fin de la prestación concreta que se trate.

La Comisión identifica «oferta» con «prestación», con el objeto de contrato. Sin embargo, «oferta más ventajosa» debe interpretarse como «proposición más ventajosa». De ahí, que los criterios de adjudicación no deben fijarse únicamente en la prestación concreta de que se trate, sino en las proposiciones de aquellos licitadores que conlleven beneficios adicionales a la mera realización del contrato para la Administración contratante; no sólo el «qué» se ejecuta, sino en el «cómo», es decir, la organización del equipo humano empresarial (ventajas de la estabilidad de la plantilla).

A.3. Segunda observación: *las cláusulas sociales no pueden establecerse como condiciones de adjudicación de los contratos, sino de ejecución de los ya adjudicados, como compromiso de los licitadores a adoptar posteriormente en la fase de realización del contrato.*

En primer lugar, ha de resaltarse de los criterios objetivos establecidos en el artículo 2.1 del decreto 213/1998, de los que se incluyen en los pliegos de cláusulas administrativas particulares «uno o varios», son de diferente índole:

- a) estabilidad en la plantilla de la empresa referida al mantenimiento o incremento del número de trabajadores, con contrato indefinido durante el año anterior a la fecha de presentación de la proposición.

- b) porcentaje de trabajadores con contrato indefinido en la plantilla de la empresa en el momento de presentación de la proposición, respecto del total de los trabajadores de aquélla.
- c) porcentaje de trabajadores de la plantilla de la empresa afectos a la ejecución directa del objeto del contrato.
- d) nuevas contrataciones de trabajadores vinculados a la ejecución del objeto del contrato.

Para la valoración de los criterios de las letras a) y b) del apartado anterior, los licitadores presentarán una declaración responsable sobre la estabilidad de su plantilla y el porcentaje de trabajadores con contrato indefinido. Para los criterios de las letras c) y d), deberán presentar un documento que recoja el compromiso de ejecución directa del objeto del contrato por trabajadores de la plantilla y el compromiso de nuevas contrataciones, con indicación de su carácter temporal o indefinido, vinculadas a su ejecución.

Por tanto, las condiciones establecidas en los apartados c) y d) en cuanto compromiso de ejecución por trabajadores de la plantilla —para evitar la subcontratación sin garantías— y de creación de nuevos puestos de trabajo para la realización del contrato, una vez adjudicado, incluidas como condición en los pliegos de cláusulas administrativas, cumplen los criterios señalados en la Comisión en el punto 4.4. de su «Comunicación sobre la contratación pública» de 11 de marzo de 1988, COM (1988) 143 —a que hace referencia la respuesta de la Comisión de 12 de mayo de 2000 a las preguntas escritas G—816/ES y E-817/00GS formuladas por tres Eurodiputados españoles. Dicha Comunicación señala como una de las posibilidades que pueden tenerse en cuenta para conseguir objetivos sociales en las compras realizadas por la Administración pública:

«Tomar como condición de ejecución de contratos públicos ya adjudicados, el respeto de obligaciones de carácter social, que tenga como objeto, por ejemplo, promover el fomento del empleo femenino o apoyar a ciertas categorías desfavorecidas. Es evidente que sólo se permiten las condiciones de ejecución que no discriminen, directa o indirectamente, a los licitadores provenientes de otros Estados miembros. Por otro lado, se debe asegurar una transparencia adecuada, mencionando estas condiciones en el anuncio y en las condiciones generales de contratación».

En todo caso, las dificultades prácticas que conlleva en nuestro ordenamiento jurídico el incluir condiciones de ejecución del contra-

to de carácter social, no pueden obviarse. La conversión de la cláusula de empleo estable en condición de ejecución determinaría, en primer lugar, una carga de la prueba del incumplimiento a la Administración, que tendría que demostrar, en fase de ejecución contractual, que el empresario adjudicatario ha incumplido el compromiso de empleo adquirido. En segundo lugar, en el supuesto de que se demostrase la violación del compromiso, se procedería a la resolución contractual, que en Derecho español se somete a una serie de trámites ineludibles, como son los siguientes (art.112 de la Ley de Contratos y Artículo 26 del R.D. 390/96, de 1 de marzo):

1. Acuerdo del órgano de contratación, que requerirá previamente acuerdo del Consejo de Gobierno respecto de los contratos que superen ciertas cuantías fijadas en Las Leyes de Presupuestos, o bien tenga el contrato el carácter de plurianual.
2. Audiencia del contratista por plazo de diez días
3. Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos (Art.4 de la Ley 3/99, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos)
4. Dictamen del Consejo de Estado (art.22 de la Ley 3/80, de 22 de abril)
5. A continuación, el órgano de contratación adoptará las medidas procedentes para la liquidación del contrato (art.26.2 R.D. 390/96) y decidirá sobre la incautación de la garantía definitiva (art.113 de la Ley 13/85).

Por otra parte, el acuerdo de resolución podrá ser impugnado en la vía judicial, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la cual podrá conceder, durante la pendency del recurso, la suspensión de dicho acuerdo hasta que recaiga sentencia firme, esto es, sentencia del Tribunal superior ante el que cabe recurso jurisdiccional (art.129 y ss de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

Una vez que exista resolución definitiva del contrato, dependiendo de su impugnación o no ante los Tribunales, o si no se suspende por éstos, la Administración debe proceder a la tramitación de un nuevo expediente de contratación y a una nueva adjudicación, con la consiguiente lesión para los intereses generales derivado de la demora o retraso en la ejecución del contrato. Tampoco en este caso se garantiza que el nuevo adjudicatario vaya a cumplir con el compromiso de

mantenimiento de empleo estable. Por tanto, el compromiso de ejecución puede llevar a la inejecución o paralización «sine die».

La lentitud del procedimiento de resolución del contrato descrito, contrasta sobremanera con el existente respecto de los contratos de las Instituciones Comunitarias regulado en el Reglamento Financiero de 21 de diciembre de 1977 y en su Reglamento de ejecución de 9 de diciembre de 1993, así como en el Pliego de Condiciones Generales aplicables a los contratos de la Comisión (marzo 1996). En dichas normas se prevé que en caso de incumplimiento del contratista, la Comisión puede requerir al contratista, mediante una carta de emplazamiento, a que cumpla el objeto del contrato, y, en caso contrario, proceder a la resolución. La Comisión incluso puede resolver el contrato en caso de incumplimiento grave del contratista, comunicando la decisión de rescisión mediante una simple carta certificada.

El Tribunal de Justicia ha llegado a reconocer a las Instituciones comunitarias un poder unilateral de resolución absolutamente discrecional, convocando, si lo desea, un nuevo concurso para una nueva adjudicación del contrato (Sentencia de 1 de junio de 1995, asunto C-42/94, Heidemij Advies Bv versus Parlamento Europeo).

Quizá, la gran diferencia que puede observarse, de acuerdo con lo expuesto, en el procedimiento de resolución contractual entre el aplicable por la Comunidad de Madrid y el que rige para las Instituciones Europeas, pueda explicar la persistencia de la Comisión para que se lleven los compromisos de empleo estable a la fase de ejecución del contrato. Únicamente mediante la fórmula adoptada por la Administración autonómica de considerar la estabilidad en el empleo como criterio objetivo de adjudicación del contrato, puede conseguirse la finalidad a que obedecen las medidas adoptadas en el Decreto 213/98, sobre contratación administrativa.

A.4. Tercera objeción: *las condiciones incriminadas no garantizan una verdadera competencia y condiciones de acceso al mercado iguales para todas las empresas vulnerando las Directivas comunitarias de adjudicación de contratos públicos.*

Al analizar la sentencia «Beentjes», la Comisión recuerda que la misma precisó que *«la exigencia de emplear trabajadores en paro prolongado podría, en concreto, infringir el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (...) En el caso de que se comprobara que sólo los licitadores nacionales pueden cumplir tal condición o bien que*

su cumplimiento resulta mucho más difícil en el caso de los licitadores de otros Estados miembros». Por consiguiente, se razona que a pesar de que las autoridades españolas aseguren que la creación o el mantenimiento del empleo estable puede llevarse a cabo en la Comunidad de Madrid, en el resto del territorio español o en otros Estados, **no está excluido que resulten desfavorecidas las empresas extranjeras establecidas en Estados miembros en los que no se fomenten o se prevean situaciones como las contempladas por el Decreto en causa.** No se afirma que exista discriminación, sino que no se excluye que no exista. El principio de libre concurrencia en la contratación y el de igualdad de trato se exige invirtiendo su enunciado: que no se excluya la posibilidad de licitación a empresas extranjeras nacionales de países en las que no se fomente la estabilidad en el empleo como política social.

Ha de tenerse en cuenta que la sentencia «Beentjes» únicamente examina la Directiva 71/305, señalando que es compatible la condición contractual de emplear trabajadores en paro prolongado siempre que no incida de forma discriminatoria, directa o indirectamente, por lo que respecta a otros licitadores de Estados miembros de la Comunidad. Esta condición específica adicional debe obligatoriamente ser mencionada en el anuncio del contrato.

El Decreto 213/1998 no establece ninguna medida discriminatoria de participación como licitador de ningún empresario de otro Estado miembro de la Comunidad europea, y exige que los criterios objetivos en relación al empleo se incluyan en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. En concreto, en las tres licitaciones de la Comunidad de Madrid que dieron lugar al inicio de este procedimiento de infracción, expresamente se incluían en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la posibilidad de optar a la adjudicación de los contratos a las «personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras».

En el asunto C-225/98 a que se refiere la Comisión, pendiente de resolución por el Tribunal de Justicia, el Abogado General en sus conclusiones considera que no se infringe la Directiva 93/37 si la obligación de promover el empleo se hubiese formulado como condición y revistiese por lo tanto el carácter de criterio de ejecución. El Gobierno francés mantiene por el contrario que no encuentra base en la Directiva 93/37 el criterio de publicación en los anuncios de licitación, no aparece en ningún apartado del anexo IV que prevén los modelos de anuncio, y que, en todo caso, si el criterio de empleo debiera ser

considerado como criterio de ejecución, no lo sería basándose en dicha Directiva, sino en el derecho nacional.

El considerar que es conforme a las Directivas comunitarias y que permite garantizar una competencia efectiva el que se incluya como condición de ejecución, en la práctica no resuelve el tema. Si las empresas conocen a través del anuncio de licitación las condiciones exigidas, pueden valorar si el contrato les interesa, si pueden asumir los compromisos de empleo estable y ofertar en tal sentido. Por el contrario, si adjudicado el contrato no pudieran contar con el tipo de empleo exigido por la Administración para su puesta a disposición de la ejecución del contrato, éste habría de ser rescindido o resuelto por incumplimiento, lo que perjudica a los demás empresario que «ab initio» si están en condiciones de garantizar un elevado nivel de protección social frente al adjudicatario que no puede cumplir dichas exigencias, siendo además altamente perjudicial para los intereses públicos.

Como alega el Abogado General en el mencionado asunto C-225/98 «no conviene desconocer el hecho de que el aspecto relativo al empleo se presenta actualmente de forma diferente de la que tenía en el momento de adopción de la Directiva que hoy consideramos, tomando en consideración más los aspectos económicos que los aspectos sociales. En todo caso es al legislador a quien incumbe modificar esta situación» (traducción no oficial).

Una última referencia. El fomento de empleo es actualmente un objetivo de la Comunidad, por lo que no se puede considerar discriminatoria una política social que tienda precisamente a elevar el nivel de protección social y de la que puedan derivar exigencias más difíciles de cumplir por licitadores de otros Estados miembros que no se esfuercen en el fomento del empleo.

Además, la contratación indefinida en modo alguno empece a la utilización de fórmulas flexibles de trabajo (reducción de jornada laboral, cómputo anual del tiempo de trabajo, reducción de las horas extraordinarias, fomento de trabajo a tiempo parcial), beneficiando a los trabajadores al mismo tiempo con una seguridad suficiente en sus contratos.

En la Resolución del Comité de las Regiones, de 2 de junio de 1999 sobre el «Pacto Europeo para el Empleo», expresamente se dice:

5. SUBRAYA el papel central de los entes regionales, en su doble función de responsables políticos y empresarios, para alcanzar el objetivo general de fomentar el empleo mediante una amplia gama de iniciativas, dirigidas a crear puestos de trabajo

estables, lo que se considerará prioritario. En la mayor parte de los casos, las iniciativas de fomento del empleo, especialmente las que se destinan a los grupos más vulnerables, se desarrollan a escala regional. Esta idea ya figura en los dictámenes del CDR mencionados anteriormente;

6. CONSIDERA DETERMINANTE que los municipios y las regiones, en la medida de lo posible, puedan planificar y aplicar las medidas para el empleo del modo más oportuno, en cooperación con los interlocutores sociales y de conformidad con los cuatro pilares de las Directrices europeas para el empleo de 1999; capacidad de inserción profesional; espíritu de empresa; capacidad de adaptación; igualdad de oportunidades;

B. Medidas para favorecer la integración social de los minusválidos

En cuanto al criterio de preferencia de contratación con empresas que tengan trabajadores minusválidos, la propuesta de la Comisión es similar a la de las medidas de estabilidad en el empleo.

Ha de tenerse en cuenta que las exigencias de que la empresa licitadora tengan en su plantilla, en el momento de acreditar su solvencia técnica, un número de trabajadores en plantilla no inferior al 2 por 100, deriva del cumplimiento de la Ley 13/82, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos. A este respecto, el apartado 3 del artículo 30 de la Directiva 93/37/CEE, admite la posibilidad de adjudicar contratos sobre la base de preferencia en el caso de preexistencia de una normativa vigente en el momento de adoptarse la Directiva que sea compatible con el Tratado. Aunque el precepto del Decreto de la Comunidad de Madrid es posterior, la Ley estatal de Integración que aplica es anterior.

La Comisión, en la reunión de 25 de febrero de 2000, celebrada en el Ministerio de Asuntos Exteriores entre los servicios de la Comisión Europea y una delegación de la Comunidad de Madrid, consideró que iba a estudiar el R.D. 27/2000, de 14 de enero, que desarrolla el artículo 38.1 de la Ley, sobre implantación de medidas alternativas a la obligación de emplear minusválidos, y que pueden dar por zanjado definitivamente el tema.

En todo caso, se mantiene como criterio de desempate en caso de ofertas equivalentes, para el supuesto que la oferta de la empresa con

trabajadores minusválidos iguale en todos sus términos a la oferta u oferta más ventajosa, lo que se comprobará después de aplicar los criterios objetivos de contratación. La sentencia «Beentjes» a que alude la Comisión en referencia a las Conclusiones del Abogado General en el asunto C-225/98, en nada examina un criterio como el ahora cuestionado, sino si la Directiva 71/305 se opone a la exclusión de un licitador, entre otras razones, por incapacidad del empresario para emplear trabajadores en paro prolongado.

La medida de preferencia ante proposiciones iguales lo que hace es llenar un vacío de las Directivas comunitarias, empleando una fórmula similar a la que se establece en la Disposición Adicional Octava de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas española. En otro caso podrían utilizarse criterios de desempate como el azar o la prioridad en la presentación de ofertas, por ejemplo, que no aportan ninguna ventaja añadida al no ser ya criterios objetivos de adjudicación. Sin duda, la medida implantada por la Comunidad de Madrid refuerza la política de igualdad de oportunidades de uno de los sectores sociales excluidos: los minusválidos.

C. Conclusiones del informe

1. La inclusión de cláusulas sociales en los procesos de licitación pública se va abriendo camino en el seno de la Unión europea como instrumento de promoción de políticas sociales.

2. La oferta más ventajosa puede considerarse atendiendo a la estabilidad y calidad de los contratos que la empresa licitadora ofrece a sus empleados; que la calidad del empleo ofrecido pueda valorarse por el órgano de contratación como garantía de solvencia técnica.

3. La forma de adjudicación a la oferta más ventajosa se refiere a la proposición más conveniente no limitándose a la prestación en concreto de que se trate.

4. El considerar la estabilidad en el empleo no como criterio de adjudicación, sino como compromiso para la ejecución del contrato, en la práctica española, puede dar lugar a la inejecución del contrato, no sirviendo de medio de realización de la política social pretendida.

5. En las condiciones de adjudicación de los contratos adoptados por la Comunidad de Madrid no hay base alguna para afirmar que existe infracción de los principios de libertad de circulación e igualdad de trato. El fomento del empleo es uno de los objetivos actuales de la Unión.

6. El criterio de preferencia de trabajadores minusválidos, además de cumplir las exigencias de la Ley estatal de Integración Social de Minusválidos, es más justo que la utilización de criterios aleatorios, reforzando la política de igualdad de oportunidades.

V. RESPUESTA DE LA COMISION

La Comunidad de Madrid envió su respuesta el 13 de julio de 2000. La Comisión invitó el 9 de octubre a la Comunidad autónoma a una nueva reunión paquete de infracciones en materia de contratación pública a celebrar en el Ministerio de Asuntos Exteriores. A tales efectos preparó una ficha en la que tras relatar las diferentes reuniones, cartas de la Comisión y respuestas de las autoridades españolas mantiene las siguientes apreciaciones:

- las directivas sobre «mercados públicos» no tienen en cuenta las consideraciones macro-económicas, para la determinación de la oferta más ventajosa desde el punto de vista económico, sino solamente el contrato público concreto que hay que concertar. La jurisprudencia invocada, aunque admite condiciones sociales en la ejecución de un contrato (bajo condiciones de publicidad y no discriminación), no hace en ninguna sentencia referencia a la posibilidad de utilizar estas condiciones como criterios de atribución.
- las referencias que sirven de apoyo a la contestación a la carta de requerimiento, o bien no se refieren explícitamente a los mercados públicos o son recomendaciones de «lege ferenda»
- la consideración de la estabilidad en el empleo como un elemento a tener en cuenta en la oferta económica más ventajosa, ignora los precedentes de la jurisprudencia, y confunde los criterios de selección (estructura del equipo humano de la empresa) y de atribución (que versan sobre el objeto del mercado).
- en efecto, insertar las condiciones sociales en la ejecución del contrato puede desembocar en una anulación del contrato si el

ganador no hace honor a sus obligaciones, siendo el procedimiento, entonces, demasiado pesado, oneroso y largo.

- los empresarios extranjeros que participen en el contrato pueden ver su evaluación afectada de modo negativo si sus países de origen no persiguen los mismos objetivos por lo que se refiere al empleo estable.
- En cuanto a la parte de «trabajadores minusválidos», la carta de emplazamiento no afectaría a la Ley de Integración Social de los Minusválidos, pero sí a la utilización de un criterio para separar las ofertas presentadas, basada en un criterio de preferencia que las autoridades españolas lo consideran más justo que un criterio aleatorio.

En dicha reunión paquete la Comisión puso de manifiesto que estaba estudiando las últimas sentencias del TJCE, en concreto la de 26 de septiembre de 2000, Asunto C-225/98, *Nord-pas de Calais*, y la de 3 de octubre de 2000, Asunto C-380/98, *Cambridge*, ambas referidas a la contratación pública, quedando pospuesta la contestación de la Comisión a la carta de emplazamiento a la interpretación de dicha jurisprudencia.

VI. COMENTARIO SOBRE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS EN RELACIÓN A LA CARTA DE EMPLAZAMIENTO 98/5040 DE LA COMISIÓN EUROPEA

1. De las dos sentencias mencionadas, la más clarificadora, a efectos de la carta de emplazamiento dirigida contra el Decreto madrileño 213/1998, de 17 de diciembre, es la de 26 de septiembre de 2000, Asunto C-225/98, Comisión contra República Francesa.

El objeto concreto de este análisis es la imputación de la Comisión de falta de conformidad con el artículo 30 de la Directiva 93/37, de la inclusión en determinados anuncios de licitación, como criterio de adjudicación de contratos públicos de obras, de un criterio relativo al servicio público de empleo local, que la sentencia examina en los fundamentos jurídicos 46 a 54.

La Comisión mantiene la misma crítica que en la carta de emplazamiento dirigida a la Comunidad de Madrid: *no puede tomarse en consideración las acciones vinculadas al empleo como criterio de adjudicación en los anuncios de licitación de los contratos públicos, pues en*

virtud del artículo 30 de la Directiva 93/37, los criterios de adjudicación deben basarse bien en el precio más bajo, bien en la oferta económicamente más ventajosa. Y al igual que en nuestra carta de emplazamiento, entiende que la sentencia «Beentjes», de 20 de septiembre de 1988, permite que las condiciones relativas al empleo puedan incluirse como criterio de ejecución de los contratos, pero no como criterio de adjudicación de los mismos.

Del razonamiento del Tribunal pueden extraerse las siguientes ideas:

- el artículo 30, apartado 1 de la Directiva 93/37, al señalar los criterios en que ha de basarse el órgano de contratación para la adjudicación de los contratos, no excluye la posibilidad de que los órganos de contratación utilicen como criterio una condición relacionada con la lucha contra el desempleo.
- esta condición debe respetar todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, citando en particular el principio de no discriminación en materia de derecho de establecimiento y libre prestación de servicios.
- la aplicación de tal criterio de adjudicación del contrato debe respetar las normas de procedimiento de la Directiva, especialmente el de publicidad, debiendo mencionarse expresamente en el anuncio de licitación para permitir que los contratistas conozcan la existencia de tal condición.
- a diferencia de lo que entiende la Comisión, se deriva claramente del apartado 14 de la sentencia Beentjes que la condición de contratar parados de larga duración —que había servido para la exclusión de un licitador en dicho asunto— no se refería a una condición de ejecución del contrato, sino a un criterio de adjudicación del mismo.
- al ponerse solo en entredicho por la Comisión la mención del criterio de lucha contra el desempleo como criterio de adjudicación en los anuncios de licitación, sin alegar que no respete el principio de no discriminación, ni que no se haya publicado en el anuncio, procede desestimar el motivo de infracción.
- la exigencia de publicidad conforme a la sentencia Beentjes obliga a los órganos de contratación, cuando no utilicen el precio más bajo como único criterio para la adjudicación del contrato y se basen en diversos criterios con el fin de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa, a mencionar estos

... criterios, bien en el anuncio de licitación, bien en el pliego de cláusulas administrativas particulares, sin que baste una remisión global a una disposición de la legislación nacional (punto 73).

Tal fundamentación no solo viene a confirmar que el Tribunal de Justicia admite como criterio adicional de adjudicación de los contratos públicos condiciones relacionadas con la lucha contra el desempleo, si no incide de forma discriminatoria directa o indirectamente en los licitadores de otros Estados miembros y se menciona obligatoriamente en el anuncio del contrato, sino que aclara que la sentencia Beentjes, frente a la interpretación de la Comisión, considera las condiciones relativas al empleo como criterio de adjudicación de los contratos, no como criterio de ejecución.

Recuérdese que en el asunto examinado en la sentencia Beentjes, en el anuncio de licitación del contrato discutido en el pleito ante el órgano jurisdiccional nacional, se disponía: *«la mano de obra empleada deberá estar constituida en un 70% al menos, por trabajadores en paro prolongado, contratados a través de la oficina de empleo regional»*. Tal condición permitió al órgano adjudicador excluir a un licitador al considerar que era incapaz de cumplirla, en beneficio de otra empresa que había licitado por una cantidad inmediatamente superior. Pues bien, el Tribunal de Justicia no solo entendió que se trataba de una condición particular adicional de adjudicación, sino que la consideró compatible con la Directiva 71/305 al estar mencionada en el anuncio de licitación permitiendo así que los contratistas conocieran la existencia de tal condición. Es más, respecto a otro de los motivos de exclusión del contrato a la empresa Beentjes BV *«por parecer su oferta menos aceptable a los poderes adjudicadores»*, que roza los límites de libertad de apreciación del órgano de contratación, sin ningún criterio objetivo de ponderación, el Tribunal resolvió que no era incompatible con la Directiva si se interpreta en el sentido de que atribuye a los poderes adjudicadores una facultad de apreciación con el fin de comparar las diferentes ofertas y aceptar la más ventajosa, por criterios objetivos semejantes a los enumerados a título de ejemplo en el apartado 2 del artículo 29 de la Directiva —artículo 30.1 de la Directiva 93/37— (apartado 27 de la sentencia).

Y en esta nueva sentencia de 26 de septiembre de 2000 confirma que entre esos criterios semejantes se puede utilizar una condición relacionada con la lucha contra el desempleo.

En la carta de emplazamiento dirigida contra el Decreto autonómico, la Comisión no alega que tal condición infrinja el principio de no discriminación, sino que señala que no queda excluida la posible desigualdad de trato para licitadores de Estados miembros cuyas políticas sociales no fomenten la estabilidad de la plantilla de trabajadores. Pues bien, volviendo a la sentencia Beentjes, el Tribunal resalta que *«la Directiva no establece una normativa comunitaria uniforme y exhaustiva, sino que, en el marco de las normas comunes que contiene, los Estados miembros conservan su libertad para mantener o dictar normas materiales y de procedimiento en materia de contratos públicos, a condición de que respeten todas las disposiciones aplicables del Derecho comunitario y especialmente las prohibiciones que se derivan de los principios consagrados por el Tratado en materia de derecho de establecimiento y libre prestación de servicios»*, remitiendo a la sentencia Bellini de 9 de julio de 1987 (razonamiento jurídico 20 de la sentencia). El punto de enfoque, por tanto, no es que los Estados miembros hayan de aplicar las mismas políticas sociales en su lucha contra el desempleo, sino que la condición de adjudicación del contrato exigida por el poder público licitador, dentro de sus competencias materiales y territoriales de lucha contra el desempleo, permita concurrir por igual a los licitadores de todos los Estados miembros independientemente de su nacionalidad o de la legislación social de sus Estados. Y la comprobación, caso por caso, de si la exigencia de dicho requisito tiene o no una incidencia discriminatoria directa o indirecta, habida cuenta de las circunstancias que se den en cada contrato, corresponde al Juez nacional ante el que se plantee el litigio (apartado 30 de la sentencia Beentjes).

2. En esta última consideración sirve también de argumento favorable a nuestras tesis la sentencia «Cambridge» de 3 de octubre de 2000, Asunto C-380/98. El Tribunal de Justicia incide en que el objetivo de las Directivas sobre coordinación de procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, suministro y obras (Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 del Consejo, respectivamente), *«es suprimir las trabas a la libre circulación de servicios y de mercancías y, por tanto, proteger los intereses de los operados económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer bienes o servicios a las entidades adjudicadoras establecidas en otro Estado miembro»* (...) excluyendo *«tanto el riesgo de que se dé preferencia a los licitadores o candidatos nacionales en cualquier adjudicación de contratos efectuada por*

las entidades adjudicadoras, como la posibilidad de que un organismo financiado o controlado por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público se gúte por consideraciones que no tengan carácter económico» (apartados 16 y 17 que remiten a las sentencias de 10 de noviembre de 1988, As. C-360/96 y 15 de enero de 1998, As. C-44/96). De ello se deriva que aquellos criterios objetivos de adjudicación —de nuevo los contemplados en las Directivas a título de ejemplo u otros similares como el criterio basado en la lucha contra el desempleo— que se apliquen por igual, cualquiera que sea la nacionalidad del licitador del Estado miembro, que permita valorar la oferta económicamente más ventajosa para el poder público adjudicador ante ofertas similares de cualquier operador económico que previamente conozca dichos criterios de adjudicación y su ponderación, es absolutamente conforme a los principios informadores del Tratado sobre libre prestación de servicios y derecho de establecimiento entre los Estados miembros de la Unión Europea.

BIBLIOGRAFÍA

- PEREZ LLORCA, Javier. «La contratación de obra pública como instrumento de la política social». *Documentación social. Revista de Estudios Sociales y de sociología aplicada*, nº 117 y 118, Madrid, 2000
- RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María. *Contratos Públicos y Derecho Comunitario*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996

N.º LEY	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
16/2000	12/26/2000	01/03/2001	PRESIDENCIA	MODIFICA EL ARTICULO 62 DE LA LEY 1/1986, DE 10 DE ABRIL, DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID
1/2001	03/29/2001	04/10/2001	PRESIDENCIA	ESTABLECE LA DURACIÓN MÁXIMA Y EL RÉGIMEN DE SILENCIO ADMINISTRATIVO DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS
2/2001				ADICIONALES
N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
274/2000	12/28/2000	01/05/2001	PRESIDENCIA Y HACIENDA	CALENDARIO PARA EL AÑO 2001 DE DÍAS INHÁBILES A EFECTOS DEL COMPUTO DE PLAZOS ADMINISTRATIVOS
1/2001	02/02/2001	10/01/2001	EDUCACIÓN	REPRESENTANTE DE LA CM EN EL PATRONATO DE INSTITUTO DE FILOSOFÍA
3/2001	01/18/2001	01/25/2001	EDUCACIÓN	CREACIÓN DEL CENTRO REGIONAL DE INNOVACIÓN Y FORMACIÓN «LAS ACACIAS»
4/2001	01/18/2001	01/25/2001	EDUCACIÓN	CREACIÓN DEL CENTRO REGIONAL DE LA INFANCIA «EL VALLE»
5/2001	01/18/2001	01/25/2001	EDUCACIÓN	CREACIÓN CENTROS DE FORMACIÓN AMBIENTAL PARA EL PROFESORADO DE

las entidades adjudicadoras, como la posibilidad de que un organismo financiado o controlado por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público se gube por consideraciones que no tengan carácter económico» (apartados 16 y 17 que remiten a las sentencias de 10 de noviembre de 1988, As. C-360/86 y 15 de enero de 1998, As. C-44/96). De ello se deriva que aquellos criterios objetivos de adjudicación —de nuevo los contemplados en las Directivas a título de ejemplo u otros similares como el criterio basado en la lucha contra el desempleo— que se apliquen por igual, cualquiera que sea la nacionalidad del licitador del Estado miembro, que permita valorar la oferta económicamente más ventajosa para el poder público —adjudicador ante ofertas que se presenten en igualdad de condiciones—, es absolutamente necesario para el cumplimiento del Tratado.

PAREZ LONCA, Javier. «La contratación de obra pública como instrumento de la política social». *Documentación social. Revista de Estudios Sociales y de Sociología aplicada*, nº 117 y 118, Madrid, 2000.

RAZONIS LAZARRAGA, Meritx Maria. *Contratos Públicos y Derecho Comunitario*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998.

N.º LEY	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
16/2000	12/26/2000	01/03/2001	PRESIDENCIA	MODIFICA EL ARTICULO 62 DE LA LEY 1/1986, DE 10 DE ABRIL, DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID
1/2001	03/29/2001	04/10/2001	PRESIDENCIA	ESTABLECE LA DURACIÓN MÁXIMA Y EL RÉGIMEN DE SILENCIO ADMINISTRATIVO DE DETERMINADOS PROCEDIMIENTOS
2/2001	18/04/2001	04/05/2001	PRESIDENCIA DE LA COMUNIDAD	CONTENIDOS AUDIOVISUALES Y SERVICIOS ADICIONALES
N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
274/2000	12/28/2000	01/05/2001	PRESIDENCIA Y HACIENDA	CALENDARIO PARA EL AÑO 2001 DE DIAS INHÁBILES A EFECTOS DEL COMPUTO DE PLAZOS ADMINISTRATIVOS
1/2001	02/02/2001	18/01/2001	EDUCACIÓN	REPRESENTANTE DE LA CM EN EL PATRONATO DE INSTITUTO DE FILOSOFÍA
3/2001	01/18/2001	03/25/2001	EDUCACIÓN	CREACIÓN DEL CENTRO REGIONAL DE INNOVACIÓN Y FORMACIÓN «LAS ACACIAS»
4/2001	01/18/2001	03/25/2001	EDUCACIÓN	CREACIÓN DEL CENTRO REGIONAL DE LA INFANCIA «EL VALLE»
5/2001	01/18/2001	01/25/2001	EDUCACIÓN	CREACIÓN CENTROS DE FORMACIÓN AMBIENTAL PARA EL PROFESORADO DE

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
10/2001	01/25/2001	02/07/2001	SANIDAD	NORMAS RELATIVAS A LA FORMACIÓN DE MANIPULADORES DE ALIMENTOS, AUTORIZACIÓN, CONTROL Y SUPERVISIÓN DE CENTROS Y PROGRAMAS DE FORMACIÓN DE LA CM
16/2001	02/01/2001	02/08/2001	PRESIDENCIA Y HACIENDA	NORMAS PROVISIONALES DE FUNCIONAMIENTO DE LA CAMARA DE LA PROPIEDAD URBANA
17/2001	02/01/2001	02/09/2001 Corrección errores BOCM 16/02/2001	PRESIDENCIA Y HACIENDA	REGULA EL PROCESO DE INTEGRACIÓN PERSONAL DE LA CAMARA DE LA PROPIEDAD URBANA DE MADRID EN LA ADMINISTRACIÓN DE LA CM
18/2001	02/08/2001	02/16/2001	PRESIDENCIA Y HACIENDA	DELEGA TEMPORALMENTE EN EL CONSEJERO DE PRESIDENCIA Y HACIENDA DETERMINADA COMPETENCIA EN MATERIA DE PERSONAL
19/2001	02/08/2001	02/13/2001	CULTURA	CREA LA COMISIÓN REGIONAL DE MUSEOS DE LA CM
20/2001	02/15/2001	02/16/2001	PRESIDENCIA Y HACIENDA	MODIFICA LA COMISIÓN DE COORDINACIÓN PARA LA INTRODUCCIÓN DE LA MONEDA ÚNICA

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
23/2001	02/22/2001	03/08/2001	PRESIDENCIA Y HACIENDA	APRUEBA EL REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO DE ESTADÍSTICA DE LA CM
31/2001	03/01/2001	03/12/2001	PRESIDENCIA Y HACIENDA	CREA LA ESPECIALIDAD DE AGENTES DE INSPECCIÓN DEL TRANSPORTE, DENTRO DEL CUERPO DE TÉCNICO AUXILIARES DE ADMINISTRACIÓN ESPECIAL, GRUPO C
32/2001	03/01/2001	03/12/2001	OBRAS PUBLICAS, URBANISMO Y TRANSP.	MODIFICA DECRETO 96/1996, QUE CREA LOS PREMIOS MADRID DE URBANISMO Y LAS MEDALLAS DE ORO Y PLATA DE URBANISMO DE MADRID
34/2001	03/01/2001	03/12/2001	SERVICIOS SOCIALES	MODIFICA EL DECRETO 65/998, QUE CREA EL CONSEJO REGIONAL DE MAYORES
35/2001	03/08/2001	03/16/2001	PRESIDENCIA Y HACIENDA	CREA Y REGULA EL CONSEJO DE FORMACIÓN PROFESIONAL DE LA CM
36/2001	03/08/2001	03/15/2001	ECONOMÍA Y EMPLEO	MODIFICA COMPOSICIÓN Y FUNCIONES DEL CONSEJO DE RELACIONES LABORALES DE LA CM

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
38/2001	15/03/2001	23/03/2001	SERVICIOS SOCIALES	CREAN Y MODIFICAN FICHEROS DE LA S.G.T. DE LA CONSEJERÍA DE SERVICIOS SOCIALES QUE CONTIENEN DATOS DE CARÁCTER PERSONAL
39/2001	03/15/2001	03/22/2001	PRESIDENCIA Y HACIENDA	REMISIÓN DE COMUNICACIONES, INFORMES Y ALEGACIONES A LA CE, A LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO Y A OTRAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS
40/2001	22/03/2001	05/04/2001	ECONOMÍA Y EMPLEO	CREA EL CONSEJO DE PROMOCIÓN DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID
46/2001	29/03/2001	05/04/2001	EDUCACIÓN	APRUEBA EL REGLAMENTO DE FUNCIONAMIENTO INTERNO DEL CONSEJO ESCOLAR DE LA COMUNIDAD DE MADRID
47/2001	03/29/2001	04/04/2001	CULTURA	REGULACIÓN PREMIOS DE CULTURA DE LA COMUNIDAD DE MADRID
48/2001	06/04/2001	23/04/2001	JUSTICIA, FUNCIÓN PÚBLICA Y ADMON. LOCAL	ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA CONSEJERÍA DE JUSTICIA, FUNCIÓN PÚBLICA Y ADMINISTRACIÓN LOCAL

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
50/2001	06/04/2001	19/04/2001	PRESIDENCIA Y HACIENDA	REGULAN LOS PROCEDIMIENTOS DE COBERTURA INTERINA DE PUESTOS DE TRABAJO RESERVADOS A PERSONAL FUNCIONARIO EN LA ADMINISTRACIÓN DE LA CM
51/2001	26/04/2001	27/04/2001	JUSTICIA, FUNCIÓN PÚBLICA Y ADM. LOCAL	APRUEBA LA OFERTA DE EMPLEO PÚBLICO DE LA CM PARA EL AÑO 2001
52/2001	26/04/2001	07/05/2001	EDUCACIÓN	CREA EL FICHERO DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL "REGISTRO DE TÍTULOS" DEPENDIENTE DE LA DIRECCIÓN GRAL. DE ORDENACIÓN ACADÉMICA
53/2001	03/05/2001	11/05/2001	ECONOMÍA Y EMPLEO	ESTABLECE LA OBLIGACIÓN DE DEPOSITO Y REGISTRO DE LAS ACTAS DE DESIGNACIÓN DE DELEGADOS DE PREVENCIÓN
54/2001	03/05/2001	10/05/2001	OBRAS PÚBLICAS, URBANISMO Y TRANSP.	CREA EL FICHERO DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL DE CONTROL DE ACCESO AL EDIFICIO SEDE DE LA CONSEJERÍA

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
56/2001	03/05/2001	11/05/2001	CULTURA	CREACIÓN DE UN FICHERO AUTOMATIZADO QUE CONTIENE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL
57/2001	03/05/2001	10/05/2001	EDUCACIÓN	CREAN DIEZ ESCUELAS DE EDUCACIÓN INFANTIL DE PRIMER Y SEGUNDO CICLO DE LA CM

CONVENIO PARA LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA JURÍDICA A LA SOCIEDAD ANÓNIMA «MADRID EXCELENTE»

En Madrid, a 12 de Marzo de 2001

CONVENIO PARA LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA JURÍDICA POR LOS SERVICIOS JURÍDICOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Hace referencia el presente convenio a la representación de la Comunidad de Madrid. De otra parte, Fernando Bastarache Grávalos, Director-Gerente de la sociedad MADRID EXCELENTE, S.A., cargo para el que fue nombrado por Acuerdo del Consejo de Administración de 29 de junio de 2000, que actúa en nombre y representación de la empresa pública.

MANIFIESTAN

Primero

La Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid es el centro directivo que tiene legalmente atribuidas las competencias de asesoramiento jurídico y de representación y defensa en juicio de la Comunidad, sus organismos autónomos y de las entidades de Derecho público de ella dependientes, de conformidad con la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid. A estos efectos, los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid disponen de los elementos personales y medios materiales adecuados para prestar la asistencia jurídica que la Comunidad o dichos organismos públicos necesitan.

Nº DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
S6/2001	03/05/2001	11/05/2001	CULTURA	CREACION DE UN FICHERO AUTOMATIZADO QUE CONTIENE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL
S7/2001	03/05/2001	10/05/2001	EDUCACIÓN	CREAN DIEZ ESCUELAS DE EDUCACIÓN DE SERVICIOS JURÍDICOS

CONVENIO PARA LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA JURÍDICA POR LOS SERVICIOS JURÍDICOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID

CONVENIO PARA LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA JURÍDICA A LA SOCIEDAD ANÓNIMA «MADRID EXCELENTE»

En Madrid, a 12 de Marzo de 2001

Cuarta

El presente convenio tiene una duración de dos años. Con el fin de regular las condiciones de prestación de los servicios jurídicos en la forma prevista en el ordenamiento jurídico, los comparecientes suscriben el presente convenio de acuerdo con las siguientes

Quinta

REUNIDOS

De una parte, D. Manuel Cobo Vega, Consejero de Presidencia y Hacienda de la Comunidad de Madrid, en virtud de las atribuciones conferidas por la Ley 8/1999, de 9 de abril, que actúa en nombre y representación de la Comunidad de Madrid.

De otra parte, Fernando Bastarreche Grávalos, Director-Gerente de la sociedad MADRID EXCELENTE, S.A., cargo para el que fue nombrado por Acuerdo del Consejo de Administración de 29 de junio de 2000, que actúa en nombre y representación de la empresa pública.

MANIFIESTAN

Primero

La Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid es el centro directivo que tiene legalmente atribuidas las competencias de asesoramiento jurídico y de representación y defensa en juicio de la Comunidad, sus organismos autónomos y de las entidades de Derecho público de ella dependientes, de conformidad con la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid. A estos efectos, los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid disponen de los elementos personales y medios materiales adecuados para prestar la asistencia jurídica que la Comunidad o dichos organismos públicos necesiten.

Segundo

La empresa pública Madrid Excelente, S.A., de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.1 de la Ley 3/1999, está interesada en que los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid le presten asistencia jurídica, con la misma extensión y en los mismos términos en que se la proporciona a la Comunidad Autónoma.

Tercero

Con el fin de regular las condiciones de prestación de esa asistencia jurídica en la forma prevista en el ordenamiento jurídico, los comparecientes suscriben el presente convenio de acuerdo con las siguientes.

CLAUSULAS

Primera

De conformidad con lo establecido en la Ley 3/1999, de 30 de marzo, los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid prestarán asistencia jurídica a la empresa pública Madrid Excelente, S.A., por medio de los Letrados integrados en aquellos. La asistencia jurídica comprenderá tanto el asesoramiento jurídico como la representación y defensa ante cualesquiera jurisdicciones y órdenes jurisdiccionales, en los mismos términos previstos para la asistencia jurídica a la Administración de la Comunidad de Madrid.

La asistencia jurídica a que se refiere este convenio no supondrá relación laboral entre la empresa pública y los Letrados de los Servicios Jurídicos que le presten su asistencia jurídica que mantendrán su dependencia orgánica y funcional de la Dirección General de los Servicios Jurídicos.

Segunda

Sin perjuicio de lo dispuesto en la cláusula anterior, la empresa pública se reserva la facultad de ser asesorada, representada y defendida por abogado y, en su caso, procurador especialmente designados al efecto conforme a las normas procesales comunes.

Tercera

La asistencia jurídica de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, por medio de los Letrados integrados en éstos, no se pres-

tará cuando exista contraposición entre los intereses de la empresa y los de la Comunidad. En este caso, la sociedad será asesorada, representada y defendida por abogado y, en su caso, procurador especialmente designados al efecto conforme a las normas procesales comunes.

Cuarta

El presente convenio tiene una duración de dos años. Sin embargo, se entenderá prorrogado tácitamente si no hay denuncia expresa de cualquiera de las partes comunicada con una antelación de seis meses.

Quinta

Como contraprestación por el servicio de asistencia jurídica a que se refiere el presente convenio, la entidad satisfará a la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid la cantidad anual de ... pesetas, pagaderas por terceras partes en los cinco primeros días naturales de los meses de abril, agosto y diciembre de cada año.

La cantidad global antes indicada se ingresará en la cuenta que a tal fin autorice la Dirección General de Política Financiera. Los ingresos efectuados en dicha cuenta se traspasarán a la Tesorería en un plazo no superior a diez días desde su abono. Asimismo, los intereses que, en su caso, pueda producir dicha cuenta deberán ingresarse en la Tesorería con aplicación al concepto de recursos eventuales.

La compensación a que se refiere la presente cláusula podrá generar crédito por su importe en los estados de gasto correspondientes a la Consejería de Presidencia y Hacienda. A tal efecto, y una vez acreditado el ingreso en la Tesorería de la referida compensación económica, se tramitará el oportuno expediente de modificación presupuestaria por tal concepto.

Segunda. En este caso, la sociedad será asesorada, representada y defendida por abogado y, en su caso, procurador especialmente designados al efecto conforme a las normas procesales comunes. Los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid le prestarán asistencia jurídica, con la misma extensión y en los mismos términos que a las personas físicas, en la medida que se le atribuya por la ley.

Cuarta

El presente convenio tiene una duración de dos años, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1.º del presente convenio, si no hay denuncia expresa de cualquiera de las partes con una antelación de seis meses a la fecha de vencimiento. En su caso, el presente convenio se renovará automáticamente por períodos de seis meses.

Quinta

CLÁUSULA PRIMERA

Como contraprestación por el servicio de asistencia jurídica a que se refiere el presente convenio, la entidad asistida a la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid la cantidad anual de pesetas, pagaderas por tercios partes en los cinco primeros días naturales de los meses de abril, agosto y diciembre de cada año. La entidad asistida se compromete a pagar a la entidad asistida la cantidad global antes indicada se ingresará en la cuenta que la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid indique en el momento de la firma del presente convenio. Los pagos serán efectuados en dicha cuenta de depósito en la Tesorería de la Comunidad de Madrid, a partir de la fecha de firma del presente convenio, en un plazo no superior a diez días desde el día de la firma del presente convenio. En su caso, dicha cuenta deberá mantenerse en la Tesorería de la Comunidad de Madrid. La entidad asistida se compromete a pagar a la entidad asistida la cantidad global antes indicada se ingresará en la cuenta que la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid indique en el momento de la firma del presente convenio. Los pagos serán efectuados en dicha cuenta de depósito en la Tesorería de la Comunidad de Madrid, a partir de la fecha de firma del presente convenio, en un plazo no superior a diez días desde el día de la firma del presente convenio. En su caso, dicha cuenta deberá mantenerse en la Tesorería de la Comunidad de Madrid.

Sin perjuicio de lo dispuesto en la cláusula anterior, la empresa pública se reserva la facultad de ser asesorada, representada y defendida por abogado y, en su caso, procurador especialmente designados al efecto conforme a las normas procesales comunes.

Tercera

La asistencia jurídica de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, por medio de los Letrados integrados en éstos, no se pres-

