N.º 21
Mayo
Julio
2005

Revista Jurídica *de la* Comunidad de Madrid

Revista JURÍDICA de la Comunidad de Madrid

N.º 21 Mayo-Julio Año 2005

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

N.º 21, Mayo-Julio 2005

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

N.º 21. Mayo-Julio 2005

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

Subdirector:
Javier Cepeda Morrás
Subdirector General de lo Consultivo
javier.cepeda@madrid.org

Edita:
Vicepresidencia Primera y Portavocía del Gobierno
de la Comunidad de Madrid
Puerta del Sol, 7. 28013 Madrid

Imprime:
Imprenta del organismo autónomo
Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid

La revista está también disponible a través de Internet en la página web de la Comunidad de Madrid:
http://www.madrid.org

Puede accederse a ella dentro de «Vicepresidencia Primera y Portavocía del Gobierno» o, directamente, en
http://www.madrid.org/revista_juridica

Y en Intranet
http://infomadrid/revista_juridica

Tirada: 760 ejemplares
Edición: julio 2005
I.S.S.N.: 1139-8817
Depósito legal: M-6.420-1999
Imprime: B.O.C.M

NORMAS DE PUBLICACIÓN

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

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

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

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

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

ÍNDICE

ESTUDIOS

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SANEAMIENTO EVICCIONARIO
(2.ª parte)

POR

RAMÓN DURÁN RIVACOBA

CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO

SUMARIO: 4. EL SANEAMIENTO FRENTE AL PODER PÚBLICO (SUJETO PASIVO DEL SANEAMIENTO). 4.1. La competencia jurisdiccional: el orden civil. 4.2. Esquema general de la llamada en garantía: fundamento y régimen. 4.3. La vía previa de carácter administrativo: vigencia y trámite.

Quisiera dedicar estas páginas a la memoria de Francisco Jordano Fraga, magnífico civilista recientemente fallecido, que dedicó su atención al tema que desarrollo, y cuya pérdida deja un vacío en la doctrina jurídica española más que irreparable. Descanse en paz.

4. EL SANEAMIENTO FRENTE AL PODER PÚBLICO (SUJETO PASIVO DE LA PÉRDIDA)

La cuestión vista conduce a otra próxima, que le sirve de necesario complemento del panorama: si las normas privadas pueden afectar a un órgano administrativo que instrumenta la transmisión que se ve frustrada por el mecanismo eviccionario. Esto es, cuándo un tercero con mejor derecho puede oponerlo al adquirente, derivando que proceda éste contra el órgano administrativo en exigencia del oportuno saneamiento *ex evictione*. Resulta mi opinión expresada que debe manejarse una doble vara de medir, según el ente público haya intervenido en virtud de su potestad o en el terreno de las actividades instrumentales de Derecho privado que se le autorizan. En este último supuesto, nada debería objetarse al saneamiento, aunque resaltan ciertas especialidades relativas a la llamada en garantía que debe recibir, en la medida en que choca con vía previa de carácter administra-

tivo que rige con carácter general para estos casos. En efecto, la esfera de las excepciones a la necesaria citación del transmitente al juicio eviccionario mientras se desee conservar los derechos al futuro saneamiento, contiene la sobresaliente hipótesis protagonizada por un órgano público que opera como autor de la transferencia jurídica del objeto. Existe un amplio debate doctrinal sobre si el emplazamiento se hace obligatorio en estas condiciones, pues se superpone a la vía previa de reclamación administrativa, que pudiera interferir en el régimen de notificaciones previsto en el ordenamiento común. Sin perjuicio de sus antiguas incertidumbres, que tantos quebraderos de cabeza produjo en la doctrina, estimo que los actuales parámetros del asunto todavía lo complican más. Tal vez ello constituya un buen indicio para la búsqueda de soluciones alternativas, que no se han explorado de manera suficiente.

Como presupuesto general del análisis que ahora emprendo, permanece la idea de que cualquiera que sea la fórmula empleada, los órganos administrativos que transmitan bienes, deben responder por evicción, si procede, pues «la Ley no exceptúa al Estado vendedor de esa obligación tan esencial del contrato, porque semejante excepción significaría una patente de estafa á favor del vendedor que la obtuviese»[1].

El estudio anunciado trae consigo el análisis previo de algunas cuestiones de interés. Será la primera dilucidar qué jurisdicción es competente para decidir estas disputas contenciosas, habida cuenta de que los órganos administrativos pueden arrastrar a su propio fuero los juicios que se susciten. Una vez dilucidado este punto conviene describir de manera sumaria la disciplina jurídica sobre la notificación y emplazamiento del transmitente al juicio de la evicción como requisito ineludible de la futura exigencia del saneamiento futuro.

4.1. La competencia jurisdiccional: el orden civil

El punto de arranque del análisis de la evicción y su responsabilidad cuando implique a un ente público es el relativo a qué tipo u orden de tribunales resultan competentes para enjuiciar la materia. Las repercusiones de su correcta determinación son de gran relieve, pues con arreglo al artículo 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, *«la jurisdicción es improrrogable. Los órganos judiciales apreciarán de*

[1] MAYNAR, *op.* y *loc. cit.*, p. 66. Como sucedía en el caso histórico expuesto sobre la desamortización. Sin embargo, el sentir generalizado de la doctrina se opone a semejante conclusión: cfr. CABALLERO, *op.* y *loc. cit.*, p. 33.

oficio la falta de jurisdicción y resolverán sobre la misma con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal. En todo caso, esta resolución será fundada y se efectuará indicando siempre el orden jurisdiccional que estime competente» (cfr., asimismo, art. 38 L.E.C.); si bien, de cualquier manera, cabe *«apreciación de la falta de competencia internacional o de jurisdicción a instancia de parte»*: *«el demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haberse sometido a arbitraje la controversia»* (art. 39 L.E.C.).

La primera de las cuestiones que ha de resolverse de antemano, es qué tipo de negocio jurídico emprendido por las administraciones públicas aquí se contempla. Por la naturaleza del fenómeno que analizo, no es mucho suponer que se trata de un convenio privado en el que actúa la Administración. Tales hipótesis están reguladas en el artículo 5.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Texto Refundido aprobado por Real Decreto-Legislativo 2/2000, de 16 de junio), entre los que destacan *«los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorporales y valores negociables»*. En dicha tesitura, el *«régimen jurídico de los contratos privados»*, incluido en el artículo 9 del mencionado texto refundido, resulta bastante difuso en la sustancia, por cuanto *«se regirán por las normas de la legislación patrimonial de las correspondientes Administraciones públicas»* (art. 9.1 *in fine* T.R.L.C.A.P.). Sin embargo, acaso lo más interesante venga descrito en el tercer párrafo de la citada norma, que, para la materia procesal, advierte que *«el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos privados»*[2], si bien excluye, como actos jurídicos separables, los de preparación y adjudicación del contrato, cuya competencia se reserva el orden contencioso-administrativo[3].

Por lo que aquí nos interesa, la competencia de la jurisdicción civil se mantiene, a pesar que la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992 —modificada el 13 de enero de 1999—, en su artí-

[2] Una reciente Sentencia —existen numerosas resoluciones acerca del asunto en el orden contencioso-administrativo— que decide sobre la cuestión es la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 16 de noviembre de 1998: «las consecuencias jurídicas que pudieran dimanar tanto respecto de la validez de la donación (...), como respecto de la validez del acto dispositivo del terreno (...) en favor del Ayuntamiento demandado, no pueden ser analizadas por esta Sala sino por la jurisdicción civil ordinaria, dado que se trata de relaciones jurídicas estrictamente civiles».

[3] En idéntico sentido también opera el artículo 112.1 del Reglamento de bienes de las corporaciones locales, aprobado por Real Decreto 1372/86, de 13 de junio: *«las enajenaciones de bienes patrimoniales se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación por la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones locales»*.

culo 144, tratando de la «*responsabilidad de Derecho privado*»[4], establece que «*cuando las Administraciones públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley*». En los preceptos mencionados se infiere sin duda la prevalencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa en este orden de materias. Sin embargo, la responsabilidad a que alude dicha norma es la extracontractual[5]. La Sentencia de 22 de marzo de 1999 de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo reconoce de manera expresa dicho carácter al contenido de los artículos 139 a 144 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: «no se puede desconocer el contenido de su artículo 144 y la interpretación que de ese precepto ha venido haciendo la jurisprudencia desde el Auto de la Sala de Conflictos de Competencia de 7 de julio de 1994, según el cual, a partir de la entrada en vigor de la vigencia de la propia Ley se ha establecido un sistema de unidad jurisdiccional en favor de los Tribunales Contencioso-Administrativos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, debido a la derogación expresa por dicha Ley del artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y de que el último inciso del citado artículo 144 de la Ley 30/1992 remite para exigir responsabilidad extracontractual a las Administraciones Públicas, aunque aquélla se origine en relaciones de derecho privado, a los procedimientos establecidos en los artículos 142 y 143 de la misma Ley, de lo que, desde la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de esta Jurisdicción, no cabe la menor duda [artículo 2.e)][6]».

Si bien la evicción no constituye propiamente un episodio de la específica responsabilidad contractual, está mejor incardinada en este capítulo, que no en el de la extracontractual, a los presentes efectos. Luego la jurisdicción competente sigue siendo la civil para el saneamiento que produce. Reafirma el hecho la Ley de Patrimonio del Estado —aprobada por Decreto 1022/1964, de 15 abril y sin recibir modificación en este punto—, cuyo artículo 70 contempla: «*en los juicios de reivindicación, evicción y saneamiento está sujeto el Estado a las reglas del Derecho Civil, así como a la indemnización por las cargas de las fincas no expresadas en el anuncio de la venta y en la escritura. Pero los Tribunales no admitirán demanda alguna contra los bienes enajenados por el Estado o contra la venta de los mismos, ni darán curso a las citaciones de evicción, sin que antes se acredite debidamente en autos que los interesados han apurado la vía gubernativa*[7]».

Con todo, la Exposición de Motivos de la Ley de 13 de enero de 1999, que modifica la citada Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pretende que «se opta, con la nueva redacción del artículo 144, por la uni-

[4] La Exposición de Motivos de la reforma que cito aludía sobre la materia en sospechosos términos, cuya interpretación desmedida puede incluir un abusivo privilegio de fuero, del que disfrutan las Administraciones desde la Ley de 27 de diciembre de 1956 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: «se opta, con la nueva redacción del artículo 144, por la unificación del régimen jurídico sustantivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración sin discriminar su actuación en régimen de derecho público o privado en concordancia con la unidad de fuero».

La Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas de 27 de noviembre 1997 contempla en su artículo 15 el «*fuero territorial del Estado*», en el siguiente sentido: «*para el conocimiento y resolución de los procesos civiles en que sean parte el Estado, los Organismos públicos o los órganos constitucionales, serán en todo caso competentes los Juzgados y Tribunales que tengan su sede en las capitales de Provincia*». Con ello queda claro que los tribunales civiles tienen atribuida competencia en pleitos en los que intervienen los órganos administrativos, gracias a la materia específica que se dilucida, como en el caso de la contratación privada, uno de cuyos supuestos es el de la evicción cuando transmita el bien el Estado.

Históricamente sostuvo la competencia de la jurisdicción civil CABALLERO, en virtud del artículo 37 de la Instrucción de 15 septiembre de 1903 y la Sentencia de 22 de enero de 1906 (cfr. *op.* y *loc. cit.*, p. 34).

[5] La Exposición de Motivos de la Ley de 1992 resulta ilustrativa en extremo, por cuanto se refiere a que para que tenga lugar la responsabilidad del Estado en los términos dictados por dicha norma requiere «siempre que la valoración del daño y la relación de causalidad entre la lesión y el funcionamiento normal y anormal del servicio público sean inequívocos». Como puede observarse, los dos elementos característicos de la responsabilidad extracontractual, como son el daño y la relación causal, quedan de manifiesto en exclusiva.

A este panorama obedecen las lesiones causadas en los servicios sanitarios públicos, cuya competencia se irroga la jurisdicción contencioso-administrativa. En dicho campo no existe diferencia entre responsabilidad contractual y extracontractual, precisamente para poner fin a la rémora conocida como *peregrinaje de jurisdicción*. En efecto, el artículo 2.3 de la Ley de 13 de enero de 1999, que trata de la *modificación de las disposiciones de la parte final de Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, deja la disposición adicional duodécima —«*responsabilidad en materia de asistencia sanitaria*»—, como sigue: «*la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso*».

[6] La Sentencia de 10 de noviembre de 1999 de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo expresa que «la nueva Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, regula en su Título X la responsabilidad de las administraciones públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio, y en concreto en su artículo 139.1 se proclama el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos».

[7] Cfr. GARCÍA CANTERO, *op.* y *loc. cit.*, p. 280.

Con arreglo a su artículo 23, párrafo 1, «*las adquisiciones a título oneroso de carácter voluntario se regirán por los preceptos de la presente Ley, según la naturaleza de los bienes y derechos de que se trate*»; mientras el segundo párrafo excluye lo relativo a la expropiación forzosa, por remisión a su normativa específica.

ficación del régimen jurídico sustantivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración sin discriminar su actuación en régimen de derecho público o privado en concordancia con la unidad de fuero»[8]. En la misma línea, opera la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo artículo 9.4, párrafo 2 (en su redacción dada por Ley Orgánica de 13 de julio de 1998), establece la competencia del orden contencioso, pues sus tribunales *«conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación que se derive»*. Sin embargo, estos términos tan omnicomprensivos de su primer inciso, quedan en cierta medida limitados en el segundo, porque *«si a la producción del daño hubieran concurrido varios sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional»*. Luego habla de la responsabilidad patrimonial de carácter extracontractual, en el mismo sentido ya visto.

Según creo, la competencia de los tribunales civiles en cuanto a la materia constituye un verdadero acierto, pues las dificultades a que deberíamos enfrentarnos en otro caso serían de tal calibre que hasta comprometerían la misma pervivencia del saneamiento por evicción de tratarse de un enajenante sometido al imperio del Derecho público. En efecto, una indiscriminada y universal *vis* atractiva de la jurisdicción contencioso-administrativa por razón del sujeto demandado traería consigo numerosas incertidumbres, mientras se mezclen, como en nuestra hipótesis, dos pleitos estrechamente vinculados, pero en jurisdicciones a la fuerza distintas. Así es, el carácter complejo de la evicción y el saneamiento en su vertiente procesal implica que un primer litigio, el de la pérdida del bien por su adquirente a manos del tercero tuviese lugar ante los tribunales del orden civil, mientras el segundo, acerca de la indemnización, se abriese dentro del contencioso-administrativo. Ello plantearía como primer problema el de la prejudicialidad. Dicho en otros términos, se hace imprescindible conocer en qué grado las decisiones civiles previas afectan al libre juicio de tribunal perteneciente a distinta jurisdicción. Tratándose de la materia que me ocupa, no estaría el juez de lo contencioso-administrativo vinculado por la sentencia civil antecedente (cfr., *a contrario*,

[8] Epígrafe VI del citado texto.

En igual sentido, el Real Decreto 429/93, de 26 de marzo, aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, en cuyo contenido, el artículo 1.2 establece su aplicación a *«los procedimientos que inicien, instruyan y resuelvan todas las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial por su actuación en relaciones de Derecho público o privado»*, criterio reiterado en su artículo 2.1, párrafo 2.

art. 42.2 L.E.C.), por cuanto la prejudicialidad opera sólo en el ámbito penal previo (cfr. art. 10.2 L.O.P.J.). E incluso, ya en un plano menos comprometido, en qué medida cabe reiterar en la causa contencioso-administrativa las cuestiones debatidas en el juicio civil, por cuanto no se sabe a ciencia cierta si la notificación que se realiza en el pleito civil eviccionario debe luego reproducirse para el de saneamiento, en el sentido que agota su capacidad de defensa. Dudo mucho de lo último, pues supondría tanto como hacer ineficaz el privilegio del fuero. Así, un largo capítulo de cuestiones que, sin duda, ensombrecerían el panorama muy negativamente, superando en la práctica, por superfluo, el sistema del saneamiento por evicción diseñado en el Código civil con carácter general para el caso de verse comprometido un organismo administrativo. Por último, constituiría un verdadero agravio comparativo que las normas procesales deban ajustarse al régimen previsto en el ordenamiento civil, pero el Derecho público desoyera por completo sus dictados cuando la Administración actúe dentro de la esfera estrictamente privada.

Este conjunto de incertidumbres plantea con todo su vigor la entraña procesal que se predica de la evicción y el saneamiento a que da derecho. Su examen ocupa las siguientes páginas, desde la perspectiva de las especialidades que la intervención de organismos públicos reclama en los procesos eviccionarios.

4.2 Esquema general de la llamada en garantía: fundamento y régimen

Entre las figuras características del Derecho civil, pocas como la evicción tienen tantas implicaciones procesales. El sistema ideado para el saneamiento pasa por un estricto modo de proceder que condiciona la eficacia misma de la figura. Esa extraña mezcolanza de las facetas de fondo y de forma constituye un paradigma difícil de repetir en el ordenamiento español, máxime siendo de rigurosa naturaleza jurídico-privada[9].

El artículo 1481 del Código civil resulta en este punto extraordinariamente ilustrativo de su alcance, pues *«el vendedor estará obligado al*

[9] Sierra considera que la intervención del vendedor en el proceso eviccionario es una «figura interesantísima» (*op. y loc. cit.*, p. 236), por «su enorme importancia teórica, práctica y de derecho positivo» (*ibidem*, p. 282).

Aun así, parecía ignorarlo el dictamen del Consejo General de la Abogacía, solicitando la supresión de los dos primeros párrafos (*sic*) del nuevo artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regula el asunto [cfr. Barbancho, *«Ley de Enjuiciamiento Civil (concordada y anotada)»*, Barcelona, 2000, p. 123].

saneamiento que corresponda, siempre que resulte probado que se le notificó la demanda de evicción a instancia del comprador. Faltando la notificación, el vendedor no estará obligado al saneamiento»[10]. Luego la notificación al deudor constituye un capítulo previo del *iter* saneatorio, que no hay manera de soslayar, hasta el punto de que la doctrina y la jurisprudencia entienden que constituye una de las solemnidades previas e ineludibles de la evicción, si no la única o, al menos, la sustancial[11].

En efecto, la notificación al vendedor de la demanda sobre la evicción planteada contra el adquirente proviene del requisito romano

[10] Curiosamente manifiestan los autores procesalistas que la única norma donde se concibe una concreta llamada en garantía es en el Código civil [cfr. MONTERO, *La intervención adhesiva simple*, Barcelona, 1972, p. 47; DÁVILA, *op. cit.*, p. 39; GÓMEZ ORBANEJA–HERCE QUEMADA, *op. cit.*, p. 149; PRIETO-CASTRO, *op. cit.*, p. 405; FÁBREGAS DEL PILAR, *op.* y *loc. cit.*, p. 347; SAMANES, *op. cit.*, p. 143; ASENCIO, *Derecho procesal civil*, Valencia, 2000, p. 114; CABAÑAS Y OTROS, *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2000; ORTELLS Y OTROS, *op. cit.*, p. 189; SÁNCHEZ SÁNCHEZ, en *Ley de Enjuiciamiento Civil* (Colex), Madrid, 2000, p. 82; y RAMOS MÉNDEZ, *Guía para la transición ordenada a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2000, p. 231].

SERRA considera el hecho como un desvío de su auténtica sede, si bien fue un propósito consciente del legislador, máxime cuando el Proyecto de 1851 se remitía en su contenido al «Código de Procedimientos» (cfr. *op.* y *loc. cit.*, p. 256).

Estima GARCÍA LARAÑA, que «el supuesto paradigmático en nuestro Derecho de la llamada formal es el previsto en los artículos 1480 y siguientes del Código Civil, relativos al saneamiento por evicción» (cfr. *La llamada en garantía y la acción de repetición en la Ley de Ordenación de la Edificación*, en «El Consultor Inmobiliario», nº 7, Noviembre de 2000, p. 31, nt. 7; GÓMEZ ORBANEJA–HERCE QUEMADA, *op. cit.*, p. 149; y MONTERO Y OTROS, *Derecho Jurisdiccional*, II, Valencia, 2000, p. 92). Sin embargo, como él mismo estudia, la disposición adicional séptima de la Ley de ordenación de la edificación de 5 de noviembre de 1999 contiene un ejemplo de llamada en garantía simple (cfr. *op.* y *loc. cit.*, p. 29; BERCOVITZ, *Obligaciones solidarias*, en «Aranzadi Civil», nº 4, 2001, p. 12; y GÓMEZ DE LIAÑO Y OTROS, *op. cit.*, p. 86). SAMANES, además de aceptar el anterior supuesto, lo enriquece con lo prevenido en el artículo 4.3 de la Ley de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, para el caso de que quien suministra el producto lesivo pueda identificar al fabricante o importador y traerle a pleito (cfr. *op. cit.*, p. 145), si bien acaba por identificarlo como un supuesto de sustitución procesal (cfr. *ibidem*, p. 150).

[11] Cfr. NAVARRO AMANDI, *op. cit.*, p. 225.

Incluso entienden GÓMEZ DE LIAÑO Y OTROS que no se reduce a una simple carga imputable al comprador, sino que más bien logra el *status* de condición legal para el ejercicio del saneamiento (cfr. *op. cit.*, p. 86).

La Sentencia de 24 de diciembre de 1909 resulta bien significativa: «el artículo 1481 del Código civil exige como requisito único para que el vendedor esté obligado al saneamiento, que resulte probado que se le ha notificado la demanda de evicción a instancia del comprador». Asimismo, la Sentencia de 11 de octubre de 1993 advierte «que el vendedor llamado en garantía no es demandado en el juicio de evicción y la única consecuencia que para él tiene la sentencia estimatoria de la demanda de evicción, al haber quedado preparada la acción de saneamiento con la notificación es la de venir obligado a sanear».

La enorme relevancia del requisito trae consigo algunas fórmulas de su cumplimiento, ya sean agravantes o moderadoras, que considero, al menos como idea, impropias. En algunos casos, se pretende también expandir su efecto no sólo a demandas eviccionarias, sino a simples embargos judiciales, como en la Sentencia de 30 de junio de 1864. Por el contrario, tampoco faltan quienes aceptan formas sucedáneas de cumplir, como aquella que considera bastante notificar la solicitud del beneficio de pobreza u otros elementos auxiliares del pleito, como el acto de conciliación (cfr. S. de 9 de julio de 1881). En suma, estimo que hay que ser rigurosos con sus estrictos términos para satisfacer el espíritu de la norma.

conocido bajo el nombre de *denuntiatio necessitas*[12] o *litis denuntiatio*, que a su vez deriva de la *laudatio auctoris*[13]: *venditor ab emptore denunciatum, ut eum evictionis nomine defenderet*. Hoy se nomina mejor como la llamada en garantía o llamada en causa (cfr. Sentencia de 26 de junio de 1993)[14], que, a juicio de MONTERO, sucede cuando «una parte provoca la intervención en el proceso de un tercero que debe garantizarle al llamante de los resultados del mismo»; y sería formal si «el tercero está obligado a garantizar al llamante en virtud de una transmisión onerosa de derechos efectuada con anterioridad»[15].

Paulatinamente se ha ido diferenciando entre la simple *litisdenuntiatio* y la llamada en garantía. La primera constituye un mero aviso del inicio de un proceso que puede traer consecuencias de muy dispar signo al notificado. En sí no logra relevancia jurídica suficiente como para conferir el *status* de parte procesal al notificado, impidiéndole oponer excepciones autónomas, por ejemplo. Por el contrario, la llamada en garantía desborda el estrecho marco de la notificación, en la medida en que añade la eficacia jurídica de servir como cauce a un verdadero emplazamiento, con miras a emprender una defensa procesal en toda regla[16]. Consecuentemente, más que darle noticia de un hecho que le puede afectar en su relevancia definitiva, se le advierte acerca de un proceso que no le resulta de ningún modo ajeno, y en cuyo curso adquiere derecho a intervenir, ya sea en su propia defensa, en la del notificante, o incluso sobre la realidad objetiva que se dirime, como aquí sucede. Bien vistas las cosas, a mi juicio, la distinción puede incluir las tres nociones manejadas en relación a la perspectiva procesal del saneamiento eviccionario.

La *laudatio auctoris* supone cualquier tipo de notificación que deba realizarse al *dominus* para que actúe sobre las invasiones de tercero que pueda sufrir quien detenta la cosa por un título que no le permite

[12] CALONGE afirma la existencia de abundantes vestigios en las fuentes, como Digesto 21, 2, 56, 4 (cfr. *op. cit.*, pp. 69 y ss.; y RODRÍGUEZ MORATA, *op. cit.*, pp. 117 y 128 y ss., donde lo desarrolla también en el Fuero Real, el Proyecto de 1851 y el Anteproyecto de 1882-1888).

A juicio de la Sentencia de 27 de enero de 1895 coincide con lo dispuesto en las antiguas leyes de Castilla (cfr. Sentencia de 15 de junio de 1913).

[13] Cfr. CASTÁN, *op. cit.*, p. 123; BONET RAMÓN, *op. cit.*, nt. 236, p. 225; PUIG PEÑA, *op. cit.*, p. 121; GAYOSO, *op.* y *loc. cit.*, p. 73; MUCIUS SCÆVOLA, *op. cit.*, p. 165; y MONTERO, *op. cit.*, p. 39.

[14] Cfr. DE LA OLIVA–DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 193; RODRÍGUEZ MORATA, *op. cit.*, p. 146; FÁBREGAS DEL PILAR, *op.* y *loc. cit.*, p. 452; y GÓMEZ ORBANEJA–HERCE QUEMADA, *op. cit.*, p. 148.

[15] *Op. cit.*, p. 44. El autor considera que «la llamada es una simple denuncia de litigio, por la que se invita al tercero a intervenir» (cfr. *ibidem*, p. 49) e impide luego que se limite su resultado al *res inter alios iudicata*.

FÁBREGAS DEL PILAR juzga más bien que se le invita de dicha forma para cumplir una obligación (cfr. *op.* y *loc. cit.*, p. 451).

Ambas perspectivas acaso sean conciliables. La primera sobre todo atiende a los beneficios que comporta en su autor y la segunda se centra en la carga en que consiste.

[16] Cfr. BADENES, *op. cit.* p. 659; PRIETO-CASTRO, *op. cit.*, p. 406; LÓPEZ-FRAGOSO, *op.* y *loc. cit.*, p. 170; GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, 1, Madrid, 1945, p. 273; y RODRÍGUEZ MORATA, *Comentario a la Sentencia de 11 de octubre de 1993...*, p. 1064.

reaccionar en nombre propio. Constituye un deber para el ocupante del objeto, por cuanto de la inmisión avisada se pueden derivar daños de los que responde si no advierte a su tiempo al dueño. El motivo de dicha carga se deriva de que sólo el obligado está en condiciones de conocer de manera directa el hecho que la provoca, mientras el receptor cuenta con los debidos instrumentos de defensa en nombre propio. Resulta una especie de corolario de la buena fe y la lealtad en las relaciones jurídicas que vinculan a los protagonistas en la explotación económico-jurídica de objeto. Por tanto, generalmente no implica de ninguna manera defensa del derecho del notificante, sino un mecanismo que garantiza su indemnidad ante posibles lesiones que le pudieran ser repercutidas en otro caso[17]. Con diferente y superior alcance jurídico, la *litis denuntiatio* trae consigo el formal anuncio de un pleito que se ha emprendido sobre la cosa y que atañe al propietario y al poseedor, cada uno a su modo. Implica un debate sobre derecho propio y adelanta posibles deberes del *dominus* por esta causa. En el último peldaño de la escala, la estricta llamada en garantía constituye una *condictio iuris* para la responsabilidad del transmitente sobre la licitud de la venta y abre las puertas a la posible indemnización futura por saneamiento. Es una carga para quien ha de cumplirla, pero que asimismo atañe al convocado a juicio[18]. Ahora bien, además origina un verdadero derecho: el de uno, a ser defendido ante agresiones injustas desde su perspectiva; y, el de otro, que intenta salvar los negativos efectos económicos que pudieran derivarse. Por consiguiente, las repercusiones procesales en la defensa de los derechos implicados saltan a la vista. La *litis denuntiatio* implica que los llamados defienden sus propias atribuciones jurídicas, mientras en la llamada en garantía opera sobre misma transferencia. La intervención provocada es facultativa, pero a resultas de su ejercicio queda dispuesto a responder por la pérdida del bien[19]. En suma, como dice la Sentencia de 10 de junio de 1865: «que dichas leyes <de Partida>, igualmente que otras del mencionado título, dejan al vendedor, aunque sea citado á debido tiempo, la facultad de presentarse ó no en juicio á defender al comprador, si bien quedando responsable de indemnizar á éste, no solamente del precio de la cosa, en proporcion á la parte de esta de que sea privado por sentencia judicial, sino tambien de todos los daños y perjuicios que por tal motivo se le hubiesen irrogado».

Las anteriores diferencias son fruto de un largo proceso evolutivo no siempre lineal y uniforme, de cuyos equívocos aun quedan no pocos vestigios en forma de distinciones no pacíficas, ni acaso todo lo útiles que sería de desear; esa misma incertidumbre consta en la jurisprudencia. Si bien la línea mayoritaria es respetuosa con lo defendido —»la citación de evicción a los vendedores (...) en virtud de lo dispuesto en el artículo 1481 del Código Civil, da pie a la figura procesal conocida con el nombre de «llamada en garantía»» (S. de 13 de enero de 1998 y cfr. S. de 18 de abril de 1997)— tampoco faltan retrocesos, como en la Sentencia de 5 de mayo de 1997 cuando sostiene que la *litis denuntiatio* se contempla en el artículo 1482 del Código civil, idea reafirmada por la Sentencia de 11 de octubre de 1993: «ejercitadas por quien se considere verdadero dueño de la cosa vendida las acciones dominicales de que se crea asistido para la recuperación de aquélla, el comprador demandado, caso de ser privado por sentencia firme de la cosa objeto de la venta, podrá ejercitar contra el vendedor las acciones de saneamiento por evicción siempre y cuando se haya notificado, como exige el artículo 1482 del Código, a aquél la demanda de evicción a instancia del comprador, es decir, que se produzca la «litis-denuntiatio» a fin de que el vendedor pueda intervenir en el juicio de evicción».

No obstante, opino que la llamada en garantía protagoniza el capítulo superior de la concurrencia de terceros en pleitos emprendidos sobre las cosas; y, específicamente, encarna una *condictio iuris* de la

[17] Para estudiar con rasgos precisos el asunto, nada mejor que proponer algunos ejemplos válidos extraídos de las normas civiles. Constituirían episodios de la *laudatio auctoris* lo prevenido en los artículos 511 (*«el usufructuario estará obligado a poner en conocimiento del propietario cualquier acto de un tercero, de que tenga noticia, que sea capaz de lesionar los derechos de propiedad, y responderá, si no lo hiciere, de los daños y perjuicios, como si hubieran sido ocasionados por su culpa»*) y 1559 (*«el arrendatario está obligado a poner en conocimiento del propietario, en el más breve plazo posible, toda usurpación o novedad dañosa que otro haya realizado o abiertamente prepare en la cosa arrendada.— También está obligado a poner en conocimiento del dueño, con la misma urgencia, la necesidad de todas las reparaciones comprendidas en el número 2. del artículo 1554. —. En ambos casos será responsable el arrendatario de los daños y perjuicios que por su negligencia se ocasionaren al propietario»*) del Código civil (cfr. MONTERO Y OTROS, *op. cit.*, p. 92; ASENCIO, *op. cit.*, p. 114; CACHÓN, *op.* y *loc. cit.*, p. 42; LORCA-GUILARTE Y OTROS, *op. cit.*, p. 200; GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA, *op. cit.*, p. 149; SIERRA, *op.* y *loc. cit.*, p. 280; GÓMEZ DE LIAÑO Y OTROS, *op. cit.*, p. 87; OCAÑA, *op. cit.*, pp. 618 y ss.; y DE LA OLIVA-DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 193. A mi juicio, con error OCAÑA incluye también el 1560 del Código civil acerca de los arrendamientos perturbados posesoriamente por un tercero (cfr. *op. cit.*, p. 613). A los cuales cabe superponer otros paralelos, que se describen en legislación sectorial, como lo prevenido en el artículo 124.2 de la Ley de Patentes, aplicable por remisión a las marcas (cfr. art. 40 L.M.) y otros episodios, asumidos por la doctrina procesalista que mejor los trata, del estilo de la llamada que concierne al poseedor mediato (cfr. MONTERO, *op. cit.*, p. 50; SERRA, *op.* y *loc. cit.*, p. 234; GARCÍA LARAÑA, *op.* y *loc. cit.*, p. 27; DÁVILA, *op. cit.*, p. 41; y PRIETO-CASTRO, *op. cit.*, p. 409).

[18] Cfr. RUBIO, *op. cit.*, p. 534; SERRA, *op.* y *loc. cit.*, p. 275; SALINAS, *op.* y *loc. cit.*, p. 498; OCAÑA, *op. cit.*, p. 606; RODRÍGUEZ MORATA, *op. cit.*, pp. 101 y 113; y VALPUESTA Y OTROS, *op. cit.*, p. 568.

Según OCAÑA, «en el Código civil la notificación (...) es una obligación sustantiva de hacer impuesta al comprador», que condiciona el derecho al saneamiento (cfr. *op.* y *loc. cit.*, p. 603).

Concede SERRA una importancia esencial a la categoría de carga en este fenómeno (cfr. *ibidem*, pp. 284 y 285).

[19] Cfr. OCAÑA, *op. cit.*, p. 606; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y OTROS, *op. cit.*, p. 493; ORTELLS Y OTROS, *op. cit.*, p. 189; y PRIETO-CASTRO, *op. cit.*, p. 405.

responsabilidad que por evicción se concreta en el saneamiento de la cosa. Se trata de una medida legal que marca sin duda el futuro indemnizatorio a que tiene derecho el comprador. Tiene acusada naturaleza jurídico-positiva, si bien carece de carácter retroactivo, sino constituyente, porque a sus resultas penden los futuros deberes resarcitorios del llamado.

Una vez distinguido desde una perspectiva conceptual el alcance de los varios términos asignados a la convocatoria del transmitente al pleito eviccionario, conviene ocuparse acerca de su justificación, que no es, al menos en teoría, tan sencilla como esconde la inercia de su estudio.

Prima facie, parece un exceso que se vincule la indemnización, lógica para quien ha perdido sin su culpa el bien que adquirió, al imperativo emplazamiento del vendedor en el litigio entablado por un tercero para recuperar su dominio. Repudia casi a la economía procesal, desde la perspectiva del interesado, semejante sistema, que complica el asunto de manera muy discutible. Incluso, dicha rogada mediación parece repercutir negativamente para los intereses de quien se halla privado a la postre de la cosa: la víctima debe soportar cargas insospechadas. No basta con que se requiera sentencia, y además firme, sino que todavía debe ser invitando al causante a su asistencia. Más sencillo sería para él, una vez despojado del objeto, reclamar a su *tradens*, quien respondería de forma inmediata; y luego, si estima éste que resulta injusto, que demande al tercero en la defensa de sus intereses. Sin embargo, el anterior razonamiento esta viciado en su devenir cronológico. Sólo *a posteriori* se conoce a ciencia cierta el hecho incontestable de que la pérdida es irreparable, y para entonces ha surgido ya la oportunidad de la intervención del vendedor en el proceso. En otras palabras, hay que juzgar en abstracto qué sería mejor para el demandado: asumir la derrota por principio, asegurando el irresistible despojo en la cosa, y volcarse de inmediato tras la indemnización saneadora; o si prefiere que sea el transmitente quien emprenda la defensa de la válida transferencia, con vistas a mantener el objeto del contrato en su dominio y así consolidar el fin económico perseguido. Creo que, sin duda, ésta última constituye la más beneficiosa de las alternativas que se ofrecen a su disposición —por eso es el sistema que se idea en el ordenamiento español—, por mucho que, tras consumarse la pérdida jurídica del bien, parezca un dislate que agrava más su sino. El Derecho debe perseguir, por encima de otras consideraciones, la indemnidad jurídica del comprador, y sólo después, si ésta no fuera factible, la reparación económica mediante su resarcimiento saneatorio.

La *ratio* de la imprescindible convocatoria del vendedor para intervenir en el pleito se ha querido extraer, con arreglo a las fuentes romanas que lo contemplaron en su origen, de la doctrina de la equidad[20]. En semejante línea, se ha propuesto también como consecuencia de la buena fe contractual en atención a la causa de la entrega[21]. Al margen de las explicaciones históricas o abstractas, el parecer más extendido se inclina por advertir ante todo los factores prácticos en que se funda la medida. En tal sentido, destaca que supone un instrumento que incita y favorece la defensa de quien transmite, porque tiene a su alcance un más definitivo conocimiento de la circunstancia preexistente que ha desembocado en la evicción, y, por tanto, debe desarrollarse a sus expensas. En efecto, la prioritaria causa de atraerle al litigio eviccionario es que se debate un derecho previo, respecto del cual resulta el adquirente ajeno. Extraño, digo, en el sentido de que no participó en su génesis, aunque le afecta, porque la acción emprendida real, y se dirige, por tanto, a quien detenta el bien. Este motivo constituye un verdadero indicio para reafirmar nuevamente las limitaciones sustantivas que lastran la evicción, en punto y hora que un tercero de buena fe resulta inatacable, y su relieve procesal no hará sino confirmarlo.

En palabras de la Sentencia de 13 de abril de 1929, «para tener derecho a indemnización, conforme al artículo 1478 del Código civil, es preciso llenar el requisito previo de la notificación al vendedor de la demanda de evicción, en la forma prevenida en los artículos 1482 y 1483 del mismo Código, con el indiscutible objeto de que tenga conocimiento de la existencia del pleito y pueda salir a la defensa del derecho que como libre transmitió». Por eso la notificación debe realizarse *ab initio* y no posteriormente, una vez dictada la condena firme, como bien refuta la Sentencia de 3 de octubre de 1890: «acordado en el caso de que se trata se citara de evicción al representante del Estado, no tuvo lugar dicha citación, sin que obstáculo alguno lo impidiera y sin que pueda entenderse subsanada dicha falta por la notificación hecha más tarde de la sentencia recaída en primera instancia, porque ésta es cosa distinta y que no podía surtir los mismos efectos, por todo lo que es visto que se ha incurrido en el quebrantamiento de forma alegado». No es, por consiguiente, una carga para el cobro del acreedor, sino un presupuesto de su misma existencia, como deuda *ex* saneamiento.

Existe, con todo, un argumento procesal que avala igualmente la convocatoria del vendedor al litigio eviccionario, como trámite inexcusable para su responsabilidad por la pérdida del objeto en la sentencia firme que lo declara sobre la base de un derecho previo. Esta

[20] Cfr. Núñez Lagos, *op. y loc. cit.*, p. 360; y Marichalar, *op. cit.*, p. 272.
[21] Cfr. Rodríguez Morata *op. cit.*, p. 114; y Salinas, *op. y loc. cit.*, p. 501.

razón se suma también al cimiento sustantivo que se ha expuesto. En los propios términos de TAPIA, la notificación del transmitente implica «que la sentencia que recaiga en el proceso de evicción alcanzará al comprador demandado y al vendedor garante, de modo que no podrá alegar posteriormente en el proceso de garantía que la sentencia fue «*res inter alios iudicata*»; la cosa juzgada entrará en el proceso de garantía como vinculante o prejudicial, es decir, en su función positiva»[22].

Esta idea, extraída de requerimientos formales, en el fondo también asegura la economía debida en el conjunto de procesos sucesivos, no ya desde la personal óptica del adquirente. Por un lado, allana el camino de la responsabilidad, que permanece a resultas de un pleito anterior, cuyo desarrollo indudablemente prepara —y, hasta cierta medida, indica— el sentido del segundo. Impide, a su vez, que se reproduzcan en el juicio del saneamiento cuestiones ya debatidas en el de la evicción, por lo que la defensa del *tradens* en aquél se concreta de forma extraordinaria, como no se trate del *quantum* indemnizatorio que adeuda, pues las resoluciones adoptadas en la sentencia privatoria «no podrán ser discutidas en un posterior y eventual proceso que el comprador promueva para exigir la indemnización compensatoria de la privación sufrida frente al vendedor» (S. de 11 de octubre de 1993).

Las anteriores advertencias y salvedades introducen, como dato previo, el examen de las condiciones jurídicas en que se vertebra la implicación del tercero en proceso ajeno. En nuestra hipótesis, un litigio sobre la cosa que soporta el comprador, por lo común como demandado, y a cuyo auxilio es traído aquél. En el curso del análisis jurídico de la materia se pondrá de relieve la transcendencia procesal que cabe reconocer a cada interviniente, lo que, a la postre, define sus efectivas facultades de acción y defensa.

Junto con el problema de cuál es la *ratio* del cauce ideado con miras a permitir la intervención en el proceso del vendedor, cabe preguntarse acerca de quién es el destinatario del preceptivo emplazamiento. Resulta lógico que, *de visu*, la respuesta señale al causante inmediato, pues a él atañe la conducta defensiva de la transmisión. Ahora bien, como el derecho del tercero que se debate debe ser previo a la venta, es discutible si puede llamarse también a los antecesores jurídicos del transmisor, logrando así una más efectiva defensa, que constituye la base misma de la notificación que aquí analizo. Los

[22] *Op.* y *loc. cit.*, p. 2128. Este motivo ya fue alegado por CALAMANDREI (cfr. *La chiamada in garantia*, Milano, 1913).

Cfr., asimismo, GÓMEZ DE LIAÑO Y OTROS, *op. cit.*, p. 87; SERRA, *op.* y *loc. cit.*, p. 278; CACHÓN, *op.* y *loc. cit.*, p. 38; y MONTERO Y OTROS, *op. cit.*, p. 92.

autores concuerdan, a la vista del tenor de la Ley, que ha de rechazarse la posibilidad, salvo acuerdo expreso en este sentido[23]. Destaca en sus términos la Sentencia de 26 de diciembre de 1896 que «por regla general, el derecho á exigir la evicción, efecto natural de los contratos onerosos, puede ser ejercitado por el comprador y su herederos contra el vendedor y los suyos, pero no por el poseedor contra vendedores anteriores no ligados entre sí por algún vínculo jurídico, á menos que éstos se hubiesen obligado por pacto expreso á la evicción y saneamiento en favor de adquirentes sucesivos»[24]. Era el supuesto litigioso el compromiso del Estado a defender la transmisión frente a posteriores compradores de bienes desamortizados. Esta concreta medida, que constituye una clamorosa excepción, se justifica por razones de política y oportunidad. En efecto, incluso la Sentencia de 15 de noviembre de 1897 declaraba exonerado al poder público de la responsabilidad por evicción directa: «vendidos por el Estado, en virtud de las facultades que le confirieron las leyes desamortizadoras, los bienes de un establecimiento civil benéfico, no contrae éste la obligación de sanear la venta en favor de los compradores». En el caso de producirse un compromiso de tal tipo —existe un sujeto que apalabra salir en garantía del adquirente y por el vendedor[25]—, debería ser llamado en garantía todo el que suscribió los deberes de defensa, pero no el tercero que se haga cargo del posible saneamiento sin haber intervenido en la cadena causal de disposiciones sobre la cosa, pues, a efectos procesales, su presencia resulta inútil, máxime cuando un asunto es asumir *ex lege* la responsabilidad eviccionaria y otro distinto afianzar de algún modo esta obligación[26].

[23] Cfr. OYUELOS, *op. cit.*, p. 241; BONET RAMÓN, *op. cit.*, nt. 251, p. 239; DE BUEN, *Derecho civil...*, p. 460; PALOMAR, *op.* y *loc. cit.*, p. 169; y SANTOS BRIZ, *op. cit.*, p. 76.

BORRELL considera que no puede vincular a vendedores anteriores, pues es meramente relativo a los últimos, según el 1478 del Código civil (cfr. *op. cit.*, p. 131).

VALVERDE sostiene que no lo contempla el Código civil, salvo convenio específico, aun cuando diversos ordenamientos comparados permiten hacerlo (cfr. *op. cit.*, p. 374).

[24] Cfr. igualmente, las Sentencias de 12 de junio de 1863 y 18 de marzo de 1865.

Apoya esta tesis GARCÍA CANTERO (cfr. *op.* y *loc. cit.*, p. 280), mientras para CABALLERO el Estado debería responder también en caso de desamortización, pues no goza de privilegio (cfr. *op.* y *loc. cit.*, p. 33).

[25] Cfr. BARENES, *op. cit.*, p. 658. POTHIER habla del fiador (cfr. *op. cit.*, p. 61).

Existen antiguos indicios de la figura del fiador del saneamiento en el ordenamiento visigodo (cfr. PALOMAR, *op.* y *loc. cit.*, p. 166), que se trasladó al Derecho de Aragón (cfr. RIMBLAS-MAIADA, *op. cit.*, p. 873).

[26] Ahora bien, existen fuertes discrepancias en este punto, derivadas de la lógica y de la redacción de los preceptos aplicables. En primer término, se asegura que, si el derecho es anterior, posiblemente sea la defensa proporcionada por el *tradens* inmediato inútil, en la medida que la falla del título se deba con toda probabilidad a causas previas achacables a transmitentes pretéritos, que pueden argüir mejor la firmeza de las adquisiciones. En esta línea, se sitúan los autores que alegan a favor de su presencia en el pleito eviccionario el principio de la economía procesal [cfr. SERRA, *op.* y *loc. cit.*, p. 304; y LACRUZ-SANCHO, *op.*

El forzoso emplazamiento al vendedor trae consigo la lógica extensión a sus causahabientes[27], por la relatividad de los convenios y las obligaciones que originan: «la evicción, efecto natural de los contratos onerosos, puede ser ejercitado por el comprador y sus herederos contra el vendedor y los suyos» (S. 26 de diciembre de 1896 y Cfr., asimismo, las Sentencias de 27 de enero de 1897; 24 de febrero de 1877; 17 de marzo de 1865; y 12 de junio de 1863). BENITO GUTIÉRREZ oponía poderosos motivos técnicos en este punto, por cuanto, si el vendedor ha muerto, y no se pacta convocar a sus sucesores al juicio, no debe realizarse la citación, al considerarla inútil en términos de defensa y de onerosidad[28], aunque sus opiniones han sido superadas a partir del Código por el estado de opinión jurídica. Eso sí, exceptúase la circunstancia de que opere un acuerdo expreso vinculando a disponentes anteriores, que los reemplazan; pero, entonces, nada obsta para que cualquiera de aquellos fallecidos sean a su vez representados por sus herederos.

Sin duda las razones que operan a favor del mantenimiento de la citación muestran los rasgos positivos que pueda tener en determinadas circunstancias, y, si se me apura, con carácter general incluso, pero no es menos cierto que las sombras que pueblan esta medida en

cit., p. 60. GARCÍA CANTERO cita las Sentencias de 26 de diciembre de 1896 y 27 de enero de 1897 para fundar la negativa, pero también aventura que acaso la economía procesal aconsejara lo contrario (cfr. *op.* y *loc. cit.*, pp. 298 y 299)], por cuanto bien parece que la notificación suponga un negativo deber para el emplazado. Muy al contrario, creo que sobre todo constituye una carga para la víctima de la evicción y permite al traído a pleito desplegar una defensa que también le resulta de interés para su legítimo propósito de salir incólume del litigio. La conservación de la cosa en manos del adquirente salvaguarda la responsabilidad del vendedor. Por lo tanto, beneficia en su conjunto a todos los implicados. De cualquier manera, la tan esgrimida economía procesal dudo mucho que pueda sostenerse para los fines que se pretenden, porque ampliar la oferta de los emplazables no hace sino repercutir muy negativamente sobre las expectativas de un juicio rápido, y me temo que daría pie a no pocas maniobras dilatorias. Junto a la economía procesal y el principio de la defensa efectiva, se barajan otros datos para sostener un posible emplazamiento de anteriores transmitentes. *Verbigratia*, el artículo 1528 del Código civil asegura que la venta trae consigo la cesión de todos los derechos accesorios, entre los cuales se halla comprendido éste. Asimismo, el artículo 1482 de idéntico Cuerpo legal asevera que serán «*el vendedor o los vendedores*» notificados, lo que parece indicar esta posible salida. Esta última idea no tiene, a mi juicio, excesiva relevancia, pues bien se puede referir a ventas realizadas por diversas personas, como comunidades de bienes u otras por el estilo. Igualmente, se ha propugnado que las «necesidades del moderno tráfico de masa» (Cfr. SANTOS BRIZ, *op. cit.*, p. 77) aconsejarían la convocatoria de los precedentes, pero quizás resulte justo al revés, porque no debe desembocar esta medida en un proceso más que posiblemente laberíntico y, sobre todo, tampoco permite destruir a la ligera principios relativos a la seguridad jurídica que comporta establecer el alcance de las notificaciones con certeza, sin perjuicio de que más tarde sea el responsable quien pretenda que repercuta en sus transmitentes el daño injusto que acaso sufra por este motivo, pero fuera del estricto marco que la evicción ofrece.

[27] «Esta obligación es de las que se trasmiten á los herederos del que la contrae» (BORRELL, *op. cit.*, p. 130; y cfr. GARCÍA CANTERO, *op.* y *loc. cit.*, pp. 290 y 297; RODRÍGUEZ MORATA, *op. cit.*, p. 111; SALINAS, *op.* y *loc. cit.*, p. 500; y PALOMAR, *op.* y *loc. cit.*, p. 168).

CALONGE cita la fuente: Digesto 21, 2, 51, 1 (cfr. *op. cit.*, pp. 69 y ss.).

[28] Cfr. *op. cit.*, p. 306.

numerosas ocasiones hacen tambalear su acierto incondicionado. Por eso resulta poco explicable que no haya preferido el ordenamiento civil moderno una fórmula semejante a cuanto se dispone por el artículo 1084, párrafo 2, del Código civil —«*el demandado tendrá derecho a hacer citar y emplazar a sus coherederos, a menos que por disposición del testador, o a consecuencia de la partición, hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda*»—, un caso de llamada en garantía, si bien voluntaria (cfr. Sentencia de 22 de marzo de 1990). Luego no sería óbice que la citación al *tradens* fuera libre por el facultado, quien sopesará las ventajas e inconvenientes que se deriven para él. Según estimo, éste resulta el camino más viable también para la evicción, pues evitaría numerosos problemas que a menudo la presencia incitada del causante implica para el comprador desposeído sin su culpa del objeto. Además, si la personación del convocado al pleito permanece a reservas de su arbitrio, considero que la misma vara de medir debe aplicarse a la víctima, y con mayores motivos. No es aceptable que uno y otro reciban un trato distinto, por poderosas razones de práctica procesal que deberían incumbir a todos los protagonistas.

Las atribuciones jurídicas de ambos intervinientes difieren muy en sustancia, quizás hasta la injusticia, o, al menos, consagrando su desequilibrio jurídico. El *accipiens* debe notificar el litigio a quien le transmitió, a riesgo, en otro caso, de perder toda perspectiva de futuro saneamiento eviccionario. El emplazado, sin embargo, elige personarse o no, a sabiendas de que la conducta más común del adquirente será tomar sobre sí la carga de la defensa en la medida de sus posibilidades, para retener el bien en su patrimonio de forma legítima. Luego se observa que la finalidad perseguida —que se debata el dominio del objeto transferido con el concurso de su disponente—, lejos de perjudicarle al vendedor, con suerte le beneficia de forma extraordinaria, incluso absteniéndose de intervenir. Éste, de cualquier manera saldrá ganando con el alegato procesal del demandado, que le puede servir de remedio incluso en el supuesto de que prospere sin razón de justicia material que le ampare, hipótesis en la que asume toda la carga el inocente con pleno provecho del culpable, si bien la pérdida no se consuma. Pienso que si la citación es obligatoria, en la misma medida debería serlo la efectiva presencia del notificado[29], pues per-

[29] NAVARRO AMANDI cree que, no siendo estrictamente obligatoria la comparecencia, ésta es debida de alguna forma (cfr. *op. cit.*, p. 226; y PUIG PEÑA, *op. cit.*, p. 122). Considera igualmente DÁVILA que la intervención del transmitente no es del todo voluntaria, por las consecuencias que contrae respecto del saneamiento si concurre la evicción que no es capaz de rebatir (cfr. *op. cit.*, p. 41).

La Sentencia de 1 de febrero de 1871 parece referirse a que, siendo natural la obligación eviccionaria, el vendedor está forzado a salir en defensa del comprador, ya sea éste demandante o demandado, si se le mueve a pleito o alguien eleva mala voz contra él.

judica mucho más la pérdida de la cosa que su saneamiento, aparte de las actividades impuestas al adquirente para mantener su dominio contra la demanda del tercero.

El curioso hecho que apunto abre la interrogante sobre quién es el verdadero favorecido por la convocatoria del vendedor al pleito entablado contra el adquirente por un tercero, que reclama derechos anteriores acerca de la cosa transmitida. Tal vez aquí lata el *quid* de la cuestión.

Ciertos autores aseguran que constituye la obligatoria notificación una medida prevista en beneficio del propio vendedor[30], quien así evita verse indefenso en el litigio eviccionario. Téngase presente que su desconocimiento de la demanda requeriría por su parte y *a posteriori* —tras la pérdida del bien y una vez resarcido el adquirente— instar la pertinente acción contra el tercero si hay causa para ello, en la búsqueda del legítimo reembolso de las cantidades satisfechas por saneamiento[31]. No faltan algunos indicios de dicha tesis en la doctrina de los Tribunales, como apunta la Sentencia de 10 de julio de 1882, pues, ante la falta de citación al vendedor, los compradores «quedaron privados de dirigirse contra éste, el cual citado oportunamente no se hubiera visto privado de hacer valer su derecho». Mediante dicho razonamiento, encuentra mejor excusa el hecho de que la obligación de notificar se asigne al demandado, y que no comparta deber alguno el vendedor a la hora de asumir la defensa, que constituye para él una simple alternativa libre, a juicio de la doctrina[32] y de la jurisprudencia[33]. En efecto, el Tribunal Supremo afirma sin género de duda la optatividad en la intervención del transmitente, si bien reconociendo los riesgos que asume ante su posible ausencia, pues «no les obliga, desde luego, a personarse en el procedimiento y mostrarse parte en él» (S. de 13 de enero de 1998). La Sentencia de 15 de junio de 1913 incide con el misma idea, pues cuando al transmitente «á instancia del comprador se le haya notificado la demanda reivindicatoria (...) no le obliga a entrar como parte demandada, como se desprende del artículo 1482 del citado Cuerpo legal al disponer que si el citado de evicción no compareciere en tiempo y forma continuará respecto del

[30] Cfr. GAYOSO, *op.* y *loc. cit.*, p. 74; BADENES, *op. cit.*, p. 653; y ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 29.

[31] Cfr. MARTÍNEZ RUIZ, *op. cit.*, p. 345; ORDUÑA, *op. cit.*, p. 38; y GONZÁLEZ POVEDA, *op. cit.*, p. 94.

Cfr. Sentencia de 10 de diciembre de 1886.

[32] Cfr. RUBIO, *op. cit.*, p. 526; GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 312; BORRELL, *op. cit.*, p. 133; LORCA-GUILARTE Y OTROS, *op. cit.*, p. 197; RAGEL, *op. cit.*, p. 636; FÁBREGAS DEL PILAR, *op.* y *loc. cit.*, p. 451; SANTOS BRIZ, *op. cit.*, p. 76; TAPIA, *op.* y *loc. cit.*, p. 2128; OCAÑA, *op. cit.*, p. 606; RUIZ, *op.* y *loc. cit.*, p. 331; LA REDACCIÓN, *¿Puede el vendedor citado de evicción allanarse á la demanda y aun coadyuvar á ésta?*, en «Revista de los Tribunales», 1906, p. 106; y LORETO, *op.* y *loc. cit.*, p. 332.

[33] Cfr. Sentencias de 10 de octubre de 1963; y 15 de junio de 1912.

comprador el término para contestar la demanda». La Sentencia de 17 de enero de 1920 reitera que resulta «potestativo en el vendedor citado de evicción, comparecer o no en el pleito». Igualmente, la Sentencia de 13 de abril de 1929, se refiere al vendedor notificado para que «pueda salir a la defensa del derecho que como libre transmitió, si viese convenirle por no ser obligatoria dicha defensa». Sin embargo, ello acaso se justifique por la responsabilidad saneatoria en que incurre si abdica de la defensa, por dejar expedita la vía del despojo en el pleito instado por el tercero frente al comprador[34].

Ahora bien, con tales presupuestos, se plantea la incógnita sobre cuál es la materia propia de la defensa que desarrolla el emplazado que se persone. Según creo, no se trata de una cuestión erudita y sin repercusiones prácticas, pues hasta cierto punto condiciona sus facultades en el proceso que intermedia. En efecto, si el vendedor se defiende a sí mismo en exclusiva, no habría obstáculo en que pudiera oponerse al adquirente y viceversa, lo que deviene imposible al compartir la misma posición procesal inescindible. Al respecto, la Sentencia de 24 de octubre de 1990 es en extremo ilustrativa, pues incluso en el caso de tratarse de un codemandado, no cabe afirmar esto: «se denuncia violación del artículo 1461 en relación con el 1471-1.º y 1475 del Código Civil, motivo cuya desestimación viene del hecho de que, a través del mismo, el recurrente demandado en la instancia, no pretende, como podría pensarse, obtener su absolución de la demanda, sino algo para lo que no está procesalmente legitimado y que es lograr que se condene al resto de los codemandados, a quienes absolvió la resolución recurrida, y contar las que el actor, único que formuló la acción que podrá dar lugar a la condena de los codemandados, no interpuso recurso alguno. Obviamente, esta falta de legitimación imposibilita al demandado recurrente solicitar la condena del resto de los demandados, sin perjuicio del derecho que creyera asistirle a repercutir en todo o en parte sobre los mismos, los perjuicios que la presente litis pudiera ocasionarle». Luego, este objetivo de la única defensa en los derechos del vendedor resulta más que dudoso, por cuanto la notificación se realiza para que salvaguarde la validez de la transferencia jurídica del bien, en manos del adquirente, a cuyo auxilio debe acudir, postura que impide su oposición estando en la misma línea procesal.

Por consiguiente, tampoco faltan —más bien abundan, con mayoría incontestable— quienes afirman que la defensa que puede asumir

[34] Cfr. BORRELL, *op. cit.*, p. 135; SANTOS BRIZ, *op. cit.*, p. 76; y LÓPEZ-FRAGOSO, *op.* y *loc. cit.*, p. 177.

A juicio certero de RODRÍGUEZ MORATA, si el vendedor no se presenta y se produce la privación tampoco es que siempre haya saneamiento, pues cabe que sea su causa sustantiva imputable al demandado (cfr. *Comentario a la Sentencia de 11 de octubre de 1993...*, p. 1069).

el convocado señala, en realidad, a los derechos del adquirente que corren riesgo de pérdida[35], y con este fin comparece dentro de un litigio emprendido de ordinario en contra de aquél. La Sentencia de 29 de enero de 1996 parece sostener esta tesis: «la contienda, aunque guarde relación con los derechos que sobre la cosa tiene el adquirente, no se confunde con estos últimos que estarían protegidos, en todo caso, por las responsabilidades del vendedor por evicción, responsabilidades que son, justamente, las que desea la parte liberar por medio de este asunto». Asimismo, tenor de la Sentencia de 6 de marzo de 1866, «el citado de evicción puede defender al comprador en lo que le vendió, <pues> no siendo demandado solo pudiera gestionar en el pleito como defensor ó procurador en cosa suya». Aun así, la idea no convence del todo. Buena prueba de la indefinición en este punto son los numerosos ejemplos de autores que sostienen, según el aspecto concreto del que se ocupen, ambas alternativas contradictorias[36]. En una tendencia ecléctica, se sitúan quienes consideran que se defiende a sí mismo, para evitar la indemnización, y, a un tiempo, al comprador que ha sufrido el despojo injustamente[37]. La Sentencia de 16 de noviembre de 1910 así lo afirma: «la facultad del citado de evicción no se limita á la defensa del que le cito, sino que alcanza también á defender sus propios derechos, alegando las excepciones que estime convenientes».

[35] Cfr. Gutiérrez, *op. cit.*, p. 305; Wacke, *op.* y *loc. cit.*, p. 185; Falcón, *op. cit.*, 211; Fabregas del Pilar, *op.* y *loc. cit.*, p. 451; López-Fragoso, *op.* y *loc. cit.*, p. 176; Manresa, *op. cit.*, p. 225; De La Plaza, *op. cit.*, p. 303; Dávila, *op. cit.*, p. 40; Martínez de Aguirre y otros, *op. cit.*, p. 493; y Pothier, *op. cit.*, p. 62.

Gómez de la Serna lo expresa de la siguiente manera: «á su costa deberá <el vendedor> dejarle <al comprador> en la quieta posesion de la cosa» (*op. cit.*, p. 232). Para De Diego, se defiende la posesión del comprador (cfr. *op. cit.*, p. 420).

Cfr. Sentencias de 1 de febrero de 1871; y 7 de junio de 1995.

[36] Cfr. Rubio, *op. cit.*, pp. 526 y 541, quien luego se contradice cuando considera que se defiende a sí mismo el vendedor.

Ocaña cree que protege su derecho el vendedor en principio y esa es la esencia de la institución (cfr. *op. cit.*, p. 606), pero luego sostiene que toma sobre sí la defensa del comprador (cfr. *ibidem*, p. 607).

Rodríguez Morata estima que no intenta el vendedor eludir las consecuencias indemnizatorias de la evicción, sino emprender la defensa del comprador [cfr. *Comentario a la Sentencia de 11 de octubre de 1993...*, p. 1064; y *op. cit.*, p. 134); aun cuando, acto seguido (*ibidem*, p. 135), se refiera sobre la defensa del derecho transmitido, y luego al beneficio del mismo vendedor ((*ibidem*, p. 141)], lo que me parece una excesiva distinción de intenciones que no responde a la realidad, pues una cosa y otra van completamente unidas, salvo pretender un altruismo desmedido en el protagonista.

[37] Cfr. Muñoz Sabaté, *op.* y *loc. cit.*, p. 1; Torralba, *op.* y *loc. cit.*, p. 948; Oyuelos, *op. cit.*, p. 251; y García Cantero, *op.* y *loc. cit.*, p. 291, quien cita en su favor distintas Sentencias, como las de 14 de mayo de 1890; 24 de diciembre de 1909; y 5 de diciembre de 1925. Esta última, más bien parece afirmar que defiende al comprador: «no al adquirente sino al vendedor incumbe defender el derecho del primero, que cumple solo con notificarle el riesgo de la perturbación en su estado posesorio, aunque pueda aceptar voluntariamente la defensa del mismo, que no excluye ni exonera de la suya al vendedor».

No me integraría, por mi parte, dentro de los anteriores grupos, aunque permanezco más cercano al último. Considero que la defensa discurre a favor de la transmisión en sí misma considerada[38]. El hecho de responder a las dudas acerca de su legitimidad, proporciona medios defensivos tanto al comprador como al vendedor, pero en sobre todo desde la vertiente objetiva de que la transferencia de la cosa fue adecuada en Derecho y que carece de motivo jurídico el tercero para contravenirla. Este fin es, a mi juicio, prioritario y permite al vendedor desplegar su propia defensa, junto a la del comprador. Que la demanda se inste contra éste último, en buena lógica conduce a sostener que los argumentos esgrimidos deben favorecerle de abierta manera, pero ello empobrecería los relativos a la validez jurídica de la transmisión, que, a la postre, resulta la causa del pleito. Los vestigios de la postura en la doctrina jurisprudencial son abundantes. La Sentencia de 24 de diciembre de 1909 cifra el único sentido del artículo 1482 del Código civil en que dicha «notificación debe hacerse con el indiscutible objeto de que pueda salir á la defensa del derecho controvertido como interesado en el saneamiento, sin que esto signifique que el comprador no pueda defender á su vez el mismo derecho con todos los efectos previstos para su caso en el número 3 del artículo 1478, pues á ello le obliga, además de su interés, su cualidad de directa y principalmente demandado». La Sentencia de 15 de junio de 1913 alude a que «le faculta <al notificado> para defender por sí mismo la venta en juicio». La Sentencia de 17 de enero de 1920 reitera que se trae al vendedor al «pleito para defender solo o conjuntamente con el comprador su derecho sobre la cosa vendida y la validez de la enajenación». La Sentencia de 13 de abril de 1929 lo reafirma, pues la notificación adquiere por «indiscutible objeto de que tenga conocimiento de la existencia del pleito y pueda salir a la defensa del derecho que como libre transmitió».

Como puede observarse, junto a la materialidad de la defensa que despliega el vendedor y los objetivos institucionales que persigue, se acumula el argumento acerca de la verdadera causa de su presencia. Sin perjuicio de cuál sea el auténtico designio de su actividad, nadie

[38] Cfr. Orbuña, *op. cit.*, p. 38; Palomar, *op.* y *loc. cit.*, p. 169; Salinas, *op.* y *loc. cit.*, p. 501; Bonet Ramón, *op. cit.*, nt. 236, p. 225; Serra, *op.* y *loc. cit.*, p. 281; y Ruiz, *op.* y *loc. cit.*, p. 331.

Calhón le coloca como el gran contradictor del demandante, luego debe oponerse a él en todos los extremos que contradigan la transmisión realizada: los propios y los ajenos (cfr. *op.* y *loc. cit.*, pp. 38 y 39).

Juzga Ocaña que tal hecho convierte al vendedor en parte directamente interesada, por lo que no podría considerarse tercero, máxime cuando defiende la misma transmisión (cfr. *op. cit.*, p. 607).

duda que se induce a intervenir en el pleito al transmitente por tener una situación inmejorable para la defensa de las razones alegadas por el tercero en contra del comprador[39]. Ahora bien, su facultad de oponerse abarca todo el espectro de posibles excepciones frente a la demanda, incluso al extremo de que cabe aducir la incompetencia por razón de procedimiento, aunque la territorial se hace mucho más complicada desde un punto y hora de que no es demandado[40]. También se ha defendido la posible inadecuación del proceso por motivo de cuantía, lo que resulta dificultoso, habida cuenta de la naturaleza de las acciones emprendidas, generalmente sobre derechos reales y,

[39] Cfr. DÍEZ PICAZO–GULLÓN, *op. cit.*, p. 298; CASTÁN, *op. cit.*, p. 123; LACRUZ–SANCHO, *op. cit.*, pp. 60 y 61; y LASARTE, *op. cit.*, p. 247.

[40] Cfr. OCAÑA, *op. cit.*, p. 608; y OYUELOS, *op. cit.*, p. 251.

Cfr. Sentencia de 16 de noviembre de 1910.

Cfr. SERRA, *op.* y *loc. cit.*, p. 319, quien excluye lo relativo a la sumisión, ya sea tácita o expresa, por cuanto un acuerdo de las partes en este sentido no tiene porqué perjudicarle como tercero.

En principio, la competencia territorial del pleito evicciónario viene marcada por la naturaleza del asunto que se debate. Siendo, por lo común, acciones reales concernientes al dominio sobre inmuebles, habida cuenta de la entidad del pleito, entran en juego las reglas especiales dispuestas en el artículo 52.1.1º, *in initio*, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. A su tenor, «*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*». Esta regla excepciona lo dispuesto en el «*fuero general de las personas físicas*», que «*corresponderá al tribunal del domicilio del demandado*» (art. 50 L.E.C.). Con todo, el verdadero problema surge a raíz del pleito sobrevenido de saneamiento, que se insta una vez la evicción ha tenido lugar. Este primer proceso se dirime por el tercero contra el comprador, pero aquél enfrenta como protagonistas al adquirente vencido y al vendedor que le transmitió la cosa perdida. Luego los contendientes son distintos y ello suscita la duda sobre las reglas de la competencia en cada supuesto. Hay diversos precedentes de la cuestión, lo que constituye una buena prueba de su interés. La Sentencia de 12 de febrero de 1877 se plantea la competencia territorial del juicio del saneamiento, cuando la previa evicción se haya dilucidado en sede distinta. A su parecer, y como consecuencia de las relaciones de causa y efecto que guardan ambos fenómenos jurídicos, el primer fuero arrastra consigo al segundo: «si promovido pleito por un tercero en un Juzgado de una capital contra el comprador <y> á instancia del último se citó en eviccion al vendedor, domiciliado en otra, sin que saliese al juicio ni se opusiese á aquella», «la accion sobre daños y perjuicios que ejercite el comprador, tiene por objeto hacer efectivo el saneamiento, consecuencia de aquel juicio, ó sea realizar la garantía de la venta otorgada a su causante, es indudable que corresponde conocer de ella al Juzgado en que se siguió el primitivo juicio». Sin embargo, esta doctrina no es pacífica, ni en los autores ni en la jurisprudencia. BENITO GUTIÉRREZ, con cita de las glosas a las Partidas de GÓMEZ, considera que, aun cuando se someta el notificado al domicilio del comprador, cosa distinta sucede con lo que denomina evicción propiamente dicha —es decir, el saneamiento—, cuyo fuero territorial obedece a la jurisdicción del vendedor (Cfr. *op. cit.*, p. 312; y NAVARRO AMANDI, *op. cit.*, p. 227). Incluso, con distinta pauta, las Sentencias de 23 de abril de 1909 y 28 de junio de 1961 reconocieron la competencia del juez del lugar donde tuvo efecto la entrega de la cosa. Los tres criterios barajados encuentran base jurídica oportuna, incluso en sus actuales términos, con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil. El primero responde al principio del mayor interés, y que no debería desconocerse, por cuanto resulta notoria la relación interna que observan ambos pleitos. Ahora bien, es cierto igualmente que acaso indique hacia una dirección errónea, representada por el presupuesto de garantía que provoca el señalado arrastre de jurisdicción. En efecto, con arreglo al artículo 52.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «*en las demandas sobre obligaciones de garantía o complemento de otras anteriores, será tribunal competente el que lo sea para conocer, o esté conociendo, de la obligación principal sobre que recayeren*». Esta norma resulta específica respecto de la del artículo 50 de la misma disposición, acerca del *fuero general de las personas físicas* que responde a la regla clásica «*del domicilio del demandado*», salvedad hecha de «*que la Ley disponga otra cosa*» (art. 50.1 L.E.C.). Con todo, debe reconocerse que, junto a las alusiones de la garantía, muy características en la presente disciplina, pero rechazadas a su tiempo, se añaden las relativas al complemento de los pleitos. En un sentido vulgar, qué duda cabe de su acierto, pero acaso no lo sea tanto desde la perspectiva técnica. El saneamiento parte del hecho de la evicción y, desde luego, complementa las pretensiones legítimas del adquirente, que se abrieron *propio modo* con la citación que realizó al vendedor. En esta idea, la correspondencia de causa y efecto que observan ambos procesos permanece vigente. Mas, tampoco puede olvidarse que la regla jurídica expresada se refiere a un complemento de la demanda originaria, y ha de advertirse que dicho fenómeno *stricto sensu* no sucede, por cuanto el primer juicio es planteado por el tercero, que no es parte reconocida, ni puede serlo, en el segundo, que insta el comprador vencido. Por consiguiente, si bien desde un plano genérico ambas demandas se complementan, tal concurrencia se produce sólo desde la subjetiva esfera jurídica del *accipiens*, sin plasmación en el proceso. En suma, concluyo que la pauta establecida en la Sentencia de 12 de febrero de 1877 decae. Respecto a la competencia residenciada en el lugar del domicilio del demandado —que, como se ha visto, defendió parte de la doctrina—, sin duda responde a los más generales criterios establecidos en el artículo 50 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Este fuero es residual, para el caso de que las circunstancias operantes en concreto no indiquen solución distinta. Con todo, quizás constituya ésta la hipótesis más característica, teniendo en cuenta el asunto de que trato. En efecto, la evicción suele ventilarse judicialmente cuando el valor del objeto alcance una mínima cuantía como para que compense acudir a los tribunales. Luego, por lo común, versará sobre bienes inmuebles, cuya perfecta identificación también hará posible que la demanda del tercero se ajuste mejor a los cauces de la reivindicatoria, que constituye su hipótesis de partida más generalizada. Con arreglo a estos parámetros, el artículo 52 de la Ley de Enjuiciamiento Civil trata de la «*competencia territorial en casos especiales*», y, a tenor del inciso inicial de su número 1.1º, «*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*». En suma, el criterio de las sentencias citadas en último término resulta en la práctica, y casi por sorpresa, preponderante, y determina el fuero del lugar en que la cosa raíz esté sita. Por último, debe igualmente advertirse que la materia queda sometida, conforme al artículo 54.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al posible acuerdo de las partes dado el «*carácter dispositivo de las normas sobre competencia territorial*». Es decir, tampoco resulta excluible un pacto que, añadido a otros sobre las consecuencias de la evicción, haya podido ser previsto por las partes a este fin. Como es evidente, será un convenio incardinable de ordinario en la esfera de aquellos que benefician al adquirente y que, por tanto, agravan el saneamiento. Más dudoso sería que pudiera establecerse una signo contrario, en el que sea el comprador quien se sujete al domicilio del causante, por constituir un supuesto característico de cláusula de alcance abusivo en los contratos con consumidores y siempre que no se haya negociado de forma individualizada (cfr. DURÁN RIVACOBA, *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, en «Revista de Derecho Privado», 2000, II, pp. 112 y ss.).

en especial, la reivindicatoria. La libre intervención en el litigio evicciónario por el vendedor se manifiesta de distinta forma según cuál sea su actitud al respecto. Si opta por no comparecer y termina la demanda en sentencia firme condenatoria por la que la cosa se pierde a favor del tercero, las puertas del saneamiento quedan expeditas. En la hipótesis de personarse, adquiere una peculiar posición en el proceso que merece ser tratada de manera independiente. Por último, en la defensa que asume, puede utilizar cuantos instrumentos de prueba sean oportunos, sin que obren limitaciones por razón de su especial acomodo en el litigio.

La llamada en garantía, que requiere nuestro Derecho para que responda el transmitente por saneamiento eviccionario, evoca la figura denominada «intervención obligada de terceros en el proceso», cuyo prototipo constituye[41]. Ha de aclararse que la citada obligatoriedad se predica desde la perspectiva de su libre acceso al litigio y una vez que se ha producido, sin que implique previa coacción alguna para el vendedor, como no sean las consecuencias negativas que de su abstinencia pudieran derivarse. Resulta una suerte de justificación *a posteriori*, que sirve para explicar su presencia en litigio ajeno.

La presencia del vendedor en el litigio en el que ha recibido el emplazamiento trae causa de una carga, pero en doble sentido: la del demandado al notificarle, dejando expedito así el camino del saneamiento; y la suya propia, si decide acudir para despejar con su defensa las dudas que se ciernen sobre la transmisión realizada. Conserva su autonomía decisoria, pero estrechamente unida con el destino jurídico que luego quepa corresponderle, sobre la base de la indemnización en cuyo deber bien pudiera incurrir si el demandante triunfa y recupera el objeto transmitido de manos del comprador. El hecho le previene de la rebeldía si no se persona, porque no ha sido demandado, sino traído a pleito por éste. El sentido de la jurisprudencia en este punto es firme, pues «la citación en evicción ante una reivindicatoria no es suficiente para estimarles como parte en el juicio, ni como comparecidos, al no acudir a la citación, ni como rebeldes, cuya declaración no permite la índole y fines de la citación de evicción» (S. de 23 de octubre de 1957), máxime si «con arreglo al artículo 525 de al Ley de Enjuiciamiento Civil <de 1881>, el citado de evicción no es parte en juicio, porque contra él no se propone la demanda, y, por consiguiente, ni puede acusársele en rebeldía declarársele rebelde, á tenor de lo prescrito en los artículos 528 y 529 de la misma Ley <de 1881>» (S. de 15 de junio de 1913). Asimismo, la Sentencia de 10 de octubre de 1963 garantiza que «por eso no puede ser juzgado en rebeldía».

La falta de comparecencia del vendedor no excusa en principio para que abdique la parte demandada de la defensa de su situación, «sin que esto signifique que el comprador no pueda defender á su vez el mismo derecho con todos los efectos previstos para su caso en el número 3 del artículo 1478, pues a éllo le obliga, además de su interés, su cualidad de directa y principalmente demandado» (S. de 24 de diciembre de 1909). Como también sostiene la Sentencia de 10 de junio de 1865, «la ley 36 del mismo título <5º> y Partida <5ª>, confir-

[41] La Sentencia de 6 de junio de 1865 funda en el efecto natural de la compraventa, en que consiste la evicción, la presencia en el pleito extraño del transmitente, pues gracias a ello «adquiere el vendedor la personalidad necesaria para comparecer al efecto en juicio».

ma las expresadas disposiciones, imponiendo al comprador la obligación de defender en juicio la cosa comprada, si el vendedor, oportunamente citado de evicción, no se presentase á verificarlo»[42]. El mismo argumento se deriva del artículo 1482, párrafo *in fine*, del Código civil, a cuyo tenor «*si los citados de evicción no comparecieren en tiempo y forma, continuará, respecto del comprador, el término para contestar a la demanda*». Bien es cierto, con todo, que si no encuentra ningún resquicio defensivo el demandado, una vez renuncia su causante a prestarle un auxilio que resulta imprescindible, le cabe allanarse[43]. Actitud que, además, viene aconsejada por el hecho de no hacer excesivamente gravoso el saneamiento gracias a unas costas procesales añadidas de forma inútil.

Consideran algunos autores que las competencias del comprador en su empeño defensivo abarcan acumular en el pleito de la evicción el posible saneamiento contra el emplazado por si se pierde la cosa. El asunto ha sido por extenso debatido. Quienes lo postulan entienden que la economía procesal apunta en esta línea, pues adelanta ya el destino último de la llamada en garantía, en previsión del fracaso del vendedor o que ni tan siquiera se persone[44]. No obstante, la posibilidad resulta más bien remota y creo ha de rechazarse[45]. Existen dos tipos de razones que lo aconsejan. En primer término, que la economía procesal no siempre opera en favor de la posible acumulación, pues, como afirma la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «*con la misma inspiración básica de no multiplicar innecesariamente la actividad jurisdiccional y las cargas de todo tipo que cualquier proceso conlleva, el régimen de la pluralidad de objetos pre-*

[42] Cfr. Sentencias de 10 junio de 1867 y de 18 de abril de 1997.

La Sentencia de 2 de octubre de 1871 aclara que la falta de citación por denegación en auto «en nada perjudica ni embaraza la continuación del litigio sobre la validez de un testamento» (con ribetes eviccionarios). El criterio se reafirma en la Sentencia de 5 de diciembre de 1925, aunque su contenido se ajuste mejor a la relevancia que la defensa del emplazado despliega: «no al adquirente sino al vendedor incumbe defender el derecho del primero, que cumple solo con notificarle el riesgo de la perturbación en su estado posesorio, aunque pueda aceptar voluntariamente la defensa del mismo, que no excluye ni exonera de la suya al vendedor».

Cfr. Gutiérrez, *op. cit.*, p. 312; Rodríguez Morata, *op. cit.*, p. 151; y Ruiz, *op. y loc. cit.*, p. 331.

[43] Opinión reforzada por el criterio sostenido por un amplio sector de autores, que, desde antiguo, estiman que la ley 33 del título 5 de la Partida 5 permite al comprador desligarse del pleito cuando el vendedor se persone, tras la notificación (cfr. Marichalar, *op. cit.*, p. 277).

[44] Cfr. Davila, *op. cit.*, p. 41; Cachón, *op. y loc. cit.*, p. 40; Serra, *op. y loc. cit.*, pp. 271 y ss., y p. 743; Fábregas del Pilar, *op. y loc. cit.*, p. 453; Rodríguez Morata, *op. cit.*, p. 145; y Loreto, *op. y loc. cit.*, p. 343.

[45] Cfr. Guasp, *op. cit.*, p. 273; Prieto-Castro, *op. cit.*, p. 217; Tapia, *op. y loc. cit.*, p. 2129; y Montero, *op. cit.*, p. 49.

En un tono más moderado, *vid.* Ocaña, *op. cit.*, pp. 610 y ss.

tende la economía procesal y, a la vez, una configuración del ámbito objetivo de los procesos que no implique una complejidad inconveniente en razón del procedimiento que se haya de seguir o que, simplemente, dificulte, sin razón suficiente, la sustanciación y decisión de los litigios. De ahí que se prohiba la reconvención que no guarde relación con las pretensiones del actor y que, en los juicios verbales, en general, se limite la acumulación de acciones». Es decir, el verdadero sentido del argumento económico en su vertiente procesal reclama una sencillez de tramitación que ahora resulta muy discutible. Acudiendo al dato legal, tampoco encuentro motivos que acojan la propuesta. Con arreglo al artículo 71.2. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *«el actor podrá acumular en la demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque provengan de diferentes títulos, siempre que aquéllas no sean incompatibles entre sí»*. Como es evidente, para nuestro caso, el actor es el tercero, y de ninguna manera interviene después en la pretensión de saneamiento, dilucidada entre las protagonistas de la transferencia. Luego, sin perfecta identidad de partes procesales, se hace inviable superponer acciones, e incluso lo prevenido en el artículo 71.4. del mismo Cuerpo legal —*«sin embargo de lo establecido en el apartado anterior, el actor podrá acumular eventualmente acciones entre sí incompatibles, con expresión de la acción principal y de aquella otra u otras que ejercita para el solo evento de que la principal no se estime fundada»*— queda fuera de sitio. Además, «se trataría de una acumulación a instancias del demandado (cosa que sólo podrá hacer mediante reconvención), y que la jurisprudencia del Tribunal Supremo es absolutamente contraria a una reconvención frente a terceros e incluso a una reconvención frente a codemandados»[46] y el vendedor traído al pleito, a no dudarlo, es un tercero a tales efectos. En el fondo, como afirma TAPIA, entre la evicción y el saneamiento hay distintas partes (tercero y comprador *versus* comprador y vendedor, respectivamente), *petitum* (la titularidad de la cosa y la indemnización por verse privado, en cada caso) y causa de pedir[47].

A su vez, acaso pueda discutirse una posible acumulación de procesos. Conforme a lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *«en virtud de la acumulación de procesos, se seguirán éstos en un solo procedimiento y serán terminados por una sola sentencia»*. La fórmula conseguiría idénticos fines a los perseguidos en el supuesto anterior, pues, conforme al artículo 75 del mismo Cuerpo legal, *«podrá decretarse a instancia de quien sea parte en cualquiera de los procesos cuya acumulación se pretende»*, y compete si *«la sentencia que haya de recaer en uno de los procesos pueda producir efectos prejudiciales en el otro»*. El óbice irreparable que se interpone a esta fórmula es que no ha existido todavía el inicio de ambos procesos, ya que para emprender el del saneamiento se requiere una sentencia firme en lo relativo a la evicción. Luego tampoco hay espacio para semejante medida procesal. En esta línea, opera la Sentencia de 5 de mayo de 1997, con términos extraídos de la Sentencia de 11 de octubre de 1993. A su tenor, «cualquiera que sea la postura que se adopte acerca de la posición en el proceso de los vendedores llamados, es evidente que la sentencia que se dicte en el juicio de evicción no podrá contener ningún pronunciamiento absolutorio o condenatorio para ellos, aunque queden vinculados por las declaraciones que en ella se hagan que no podrán ser discutidas en un posterior y eventual proceso que el comprador promueva para exigir la indemnización compensatoria de la privación sufrida frente al vendedor» y con ello el efecto de «haber quedado preparada la demanda de saneamiento con la notificación es la de venir obligado a sanear a tenor del artículo 1475 del Código Civil».

Las cosas varían sustancialmente si el citado se decide a comparecer en el juicio de la evicción. Entonces, el ordenamiento debe reconocerle un conjunto de facultades que hagan posible cumplir con el cometido que se le confiere, y a cuya vista se produce la obligatoria notificación. Es en esta coyuntura donde se propone con su debida extensión cuál es el protagonismo procesal que cabe atribuirle.

A juicio de los autores, la concurrencia del emplazado gracias a la llamada en garantía que atiende, resulta una especie de tercería en cuanto intervención forzosa[48]. Como aseveran las Sentencias de 4 de octubre de 1866 y 1 de julio de 1870, el vendedor asume la carga de salir en amparo y defensa del derecho a la cosa pleiteada, y adquiere la personalidad para comparecer en juicio, no limitada por el apoyo al comprador, sino como tercerista. Esta perspectiva es óptima en relación con el fin objetivo de la tarea que le convoca. Evidentemente la

[46] TAPIA, *op.* y *loc. cit.*, p. 2129.

Incluso GUASP opinaba que la falta de la posible acumulación invalida su carácter de llamada en garantía (cfr. *op. cit.*, p. 273).

[47] Cfr. *op.* y *loc. cit.*, p. 2130.

Mas, acaso quepa plantearse la posibilidad en el supuesto de la llamada evicción invertida. En esa tesitura, el comprador actúa como demandante contra quien perturba su derecho por evento anterior a la transmisión, y en cuyo trámite se puede dar traslado también al vendedor a los efectos de su defensa. Sin embargo, la hipótesis no admite acumular acciones, pues el demandado es quien intenta privarle del bien, mientras el que responde por evicción resulta el *tradens*; por tanto, no hay tampoco identidad de partes.

[48] Cfr., entre los procesalistas, GUASP, *op. cit.*, pp. 272 y ss., a quien siguen BADENES (cfr. *op. cit.*, p. 655) y TORRALBA (cfr. *op.* y *loc. cit.*, p. 947).

El hecho logra relieve incluso en el ámbito del procedimiento. La Sentencia de 11 de febrero de 1901 asume que «la competencia del tribunal que conoce de una tercería de dominio, es perfecta para decidir la petición, idéntica á la del tercerista, de que se declare el dominio á favor de aquél, formulada por la parte citada en evicción á instancia del mismo».

presencia del vendedor en el juicio al que acude se hace como tercero, habida cuenta de que no es parte, sino agregado al pleito al que se une. Sin embargo, ello no explica en sus exactos términos qué tipo de categoría procesal encarna, con las facultades que le sean propias para cumplir con su cometido.

A este propósito, y operando de menos a más, un nutrido grupo de la doctrina entiende que cuando el citado se persona en el litigio, lo hace a título de mero auxiliar del comprador[49]. Los procesalistas advierten que la noción de coadyuvante se ha difuminado, una vez que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil no la recoge, como tampoco lo hace la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998, cuya versión anterior introdujo este discutido concepto[50]. La perspectiva encaja muy adecuadamente con el carácter facultativo de su encargo, y con la identidad de quien toma la iniciativa que permite su intervención. Ahora bien, ambos aspectos constituyen verdadera cargas para los protagonistas, pues no se ignoran los perjuicios que les pueden acarrear sus respectivas omisiones: en un caso, la pérdida del derecho al saneamiento; y, en el otro, el riesgo próximo de tener que responsabilizarse por esta causa si la evicción al fin concurre. Además, varias otras razones descubren las insuficiencias de tan escaso relieve concedido al emplazado, aparte de que la reformas legales del procedimiento han desconocido la figura que se propugna. Entre todas, es destacable que, al acudir al pleito, el transmitente no respalda sólo los intereses y argumentos del comprador, sino también los suyos propios, pues defiende la legitimidad objetiva de la transferencia que se litiga. El amplio sector que definía los fines de su actuación procesal en exclusivo beneficio de la postura del comprador se siente inclinado ahora con perfecto paralelismo hacia la idea de la simple asistencia coadyuvante de sus intereses. Establecido entonces que su designio resulta más ambicioso, queda escasa la idea que sostienen. La repercusión que sobre su propia responsabilidad jurídica implica el posible saneamiento hace más relevante cometido en el proceso al que acude.

En una tendencia más progresiva, en la búsqueda de satisfacer mejor los intereses de quien libremente se persona, tampoco faltan los que consideran que, al margen del ineludible apoyo del *accipiens*, al

[49] Cfr. DÁVILA, *op. cit.*, p. 40; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y OTROS, *op. cit.*, p. 493; PRIETO-CASTRO, *op. cit.*, p. 406; CASTÁN, *op. cit.*, p. 124; TAPIA, *op.* y *loc. cit.*, p. 2129; RUIZ, *op.* y *loc. cit.*, p. 333; PALOMAR, *op.* y *loc. cit.*, p. 171; BONET RAMÓN, *op. cit.*, nt. 260, p. 243; MANRESA, *op. cit.*, p. 226; PRIETO-CASTRO, *op. cit.*, p. 406; GARCÍA LARAÑA, *op.* y *loc. cit.*, p. 31, nt. 7; y LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pp. 60 y 61.

En su virtud, estima BADENES que no puede defender en ningún caso la postura de la demanda (cfr. *op. cit.*, p. 663).

[50] Cfr. MORENO FERNÁNDEZ-SANTA CRUZ, *Ley de Enjuiciamiento Civil. Texto anotado y concordado de la Ley 1/2000, de 7 de enero*, Madrid, 2000, p. 64).

emplazado le corresponde una función de superior alcance, hasta el punto del litisconsorcio[51]. Más avanzada incluso es la postura de quienes opinan que resulta un codemandado especial, que desplaza en los hechos al comprador, si bien no se le puede oponer[52]. Los argumentos esgrimidos en su favor oscilan entre los irrebatibles datos que arroja la práctica en este punto y los indicios legales que obran en el Código civil. No debería olvidarse que, con arreglo a su artículo 1482, en su segundo párrafo, *«la notificación se hará como la misma ley establece para emplazar a los demandados»*, lo que constituye un valioso auspicio al respecto. La Sentencia de 5 de diciembre de 1925 forma un buen compendio de lo anterior, pues, a su muy discutible criterio, «no al adquirente sino al vendedor incumbe defender el derecho del primero, que cumple solo con notificarle el riesgo de la perturbación en su estado posesorio, aunque pueda aceptar voluntariamente la defensa del mismo, que no excluye ni exonera de la suya al vendedor». Tal parece que un advenedizo —al fin, huésped del proceso— se irroga de las facultades propias del demandado. Una cosa es que pueda éste ceder por completo, pues a sus resultas queda, la defensa en manos de quien se persona[53] —lo que, conforme a la Sentencia de 2 de diciembre de 1888, sucede cuando «saliendo al pleito desde luego por su propio interés, se pongan en lugar de los citantes, y siguiéndole por sí solos (...) sin comprender á los que, en virtud de la sustitución y en uso de su derecho, se hubieran retraído del litigio»—; y otra bien distinta que dicha práctica constituya el estándar legal. Buena prueba de que la doctrina desborda el esquema típico es que tampoco en sus

[51] Cfr. SANTAMARÍA, *op. cit.*, p. 520; SANTOS BRIZ, *op. cit.*, p. 76; y MONTERO, *op. cit.*, p. 49.

GUASP le sitúa en el mismo plano del demandado, pero autónomo procesalmente hablando (cfr. *op. cit.*, p. 272; y VALPUESTA Y OTROS, *op. cit.*, p. 568). GARCÍA LARAÑA considera que «interviene en situación pareja al demandado, como parte procesal, con las mismas facultades que éste» (*op.* y *loc. cit.*, p. 28).

En palabras de MUÑOZ SABATÉ, «la evicción normal exige que el comprador atacado judicialmente en su derecho provoque la llamada en garantía al vendedor a fin de que le defienda, lo cual sitúa a ambos en el mismo posicionamiento procesal de demandados» (*op.* y *loc. cit.*, p. 1).

[52] Cfr. GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 312; VISO, *op. cit.*, p. 226; FALCÓN, *op. cit.*, p. 214; LA REDACCIÓN, *¿Puede el vendedor citado de evicción allanarse á la demanda y aun coadyuvar á ésta?...*, p. 107; RIOS, *Un caso de saneamiento*, en «Revista de los Tribunales», 1914, p. 248; y SANTAMARÍA, *op. cit.*, p. 521.

Un importante grupo de autores —MUCIUS SCÆVOLA (cfr. *op. cit.*, p. 166); DE LA OLIVA-DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (cfr. *op. cit.*, p. 193); y LORCA-GUILARTE Y OTROS (cfr. *op. cit.*, p. 202)— califican su situación como la de un verdadero codemandado, pero sin sustituir al comprador, aunque actúen de consuno.

Como más tarde veremos, el artículo 14.2.4ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil impide mantener la tesis de la sustitución del demandado por el tercero que se persona [cfr. *supra*, Parte segunda, III.4.e)].

[53] Línea que apuntala MARICHALAR, a cuyo criterio la ley 33 del título 5 de la Partida 5, permite al comprador desligarse del asunto una vez entrado el vendedor tras la notificación (cfr. *op. cit.*, p. 277).

estrictos términos se aviene con la competencia reconocida en el emplazado, que no puede ser tenido en rebeldía, ni oponerse al transmitente, ni reconvenir[54]... Limitaciones de todo punto ilógicas con esta idea expansiva del talante procesal del vendedor compareciente.

Entiendo esta óptica desde la exageración, al menos en su vertiente abstracta, y, desde luego, choca con impedimientos que dificultan su efectivo despliegue. Por ello la citada tesis ha sufrido el embate de numerosas críticas[55] que yo respaldo. Me parece fallida e ineficaz, pues adopta como un demandado común al transmitente, contradice su señalada presencia voluntaria en juicio, y, desde luego, le imputa un conjunto de atribuciones que desborda el estricto marco de su asumida competencia. Por último, plantearía el espinoso problema de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, que puede apreciarse incluso de oficio por los tribunales, y que aquí constituye un elemento extraño con la voluntariedad del *tradens* respecto a su intervención[56]. Entre mero coadyuvante y codemandado estimo que se halla la verdadera imagen procesal del vendedor al que se le notifica el pleito por evicción y acude a intervenir. Aun cuando exista un amplio debate jurídico[57] y el Tribunal Supremo se muestre también

[54] Cfr. Ocaña, *op. cit.*, p. 608, lo que contrasta con sus rotundas afirmaciones: «se equipara a cualquier demandado» (*ibidem*), o incluso cuando considera que, como el vendedor defiende la transmisión, constituye la parte prioritaria del litigio y el comprador la subordinada (cfr. *ibidem*, p. 607).

En este sentido, me parece mucho más lógica la tesis de Serra, quien no le considera demandado, sino parte, y por eso excluye la rebeldía (cfr. *op.* y *loc. cit.*, p. 299).

[55] Manresa estima que coadyuva el vendedor, pero no es demandado (cfr. *op. cit.*, p. 226; y cfr. Prieto-Castro, *op. cit.*, p. 406). Montero considera una exigencia de la economía procesal que sea parte (cfr. *op. cit.*, p. 43; Serra, *op.* y *loc. cit.*, p. 281; y Ruiz, *op.* y *loc. cit.*, p. 333), pero no codemandado. Gómez Orbaneja y Hercé Quemada concluyen que no puede ser codemandado «puesto que no implica por sí la proposición de una demanda contra el tercero o por parte suya» (*op. cit.*, p. 148).

[56] La jurisprudencia desestima la falta de litisconsorcio cuando no se insta la llamada en garantía (cfr. S. de 19 de mayo de 1999).

[57] Hay también posturas eclécticas. Considera Rodríguez Morata que, si el vendedor actúa por su propia iniciativa, se trata de «un supuesto de «intervención voluntaria adhesiva simple»» (coadyuvante); pero cuando lo hace de forma provocada por el comprador, es auténtica parte (*op. cit.*, pp. 149 y 150). Al margen de las novedades que ha introducido la Ley de Enjuiciamiento Civil en la materia, no parece que dicha distinción deba ser tenida en cuenta, pues resulta ilógico que quien se muestra diligente hasta el extremo de presentarse de manera voluntaria logre menos protagonismo que si accede al pleito por la vía del emplazamiento. Además, desconozco el cauce procesal para que se persone antes de su citación. En todo caso, el autor identifica la categoría de parte con la de codemandado (cfr. *ibidem*), lo que considero incorrecto.

Acaso más que tesis intermedias, convenga decir que con frecuencia no son sino fruto del confusionismo que reina en la materia. Valgan algunos ejemplos: Samanes alega su condición de parte con arreglo a la posible analogía del artículo 14 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil con el anterior precepto, aunque luego parece deslizarse hacia la tesis de ser codemandado (cfr. *op. cit.*, p. 146), aunque aspire a que fuese simple interviniente adhesivo, como en el modelo alemán (cfr. *ibidem*, p. 150). Habla Tapia de «un «*status*» procesal semejante al de demandado (¿codemandado?), pero con unas limitaciones defensivas reducidas exclusivamente a coadyuvar con el demandado» (*op.* y *loc. cit.*, p. 2129).

propicio en este punto al cambio de criterio, como enseguida se comprueba, creo que lo más representativo de los autores se sitúa en la tendencia que reconoce su carácter de parte procesal[58], sin otros aditamentos que los derivados de su defensa sobre la licitud de la transmisión, y con el condicionante del propósito que guía su conducta, lo que le impedirá reconvenir, ser declarado rebelde y oponerse al demandado.

En la jurisprudencia también anidan numerosas incertidumbres. Ya se ha señalado que diversos pronunciamientos rechazan declarar al vendedor en rebeldía si no se da por aludido, en correspondencia con la función meramente facultativa que le caracteriza en el plano procesal. Por tanto, no constituye un demandado, ni tan siquiera en términos de polémica. Con todo, la Sentencia de 17 enero de 1920 reconoce que, si se persona, entonces ha de adquirir el *status* de codemandado (cfr., asimismo, la Sentencia de 26 de junio de 1993), en virtud de lo que denomina el cuasi contrato de *litis contestatio*: «aunque es potestativo en el vendedor citado de evicción, comparecer o no en el pleito para defender solo o conjuntamente con el comprador su derecho sobre la cosa vendida y la validez de la enajenación, ello no obsta para que en el caso de optar por comparecer, adquiere el carácter de codemandado con los derechos y obligaciones inherentes a tal carácter en virtud del cuasi contrato de *litis contestatio*, y en su consecuencia le afectan las peticiones de la demanda como al evicciona-rio, si bien de modo subordinado y correlativo, y así como éste puede ser condenado a entregar la cosa comprada y a lo demás que haya lugar, también puede ser condenado el eviccionista a estar y pasar por lo sentenciado, aunque la sentencia no abrace tal extremo, sin que por ello se incurra en incongruencia[59]».

[58] En opinión de García Cantero, la jurisprudencia mayoritaria otorga el *status* de parte procesal al vendedor que se persona, pero no como demandado, para lo que alega las Sentencias de 17 de enero de 1920; 14 de mayo de 1890; 29 de febrero de 1904; 5 de diciembre de 1925; 16 de noviembre de 1909; 15 de junio de 1912; 10 de octubre de 1963; 10 de mayo de 1966; y 27 de abril de 1906 (cfr. *op.* y *loc. cit.*, p. 293). A ellas cabe añadir, en sus propios términos, las Sentencias de 5 de mayo de 1997 y 11 de octubre de 1993.

Montero considera una corolario de la economía procesal que sea parte (cfr. *op. cit.*, p. 43); Serra, (cfr. *op.* y *loc. cit.*, p. 281); Ruiz (cfr. *op.* y *loc. cit.*, p. 333); Samanes (cfr. *op. cit.*, p. 146); Tapia (cfr. *op.* y *loc. cit.*, p. 2128); y Ragel también estiman que si el vendedor acude al pleito es parte (cfr. *op. cit.*, p. 636).

[59] La Sentencia de 10 de octubre de 1963 contradice frontalmente dicha concepción, aunque pretenda conciliarla: el emplazado «con arreglo al 525 de al Ley de Enjuiciamiento Civil, no es, en principio, parte si contra él no se propuso la demanda, sen encia que no se contradice con la de este Tribunal de 17 de enero de 1920, en cuanto expresa que si el vendedor citado de evicción «comparece en el juicio adquiere —entonces— carácter de codemandado»». En la misma línea, la Sentencia de 26 de enero de 1909 atribuye para el vendedor que se persona el simple papel de coadyuvante.

Encajar la presencia del *tradens* en el juicio de la evicción —a causa del emplazamiento que a la fuerza insta el adquirente cuando es demandado por un tercero—, en la órbita

Cuando el emplazado al litigio de la evicción decide personarse, su protagonismo en el proceso cobra un indudable relieve. Cabe decir que, desde la vertiente conceptual, el nuevo *status* adquirido se complica, por lo que su estudio reclama establecer hipótesis que sirvan a los efectos jurídicos pretendidos mediante la comparecencia, inducida del articulado del Código civil, pero cuyo contenido le desborda por completo. La *ratio* de la defensa que asume viene dictada por el mantenimiento de la transmisión, a cuya solidez el tercero formula reservas. En este sentido, es limitado que se vincule su actividad a sus propios intereses o a los del adquirente, sino que resulta más objetiva. Luego coadyuva con el comprador, sin duda, pero al unísono lo hace vindicando su propia transferencia jurídica previa, que ha provocado el pleito. Por consiguiente, le cabe oponer excepciones procesales autónomas y cuantos otros motivos en su propio provecho tenga por oportunos. Asimismo, apoyará los argumentos que alegue la parte demandada, sin que pueda enfrentarse a ella, pues no detenta fines contradictorios, en la medida en que ambos pretenden conservar el dominio del comprador. No es simple coadyuvante, pero tampoco alcanza la categoría de codemandado. En suma, estimo que su *status* no está en correspondencia con cuanto haga, sino con lo que se le permita realizar. Si opera con sus propios instrumentos de defensa, sin asomo de duda debe ser parte, y aunque sólo auxilie al adquirente, al menos participa de la misma postura

de los cuasi contratos constituye una notable novedad que incorpora la referida Sentencia de 17 enero de 1920 al debate jurídico. Existen múltiples motivos para discutir su acierto. El primero es que la figura del cuasi contrato pertenece al ámbito del Derecho sustantivo y aquí nos hallamos en el marco procesal; lo que tampoco tendría demasiada trascendencia de no ser porque desconozco el alcance posible de cuasi contratos atípicos como éste. La institución a la que obedece se halla dispuesta en el Código civil, cuyo Capítulo 1º, del Título XVI —*«de las obligaciones que se contraen sin convenio»*—, del Libro IV —*«de las obligaciones y contratos»*— sólo contempla la *«gestión de negocios ajenos»* (Sección 1ª) y el *«cobro de lo indebido»* (Sección 2ª), sin hacer reserva ninguna sobre la presente tipología, por lo que aventurar su existencia requiere de alguna precisión suplementaria, y no sólo presumirla gracias a su cita. En segundo término, su noción legal —*«son cuasi contratos los hechos lícitos y puramente voluntarios, de los que resulta obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados»* (art. 1887 CC)— señala una nota prioritaria: que, como consecuencia del acto voluntario, nazcan obligaciones del actor frente a otro, ya sea el *dominus*, ya un extraño. En nuestra hipótesis, la personación en juicio a instancias del comprador es facultativa, y constituye, sin duda, un acto lícito, pero no aprecio qué deber se deriva, ni tampoco hacia quién. En efecto, aparte de que dicha conducta no es del todo voluntaria, en la medida en que resulta una verdadera carga del emplazado si su inasistencia le hace responsable de la futura condena del adquirente por la vía del saneamiento, la obligación de indemnizar se concreta en cualquier supuesto *a posteriori*, e incluso la defensa emprendida en su caso también le favorece a él mismo. El hipotético deber tampoco puede predicarse respecto del tercero, frente a cuya demanda ofrece resistencia. Por último, las responsabilidades saneadoras que a la postre se originen no traen causa en modo alguno de su personación, sino del traspaso que se frustra por su eficacia jurídica. En suma, como idea me parece una fórmula interesante, pero no encaja en el estricto marco legal de la institución esgrimida, e incluso añadiría que tampoco aporta utilidad alguna.

procesal. En cualquier hipótesis, como se le permite recurrir en nombre propio el fallo de primera instancia[60], queda erigido en parte procesal autónoma. Para explicarlo de alguna manera, permítaseme una licencia: en el fondo, la evicción se dirige, si se quiere decirlo así, contra el vendedor por la persona interpósita del demandado, que interfiere acaso sin saberlo entre las relaciones anteriores que aquél observaba con el demandante; luego la conducta procesal del emplazado tiende al mantener la cosa inerte, con lo que vindica tanto la posición del comprador como la suya propia, y así no hay pendencia entre ambos, pero actúa con cierto grado de autonomía.

Resulta lógico, pues, que la figura del vendedor llamado a pleito y que asiste haya sido causa de amplios debates, que ya he recogido en síntesis[61]. Según la mayoría, el vendedor es coadyuvante, pero algo más, en la medida en que le cabe oponer excepciones procesales relativas a la incompetencia de jurisdicción, por ejemplo. Puede afirmarse que todo medio aparejado en defensa de la válida transferencia permanece al alcance del comparecido, hasta el punto de que la Sentencia de 18 diciembre 1891 declara que «viene al pleito el vendedor que ha sido citado por el comprador demandado sobre la propiedad ó alguna de las derivaciones del dominio de la cosa que como libre adquirió, toma sobre sí la responsabilidad de la demanda».

El artículo 405 de la Ley de Enjuiciamiento Civil resulta en este punto clave, por cuanto establece como contenido típico de la contes-

[60] La Sentencia de 16 de junio de 1876 se refiere al alcance del recurso en correspondencia con la posible actitud del vendedor traído al proceso: «el citado de eviccion y saneamiento que solicita meramente en primera instancia la absolución de la eviccion y no apela más que en cuanto á este extremo, presta su consentimiento á los fallos dictados sobre lo principal y carece de derecho para sostener acerca de esto el recurso de casacion».

[61] La discusión de posibles alternativas corre riesgo de perpetuarse, por lo que ofreceré algunas otras construcciones de interés para cerrarla, centrándome a partir de ahora sobre la que considero más válida.

García Cantero distingue dos tipos de saneamiento por evicción según el devenir del proceso, así habla del incidental y del definitivo. Mientras éste acontece una vez hay despojo en sentencia firme, responde más bien el primero a la personación del vendedor, aunque luego venza en juicio frente al tercero (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 279). Considero que la idea no es todo lo útil que sería deseable, ni tan siquiera como argumento teórico, por cuanto en la primera hipótesis propuesta no hay verdadera pérdida, careciendo ya de sentido la responsabilidad saneadora prevista sólo en su caso.

Rodríguez Morata, define al vendedor como parte, no simple notificado, porque incluso suele sobrellevar la carga del proceso con su defensa (cfr. *op. cit.*, p. 174; y *Comentario a la Sentencia de 11 de octubre de 1993...*, p. 1066), aunque tampoco abandone la perspectiva de codemandado (cfr. *op.* y *loc. cit.*, p. 1068).

Dávila, por el contrario, estima que si resulta coadyuvante no puede ser parte (cfr. *op. cit.*, pp. 40 y 41).

López-Fragoso habla de la intervención adhesiva (cfr. *op.* y *loc. cit.*, p. 171), lo que no es muy compatible con la construcción tal y como ha quedado expuesta, máxime cuando la propia Ley de Enjuiciamiento Civil trata, distinguiéndolas, «a la sucesión procesal, a la intervención adhesiva litisconsorcial y a la intervención provocada», siendo éste último caso el presente.

tación de la demanda que se desgranen en ella «*los fundamentos de su oposición a las pretensiones del actor, alegando las excepciones materiales que tuviere por conveniente*» (nº 1) y «*las excepciones procesales y demás alegaciones que pongan de relieve cuanto obste a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo*» (nº 3). Luego, aunque se predique ante todo del demandado, habida cuenta que también el comparecido emprende la defensa de la transmisión litigada, le afecta dicha norma. El hecho se confirma de manera primordial por los términos del artículo 1482 del Código civil: «*el comprador demandado solicitará, dentro del término que la Ley de Enjuiciamiento Civil señala para contestar a la demanda, que ésta se notifique al vendedor o vendedores en el plazo más breve posible. (...) El término de contestación para el comprador quedará en suspenso ínterin no expiren los que para comparecer y contestar a la demanda se señalen al vendedor o vendedores, que serán los mismos plazos que determina para todos los demandados la expresada Ley de Enjuiciamiento Civil*». Los nuevos parámetros legales permiten asimismo fortalecer la idea de que la situación procesal del vendedor citado al pleito se halla en estrecha correspondencia con su actitud, pero que no alcanza en todo su abanico de posibilidades el carácter de codemandado, aunque se aproxime mucho a esta hipótesis cuando, a resultas de la notificación, se persona[62]. En efecto, la Ley de Enjuiciamiento Civil dicta, con arreglo a su artículo 14.1, que si emprende la iniciativa de su convocatoria el propio actor —que no es el caso, por cierto— comparece «*sin la cualidad de demandado*». *A fortiori* sucede mientras quien induzca su concurrencia procesal sea la parte demandada, que tiene menos atribuciones que aquél para erigirle como codemandado. Resulta notorio que se puede constituir en parte, pues no deja de ser un sujeto contra el que de alguna manera se actúa, si bien no de forma directa y tan sólo implique una toma de postura que determine responsabilidades futuras con vistas al saneamiento, caso de producirse la evicción. Lo cierto es que, de conformidad con la meritada Ley, su figura se aproxima enormemente al de demandado, pero por asimilación u analogía, que arranca de su diferencia sustantiva, por mucho que se autorice «*al tercero para contestar a la demanda en la misma forma y en idénticos términos a los establecidos para el emplazamiento del demandado*» (art. 14.2.2ª L.E.C.). Sin duda, el traído al pleito contesta la

[62] El dictamen del Consejo de Estado acerca del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil señalaba las diferencias entre la intervención del artículo 14 y el litisconsorcio del artículo 12, ambos del texto ahora vigente. Con ello descarta su protagonismo de codemandado y le aproxima mucho más al de coadyuvante (cfr. Moreno Fernández-Santa Cruz, *op. cit.*, p. 63). Siempre parte del proceso, como no podía ser de otra manera, pero «*sin la cualidad de demandado*» (art. 14.1 L.E.C.).

demanda de querer hacerlo, pero no en calidad de demandado, como manifiesta implícitamente, pero con insistencia, el precepto aludido. La contestación le autoriza para oponer excepciones autónomas junto a sus motivos de defensa, e incluso le permite allanarse a la demanda —en especiales circunstancias— o recurrir el pronunciamiento, en analogía plena con el demandado, como parte procesal anexa, con un destino común. En efecto, el artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Civil reconoce a los intervinientes «*derecho a recurrir*» los dictados de la sentencia que «*les afecten desfavorablemente*» (nº 1), y en cuya virtud, «*podrán interponer los recursos previstos en la Ley*» (nº 1 *in fine*); y eso atañe al vendedor comparecido.

Esta idea de conferir el *status* de parte al tercero emplazado en el juicio de la evicción parece reflejarse por la jurisprudencia mayoritaria de modo ilustrativo, aunque sea en términos generales, pues cabe afirmar que los vaivenes en la materia son endémicos[63]. La reciente Sentencia de 13 de enero de 1998 sostiene que «cuando el citado de evicción acude al procedimiento, es claro que no puede asignársele el papel de simple coadyuvante, sino el de parte propiamente dicha, y así ha sido calificado por la doctrina jurisprudencial». Asimismo, la Sentencia de 5 de mayo de 1997[64] abunda en que «la verdadera función y finalidad de la «litis denuntiatio» al amparo del artículo 1482 del Código Civil que no supone ninguna alteración del debate litigioso ni de los términos en que el mismo quedó planteado en los escritos de demanda y contestación. Cualquiera que sea la postura que se adopte acerca de la posición en el proceso de los vendedores llamados, es evidente que la sentencia que se dicte en el juicio de evicción no podrá contener ningún pronunciamiento absolutorio o condenatorio para ellos, aunque queden vinculados por las declaraciones que en ella se hagan que no podrán ser discutidas en un posterior y eventual proceso que el comprador promueva para exigir la indemnización compensatoria de la privación sufrida frente al vendedor, dado que el vendedor llamado en garantía no es demandado en el juicio de evicción y la única consecuencia que para él tiene la sentencia estimatoria de la demanda de evicción, al haber quedado preparada la demanda de

[63] Valga como muestra del equívoco los términos de la Sentencia de 23 de octubre de 1957: «la citación en evicción ante una reivindicatoria no es suficiente para estimarles como parte en el juicio». La Sentencia de 15 de junio de 1913 abunda en la misma línea: «con arreglo al artículo 525 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el citado de evicción no es parte en juicio, porque contra él no se propone la demanda». Ya hemos planteado diversos ejemplos, que oscilan entre los polos del problema: de mero auxiliar, sin carácter de parte, a su naturaleza de codemandado; ambas a mi juicio, erróneas, por defecto y por exceso, respectivamente.

[64] El pronunciamiento emplea de forma literal afirmaciones tomadas *expressis verbis* de la Sentencia de 11 de octubre de 1993, que, no sin sorpresa, ignora incluso en la cita.

saneamiento con la notificación es la de venir obligado a sanear a tenor del artículo 1475 del Código Civil».

Luego, en suma, cabe proponer con carácter general que si el *tradens* —citado al juicio por el adquirente, que ha recibido la demanda de un tercero y corre riesgo de perder la cosa por derecho anterior a la venta ultimada— se persona, será sin duda parte del proceso, pero sin alcanzar la categoría de codemandado[65]. Con ello, estamos en presencia de lo que la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla en materia de la *«condición de parte procesal legítima»*, pues, con arreglo al primer párrafo de su artículo 10, *«serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso»*, aun cuando *«se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular»* (art. 10, pfo. 2, L.E.C.), marco en el cual queda enmarcada la presente hipótesis[66].

[65] Como afirma la Sentencia de 1 de febrero de 1870, «la citacion de eviccion, la presentacion en el juicio del vendedor y la declaracion de ser parte legítima en tal concepto, y obligado como tal á defender los derechos del poseedor de la cosa vendida (...) adquiriendo en su virtud el vendedor la personalidad necesaria para comparecer en juicio».

Insisto una vez más en la insegura doctrina de los tribunales; y así, la Sentencia de 10 de octubre de 1963 se opone: «con arreglo al artículo 525 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no es en principio, «el vendedor» parte si contra él no se propuso la demanda».

Cfr. RODRÍGUEZ MORATA, *op. cit.*, p. 144.

[66] Una vez establecida con suficiente rigor la posición jurídica de quien, notificado, se persona, queda por debatir alguna de las facultades que se le son propias a dicho reconocimiento, aparte de las más típicas ya definidas. Así, se ha propuesto entre las opciones que admite su conducta procesal la de allanarse a la pretensión del demandante, pues «según el principio de las escuelas, quien puede oponerse, no cabe duda que está facultado para allanarse» [LA REDACCIÓN, *¿Puede el vendedor citado de eviccion allanarse á la demanda y aun coadyuvar á ésta?...*, p. 106. Cfr. BADENES, *op. cit.*, p. 660; y POTHIER, en cuyo criterio no debe seguir una causa injusta, sino someterse al saneamiento (cfr. *op. cit.*, p. 62)]. La posibilidad es remota, pues, de ordinario, se contentará no acudiendo, pero cabe cierto resquicio de que logre arrastrar al comprador, y desista de seguir con un litigio abocado a la condena. En distinta vertiente, una de las diferencias más acusadas entre demandado y tercero traído al juicio se infiere de que no podrá éste de ningún modo formular reconvenciones. Al no dirigirse la demanda contra él, no es codemandado a efectos generales, y, por tanto, la pretensión en cierta medida le resulta incluso ajena, lo que obsta dicho propósito. El artículo 406 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla esta posibilidad para el demandado, pero de su tenor se concluye su falta completa de identidad de razón para el compareciente a instancias de aquél. Reconvenir supone tanto como *«formular la pretensión o pretensiones que crea que le competen respecto del demandante»* (art. 406.1 L.E.C.), pero, tratándose de un sujeto extraño al pleito principal, no cabe permitirle su iniciativa. Por consiguiente, *«sólo se admitirá la reconvención si existiere conexión entre sus pretensiones y las que fueren objeto de la demanda principal»* (art. 406.1 *in fine* L.E.C.), lo que constituye una hipótesis muy lejana de la nuestra. Por último, pese a los términos del número 1 *in initio* del citado artículo, que conciben su planteamiento *«al contestar a la demanda»*, reconvenir queda estrictamente fuera de la órbita propia de la mera contestación, aunque tome pie de su trámite para plantearse; porque *«la reconvención se propondrá a continuación de la contestación»* (art. 406.3 *in initio* L.E.C.) y las distinciones entre una y otro mecanismo queda patente a lo largo del articulado de la misma Ley [cfr. art. 409 L.E.C., planteo las normas relativas al juicio ordinario, por cuanto en el verbal, de muy escasa relevancia eviccionaria, la reconvención propiamente no existe o se limita extraordinariamente (cfr. art. 438 L.E.C.; y SERRA, *op.* y *loc. cit.*, p. 313)].

Por último, ha llegado el momento de discutir con su debida profundad los cauces procesales prevenidos para que dicho asunto se lleve a cabo. Al margen de las fórmulas históricas[67], el Código civil, concibe

[67] La normativa histórica en la materia establecía, como principio, que la defensa del comprador era el fundamento último de la citación del transmitente, luego se comparece con la prueba, pero, en todo caso, no podía suponer una maniobra dilatoria que perjudicase los intereses del demandante. Existieron algunas especialidades en el Derecho foral aragonés, con veinte días de plazo para personarse (cfr. GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 233, con la cita de la fuente concreta). En el ordenamiento navarro, que aún perdura (cfr. *infra*, Parte tercera, II.5), es elocuente la Sentencia de 14 de mayo de 1868: «según se previene en el Capítulo 11, Título 15, Libro 3º del Fuero General de Navarra, conforme esencialmente con las disposiciones del derecho común, alzada mala voz contra la finca que alguno adquirió por compra, donacion ó de otra manera derecha, debe primeramente requerir á los obligados por causa de eviccion que le hagan buena la heredad, y no haciendo este requerimiento, y lo mismo en el caso que se celebre por sí convenio con el que se la reclame sin mediar el consentimiento ó la intervencion de dichos obligados, de allí en adelante cesará la obligacion ó responsabilidad de estos al saneamiento». Con tales presupuestos, la jurisprudencia vino aplicando las Partidas, pues «la ley 32, título 5, de la Partida 5 impone al vendedor la obligacion de responder al comprador del saneamiento y de la posesion pacífica de la cosa vendida, si bien con el deber por parte de este último de poner en conocimiento del primero desde luego, ó lo más tarde ántes de la publicacion de probanzas» (S. de 10 de febrero de 1873). Hay otros numerosos ejemplos, con cita reiterada de la norma. La Sentencia de 12 de junio 1863 establecía que «segun las leyes 32 y 36, título 5, Partida 5, tan luego como se promoviese pleito al comprador de una cosa es tenudo de facerla saber al que se la vendió, ó a lo mas tarde, antes que sean abiertos los dichos de los testigos, que fuesen aduchos sobre aquella cosa en juycio contra él». Igualmente, la Sentencia de 3 de diciembre de 1873: «ántes de publicarse las pruebas», la Sentencia de 30 de mayo de 1884 dispone «que la citación se haga á lo más tarde antes que sean abiertos los testigos» y la Sentencia de 13 de abril de 1929: «la notificación de la demanda, como trámite previo a la del saneamiento, ya estaba dispuesta en las leyes 32 y 36 del título 5º de la Partida 5ª, aunque concediendo un plazo más amplio, o sea hasta la publicación de la probanzas». Esta pauta se impuso por encima de muy autorizadas opiniones de los autores, de criterio en este punto más flexible: «la doctrina que sustentan Gregorio López en las glosas a la citada ley 32, Covarrubias y Gómez, de ser oportuna la citacion de eviccion hecha antes de la conclusion ó de la sentencia del pleito, y aun en la segunda instancia siempre que haya términos hábiles para la prueba, sobre estar en oposicion al testo terminante de la ley, aun cuando fuera cierta no constituye la verdadera doctrina legal admitida por la doctrina de los tribunales». El argumento es compartido por GUTIÉRREZ (cfr. *op. cit.*, p. 305) y VISO (cfr. *op. cit.*, p. 224), frente a la tesis más antigua de GREGORIO LÓPEZ en su glosa 3ª, que cita la ley 29, parágrafo II, título II, libro XXI del Digesto y GÓMEZ (cfr., asimismo, RUIZ, *op.* y *loc. cit.*, p. 328). La medida buscaba garantizar la defensa que asumía el *tradens* mediante su personación. Propósito que late detrás de la mayoría de las justificaciones esgrimidas por la doctrina en cuanto al óptimo plazo de su personación, en el periodo anterior a la vigencia del Código civil. FALCÓN estimó que la línea prioritaria defendida por la jurisprudencia, con apoyo en las Partidas, anteponía la citación al instante de hacerse pública la probanza (cfr. *op. cit.*, p. 213), a lo que se suma SÁNCHEZ ROMÁN a la vista de la Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada en el año 1881, considerando el periodo de proposición de prueba, para mejor responder a las legítimas expectativas del adquirente (cfr. *op. cit.*, p. 573). Por el contrario, MARICHALAR, aun cuando citaba la referida ley 32 (cfr. *op. cit.*, p. 275), concluía que ha de notificarse al vendedor con carácter previo a la publicación de las pruebas en las Partidas, para el óptimo cumplimiento de los fines defensivos que se pretenden; por ello sugirió que se realice de antemano, en la contestación de la demanda (cfr. *ibidem*, pp. 276 y 277), criterio acogido por el Código civil. Ahora bien, pese a ello, el asunto no mediaba en contra del actor, o, al menos, hubo de disminuirse todo lo posible su daño por demora: «no puede inferirse que esta obligación, impuesta por ley al comprador, que el pleito haya de quedar paralizado con evidente perjuicio del demandante que ninguna relación tiene con los vendedores» (S. de 30 de mayo de 1884).

una solución respetuosa con los derechos del demandante. Con arreglo a lo establecido en su artículo 1482, párrafo 1, *«el comprador demandado solicitará, dentro del término que la Ley de Enjuiciamiento Civil señala para contestar a la demanda, que ésta se notifique al vendedor o vendedores en el plazo más breve posible»*. El uso que haga el demandado del tiempo que le concede la ley resulta, según creo, relativamente libre, pues, en el fondo, afecta, sobre sus propios intereses[68]. En palabras de MANRESA, el comprador no «debe perder el tiempo» y, aunque dependa del tipo de juicio de que se trate, siempre tiene «caracteres de urgente». En este sentido, si se trata de un expediente administrativo, debe realizarse la citación en el plazo de alegaciones[69]. La nueva regulación provista en la Ley de Enjuiciamiento Civil, coincide con la del Código, porque, mientras se persona el tercero, el término hábil para contestar a la demanda del comprador se suspende, reviviendo tras la intervención del emplazado a juicio. No se concibe, por tanto, un nuevo periodo íntegro a su favor después de intervenir el transmitente, sino que sólo es interrumpido una vez se admita su concurso en el litigio y se reanuda tras la contestación a la demanda del vendedor; de tal suerte que, si se demora en el trámite del emplazamiento, luego lamentará su desidia. Cuando deje transcurrir casi por entero el plazo de la citación, al mismo tiempo agota el suyo propio para oponerse a la demanda, y este modo de proceder obra en su perjuicio, sin que los preceptos dispongan ningún tipo de prórroga ulterior. Si el tribunal a su arbitrio la concede, muy difícilmente podría censurarse *a posteriori* un comportamiento admitido por autoridad judicial legítima. El artículo 1482, párrafo 3, del Código civil abunda en la idea: *«el término de contestación para el comprador quedará en suspenso ínterin no expiren los que para comparecer y contestar a la demanda se señalen al vendedor*

[68] Sin embargo, el criterio defendido por la Sentencia de 13 de abril de 1929 parece otro, porque, a su juicio, «del artículo 1482 del Código civil se deduce, que para pedir la citación del vendedor, no debe esperarse a los últimos días de la prórroga concedida para contestar a la demanda, porque esto equivale a buscar por este motivo indirecto una nueva prórroga para contestar a la demanda, ya que debiendo quedar en suspenso ese término ínterin no transcurran los que para comparecer y contestar se conceden al citado en evicción, de hecho dispondría el litigante del mayor tiempo otorgado para salir a la defensa de la propiedad, con notoria infracción de los artículos 307 y 308 de la Ley Procesal y evidente perjuicio del actor reivindicante». Cierto que la norma, con un notorio deseo, expresa que la citación tenga lugar *«en el plazo más breve posible»* [TORRALBA estima que la notificación al vendedor debe hacerse cuanto antes, pero sometiéndose a los plazos según la concreta clase de procedimiento (cfr. *op.* y *loc. cit.*, p. 950], pero sin establecer mecanismo jurídico alguno para su exigencia; y además el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ya no lo contempla. Con todo, acaso constituya dicha conducta obstruccionista descrita en la sentencia un indicio valorable junto a otros de mala fe procesal. Aun así, temo que de la simple dicción de la regla no puedan inferirse consecuencias negativas para el citante, mientras se halle abierto el plazo, salvedad hecha de actitud maliciosa demostrada.

[69] Cfr. *op. cit.*, pp. 221 y ss.; y BADENES, *op. cit.*, p. 656.

o vendedores, que serán los mismos plazos que determina para todos los demandados la expresada Ley de Enjuiciamiento Civil, contados desde la notificación establecida por el párrafo primero de este artículo»[70]. Como es evidente, mientras corra el periodo concedido al vendedor para que se persone y conteste a la demanda, que son comunes a los del demandado, queda en suspenso el del adquirente, habida cuenta que, por lo común, encontrará en dicho escrito la base más firme de su propia defensa.

Ahora, la Ley de Enjuiciamiento Civil se ocupa de la cuestión de manera totalmente novedosa[71]. En efecto, su artículo 14 establece —bajo el epígrafe de la *«intervención provocada»*— que:

«1. *En caso de que la ley permita que el demandante llame a un tercero para que intervenga en el proceso sin la cualidad de demandado, la solicitud de intervención deberá realizarse en la demanda, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa. Admitida por el tribunal la entrada en el proceso del tercero, éste dispondrá de las mismas facultades de actuación que la ley concede a las partes.*

2. *Cuando la ley permita*[72] *al demandado llamar a un tercero para que intervenga en el proceso, se procederá conforme a las siguientes reglas:*

1ª. *El demandado solicitará del tribunal que sea notificada al tercero la pendencia del juicio. La solicitud deberá presentarse dentro del plazo otorgado para contestar a la demanda o, cuando se trate de juicio verbal, antes del día señalado para la vista.*

[70] Cfr. MANRESA, *op. cit.*, p. 225; GARCÍA CANTERO, *op.* y *loc. cit.*, p. 292; COMAS, *op. cit.*, p. 100; y DE DIEGO, *op. cit.*, p. 421.

Cfr. Sentencia de 20 de febrero de 1904.

[71] En palabras de la Exposición de Motivos, «en cuanto a las partes, la Ley contiene nuevos preceptos que regulan esa materia de modo más completo y con más orden y claridad, superando, a efectos procesales, el dualismo de las personas físicas y las jurídicas y con mejora de otros aspectos, relativos a la sucesión procesal, a la intervención adhesiva litisconsorcial y a la intervención provocada».

Cfr. GARCÍA LARAÑA, *op.* y *loc. cit.*, p. 28; RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, p. 231; SÁNCHEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 82; CABAÑAS Y OTROS, *op. cit.*, p. 78; y SAMANES, *op. cit.*, p. 143.

FÁBREGAS DEL PILAR anhelaba en este punto concreto «el dorado día de su reforma «de la Ley de Enjuiciamiento Civil»» (*op.* y *loc. cit.*, p. 347), que ahora se cumple.

[72] Las dudas que suscita el contenido del citado precepto son amplias para los especialistas. Sin ánimo de adelantar acontecimientos, deseo dejar constancia en este punto del debate que ha producido la señalada expresión, acaso por su novedoso carácter, que opino ineludible para el oportuno ejercicio procesal de los derechos implicados. En este sentido, se discute hasta si la ley remitida es civil: cfr. LORCA-GUILARTE Y OTROS, *op. cit.*, p. 198; BARBANCHO, *op. cit.*, p. 123; «leyes sustantivas» para DE LA OLIVA-DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, (*op. cit.*, p. 193); MONTERO Y OTROS, según cuyo criterio alude a «la ley material» (*op. cit.*, p. 91); a las que añaden GÓMEZ DE LIAÑO Y OTROS las «leyes procesales especiales» (*op. cit.*, p. 85).

Por el contrario, entiende SÁNCHEZ SÁNCHEZ que se complementan mutuamente los preceptos sustantivos y procesales (cfr. *op. cit.*, p. 82; y SAMANES, *op. cit.*, p. 146, quien explica el alcance de la semejanza de ambas regulaciones); mientras sostienen la prevalencia de la ley adjetiva MONTERO Y OTROS (cfr. *ibidem*).

2ª. *El tribunal oirá al demandante en el plazo de diez días y resolverá mediante auto lo que proceda. Acordada la notificación, se emplazará al tercero para contestar a la demanda en la misma forma y en idénticos términos a los establecidos para el emplazamiento del demandado. Si se tratase de un juicio verbal, el tribunal por medio de providencia hará nuevo señalamiento para la vista, citando a las partes y al tercero llamado al proceso.*

3ª. *El plazo concedido al demandado para contestar a la demanda quedará en suspenso desde la solicitud a que se refiere la regla 1ª y se reanudará con la notificación al demandado de la desestimación de su petición o, si es estimada, con el traslado del escrito de contestación presentado por el tercero y, en todo caso, al expirar el plazo concedido a este último para contestar a la demanda.*

4ª. *Si comparecido el tercero, el demandado considerare que su lugar en el proceso debe ser ocupado por aquél, se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 18*».

El precepto puede calificarse de ambicioso en su contenido y acertado por la novedad que incorpora, porque colma unas lagunas de antaño preocupantes. En la doctrina procesalista produce una frustración que no comparto[73]. Su primer número resulta de contenido incierto según algunos autores[74], aunque considero que bien parece

[73] Advierte RAMOS MÉNDEZ que la remisión hecha en el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a que la «*ley permita*», prácticamente se vacía su contenido, al superponerse con lo prevenido en el Código civil acerca de la evicción «que ha subsistido y operado durante más de un siglo, sin que hubiera regulación alguna en la Ley de Enjuiciamiento Civil» (*op. cit.*, p. 231). En una línea más opuesta BARBANCHO critica que la Ley de Enjuiciamiento Civil se remita en los diversos incisos de su artículo 14 a otra disposición, inequívocamente civil, y considera que debería ser adjetiva con arreglo al fenómeno (*op. cit.*, p. 123).

A mi juicio, las normas procesales deben completar en sede de su competencia las determinaciones contenidas en el Código civil sobre la evicción. Luego, aparte de ser muy útiles, resultan imprescindibles en su respectivo ámbito. Creo yo que tales censuras muestran una cierta lejanía con la figura de que tratan y sus antecedentes jurídicos, máxime cuando algunos —como BARBANCHO— no aluden ni tan siquiera en el texto de su comentario a la evicción y su régimen en el Código civil, a diferencia de lo que señala la mayoría de los autores (con la notable salvedad de LLEDÓ Y OTROS, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2000, p. 61).

En un tono más agrio todavía, se despachan LORCA-GUILARTE Y OTROS, quienes consideran la disciplina «*totalmente insatisfactoria*» (en su propia cursiva: *op. cit.*, p. 198), en la medida que recoge una institución civil del siglo XIX al comienzo del XXI, lo que les parece conservador (cfr. *op. cit.*, p. 198). Más bien estimo que su análisis resulta superficial, porque precisamente la solera del instituto es una buena prueba de su trascendencia jurídica, como sucede con otros muchos, cuya cita, por evidente, huelga.

[74] Estiman que su objeto es desconocido por ahora (cfr. MONTERO Y OTROS, *op. cit.*, p. 91; y ASENCIO, *op. cit.*, p. 113).

Sin embargo, para ORTELLS Y OTROS existen suficientes indicios en el cotitular o el concesionario de una patente, que deba notificar la *litis* al condómino o propietario para que defienda su derecho [cfr. arts. 72.2.d) y 124.3 L.P., respectivamente] (cfr. *op. cit.*, p. 190).

recoger los casos de *laudatio auctoris*, en que actúa como demandante quien la ley permite traer en su provecho al tercero. El llamado es ajeno a la relación procesal, pero sin duda guarda estrechas relaciones sustantivas con el actor, en cuya virtud obra licencia legal para su convocatoria en el juicio. La forma en que se articula el hecho distingue, como es lógico, su eficacia de otros mecanismos en que se concurre más bien el litisconsorcio, por eso el referido artículo 14.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil excluye su consideración como demandado, si bien le asigna las amplias facultades de parte procesal, siempre que guarde correspondencia con la finalidad que se busca mediante su convocatoria.

Ahora bien, por cuanto a nuestro estudio interesa, es el segundo número de la citada norma el que contiene directamente la llamada en garantía, distinta de otros cauces para la intervención provocada en el pleito de los terceros. A la vista del régimen definido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, cabe afirmar que opera casi de suyo la intervención del *tradens* en el juicio eviccionario, prevenida con carácter semiautomático y de modo expreso. A diferencia de otros casos vistos de *laudatio auctoris* o *litis denuntiatio* simple, la llamada en garantía permitida en la ley (el Código civil) ofrece un designio al emplazado que a él compete asumir. Ello trae consigo que no se requiera permiso del tribunal para que sea efectiva, máxime cuando aquí el que cita es demandado. Sin embargo, tema distinto es que no pueda el juez controlar el ajuste jurídico de la propuesta, para lo que debe antes oírse al demandante, pues el asunto le afecta de manera directa. Es lo cierto que, a tenor del ordenamiento civil, se contempla con alcance *ipso iure*, si bien se necesita previa petición del interesado, y aquí estriba la competencia descrita, tal y como el artículo 14.2.1ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece. El demandado insta la convocatoria de su transmitente dentro del proceso emprendido por un tercero sobre la cosa. Su solicitud debe presentarse antes de agotar el término concedido a la contestación de la demanda o del acto de la vista en el juicio verbal[75]. Curiosamente, la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 14.2.1ª no recoge las perentorias expresiones —«*en el plazo más breve posible*» (art. 1482, pfo. 1, *in fine*, CC)— de la ley civil, por lo que dudo mucho que la doctrina jurisprudencial señalada en este punto logre perpetuarse, a no ser en la estricta interpretación que realizo sobre sus efectos.

[75] BARBANCHO estima que la Ley de Enjuiciamiento Civil no señala «el momento procesal hábil en el que el demandado pueda provocar la intervención del tercero» (*op. cit.*, p. 123). No se comprende la discrepancia —que denomina con abierta desmesura uno de los «innumerables errores» que halla en la norma—, pues, desde luego, el instante oportuno para solicitarlo consta de manera expresa.

Una de las primeras dificultades a resolver es la del doble procedimiento posible para dirimir la cuestión entablada por el tercero. En principio, todo apunta en el sentido de tratarse de un juicio ordinario, por cuanto las materias reservadas a su vigencia son aquellas de relevancia peculiar, aunque no se contempla ésta *expliciter*. Se sigue al respecto un criterio bifronte, que distingue temas y cuantías. La regla de la sustantividad logra, como no podía ser de otra manera, una eficacia propia por encima del montante del pleito, que permanece como pauta de reserva en todo caso (cfr. art. 248.3 L.E.C.)[76]. Mas, para cuanto aquí nos interesa, ninguna de las competencias reseñadas para sendos procesos por razones de fondo sirve, pues no se contempla (cfr. arts. 249 y 250 L.E.C., respectivamente)[77]. Sin embargo, por lo que se refiere al juicio verbal, teniendo en cuenta sus especialidades y el carácter ordinariamente sumario de su contenido típico, la regla de la cuantía logra cierta preferencia[78].

Este aspecto, sometido al control de oficio del tribunal donde se presente la demanda (cfr. art. 254 L.E.C.), adquiere relevancia en cuanto al plazo concedido para proceder al emplazamiento. En la hipótesis más habitual del juicio ordinario debe realizarse ínterin el término de la contestación a la demanda esté vigente, lo que, que, con arreglo al artículo 404 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es de veinte días. En el más extraño caso del juicio verbal, debe instarse antes de que tenga efecto el acto de la vista, lo que implica que será el plazo concedido por el juez entre diez y veinte días desde admitirse la demanda[79]. Una vez se solicita la llamada en garantía, el juez resuelve con audiencia previa del demandante —para lo que se otorga un plazo que no exceda de diez días— la cuestión. Considero incluso discutible la conveniencia de dicho trámite, habida cuenta que según el Código civil ésta debe ser admitida sin más dilaciones[80], aunque acaso sirva para supuestos especiales, como cuando el comprador inste la comparecencia de vendedores precedentes al suyo propio, cuestión que, por dudosa, debería ventilarse —a mi juicio, desestimándola—, pero que justifica la medida. Se plantea el problema de si el vendedor citado puede recurrir por el cauce de los incidentes el emplazamiento al

[76] La Exposición de Motivos resulta ilustrativa en esta faceta: «el Libro segundo de la presente Ley, dedicado a los procesos declarativos, comprende, dentro del Capítulo referente a las disposiciones comunes, las reglas para determinar el proceso que se ha de seguir. Esta determinación se lleva a cabo combinando criterios relativos a la materia y a la cuantía. Pero la materia no sólo se considera en esta Ley, como en la de 1881, factor predominante respecto de la cuantía, sino elemento de muy superior relevancia, como lógica consecuencia de la preocupación de esta Ley por la efectividad de la tutela judicial. Y es que esa efectividad reclama que por razón de la materia, con independencia de la evaluación dineraria del interés del asunto, se solvente con rapidez —con más rapidez que hasta ahora— gran número de casos y cuestiones».

[77] Como digo, el artículo 249 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que designa las materias específicas sometidas al juicio ordinario, no recoge lo relativo a los derechos reales, aun cuando sí lo hace con otros conexos, como los arrendamientos (cfr. art. 249.1.6° L.E.C.) o el retracto (cfr. art. 249.1.7° L.E.C.), e incluso alcanza también las de menor entidad, del estilo de las condiciones generales de la contratación (cfr. art. 249.1.5° L.E.C.) o los acuerdos de las Juntas de Propietarios sometidas a la Ley de Propiedad Horizontal (cfr. art. 249.1.8° L.E.C.). Podría muy bien haberse realizado así, por cuanto el artículo 251 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia *de determinación de la cuantía* expresamente alude *«a las demandas dirigidas a garantizar el disfrute de las facultades que se derivan del dominio»*, *«demandas que afecten a la validez, nulidad o eficacia del título de dominio, así como a la existencia o a la extensión del dominio mismo»*, *«aquellas otras peticiones, distintas de las establecidas en los dos casos anteriores, en que la satisfacción de la pretensión dependa de que se acredite por el demandante la condición de dueño»*, *«demandas basadas en el derecho a adquirir la propiedad de un bien o conjunto de bienes, ya sea por poseer un derecho de crédito que así lo reconoce, ya sea por cualquiera de los modos de adquisición de la propiedad, o por el derecho de retracto, de tanteo o de opción de compra; cuando el bien se reclame como objeto de una compraventa, tiene preferencia como criterio de valoración el precio pactado en el contrato, siempre que no sea inferior en el caso de los inmuebles a su valor catastral»*, *«cuando el proceso verse sobre la posesión, y no sea aplicable otra regla de este artículo»*. Idénticos tópicos bien podrían constar en el cuerpo del artículo 249 de la Ley, cuya omisión resulta muy significativa del imperio práctico de la cuantía en este tipo de procesos, máxime cuando de ordinario su monto alcanzará la cifra del medio millón de pesetas (3005), que marca la frontera entre uno y otro proceso. Con todo, la específica mención a nuestro problema queda ignorada, por lo que habrá de atenderse al criterio cuantitativo de las acciones, cuya estimación exceda las quinientras mil pesetas —unos tres mil cinco euros, pues ante la cercanía de la moneda única europea, es una inexplicable falta de previsión que no se haga en una ley de siglo XXI ningún tipo de referencia sobre los euros—, o no tenga cuantía determinable (cfr. art. 249.2 L.E.C.).

[78] Afirma la Exposición de Motivos que, «volviendo a la atribución de tipos de asuntos en los distintos cauces procedimentales, la Ley, en síntesis, reserva para el juicio verbal iniciado mediante demanda sucinta con inmediata citación para la vista, aquellos litigios caracterizados, en primer lugar, por la singular simplicidad de lo controvertido y, en segundo término, por su pequeño interés económico. También es la materia, como antes se apuntó, el criterio más relevante para distribuir los asuntos entre el juicio ordinario y el juicio verbal con demanda y contestación escritas. La cuantía cumple, no obstante, un papel no desdeñable y las reglas sobre su determinación cambian notablemente, con mejor contenido y estructura, conforme a la experiencia, procurándose, por otra parte, que la indeterminación inicial quede circunscrita a los casos verdaderamente irreductibles a toda cuantificación, siquiera sea relativa».

[79] Artículo 440.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: *«el tribunal, en el plazo de cinco días, previo examen de su jurisdicción y de su competencia objetiva y, cuando proceda, territorial, dictará auto en el que ordenará, en su caso, la admisión de la demanda y su traslado al demandado y citará a las partes para la celebración de vista, con indicación de día y hora, debiendo mediar diez días, al menos, desde el siguiente a la citación y sin que puedan exceder de veinte»*.

[80] Montero y otros, estiman que «ha abrogado el artículo 1482 del Código civil» esta nueva regulación procesal (*op. cit.*, p. 92); y Samanes concluye que, según «buena técnica legislativa», debería incluirse dentro de la disposición derogatoria dicho precepto (*op. cit.*, p. 143).

En una línea complementaria, Gómez de Liaño y otros acaban aceptando que ambas regulaciones en la práctica se superponen e identifican en lo esencial (cfr. *op. cit.*, p. 86). Lorca-Guilarte y otros consideran que se sigue un *«guión civilista»* (*op. cit.*, p. 199), como si ello supusiera un desdoro de la Ley procedimental; siendo la ley que permite la llamada en garantía el Código civil, desconozco qué otra pauta en buena lógica puede seguirse y cuáles sus ventajas.

considerar que no es el transmitente inmediato u otra causa relevante. Ahora bien, parece que la notificación solicitada por el demandado tiende al automatismo, sin perjuicio de que pueda discutirse su verdadera razón de ser en el curso del proceso iniciado. Igualmente cabría preguntarse si el juez puede denegar la instada citación. Los términos legales parecen taxativos, en la medida que utilizan el imperativo *«la notificación se hará como la misma ley establece para emplazar a los demandados»* (art. 1482, pfo. 2, CC). Sin embargo, tratándose de una medida procesal solicitada por una de las partes, nada empece para que se controle por el juez su recta formulación y protagonistas.

Acordado que sea el emplazamiento a través de auto (cfr. art. 14.2.2ª, *in initio*, L.E.C.), una vez se haya promovido en los términos legales previstos en cada oportuno supuesto de juicio, se abre para el transmitente un cauce para intervenir en el proceso. Su tarea prioritaria es la contestación a la demanda, como parte del litigio hasta entonces ajeno, aun cuando no adquiera el carácter de auténtico demandado. En la normal hipótesis de que se trate de un juicio ordinario, se le concede idéntico plazo y forma que a éste para proceder con arreglo a sus intereses (cfr. art. 14.2.2ª, *in initio*, L.E.C.). Ínterin, el propio plazo para oponerse a la demanda del citante queda en suspenso (cfr. art. 14.2.3ª L.E.C.), por lo que pueden acumularse ambos periodos, en detrimento del demandante, pero ello es necesidad imperiosa del tipo de acción ejercitada, si bien creo que las exigencias de celeridad establecidas en el Código civil hacen aconsejable la premura en este punto por el demandado[81].

Como sabemos, además de los procesos judiciales, también pueden resultar implicaciones eviccionarias, con su correspondiente saneamiento, en aquellos despojos que sean consecuencia de acto administrativo firme. Corresponde, pues, interrogarse acerca de cuál es el procedimiento concreto establecido para ello. En este aspecto sí parece que adquiera mayor relieve la premiosa expresión

[81] Acaso, como crítica, deba reconocerse que no se concilian del todo los intereses en juego, cuya balanza, sin beneficiar por completo al *accipiens*, muestra cierto desnivel para el demandante, por la sucesión de plazos previstos en el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: el primer hito es la presentación de la demanda, que debe notificarse al demandado, quien tiene un plazo de veinte días para contestar, en cuyo curso debe solicitarse la intervención del tercero, quedando interrumpido el periodo, examen del trámite por diez días con audiencia del demandante, término de contestación del emplazado por otros veinte días, y, por último, reanudación de la etapa suspendida para contestar el demandado a la vista de la oposición del tercero que se persona. Mientras en el raro supuesto de tratarse *«de un juicio verbal, el tribunal por medio de providencia hará nuevo señalamiento para la vista, citando a las partes y al tercero llamado al proceso»* (art. 14.2.2ª, *in fine*, L.E.C.).

del Código civil acerca de impulsar la cita *«en el plazo más breve posible»* (art. 1482, pfo. 1, *in fine*, CC). En consecuencia, todo señala que debería realizarse cuanto antes, en el plazo de alegaciones abierto para que participe quien se vea privado de la cosa[82], con arreglo a lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, bajo el epígrafe de *«alegaciones»*. En el número 1 de referido precepto se dice que *«los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio»* (pfo. 1), que *«serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución»* (pfo. 2). En nuestra hipótesis, adoptando la medida de citar oportunamente al tercero implicado para que intervenga en el procedimiento de referencia. Ello sucederá justo antes de la prueba (cfr. arts. 80 y ss., dentro del tít. VI —*«de las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos»*—, cp. III —*«instrucción del procedimiento»*—, secc. 2ª: *«prueba»* L.R.J.A.P.).

En cuanto a la última regla (cuarta) del artículo 14.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —*«si comparecido el tercero, el demandado considerare que su lugar en el proceso debe ser ocupado por aquél, se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 18»*—, resulta inaplicable al proceso de la evicción, pues el citante no puede hacerse subrogar por el emplazado, aunque a su intervención confíe su entero destino jurídico en el curso del proceso. Esta idea se reafirma con arreglo a la remisión que contiene al artículo 18 del propio Cuerpo legal[83] sobre la *«sucesión en los casos de intervención provocada»*, porque procura el demandante la condena del actual *dominus* para conseguir el retorno del objeto, con independencia de las responsabilidades en que incurran anteriores propietarios. Además, se ha visto en el epígrafe anterior que no sustituye de ningún modo el vendedor la posición procesal del adquirente, por lo que la subrogación se hace imposible tanto por una como por la otra parte, ambas enfrentadas en el proceso de la evicción, pese a las opiniones suscritas al respecto por algunos autores y sentencias dictadas al amparo de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

[82] Cfr. MANRESA, *op. cit.*, p. 222; y BADENES, *op. cit.*, p. 656.

[83] Advierte que *«de la solicitud presentada por el demandado se dará traslado a las demás partes para que aleguen lo que a su derecho convenga, por plazo de cinco días, decidiendo a continuación el tribunal, por medio de auto, lo que resulte procedente en orden a la conveniencia o no de la sucesión»*.

Entiende, por ello, RAMOS MÉNDEZ que resulta una remisión exagerada (cfr. *op.* y *loc. cit.*).

Como puede colegirse de la disciplina establecida para la presencia del tercero en el juicio de la evicción, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil establece un sistema muy próximo al previsto antes, con arreglo al artículo 1482 del Código civil, sólo muy puntualmente variado[84]. Es notorio que la fórmula escogida para la contestación a la demanda en los procesos en que interviene un tercero, le concede a éste una cierta preferencia sobre la que corresponde incluso al demandado. El hecho se justifica sobre la base de que, si se materializa un emplazamiento al extraño, es porque a él compete sobre todo la defensa; de suerte que resulta lógico suspender el plazo que atañe al comprador entretanto el transmitente realiza su contestación, máxime cuando de su contenido a buen seguro dependerán gran parte de las alegaciones que pueda realizar aquél, al margen de que sea el verdadero demandado[85].

El emplazamiento lo es al pleito iniciado. Luego la notificación versa sobre la causa sustantiva que se ventila en cuanto al destino jurídico de la cosa que se transmitió; y en cuyo transcurso debe protagonizar la defensa el citado. Por consiguiente, comunicar al tercero «el acto conciliatorio no es bastante para producir los efectos de la citacion de eviccion» (S. de 9 de julio de 1881 y cfr., S. de 26 de junio de 1913), ni la de providencia judicial en el caso de quiebra (cfr. S. de 9 de junio de 1932), ni la solicitud del beneficio de justicia gratuita[86]. La citación al tercero no deja de ser para el demandado una carga con repercusiones directas respecto al futuro saneamiento eviccionario. Por ello, le compete al obligado facilitar la información necesaria para que la medida surta efecto, si

[84] El paralelismo alcanza incluso a las cuestiones procedimentales conexas. En la época de la vigencia del Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, también hubo dualidad de posibles procesos, dilucidada por PRIETO-CASTRO en favor del juicio de mayor cuantía, con un plazo para personarse y otro para contestar, por eso habla el texto de «*comparecer y contestar*», mientras en otros pleitos sólo constaba el de contestación (cfr. *op. cit.*, p. 406). El mismo autor sostuvo que la suspensión del plazo para oponerse concedido al demandado entretanto contestara el vendedor a la demanda, traía de aquí su causa, lo que se demuestra inexacto en los actuales términos, desaparecida la personación como distinta de la contestación. Igualmente criticó que interrumpir el término para contestar provocara que conociese de antemano el comprador las razones aducidas de contrario por el tercero que se persona; sin embargo, a mi juicio, ello no es un óbice denunciable, sino todo lo contrario, a raíz del pleito que se sigue. Por tanto, no convencen los motivos de los que recomiendan acumular las contestaciones del demandado y del traído por él a juicio (cfr. *ibidem*, p. 407).

[85] Cfr. RODRIGUEZ MORATA, *op. cit.*, p. 149; y SERRA, *op. y loc. cit.*, pp. 311 y 312, quien rechaza que mediante «otrosí» en el escrito de contestación a la demanda pueda solicitarse un emplazamiento del vendedor, por inútil, aun cuando yo creo que más bien sería por ilegal, en la medida que rompe con los esquemas trazados en el artículo 1482 del Código civil y en el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

[86] Cfr., respectivamente, BORRELL, *op. cit.*, p. 126 y MUCIUS SCÆVOLA, *op. cit.*, p. 167; . BONET RAMÓN, *op. cit.*, nt. 238, p. 226; y GARCÍA CANTERO, *op. y loc. cit.*, p. 281.

bien queda el recurso último de los edictos si desconoce su paradero[87]. Siempre una vez agotadas las oportunidades ofrecidas en los artículos 155.3 —«*a efectos de actos de comunicación, podrá designarse como domicilio el que aparezca en el padrón municipal o el que conste oficialmente a otros efectos, así como el que aparezca en Registro oficial o en publicaciones de Colegios profesionales, cuando se trate, respectivamente, de empresas y otras entidades o de personas que ejerzan profesión para la que deban colegiarse obligatoriamente. También podrá designarse como domicilio, a los referidos efectos, el lugar en que se desarrolle actividad profesional o laboral no ocasional*»— y 156.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «*si estas averiguaciones resultaren infructuosas, la comunicación se llevará a cabo mediante edictos*».

La llamada en garantía, sin embargo, se relaja en determinados supuestos. El motivo estriba en su ineficacia radical para tales hipótesis, que hace no sólo superflua su concurrencia, sino distorsionadora, por cuanto implica de posposición en las medidas sustanciales previstas para el saneamiento eviccionario. En esta materia destacan varios episodios ligados a hipótesis especiales, como las ventas forzosas; el censo enfiteútico, si se disputa el dominio directo; y el arrendamiento[88].

[87] Cfr. RODRIGUEZ MORATA, *op. cit.*, p. 122 (quien aporta distintos precedentes históricos del Derecho romano y común); y SALINAS, *op. y loc. cit.*, p. 503.

Para el antiguo sistema de citación por edictos previsto en el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, resulta ilustrativo el acceso a Internet de una cédula de citación del Boletín Oficial de la Provincia de A Coruña, sobre una reivindicatoria tramitada en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Betanzos en: http://www.dicoruna.es/bop/1999/10/14/11556-11680.htm.

[88] Cfr. DURÁN RIVACOBA, *Evicción...*, pp. 76 y ss.

Todos ellos tienen en común que la dispensa del emplazamiento trae causa de razones concernientes al modo en que dichos contratos sirven de base para la evicción. Pertenece a motivos de su estructura jurídica la incompatibilidad manifiesta del emplazamiento del *tradens*. Por el contrario, ahora examino circunstancias generales que aconsejan remitir la obligación de notificar la demanda interpuesta por un tercero sobre la cosa. En este sentido, se considera que, de admitir la evicción en el caso de que sea el mismo vendedor quien perturbe al *accipiens*, se haría por completo absurdo que fuera él garante de un derecho que ignora con sus actos propios. En efecto, a tenor de la Sentencia de 17 de diciembre de 1873, «el requisito de la citacion de eviccion y saneamiento que prescriben las leyes de Partida, y especialmente la 32, título 5° de la Partida 5ª, para que pueda ser eficaz la obligacion de sanear, sólo tiene lugar y debe observarse cuando es un tercero el que demanda al adquirente de la cosa; pero no cuando es el que enajenó ó vendió, porque sería inútil citar para la defensa al mismo demandante, según lo tiene declarado el Tribunal Supremo». En idéntica línea, cuando el transmitente resulte codemandado junto al comprador queda de relieve lo impropio de volver a emplazarle, porque cuenta de antemano con medios de defensa de modo autónomo, y directa noticia del asunto. Como advierte la Sentencia de 13 de abril de 1929, «si el vendedor fué también demandado en el juicio, es inútil la notificación a éste de la demanda, porque ya resulta cumplido el requisito legal de que llegue a su conocimiento el litigio promovido, y a nada útil y práctico conduciría el duplicar o repetir una diligencia judicial, cuya finalidad ya se había obtenido por medio del emplazamiento». Uno de sus específicos ejemplos sería el dispensado por la evicción invertida.

Analogo modo, se afirma que cuando el transmitente ha tenido noticia cierta del pleito —por sus propios medios o por cualquier conducto extraprocesal— y pone toda su posible defensa en manos del demandado no cabe alegar que la notificación falta[89]. En esta línea, opera la Sentencia de 10 de mayo de 1966, en la cual se acredita que la vendedora otorgó los instrumentos defensivos e incluso el asesoramiento jurídico a su comprador, quien no la citaría en evicción por dicha causa, «y ante este estado de hecho no cabe estimar que la Sala interpretó erróneamente los artículos <entre otros el 1482 del Código civil>, pues reconociendo íntegramente su sentido íntimo proclamó su aplicación al caso, ya que la finalidad del previo conocimiento de la demanda de evicción, al objeto de aportar los medios defensivos al pleito para oponerse a ella, fue ampliamente superada por actos propios de la vendedora (...) contra los que ahora no la es lícito excepcionar, sin mengua de la buena fe que debe presidir la relación entre las partes intervinientes en la enajenación de la parcela, ya que el saneamiento, por tal motivo, no deja de ser una consecuencia del contrato, bien se regule convencionalmente o por ministerio legal».

Tampoco se requiere la llamada en garantía cuando se hubiera pactado por las partes la dispensa de la obligación —algunos consideran que así «suele hacerse en las escrituras de venta[90]»—, como limitada renuncia del vendedor, que acentuaría su responsabilidad; junto a ella, se suele incluir el caso de que sea el mismo transmitente quien estorba la citación, haciéndola inviable[91]. Con todo, NAVARRO AMANDI sostiene que «haremos notar que estas excepciones no están basadas en ningún precepto legal expreso, por lo cual fácilmente serían rechazadas algunas de ellas en los Tribunales[92]». La Sentencia de

[89] SANTOS BRIZ, junto a la situación de codemandado, asimila el supuesto de conocer extraprocesalmente la demanda el vendedor, lo que debería inducirle a su presencia en el juicio (cfr. *op. cit.*, p. 75; y SALINAS, *op.* y *loc. cit.*, p. 499).

También considera por analogía GARCÍA CANTERO el supuesto de que intervenga el vendedor en el proceso *motu proprio* y sea factible su presencia de carácter autónomo (cfr. *op.* y *loc. cit.*, p. 291; y SS. de 26 de junio de 1913, 12 de diciembre de 1928, 13 de abril de 1929). *Vid.* RODRÍGUEZ MORATA, *op. cit.*, p. 175.

El hecho es un buen indicio de la diferencia entre ser codemandado y parte cuando el citado se persona en el juicio a instancias del comprador.

[90] NAVARRO AMANDI, p. 226; y cfr. SALINAS, *op.* y *loc. cit.*, p. 503.

CALONGE lo extrae de Digesto 21, 2, 63 (cfr. *op. cit.*, pp. 69 y ss.), texto de MODESTINO reiterado por RODRÍGUEZ MORATA (cfr. *op. cit.*, p. 124).

[91] Cfr. GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 306; y NAVARRO AMANDI, *op. cit.*, p. 226.

CALONGE cita la fuente: Digesto 21, 2, 56, 2 (cfr. *op. cit.*, pp. 69 y ss.).

[92] *Op. cit.*, p. 226.

En efecto, la renuncia del vendedor me parece de dudosa legalidad Por una parte, no puede quien transmite someterse a las repercusiones de la evicción con renuncia sobre su defensa, salvo que se haya negociado el bien como de muy dudosa consistencia jurídica. Si el artículo 1476 del Código civil dispone que «*será nulo todo pacto que exima al vendedor de responder de la evicción, siempre que hubiere mala fe de su parte*», a mi juicio debe suceder

9 de julio de 1881 asegura que «el saneamiento se pierde cuando no se ha citado de eviccion á aquél que estuviese obligado á ella», sin perjuicio de que «en el contrato de compraventa se consigna que el vendedor está obligado a responder por evicción lo cual no puede ménos de entenderse en su sentido jurídico, y en tal concepto de ser necesaria la citacion en forma para que viniese al pleito en tiempo oportuno».

Igualmente se planteó desde antiguo si debía notificarse cuando el derecho del actor sea tan incontestable que hubiera dado al traste con cualquier intento de oposición[93]. Con todo, comprendo que no ha sido aquélla la elección del Código civil y por sus resultados hay que pasar, máxime cuando varias son las razones que abonan la idea sostenida en los actuales términos del ordenamiento español. El problema estriba en saber con certeza y *a priori* la completa inutilidad de oponerse a las irrebatibles pretensiones del actor. Precisamente, la precaria situación del adquirente será conocida sobre seguro después de haberse desplegado la defensa que compete al vendedor. Por muy poderosos que parezcan los indicios aducidos por el demandante, han de sufrir el contraste jurídico adecuado. Por reducción al absurdo, también prospera el criterio moderno del Código civil: se ha sostenido en pro de la idea superada que comporta un notable ahorro de gastos superfluos[94], en la medida en que, aun repercutiendo en el obliga-

otro tanto a viceversa. Es lo cierto que la norma transcrita responde al modo de ver las cosas propio del pensamiento liberal y, por tanto, infiere que la posición menos favorecida en el contrato es la del adquirente, que se ve a la postre privado de la cosa por evicción, pero no tiene porqué ocurrir así a la fuerza. *Ceteris paribus*, el comprador no está legitimado para imponer al transmitente una indefensión injusta; de suerte que tal convenio no ha de respetarse por inmoral con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1255 del Código civil. Considera MUCIUS SCÆVOLA que más bien se opone al orden público, haciéndose imposible (cfr. *op. cit.*, p. 166; y PALOMAR, *op.* y *loc. cit.*, p. 168), pero entonces también lo sería la renuncia lícita sobre la evicción, pues en materia de orden público no hay más o menos, sino sí o no, mientras que a la licitud por causa de moralidad admite grados, en mayor abanico. Por su parte, RUIZ juzga que dicho pacto de renuncia sobre la citación es asumible desde la perspectiva legal (cfr. *op.* y *loc. cit.*, p. 328).

[93] En este sentido, el Proyecto Isabelino exigía para excepcionar en el juicio de saneamiento la falta de citación en el pleito eviccionario, que se acompañase por el vendedor un principio de prueba sobre los medios de defensa que no pudo esgrimir en dicho litigio preliminar, que ahora huelga por hacerse muy gravoso para su protagonista. Reconozco, sin embargo, que no me desagrada del todo el sistema. Advierte ALBALADEJO la injusticia cuando la simple falta de notificación elimina las responsabilidades eviccionarias, por mucho que de todos modos fuera el comprador a perder la cosa , si bien comprendo, como él, sus óbices prácticos. Además, en la tesitura de decidir un agravamiento de la situación jurídica de los intervinientes, me pondría de parte de quien ha perdido sin culpa el objeto de manera sobrevenida.

[94] Aun cuando la doctrina más amplia entiende que la falta de notificación resulta inexcusable (cfr. GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 312), todavía ciertos autores sostienen que la conducta observada por ausencia evidente de defensa y para evitar gastos y pleitos inútiles, está justificada, conservando intactos sus derechos a la eventual evicción (cfr. GARCÍA CANTERO, *op.* y *loc. cit.*, p. 299; y CASTÁN, *op. cit.*, p. 125).

do a sanear, su necesario adelanto por el adquirente se hace incómodo; mas, nada impide que cada interesado desista de su resistencia en el pleito, si ven sus derechos perdidos, y disminuya casi por completo la partida correspondiente a las costas judiciales. Podría objetarse que un allanamiento del demandado impediría personarse al vendedor, pero conforme a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley de Enjuiciamiento civil éste podría realizarse tras la presencia del transmiente. Observado el fenómeno a la inversa en el plano cronológico —una vez *a posteriori* se demuestre que no tenía medios para la defensa quien no ha sido emplazado (quizás por eso mismo)—, el asunto ha de convenirse que resulta difícil de dirimir. Téngase presente que si el vendedor obrara de buena fe, con tales presupuestos, debe apresurarse a indemnizar a la víctima; pero, muy al contrario, se le permite no hacerlo, y además que denuncie como vicio insuperable la falta de notificación, con independencia de quedar ayuno de recursos para la defensa de la transmisión. No extraña, pues, que un antiguo sector doctrinal estimase que, ante la carencia de medios luego demostrada, se hacía inútil la convocatoria en el juicio del transmitente. Admite BENITO GUTIÉRREZ que «esta doctrina no es de ley», «pero es racional si se consulta el fin para el que se exige aquella diligencia»; si bien, a su juicio, «en los Códigos romanos hay pruebas para todas las opiniones»[95]. Autores más modernos persisten en la duda, y, así, LACRUZ-SANCHO consideran que para esta hipótesis no cabe la evicción, pero sí responsabilidad por incumplimiento[96]. Con todo, la tesis mayoritaria tiende a recoger en sus más firmes términos las condiciones procesales impuestas en abstracto. Por ejemplo, la Sentencia

[95] *Op. cit.*, p. 307, trayendo la glosa de GREGORIO LÓPEZ en su favor.

En una línea similar, se ha dicho que, llegado el comprador a la evidencia de que al tercero le asiste la justicia en su acción, puede remitir el daño mediante la entrega del objeto, eludiendo así el inminente pleito (extrae GUTIÉRREZ la posibilidad del Digesto: 21, 1, 11 (cfr. *op. cit.*, p. 307). La idea es incontestable, pero no me parece tanto que se derive del hecho la responsabilidad eviccionaria del transmitente que no ha sido citado, entre otras cosas por haberse remitido el pleito inútil. Mucho me temo que la muy elogiable actitud del comprador excluya en este caso la presencia de pura evicción, desde la perspectiva de la completa falta de firmeza de una sentencia inexistente. Como es lógico, se produce una quiebra de las obligaciones del vendedor, pero por capítulo distinto del eviccionario. En suma, rechazo la pretendida doctrina, conforme a la cual, si se demuestra que actuó el vendedor con mala fe o dolo, queda eximida la notificación, lo que de ningún modo convence, pues, para demostrarlo, debe oírsele, y no llego a comprender cómo en un pleito entre un tercero y el comprador pueden adverarse tales circunstancias volitivas.

[96] Cfr. *op. cit.*, p. 60.

Interpreta RODRÍGUEZ MORATA, sin embargo, que dichos autores sostienen, con arreglo al Derecho común, que habría en este caso lugar al saneamiento (cfr. *op. cit.*, p. 122; y *Comentario a la Sentencia de 11 de octubre de 1993...*, p. 1066). Él mismo considera que no importa el hecho de la defensa efectiva que pudiera ejercer el vendedor no citado, por el carácter objetivo del requisito que contempla el artículo 1481 del Código civil (cfr. *ibidem*, p. 123).

de 26 de junio de 1913 se muestra taxativa: «para los efectos del saneamiento no se puede dar el valor de ejecutoria ganada en juicio, al allanamiento en acto conciliatorio de los compradores de una finca, ni tampoco se puede prescindir del terminante precepto del artículo 1481 del citado Código, que hace depender la obligación de sanear del hecho de haberse notificado al vendedor la demanda de evicción».

En cualquier otra situación en que no haya podido comparecer el vendedor por habérselo impedido el adquirente, decae su responsabilidad eviccionaria. El hecho se fundamenta en la inadmisible indefensión producida. Con ello, se abarcan incluso los casos en que un temprano allanamiento del comprador haya impedido personarse al *tradens*[97]. Esto es así, aun cuando no hubiera prueba de que tuviera medios adecuados de defensa, porque dicha excusa pertenece al sistema previo al Código civil, pero no al vigente tras su promulgación. El incremento de los gastos judiciales que se computan a los efectos del reembolso indemnizatorio serán por cuenta en último término del obligado por evicción. Ahora bien, si el vendedor no se persona, el adquirente resulta muy libre para desistir, máxime cuando, privado de los elementos de defensa necesarios, no haría sino aumentar la cuantía debida por el responsable, que acaso no se satisfaga, por insolvencia definitiva u otra causa, contra sus propios intereses[98].

En definitiva, debe reconocerse que la más poderosa de cuantas excepciones plagan el universo de la llamada en garantía como elemento procesal imprescindible a la hora de hacer efectivo el saneamiento por evicción, es precisamente aquélla en la que interviene un tercero frente a los poderes públicos.

[97] Cfr. GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 312; RODRÍGUEZ MORATA, *op. cit.*, p. 154; y SERRA, *op. y loc. cit.*, pp. 320 y 321, quien también incluye la hipótesis de transacción entre demandado y demandante sin su consentimiento, acuerdo entre partes intrascendente para él en la medida que constituye un tercero.

BORRELL considera que si el comprador se allana en el juicio emprendido por el tercero para evitar así los gastos constituye un caso de renuncia tácita sobre la evicción (cfr. *op. cit.*, p. 117).

En el mismo sentido, pueden verse las Sentencias de 26 de junio de 1913 —«para los efectos del saneamiento no se puede dar el valor de ejecutoria ganada en juicio, al allanamiento en acto conciliatorio de los compradores de una fincas»—; y de 9 de julio de 1881: «el acto conciliatorio no es bastante para producir los efectos de la citacion de eviccion pues no tuvo otro objeto que preparar la entrada en el presente juicio».

[98] Cfr. GONZÁLEZ POVEDA, *op. cit.*, p. 94; PALOMAR, *op. y loc. cit.*, p. 171; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y OTROS, *op. cit.*, p. 493; PUIG PERA, *op. cit.*, p. 122; MUCIUS SCÆVOLA, *op. cit.*, p. 167; BONET RAMÓN, *op. cit.*, nt. 238, p. 227; BADENES, *op. cit.*, p. 663; y VALVERDE, *op. cit.*, p. 377.

LACRUZ-SANCHO, a la vista de lo dispuesto en el artículo 1482, párrafo *in fine*, del Código civil —*«si los citados de evicción no comparecieren en tiempo y forma, continuará «el pleito», respecto de la pérdida de la cosa adquirida o de parte de la misma»*— plantean ciertas dudas en este punto, porque puede darse lugar a confabulaciones entre comprador y demandante contra quien transmitió el objeto (cfr. *op. cit.*, p. 61), pero resuelven a la postre a favor del sentido expuesto.

4.3. La vía previa de carácter administrativo: vigencia y trámite

Una vez vista preliminarmente la espinosa cuestión de la competencia jurisdiccional a favor de la civil para el saneamiento, y los elementos capitales en que se vertebra la intervención del futuro deudor por saneamiento en el proceso eviccionario previo que dirimen entre sí adquirente y reivindicante, conviene ahora establecer con exactitud el alcance de los trámites previos exigidos para reclamar a las autoridades públicas. Es decir, qué ocurre si quien transmitió y debe responder por saneamiento es un ente administrativo.

Como se ha visto en párrafos anteriores, el ordenamiento español conserva entre las prerrogativas de la Administración pública la vía previa frente a demandas de orden económico que se le formulen. El fundamento de la medida es evitar intervenciones judiciales inútiles y reducir gastos, ofreciendo un cauce para que, *motu proprio*, pueda el órgano implicado reconocer su responsabilidad. Ahora bien, tan buen propósito con frecuencia se abandona en la práctica. Lo que podría servir de aliviadero de los desfavorecidos por actividades administrativas, se convierte así en un nuevo requisito, que retarda más aún sus legítimos anhelos reparatorios. Resulta conocida la enorme inercia que los poderes públicos arrastran a la hora de reconocer su responsabilidad. Se ha convertido, pues, en una especie de versión *light* de los actos conciliatorios previos, que se mantiene no sé si con mucho sentido en los actuales términos[99], eliminado este previo requisito con carácter general[100].

Sea como fuere, la vía previa sigue vigente y a sus dictados hay que obedecer. En efecto, el artículo 120 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común —que inaugura el Capítulo I (*«disposiciones generales»*), del Título VIII (*«de las reclamaciones previas al ejercicio de las acciones civiles y laborales»*)— establece que *«la reclamación en vía administrativa es requisito previo al ejercicio de acciones fundadas en derecho privado o laboral contra cualquier Administración Pública»* (art. 120.1 L.R.J.A.P.)[101]. Antes se hablaba del privilegio del fuero, arduamente perseguido, incluso con carácter absoluto; pero, no logrado, al menos

[99] CABALLERO lo funda en el artículo 37 de la Instrucción de 15 septiembre de 1903 (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 35). Cfr. MAYNAR, *op. y loc. cit.*, p. 68; y BARENES, *op. cit.*, p. 666.

[100] Hay que reconocer, sin embargo, que las actividades mediadoras aparecen de una u otra forma. Un buen ejemplo constituye *«la audiencia previa»* (Cp. II) *«del juicio ordinario»* (Tít. II) del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo artículo 414.1, en su segundo párrafo, define su *«finalidad»*, entre la que destaca como primera *«intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso»*.

[101] Sus precedentes constan en el Real Decreto de 23 de marzo de 1886 y el artículo 138 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958.

del todo, dicho propósito, parece que la desconfianza tiñe a los otros órdenes jurisdiccionales, cuyas actividades se previenen con un mecanismo como éste.

La vía previa paraliza cualquier tipo de pretensión judicial emprendida contra las administraciones públicas, en un doble sentido. Por una parte, impide, hasta el momento en que sea resuelta en plazo, que pueda *«deducirse la misma pretensión ante la jurisdicción correspondiente»* (art. 121.1 *in fine* L.R.J.A.P.). Los instrumentos procesales servidos para que tal fin tenga efecto es la inadmisión de la demanda, por el control judicial de los requisitos de admisibilidad de la demanda que se realiza de oficio. La realidad enseña, sin embargo, que la mayoría de las veces el asunto se excepciona por el Abogado del Estado. Bien examinadas las cosas, entonces, se produce una verdadera quiebra del sistema de procedimiento establecido para la evicción. Ya se dijo que si el emplazado acude al pleito no puede oponerse al citante, pues en su auxilio actúa. Luego, como afirma con razón MAYNAR, cuando se insta por dicha parte un incidente de nulidad por no haberse planteado la reclamación previa, se opone al demandado, lo que choca con el esquema procesal instituido para la defensa en la evicción[102]. El hecho constituye una buena prueba de la completa incompatibilidad práctica de la vía previa de carácter administrativo con el proceso de la evicción de que deba responder el Estado, pues sendos mecanismos resultan inconciliables.

En el otro sentido anunciado, la vía previa deja en suspenso los periodos previstos para el ejercicio de las acciones civiles a cuya resolución se supedita. La paralización decae *«a partir de la fecha en que se haya practicado la notificación expresa de la resolución o, en su caso, desde que se entienda desestimada por el transcurso del plazo»* (art. 121.2 *in fine* L.R.J.A.P.). Interrumpir los plazos impide que, por la obligatoriedad de la vía previa, queden irremediablemente perjudicados los derechos sustantivos de los intervinientes, al decaer el término de su ejercicio judicial ordinario.

Este panorama descrito me parece un exceso, teniendo en cuenta el alto grado de silencios administrativos de carácter denegador que afectan a la materia. Tal vez pudiera pensarse que cabe seguir los trámites del proceso iniciado, a la espera de que acontezca el evento, sin que se haga necesario reiterar inútilmente una demanda que, más pronto que tarde, acabará por replantearse —aunque se repartiría de nuevo—, ahora obstruida por razones puramente formales y muchas veces superfluas.

[102] Cfr. *op. y loc. cit.*, p. 69.

Considérese cuanto se alega de seguido sobre la calidad de requisito subsanable que se concede a la falta de reclamación administrativa previa según reciente jurisprudencia.

Por ello, resulta explicable que se halla moderado el radicalismo. Producto de jurisprudencia correctora, se ha definido como un defecto subsanable la falta de vía previa, con arreglo a diversas Sentencias del Tribunal Constitucional (cfr. SSTC. de 14 de febrero de 1986; y 16 de marzo y 16 de octubre de 1989), precedidas y acompañadas por otras del Supremo (cfr. SS. de 2 de octubre de 1985, 26 de mayo de 1988, 29 de octubre de 1992 y 5 de febrero de 2001). Con arreglo a ello, el juzgador examinará de oficio el cumplimiento de los requisitos previos a la demanda, en particular lo relativo a la reclamación previa en vía administrativa, si es el caso. Cuando faltare, se subsana este presupuesto formal de admisibilidad, para lo que requerirá de la parte demandante su necesaria complementación. Caso de no haber sido apreciada de oficio, la parte demandada puede alegarlo, produciéndose la repercusión prevenida en el artículo 418.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —en correspondencia con lo también establecido en el artículo 45.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa—, bajo el epígrafe de los *«defectos de capacidad o representación. Efectos de su no subsanación o corrección»*: *«cuando el demandado haya alegado en la contestación o el actor aduzca en la audiencia defectos de capacidad o representación, que sean subsanables o susceptibles de corrección, se podrán subsanar o corregir en el acto y si no fuese posible en ese momento, se concederá para ello un plazo, no superior a diez días, con suspensión, entre tanto, de la audiencia»*. Se requiere, pues, al actor para su subsanación, suspendiendo el trámite y los plazos, y, en la hipótesis de no hacerlo, decretando el archivo de la demanda.

Hechas estas aclaraciones, el procedimiento diseñado para el ejercicio de la vía previa se somete a los trámites de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Con arreglo a su Capítulo II del Título VIII (*«reclamación previa a la vía judicial civil»)*, se dirige contra el órgano que intervino en la transmisión (cfr. art. 122.1 L.R.J.A.P.)[103] —si se trata de la Administración General del Estado, se plantea frente al Ministro respectivo (cfr. art. 122.2 L.R.J.A.P.)—, que *«para resolver podrá ordenar que se complete el expediente con los antecedentes, informes,*

[103] Conforme al artículo 12 de la Ley de Contratos de la Administración Pública, más bien los denominados «órganos de contratación», según la cuantía y el asunto.

Como es lógico, tratándose de Derecho administrativo, *«las reclamaciones podrán presentarse en cualquiera de los lugares previstos por esta Ley para la presentación de escritos o solicitudes»* (art. 122.2 *in fine* L.R.J.A.P.). Cuando no coincida con el competente para decidir sobre la cuestión, *«el Órgano ante el que se haya presentado la reclamación la remitirá en el plazo de cinco días al Órgano competente en unión de todos los antecedentes del asunto»* (art. 123.1 L.R.J.A.P.).

documentos y datos que resulten necesarios» (art. 123.2 L.R.J.A.P.). El plazo prevenido para decidir la reclamación previa es de tres meses desde su planteamiento, con silencio negativo (cfr. art. 124.2 L.R.J.A.P.), que frecuentemente se produce; de lo contrario, *«resuelta la reclamación por el Ministro u Órgano competente, se notificará al interesado»* (art. 124.1 L.R.J.A.P.). En el supuesto de admitir la solicitud, huelga continuar con la demanda y quedan eliminadas posibles costas judiciales, que aminoran la responsabilidad saneadora; pero, de negarse, las acciones judiciales quedan expeditas para los afectados por la evicción.

Este régimen, descrito en sustancia, evoca el esencial problema del momento en que debe plantearse la vía previa: en el instante de la citación al Estado en el proceso eviccionario como *tradens*; o en el del saneamiento, una vez consumada la pérdida del bien a manos de un tercero, y por causa de un derecho anterior al negocio. Según estimo, procede tras la evicción, y antes de reclamar su consecuencia indemnizatoria, pues entonces se hace inmediata la demanda pecuniaria frente al Estado[104]. Además, debe tenerse presente que la citación al juicio eviccionario que las normas civiles contemplan erige a la categoría de parte a quien se persona como tercero, pero no es demandado[105]; por tanto, al órgano administrativo transmisor no se le imputa nada y, en consecuencia, tampoco tiene sentido iniciar entonces el trámite previo de la reclamación administrativa. Por último, establecer antes del emplazamiento la vía previa trae consigo distorsiones y demoras en los plazos inconvenientes para el actor, que permanece ajeno al hecho[106].

Al margen de cuestiones técnicas, el problema de fondo permanece presente: cómo hacer compatibles las exigencias procesales del saneamiento eviccionario con la vía previa de carácter administrativo que conserva el Estado en cuanto privilegio antes de acceder al cauce judicial[107]. Se ha sostenido que, si la parte alega la pendencia de la vía previa, queda por completo destruida la misma *ratio* del

[104] MAYNAR considera incompatible la vía previa con el procedimiento que para la evicción diseña el Código civil, pues antes del emplazamiento del comprador no hay nada que pedir, pero cuando es notificado debe contestar en un plazo improrrogable que hace imposible la reclamación previa (cfr. *op.* y *loc. cit.*, p. 69).

[105] BADENES considera que la vía previa se impone antes de la citación al Estado, pero ve difícil que se pueda suspender por tan largo periodo el proceso de la evicción, máxime cuando el organismo público no es demandado (cfr. *op. cit.*, p. 666). Termina dudando de la vigencia de la vía previa por dichas causas.

[106] BONET RAMÓN estima que «hay veces que el plazo tiene que suspenderse, aunque sea improrrogable, como si el vendedor fuese el Estado y debiese proceder al procedimiento en la vía gubernativa, pues se trata de un caso de fuerza mayor» (*op. cit.*, nt. 236, p. 226).

[107] En virtud de lo expuesto, también OCAÑA rechaza la reclamación previa como privilegio (cfr. *op. cit.*, p. 608).

emplazamiento del vendedor a instancias del demandado, por cuanto, sin duda ninguna, quien se persona, en vez de asumir la defensa, se le opone. Pero incluso creo que va más allá la profunda disidencia de medios entre una y otra opción. La vía previa existe porque así se ofrece al ente público la posibilidad de asumir, libre arbitrio, sus obligaciones antes de un proceso que le condene a ello. Sería, entonces, un *tertius genus* entre privilegio y defensa del administrado, aunque mucho me temo que la práctica se manifieste más en la línea de lo primero. Ejercida esta instancia, el transmitente público toma conocimiento cabal de la demanda y sus razones, siendo consciente de los medios de defensa que puede oponer a la pretensión del actor. Antes de personarse, delibera sus visos reales de triunfo. Ahora bien, el momento en que debe instarse guarda correspondencia con el periodo en que la responsabilidad administrativa está en condiciones de requerirse. Luego prosigue a una evicción declarada. Con todo, si en el proceso eviccionario el órgano administrativo ha sido emplazado, no tiene sentido alguno que ahora se reproduzca el trámite, por cuanto pudo acudir al proceso en defensa de sus intereses. Ya tuvo perfecta noticia del hecho, de sus motivos y coyuntura para reiterar instancias, que demoran un proceso al que no añade nada nuevo la vía previa. Si desea reconocer su responsabilidad no tiene más que hacerlo en la citación, interrumpiendo todo el mecanismo complejo que se inicia en la demanda eviccionaria y prosigue con la de indemnización saneadora. Sus fines se hallan por completo cumplidos.

Ayudará mejor a comprender la inconveniencia de conciliar la vía previa y el emplazamiento al transmitente los disturbios cronológicos que su conservación reduplicativa provocaría. Una de las incertidumbres que se cierne sobre la disciplina de la convocatoria del vendedor al litigio eviccionario es, por cierto, que demora los trámites en perjuicio del demandante. Así, el Código civil apura incluso al demandado para que inste su presencia «*en el plazo más breve posible*» (art. 1482, pfo. 1, *in fine*, CC). Mal encaja con esta idea permitir una reclamación previa de carácter administrativo que se alargará cerca de tres meses, habida cuenta del muy pernicioso hábito de rechazarla mediante silencio administrativo; y, todo ello, para conseguir un propósito que sobreabunda con el debido emplazamiento. Sería verdaderamente absurdo mantener abiertos ambos cauces. En el bienentendido de que la reclamación previa no se hace menester en el proceso eviccionario, sino que rige para el de saneamiento, una vez decretada la pérdida de la cosa, el señalado inconveniente no concurre; mas, entonces, queda por completo vacío de lógica mantenerla, por cuanto el órgano administrativo ha sido ya emplazado y se cumplen punto

por punto los fines cuyo planteamiento persigue. Constituiría una repetición inútil y perjudicial.

Por tanto, como hemos visto, buena parte de la doctrina rechaza la vigencia de la vía previa de carácter administrativo en el fenómeno eviccionario. Su componente tuitiva se cifra en asumir su emplazamiento en el litigio para sostener la defensa de la transmisión realizada. Ello excluye reclamaciones previas paralelas, que se superpondrían a la propia tarea que debe asumir en el pleito de la evicción. Luego, su causa de ser se difumina, pues el Estado lo único que investiga en ese incidente previo es si tiene instrumentos para la defensa, lo que ya pertenece a la misma esencia de la citación que recibe[108].

Con todo, existen Sentencias que contemplaron en el pasado la duplicidad, como la de 20 de junio de 1899; y el óbice normativo se mantiene[109], «*salvo los supuestos en que dicho requisito esté exceptuado por una disposición con rango de Ley*» (art. 120.1 *in fine* L.R.J.A.P.)—, por mucho de que acaso la razón dictara diferente actitud, máxime cuando parecen ignorarse los derechos del tercero vindicante y no sólo en el plano procesal, sino en el sustantivo. En efecto, si existe vía previa y el órgano público reconoce su responsabilidad, a él no le atañe, pues ha interpuesto ya la demanda, si bien acaso acabe por un más que posible allanamiento. En hipótesis contraria, sucede lo mismo, pero sin estas expectativas aceleradoras. Luego lo más oportuno sería que aquél personase y debatiera en el juicio eviccionario el problema de la transmisión, que no debe obstaculizarse de alegre manera, sino fuera irritante[110].

[108] Cfr. SERRA, *op.* y *loc. cit.*, p. 301.
[109] Cfr. GARCÍA CANTERO, *op.* y *loc. cit.*, p. 280.
[110] Cfr. MAYNAR, *op.* y *loc. cit.*, p. 69.

LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA ANTE EL URBANISMO

POR

ELENA HERNÁEZ SALGUERO

LETRADA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

La intervención de la jurisdicción contencioso administrativa en el ámbito del urbanismo, obedece a una «llamada» cada vez más numerosa y frecuente por parte de los ciudadanos. Es éste un fenómeno general, que viene produciéndose incesantemente en los últimos años, y que es de fácil observación por los operadores jurídicos, que implica una judicialización de las relaciones entre la Administración y los administrados, judicialización que resulta más evidente en el ámbito de la actividad discrecional de la Administración.

La actividad urbanística de las Administraciones Públicas, se desenvuelve en dos ámbitos principales, que tienen acceso a la jurisdicción contencioso administrativa, de un lado la actividad de planeamiento, que se caracteriza por ser básicamente discrecional y la actividad de policía urbanística, en la que nos referiremos fundamentalmente a las actividades administrativas que permiten la edificación y uso del suelo, que al contrario que la anterior se inserta en un ámbito reglado de actuación, existiendo por lo tanto matices diferentes en su tratamiento por la jurisdicción contencioso administrativa.

1. EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD DE PLANEAMIENTO

No existe un concepto unívoco de planeamiento, de manera que cuando hablamos del mismo, podemos estar haciendo referencia a diversas realidades. Así puede contemplarse desde el punto de vista objetivo o subjetivo, según haga referencia a la actividad de ordenación o al resultado de la misma. Por otra parte, desde el punto de vista de su incidencia física, normalmente cuando nos referimos al planeamiento, solemos estar hablando del planeamiento urbano o municipal, siendo así que el planeamiento puede ser territorial o urbanístico, o si se quiere municipal o supramunicipal.

La actividad de planeamiento se caracteriza por ser discrecional, en cuanto constituye la decisión relativa al diseño, establecimiento de servicios y dotaciones en el ámbito territorial del municipio, todo ello sin perjuicio de que aun dentro de esta actividad discrecional, existen determinados elementos reglados.

La jurisdicción contencioso administrativa resulta el medio principal de control de la actividad discrecional de las Administraciones Públicas, fijando los cauces y límites entre los que debe discurrir aquélla.

El fenómeno antes comentado de la judicialización de las relaciones entre la Administración y los administrados, se complica en los casos en que, como señala Sánchez Morón, este control se extiende de forma inmoderada, puesto que «puede *poner en riesgo el equilibrio constitucional de poderes y desembocar en un enfrentamiento abierto con la Administración*», en respuesta a un «*ímpetu garantista e individualista que ha dominado nuestra doctrina del derecho administrativo desde hace años*». Por lo tanto, para evitar estas situaciones el mismo autor considera que la tutela judicial en estos casos, «*ha de dispensarse precisamente teniendo en cuenta las exigencias del interés general, la necesidad de contar con una Administración eficaz en beneficio de la colectividad, y el equilibrio de poderes constitucionalmente establecido*»[1].

Son varias las técnicas que, en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa, se ofrecen al juzgador para controlar la actividad discrecional de las Administraciones Públicas, como la de la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, la adecuación al fin de la actuación impugnada examen de la desviación de poder, o la consideración de parámetros de razonabilidad y racionalidad, o de proporcionalidad así como la aplicación del principio del error manifiesto en la apreciación de los hechos.

[1] Sánchez Morón. El control de las Administraciones Públicas y sus problemas. Ed. Espasa Calpe 1991.

La racionalidad como parámetro de la legalidad de la actuación administrativa se articula, como mecanismo para el enjuiciamiento de la actividad de planeamiento, a través de otras técnicas tales como el examen de la coherencia interna lógica de la resolución impugnada, y la existencia y suficiencia de motivos en el acto sometido a examen, estando esta técnica ampliamente recogida en la jurisprudencia. «*La discrecionalidad no supone una permisividad para actuar en contra de las más elementales reglas de la racionalidad y el buen sentido, sino que está limitada por ellas*» (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1998).

La aplicación de los criterios de coherencia se reconocen asimismo en los pronunciamientos de los órganos judiciales, así lo reconoce la Sentencia de 8 de octubre de 1990, «*Así las cosas, la realidad de los hechos, por un lado, y la coherencia necesaria en el desarrollo de los criterios de planificación, por otro, determinan la conclusión de que la calificación litigiosa no se ajusta a las exigencias de racionalidad en la actuación administrativa, lo que en aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos justifica la anulación de la calificación impugnada que con claro acierto ha pronunciado la sentencia apelada*». En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de 20 de marzo de 1990.

Para aplicar esta última técnica, presenta especial importancia, tratándose del planeamiento urbanístico, la memoria de los Planes, que recoge la motivación de los mismos. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1992, define la memoria como «*la motivación del Plan, esto es la exteriorización de las razones que justifican el modelo territorial elegido y por consecuencia las determinaciones del planeamiento*». Sirve por lo tanto, de fundamento, justificación y explicación de las diversas opciones adoptadas por el planificador (STS 21 de septiembre de 1993). Y ello en base a que la profunda discrecionalidad del planeamiento explica la necesidad fundamental de la Memoria como elemento para evitar la arbitrariedad.

La razonabilidad como técnica de control, resulta especialmente delicada puesto que puede abrir cauces para la sustitución de las decisiones administrativas en virtud de la mera convicción moral del juzgador, de manera subjetiva[2]. Es por ello que la doctrina considere que este parámetro de legalidad debe utilizarse como criterio subsidiario[3].

[2] Fernández, Tomás Ramón ¿debe la Administración actuar racional y razonablemente? REDA núm. 83 año 1994.

[3] Desdentado Daroca, Eva. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Ed. Aranzadi 1999.

La proporcionalidad como técnica de control, implica el análisis de la idoneidad de la medida establecida para el fin propuesto, y la ponderación de las ventajas e inconvenientes de las mismas, lo que en último término supone llevar al extremo el principio consagrado constitucionalmente de la actuación eficaz, y podemos añadir que eficiente, de las Administraciones Públicas, ex artículo 103 de la Constitución Española.

Esta técnica ha resultado aplicada en diversas ocasiones en el ámbito del planeamiento urbanístico. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1987, RJ 1987, 2034, permite, aplicando la técnica del control de la discrecionalidad administrativa de la proporcionalidad, el mantenimiento de una estación transformadora en una zona verde, hasta tanto se construya una nueva estación en otra ubicación, indicando en su fundamento de derecho segundo que «***El contenido de las potestades administrativas no es limitado. Su actuación, regida siempre por el principio de la proporcionalidad*** *—art. 6.º del Reglamento de Servicios y hoy art. 84,2 de la Ley de Bases del Régimen Local de 2 de abril de 1985—,* ***ha de contemplar los distintos intereses en juego, en cuanto tengan relevancia bastante para merecer una protección jurídica***».

También la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de diciembre de 2003, RJCA 753, aplica como parámetro de legalidad la proporcionalidad al indicar en relación con la instalación de una antena de telefonía móvil, «..., *con carácter excepcional, en conexión con los principios de buena fe y equidad, el principio de proporcionalidad es también aplicable en los supuestos en los que aun existiendo en principio un único medio éste resulta claramente inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado. Y al igual que sucede con otro tipo de infraestructuras asumidas, obligadas y necesarias para la configuración del suelo urbano, la utilización del espacio destinado al dominio público radioeléctrico debe ser asumida como obligada y necesaria; y sucede en el supuesto de autos que la permisión municipal cuenta con el beneplácito técnico y no existiendo informes que contradigan la inoportunidad de su emplazamiento es por lo que en aplicación de aquel principio antes aludido no puede ser atendido este motivo de impugnación*».

Menores dificultades ofrece el control de los elementos reglados del planeamiento urbanístico, singularmente lo relativo al procedimiento de aprobación de los distintos instrumentos de planeamiento, así como las cuestiones atinentes a los elementos estructurantes de los planes así como las previsiones de estándares mínimos en materia de cesiones, zonas verdes o número de viviendas protegidas. Puesto que se trata de realizar el usual juicio de adecuación del acto o disposición de que se trate con la normativa aplicable, sin perjuicio de que al

hallarnos ante una materia eminentemente técnica resulta preciso en la mayoría de los casos acudir a pruebas específicas, singularmente la prueba pericial, sin que ello signifique en modo alguno que ello legitime a acudir en esta vía a técnicas de control de actos discrecionales.

2. CONTROL DE LA ACTIVIDAD DE EDIFICACIÓN Y USO DEL SUELO

La realización de actos de edificación y uso del suelo, requiere de la intervención administrativa, otorgando las correspondientes licencias, cuyas condiciones de otorgamiento son regladas, por tanto, en este punto, el enjuiciamiento de la legalidad de las propias licencias o de los actos de edificación y uso del suelo que se realicen al amparo de las mismas, implica el examen de la adecuación de tales actos a la normativa aplicable o bien a la propia licencia, ejerciendo la actividad de enjuiciamiento típica del juzgador.

Esto no obstante, cabe también aplicar técnicas propias del enjuiciamiento de los actos discrecionales, al examen de la legalidad de los actos de edificación y uso del suelo, singularmente la técnica de la proporcionalidad. El principio de proporcionalidad tiene su fundamento general en la importancia del «fin» como elemento del acto administrativo, consagrado en el artículo 106.1 de la Constitución, y en el artículo 70.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998).

Así las potestades administrativas deben en su ejercicio armonizar y ser adecuadas a los fines que las fundamentan. Los arts. 84.2 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local (7/1985) y 6º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales hacen referencia al principio de proporcionalidad al establecer que la actividad de intervención municipal se debe ajustar, en todo caso, a los principios de igualdad de trato, congruencia con los motivos y fines justificativos y respecto a la libertad individual.

Cuando de lo que se trata, como sucede en las licencias urbanísticas, es de proyectar un control preventivo sobre actos de uso del suelo de los particulares, el principio de proporcionalidad es aplicable con carácter general en aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables.

Pero, con carácter excepcional, en conexión con los principios de buena fe y equidad, el principio de proporcionalidad es también aplicable en los supuestos en los que, aun existiendo en principio un único medio, éste resulta claramente inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado.

Y así, el carácter reglado de la licencia urbanística no es obstáculo para que la Jurisprudencia haya admitido como viable licenciar obras o usos (temporales o en precario) que no se ajusten al plan (supuesto que concurre precisamente en el caso litigioso, en que la finca de la actora se halla fuera de ordenación), mediante la posibilidad de introducir en la licencia «condictiones iuris», que sin embargo no aparecían en la petición formulada por el administrado, y así, para evitar su denegación, la procedencia de declarar su derecho al otorgamiento de una licencia provisional (fruto de la actuación de una potestad reglada) aceptando precisamente las condiciones previstas en el art. 136 del TRLS de 1992 y el art. 17 de la Ley 6/1998, de 13 de abri. Se trata aquí de una manifestación del principio de proporcionalidad en un sentido eminente temporal: si a la vista del ritmo de ejecución del planeamiento, una obra o uso provisional no va a dificultar dicha ejecución, no sería proporcionado impedirlo, siempre sin derecho a indemnización cuando ya no sea posible su continuación. Las licencias provisionales tienen por tanto como fundamento el no impedir obras o usos que resultan inocuos para el interés público. Se evitan así limitaciones injustificadas al ejercicio de los derechos.

3. ESPECIALIDADES DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE URBANISMO

La jurisdicción contencioso-administrativa, como cauce para el control jurisdiccional de los actos de las Administraciones Públicas, presenta una serie de características específicas cuando el acto o disposición impugnada es de carácter urbanístico y, concretamente, para ceñirnos al objeto del presente artículo, cuando se trata de manifestaciones de la actividad de planeamiento o de la edificación y uso del suelo.

3.1. Legitimación activa y acción pública en materia urbanística

Una primera especialidad nos la encontramos en torno a la legitimación en estos recursos contencioso-administrativos. El artículo 304 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, vigente en esta materia, recogiendo las previsiones del artículo 235 de la Ley del Suelo de 1976, reconoce la legitimación pública o la acción pública para el ejercicio de acciones en materia de urbanismo, cuando señala que *«será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los tribunales contencioso administrativos la observancia de la legislación urbanística y de los planes, programas, proyectos, normas y ordenanzas»*, lo que abarca tanto la impugnación de los diferentes instrumentos de ordenación, como la de los actos de aplicación de tales instrumentos, singularmente las licencias.

La acción pública, tiene carácter independiente de la existencia de un derecho subjetivo o interés legítimo en el accionante.

Esta acción pública implica una serie de consecuencias que han sido tratadas por la doctrina y la jurisprudencia[4], y que en síntesis son las siguientes:

— La acción pública en materia de urbanismo legitima a cualquier persona natural o jurídica o de base corporativa para la impugnación del planeamiento, como se desprende de las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1974, RJ 2290; 11 de julio de 1984, RJ 4668; o de 22 de abril de 1988, RJ 3188.

«La Sala no tiene por qué entrar en estas consideraciones y le basta con constatar el hecho de que el recurso se ha interpuesto cumpliendo todos los requisitos exigidos por la Ley de la Jurisdicción y al amparo de lo establecido en el artículo 235 de la Ley del Suelo que establece que «será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación urbanística y de los Planes, Programas, Normas y Ordenanzas»; Artículo que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha interpretado con absoluta amplitud permitiendo la ***interposición del recurso por cualquier persona que cumpla los requisitos generales de legitimación y postulación sin requerir ninguna condición especial ni tan siquiera la de vecindad en el municipio en el que se ejercita la acción;*** *así sentencias, entre las recientes,de 24 de Mayo y 7 de Junio de 1980»*

— La acción pública permite que la impugnación de un acto concreto de aplicación tenga incidencia sobre el planeamiento urbanístico al permitirse la adopción de medidas para la efectiva observación de la legislación urbanística. Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1995, RJ 8559.

«(...) en materia de urbanismo no se requiere ser titular de un derecho o tener un interés directo para ejercitar acciones basadas en normas urbanísticas, porque el artículo 235 la reconoce a todos. Y aún más, esa legitimación se reconoce a todas

[4] Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998. Varios autores. Ed. Aranzadi Pág. 276

las personas no sólo para solicitar la anulación de los actos urbanísticos de la Administración, sino, en general, para «exigir ante los Órganos Administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación urbanística», lo cual es un concepto mucho más amplio que el de la pura anulación de los actos impugnados».

— Este título de legitimación debe ser interpretado restrictivamente, y en todo caso bajo el principio de buena fe. Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1980, RJ 244; 4 de marzo de 1992, RJ 3223.

«La primera cuestión que se suscita en esta litis es si la acción que ejercita la parte actora y que le concede el art. 235 de la Ley del Suelo, constituye en el presente caso un manifiesto abuso de derecho, al entender la parte codemandada que la acción entablada no persigue la reparación del ordenamiento urbanístico infringido por la construcción de una obra ilegal, sino exclusivamente la causación de un daño al codemandado sin que de él derive un beneficio para el accionante; y sustentando dicha tesis en el hecho de haberse dirigido el procedimiento sólo en su contra, no obstante existir otras construcciones también ilegales y hallarse en idénticas circunstancias que las del codemandado. Sobre este particular es de tener en cuenta que la más reciente jurisprudencia, **a la luz del principio de buena fe, ha señalado que el art. 235 de la Ley del Suelo no puede amparar el ejercicio abusivo del propio derecho, y que se produce cuando de la acción emprendida sólo se sigue daño para un tercero no imprescindible para el beneficio de la comunidad, que es el fundamento mismo de la acción pública»**

— El carácter público de la acción se extiende a las cuestiones de fondo que afectan a la legalidad del planeamiento o del acto de trascendencia urbanística de que se trate, sin que puedan invocarse cuestiones formales como causa de nulidad de tales instrumentos. Así lo ha reconocido la jurisprudencia en numerosas ocasiones, singularmente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Madrid núm. 1394/2002, RJCA753, cuando señala que «*Esta Sección ya ha sostenido reiteradamente que dado el carácter instrumental de la norma alegada resulta extremadamente dudoso que el ejercicio de la acción pública en materia de urbanismo permita anular una licencia por razones procedimentales dado que la finalidad de dicha acción pública es la preservación del ordenamiento urbanístico y no el procedimental, más aún cuando como hemos visto la finalidad de la norma es proteger al solicitante y en este sentido ha de ser interpretada*».

3.2. Impugnación directa e indirecta de los Planes ante la jurisdicción contencioso-administrativa

La actividad de planeamiento tiene una clara y directa incidencia sobre el derecho de propiedad, transformando la propiedad privada propia del liberalismo en lo que se ha denominado propiedad estatutaria, y es precisamente por Ley que debe desarrollarse el estatuto de la propiedad urbana en virtud del principio de reserva de Ley establecido en el artículo 53.1 de la CE. Es por tanto la Ley Estatal en materia de Suelo y Valoraciones y las distintas leyes de las Comunidades Autónomas las que en cumplimiento de este mandato constitucional, regulan la propiedad desde el punto de vista de su ordenación urbanística.

Sin embargo, las previsiones de tales leyes precisan de una concreción en cada municipio, que se verifica a través de los diferentes instrumentos de planeamiento municipal, singularmente del Plan General de Ordenación Urbana. De esta forma el planeamiento participa de la naturaleza normativa o reguladora de la Ley, pero de forma derivada, como instrumento de colaboración y concreción de la misma, bajo la consideración de disposición de carácter general o reglamentaria.

La consideración de los planes de ordenación como disposiciones de carácter general es pacíficamente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia[5].

Así, los argumentos que avalan esta consideración son: las determinaciones de los planes reúnen las notas de generalidad y abstracción, y como hemos señalado completan a la Ley en su regulación del Estatuto de la propiedad privada, los planes no se agotan con su cumplimiento como ocurriría si se tratara de actos administrativos sino que tienen una vigencia indefinida en el tiempo, y es posible, como luego veremos, impugnarlos indirectamente ante la jurisdicción contencioso administrativa[6].

Ahora bien, no todo el contenido de los Planes de ordenación tiene naturaleza de disposición de carácter general, como las memorias de

[5] STS 8 de mayo de 1968, Ar. 2.548; 26 de enero de 1970, Ar. 229; 4 de noviembre de 1972, Ar. 4.692; y 27 de marzo de 1991, Ar. 2.226, entre otras. El Consejo de Estado ha asumido también esta doctrina (dictamen 39.095 de 11 de julio de 1975.)

[6] García de Enterría E. y Parejo Alfonso. L. Lecciones de derecho urbanístico. Civitas 1981 Pág. 184.

los planes o los planos informativos[7], por lo que algunos autores han preferido considerarlos como actos de naturaleza mixta o compleja que junto con elementos típicamente normativos, recogen otros de carácter técnico.

La concepción de la naturaleza jurídica de los planes tiene una enorme trascendencia en el ámbito procesal, por lo que resulta necesario deslindar cuales son los aspectos procesales a tener en cuenta derivados de la categorización de los distintos elementos de los planes de ordenación, como normas o como actos jurídicos e incluso como documentación complementaria.

Los instrumentos de planeamiento son susceptibles de acceder a la jurisdicción contencioso administrativa, mediante su impugnación directa o indirecta, al igual que ocurre con el resto de disposiciones generales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 25.1 y 26 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 107.3 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Siguiendo a González Pérez, «La técnica del recurso indirecto se ha admitido, partiendo de la configuración de los planes de ordenación urbana como normas, para verificar la legalidad de éstos. Precisamente por esta configuración de los mismos como disposición general se considera que la no impugnación directa por quien está legitimado para ello no supone su consentimiento...»[8].

Ahora bien, como antes hemos indicado, existen determinados elementos de los diferentes instrumentos de planeamiento, que carecen de naturaleza normativa, no obstante lo cual la jurisprudencia ha venido admitiendo la posibilidad de impugnación indirecta de la totalidad de un plan de ordenación, cuando la causa de la ilegalidad del acto de aplicación de los planes se funda en un elemento normativo del plan, pero no en aquellos casos en que se trate de elementos no normativos del plan, en que no cabe tal impugnación indirecta.

Otra cuestión a destacar en relación con la impugnación indirecta de los planes de ordenación, es que no cabe la misma por motivos formales (STS 17 de noviembre de 1993, RJ 8220, o de 11 de mayo de 1993, RJ 3612, entre otras.)

El régimen de impugnación directa de las disposiciones de carácter general contiene una serie de previsiones que pueden resultar de especial utilidad cuando se trata de impugnar Planes de Ordenación, y ello es así, dado que cualquier medida que pueda suponer mayor celeridad en el enjuiciamiento de los mismos puede evitar que se con-

[7] Muñoz Machado. S El planeamiento Urbanístico .Tratado de derecho municipal Varios Autores. Civitas 1988. Pág. 1743

[8] Comentarios a la Ley del Suelo

soliden situaciones de ilegalidad de muy difícil reparación en el caso de prosperar un recurso contencioso administrativo.

Así, el artículo 66 de la LJCA atribuye el carácter de preferente en su tramitación y conclusión a los recursos interpuestos contra las disposiciones de carácter general y por ende a los Planes de Ordenación. Por otro lado, el recurso directo puede iniciarse mediante demanda, sin necesidad del trámite previo del escrito de interposición, incluso sin necesidad de solicitar el previo envío del expediente administrativo, según lo dispuesto en los artículos 45.5 y 48.5 de la LJCA. Ahora bien, esta posibilidad sólo es aplicable en el caso de que no existan terceros interesados, planteándose la duda de si en la práctica esta medida sería operativa en el ámbito del derecho urbanístico, donde rige el principio de acción pública, de acuerdo con el artículo 304 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, vigente en esta materia.

En teoría podría darse un supuesto en el que el planeamiento afecte única y exclusivamente a un sujeto, por ejemplo el establecimiento de las condiciones de ordenación de un determinado ámbito, o sector perteneciente a un solo titular, sin embargo, cualquiera en principio podría estar legitimado para interponer el recurso contencioso administrativo contra el instrumento de planeamiento en concreto. Ello a nuestro juicio no significa que la posibilidad prevista en el artículo 45. 5 de la LJCA quede vedada en todo caso cuando se trata de la impugnación de instrumentos de planeamiento, puesto que no existe una identificación entre interés legítimo y legitimación para interponer un recurso contencioso administrativo. Efectivamente la legitimación activa en el recurso contencioso administrativo puede venir dada, bien por que se ostente un derecho subjetivo o interés legítimo en relación con el acto o disposición impugnada, o bien en el ejercicio de una acción pública. Así, la acción pública del antiguo artículo 235 de la Ley del Suelo de 1976 y actual artículo 304 de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana constituye un título formal sin necesidad de ostentar un derecho subjetivo o interés legítimo alguno, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1985.

3.3. Competencias para conocer de los recursos que se interpongan contra los instrumentos de planeamiento

Siguiendo la misma consideración de los planes urbanísticos como disposiciones de carácter general, el enjuiciamiento de los mismos viene atribuido a las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, ex artículo 11. 1 b) de la LJCA, mientras que a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo en

materia urbanística les corresponde el conocimiento de los procesos relativos a la actividad de los Ayuntamientos, que son a la postre la Administración actuante en materia urbanística por excelencia, salvo las impugnaciones de cualquier clase de instrumento de planeamiento, de acuerdo con el artículo 8.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en redacción dada por la disposición adicional 14.2 de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Podrían plantearse dudas, respecto de la competencia de los Juzgados de lo contencioso administrativo, en los supuestos en que el objeto del recurso contencioso administrativo sea directamente una licencia de edificación, por ejemplo en los términos del artículo 8. 1 b), o bien un acto de disciplina urbanística, e indirectamente un instrumento de planeamiento. Sin embargo, en este punto, entendemos que la competencia debe residenciarse en el órgano competente para conocer del proceso interpuesto contra el acto de aplicación del planeamiento impugnado indirectamente, puesto que en realidad la acción no se dirige contra el plan, sino antes bien, la determinación judicial de la validez o nulidad de dicho plan, es un presupuesto o un requisito para decidir la suerte jurídica de su acto de aplicación, siendo así que en realidad cuando se ejercita una acción indirecta contra un instrumento de planeamiento, y la misma prospera, la sentencia estimatoria que se dicte no tiene efectos erga omnes, sino solo en relación con el demandante del proceso concreto en que se hizo valer tal acción, sin que el plan desaparezca del mundo jurídico, de manera que la nulidad del mismo solo opera como presupuesto para, en su caso, poder declarar la nulidad del acto que trae causa de aquél.

En este sentido puede citarse el Auto del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1999, que señala que «*Por consiguiente al tratarse de una impugnación indirecta de una disposición con ocasión de recurrirse un acto en su aplicación, la competencia debe ser deferida al Juzgado que ha elevado la exposición razonada con devolución de las actuaciones enviadas, todo ello sin perjuicio de la competencia de este Tribunal Supremo para conocer de la cuestión de ilegalidad a que hace referencia el artículo 123 y siguientes de la Ley de esta Jurisdicción si, en su caso, se plantease.*»

3.4. Medidas Cautelares

En este punto debe partirse de la consideración de que los actos y disposiciones emanados de las Administraciones Públicas gozan en el sistema administrativo español de lo que se ha denominado el privilegio de ejecutividad y ejecutoriedad , privilegios que por otra parte

han sido declarados tanto por el Tribunal Supremo, como por el Tribunal Constitucional, como es sabido, perfectamente admisibles en el Estado de Derecho consagrado por la Constitución, en aras de la eficacia a que debe estar orientada la actuación de la Administración , ex artículo 103 del mismo Texto Legal .

Así se puede traer a colación lo establecido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1988, cuando señala que «*La última doctrina, tanto del Tribunal Constitucional -Sentencia de 7 de julio de 1987- como del Tribunal Supremo -Sentencia de 16 de marzo de 1987-, tras analizar la jurisprudencia anterior, ha llegado a la conclusión de que ni la suspensión provisional, ni la ejecución de las sanciones disciplinarias vulneran el artículo 24 de la Constitución, ya que el principio de ejecutividad de los actos administrativos, no ha desaparecido sino que se contiene dentro del principio de eficacia del artículo 103 de la Constitución porque salvaguarda los intereses generales, que son bienes constitucionalmente protegidos y que la tutela judicial efectiva del artículo 24, no impone en tal caso la suspensión de la ejecutividad, sino que se garantiza permitiendo el control judicial de la medida, puesto que no cabe en la contraposición del interés público y del privado acentuar uno más que el otro, de modo que salvo que la Ley elimine la ejecutividad, tal carácter de los actos[9] administrativos no ha desaparecido en un Estado democrático, que de lo contrario no podría dar cumplimiento a su facultad promotora de la realidad en su actuación según el artículo 9.2 de la Constitución.*»

Sin embargo sometidos a enjuiciamiento los actos de las Administraciones Públicas, con carácter general resulta preciso la existencia de mecanismos que permitan evitar la consolidación da actos que pudieran ser contrarios al Ordenamiento Jurídico, y es en este ámbito donde entran en juego las medidas cautelares previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En palabras de Martín Retortillo «la suspensión es una institución excepcional y transitoria que paraliza el obrar de la Administración Pública, evitando que lleve a vía de hecho la resolución sometida a revisión ante la jurisdicción contencioso administrativa»

3.4.1. Medidas Cautelares en relación con los Planes urbanísticos y su naturaleza de disposición de carácter general

Los artículos 129 y ss de la LJCA, no establecen un elenco de medidas que puedan ser adoptadas para asegurar el objeto del proceso. La medida más usual en los recursos contencioso administrativos que se

[9] MARTIN RETORTILLO GONZÁLEZ Suspensión de los actos administrativos por los Tribunales de lo contencioso Madrid. 1963

interponen en materia urbanística sigue siendo la de la suspensión de la ejecutividad del acto recurrido, cabiendo sin embargo otra serie de medidas como, la anotación preventiva, que ya está prevista con carácter específico en el artículo 307.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, vigente en esta materia, al señalar que será inscribible en el Registro de la Propiedad la interposición de recurso contencioso-administrativo, que pretenda la anulación de instrumentos de planeamiento, previa la constitución de la correspondiente caución y oído el titular registral de la finca o fincas afectadas, en el caso de ser diferente del recurrente, como resulta de los artículos 67 a 72 del Real Decreto 1093/1997.

— **La suspensión como medida cautelar:** El carácter de reglamento de los planes urbanísticos tiene indudable trascendencia práctica en el momento de su impugnación cuando se trata de solicitar medidas cautelares, singularmente su suspensión. En este punto la doctrina ha sido muy restrictiva a la hora de entender permisible la adopción de medidas cautelares en relación con el planeamiento.

En particular, por lo que se refiere a los planes de ordenación urbana y otros instrumentos urbanísticos, el Auto **de la Sección 5ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1995** (Ar. 3816) declara, en su fundamento jurídico tercero, que «el *interés público preeminente que aparece encarnado en la ejecución de un planeamiento general urbano exige que ésta se lleve a cabo en razón a las necesidades que se tratan de satisfacer con la correcta y adecuada aplicación de las previsiones urbanísticas, de tal modo que sólo una muy acreditada constancia de perjuicios de imposible o muy elevada consideración podrían justificar la medida de la suspensión ejecutiva del plan, lo que, desde luego, no acontece en estas actuaciones donde la parte apelante se ha limitado a exponer una serie de presuntas o posibles infracciones del ordenamiento vigente, cuyo enjuiciamiento y examen no procede efectuar en esta pieza, al constituir la cuestión de fondo del recurso, pero sin concretar, precisar ni cuantificar la entidad de los aludidos perjuicios*». La prevalencia del interés público sobre el interés particular en relación con la solicitud de suspensión en la impugnación de los planes de urbanismo, salvo casos extraordinarios, es también reconocida por los Autos de la misma Sala de 4 de septiembre y 6 de octubre de 1992 (Ar. 6957 y 7580), 4 de enero, 13 de julio y 13 de octubre de 1993 (Ar. 35, 5574 y 7359) y 10 de octubre de 1995 (Ar. 7509).

Es especialmente ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1999, RJ 3629: «*Al amparo del artículo 95.1.4º LJCA opone la parte recurrente que la Sala de instancia ha infringido los artículos 24 de la Constitución y 122 LJCA, tanto por la interpretación que efectúa de los requisitos necesarios para obtener la tutela cautelar como por la inadecuada ponderación de los distintos intereses en conflicto en orden a resolver sobre la suspensión solicitada. Se alega que la interpretación que la Sala de instancia hace del artículo 122 LJCA echa por tierra toda posibilidad de obtener la suspensión de la ejecutividad de los planes urbanísticos; sin embargo el Tribunal «a quo» en este punto no ha hecho sino recoger la doctrina jurisprudencial que declara, no la imposibilidad, pero sí la especial dificultad de acordar la suspensión provisional de los instrumentos normativos de planeamiento, que deriva de la prevalencia del interés público en su ejecución, dado el carácter de generalidad de sus determinaciones y la amplitud de sus efectos, frente a los posibles perjuicios que se pudieran irrogar, susceptibles siempre de reparación económica. Respecto al criterio del «fumus boni iuris», la Sala lo aplica correctamente teniendo en cuenta que no es una regla independiente para obtener la tutela cautelar sino una pauta de interpretación del artículo 122.1 LJCA, lo que supone, como declara dicha Sala, por un lado que en el momento de acordar la suspensión no debe anticiparse el juicio que corresponde hacer en la sentencia, y que sólo pueden tenerse en consideración elementos que dada su claridad y evidencia autoricen la adopción de la medida solicitada y, por otro, que únicamente cabe acordar la suspensión cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil*».

Resume la jurisprudencia existente en materia de adopción de la medida cautelar de suspensión en relación con el planeamiento urbanístico, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2000 , RJ 1940 al señalar en su fundamento de derecho segundo que :

«*Examinando dichos alegatos en un orden lógico deben recordarse las dos circunstancias a ponderar al decidir sobre la suspensión de la ejecución de un acto administrativo impugnado jurisdiccionalmente. Según la jurisprudencia de esta Sala son: de una parte, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión con mayor o menor amplitud según el grado en que ese interés se encuentre en juego; de otra, conforme al art. 122.2 de la LJCA, la posibilidad de que la ejecución ocasione daños o perjuicios de reparación imposible o difícil. Cuando se*

trata de la suspensión de planes de urbanismo se ha puesto énfasis en la primera de estas circunstancias, declarando que la suspensión de la ejecución del planeamiento incide sobre una disposición de carácter general, en la que el interés público se presenta más acentuado que en los actos administrativos, y que esta circunstancia condiciona la suspensión, supeditándola a la producción de unos daños o perjuicios, no sólo imposibles o difíciles de reparar sino de una entidad superior o al menos igual a los que acarrearían a la comunidad las dilaciones en ejecutar (Autos de 10 noviembre 1992 y de 15 de abril de 1993 y sentencia de 11 junio de 1996). Así lo ha apreciado correctamente la Sala de Granada en el caso, subrayando, además, que no existe «periculum in mora», ya que no se aprecia una inminencia en la ejecución de lo que disponen las Normas Subsidiarias impugnadas. Decae por lo expuesto el motivo tercero del recurso.»

— **Anotación preventiva de demanda como medida cautelar:** Son posibles otra serie de medidas cautelares, como la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, tanto de la incoación del recurso contencioso administrativo, como de la demanda, tal y como resulta de los artículos 67 y 70 respectivamente del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que aprueba las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística. Así en el artículo 67 del mencionado Real Decreto se establece que *«El que promoviere recurso contencioso-administrativo contra los actos de la Administración Pública que tengan por objeto la aprobación definitiva de los planes de ordenación, de sus instrumentos de ejecución o de licencias, podrá solicitar, con el escrito de interposición o después, si existiere justificación suficiente, que se tome anotación preventiva sobre fincas concretas y determinadas que resulten afectadas por el acto impugnado, ofreciendo indemnización por los perjuicios que pudieran seguirse en caso de ser desestimado el recurso, de tal forma que la falta de la caución que, en su caso, exija el Tribunal para evitar daños al titular de la finca o derecho anotado, impedirá la práctica de la anotación»*, añadiendo el artículo 70 que La demanda interpuesta en el procedimiento será también anotable en los términos previstos en los artículos anteriores.

En cuanto al carácter de la adopción de este tipo de medidas cautelares, es ilustrativo al respecto el auto de 22 de mayo de 1998, que recoge la jurisprudencia que ha venido aplicando tales medidas enjuiciando al caso concreto la concurrencia de

los presupuestos legales exigidos para ello, sin que en modo alguno pueda apreciarse automatismo alguno en la adopción de tales medidas. Así como muestra podemos citar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 31 mayo, RJCA 1064, que indica que *«(...) a la luz de los artículos 129 y 130 de nuestra Ley Jurisdiccional y en lo que ahora importa, de lo que se trata es de atender debidamente a la tan reiterada invocación al conflicto de intereses que se suscita. De una parte, los tendentes a asegurar la efectividad de la sentencia que en su momento deba recaer, impidiendo que se pierda la finalidad legítima del recurso o, si se prefiere, evitando la posible producción de daños y perjuicios de imposible o difícil reparación, a través de la ejecución del acto impugnado, y, de otra parte, salvando el daño a los intereses públicos y siempre que se pueda seguir perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que pudieran derivarse de la ejecución del acto impugnado.*

Y todo ello con inexcusable referencia al supuesto concreto que se haya traído a enjuiciamiento jurisdiccional, con sus características y circunstancias, que será lo verdaderamente decisivo y determinante, al punto que la inagotable variedad de supuestos en liza dando lugar a una extremada casuística bien se puede comprender que las más de las veces va a desvirtuar todas las sencillas y simples argumentaciones tendentes a demostrar o, en su caso, hacer valer categorías o reglas válidas y aplicables a cualquier supuesto o a alguna clase de ellos.»

3.4.2. En relación con los actos de edificación y uso del suelo

En el caso de los actos de edificación y uso del suelo, realizados en contra de lo previsto en el planeamiento urbanístico, con o sin licencia, la adopción de medidas de disciplina urbanística recurridas en vía contenciosa administrativa exige, a fin de evitar males mayores, la adopción de cuantas medidas de aseguramiento sean precisas para evitar, a pesar del resultado final del proceso, una consolidación de una situación material contraria al ordenamiento jurídico cuya corrección implicaría un coste no solo económico, sino incluso social o medioambiental.

De manera que la tónica en este supuesto es la contraria que en el caso de la actividad de planeamiento, siendo la jurisprudencia proclive al establecimiento de todo tipo de medidas de aseguramiento para evitar la consolidación e ilegalidades urbanísticas.

Son diversos los casos que pueden plantearse en torno a esta cuestión, puesto que podemos encontrarnos ante actos de edificación sin

licencia o con licencias contrarias a derecho, en cuyo caso los Tribunales de Justicia son claramente proclives a la suspensión de las obras de edificación, o desde el punto de vista contrario a la no suspensión de los actos administrativos de requerimiento para el cese de las obras. En este tipo de supuestos cabe una excepción, derivada, por otro lado de la pura lógica y es que no resulta procedente suspender lo ya ejecutado. Así en el supuesto de que se impugnase, por ejemplo una licencia de edificación, y la construcción resultante de la misma se hubiese culminado no cabría proceder a la suspensión del acto administrativo de concesión de licencia. Ahora bien, de esta regla general hay que discriminar los efectos jurídicos ulteriores a la ejecución del acto de que se trate. Por poner un ejemplo, en el supuesto de que se impugnase la concesión de una licencia de construcción y el inmueble en concreto estuviera terminado, sería posible y además lógico solicitar la suspensión de tal licencia para evitar otros efectos jurídicos de la misma, como el otorgamiento de la ulterior licencia de primera ocupación o de actividad.

Por último cabe el supuesto de que, solicitada una licencia, la concesión de la misma sea denegada, en cuyo caso el acto administrativo impugnado tiene carácter negativo, resultando aplicable la doctrina en virtud de la cual, los actos administrativos de contenido negativo no son susceptibles de suspensión, por cuanto que el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa postula como única medida cautelar posible la no ejecución del acto administrativo. Son dos las razones principales aducidas por el Tribunal Supremo en relación con esta cuestión : primero que no se puede predicar la existencia de perjuicios de imposible o difícil reparación en estos casos y porque el contenido negativo de tales actos no permite una resolución judicial, que equivaldría al otorgamiento por uno órgano judicial, en este caso de las licencias urbanísticas correspondientes, constituyendo un claro caso de invasión de la esfera de competencias de las Administraciones Públicas[10].

Es exponente de esta doctrina el auto del Tribunal Constitucional núm. 144/1990, de 29 marzo, cuando previene que *«cuando el acto en cuestión no es simplemente impeditivo del ejercicio de una libertad, ni impone obligación alguna, consistiendo sólo en la denegación de un reconocimiento de derechos que del poder público afectado se pretendía obtener.* ***Es evidente que en tales supuestos el otorgamiento de la suspensión solicitada entraña algo más que una simple suspensión de la ejecución, pues no hay ejecución alguna que suspender,***

[10] FRANCISCO GARCÍA GOMEZ DE MERCADO. Alcance actual del control judicial de la actividad de la Administración. Ed. Comares 2001.

e implica de hecho un otorgamiento, siquiera sea provisional, del amparo que se pretende, con lo que la medida cautelar se transformaría, *como ya dijimos en nuestro ATC 811/1985,* ***en una estimación anticipada, aunque no definitiva, de la pretensión de fondo.»***

3.5. La prueba en los procesos sobre materia urbanística

La prueba en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa se regula por remisión, de acuerdo con lo establecido en los preceptos reguladores de aquélla, en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En una materia tan técnica como es la del urbanismo y en la que la participación de las Administraciones Públicas es evidente, cobran relevancia dos tipos de pruebas, la documental pública, y la prueba pericial.

La prueba documental pública, suele estar preconstituida, en tanto en cuanto forman parte de la misma todos los documentos contenidos en el expediente administrativo, que normalmente comprenderá toda la documentación relativa al acto impugnado. En cuanto a la apreciación de la misma, se trata de la prueba de apreciación tasada por excelencia, de manera que el juzgador debe tener por probados los hechos consignados en los correspondientes documentos públicos, en aplicación de lo establecido en el artículo 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La prueba pericial en la práctica se convierte en el principal elemento de juicio con que cuenta el juzgador para determinar la adecuación del instrumento urbanístico de que se trate o la actividad de edificación y uso del suelo, con la norma o con la licencia que le da cobertura, hasta tal punto que en ocasiones se observa cómo la decisión judicial se apoya e incluso sigue, paso por paso, el contenido del dictamen pericial, a pesar de tratarse de una prueba sometida al criterio de libre apreciación. Sin embargo el informe pericial debe ser valorado en su justa medida, devolviéndole el carácter de prueba técnica, y no jurídica, que le asigna la Ley de Enjuiciamiento Civil, correspondiendo a los operadores jurídicos mediar en esta tarea en la práctica diaria ante los Tribunales de Justicia.

Respecto del valor de la prueba pericial, no reciben el mismo tratamiento por razones obvias entre el dictamen pericial aportado por una de las partes en el proceso, y el dictamen pericial obtenido por el sistema de insaculación de peritos.

Así, no pueden tener el mismo valor a efectos probatorios los dos tipos de pericia, por tanto, la carga de la prueba de no adecuación a Derecho de la actividad de la Administración, que incumbe al deman-

dante, no se desvirtúa con informes técnicos de parte, extraprocesales, emitidos a instancia de parte interesada, aportados al proceso sin las garantías procesales de contradicción, por lo que no tiene el carácter de prueba pericial, sino en su caso testifical (STS de 21 de octubre de 1981,Ar 3.830, 26 de junio de 1993, y de 3 de mayo de 1994, Ar. 4107). Como indica entre otras muchas, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de diciembre de 1992, «*Se trata de meros informes de parte, emitidos sin las precisas garantías de contradicción*».

3.6. Efectos de las Sentencias estimatorias que se dictan en la jurisdicción contencioso administrativa

Como es bien sabido la sentencia es la resolución judicial que constituye normalmente el acto de finalización del proceso, mediante la cual el tribunal, de forma motivada, en aplicación del ordenamiento jurídico decide satisfacer o no las pretensiones de las partes[11]. El contenido de la misma puede ser de inadmisión, estimación o desestimación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 68 de la LJCA. Habida cuenta de la incidencia física que el planeamiento cuando se ejecuta tiene en el territorio, plantean especiales problemas las sentencias estimatorias cuando declaran la nulidad de un instrumento de planeamiento. Efectivamente, puede ocurrir que, dado que el criterio general es el de no suspensión de los instrumentos de planeamiento impugnados ante la jurisdicción contencioso administrativa, cuando se dicte sentencia y esta sea firme, se haya producido la transformación física de los terrenos sobre los que operaba el planeamiento anulado. Se produce así una contraposición entre el principio en virtud del cual es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Juzgados y Tribunales (art. 118 de la CE, art. 17 de la LOPJ y artículo 103.2 y 3 de la LJCA), y la realidad física sobre la que las mismas deben operar.

A ello debemos sumar que en el caso de que se trate de una impugnación directa de instrumentos de planeamiento, como disposiciones de carácter general que son, los efectos de la sentencia serán erga omnes.

Se puede producir una imposibilidad material o legal de ejecución de la sentencia, prevista en el artículo 105 de la LJCA, que determina, de ser posible, la restitución pecuniaria equivalente. Pero es que en el caso del urbanismo en muchas ocasiones no se puede ponderar ni

[11] Gonzalez- Cuellar Serrano. Curso de derecho procesal Administrativo Ed. Tirant Lo Blanch 1994, Pág. 244.

establecer tal equivalente, por ejemplo cuando no se ha previsto el estándar de zonas verdes establecido en la Ley, y se ha ejecutado y construido un sector. ¿Cómo se ejecuta en este caso en que se ha anulado dicho sector, que ya está construido, cuando no existe un perjuicio que valorar económicamente?

El Auto del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1991, RJ 6335, señala que la imposibilidad de ejecución material de las sentencias, debe entenderse en el sentido más restrictivo y estricto, y en términos de imposibilidad absoluta; esto es, absoluta imposibilidad física o clara imposibilidad jurídica de cumplir el fallo. Pues bien, partiendo de esta premisa, corresponde al juez, a través del procedimiento establecido en la LJCA, determinar en qué casos se produce tal imposibilidad material de ejecución, y lo que es más importante, el modo en que debe entenderse cumplida la sentencia.

No se establecen límites en la ley para que el juzgador determine las fórmulas de cumplimiento sustitutivo, que permite cierto grado de discrecionalidad en el juez, como se desprende del Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 13 junio 1988 ,RJ 1988\4375 : «*los Tribunales no pueden amparar ejecuciones sustitutorias, por equivalentes y aun mejores que puedan parecer estas últimas, pues la ejecución se ha de hacer en los términos de la sentencia,* ***sin margen alguno de discrecionalidad judicial, salvo el caso de imposibilidad material o legal****, que es cuando puede abrirse paso a la prestación sustitutoria*» por lo que habrá que estar al caso concreto en esta materia.

Otro efecto a tener en cuenta de las Sentencias estimatorias en el recurso contencioso administrativo en materia de urbanismo es el de su eventual incidencia en el ámbito registral en el caso de haberse practicado anotación preventiva de demanda o de interposición del recurso contencioso administrativo. En concreto en el artículo 71 del Real Decreto 1093/1997, se establecen tales efectos indicando que:

«*La sentencia firme que ponga fin al procedimiento contencioso-administrativo en el que se hubiera ordenado la anotación preventiva producirá los siguientes efectos:*

1. *Será título bastante para practicar los asientos dispuestos en ella.*
2. *Cuando de la sentencia resulte la creación, modificación o extinción del dominio o de algún derecho real inscribible, se practicarán los asientos pertinentes en la forma establecida por el artículo 198 del Reglamento Hipotecario. Dicho artículo será de aplicación también respecto de la cancelación de asientos contradictorios practicados en virtud de títulos de fecha anterior a la*

anotación preventiva, cuando la titularidad de los derechos proceda de actos sujetos al control de los Juzgados y Tribunales contencioso-administrativos, en cuyo caso, a efectos de la cancelación de los asientos originados por los títulos a que se refiere este artículo, se resolverá en este orden jurisdiccional lo que proceda en trámite de ejecución de sentencia, previa citación de los titulares de los derechos afectos por la posible cancelación.

3. Cuando de la sentencia no resulte la creación, modificación o extinción del dominio o de algún derecho real, o la modificación de la descripción de las fincas sobre las que se hubiese practicado, la propia sentencia será título bastante para la cancelación de la anotación.»

Otra cuestión a tener en cuenta en relación con las Sentencias que se dictan en materia de urbanismo, es la de la posibilidad de que el Tribunal sentenciador, no solo se limite a dictar sentencia anulando todo o parte de un instrumento de planeamiento, sino que fije o establezca determinados elementos del propio plan. Es evidente, puesto que esta no es su función que el tribunal no puede sustituir íntegramente la actividad de la Administración planificadora, pero también es cierto que la jurisprudencia ha venido admitiendo, y ninguna consideración práctica o lógica se opone a ello, que en determinados casos en que no cabe decisión ulterior alguna discrecional, el propio Tribunal determine el contenido que debe darse a ciertos aspectos del plan.

En concreto entendemos que esta posibilidad se ha admitido respecto de la clasificación y calificación de ámbitos determinados de suelo, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

La Sentencia de 21 de septiembre de 1993, del Tribunal Supremo, RJ 6623 considera que en el progresivo desarrollo del planeamiento determina una reducción del nivel de discrecionalidad en la toma de decisiones en materia de urbanismo, al establecer en su Fundamento de Derecho tercero-«*Más concretamente ha de señalarse que, como reiteradamente declara el Tribunal Supremo, de la «racionalidad en la actuación administrativa» deriva una necesidad de «coherencia en el desarrollo de los criterios de planificación» -S. 8-10-1990 (RJ 1990\7842)- y puesto que ha de presumirse que las reglas generales del plan «obedecen a un designio racional... apartarse de él supone una incoherencia» si tal desviación «no aparece respaldada por una justificación suficiente» -S. 20-3-1990 (RJ 1990\2246)-.*

Y esta coherencia del Plan, exigencia racional imprescindible salvo causa justificada, implica una importante reducción de la discrecionalidad, discrecionalidad esta profunda en el momento inicial de la redacción y atenuada a medida que se va produciendo su concreto desarrollo.

En efecto, sobre la base de una observación de la realidad y de una reflexión en la que atendiendo a ciertos «objetivos» se contemplan y «analizan» las «distintas alternativas posibles» ha de producirse la «elección» de un determinado modelo territorial que además ha de «justificarse»; éste es el momento de máxima discrecionalidad pues son posibles varias —incluso muchas— soluciones jurídicamente indiferentes. Pero después, una vez elegido el modelo y fijados los «criterios de la ordenación» propuesta, con las líneas generales del planeamiento se va atenuando la discrecionalidad como consecuencia de la propia decisión —«elección»— del planificador: las concretas calificaciones del suelo han de resultar coherentes con la decisión inicial, de donde deriva que el amplio abanico primario de posibles calificaciones se va reduciendo, siendo posible que incluso desaparezca la discrecionalidad cuando ya sólo resulte viable una única solución que se imponga por razones de coherencia —así, SS. 2-4-1991), 15-3-1993, etc.—.

Es claro pues que la propia dinámica de la redacción del planeamiento lleva consigo una reducción progresiva de su característica discrecionalidad.»

Consecuentemente eliminada la discrecionalidad imperante en el planeamiento urbanístico, por mor del mecanismo señalado, la actividad de los órganos jurisdiccionales no tiene por qué diferir de la actividad de enjuiciamiento de otros actos administrativos, teniendo en cuenta que en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa el juez siempre está obligado a resolver conforme a derecho.

Por su parte la sentencia de 2 de abril de 1991 RJ 3287 admite explícitamente en su fundamento de derecho la posibilidad de que determinados elementos del planeamiento sean sustituidos por el órgano jurisdiccional, en sede de enjuiciamiento: »***TERCERO.-*** *Aún será de añadir que el criterio jurisprudencial en materia de calificaciones urbanísticas es el de que aun procediendo su anulación en sede jurisdiccional, no siempre resulta viable que los Tribunales formulen una nueva calificación:*

A) Si son posibles varias soluciones, todas ellas lícitas y razonables, únicamente la Administración actuando su potestad discrecional de planeamiento podrá decidir al respecto.

B) Por el contrario, los Tribunales habrán de señalar la nueva calificación si las líneas del planeamiento conducen a una solución que se impone ya por razones de coherencia *—así, sentencias de 22 de septiembre y 15 de diciembre de 1986—. Así lo reclama el principio de efectividad de la tutela judicial —art. 24.1 de la Constitución—.»*

LA EXTINCIÓN DE LA DEUDA TRIBUTARIA. REGULACIÓN EN LA NUEVA LEY GENERAL TRIBUTARIA

POR

ROSA GALAPERO FLORES

PROFESORA TITULAR (EU) DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO DE LA UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA. DOCTORA EN DERECHO

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL PAGO. 3. APLAZAMIENTO Y FRACCIONAMIENTO DEL PAGO. 4. PRESCRIPCIÓN. 5. OTRAS FORMAS DE EXTINCIÓN DE LA DEUDA TRIBUTARIA.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley General Tributaria se ha reformado en el año 2003, en virtud de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre; después de muchos años de vigencia de la Ley General que se promulgó en 1963, que fue objeto de modificaciones en distintos momentos a lo largo de estos años, principalmente las que sucedieron en 1985 y 1995; esto no significa que la LGT de 1963 tenga que ser criticada en sentido negativo, sino que después de tanto años necesitaba una reforma en su totalidad y no un parcheo constante mediante reformas parciales. Era una ley anterior a la Constitución Española la que estaba regulando uno de los aspectos más importantes de una sociedad, cual es la regulación de los tributos.

La reforma era necesaria; y ha sido finalmente aprobada la LGT tras una labor de reflexión y estudio, que se concreta en los informes de dos Comisiones de estudio integradas por profesionales de reconocida competencia en la materia, pertenecientes a la Administración y a la Universidad. Esta necesidad se debía a tres circunstancias: el paso del tiempo, la dispersión de las normas y la seguridad jurídica del ciudadano con la Hacienda Pública[1].

[1] Vid. al respecto, FERREIRO LAPATZA, J. J.: **La nueva Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre)**, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 8.

La reciente Ley General Tributaria no puede ser calificada como de totalmente novedosa con respecto a su precedente normativo de 1963[2], por lo que en líneas generales puede ser considerada continuista con la estructura de la LGT de 1963. No obstante, sí innova en algunos aspectos, como es el caso de la regulación de las relaciones entre la Administración Tributaria y los obligados tributarios. Se trata la LGT (2003) de una norma con vocación codificadora; en este sentido CALVO ORTEGA[3] ha escrito: «*Esto no quiere decir que sosiegue la producción normativa cada vez más intensa y que obligue a una normación más pausada. La codificación ordena lo que hay en la vida jurídica y permite, por el conceptualismo y sistematización citado, una economía legislativa importante. Pero la garantía de una producción futura integrada y medida depende, en última instancia, del legislador y su prudencia*».

En cuanto al objeto de este trabajo, los modos de extinción de la deuda tributaria, es uno de los aspectos más importantes que se desarrollan dentro del procedimiento de recaudación de los tributos, que es como, por todos es sabido, un procedimiento que es objeto de constantes reformas normativas; se trata de un aspecto relevante tanto a efectos teóricos como prácticos.

En este trabajo pretendo llevar a cabo la exposición de una panorámica general sobre los modos de extinción de la obligación tributaria.

Como bien ha señalado CALVO ORTEGA[4]: «*Las causas de extinción de la obligación tributaria no difieren esencialmente de las propias de las obligaciones civiles. Sólo pueden considerarse peculiares aquellas normas que están basadas en la naturaleza pública de la Administración, en su carácter de sujeto privilegiado o en la seguridad jurídica del sujeto pasivo. Salvo esto, las figuras extintivas son las propias del Derecho de Obligaciones e incluso podría afirmarse que se ha producido en las sucesivas reformas tributarias una normalización y «privatización» en el contenido de las mismas*».

La norma que introduce esta materia en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, es el artículo 59: «*Las deudas tributarias podrán extinguirse por pago, prescripción, compensación o condonación, por los medios previstos en la normativa aduanera y por los demás medios previstos en las leyes*».

[2] Sobre esta norma CAZORLA PRIETO, L. Mª ha escrito: «La Ley de 28 de diciembre de 1963 fue vulnerable y ubérrima para la configuración en todas sus vertientes del sistema tributario español. Resistió con gallardía y lozanía impredecibles la llegada de la Constitución de 1978, se agrietó pero no derrumbó con la puesta en pie de la organización autonómica del Estado, el vendaval de la masificación propia de la Hacienda contemporánea y su sistema tributario no logró tumbarla aunque arranco y secó más de una rama de sus ramas más frondosas; como resultado, la de 1963 era una de las últimas leyes preconstitucionales en pie a pesar de tanto cambio». **Comentarios a la Nueva Ley General Tributaria** (Coord.: Huesca Boadilla, R.), Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 64.

[3] **La Nueva Ley General Tributaria (Dir.: Calvo Ortega, R.)**, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 12.

[4] **Curso de Derecho Financiero. I. Derecho Tributario. Parte general**, 8ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 223.

Este precepto supone una novedad con respecto a su precedente normativo en la LGT de 1963, que no contenía una disposición similar a este; señala que las deudas tributarias podrán extinguirse por pago, prescripción, compensación o condonación, por los medios previstos en la normativa aduanera y por los demás medios previstos en las Leyes. Estableciendo en su apartado 2 que el pago, la compensación, la deducción sobre transferencias o la condonación de la deuda tributaria tiene efectos liberatorios exclusivamente por el importe pagado, compensado, deducido o condonado. En el apartado 2 del artículo 59 se establecen los efectos liberatorios de determinadas causas de extinción, se incluye como otro supuesto no regulado en el apartado 1, la deducción sobre transferencias.

Como bien ha puesto de manifiesto GONZALEZ SÁNCHEZ[5], este precepto trata de precisar las formas de extinción, pero deja una puerta abierta que se deducen de la expresión «... *y por los demás medios previstos en las leyes*», y, por otro lado, la LGT (2003) indica en el artículo 7.2 el carácter supletorio de las disposiciones generales del Derecho Administrativo y los preceptos de Derecho común.

Ahora bien, a pesar de que compartimos la idea que expone este autor, lo hacemos de forma relativa, consideramos que la relación de formas de extinción que establece el artículo citado es cerrada, en la expresión a que nos hemos referido, entendemos que la LGT se refiere a los demás medios previstos en las leyes pero que se adapten a estas formas de extinción previstas de forma general.

El artículo 59 es una norma que anuncia lo que se va a regular posteriormente de manera precisa para cada una de las formas de extinción. Establece las causas más frecuentes de extinción de las obligaciones y admite la existencia de otras reguladas en la legislación específica[6].

Queda fuera de los preceptos que regulan las formas de extinción de la deuda tributaria, todo lo relativo a la extinción de las sanciones tributarias, cuyo régimen se encuentra en el Título IV de la LGT.

[5] «*Capítulo VIII.- La extinción de la obligación tributaria*», en la obra colectiva **La Nueva Ley General Tributaria (Dir.: Calvo Ortega, R.)**, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 652.

[6] Véase en el mismo sentido, MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, J. I., «La extinción de la deuda tributaria: Análisis especial de la compensación», en la obra colectiva **Estudios sobre la nueva Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre). Homenaje a D. Pedro Luis Serrera Contreras. (Dir.: A. Martínez Lafuente)**, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004, pág. 434.

2. EL PAGO

Los artículos 60 a 65 LGT regulan el pago, incorporándose el contenido de algunos artículos del Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación.

En estos preceptos se establecen los siguientes aspectos respecto al pago: forma, momento, plazo, imputación, consignación y aplazamiento y fraccionamiento del pago.

FERREIRO LAPATZA[7] lo ha definido de la siguiente forma: *«El pago —en todo o en parte (pagos a cuenta, p. ej.) de las cantidades debidas como tributo y de las obligaciones pecuniarias accesorias (intereses, recargos) que pueden acompañarles, es decir, el pago de la «deuda tributaria» ha de ser definido, así, como la realización del programa diseñado por el legislador al establecer y regular cada una de estas obligaciones; como la realización de la prestación (la entrega de una cantidad de dinero) que constituye el objeto de la obligación».*

Establecido el pago como un medio de extinción de la deuda tributaria, el artículo 60 LGT indica las *formas de pago*, en los siguientes términos:

«1. El pago de la deuda tributaria se efectuará en efectivo. Podrá efectuarse mediante efectos timbrados cuando así se disponga reglamentariamente.

El pago de las deudas en efectivo podrá efectuarse por los medios y en la forma que se determinen reglamentariamente.

La normativa tributaria regulará los requisitos y condiciones para que el pago pueda efectuarse utilizando técnicas y medios electrónicos, informáticos o telemáticos.

2. Podrá admitirse el pago en especie de la deuda tributaria en período voluntario o ejecutivo cuando una Ley lo disponga expresamente y en los términos y condiciones que se prevean reglamentariamente».

De este precepto extraemos las siguientes indicaciones:

— La forma normal de pago de la deuda tributaria se realiza en efectivo. Este medio de ingreso es el que se aplica a falta de disposición expresa (art. 23.2 RGR). Los medios de pago en efectivo, regulados en el artículo 24 del RGR son: el dinero de curso legal; el cheque y cualesquiera otros que se autoricen por el Ministerio de Hacienda. Se desarrolla este medio de pago en los artículos 25 a 27 del RGR. Estableciendo el artículo 26 del RGR que todas las deudas que hayan de satisfacerse en efectivo podrán pagarse en dinero de curso legal cualesquiera que sean el órgano de recaudación competente, el período de recaudación y la cuantía de la deuda.

En cuanto a la entrega de cheque conformado como medio de extinción de la deuda tributaria, CASANA MERINO[8] ha precisado que este medio sólo produce la extinción de la deuda tributaria cuando haya sido realizado. Pudiendo deberse la falta de pago a los siguientes hechos: *«1º Que el cheque no haya sido válidamente conformado, o certificado. 2º Que el librado no haya atendido su obligación de retener a disposición del librado los fondos necesarios para atender el pago. 3º Que en el momento de presentar el cheque al cobro no existan fondos disponibles al haber transcurrido el plazo durante el cual el Banco ha de mantener el bloqueo de los mismos. La inexistencia de conformidad válida en el cheque, aparte las consecuencias de orden penal que pudiera generar, supone la utilización de un medio de pago al que la LGT no atribuye efectos liberatorios. La obligación tributaria subsiste, y será exigible al deudor en vía de apremio».*

— También se admite como forma de pago el empleo de efectos timbrados cuando se disponga reglamentariamente, lo que implica que es necesaria una regulación específica[9]. Esta forma de pago junto al pago en efectivo son las formas tradicionales en nuestro Derecho. Los principales supuestos recogidos en nuestra legislación donde se permite el pago mediante efectos timbrados se encuentran en la Ley 8/1988, de 13 de abril, de tasas y Precios Públicos; Ley 25/1988, de 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y de reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público, y en el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

— Y por último, la norma prevé el pago en especie como forma de extinción de la deuda tributaria. Pero, en este supuesto, es la ley la que determina este tipo de pago, sin perjuicio del desarrollo reglamentario. El RGR desarrolla el pago en especie en los artículos 23 y siguientes.

[7] **La nueva Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre)**, ob. cit., pág. 166.

[8] «El pago de la deuda tributaria mediante cheque conformado (Comentario a la STS 10 mayo 1993)», **Jurisprudencia Tributaria Aranzadi**, Tomo I, Parte Estudio, 1994, pág. 1337.

[9] Véase GONZALEZ SÁNCHEZ, M.: «Capítulo VIII.- La extinción de la obligación tributaria», en la obra colectiva **La Nueva Ley General Tributaria (Dir.: Calvo Ortega, R.)**, ob. cit., pág. 656.

El artículo 73 de la Ley 16/1985, de 25 de junio (modificada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden social), establece que los tributos pueden pagarse mediante la entrega de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español, en los términos y condiciones previstos reglamentariamente.

Por tanto, aunque el mismo precepto admite el pago en especie esta forma de pago es excepcional o extraordinaria. En este sentido, el TEAC en resolución de 28 de mayo de 1999 (Reclamación económico-administrativa núm. 6217/1997) (JT 1999, 1383)[10]:

«Dice el TEAC que la LGT (RCL 1963, 2490 y NDL 15243) establece como principio general el pago en efectivo o con efectos timbrados y que «desde el punto de vista tributario es evidente que cualquier otra forma de pago es excepcional y requiere una norma especial, particularmente para el pago en especie». Hablando con propiedad no puede afirmarse que el habitualmente llamado «pago en especie» sea una forma de pago. Se trata, más bien, de un subrogado del pago, de un medio de extinción de la obligación tributaria que sustituye al verdadero pago o cumplimiento, el cual sólo tiene lugar cuando se entrega la cantidad de dinero en que ha sido cifrada la cuota o la deuda tributaria. En este sentido, la «datio pro soluto» es un medio de extinción tan especial «o tan ordinario, según como quiera mirarse» como los demás sistemas de extinción de la obligación previstos por la LGT (prescripción, compensación, condonación). El hecho de que no se prevea en la LGT, sólo lo convierte en excepcional si el ámbito de lo genérico lo situamos en la totalidad del sistema tributario. En el marco del IRPF o en el de los otros tributos en los que está admitida la dación en pago de bienes culturales (Impuesto sobre el Patrimonio, Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones e Impuesto sobre Sociedades), esta forma de extinción es tan normal y ordinaria como puede serlo la prescripción, la compensación o la condonación. No perdamos de vista que la generalidad o especialidad son conceptos relativos que dependen del nivel de la escala donde se sitúe el género y la especie. Esto quiere decir que la dación en pago es un mecanismo excepcional de extinción de deudas desde el punto de vista del conjunto del sistema tributario y, por tanto, no se podrá extender su aplicación a otros tributos distintos de aquellos para los que está expresamente previsto. En el seno del IRPF, la dación en pago mantiene con el cumplimiento ordinario (pago en efectivo) la misma relación de especialidad que los otros medios de extinción de la deuda y por ello no caben, en este contexto, más apriorismos sobre el resultado de la interpretación de la norma (interpretación restrictiva)

[10] **Jurisprudencia Tributaria Aranzadi**, Vol. III, 1999, Parte presentación págs. 1296.

que los que serían aplicables a los restantes instrumentos de extinción de la deuda tributaria. En el ámbito del IRPF, la dación en pago no es más especial ni excepcional que la prescripción».

Siguiendo con el estudio del pago en especie, este tipo de pago es admitido en la Leyes reguladoras del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones e Impuesto sobre Sociedades para extinguir las deudas tributarias, referidas a bienes que hayan sido declarados de interés cultural o formen parte del Patrimonio Histórico Español y que estén inscritos en el Registro General de Bienes de Interés Cultural o incluidos en el Inventario General, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

Admitido en este precepto el pago en efectivo como la forma normal de pago, no se concreta, como ha puesto de relieve GONZALEZ SÁNCHEZ[11], los medios a través de los cuales debe canalizarse el pago en efectivo, para quien esto presenta una ventaja y un inconveniente. Señala el autor citado[12]: *«La ventaja es que existe un mayor dinamismo por cuanto pueden utilizar sin esperar al lento procedimiento parlamentario. El inconveniente no estaría tanto en la utilización de la forma reglamentaria para concretar tales medios, cuanto en que en varios supuestos puede existir eficiencia (facilidad, rapidez, utilidad inmediata, etc.), pero no tanta eficacia (seguridad, justificación, etc.)».* Puede darse la posibilidad de que en determinados supuestos, las oficinas recaudadoras de la Administración obliguen al contribuyente a hacer efectiva la deuda tributaria en dinero en metálico, no siendo posible el pago a través de entidades de crédito, dándose esta circunstancia cuando estamos ante recaudación en entes autonómicos y locales, principalmente.

No obstante, a pesar de que la LGT no establece esta forma de pago en efectivo, hemos de reflejar lo que al respecto ha escrito CALVO ORTEGA[13]: *«El medio de pago normal es en efectivo, que podrá realizarse en dinero de curso legal sin limitación alguna y cualesquiera que sean las circunstancias del pago mismo. El pago realizado mediante cheque está sujeto a determinados requisitos (ser nominativo a favor*

[11] «Capítulo VIII.- La extinción de la obligación tributaria», en la obra colectiva **La Nueva Ley General Tributaria (Dir.: Calvo Ortega, R.)**, ob. it., pág. 655.

[12] GONZALEZ SÁNCHEZ, M.: «Capítulo VIII.- La extinción de la obligación tributaria», en la obra colectiva **La Nueva Ley General Tributaria (Dir.: Calvo Ortega, R.)**, ob. cit., pág. 655.

[13] **Curso de Derecho Financiero. I. Derecho Tributario. Parte general**, ob. cit., pág. 223.

del Tesoro Público y cruzado al Banco de España y conformado en el caso de ingreso en las Cajas Aduaneras). Su entrega libera al deudor cuando se ha hecho efectivo. En este caso, según el artículo 27 RGR, «surtirá efecto desde la fecha en que haya tenido entrada en la Caja correspondiente». Hay que entender que el perjuicio del cheque se regirá por lo dispuesto en la legislación mercantil aplicable».

Este precepto también establece la posibilidad de hacer efectivo el pago, de la forma establecida, esto es, en efectivo o en especie, a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos o telemáticos. El artículo 96 de la LGT insta a la Administración a promover la utilización de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos para el desarrollo de su actividad y, en cuanto sea compatible con los medios técnicos de que disponga la Administración, los ciudadanos podrán relacionarse con ella para ejercer y cumplir sus obligaciones.

El artículo 61 regula el *momento* en que surten efecto los medios de pago, entendiéndose realizado el ingreso y satisfecha la prestación, en los siguientes términos:

«1. Se entiende pagada en efectivo una deuda tributaria cuando se haya realizado el ingreso de su importe en las cajas de los órganos competentes, oficinas recaudadoras o entidades autorizadas para su admisión.

2. En caso de empleo de efectos timbrados se entenderá pagada la deuda tributaria cuando aquéllos se utilicen en la forma que reglamentariamente se determine.

3. El pago en especie extinguirá la deuda tributaria en el momento señalado en las normas que lo regulen».

Para completar este precepto hay que hacer referencia al artículo 25 RGR donde se indica que el ingreso en una entidad colaboradora liberará de la deuda desde la fecha del justificante, sin que surtan efecto por sí solas órdenes dadas a la entidad.

El artículo 28 RGR enumera los efectos timbrados, que son documentos en los que se encuentra impreso un dibujo, señal o anagrama especial y el valor correspondiente, remitiéndose a la normativa reguladora de los tributos que los admiten, en concreto la normativa reguladora del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados y el Texto Refundido de Tasas Fiscales.

Respecto al pago en especie, exponemos las siguientes reflexiones[14]: estamos ante una dación en pago; para realizar el pago no sirve la entrega de cualquier bien o derecho, solo está previsto que tenga efectos liberadores la entrega de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español, de acuerdo con lo previsto en artículo 73 de la Ley 16/1985.

[14] Tomadas de MARTÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C.; TEJERIZO LOPEZ, J. M.; CASADO OLLERO, G., **Curso de Derecho Financiero y Tributario**, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 415.

Volviendo al contenido del artículo 61, la deuda se entiende pagada cuando se produce el ingreso en los lugares señalados; poniéndose fin, de esta forma, a los problemas que surgían cuando se abonaba por el contribuyente la deuda en las entidades bancarias pero estas lo ingresaban a favor de la Administración fuera de plazo[15]. No obstante, hay que destacar, como lo hace MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA[16], *«que si se realiza el pago en entidades que carezcan de autorización, el pago realizado fuera de plazo no libera, en ningún caso, al deudor y, el realizado dentro de plazo, producirá las consecuencias propias del pago realizado por tercero —conforme a lo dispuesto en el artículo 18 RGR—.»*

El artículo 62 establece los *plazos* para el pago de la siguiente forma:

«1. Las deudas tributarias resultantes de una autoliquidación deberán pagarse en los plazos que establezca la normativa de cada tributo.

2. En el caso de deudas tributarias resultantes de liquidaciones practicadas por la Administración, el pago en período voluntario deberá hacerse en los siguientes plazos:

a) Si la notificación de la liquidación se realiza entre los días uno y 15 de cada mes, desde la fecha de recepción de la notificación hasta el día 20 del mes posterior o, si éste no fuera hábil, hasta el inmediato hábil siguiente.

b) Si la notificación de la liquidación se realiza entre los días 16 y último de cada mes, desde la fecha de recepción de la notificación hasta el día cinco del segundo mes posterior o, si éste no fuera hábil, hasta el inmediato hábil siguiente.

3. El pago en período voluntario de las deudas de notificación colectiva y periódica que no tengan establecido otro plazo en sus normas reguladoras deberá efectuarse en el período comprendido entre el día uno de septiembre y el 20 de noviembre o, si éste no fuera hábil, hasta el inmediato hábil siguiente.

[15] Véase al respecto, MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, J. I., «La extinción de la deuda tributaria: Análisis especial de la compensación»; ob. cit., pág. 436.

[16] MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, J. I., «La extinción de la deuda tributaria: Análisis especial de la compensación»; ob. cit., pág. 436.

La Administración tributaria competente podrá modificar el plazo señalado en el párrafo anterior siempre que dicho plazo no sea inferior a dos meses.

4. Las deudas que deban abonarse mediante efectos timbrados se pagarán en el momento de la realización del hecho imponible, si no se dispone otro plazo en su normativa específica.

5. Una vez iniciado el período ejecutivo y notificada la providencia de apremio, el pago de la deuda tributaria deberá efectuarse en los siguientes plazos:

a) Si la notificación de la providencia se realiza entre los días uno y 15 de cada mes, desde la fecha de recepción de la notificación hasta el día 20 de dicho mes o, si éste no fuera hábil, hasta el inmediato hábil siguiente.

b) Si la notificación de la providencia se realiza entre los días 16 y último de cada mes, desde la fecha de recepción de la notificación hasta el día cinco del mes siguiente o, si éste no fuera hábil, hasta el inmediato hábil siguiente.

6. Las deudas tributarias aduaneras y fiscales derivadas de operaciones de comercio exterior deberán pagarse en el plazo establecido por su propia normativa.

7. En los supuestos en los que la Ley de cada tributo lo establezca, el ingreso de la deuda de un obligado tributario podrá suspenderse total o parcialmente, sin aportación de garantía y a solicitud de éste, si otro obligado presenta una declaración o autoliquidación de la que resulte una cantidad a devolver o una comunicación de datos, con indicación de que el importe de la devolución que pueda ser reconocido se destine a la cancelación de la deuda cuya suspensión se pretende.

El importe de la deuda suspendida no podrá ser superior a la devolución solicitada.

La deuda suspendida quedará total o parcialmente extinguida en el importe que proceda de la devolución reconocida, sin que sean exigibles intereses de demora sobre la deuda cancelada con cargo a la devolución.

8. El ingreso de la deuda de un obligado tributario se suspenderá total o parcialmente, sin aportación de garantías, cuando se compruebe que por la misma operación se ha satisfecho a la misma u otra Administración una deuda tributaria o se ha soportado la repercusión de otro impuesto, siempre que el pago realizado o la repercusión soportada fuera incompatible con la deuda exigida y, además, en este último caso, el sujeto pasivo no tenga derecho a la completa deducción del importe soportado indebidamente.

Reglamentariamente se regulará el procedimiento para la extinción de las deudas tributarias a las que se refiere el párrafo anterior y, en los casos en que se hallen implicadas dos Administraciones tributarias, los mecanismos de compensación entre éstas».

Se aumenta el número de días hábiles para el pago de la deuda, a diferencia de lo que se establecía en los artículos 20 RG y 108 RGR, que quedan derogados.

El apartado 3 eleva a rango legal lo dispuesto en el artículo 87 del RGR, que regula el pago en periodo voluntario de las deudas de notificación colectiva y periódica y, se habilita a la Administración tributaria competente (estatal, local o autonómica) para modificar dicho plazo siempre que no sea inferior a dos meses.

En el apartado 7 de este precepto, se introducen dos novedades respecto a la normativa anterior. Primer supuesto: Cuando la ley de cada tributo lo establezca, el ingreso de la deuda de un obligado tributario podrá suspenderse total o parcialmente, sin aportación de garantía y a solicitud de éste, si otro obligado presenta una declaración o autoliquidación de la que resulte de una cantidad a devolver o una comunicación de datos, con indicación de que el importe de la devolución que pueda ser reconocido se destine a la cancelación de la deuda cuya suspensión se pretende. Para MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA[17], *«no se trata, estrictamente, de un supuesto de cesión de crédito, dado que, ni el acreedor de la devolución frente a la Hacienda Pública asume la posición de cedente, ni la Hacienda Pública tampoco es cesionaria del crédito, esto es, ningún intercambio de prestaciones se produce entre cedente y cesionario, propio del contrato de cesión de crédito configurado como una modalidad de la compra-venta; en realidad, la comunicación que realiza el acreedor de la devolución a la Administración de que se destine su importe al pago de la deuda cuya suspensión se pretende, ha de ser calificado como un caso de promesa unilateral del pago de deuda realizado por tercero —acreedor de la futura devolución—, en definitiva, el verdadero negocio causal se encuentra en las relaciones entre el deudor y acreedor de la Administración. Esta previsión normativa, introduce un precepto general que contempla mecanismos de extinción como el que rige para la compensación de deudas entre cónyuges en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas».*

Segunda novedad: Suspensión del ingreso de las deudas, sin necesidad de aportación de garantías, motivada por el ingreso en otra Administración o por el hecho de haber soportado la repercusión de

[17] En su trabajo, «La extinción de la deuda tributaria: Análisis especial de la compensación», ob. cit., pág. 437.

un tributo incompatible con aquel que ha originado la deuda así suspendida.

El artículo 63 establece la normativa aplicable a la *Imputación de pagos*:

«1. Las deudas tributarias son autónomas. El obligado al pago de varias deudas podrá imputar cada pago a la deuda que libremente determine.

2. El cobro de un débito de vencimiento posterior no extingue el derecho de la Administración tributaria a percibir los anteriores en descubierto.

3. En los casos de ejecución forzosa en que se hubieran acumulado varias deudas tributarias del mismo obligado tributario y no pudieran extinguirse totalmente, la Administración tributaria, salvo lo dispuesto en el apartado siguiente, aplicará el pago a la deuda más antigua. Su antigüedad se determinará de acuerdo con la fecha en que cada una fue exigible.

4. Cuando se hubieran acumulado varias deudas tributarias a favor de una Administración y de otras entidades de derecho público dependientes de la misma, tendrán preferencia para su cobro las primeras, teniendo en consideración lo dispuesto en la sección 5ª de este capítulo».

Este precepto regula la posibilidad de la existencia de pluralidad de deudas de un mismo deudor con la Hacienda Pública o con distintos acreedores públicos. Para determinar los criterios de reparto de las cantidades que el deudor satisface en relación con cada una de las deudas que deba satisfacer, la LGT establece la imputación de pagos realizada por el deudor a las deudas[18]. Distinguiendo entre imputación de pagos en período voluntario o en período ejecutivo.

El artículo 1172 del Código Civil indica: *«el que tuviese varias deudas de una misma especie a favor de un solo acreedor, podrá declarar, al tiempo de hacer el pago, a cuál de ellas debe aplicarse»*.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares 600/2002, de 14 de octubre (JUR 2003/2907) establece: *«Según señala la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de Junio de 1987 (RJ 1987, 4543) la imputación de pagos a que la preceptiva contenida en el párrafo 1º del art. 1172 del Cc. se contrae, como facultad que atribuye al deudor que tuviera más deudas de una misma especie a favor de un solo acreedor,*

[18] Véase DAGO ELORZA, L. «Título II: Capítulo IV (art. 63), en la obra colectiva **Comentarios a la Nueva Ley General Tributaria (Coord.: Huesca Boadilla, R.)**, Thomsosn Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 441.

puede hacerse mediante una declaración de voluntad expresa o tácita del mismo.

Existirá declaración de voluntad tácita cuando el sujeto, aún sin exteriorizar de modo directo su querer mediante la palabra escrita u oral, adopta una determinada conducta que al presuponer el consentimiento por una deducción razonable basada en los usos sociales y del tráfico, ha de ser valorada como expresión de la voluntad interna... De suerte que el consentimiento puede ser tácito cuando del comportamiento de la partes resulta implícita su aquiescencia a una determinada situación (STS 26-5-1986, RJ 1986, 2822)».

El artículo 64 contempla la *consignación del pago* señalando:

«Los obligados tributarios podrán consignar el importe de la deuda tributaria y, en su caso, de las costas reglamentariamente devengadas en la Caja General de Depósitos u órgano equivalente de las restantes Administraciones públicas, o en alguna de sus sucursales, con los efectos liberatorios o suspensivos que las disposiciones reglamentarias determinen».

Al respecto, FERREIRO LAPAZTA[19] ha señalado: *«La consignación surte los efectos del pago cuando el órgano de recaudación competente o entidad autorizada no haya admitido indebidamente el pago ofrecido, o no pueda admitirlo por causa de fuerza mayor»*.

Este precepto debe ser completado con el artículo 47 RGR que admite esta modalidad con efectos plenamente liberatorios cuando el órgano de recaudación competente no admita el pago, indebidamente o por causa de fuerza mayor, surtiendo efectos desde la fecha en que se realice la consignación. Este precepto establece que la consignación procederá cuando se interpongan reclamaciones o recursos, o cuando el órgano de recaudación competente para recibir el pago no lo haya admitido, indebidamente, o no pueda admitirlo por causa de fuerza mayor; en el primer caso, la consignación tendrá efectos suspensivos de la ejecutoriedad y, en el segundo, tendrá efectos liberatorios.

Por último, en este epígrafe voy a referirme a los *sujetos legitimados para el pago y para el cobro*[20]. Sujetos legitimados para el pago son el deudor, esto es, todas las figuras que entren dentro del concepto

[19] **La nueva Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre)**, ob. cit., pág. 172.

[20] Para un mayor desarrollo de este aspecto véase: FERREIRO LAPATZA, J. J., **La nueva Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre)**, ob. cit., págs 166 a 169.

«obligados tributarios», no sólo el contribuyente. Además del representante, que también puede pagar conforme a los artículos 45 a 47. Es posible el pago por tercero, ante la ausencia de regulación de este aspecto por la LGT, se entiende aplicable el artículo 1.158 del Código Civil que establece que «puede hacer el pago cualquier persona, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor».

En cuanto a los sujetos legitimados para el cobro, la Administración es el sujeto legitimado, ahora bien, puede recaudar directamente, a través de sus órganos competentes: o hacerlo a través de personas y entidades que aparezcan expresamente autorizadas para ello. En este sentido, el artículo 61.1 LGT establece que: «se entiende pagada en efectivo la deuda tributaria cuando se haya realizado el ingreso de su importe en las cajas de los órganos competentes, oficinas recaudadoras o entidades autorizadas para su admisión».

3. APLAZAMIENTO Y FRACCIONAMIENTO DEL PAGO

La normativa reguladora del aplazamiento y fraccionamiento del pago en la actualidad, dista de ser la que se contenía en la LGT de 1963 en el momento de su promulgación, donde se establece la existencia de esta institución, pero no se regulan unas mínimas bases para llevarla a cabo, ni los supuestos que la originaban, lo que llevó a considerarla en palabras de LOZANO SERRANO[21] *«como un instrumento abandonado en manos del poder ejecutivo y de la Administración misma»*. El resultado de esta situación de falta de regulación detallada fue la relevancia de la discrecionalidad de la Administración a la hora de conceder el aplazamiento o fraccionamiento del pago de la deuda tributaria.

El artículo 65 LGT regula *el aplazamiento y fraccionamiento* del pago:

«1. Las deudas tributarias que se encuentren en período voluntario o ejecutivo podrán aplazarse o fraccionarse en los términos que se fijen reglamentariamente y previa solicitud del obligado tributario, cuando su situación económico-financiera le impida, de forma transitoria, efectuar el pago en los plazos establecidos.

[21] Véase con más extensión LOZANO SERRANO, C.: **Aplazamiento y fraccionamiento de los ingresos tributarios**. Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria nº 3, Ed. Aranzadi, pág. 17. Véase también las págs. 15 y ss., donde el autor estudia el marco normativo del aplazamiento y fraccionamiento del pago.

2. No podrán ser objeto de aplazamiento o fraccionamiento las deudas tributarias cuya exacción se realice por medio de efectos timbrados.

Tampoco podrán aplazarse o fraccionarse las deudas correspondientes a obligaciones tributarias que deban cumplir el retenedor o el obligado a realizar ingresos a cuenta, salvo en los casos y condiciones previstos en la normativa tributaria.

3. Las deudas aplazadas o fraccionadas deberán garantizarse en los términos previstos en el artículo 82 de esta Ley y en la normativa recaudatoria.

4. Cuando la totalidad de la deuda aplazada o fraccionada se garantice con aval solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o mediante certificado de seguro de caución, el interés de demora exigible será el interés legal que corresponda hasta la fecha de su ingreso.

5. La presentación de una solicitud de aplazamiento o fraccionamiento en período voluntario impedirá el inicio del período ejecutivo, pero no el devengo del interés de demora.

Las solicitudes en período ejecutivo podrán presentarse hasta el momento en que se notifique al obligado el acuerdo de enajenación de los bienes embargados.

La Administración tributaria podrá iniciar o, en su caso, continuar el procedimiento de apremio durante la tramitación del aplazamiento o fraccionamiento. No obstante, deberán suspenderse las actuaciones de enajenación de los bienes embargados hasta la notificación de la resolución denegatoria del aplazamiento o fraccionamiento».

Este precepto debe ser complementado con el artículo 13 de la Ley General Presupuestaria y especialmente la regulación de esta materia se encuentra en los artículos 48 a 57 del RGR. La LGT de 2003 Regula de forma más extensa esta materia que su precedente normativo contenido en la LGT de 1963. Pero sigue tratándose de un procedimiento de pronunciado carácter reglamentario.

Como bien han señalado los autores que cito[22], y a cuyos planteamientos nos remitimos, nos encontramos ante la ausencia de normativa que establezca expresamente los motivos por los que puede solicitarse el aplazamiento. Los artículos 65.1 LGT y 48.1 RGR establecen que podrá aplazarse o fraccionarse el pago de la deuda, a petición de los interesados cuando su situación económico-financiera les impida transitoriamente hacer frente al pago de los tributos en los plazos establecidos. Condicionando la obtención del fraccionamiento o aplazamiento a un doble requisito:

[22] MARTÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C.; TEJERIZO LOPEZ, J. M.; CASADO OLLERO, G., **Curso de Derecho Financiero y Tributario**, ob. cit., pág. 417.

«a) Uno material, que sería el motivo consistente en la existencia de dificultades económico-financieras que impidan transitoriamente hacer frente al débito. Con el término «transitorio», que es clave para la aplicación del instituto, parece que quieren limitarse los supuestos de concesión de los aplazamientos.

b) Otro formal, consistente en la petición expresa del interesado».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) (RJ 2001/5336), establece en su Fundamento Jurídico Tercero que se trata de *«elementos «sine qua non» para la viabilidad del otorgamiento del aplazamiento y fraccionamiento cuestionados, que han de ser, obviamente, aducidos y constatados objetivamente por la parte u obligada tributaria (sic) que solicita la indicada quita o espera en el pago»*. En el mismo sentido, se manifiesta la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 7ª), de 7 de octubre de 2002 (JUR 2003/25285).

Tal y como se deduce de la letra de la ley, y como se ha señalado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 647/2004 (sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 17 de junio (JUR 2004/224708): *«De la normativa reguladora del aplazamiento o fraccionamiento de pago se desprende que se está en presencia de facultades discrecionales de la Administración pensadas para aquellos casos en los que la situación económico-financiera del deudor le impida, transitoriamente, hacer efectivas sus deudas tributarias»*. Distinguiéndose en esta Sentencia entre <dificultades económicas que transitoriamente impidan hacer frente al pago> y <dificultades estructurales que se vienen gestando ejercicios anteriores>. Por tanto, estamos ante unos requisitos establecidos en la legislación que pueden ser calificados como conceptos jurídicos indeterminados, lo que implica mucha discrecionalidad de la Administración a la hora de conceder el aplazamiento y fraccionamiento del pago.

El procedimiento para obtener el aplazamiento o fraccionamiento de la deuda está regulado, aunque no con detalles, en el RGR. Se inicia a petición del interesado, teniendo en cuenta el período en que se encuentra la deuda. Si la deuda se encuentra en período voluntario, la solicitud se puede presentar en cualquier momento, antes de que transcurra dicho período. Si la deuda se encuentra en vía de apremio, la solicitud puede presentarse en cualquier momento anterior a la enajenación de los bienes embargados.

Los elementos que deben presentarse son: los datos de identificación del obligado y de la deuda cuyo aplazamiento o fraccionamiento se pretenda, habrá de expresarse el motivo; el aplazamiento o fraccionamiento que se solicita y las garantías que se ofrecen o, cuando se pida la exención de garantías, la documentación que justifique tal pretensión.

Hay que destacar en relación con el aplazamiento y el fraccionamiento del pago, el régimen de garantías exigibles, estructurado en el régimen general y en los supuestos de exención de garantías.

Las reglas de este régimen las contiene el artículo 82 LGT, que se pueden resumir en los siguientes puntos:

a) Como regla general, la garantía será aval solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o certificado de seguro de caución.
b) Se prevé una excepción a la regla general, ante la imposibilidad de obtener aval bancario o certificado o que su aportación comprometa gravemente la viabilidad de la actividad económica, la Administración puede admitir como garantías: hipoteca, prenda, fianza personal y solidaria u otra que estime suficiente, en la forma que se determine reglamentariamente.
c) El administrado puede solicitar la adopción de medidas cautelares en sustitución de la garantías previstas anteriormente. En este caso, no es aplicable la norma relativa al cese de los efectos de las medidas cautelares prevista en el artículo 81.5 LGT.
d) Es posible la dispensa total o parcial de la constitución de garantías en lo siguientes supuestos:
   — Cuando las deudas tributarias sean de cuantía inferior a la que se fije en la normativa tributaria.
   — Cuando el obligado al pago carezca de bienes suficientes para garantizar la deuda y la ejecución de su patrimonio pudiera afectar sustancialmente al mantenimiento de la capacidad productiva y del nivel de empleo de la actividad económica respectiva, o pudiera producir graves quebrantos para los intereses de la Hacienda Pública.
   — En los casos que establezca la normativa tributaria.

El Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en Sentencia nº 477/2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), (JUR 2004/188528), en cuanto al aval bancario ha señalado: Fundamento Jurídico TERCERO: *«Indica la sociedad demandante que el retraso en la presentación del aval fue debido a circunstancias ajenas a su voluntad, que existía un compromiso por una entidad bancaria de otorgar el aval y que ha ido pagando puntualmente los pagos fijados en el acuerdo de concesión de fraccionamiento. La garantía se aportó antes de que se notifica-*

ra la providencia de apremio, pero, realizó cumplimiento riguroso y puntual de los plazos y, la Administración tributaria aceptó los pagos aplazados mensuales del principal más intereses, creando una confianza legítima en el deudor de mantenimiento del aplazamiento lo que unido a la no comunicación de la cancelación del aplazamiento, determina la actuación irregular la Administración, iniciando la vía de apremio ejecutiva al haber apremiado una deuda que estaba aplazada, al concurrir los requisitos suficientes para prorrogar el plazo de presentación de la garantía.

Contesta el Abogado del Estado que el aplazamiento se encontraba condicionado en su existencia a la presentación del aval que no se presentó antes de los treinta días, que era cuando vencía el plazo de 30 días que establece el artículo 52.7 RGR y cuya aportación, como se ha expuesto y notifico al recurrente, era condición de la eficacia del acuerdo de concesión del aplazamiento, por lo que la consecuencia impuesta por la legalidad ante la falta de aportación de garantía, era el ingreso total de la deuda, debiendo aplicarse la norma en sus propios términos, no procediendo una ampliación procedimental que debe ser interesada por el que lo pretende.

Fundamento Jurídico CUARTO (STSJ Cantabria nº 477/2004): El Art. 52 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por RD 1684/1990, de 20 de diciembre, indica en su apartado 7 que la garantía deberá aportarse en el plazo de 30 días siguientes al de notificación del acuerdo de concesión, que estará condicionado a su presentación. Este plazo podrá ampliarse por el órgano competente para aceptar las garantías, cuando se justifique la existencia de motivos que impidan su formalización en dicho plazo.

Añade el apartado 8 del mismo artículo 52 del RGR que transcurridos estos plazos sin formalizar la garantía, quedará sin efecto el acuerdo de concesión. En tal caso, se exigirá inmediatamente por la vía de apremio la deuda con sus intereses y el recargo de apremio.

De la narración fáctica que antes se ha realizado debemos tener presente que, en este caso, la sociedad demandante si bien había presentado ante la Administración el compromiso expreso e irrevocable de una entidad bancaria de formalizar el aval necesario para el caso de que se concediera el aplazamiento solicitado, conforme requiere el artículo 52.1 RGR, lo cierto es que posteriormente a la concesión del aplazamiento, la sociedad demandante demoró la presentación del aval definitivo más de un mes, que fue el plazo concedido al efecto, y que en todo caso, el aval no fue presentado antes de la notificación de la providencia de apremio, 4/02/02, ya que el documento nº 4 de la demanda (aval bancario) tiene fecha de 27/02/02, haciéndolo como lo reconoce la actora al formular la reclamación económica-administrativa. Tampoco, se peticiono, mediante exposición de circunstancias y demás, tal que presentación de

acreditación de dificultades de cualquier clase, la ampliación o prorroga del plazo, tras el periodo concedido de 30 días, pese a la advertencia que se le había realizado al notificar el Acuerdo del aplazamiento de que este quedaría sin efecto si dejaba de aportarlo sin concurrir la causa de impugnación del procedimiento de apremio prevista en el Art. 99.1.c) del Reglamento invocada por la actora y por lo que debe estimarse por la Sala que se procedió correctamente a la cancelación del aplazamiento y ante el no ingreso de la deuda tributaria al inicio de la vía de apremio con la providencia por el resto de la deuda impagado intereses y recargo del 20% (Art.52.8 del Reglamento de Recaudación)».

4. LA PRESCRIPCIÓN[23]

La LGT contiene una regulación completa y sistematizada de la prescripción, cuyos artículos detallo a continuación.

El artículo 66 LGT[24], regula los distintos supuestos y los plazos de prescripción para esos supuestos:

Prescribirán a los cuatro años los siguientes derechos:

a) El derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación.
b) El derecho de la Administración para exigir el pago de las deudas tributarias liquidadas y autoliquidadas.
c) El derecho a solicitar las devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo, las devoluciones de ingresos indebidos y el reembolso del coste de las garantías.
d) El derecho a obtener las devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo, las devoluciones de ingresos indebidos y el reembolso del coste de las garantías.

El artículo 67 establece el cómputo de los plazos de prescripción:

«1. El plazo de prescripción comenzará a contarse en los distintos casos a los que se refiere el artículo anterior conforme a las siguientes reglas:

[23] Únicamente voy a referirme a los preceptos reguladores de la materia en la LGT, por cuanto en un trabajo como este no se puede realizar un estudio exhaustivo del tema. Y por tanto, nos remitimos a los estudios doctrinales específicos sobre esta materia.

[24] CORONAS GUINART y MAS RAUCHWERK se trata de una relación de supuestos no exhaustiva por cuanto no se contemplan todas las situaciones jurídicas susceptibles de prescripción. «La prescripción tributaria» en la obra colectiva **Estudios sobre la nueva Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre). Homenaje a D. Pedro Luis Serrera Contreras. (Dir.: A. Martínez Lafuente)**, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004, pág. 357.

En el caso a), desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo reglamentario para presentar la correspondiente declaración o autoliquidación.

En el caso b), desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo de pago en período voluntario, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo.

En el caso c), desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo para solicitar la correspondiente devolución derivada de la normativa de cada tributo o, en defecto de plazo, desde el día siguiente a aquel en que dicha devolución pudo solicitarse; desde el día siguiente a aquel en que se realizó el ingreso indebido o desde el día siguiente a la finalización del plazo para presentar la autoliquidación si el ingreso indebido se realizó dentro de dicho plazo; o desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la sentencia o resolución administrativa que declare total o parcialmente improcedente el acto impugnado.

En el supuesto de tributos que graven una misma operación y que sean incompatibles entre sí, el plazo de prescripción para solicitar la devolución del ingreso indebido del tributo improcedente comenzará a contarse desde la resolución del órgano específicamente previsto para dirimir cuál es el tributo procedente.

En el caso d), desde el día siguiente a aquel en que finalicen los plazos establecidos para efectuar las devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo o desde el día siguiente a la fecha de notificación del acuerdo donde se reconozca el derecho a percibir la devolución o el reembolso del coste de las garantías.

2. El plazo de prescripción para exigir la obligación de pago a los responsables solidarios comenzará a contarse desde el día siguiente a la finalización del plazo de pago en período voluntario del deudor principal.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, en el caso de los responsables solidarios previstos en el apartado 2 del artículo 42 de esta Ley, dicho plazo de prescripción se iniciará en el momento en que ocurran los hechos que constituyan el presupuesto de la responsabilidad.

Tratándose de responsables subsidiarios, el plazo de prescripción comenzará a computarse desde la notificación de la última actuación recaudatoria practicada al deudor principal o a cualquiera de los responsables solidarios».

El artículo 68 regula la interrupción de los plazos de prescripción.

«1. El plazo de prescripción del derecho a que se refiere el párrafo a) del artículo 66 de esta Ley se interrumpe:

a) Por cualquier acción de la Administración tributaria, realizada con conocimiento formal del obligado tributario, conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento y liquidación de todos o parte de los elementos de la obligación tributaria.

b) Por la interposición de reclamaciones o recursos de cualquier clase, por las actuaciones realizadas con conocimiento formal del obligado tributario en el curso de dichas reclamaciones o recursos, por la remisión del tanto de culpa a la jurisdicción penal o por la presentación de denuncia ante el Ministerio Fiscal, así como por la recepción de la comunicación de un órgano jurisdiccional en la que se ordene la paralización del procedimiento administrativo en curso.

c) Por cualquier actuación fehaciente del obligado tributario conducente a la liquidación o autoliquidación de la deuda tributaria.

2. El plazo de prescripción del derecho a que se refiere el párrafo b) del artículo 66 de esta Ley se interrumpe:

a) Por cualquier acción de la Administración tributaria, realizada con conocimiento formal del obligado tributario, dirigida de forma efectiva a la recaudación de la deuda tributaria.

b) Por la interposición de reclamaciones o recursos de cualquier clase, por las actuaciones realizadas con conocimiento formal del obligado en el curso de dichas reclamaciones o recursos, por la declaración del concurso del deudor o por el ejercicio de acciones civiles o penales dirigidas al cobro de la deuda tributaria, así como por la recepción de la comunicación de un órgano jurisdiccional en la que se ordene la paralización del procedimiento administrativo en curso.

c) Por cualquier actuación fehaciente del obligado tributario conducente al pago o extinción de la deuda tributaria.

3. El plazo de prescripción del derecho al que se refiere el párrafo c) del artículo 66 de esta Ley se interrumpe:

a) Por cualquier actuación fehaciente del obligado tributario que pretenda la devolución, el reembolso o la rectificación de su autoliquidación.

b) Por la interposición, tramitación o resolución de reclamaciones o recursos de cualquier clase.

4. El plazo de prescripción del derecho al que se refiere el párrafo d) del artículo 66 de esta Ley se interrumpe:

a) Por cualquier acción de la Administración tributaria dirigida a efectuar la devolución o el reembolso.
b) Por cualquier actuación fehaciente del obligado tributario por la que exija el pago de la devolución o el reembolso.
c) Por la interposición, tramitación o resolución de reclamaciones o recursos de cualquier clase.

5. Producida la interrupción, se iniciará de nuevo el cómputo del plazo de prescripción, salvo lo establecido en el apartado siguiente.

6. Cuando el plazo de prescripción se hubiera interrumpido por la interposición del recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por el ejercicio de acciones civiles o penales, por la remisión del tanto de culpa a la jurisdicción competente o la presentación de denuncia ante el Ministerio Fiscal o por la recepción de una comunicación judicial de paralización del procedimiento, el cómputo del plazo de prescripción se iniciará de nuevo cuando la Administración tributaria reciba la notificación de la resolución firme que ponga fin al proceso judicial o que levante la paralización, o cuando se reciba la notificación del Ministerio Fiscal devolviendo el expediente.

Cuando el plazo de prescripción se hubiera interrumpido por la declaración del concurso del deudor, el cómputo del plazo de prescripción se iniciará de nuevo en el momento de aprobación del convenio concursal para las deudas tributarias no sometidas al mismo. Respecto a las deudas tributarias sometidas al convenio concursal, el cómputo del plazo de prescripción se iniciará de nuevo cuando aquéllas resulten exigibles al deudor. Si el convenio no fuera aprobado, el plazo se reiniciará cuando se reciba la resolución judicial firme que señale dicha circunstancia.

Lo dispuesto en este apartado no será aplicable al plazo de prescripción del derecho de la Administración tributaria para exigir el pago cuando no se hubiera acordado la suspensión en vía contencioso-administrativa.

7. Interrumpido el plazo de prescripción para un obligado tributario, dicho efecto se extiende a todos los demás obligados, incluidos los responsables. No obstante, si la obligación es mancomunada y sólo se reclama a uno de los obligados tributarios la parte que le corresponde, el plazo no se interrumpe para los demás.

Si existieran varias deudas liquidadas a cargo de un mismo obligado al pago, la interrupción de la prescripción sólo afectará a la deuda a la que se refiera».

En cuanto a la extensión y efectos de la prescripción el artículo 69 indica:

«1. La prescripción ganada aprovecha por igual a todos los obligados al pago de la deuda tributaria salvo lo dispuesto en el apartado 7 del artículo anterior.

2. La prescripción se aplicará de oficio, incluso en los casos en que se haya pagado la deuda tributaria, sin necesidad de que la invoque o excepcione el obligado tributario.

3. La prescripción ganada extingue la deuda tributaria».

El artículo 70 regula los efectos de la prescripción en relación con las obligaciones formales:

«1. Salvo lo dispuesto en los apartados siguientes, las obligaciones formales vinculadas a otras obligaciones tributarias del propio obligado sólo podrán exigirse mientras no haya expirado el plazo de prescripción del derecho para determinar estas últimas.

2. A efectos del cumplimiento de las obligaciones tributarias de otras personas o entidades, las obligaciones de conservación y suministro de información previstas en los párrafos d), e) y f) del apartado 2 del artículo 29 de esta Ley deberán cumplirse en el plazo previsto en la normativa mercantil o en el plazo de exigencia de sus propias obligaciones formales al que se refiere el apartado anterior, si este último fuese superior.

3. La obligación de justificar la procedencia de los datos que tengan su origen en operaciones realizadas en períodos impositivos prescritos se mantendrá durante el plazo de prescripción del derecho para determinar las deudas tributarias afectadas por la operación correspondiente».

5. OTRAS FORMAS DE EXTINCIÓN DE LA DEUDA TRIBUTARIA

5.1. Compensación

En términos generales, la compensación de créditos es un método de extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente, regulado en los artículos 1195 y siguientes del Código Civil (LEG 1889, 27).

A efectos tributarios, la compensación está regulada en los artículos 71, 72 y 73 de la LGT, donde se establece este modo de extinción de la deuda; y a continuación se determina la compensación a instancia de parte y de oficio. Esta institución está desarrollada en los artículos 63 a 68 RGR, Capítulo II del Título II; dentro de los cuales se encuentra la compensación a instancias del obligado tributario. En concreto, el artículo 67, enumera exhaustivamente los requisitos formales que ha de reunir la petición, uno de los cuales, previsto en el

apartado 2.b) es el relativo a que ha de acompañarse «certificado de la oficina de contabilidad del Departamento, centro u organismo gestor del gasto o del pago, en el que se refleje la existencia del crédito reconocido, pendiente de pago, y la suspensión, a instancia del interesado, de los trámites para su abono, en tanto no se comunique la resolución del procedimiento de compensación».

La regulación de la compensación en la LGT es más completa que la contenida en el artículo 68 de la LGT (1963), cuyo mayor desarrollo se contenía en los artículos 63 a 68 RGR.

Ni la LGT ni el RGR contienen una definición del término compensación; por lo que es aplicable el concepto elaborado, a estos efectos, en el ámbito del Derecho Civil[25]. El Código Civil se refiere a la compensación en el artículo 1156, como una de las formas de extinción de las obligaciones, sin establecer un concepto. Esta definición, que indico a continuación, se extrae de los artículos 1195 y 1202 que disponen: el primero de ellos, que procede la compensación «cuando dos personas por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra», y, el artículo 1202 establece los efectos de la compensación: «extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente». Siendo la definición doctrinal la que recoge CORDERO GONZALEZ[26]: «*modo de extinguir, en la cantidad concurrente, las obligaciones de aquellas personas que, por derecho propio, son recíprocamente deudoras y acreedoras la una de la otra*».

A efectos tributarios y, como certeramente ha puesto de manifiesto CORDERO GONZALEZ[27], la compensación es una facultad que el ordenamiento jurídico confiere al acreedor-deudor de la Hacienda Pública, «*puede calificarse como derecho subjetivo, es decir, como un poder reconocido por el Derecho a favor de un sujeto que puede hacer valer frente a otros (en este caso, frente a la Administración), imponiéndole obligaciones o deberes en su interés propio y que, además, goza de tutela judicial*».

La LGT en el artículo 71 establece sobre la compensación:

«*1. Las deudas tributarias de un obligado tributario podrán extinguirse total o parcialmente por compensación con créditos reconocidos por acto administrativo a favor del mismo obligado, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan.*

[25] Respecto a la aplicación supletoria del concepto elaborado en el ámbito del Derecho Civil, véase CORDERO GONZALEZ, E. Mª., **La compensación como forma de extinción de la deuda tributaria**, Lex Nova, Valladolid, 2002, págs. 80 y ss.

[26] **La compensación como forma de extinción de la deuda tributaria**, ob. cit., pág. 89.

[27] **La compensación como forma de extinción de la deuda tributaria**, ob. cit., pág. 125.

2. La compensación se acordará de oficio o a instancia del obligado tributario.

3. Los obligados tributarios podrán solicitar la compensación de los créditos y las deudas tributarias de las que sean titulares mediante un sistema de cuenta corriente, en los términos que reglamentariamente se determinen».

Este precepto es similar al artículo 68 de la LGT de 1963, donde se establecía la compensación de la deuda tributaria con «otros créditos reconocidos por acto administrativo firme a favor del mismo sujeto pasivo»[28], inconveniente requisito que en la actualidad se elimina[29]. Se refiere a la compensación de la «deuda tributaria» de forma genérica.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2003 (RJ 2003,1983) (Rec. Núm. 183/1998), resuelve un litigio en el cual una empresa solicita a la Administración la compensación de una deuda tributaria con los créditos consignados en una serie de certificaciones de obras expedidas por el Ministerio de Obras Públicas. La Administración Tributaria deniega la solicitud por no estar contabilizados dichos créditos. Recurre ante el TEAC que también deniega la solicitud. El contribuyente recurre en vía contencioso-administrativa ante la Audiencia Nacional que dicta Sentencia de 18 de octubre de 1997 (JT 1997,1211) donde reconoce el derecho del contribuyente a la compensación con efectos desde el día en que fue solicitada. Posteriormente la Administración interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que confirma la Sentencia de la Audiencia Nacional, reconociendo el derecho del contribuyente a la compensación desde el día en que fue solicitada. El Fundamento jurídico **TERCERO establece:** «*En estos términos, el problema queda reducido a determinar si es correcta la tesis de la sentencia de que una liquidación provisional, no recurrida, supone la existencia del acto firme a que se refiere el art. 68.2 LGT (RCL 1963, 2490) y el art. 67 del Reglamento General de Recaudación (RCL 1991, 6, 284) el nacimiento de una deuda vencida, lo que se ha negado por la Administración bajo el argumento de que no se puede entender como actos administrativos firmes las liquidaciones provisionales expedidas por el Ministerio de Obras Públicas, «practicadas en el trámite previo a su aprobación económica por el órgano competente para gestionar el pago y el gasto, siendo de señalar que la Regla 64 de la Instrucción de Contabilidad (RCL 1986, 1574) —a la que ya se ha*

[28] El Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación, también elimina la referencia a que el acto administrativo sea firme (artículo 35).

[29] Vid.: MEDINA CEPERO, J. R., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de enero 2003 (RJ 2003, 1983), Sala de lo Contencioso-Administrativo, Rec. Núm. 183/1998. **Quincena Fiscal** nº 3/2004. (BIB 2004/167).

aludido—, establece que el reconocimiento de la obligación es la operación por la cual se refleja la anotación en cuentas de los créditos exigibles contra el Estado» (Considerando 5º de la resolución del Tribunal Central [JT 1995, 545])». Tesis que no ha compartido el Tribunal Supremo en la resolución del litigio.

Otro de los conceptos que aparecen en la regulación de la compensación es el de «crédito reconocido por medio de acto administrativo»; ha sido analizado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2003 (RJ2003/2482), en su Fundamento Jurídico **TERCERO,** que establece: *»En primer lugar, porque, si bien es cierto que, con arreglo a lo establecido en el art. 68.1.b) LGT (RCL 1963, 2490) «las deudas tributarias podrán extinguirse total o parcialmente por* ***compensación****, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan..., con...* ***créditos reconocidos por acto administrativo firme*** *a favor del mismo sujeto pasivo» y que el Reglamento General de Recaudación, de 20 de diciembre de 1990 (RCL 1991, 6, 284), reitera la necesidad de ese reconocimiento por la Hacienda —art. 63.1—, y no sólo eso, sino que esta misma disposición arbitra un procedimiento, en cuanto ahora importa, para obtener, a instancia del obligado al pago, dicho reconocimiento —art. 67—, no es menos cierto que esta vía procedimental no puede interpretarse sea única e insoslayable para cualquier supuesto, sino sólo para aquellos casos en que, con las mismas garantías, tanto para la Hacienda como para el sujeto pasivo interesado, ese crédito en favor del particular no hubiere quedado cumplidamente reconocido. Sería absurdo, vgr., exigir un reconocimiento del crédito contra el Tesoro por la vía del procedimiento diseñado en el art. 67, acabado de citar, cuando el crédito hubiera sido reconocido expresamente en otro procedimiento, inclusive con confirmación jurisdiccional. Esta Sala, en Sentencia de 6 de marzo de 1998 (recurso 3832/1992 [RJ 1998, 2269]), admitió, como no podía ser menos, la* ***compensación*** *de cuotas correspondientes a contribuciones especiales con el justiprecio reconocido al deudor por el Jurado de Expropiación y confirmado jurisdiccionalmente por sentencia firme, desechando incluso, por inconsistentes, las alegaciones del Ayuntamiento recurrente relativas a que las deudas recíprocas no eran de naturaleza análoga.*

En segundo término, porque, en el supuesto de las certificaciones de obra, que son las que en el caso enjuiciado pretendían compensarse por «Dragados y Construcciones, SA» con determinadas deudas tributarias determinadas por la AEAT, se está ante documentos auténticamente representativos «per se» de un crédito a favor del contratista por la realización de las obras realmente ejecutadas a cambio de su precio, de un auténtico título de crédito con tal contenido, que, como expresaba el art. 47 de la Ley de Contratos del Estado, aquí aplicable —

el Texto Articulado de 8 de abril de 1965 (RCL 1965, 771, 1026)—, determinaba el pago de intereses si, transcurrido el plazo de tres meses a contar desde su fecha —dos en la actualidad, según el art. 99.4 del Texto Refundido vigente de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo de 16 de junio de 2000 (RCL 2000, 1380, 2126)—, la Administración no pagaba al contratista el importe de las certificaciones, criterio ratificado por reiterada jurisprudencia de esta Sala, que sitúa, además, el día inicial del cómputo, no en el de la intimación del contratista, sino en el de la fecha de las certificaciones —vgr. Sentencia de 26 de febrero de 2001 (RJ 2001, 1830) y demás en ella citadas—. Esa misma naturaleza ae reconoce la STC de 27 de mayo de 1993 (RTC 1993, 169), que recuerda que el propio Tribunal, en Auto 818/1985 (RTC 1985, 818 AUTO), les atribuyó la condición —a las certificaciones, se entiende— de fondos públicos afectos a la obra o servicio de que se trate. Y esta particular naturaleza, por último, hace que, como establecía el art. 145 del Reglamento General de Contratación del Estado de 25 de noviembre de 1975 (RCL 1975, 2597), y hoy establece el art. 100 del Texto Refundido de 16 de junio de 2000, las certificaciones de obra, que se han de expedir mensualmente —art. 142, párrafo 2º—, aparte inembargables, salvo para pago de salarios y de cuotas sociales, sean transmisibles y pignorables, conforme a derecho, bastando la mera comunicación a la Administración para que ésta tenga obligación de expedir el mandamiento de pago a favor del cesionario.

Y, por último y en tercer lugar, porque, de acuerdo con cuanto acaba de argumentarse, el reconocimiento del crédito contra la Administración que la certificación de obras supone está comprendido en el acto administrativo que autoriza o acuerda su expedición. Este sería, propiamente, el acto administrativo firme que exige el antes citado art. 68.1.b) LGT (RCL 1963, 2490) y que, en el caso de las certificaciones, no sería subsiguiente, sino coetáneo a la aludida expedición. Como esta Sala tiene declarado en la reciente Sentencia de 18 de enero de 2003 (recurso de casación 183/1998), no puede confundirse el reconocimiento de la obligación según la Regla 64 de la Instrucción de Contabilidad de los Centros Gestores del Presupuesto de Gastos del Estado (RCL 1986, 1574, 2251), que no es otra cosa que un acto interno de Tesorería en el que se refleja la anotación en cuenta de los créditos exigibles contra el Estado, con un acto administrativo firme de reconocimiento de un crédito en favor del sujeto pasivo. Esta exigencia de la Regla 64 de la Instrucción aludida, como termina diciendo la sentencia mencionada, no puede ser potenciada hasta el extremo de que, con ella, la anotación en cuenta a que se refiere se convierta, como se pretende en el recurso, en un nuevo requisito a añadir a los ya previstos en

el art. 67 del Reglamento de Recaudación de 1990 (RCL 1991, 6, 284) y debe ser reducida a la significación de una norma cuyo cumplimiento por la Administración es imprescindible para ésta, pero que no puede bloquear los efectos extintivos de una ***compensación*** *solicitada en tiempo, puesto que las certificaciones a que se denegó efecto compensatorio llevaban fecha coincidente, como al principio se dijo, con el último día del período voluntario de las deudas tributarias cuya extinción se pretendía».*

En cuanto a la finalidad del sistema de cuenta corriente MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA[30] ha escrito que *«descansa en evitar que un mismo sujeto pasivo que tenga créditos y deudas con la Hacienda Pública, realice pagos y cobros continuos; la principal característica es que los créditos y deudas a los que resulta de aplicación el sistema pierden su propia individualidad, esto es, no son exigibles, de manera independiente, sino que, por el contrario, únicamente lo será el saldo resultante de la liquidación».*

El artículo 72 regula la compensación a instancia del obligado tributario:

«1. El obligado tributario podrá solicitar la compensación de las deudas tributarias que se encuentren tanto en período voluntario de pago como en período ejecutivo.

2. La presentación de una solicitud de compensación en período voluntario impedirá el inicio del período ejecutivo de la deuda concurrente con el crédito ofrecido, pero no el devengo del interés de demora que pueda proceder, en su caso, hasta la fecha de reconocimiento del crédito.

3. La extinción de la deuda tributaria se producirá en el momento de la presentación de la solicitud o cuando se cumplan los requisitos exigidos para las deudas y los créditos, si este momento fuera posterior a dicha presentación. El acuerdo de compensación declarará dicha extinción».

La LGT (1963) no contenía un precepto similar. Se trata de una disposición clara, donde se concreta una de las modalidades de la compensación, que establece los elementos que se deben reunir para solicitar la compensación por parte del interesado. Los requisitos de

[30] «La extinción de la deuda tributaria: Análisis especial de la compensación», en la obra colectiva **Estudios sobre la nueva Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre)**, ob. cit., pág. 442.

la solicitud están regulados de forma detallada en el artículo 67 RGR. A diferencia de la solicitud de compensación por la Administración, que sólo es posible que compense en período ejecutivo, cuando quien la solicita es el obligado tributario, se puede hacer tanto en período voluntario como ejecutivo.

El artículo 73 contiene la compensación de oficio:

«1. La Administración tributaria compensará de oficio las deudas tributarias que se encuentren en período ejecutivo.

Asimismo, se compensarán de oficio durante el plazo de ingreso en período voluntario las cantidades a ingresar y a devolver que resulten de un mismo procedimiento de comprobación limitada o inspección o de la práctica de una nueva liquidación por haber sido anulada otra anterior de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 26 de esta Ley.

2. Serán compensables de oficio, una vez transcurrido el plazo de ingreso en período voluntario, las deudas tributarias vencidas, líquidas y exigibles que las Comunidades Autónomas, entidades locales y demás entidades de derecho público tengan con el Estado.

3. La extinción de la deuda tributaria se producirá en el momento de inicio del período ejecutivo o cuando se cumplan los requisitos exigidos para las deudas y los créditos, si este momento fuera posterior. El acuerdo de compensación declarará dicha extinción.

En el supuesto previsto en el párrafo segundo del apartado 1 de este artículo, la extinción se producirá en el momento de concurrencia de las deudas y los créditos, en los términos establecidos reglamentariamente».

5.2. Extinción de deudas de las entidades de derecho público mediante deducciones sobre transferencias

El artículo 74 LGT regula la extinción de deudas de las entidades de derecho público mediante deducciones sobre transferencias en los siguientes términos:

«1. Las deudas tributarias vencidas, líquidas y exigibles que las Comunidades Autónomas, entidades locales y demás entidades de derecho público tengan con el Estado podrán extinguirse con las deducciones sobre las cantidades que la Administración del Estado deba transferir a las referidas entidades.

La aplicación de este régimen a las Comunidades Autónomas y entidades de derecho público dependientes de éstas y a las entidades locales

se realizará en los supuestos y conforme al procedimiento establecido en la legislación específica[31].

2. El inicio del procedimiento determinará la suspensión del cobro de las deudas a las que el mismo se refiera.

3. La extinción de las deudas objeto del procedimiento tendrá lugar cuando se produzca la deducción y por la cantidad concurrente».

Esta forma de extinción se recoge en la actualidad en la Disposición Adicional Vigésimo Sexta de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

5.3. Condonación

El artículo 75 LGT regula la condonación de la deuda tributaria sin ninguna novedad respecto a la LGT de 1963.

«Las deudas tributarias sólo podrán condonarse en virtud de Ley, en la cuantía y con los requisitos que en la misma se determinen».

Este precepto se articula en torno a dos datos, en primer lugar, la condonación debe realizarse únicamente por ley, por tanto, no es posible establecerla por sentencia, por acto administrativo, ni por resolución.

Y en segundo lugar, se condona, en su caso, la deuda tributaria, ¿pero el legislador se refiere a la cuota o cantidad que resulte a ingresar de la liquidación como resultado de la obligación tributaria –artículo 58.1 LGT, o se refiere al concepto de deuda tributaria que comprende los intereses de demora, los recargos y demás conceptos recogidos en el artículo 58.2 LGT? Al respecto entiendo que se trata de la condonación de la deuda tributaria regulada en el artículo 58.2, es decir, compuesta además de por la cuota, por el interés de demora y los recargos, porque de ser únicamente la cuota a ingresar debería haberlo determinado el artículo 75 LGT[32]. No obstante, por otro lado,

[31] Citada legislación es la siguiente: 1.- Disposición Adicional Vigésimo Sexta de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; 2.- Disposición Adicional Primera de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en vigor desde 1 de enero de 2003.

[32] En este sentido FERREIRO LAPTZA, J. J., ha escrito, respecto a todos los medios de extinción de la deuda tributaria establecidos en la LGT, por tanto, es aplicable a la condonación: «Constituida, como sabemos, la deuda tributaria «por la cuota o cantidad a ingresar que resulte de la obligación tributaria principal» y, en su caso, por los intereses y recargos que la acompañen, resulta claro que los artículos dedicados a su extinción regulan la extinción de todas las obligaciones que tienen como objeto el pago —en todo o en parte- de la cantidad a ingresar como tributo (obligación tributaria principal, sustitución, retenciones, pago a cuenta, responsabilidad y sucesión), así como la extinción de las obligaciones accesorias a ellas (intereses y recargos). **La nueva Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre),** ob. cit., pág. 163.

también es posible una condonación parcial de la deuda tributaria, lo que puede implicar que se condonen o bien las obligaciones accesorias o bien la obligación principal, o parte la obligación principal, o parte de las accesorias. Será la ley correspondiente la que determine la cuantía.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1988 (RJ 1988/10086 Ponente: Excmo. Sr. D. Emilio Pujalte Clariana) establece en su Fundamento de Derecho **SEGUNDO.-** Desde el comienzo de su impugnación en la vía administrativa, la recurrente-apelante viene solicitando la «condonación» de cierta liquidación practicada por el concepto de Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, devengado en razón a la escritura pública de donación que autorizó el Notario de Pamplona don Julián María R. V., en 17 de junio de 1981; alegando a tal fin que las operaciones de agrupación y segregación de fincas en ella contenidas, son mera consecuencia de cierta expropiación forzosa llevada a término por la propia Diputación Foral de Navarra para la construcción de la «Variante Oeste» de Pamplona. Sin embargo, al razonar así olvida: 1.º Que en nuestro sistema tributario —sea del Estado o de Entes territoriales— la condonación, quita o perdón de tributos no es facultad que completa al Poder Ejecutivo sino que se halla reservada al Poder Legislativo, que sólo puede otorgarla mediante Ley o norma formalmente equivalente. Al Ejecutivo sólo asiste (y en los casos y condiciones señalados por las leyes) la facultad de condonar «sanciones» tributarias, pero no cuotas; de ahí que, incluso por razón de falta de competencia para ello, en ningún caso ha podido prosperar la pretensión de la apelante. 2.º Pero, a mayor abundamiento, la pretensión se ejercita con fundamento en la supuesta obligación, a cargo del Ente público, de compensar o resarcir a la apelante de ciertos errores sufridos en la identificación de las fincas afectadas por la expropiación, lo cual equivale a confundir la procedencia de una posible indemnización de daños o perjuicios (que no tiene cabida en este pleito), con la liberación de un tributo que nunca podría concederse a tal título de resarcimiento.

5.4. Baja provisional por Insolvencia

El artículo 76 LGT establece la baja por insolvencia como forma de extinción de la obligación tributaria:

«1. Las deudas tributarias que no hayan podido hacerse efectivas en los respectivos procedimientos de recaudación por insolvencia probada, total o parcial, de los obligados tributarios se darán de baja en cuentas

en la cuantía procedente, mediante la declaración del crédito como incobrable, total o parcial, en tanto no se rehabiliten dentro del plazo de prescripción de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 173 de esta Ley.

2. La deuda tributaria se extinguirá si, vencido el plazo de prescripción, no se hubiera rehabilitado».

Este supuesto está mal calificado en la LGT porque no se trata de una forma de extinción de la obligación tributaria[33], sino de una circunstancia material que provoca la imposibilidad de hacer frente al pago de la deuda. Lo que extingue la deuda, es como señala el apartado 2 del precepto, la prescripción, si la deuda no se ha hecho efectiva en ese plazo[34]. En esta misma línea de pensamiento, BEGOÑA DE LA MANO[35] indica: «*Así pues, solamente en el caso de que, tras la declaración del crédito como incobrable, haya transcurrido el plazo de prescripción sin haber rehabilitado el mismo, se producirá la extinción de la deuda tributaria en que dicho crédito consistiera, como establece el segundo apartado de este artículo. Pero es precisamente por este motivo por el que coloquialmente se dice que la insolvencia es una forma falsa de extinción de la deuda tributaria, puesto que realmente, aunque el origen esté en dicha insolvencia, la causa de su extinción no es ésta, sino la prescripción*».

No es de la misma opinión FERREIRO LAPATZA[36], para quien, de forma bien fundamentada, la causa de extinción no es la prescripción, así indica: «*la causa de extinción es la imposibilidad de que el deudor satisfaga la deuda con medios propios en el «plazo de prescripción». Pero el «plazo de prescripción» a que alude la Ley en este artículo no significa que juegue aquí esta institución (la prescripción) como causa extintiva. Simplemente es una forma de fijar el plazo, no susceptible de interrupción o suspensión, necesario para que este modo de extinción peculiar del Derecho tributario opere sus efectos para que la obligación deje de existir*».

Este precepto debe ser puesto en relación con el artículo 173 LGT que regula la declaración de fallido del deudor y del crédito incobrable.

[33] Vid.: DAGO ELORZA, I.: «Título II: Capítulo IV (art. 63), en la obra colectiva **Comentarios a la Nueva Ley General Tributaria**, ob. cit., pág. 540.

[34] En el mismo sentido, VVAA.: Guía de la Ley General Tributaria, CISS, Valencia, 2004, pág. 172.

[35] «Sección 4ª.- Otras formas de extinción de la deuda tributaria. Capítulo IV—La deuda tributaria. Título II- Los tributos», en la obra colectiva, **La Nueva Ley General Tributaria Comentada**, La Ley, Madrid, 2004, pág. 271.

[36] **La nueva Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre)**, ob. cit., 182.

REFLEXIONES EN TORNO AL STATUS JURÍDICO DEL DENUNCIANTE EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

POR

CARLOS DOMÍNGUEZ LUIS

ABOGADO DEL ESTADO

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

No cabe duda de que tanto la Administración como el presunto infractor forman parte del ámbito subjetivo del procedimiento administrativo sancionador. En efecto, la potestad sancionadora no es sino una potestad administrativa, atribuida constitucional y legalmente a la Administración Pública, en un régimen de prerrogativa, regido por el Derecho Administrativo. De esta potestad disfrutan distintas Administraciones Públicas, no existiendo vacilaciones doctrinales acerca de su titularidad por el Estado, las Comunidades Autónomas o las Corporaciones Locales. Ahora bien, como apunta GÓMEZ DE MERCADO[1], también se puede reconocer competencia sancionadora a los entes ins-

[1] GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco, *Sanciones Administrativas*, Granada, 2002, págs. 78 y ss.

titucionales, en los términos legal y reglamentariamente establecidos, especialmente en el caso de las llamadas Administraciones independientes, cual es el caso del Banco de España en materia de disciplina de las entidades de crédito[2]. Del mismo modo que tampoco puede desconocerse el posible ejercicio de la potestad sancionadora, en cuanto función administrativa, por parte de órganos públicos no integrados en el Poder Ejecutivo. Y ello desde el punto y hora en que, como sostiene GONZÁLEZ PÉREZ[3], «*no puede vincularse la actividad administrativa a unos determinados órganos que integran la Administración Pública, sino que pueden administrar órganos de distinta naturaleza*», y, en particular, «*existen actividades de las Cortes Generales de naturaleza muy distinta (a la legislativa). El Congreso de los Diputados y el Senado realizan actividades que nada tienen que ver con la función de legislar. Estos órganos, además de legislar, realizan otras muchas actividades: como... sancionar... a su personal...*». Esta opinión corre en paralelo a la vertida en su momento por GASCÓN Y MARÍN[4], quien postuló que «los denominados poderes legislativo y judicial tienen su administración, sus servicios administrativos propios». A este respecto, el artículo 1.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa[5], atribuye a este orden jurisdiccional el conocimiento de la impugnación de actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial, sujetos al Derecho Público, adoptados por instituciones parlamentarias del Estado, de las Comunidades Autónomas y de otros órganos no administrativos, de relevancia constitucional —Defensor del Pueblo, Tribunal Constitucional y Tribunal de Cuentas—, actos y disposiciones del Consejo General del Poder Judicial y la actividad administrativa de los órganos de gobierno de los juzgados y tribunales, sin olvidar los actos y disposiciones de la Administración Electoral. Obviamente, dentro de tales actos, pueden encuadrarse auténticas sanciones administrativas.

El otro término subjetivo que se da cita, de forma obligada, en el seno del procedimiento administrativo sancionador viene representado, precisamente, por el infractor, esto es, la persona, física o jurídica, sobre la que la Administración despliega la prerrogativa sancionadora de que disfruta. Resulta notorio cómo, frente al Derecho Penal, en el que rige el principio *societas delinquere non potest*, el Derecho administrativo sancionador admite la sanción a personas jurídicas. Y así ha venido siendo reconocido por la Jurisprudencia[6]. En la actualidad, el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común[7], preceptúa que «*sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia*». Dentro de este mismo contexto, merece la pena apuntar la viva polémica doctrinal suscitada a propósito de la viabilidad jurídica de sancionar a entes públicos, posibilidad que algunos negaron sobre la base de considerar que la sanción acabaría recayendo en los ciudadanos. MARTÍN RETORTILLO[8], empero, con cita de la Sentencia de 15 de febrero de 1973, apostó por la opinión contraria, entendiendo que, en estos casos, el importe de la multa también va a parar a las arcas públicas, no apreciándose motivo de excepción[9]. Más dudoso, sin embargo, se presenta el caso de que una Administración se sancione a sí misma. La unidad de personalidad jurídica, consagrada en el artículo 3.4 de la LRJAP-PAC, hace que los órganos de una misma Administración Pública no se presenten como dos personas distintas, sino como una misma persona jurídica. De ahí la evidente improcedencia de sanciones pecuniarias en estos casos, que, como acertadamente sostiene GÓMEZ DE MERCADO[10], quedarían extinguidas por confusión (ex artículo 1192 del Código Civil).

Ahora bien, dentro del marco de la actividad sancionadora de la Administración puede aparecer un tercer elemento subjetivo, ajeno al binomio Administración-infractor. Se trata del denunciante.

En verdad, una de las cuestiones que mayores ríos de tinta ha hecho correr en el seno de nuestra más autorizada doctrina viene dada por el papel, la posición jurídica, la intervención que puede llegar a tener el denunciante en el seno del procedimiento administrati-

[2] Cita, en respaldo de tal planteamiento, la opinión de GARCÍA MANZANO, en la obra colectiva *Comentario Sistemático a la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común* (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), Ed. Carperi, págs. 364 y 365, según la cual la Ley reseñada es también aplicable a cualesquiera otros entes públicos que ejerzan potestades sancionadoras, sean territoriales o institucionales, e incluso a las Corporaciones de Derecho público, como los colegios profesionales, en defecto de lo previsto por su legislación específica (disposición trasnsitoria 1ª de la Ley 30/1992).

[3] GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Las Cortes Generales y el proceso administrativo*, en la obra colectiva *Las Cortes Generales*, editada por el Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1987, vol. II, pág. 1322.

[4] GASCÓN Y MARÍN, José, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, Madrid, 1933, pág. 244.

[5] En adelante, LRJCA.

[6] Vid. SsTS de 13 de marzo de 1985, de 30 de junio y 30 de noviembre de 1987 y de 4 de abril de 1988, por citar algunos ejemplos.

[7] En adelante, LRJAP-PAC.

[8] MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo, *Multas administrativas*, en Revista de Administración Pública, núm. 179, enero-abril de 1976.

[9] Sobre este mismo particular, véase la STS de 12 de mayo de 1997, que analiza el caso de una sanción impuesta a un Ayuntamiento por la Administración del Estado.

[10] GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco, *Sanciones...*, Op. Cit., pág. 89.

vo sancionador. Como afirma TOLA RÚA[11], nos hallamos, sin duda, ante una cuestión polémica, que genera dudas en los distintos sectores que han de bregar con el Derecho Administrativo sancionador. Y esta incertidumbre se debe en gran medida, en opinión del citado autor, al conjunto normativo que disciplina la potestad sancionadora, que en unos casos por su silencio y, en otros, por su ambigüedad, no ofrece una solución clara.

El denunciante, en palabras de SERRANO DE TOLEDO[12], es aquel administrado que pone en conocimiento de la Administración unos hechos, los cuales pueden dar lugar o no a la incoación del procedimiento sancionador. Por su parte, el artículo 31 de la LRJAP-PAC ofrece la conceptuación legal de interesados en el procedimiento administrativo, entendiendo por tales, no sólo *«los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte»*, sino también *«quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos»*, sin olvidar a *«aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva»*. No olvidemos que esta norma, general para todo procedimiento administrativo, es también aplicable al procedimiento sancionador.

La definición de SERRANO DE TOLEDO y el precepto acabado de transcribir, así como la lógica interrelación entre una y otro, se erigen en la base estructural sobre la que va a desenvolverse nuestro estudio. En efecto, teniendo en cuenta que el concepto de interesado en el procedimiento administrativo se identifica, de modo directo, con la única figura jurídica dotada de plenitud de derechos procedimentales en el marco de las relaciones Administración-administrado, lo que se persigue es ahondar en el *status* jurídico real de que goza el denunciante, configurarlo con carácter definitivo, a fin de constatar si, en todos o en algunos casos, su posición debe solaparse con la inherente a la condición de interesado. En definitiva, trataremos de vislumbrar las posibilidades reales de actuación que nuestro Ordenamiento Jurídico brinda al denunciante —aunque expresamente no se desprendan como tales de sus manifestaciones normativas—, con las subsiguientes consecuencias jurídicas que, en buena lógica, han de derivarse.

[11] TOLA RÚA, Miguel Ángel, *La consideración jurídica del denunciante en el procedimiento sancionador*, en Actualidad Administrativa La Ley, Tomo 1999-3, págs. 839 y 840.

[12] SERRANO DE TOLEDO, en la obra colectiva *Estudios y comentarios sobre la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, Ed. BOE y Ministerio de Justicia, tomo I, pág. 113.

A nadie se le puede escapar la trascendencia del tema del que vamos a ocuparnos, máxime si tomamos en consideración, como sugiere TOLA RÚA[13], la importante extensión de la actividad sancionadora de la Administración y el interés que en el cumplimiento de la Legalidad tiene, no sólo aquélla, sino también otros grupos, colectivos e, incluso, individuos particulares.

2. EL DENUNCIANTE, EN LA NORMA. ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY 2/1998, DE 20 DE FEBRERO, DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

La enorme heterogeneidad de normas reguladoras de la actividad sancionadora de la Administración convierte, sin duda, en proceloso el estudio de la materia que nos ocupa. Al objeto de atemperar la dificultad apuntada, vamos a prestar una atención especial a la que, entendemos, es norma esencial en este ámbito. Nos referimos al Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora[14]. Sin embargo, y como es obvio, nuestro análisis no desconocerá otras normas relevantes en lo que aquí interesa.

2.1. El Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto

La regulación actual, contenida en el RP, configura el procedimiento sancionador como uno de los que se inician de oficio, no a instancia de persona interesada. Ya el artículo 134.1 de la antigua Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958, aseguraba que el procedimiento sancionador *«deberá incoarse por providencia del órgano competente en cada caso»*, formulación de la que es heredera la contenida en el artículo 11.1, *a limine*, del RP, a cuyo tenor *«los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio»*.

Ciertamente, y como afirma SÁNCHEZ-BORDONA[15], la incoación de los procedimientos sancionadores es objeto, en el artículo reseñado del RP, de un tratamiento reglamentario tan detallado como insu-

[13] TOLA RÚA, Miguel Ángel, *La consideración...*, Op. Cit., pág. 840.

[14] En adelante, RP.

[15] CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, Manuel, *El Procedimiento sancionador*, en Cuadernos de Derecho Judicial, 8/1994, págs. 177 y ss.

ficiente. En efecto, la norma, a la hora de describir los diferentes presupuestos que desencadenan la apertura o iniciación de un expediente de este tipo, se complace en distinguir y definir la *«propia iniciativa»*, la *«orden superior»*, la *«petición razonada»* y la *«denuncia»*, como categorías formales autónomas[16].

Al margen de lo anterior, y como sigue exponiendo el autor precitado, la conceptuación normativa resulta en algún caso sorprendente. Así, el apartado 1, letra d), del artículo 11 del RP define la denuncia —*«el acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa»*—, comenzando los problemas cuando el propio precepto distingue, más tarde, entre denuncia y *«solicitud de iniciación»* del procedimiento sancionador, a los efectos de la notificación debida al autor de aquélla. El número 2 del artículo 11 establece, en este sentido, que *«cuando se haya presentado una denuncia, se deberá comunicar al denunciante la iniciación o no del procedimiento cuando la denuncia vaya acompañada de una solicitud de iniciación»*. Problemas gramaticales al margen, lo que sí debemos destacar es la cierta incoherencia en la que incurre la norma transcrita, toda vez que la denuncia, entendemos, encierra en sí misma, por pura lógica, la petición de que se incoe el procedimiento sancionador. En otro caso, no estaríamos ante una denuncia propiamente dicha —es decir, como la define el mismo artículo 11 del RP[17]—, sino ante una mera información relativa a hechos que ni siquiera de modo indiciario tienen apariencia de infracción administrativa.

En todo caso, resulta incuestionable que la denuncia presenta una diferencia esencial respecto de las demás modalidades de iniciativa en orden a la incoación del procedimiento sancionador: su procedencia privada. Y también parece claro que de las previsiones reglamentarias sobre la denuncia podemos extraer, al menos, tres distintas consecuencias. A saber:

a) La inadmisibilidad en el Derecho Administrativo sancionador de las denominadas *«denuncias anónimas»*. Ello no obstante, tal clase de denuncias podrá ocasionar la realización de actuaciones previas y la eventual iniciación del procedimiento sancionador, no ya en virtud de denuncia, sino *«por propia iniciativa»* de la unidad competente (ex artículo 11.1.a) del RP).
b) No se exige, como contenido específico de la denuncia, que ésta vaya dirigida y sea presentada ante el órgano administrativo que tiene atribuidas las correspondientes competencias sancionadoras, cuya identidad y marco competencial no tienen por qué ser conocidos en la práctica por personas privadas.
c) Tampoco se exige que en la denuncia se contenga la precisa calificación jurídica de los hechos presuntamente ilícitos.

[16] A las que parece añadir la «comunicación de indicios de infracción», prevista en el artículo 9 del RP.

[17] No debemos olvidar que el artículo 11.1, letra d), del RP delimita el contenido mínimo de la denuncia. Según el indicado precepto, «las denuncias deberán expresar la identidad de la persona o personas que las presentan, el relato de los hechos que pudieran constituir infracción y la fecha de su comisión y, cuando sea posible, la identificación de los presuntos responsables».

Sentado lo anterior, debemos puntualizar de inmediato que la denuncia no genera efecto vinculante alguno de cara a la iniciación del procedimiento administrativo sancionador, tal como resulta del inciso segundo del artículo 11.2 del RP. Bien al contrario, entra de lleno en las facultades del órgano competente para la incoación la determinación de la procedencia de dictar el oportuno acuerdo de iniciación. Y esta valoración podrá ir precedida o no de la realización de las actuaciones investigadoras a las que se refiere el artículo 12 del RP.

La Jurisprudencia se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre la inexistencia del referido efecto vinculante. Así, por ejemplo, la STS de 4 de junio de 1990, sostiene que *«la denuncia no inicia el procedimiento sancionador, ni tampoco la información reservada, sino que tal iniciación tiene lugar precisamente por el acto que acuerda la incoación»*. Por su parte, en la STS de 26 de febrero de 1990 se puede leer: *«la iniciación del procedimiento sancionador tiene lugar por el proveído de oficio, debidamente registrado, acordando la iniciación de las actuaciones, de manera que la denuncia no es acto de iniciación, sino acto de excitación de la potestad administrativa de iniciación»*. Finalmente, la STS de 12 de diciembre de 1990 insiste en que *«la denuncia no pone en marcha el procedimiento sancionador, sino el acuerdo que esa denuncia trata de provocar»*.

Sin embargo, la autoridad administrativa deberá comunicar al denunciante la eventual apertura del expediente mediante el traslado al mismo del correspondiente acuerdo de iniciación (ex artículo 13.2 del RP) e, incluso, el acuerdo sobre la improcedencia de dicha incoación, siempre que la denuncia vaya acompañada de una petición expresa de iniciación del procedimiento sancionador (ex artículo 11.2 del RP).

Y hasta aquí, todas las referencias que, al denunciante, se contienen en la norma reglamentaria que se analiza.

Por el contrario, si las alusiones al denunciante son mínimas, las relativas a los *«interesados»* son abundantes. Y no nos estamos refi-

riendo únicamente al interesado clásico en el procedimiento sancionador —esto es, el imputado o presunto responsable—, sino también a interesados distintos, que van a tener la posibilidad de constituirse en parte y, por ende, van a poder realizar válidamente distintas actuaciones. A este respecto, resulta sintomático el reconocimiento que, de la eventual existencia de intereses de otros posibles afectados, realiza el artículo 3.4 del RP. Sin embargo, mayor relevancia presenta la formulación contenida en el artículo 13.2, donde se distingue con nitidez al inculpado de otros interesados en el procedimiento. La participación que, por lo demás, pueden asumir estos interesados dentro del marco contextual del procedimiento sancionador se perfila de modo amplio en la propia norma. Así, están legitimados para conocer, en cualquier momento del *iter* procedimental, su estado de tramitación, así como para acceder y obtener copias de los documentos contenidos en el mismo (artículo 3.1). Pueden también formular alegaciones y aportar los documentos que estimen pertinentes (artículo 3.2), plantear alegaciones, facilitar documentos o informaciones y proponer prueba (artículo 16.1), recibir notificación del acuerdo de apertura del período probatorio (artículo 17.2), así como de la propuesta de resolución, pudiendo formular alegaciones a la misma (artículo 19.1). Igualmente, se les ha de notificar la resolución que recaiga en el procedimiento (artículo 20.5).

A la vista de cuanto antecede, podemos convenir con TOLA RÚA[18] en que el RP permite la participación del denunciante en el procedimiento sancionador, siempre que ostente la consideración de interesado, es decir, que sea titular de un derecho o interés legítimo que pueda resultar afectado por la resolución que se adopte. Y será el ropaje del interesado el que atribuya al denunciante la legitimación precisa para ser parte en el procedimiento sancionador[19]. No empece a lo anterior el hecho de que el artículo 21.3 del RP contenga la imposibilidad de agravamiento de la sanción en la resolución de un hipotético recurso del sancionado, consagrando, de este modo, el principio de la prohibición de la *reformatio in peius*. Hay quien ha querido ver en esta previsión normativa una negación —de forma implícita, eso sí— de la legitimación de otros interesados para impugnar la decisión final del procedimiento, pues parece que dicha facultad se reserva en

[18] TOLA RÚA, Miguel Ángel, *La consideración...*, Op. Cit., pág. 847.

[19] Cita TOLA RÚA la obra de TOMÁS REQUENA LÓPEZ, quien en su monografía «¿El ocaso de la concepción del inculpado como único interesado en el procedimiento sancionador?» (Revista Andaluza de Administración Pública, núm. 26, abril-junio 1996) destaca cómo la norma no margina anticipadamente la intervención en el procedimiento sancionador de otros eventuales interesados, si bien tampoco impone que todo afectado por la infracción automáticamente se transforme en interesado.

exclusiva al infractor sancionado. Sin embargo, la interpretación jurisprudencial que se ha venido realizando de la interdicción de la *reformatio in peius* no aplica este principio con carácter absoluto, sino sólo en los supuestos en que el recurso es interpuesto por el propio sancionado, no siendo exigida su observancia en aquellos otros en que el recurso es planteado por otros interesados, quienes naturalmente, haciendo uso de una facultad esencial inherente a su misma condición procedimental, pretenderán un agravamiento de la sanción o un incremento de las obligaciones del sancionado. En consecuencia, el artículo 21.3 del RP no debe ser interpretado en el sentido de vetar a otros interesados distintos del imputado de cara al ejercicio del derecho al recurso; bien al contrario, tanto aquéllos como éste podrán interponerlo, si bien sólo cuando el sancionado impugne la resolución entrará en juego la interdicción de la *reformatio in peius*, de manera que la resolución del recurso no podrá llevar consigo un empeoramiento de su situación inicial.

2.2. Otras normas que también contienen alusiones a la figura del denunciante

Al margen del RP, otras disposiciones, en su mayor parte reglamentarias, se ocupan también, siquiera de forma tangencial, de la materia que nos ocupa. Veamos algunos ejemplos.

En primer lugar, es de obligada cita el Real Decreto 1392/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento sancionador de las Infracciones administrativas en materia de Control de Cambios[20], donde podemos detectar algunos detalles interesantes. En este sentido, y tras recordar que la presentación de una denuncia no vincula al órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador, ordena que, cuando no se inicie, los motivos de tal decisión sean comunicados al denunciante (artículo 4.5). En la parte final de ese mismo precepto se puede leer: *«la simple condición de denuncian-*

[20] Obsérvese cómo esta norma reglamentaria es de análoga fecha al Reglamento «general» regulador del procedimiento administrativo sancionador (Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto), si bien su número de orden es anterior. Ahora bien, esta particular coincidencia no es, desde luego, ni la más importante ni la más representativa en el marco de las relaciones entre ambas normaciones. El R.D. 1392/1993 tiene muy presente la regulación del RP, hasta el punto de indicar en su Exposición de Motivos que ya «se ha promulgado» el Reglamento general, haciendo alusión a la «necesidad de adecuar el procedimiento sancionador de las infracciones de control de cambios a los principios recogidos en la nueva Ley (se refiere, obviamente, a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) y al citado Real Decreto».

te no confiere la de interesado en el procedimiento, si bien será informado de la resolución que finalmente se adopte», pudiendo extraerse de esta previsión dos importantes conclusiones. A saber:

a) Se corrige la omisión de comunicación de la resolución al denunciante, que se detecta en el RP, pues su artículo 11.2, *in fine* sólo prevé que *«cuando se haya presentado una denuncia, se deberá comunicar al denunciante la iniciación o no del procedimiento cuando la denuncia vaya acompañada de una solicitud de iniciación»*, pero no la resolución del mismo, en su caso.

b) Parece abrirse paso la dicotomía entre denunciante *«simple»* y lo que algunos[21] han denominado denunciante *«cualificado»*, que, en cuanto titular de intereses legítimos protegibles en el procedimiento concreto de que se trate, asume la condición jurídica propia del *«interesado»*.

Consideramos útil hacer alguna referencia al Real Decreto 1772/1994, de 5 de agosto, por el que se adecuan a la LRJAP-PAC determinados procedimientos administrativos, entre ellos el referido a la materia de Transportes Terrestres. La singularidad de esta norma reside, en lo que aquí interesa, en el reconocimiento expreso que realiza de la existencia de *«denunciantes-interesados»*, con la subsiguiente regulación de su participación en el procedimiento administrativo sancionador. Así las cosas, el procedimiento se iniciará siempre de oficio, si bien tal inicio podrá ser consecuencia de denuncia formulada por *«personas, entidades o asociaciones interesadas»* (ex artículo 205.2). Una interpretación *a sensu contrario* del párrafo segundo del artículo 207.2 de la norma —donde se prevé que si el denunciante interesado no subsana los defectos de su denuncia, previo requerimiento de la Administración y con apercibimiento de esta consecuencia, *«en caso de proseguirse de oficio las actuaciones sancionadoras, no será considerado como parte el denunciante si se tratase de persona interesada»*— permite colegir que los denunciantes en este tipo de procedimientos tienen la condición de *«parte»*[22], siendo acreedores de importantes intervenciones en el mismo, en particular, las detalladas en los artículos 211 y 213 de la norma reglamentaria. En este sentido, se les debe dar traslado de las alegaciones que en oposición formule el denunciado —excepto en el caso de que la disconformidad se fundamente únicamente en la ilegalidad de la disposición que basamenta la

[21] Por ejemplo, TOLA RUA, *La consideración...*, Op. Cit., págs. 842 y ss.

[22] Así lo entiende también RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., *Derecho Público del Transporte por Carretera*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 636 y ss.

calificación de los hechos—, al objeto de que manifiesten lo que a su derecho convenga[23]. Asimismo, serán requeridos para que aporten pruebas sobre la veracidad de los hechos no admitidos por el denunciado, surtiendo su eventual desistimiento efectos respecto de sí mismos, pues no impedirá que prosiga la tramitación del procedimiento cuando resulte procedente. Por último, cuando los denunciantes hayan sido tenidos también como interesados habrán de recibir notificación de la resolución que ponga fin al procedimiento, sin que resulten admisibles restricciones a la posibilidad de su impugnación.

Otra normación a tener en cuenta viene contenida en el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden Social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social. Su artículo 9 niega al denunciante la consideración jurídica de interesado en la fase de instrucción previa, si bien reconoce la posibilidad de que pueda ostentar dicha condición con plenitud, en los términos del artículo 31 de la LRJAP-PAC, en momento ulterior, si finalmente se inicia el expediente sancionador o liquidatorio.

Forzoso es traer a colación la regulación prevista en el Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla diversos aspectos —entre ellos, el procedimiento sancionador— de la Ley Orgánica Reguladora del Tratamiento Automatizado de Datos de carácter personal[24]. De acuerdo con dicha normativa, la iniciación del procedimiento sancionador se verificará siempre de oficio, por acuerdo del Director de la Agencia de Protección de Datos, si bien tal iniciación podrá ser consecuencia de la propia iniciativa del órgano competente o de la *«denuncia de un afectado o afectados»* (artículo 18.1). Ello implica el reconocimiento de la posible existencia de personas cuyos derechos o intereses pueden resultar afectados por la conducta infractora, a las que la norma oferta el mecanismo de la denuncia como instrumento de reacción formal contra aquélla. Sin embargo, la regulación no va más allá de la obligación de notificar la resolución que se adopte a estos denunciantes (artículo 19.7), omitiéndose toda referencia a la eventual intervención procedimental de otros interesados distintos del presunto infractor.

El Real Decreto 1649/1998, de 24 de julio desarrolla el Título II de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Con-

[23] Con apercibimiento de que, de no hacerlo así, podrán proseguir las actuaciones como corresponda.

[24] Este Real Decreto ha permanecido vigente tras la derogación de la citada Ley Orgánica, operada por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal.

trabando, relativo, precisamente, a las infracciones administrativas en esta materia. Su artículo 21.4 se muestra categórico: el denunciante nunca será considerado como interesado en la actuación administrativa que se inicie a causa de la denuncia, ni estará legitimado para la interposición de recursos o reclamaciones frente a los resultados de la misma, salvo que se encuentre en alguno de los supuestos previstos en el artículo 31 de la LRJAP-PAC.

A su vez, la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, preceptúa en su artículo 13.2 que el denunciante podrá tener la consideración de interesado, una vez iniciado el procedimiento sancionador, en los términos del artículo 31 de la LRJAP-PAC, esto es, cuando sea titular de un derecho o interés legítimo que pueda resultar afectado por la resolución que finalmente se adopte.

Finalmente, y por lo que hace a esa concreta variedad de la actividad sancionadora de la Administración que es el procedimiento disciplinario, menester se hace realizar una breve alusión al contenido de su normativa de referencia, esto es, el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado. En orden al análisis de la relación que la regulación contenida en esa norma mantiene con la materia que nos ocupa, se ha de destacar, en primer lugar, la taxatividad con la que se expresa su artículo 27, al asegurar que *«el procedimiento se iniciará siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, moción razonada de los subordinados o denuncia»*. Añadiendo que *«de iniciarse el procedimiento como consecuencia de denuncia, deberá comunicarse dicho acuerdo al firmante de la misma»*. Las alusiones al denunciante concluyen con lo establecido en el artículo 48.3, párrafo segundo, a cuyo tenor *«si el procedimiento se inició como consecuencia de denuncia, la resolución deberá ser notificada al firmante de la misma»*. Ello no obstante, el artículo 19.2 del Real Decreto que se analiza contiene una previsión que no deja de resultar sorprendente en un contexto procedimental marcado por la férrea dictadura del binomio Administración-presunto infractor. En efecto, según el indicado precepto *«si durante la sustanciación del procedimiento sancionador se produjere la pérdida de la condición de funcionario del inculpado, se dictará resolución en la que, con invocación de la causa, se declarará extinguido el procedimiento sancionador, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le pueda ser exigida y se ordenará el archivo de las actuaciones, salvo que por parte interesada se inste la continuación del expediente»*. No aclara la norma qué concretos elementos subjetivos —¿quizá el denunciante?— pueden darse cita bajo

la genérica rúbrica *«parte interesada»*. Tampoco se definen los requisitos que, en su caso, harían falta para detentar esa condición. Sin embargo, lo que sí resulta evidente es que el Real Decreto reseñado, aun de forma tibia, abre la puerta a eventuales intervenciones en el procedimiento de quienes no forman parte del binomio antes apuntado, binomio que, por lo demás, aparece impuesto con verdadero radicalismo en el resto de su regulación.

2.3. La Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco[25]

Adjetivada por algunos como *«vanguardista y original»*[26], nos hallamos ante una norma que acoge expresamente la figura del denunciante-interesado. Su ámbito objetivo de aplicación queda limitado al ejercicio de la potestad sancionadora en las materias en las que las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma del País Vasco[27] ostentan competencia normativa, ya sea plena, ya sea compartida con el Estado o con los órganos de los Territorios Históricos[28].

En la Exposición de Motivos del texto legal hallamos afirmaciones de incuestionable relevancia en lo que aquí interesa:

> *«No se encuentra motivo alguno para limitar la virtualidad del concepto general de interés legítimo en el procedimiento administrativo sancionador. El ciudadano no tiene derecho a castigar, pero, en cuanto víctima posible del ilícito penal o administrativo, tiene un claro interés en solicitar el ejercicio del poder público punitivo y en participar en el procedimiento previsto para encauzar tal ejercicio. La infracción administrativa puede perjudicar los derechos e intereses individuales tanto como el delito o la falta penales (amén del perjuicio al interés general siempre presente), por lo que no se alcanza a comprender la causa de la limitación consistente en que en el procedimiento administrativo sancionador únicamente están presentes el interés general y el individual del imputado.*
>
> *Si se excluyen del procedimiento sancionador los supuestos de las letras b) y c) del número 1 del artículo 31 de la Ley 30/1992 es, por un lado, porque no existen en el procedimiento sancionador interesados necesarios, al no haber un derecho individual*

[25] En adelante, LPSCV.
[26] TOLA RÚA, Miguel Ángel, *La consideración ...*, Op. Cit., pág. 849.
[27] Es decir, Parlamento y Gobierno autonómicos.
[28] Ex artículo 1.1 de la LPSCV.

a la sanción ni poderse exigir, en el marco de dicho procedimiento, el resarcimiento de los daños individuales derivados de la infracción, y por otro lado, porque se quiere evitar la multiplicación de posiciones acusadoras construidas a partir de la preexistencia de un procedimiento administrativo sancionador.

Es propósito de la ley impedir las acusaciones particulares infundadas o carentes de los datos necesarios para una adecuada defensa, y por ello se establece un trámite de admisión y unos rigurosos requisitos al respecto».

Al hilo de lo anterior, el artículo 30 de la LPSCV advierte de que «*son interesados en el procedimiento, además de los inculpados, quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos*», articulándose un doble sistema para la iniciación del procedimiento: por un lado, la iniciación de oficio, que adopta su formulación tradicional —esto es, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de petición razonada de otros órganos o de denuncia-[29]; y por otro lado, la iniciación a instancia de parte, la gran novedad de la Ley. La denuncia no convierte, por sí sola, al denunciante en interesado en el procedimiento sancionador[30]. La iniciación a instancia de parte, empero, es esa misma denuncia acompañada de determinados requisitos que la propia Ley establece, fijándose, además, para la misma una concreta tramitación. En particular, y de acuerdo con el artículo 35.1 de la LPSCV, dicha solicitud deberá ser motivada y habrá de incluir, amén de lo indicado en el artículo 70.1 de la Ley 30/1992, los hechos constitutivos de la presunta infracción, la fecha, fechas o período continuado en que se produjeron, los preceptos en que se encuentren tipificados, las personas presuntamente responsables, la sanción o sanciones que correspondan y los preceptos en que se encuentren recogidas. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de modificar tales extremos en las alegaciones posteriores que la parte interesada realice durante el procedimiento.

Prevé la ley que se dé traslado de la solicitud antedicha a las personas que figuren en ella como presuntos responsables, concediendo a éstas un plazo de diez días para que puedan alegar lo que a su derecho convenga. Formalizadas tales alegaciones o, en su defecto, transcurrido el plazo indicado para su verificación, el órgano competente

[29] Artículo 34.1 de la LPSCV.

[30] Así lo dispone el artículo 34.3 de la LPSCV, añadiendo que «el denunciante, salvo que tenga legitimación en los términos establecidos en el artículo 30 de la presente ley y solicite la apertura del procedimiento, no tendrá más participación en el procedimiento que el derecho a recibir la comunicación del órgano competente sobre la apertura o no de aquél y, en su caso, de la resolución que le ponga fin».

para resolver decidirá sobre la admisibilidad de la solicitud de apertura del procedimiento.

Conviene destacar la posibilidad que la ley contempla de inadmitir la solicitud de iniciación, singularmente cuando concurra alguno de los siguientes supuestos:

1. Que alguno de los requisitos a que ha de supeditarse la solicitud no aparezca claramente definido.
2. Que carezca de fundamento, atendiendo especialmente a la argumentación insertada y su apoyo probatorio.
3. Que sea presentada por quien no es interesado.

La declaración de inadmisibilidad de la solicitud exige resolución motivada. Por el contrario, su admisión llevará consigo el dictado del correspondiente acuerdo de iniciación del procedimiento[31].

Ciertamente, lo hasta aquí expuesto a propósito de este novedoso texto legal justifica sobradamente su calificación como «*vanguardista*». Más aventurado resulta, empero, atribuirle el adjetivo «*completo*», pues se echa en falta la inclusión en él de una solución al problema de la inactividad de la Administración ante una solicitud de iniciación del procedimiento sancionador como la analizada. Este defecto, del que también adolece la regulación estatal, será analizado en profundidad en momento ulterior.

3. BREVE ALUSIÓN AL DENUNCIANTE EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO

El marco normativo al que, de forma obligada, debe atenderse para examinar el punto que ahora concita nuestra atención viene constituido por la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria[32], y por el Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de la Inspección de los Tributos[33].

De entrada, el artículo 114 del texto legal se ocupa de la «*denuncia pública*». Según el citado precepto, «mediante la denuncia pública se podrán poner en conocimiento de la Administración tributaria hechos o situaciones que puedan ser constitutivos de infracciones tributarias o tener trascendencia para la aplicación de los tributos. La denuncia

[31] Ex artículo 35.5 de la LPSCV.

[32] En adelante, LGT.

[33] En adelante, RGI. No hay que olvidar que esta norma reglamentaria experimentó algunas variaciones a raíz de la aprobación del Real Decreto 136/2000, de 4 de febrero.

pública es independiente del deber de colaborar con la Administración tributaria regulado en los artículos 93 y 94 de esta ley». De este modo, la denuncia implica poner en conocimiento de la Administración Tributaria la existencia de hechos ocultados total o parcialmente con trascendencia tributaria.

La denuncia deberá contener el mayor número de datos conocidos que sean precisos para la identificación, por el órgano inspector, de las personas denunciadas, tales como nombre y dos apellidos o denominación social en el caso de personas jurídicas, N.I.F., domicilio, razón social y, en general, todas aquellas circunstancias que, pudiendo ser facilitadas por el denunciante, coadyuven en la mejor determinación o concreción del presunto infractor. Asimismo, la denuncia deberá explicitar suficientemente los datos y hechos denunciados, acompañando, en su caso, la documentación de que se disponga para su acreditación.

Una vez recibida la denuncia, se dará traslado de la misma al órgano correspondiente para llevar a cabo las actuaciones que procedan, órgano que será aquel de la Inspección de Tributos que resulte competente, atendiendo al domicilio fiscal de la persona o personas denunciadas. Este órgano verificará el análisis y, en su caso, investigación de los datos y hechos contenidos en la denuncia, decretando su archivo si estima que es infundada. En otro caso, se podrá acordar el inicio de actuaciones inspectoras[34].

Ahora bien, el inicio de este tipo de actuaciones no se produce como consecuencia de la presentación de la denuncia, sino, en su caso, por la actuación investigadora de los órganos de la inspección. A tal efecto, el artículo 209.1 de la LGT disciplina que «*el procedimiento sancionador en materia tributaria se iniciará siempre de oficio*». En idéntico sentido se pronuncia el artículo 22.1 del Real Decreto 2063/2004, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General del régimen sancionador tributario[35].

Por otro lado, la Administración Tributaria no podrá proporcionar al denunciante ninguna información respecto de la posible investigación de los datos consignados en la denuncia, dado que la LGT obliga a aquélla a guardar el más estricto sigilo respecto de los datos, informes y antecedentes obtenidos en el desempeño de sus funciones, salvo en determinados casos, entre los que no se encuentra la comunicación de datos a los denunciantes[36].

[34] Ex artículo 114.2 de la LGT.
[35] En adelante, RGRST.
[36] Este deber de sigilo aparece regulado, con verdadero detalle, en el artículo 95 de la LGT.

Consecuencia lógica de lo anterior es que el denunciante no será considerado interesado en la actuación administrativa que pudiera iniciarse a raíz de la denuncia, ni legitimado para interponer recursos o reclamaciones en relación con los resultados de las mismas[37]. Paralelamente, el denunciante no tendrá derecho al abono de una participación en las posibles sanciones tributarias que se pudieran imponer a los denunciados, pues dicha participación fue suprimida de nuestro sistema tributario por la reforma operada en la LGT a través de la Ley 21/1986.

Esta privación al denunciante de todo papel activo en el procedimiento tributario halla una manifestación más que expresiva en la propia LGT, en particular, en el artículo 211.1, párrafo segundo, *a limine*, precepto que, enmarcado dentro de la regulación del procedimiento sancionador en materia tributaria, establece una clara sinonimia entre la condición de «interesado» y la de presunto infractor. O, lo que es lo mismo, para el legislador tributario el único interesado posible en este tipo de procedimientos es, precisamente, el imputado. Corroboran este criterio los dictados contenidos en los artículos 23, apartados 4 y 5, y 24.3 del RGRST.

Al socaire de lo precedente, el artículo 232.2 de la LGT excluye a los denunciantes de la legitimación para la promoción de las reclamaciones económico-administrativas. Y ello a pesar de que el número 3 del precepto asegura que «*en el procedimiento económico-administrativo ya iniciado podrán comparecer todos los que sean titulares de derechos o intereses legítimos que puedan resultar afectados por la resolución que hubiera de dictarse, sin que la tramitación haya de retrotraerse en ningún caso*». Añadiendo que «*si durante la tramitación del procedimiento se advierte la existencia de otros titulares de derechos o intereses legítimos que no hayan comparecido en el mismo, se les notificará la existencia de la reclamación para que formulen alegaciones...*».

La conclusión a la que inexorablemente ha de llegarse a la vista de cuanto antecede es, a nuestro juicio, patente: el denunciante, dentro de nuestro sistema tributario, es considerado como un simple particular, un colaborador social voluntario en defensa del interés general, nunca un «*agente administrativo*», dado que su actividad no provoca una actuación de oficio. Lo de «*voluntario*», además, conviene recalcarlo, pues la denuncia pública es independiente, como hemos visto, del deber de colaborar con la Administración Tributaria.

[37] Así se desprende del artículo 114.3 de la LGT, que añade que el denunciante no será informado del resultado de las actuaciones que, en su caso, se inicien como consecuencia de la denuncia.

Por otra parte, la falta de legitimación del denunciante para la interposición de reclamaciones económico-administrativas, consagrada en el artículo 232.2 de la LGT[38], resulta ciertamente lógica, una vez consumada la desaparición de su antiguo derecho de participación en la sanción, único basamento en el que poder asentar un eventual interés legítimo de aquél. De este modo, la regulación actual elimina toda posibilidad de que el denunciante pueda gozar de la condición de interesado real en el procedimiento tributario, pues su condición de mero colaborador social voluntario —a la que antes se ha hecho alusión— y la particular naturaleza de este tipo de procedimientos, en los que la idea de interés público absorbe toda su virtualidad teleológica, hacen que la actuación de aquél, plasmada en la denuncia, no responda, objetivamente, a un interés diferente del simple interés por la legalidad, concepto que, como luego veremos, resulta extraño a la noción doctrinal y jurisprudencialmente consolidada de interés legítimo.

La consideración anterior, además, se halla adverada por el contenido de algunos pronunciamientos jurisprudenciales. Tal es el caso de la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 8 de julio de 1999, en la que se analizó la posición jurídica del denunciante, admitiendo su condición de interesado únicamente en la fase de tramitación del expediente de denuncia —no respecto de la actuación investigadora a iniciar con posterioridad— y recalcando su falta de legitimación para la interposición de recursos o reclamaciones contra los resultados de la actuación administrativa motivados por la denuncia. A su vez, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 14 de febrero de 2001, insiste en estos mismos planteamientos[39].

Pese a todo, no han faltado tampoco decisiones en sentido contrario. En efecto, los criterios expuestos no fueron compartidos —en nuestra opinión, equivocadamente— por la STS de 16 de diciembre de 1992, que reconoció la falta de legitimación del denunciante, salvo en lo concerniente a su participación en las sanciones, por

[38] Y, desde mucho antes, en el Informe de la Dirección General de Inspección Financiera y Tributaria titulado *Utilización por la dependencia de Inspección de información suministrada por denuncia*, de 27 de abril de 1989, tomado como base, en muchos de sus extremos, para la articulación de la reforma de la LGT operada por la Ley 25/1995, de 20 de julio.

[39] Señala esta Sentencia que «a propósito de la denuncia pública, ... la Ley General Tributaria decreta que no se considerará al denunciante interesado en la actuación administrativa que se inicie a raíz de la denuncia ni legitimado para la interposición de recursos o reclamaciones en relación con los resultados de la misma. De lo dispuesto ... se desprende que la actividad del denunciante debe ceñirse a poner en conocimiento de la Administración correspondiente aquellos datos que darán lugar, en su caso, a unas actuaciones que, a partir de este momento, deben adoptar los cauces propios de la iniciación del procedimiento por actuación investigadora de los órganos administrativos (...)».

entender que la misma continuaba en vigor[40], pronunciándose en términos similares la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de abril de 1993, así como la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 25 de enero de 1996, en la que, si bien se declara inadmisible la reclamación formalizada por el denunciante, tal declaración se fundamenta en la ausencia de liquidación de sanción, dando, pues, a entender, que si tal liquidación hubiese existido, el denunciante sí estaría legitimado para interponer reclamación económico-administrativa en el punto concreto referente a la citada sanción.

4. EL DENUNCIANTE, EN LA JURISPRUDENCIA

Como acertadamente apunta TOLA RÚA[41], la existencia de una doctrina predominante en la esfera jurisprudencial a propósito de la materia que se analiza no ha impedido la sistemática aparición de variadas posiciones que, en mayor o menor medida, y pese a carecer del orden cronológico que se requiere para poder hablar de evolución, se apartan de aquel pensamiento tradicional y mayoritario.

A efectos expositivos, resulta procedente agrupar los criterios jurisprudenciales que van a estudiarse en los siguientes bloques:

4.1. El «imputado» como único interesado posible en el procedimiento sancionador

La Jurisprudencia, al ocuparse de la figura del denunciante, y dentro del marco contextual propiciado por la antigua Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, vino negando a aquél el derecho a ejercer la *«acusación particular»* en el seno del procedimiento sancionador, al tratarse de una función represora privativa de la Administración Pública y no estar contemplada dicha posibilidad en los artículos 23 y 26 de la citada Ley procedimental, ni en el artículo 27 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Sin embargo, esta postura jurisprudencial se mostró siempre partidaria de la notificación de la resolución del expediente al tercero —denunciante o no— cuyos derechos o intereses pudieran verse afectados (denunciante cualificado). Buen ejemplo de este criterio es la STS de 5 de

[40] No obstante la reforma operada en la LGT por la Ley 21/1986.

[41] TOLA RÚA, Miguel Ángel, *La consideración...*, Op. Cit., pág. 840.

julio de 1977, si bien existieron pronunciamientos anteriores en idéntico sentido[42].

A mayor abundamiento, los argumentos con que, de forma tradicional, se ha negado legitimación a cualquier otro sujeto distinto del presunto responsable de la infracción pueden ser reconducidos a estos tres: 1) El denunciante no adquiere, por el mero hecho de formular su denuncia, la condición de interesado ni la legitimación para recurrir; 2) El contenido y naturaleza de la potestad sancionadora de la Administración no permite considerar que exista un derecho del particular a su ejercicio ni un interés legítimo en la imposición del castigo; 3) No resulta obligado para los órganos administrativos incoar el procedimiento sancionador ni acordar la sanción aun cuando se den todos los presupuestos exigidos para ello, por lo que ningún administrado —ni los Tribunales— puede imponerle el ejercicio de la potestad sancionadora[43].

La STS de 27 de junio de 1984 ahonda en los planteamientos precedentes, al limitar el alcance de la denuncia a una simple puesta en conocimiento de la Administración de la comisión de hechos supuestamente ilícitos, con el fin de poner en marcha su actividad investigadora y sancionadora. En igual línea, tampoco se venía reconociendo al denunciante legitimación para recurrir la resolución del expediente, al entender que el procedimiento sancionador se contrae exclusivamente *«al binomio Administración-infractor, por lo que, fuera de estas personas, no puede colegirse interés alguno»*[44]. Paralelamente, la STS de 23 de enero de 1986, tras insistir en que el denunciante se limita a comunicar a la Administración un hecho

[42] Tal es el caso de las SsTS de 6 de diciembre de 1952, 23 de febrero de 1956, 2 de abril de 1959 y 12 de diciembre de 1970, en las que se puede leer: «... los denunciantes tienen el carácter de Agentes de la Administración y como tales carecen de acción para recurrir e impugnar en esta vía jurisdiccional las resoluciones que aquélla dicta tanto si desestiman la denuncia como si no imponen multa o la impuesta lo es en cuantía que el denunciante no considera adecuada a los preceptos legales ...».

[43] Así se expresa REBOLLO PUIG, Manuel, *Interesados y denunciantes en el procedimiento administrativo sancionador*, Poder Judicial, núm. 29, marzo 1993, pág. 61.

[44] En estos taxativos términos se pronuncia la STS de 3 de febrero de 1982, dictada en un caso en que la esposa de un trabajador fallecido en accidente laboral pretendía ligar la obtención de beneficios económicos propios a la responsabilidad de la empresa en la que su cónyuge prestaba servicios. El Alto Tribunal se pronuncia con rotundidad: «... es incuestionable que estamos en presencia de un típico procedimiento sancionador, encaminado al esclarecimiento de los hechos y a la determinación de las responsabilidades susceptibles de sanción en el que no puede tener arte ni parte la esposa del trabajador fallecido, no pudiéndose extender la relación jurídica a sujetos extraños a la misma, trabajador-empresa, en cuanto que el procedimiento sancionador que nos ocupa se contrae, exclusivamente, al binomio Administración-infractor, por lo que, fuera de estas personas, no puede colegirse interés alguno, sin que a ello sea óbice la supuesta indefensión, toda vez que, aparte de ese procedimiento sancionador, está la vía civil y penal e incluso la administrativa, de las que la parte apelante pudo hacer uso ...».

que considera irregular, poniendo de relieve que de las resoluciones sancionadoras nunca se desprenden declaraciones o reconocimientos de situaciones individualizadas a favor de personas ajenas al procedimiento, concluye, con cita de las SsTS de 16 de marzo de 1982, 28 de noviembre de 1983 y 27 de junio de 1984[45], que la *«condición de denunciante es sustancialmente distinta de la de parte interesada, de forma que nunca adquiere este carácter»*. Ello no obstante, y al igual que veíamos más arriba, la Sentencia indicada distingue los casos en que se percibe la existencia de un *«denunciante cualificado»*, que ostenta un interés legítimo en relación con la resolución —entendido en términos de beneficio/perjuicio— y que, por consiguiente, dada su condición de interesado, tendría derecho al conocimiento de la resolución que en el expediente pudiese recaer, de aquellos otros en que el denunciante se limita a dar noticia a la Administración de los acaecimientos presuntamente ilícitos —*«denunciante simple»*—.

A la luz de cuanto antecede, no resulta difícil percibir cómo esta postura tradicional del Tribunal Supremo asume, de forma absolutamente predeterminada, la preterición del denunciante en el procedimiento sancionador sobre la base de una concepción omnímoda de la actividad sancionadora en manos de la Administración. Visto el panorama desde la azotea, es claro que, de acuerdo con esta idea, el denunciante tiene vetada toda intervención en el procedimiento más allá de la mera formulación de la denuncia, concebida ésta como una *notitia infractionis*, sin perjuicio de que, en algunas Sentencias, sea calificado como *«testigo cualificado»*, al haber presenciado la infracción denunciada, derivando de un mero deber de

[45] En la STS de 16 de marzo de 1982 se puede leer: «... la condición de denunciante es sustancialmente distinta de la de parte interesada, por cuanto el denunciante, aunque tenga reconocida cierta intervención en el procedimiento que su denuncia provoque, no por ello se constituye en parte, ni el procedimiento deja de ser, a todos los efectos, iniciado, impulsado y rematado de oficio por la Administración». A su vez, la STS de 28 de noviembre de 1983 se pronuncia en los siguientes términos: «... (la denunciante) no ejercitaba un derecho subjetivo, ni ponía en juego un interés personal y legítimo que hubiera de encontrar satisfacción adecuada y traducida en algún beneficio o ventaja, puesto que se limitaba a comunicar a la Administración un proceder que consideraba irregular, es decir, denunciaba la conducta del responsable del restaurante por considerarla irregular según las disposiciones legales reguladoras de esta actividad mercantil, adoptando, como es notorio, la postura de denunciante que le atribuye el acto administrativo impugnado y la sentencia del Tribunal *a quo* ...». Finalmente, en el penúltimo Considerando de la STS de 27 de junio de 1984 leemos: «... sin que tengan valor jurídico alguno las alegaciones de falta de legitimación o renuncia de los denunciantes o alguno de ellos, dado que la denuncia no tiene otro efecto que el de poner en conocimiento de la Administración la comisión de hechos supuestamente ilícitos con el fin de que se ponga en marcha su actividad investigadora y sancionadora, no dependiente de la voluntad de los denunciantes o perjudicados, ...».

cortesía la obligación de notificación al denunciante de determinadas actuaciones[46].

Ahora bien, no podemos compartir la tesis de TOLA RÚA[47], en el sentido de que el criterio jurisprudencial analizado en este apartado no entra dilucidar si el denunciante ostenta un derecho o interés legítimo en la resolución que eventualmente ponga fin al procedimiento, es decir, no diferencia la figura del denunciante «*simple*», que se limita a poner en conocimiento de la Administración unos hechos presuntamente constitutivos de infracción, y que en ningún caso ha de ser tenido por interesado, de aquel «*otro*» denunciante que, ya por su situación personal o por atribución normativa, tiene un interés directo en la resolución que, finalmente, ponga fin al procedimiento sancionador. Bien al contrario, han sido expuestos, líneas arriba, varios ejemplos de pronunciamientos jurisprudenciales que acogen claramente la dicotomía apuntada. Tal es el caso de la STS de 5 de julio de 1977 o la de 23 de enero de 1986, que distinguen con nitidez entre «*denunciante simple*» y «*denunciante cualificado*». Incluso la STS de 23 de junio de 1987[48] participa de este planteamiento, al reconocer la posible existencia de beneficios para el denunciante, derivados, precisamente, de la tramitación del procedimiento sancionador. Cuestión diversa es que la postura jurisprudencial que nos ocupa no conecte consecuencias procedimentales y procesales directas a la asunción de esta disparidad de denunciantes.

En lo que sí coincidimos con TOLA RÚA es en la apreciación de las derivaciones de orden práctico que resultan de la admisión del criterio jurisprudencial estudiado. Derivaciones que se plasman en un diseño del procedimiento sancionador polarizado en dos bandos: la Administración, por un lado, que ejercita su *ius puniendi* con absoluta libertad y escaso control apriorístico, y el imputado, por otro lado, interesado en evitar la aplicación en su persona o patrimonio de la corrección administrativa.

[46] Buen ejemplo de la línea jurisprudencial apuntada es la STS de 23 de junio de 1987, dictada a propósito de presuntas infracciones del régimen de viviendas protegidas. Sobre este particular, la Sentencia se pronuncia en los siguientes términos: «... el denunciante de que hablan los artículos 157 y siguientes del Decreto Reglamentario 2114/1968, de 24 de julio, lo es en sentido técnico y propio, careciendo en el procedimiento sancionador de la condición de interesado, condición esta que ostenta el imputado. (...) La denuncia es un acto de un tercero para excitar la actuación investigadora, comprobadora, y, en su caso, sancionadora de la Administración, careciendo de la virtualidad de poner en marcha el procedimiento sancionador. (...) La denuncia, como los demás actos de excitación del actuar administrativo que prevé el artículo 68 de la Ley de Procedimiento Administrativo, no inicia el procedimiento ... Al no tener la condición de interesado, sino la de mero testigo cualificado, el denunciante no tiene «derecho al procedimiento», por lo que mal puede impugnar la decisión de archivar las actuaciones. Y no contradice esa condición de mero testigo cualificado el hecho de que el Reglamento imponga a la Administración el deber de notificar las propuestas de resolución porque esto tiene por finalidad la de tenerle informado del recurso, de las actuaciones más importantes del procedimiento, bien por un simple deber de cortesía, como lo es el de acusar recibo las peticiones graciables que impone la vigente legislación, bien al objeto de que pueda beneficiarse de los posibles efectos del procedimiento (preferencia para adjudicación de la vivienda, en el caso de que la sanción conlleve la privación de ella al titular). Y que no tiene «derecho al procedimiento» resulta también de la imposibilidad de recurrir el acto terminal, sea éste sancionador o absolutorio.

[47] TOLA RÚA, Miguel Ángel, *La consideración...*, Op. Cit., págs. 841 y ss.

[48] De la que se ocupa en profundidad la Nota 45, a cuyo contenido nos remitimos.

En todo caso, esta postura jurisprudencial se ha venido manteniendo con posterioridad, pese al profundo rechazo que sus concepciones han suscitado en amplios sectores doctrinales. Merece la pena, en este punto, traer a colación, por expresiva, la opinión de NIETO[49], quien no ha tenido inconveniente alguno en incluir entre «*algunos desaciertos garrafales*» de la jurisprudencia —aunque su labor sea calificada, en conjunto, de «*sencillamente admirable*»— «*la doctrina de la falta de legitimación de los interesados para exigir la persecución de las infracciones que perjudican, no ya sólo al interés público, sino a los particulares*». Añadiendo que «*es incomprensible, en efecto, que el perjudicado por los humos de una fábrica vecina no pueda exigir de la Administración la sanción de la infracción de las medidas de filtrado*».

Pero, como decimos, y pese a ello, los pronunciamientos jurisprudenciales fieles a la línea indicada se han ido reproduciendo. Tal es el caso, por citar algún ejemplo, de la STS de 20 de marzo de 1992, que limita las «*posibilidades de actuación del particular*» a la denuncia de la infracción cometida[50], y de la STS de 9 de febrero de 1993 que, ante un caso de archivo de diligencias informativas decretado por la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Barcelona tras la denuncia presentada por un colegiado, reconoce que «*no siendo parte el denunciante en las diligencias previas informativas carece de acción para instar la prosecución de la actividad sancionadora... ni objetar la falta de motivación del acuerdo ordenando el archivo de dichas diligencias, toda vez que ese acuerdo no afecta a su derecho ni interés, sin perjuicio de ejercer las acciones que en el orden civil o penal creyere le corresponden por los actos denunciados que estime procedentes*». Ahora bien, es de destacar cómo esta última Sentencia liga la falta de legitimación del denunciante a la carencia, por éste, de todo derecho o interés que pueda verse afectado por la resolución administrativa. Levemente, se inicia un proceso de flexibilización de los férreos planteamientos imperantes y de los que hasta ahora nos hemos ocupado.

Representativa es, finalmente, la STS de 13 de marzo de 1991, que conoce del recurso interpuesto por el denunciante de una supuesta infracción disciplinaria cometida por un Magistrado contra la Reso-

[49] *Derecho Administrativo Sancionador*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, pág. 26.

[50] Sobre esta Sentencia volveremos más adelante, dado su particular interés.

lución del Consejo General del Poder Judicial que inadmitió, por falta de legitimación, su recurso de alzada contra el archivo de actuaciones acordado por la Comisión Disciplinaria. En la citada Sentencia se puede leer:

> *«El artículo 113 de la Ley de Procedimiento Administrativo reconoce legitimación para interponer recursos administrativos a los titulares de un interés directo, personal y legítimo en el asunto, pero tal interés no puede reconocerse a los denunciantes en un procedimiento sancionador... Existe una reiterada doctrina jurisprudencial recaída tanto en materia general sancionadora como en la especial disciplinaria de funcionarios o en la específica referente a Jueces y Magistrados... que declara que la condición de denunciante es sustancialmente distinta de la de parte interesada, por cuanto el denunciante... no por ello se constituye en parte y así, aunque el artículo 415.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial permite la iniciación del procedimiento a instancia del agraviado que aportaría la inicial noticia de la infracción, el mismo no tiene en el desarrollo ulterior del procedimiento facultad alguna de iniciativa procesal, ni por tanto legitimación para crear la obligación del órgano sancionador de investigar la concreta situación del hecho denunciado».*

4.2. Diferenciación entre «denunciante simple» y «denunciante cualificado»

Esta postura jurisprudencial parte de la distinción entre dos tipos de denunciantes: el que podríamos denominar *«simple»*, por un lado, cuya actuación se limita a poner en conocimiento de la Administración unos hechos, presuntamente constitutivos de infracción administrativa (es decir, un colaborador administrativo), y, por otro lado, el *«denunciante cualificado»*, dotado de una singularidad especial en lo que aquí interesa, cual es el solapamiento de su originaria e inexpropiable condición con la inherente a la figura del interesado en un procedimiento administrativo común[51]. Sin embargo, la relevancia de este novedoso criterio jurisprudencial no se agota con el simple reconocimiento de esta dicotomía. Va más allá. La esencia de su importancia radica en conectar a esa diferenciación nominativa y conceptual consecuencias jurídicas diversas, traducidas en posibilidades reales de actuación procedimental.

[51] Artículo 23 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958, y artículo 31 de la LRJAP-PAC.

En efecto, el *«denunciante cualificado»*, en cuanto parte interesada, podrá actuar válidamente en el seno del *iter* sancionador. ¿Por qué? Porque su situación jurídica halla natural encaje en alguno de los supuestos legitimadores previstos en el artículo 31 de la LRJAP-PAC[52]. Porque, en definitiva, es titular de algún derecho o interés legítimo que puede resultar afectado por la resolución que se adopte. Se verifica, de este modo, una traslación del concepto de interesado del procedimiento administrativo común al contexto sancionador.

Ciertamente, la frecuencia con que, en la actualidad, *«llueven»* ejemplos jurisprudenciales de esta tendencia contrasta con la excepcionalidad que adorna su acogimiento en épocas anteriores. Veamos algún caso. La STS de 15 de noviembre de 1972 analiza la denuncia presentada por un espectador contra una sala de exhibición cinematográfica, en demanda de su derecho a visualizar, en formato íntegro, la película *«Vivan los novios»*. El Alto Tribunal reconoce que *«concurre en el accionante un interés concreto en la anulación de la que pueden deducirse consecuencias para su derecho que él estima favorables, y que por lo mismo resultan suficientes para estimarle investido de interés legitimador (aptitud para entablar recurso de alzada en vía administrativa), dado que la resolución que se postula puede crear una situación jurídica que favorezca de algún modo al reclamante, aunque, incluso, carezca de apoyo en un precepto legal y declarativo de un derecho propio»*[53].

Hoy en día, sin embargo, y como decimos, los pronunciamientos jurisprudenciales partidarios de esta línea argumental son más frecuentes, respondiendo, todos ellos, a un común denominador: el denunciante estará legitimado para intervenir en el procedimiento sancionador si la sanción que pueda imponerse al imputado es capaz de generar un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante, otorgando un beneficio directo o eliminando una carga o gravamen. Este planteamiento es el seguido, precisamente, por la STS de 9 de febrero de 1993, de la que antes nos hemos ocupado, cuya relevancia radica en negar la legitimación del recurrente-denunciante sobre la base de que la resolución administrativa adoptada no incide en ningún derecho o interés de que aquél sea titular.

Asimismo, la STS de 20 de marzo de 1992 reconoce expresamente la posibilidad de que el perjudicado por la conducta presuntamente infractora pueda intervenir en el procedimiento administrativo san-

[52] Antes, en el artículo 23 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

[53] Esta misma argumentación se extrae de la STS de 12 de enero de 1973, que enjuició un supuesto de hecho idéntico, con la sola diferencia de la cinta exhibida, en este caso, «El ángel exterminador».

cionador, una vez éste haya sido incoado por el órgano competente al efecto. Y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 20 de octubre de 1997, acepta la condición de interesado de un vecino que denunció a una Asociación, en cuyos locales, colindantes con la vivienda del denunciante, se producían ruidos molestos, por encima del nivel acústico legalmente permitido. El Tribunal residencia su decisión en el hecho de que se trata de uno de los vecinos afectados por el ruido emitido desde el local de la Asociación, siendo, pues, una «*persona directamente afectada por los hechos denunciados*».

Finalmente, citaremos la STS de 13 de marzo de 1992, en la que se enjuicia el archivo de un expediente sancionador, incoado por supuesta infracción de las normas reguladoras de la construcción y el uso de viviendas protegidas. El Alto Tribunal arguye en su decisión que el denunciante, al haber sido perjudicado por la constructora, se hallaba suficientemente legitimado para recurrir, instando de la Administración actuante, en defensa de sus derechos e intereses legítimos, la anulación o modificación de un acto administrativo que le afectaba, como era el acuerdo de archivo del procedimiento sancionador[54].

No podemos dejar de apuntar que la mayor parte de las Sentencias recaídas a propósito de procedimientos disciplinarios parten de estas consideraciones, de modo que si el denunciante no ostenta la condición jurídica de interesado, por no ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo susceptible de ser afectado por la resolución que se adopte, no será tenido por parte en el procedimiento sancionador[55].

4.3. El interés por la legalidad del denunciante

Como sostiene TOLA RÚA[56], nos hallamos ante la línea de vanguardia del Tribunal Supremo e implica una conceptuación del denunciante, ante el procedimiento sancionador, radicalmente distinta de las anteriores, aunque directa heredera de la que buscaba un

[54] Un razonamiento parecido se aprecia en la STS de 16 de marzo de 1982, en la que se revisa un procedimiento sancionador sustanciado con arreglo al Reglamento de Viviendas de Protección Oficial, de 24 de julio de 1968. El Tribunal atribuye la condición de interesados en el procedimiento a quienes fueron dueños de la viviendas, tanto al realizarse los hechos constitutivos de las infracciones, como en el tiempo en que se castigan, dado que al sancionado se impone la obligación de ejecutar determinadas obras de reparación y de demoler lo indebidamente edificado, lo que conlleva, como lógico corolario, la titularidad de derechos por quienes resultan favorecidos por tales trabajos.

[55] Es el caso de las SsTS de 12 de septiembre de 1997, 26 de septiembre de 1997, 22 de diciembre de 1997, 17 de febrero de 1998 y 3 de julio de 1998, entre otras muchas.

[56] TOLA RÚA, Miguel Ángel, *La consideración...*, Op. Cit., pág. 845.

derecho o interés para fundamentar su legitimación. En este caso, el interés legítimo que permite al denunciante intervenir activamente en el procedimiento sancionador viene constituido por un mero interés en la legalidad, esto es, en una correcta aplicación de la normativa observable en cada caso.

No son muchos los ejemplos de pronunciamientos jurisprudenciales centrados en esta revolucionaria tendencia. Uno de ellos puede venir representado por la STS de 15 de diciembre de 1997. La cuestión sometida a enjuiciamiento es, en síntesis, la siguiente: se impugna una Resolución de la Junta Electoral Central, por la que se impone una sanción a un alto cargo de la Junta de Andalucía por la comisión de una infracción prevista en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio). En el marco del procedimiento administrativo sancionador tuvo intervención el Partido Popular y, con base en esta circunstancia, se ofrece al Alto Tribunal la oportunidad de pronunciarse sobre la corrección jurídica del reconocimiento de la legitimidad de dicha formación política en el *iter* sancionador. A este respecto, la Sentencia afirma lo siguiente:

> «*La cuestión referida a la denominada «falta de legitimación pasiva» del Partido Popular la plantea la recurrente en el sentido de que no procedía darle traslado de las actuaciones para alegaciones en la vía administrativa, al parecer, con apoyo en que en el artículo 13.2 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, se distingue con nitidez la figura del denunciante y la del interesado, otorgando la posibilidad de alegaciones únicamente a los interesados, quedando el denunciante al margen del proceso sancionador, puesto que, según indica, no encaja en ninguno de los supuestos de interesados que recoge el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, mas esta Sala no puede aceptar tal criterio, en cuanto que el denunciante sí está «legitimado» en el aspecto indicado y en cualquier otro con arreglo al artículo 28.1.a) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, en relación con el artículo 24 de la Constitución, para obtener una respuesta administrativa o jurisdiccional, por razón de que una resolución estimatoria de sus pretensiones puede incidir positivamente en la esfera jurídica del aquí denunciante, y a la luz de la jurisprudencia de esta Sala, contraria a una interpretación restrictiva de la «legitimación» y proclive, por ello, a favorecer el acceso al proceso, aunque sólo moviera al denunciante un impulso de puro interés por la legalidad, si, además, concurre su interés por obtener la sanción impuesta a un adversario en lo político, de la que puede lograr un resultado favorable, también en dicho ámbito, y aunque sea para el futuro, lo que sí*

incluye al aquí denunciante entre los supuestos del artículo 31 de la Ley 30/1992, citada».[57]

No resulta aventurado indicar que la aceptación de la tesis que subyace en la Sentencia acabada de analizar —el mero interés por la legalidad es suficiente para fundamentar la legitimación del denunciante, como interesado, en el seno del procedimiento sancionador— lleva consigo consecuencias de más imprevisible valoración. Y entre estas consecuencias no cabe duda de que se puede contar la relativa a la universalización de la acción popular en el ejercicio de la potestad sancionadora.

El estudio en profundidad de esta figura escapa por completo de las intenciones que inspiran estas líneas. Únicamente señalaremos que, en efecto, no han faltado autores que han propuesto consagrar, con carácter general para todo el Derecho Administrativo sancionador, de forma paralela a lo que ocurre en el Derecho Procesal Penal, la acción popular[58]. Además, los motivos que justificaron su implantación en el ámbito del Derecho Urbanístico[59], directamente conectados con los peligros de una Administración *«benevolente»* y en *«connivencia»* con *«empresarios poderosos»*, así como con el dato de la existencia de conflictos de intereses privados tras una relación estrictamente pública, se han ido extendiendo a otros muchos campos, lo que ha propiciado su implantación en la Ley del Patrimonio Histórico[60] y en la Ley de Costas[61].

Con todo, no han faltado voces que se han alzado en contra de la admisión generalista de los efectos propios de la acción popular en el ámbito sancionador, ofertando un doble argumento: por un lado, la excepción que supone la acción pública debe ser interpretada restrictivamente, toda vez que el principio general es el de exigencia de legitimación; por otro lado, la especificidad del procedimiento sancionador —en el que, según la tesis tradicional, no puede haber otros intereses protegibles que los públicos (a defender exclusivamente por la Administración) y los del presunto infractor— le hace inmutable a

[57] Cita esta Sentencia, en apoyo de su línea argumental, otras emanadas del mismo Tribunal Supremo. En particular, las de 21 de julio de 1995, 25 y 31 de octubre de 1996, 2 y 9 de noviembre de 1996 y 21, 24 y 29 de enero de 1997.

[58] Es el caso de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo II*, 3ª edición, Madrid, 1991, pág. 183: «El reparto del campo sancionatorio entre la Administración y los Tribunales obliga a extender a la primera la acción popular prevista en el artículo 125 de la Constitución y generalizada en el artículo 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

[59] COSCULLUELA MONTANER, L., *Acción pública en materia urbanística*, Revista de Administración Pública, núm. 71, págs. 12-13 y 24.

[60] Artículo 8.2.

[61] Artículo 109.2.

la eventual incidencia de la acción popular, que habrá de orientarse, por tanto, a pretensiones distintas de las puramente sancionadoras[62].

Hay, empero, razones más poderosas a favor de la admisión del denunciante como parte en el procedimiento, siempre que manifieste su voluntad en tal sentido, es decir, que no se limite a comunicar a la Administración la infracción. De entrada, es obvio que si el legislador expresamente opta por un sistema diverso del general, no parece acertado pretender reducir sus efectos al mínimo, mediante su interpretación restrictiva, incluso dentro de la materia para la que la especialidad se ha pensado. Tampoco parece un terreno propicio para interpretaciones restrictivas el relativo al ejercicio de las acciones, generalmente caracterizado por tesis contrarias, tendentes a favorecer el uso de los derechos. Por otro lado, y en relación con el ámbito sancionador *strictu sensu*, no debemos olvidar que cuando el legislador considera necesario y oportuno establecer un elenco de infracciones y sanciones para la correcta tutela de los intereses y bienes jurídicos regulados por la normativa sectorial de que se trate, tales disposiciones también forman parte de *«lo establecido en la Ley»*, para cuya observancia se oferta la acción popular. Otorgar esta acción para favorecer el cumplimiento de la Ley, extrayendo de ésta las disposiciones sancionadoras, no constituye una formulación que goce de especial respaldo jurídico[63].

Otra de las consecuencias jurídicas a las que ha dado lugar la tesis del interés en la legalidad como particular modalidad del interés legítimo ha sido, sin duda, el reconocimiento de legitimación a los entes asociativos representativos de intereses sociales o económicos, sobre la base de los denominados *«intereses colectivos o difusos»*, especialmente significativos en áreas como la protección medio ambiental, el consumo o el patrimonio histórico-artístico.

A este respecto, el artículo 31.2 de la LRJAP-PAC reconoce que *«las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca»*. Desde la perspectiva jurisprudencial, es de obligada cita la STC 34/1994, de 31 de enero, en la que se fijan las bases para el reconocimiento en vía administrativa de los intereses

[62] GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley del Suelo*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, págs. 2136 y 2137. Recordemos que este famoso administrativista siempre ha mantenido una postura expresamente contraria a la admisión del denunciante como parte en el procedimiento sancionador urbanístico, donde, como es sabido, aparece consagrada la acción pública desde el año 1956.

[63] CALERO RODRÍGUEZ, J.R., *Régimen Jurídico de las costas españolas*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 1046 y ss. El autor parece reprochar al legislador que el mecanismo de la acción popular, previsto en el artículo 109 de la Ley de Costas (192 y 202 del Reglamento de la Ley) quede limitado al ámbito sancionador.

difusos. La Sentencia se pronuncia sobre la presunta vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva padecida por una asociación ecologista, a la que fue denegada la personación en una causa penal por prevaricación incoada, precisamente, a raíz de una denuncia presentada por aquélla. El Alto Tribunal, en su resolución, deja claro que las asociaciones ecologistas tienen un especial interés respecto de la correcta aplicación de la legalidad por la Administración, en orden a la sanción de aquellas conductas que amenazan o destruyen los recursos naturales, afirmando textualmente que *«resulta evidente que una asociación con fines de defensa de la naturaleza y del mundo animal tiene un interés legítimo y personal en velar por el correcto ejercicio de la potestad administrativa ...»*. Derivada de la idea anterior, se reconoce a estas Asociaciones un interés legítimo respecto del ejercicio de determinadas potestades administrativas, en este caso, la sancionadora.

La doctrina sentada por el TC permite considerar a una asociación, titular de intereses colectivos o difusos, que denuncie una actuación presuntamente infractora, como interesada en el correspondiente procedimiento sancionador. Este interés, que es calificado por el propio TC como personal y legítimo, convertirá en parte a la entidad denunciante, sin necesidad de realizar invocaciones adicionales y, lo que es más importante, sin necesidad de justificar un beneficio o perjuicio directo derivado de la resolución que finalmente se adopte. De este modo, la sola constatación, por el órgano administrativo competente, de la identidad relacional entre el fin asociativo del ente y la naturaleza de la infracción denunciada, bastará para atribuir a aquél la condición de parte en el procedimiento sancionador que pueda incoarse[64].

5. LA CONDICIÓN JURÍDICA REAL DEL DENUNCIANTE EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Trataremos, en el presente apartado, de recalcar las múltiples razones que aconsejan el pronto abandono —y olvido— de la postura tradicional de la jurisprudencia en relación con la temática que motiva estas líneas, para, a continuación, abordar lo que ha de constituir nuestra particular visión de aquélla, sin despreciar, por último, el examen de ciertos problemas de orden práctico que la actividad procedimental administrativa genera y que demandan, como poco, un intento de solución. Vayamos, pues, por partes.

[64] Así lo entiende TOLA RÚA, *La consideración...*, Op. Cit., pág. 857.

5.1. La necesaria superación de la postura jurisprudencial tradicional

Con cierto detenimiento vimos, líneas arriba, la sustancia argumental que subyacía tras esta visión tradicional de la Jurisprudencia a propósito del papel —mejor, del no papel— del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. En verdad, la idea de que el denunciante no es interesado en este tipo de procedimientos se ha erigido en la piedra angular de las resoluciones de nuestros Tribunales de Justicia durante no poco tiempo —quizá demasiado—, negando, de este modo, tal condición al perjudicado por la infracción y vetando, en consecuencia, toda posibilidad de recurso frente al archivo de las actuaciones, la resolución absolutoria o la comprensiva de una sanción insuficiente.

Ahora bien, justo es reconocer, como hace REBOLLO PUIG[65], que la doctrina apuntada descansaba sobre una base exacta e inobjetable: el mero hecho de formular una denuncia no constituye a nadie en interesado en el procedimiento administrativo que aquélla, eventualmente, genere, toda vez que la denuncia, por definición, no es más que una simple comunicación de hechos, presuntamente ilícitos, a la autoridad. Es más, según postula el indicado autor, *«puede —y, en ocasiones, debe— ser denunciante cualquiera sin que se exija ninguna relación con el hecho o con los perjuicios que ocasione»*, por lo que configurarlo con carácter general como interesado conduciría a una solución claramente contraria al artículo 31 de la LRJAP-PAC o, peor aún, a exigir para esa simple denuncia, que no implica ejercicio de acciones, la titularidad de derechos o intereses a que se refiere el precepto reseñado.

Siendo lo anterior cierto, no lo es menos que el planteamiento que encierra jamás puede constituir argumento bastante para una Jurisprudencia tan categórica y predeterminada como la que en aquél se sustentó. Que el denunciante no se convierta, por esa sola condición, en interesado no implica, de ninguna forma, que no lo pueda ser realmente si concurren en él otras circunstancias.

Efectivamente, habrá casos en que el denunciante se limite a comunicar la infracción a la Administración, siendo, en tales supuestos, acertada la consideración clásica o tradicional sobre su posición en el procedimiento. Sin embargo, cuando aduzca y demuestre la concurrencia de un interés personal y legítimo, que le destaque del resto de los ciudadanos que podían haber formulado potencialmente esa denuncia, manifestando explícita o implícitamente su voluntad de ser

[65] REBOLLO PUIG, Manuel, *Interesados...*, Op. Cit., pág. 61.

parte en el subsiguiente procedimiento —es decir, personándose en el mismo[66]—, es obvio que nada puede obstar a su consideración como parte en el mismo.

Late, sin duda, en lo acabado de exponer, la diferenciación entre denunciante *«simple»* y denunciante *«cualificado o interesado»*, acogida también por alguna Jurisprudencia, la que supera, precisamente, la denominada *«postura tradicional»*. El denunciante *«interesado»* será aquél que ostente un interés legítimo del tipo que sea[67] —sin perjuicio de los supuestos en que la legislación vigente tenga reconocida la llamada *«acción popular»*—. Por su parte, la condición de denunciante *«simple»* deberá recaer en la persona cuya actividad real incida en la propia de un colaborador de la Administración *strictu sensu*, limitándose a facilitar a ésta la *notitia infractionis*, sin interés legítimo concreto en el caso.

Al margen de lo expuesto hasta el momento en el presente apartado, debemos significar que la falta de legitimación del denunciante también se ha tratado de residenciar en la supuesta imposibilidad general de la potestad sancionadora para afectar derechos distintos de los del imputado o intereses diversos a los públicos, defendidos por la Administración. De acuerdo con esta idea, sólo el presunto infractor —y sólo él— vería afectados sus derechos subjetivos por la resolución del procedimiento sancionador, de modo que únicamente se hallarían implicados en el mismo sus *«intereses legítimos, personales y directos»*. A mayor abundamiento, la tesis ha tratado de hallar respaldo en la propia conceptuación de los dos elementos objetivos básicos del Derecho Administrativo sancionador: la infracción y la sanción. Desde la perspectiva del primero, la teorización que se expone parte de entender la infracción administrativa como lesión de intereses públicos, no de derechos subjetivos o intereses particulares. Desde la perspectiva de la sanción, los defensores de esta doctrina concretan el alcance de aquélla en el mal que se inflige al responsable de la infracción, sin que ningún otro administrado experimente ventaja o beneficio[68], ni personal ni patrimonial[69].

[66] Esta personación podrá ser realizada mediante una manifestación en tal sentido al tiempo de formalizar la denuncia o, posteriormente, a través de una declaración al efecto cuando el procedimiento esté ya en marcha.

[67] Más adelante volveremos sobre este particular.

[68] Ni, por tanto, obtención de derechos o satisfacción de legítimos intereses.

[69] Paradigma de esta corriente es, a nuestro modo de ver, la STS de 15 de marzo de 1991, en materia de responsabilidad disciplinaria de Jueces y Magistrados. A tenor de la misma, «debe examinarse ante todo si la recurrente se encuentra legitimada al efecto, siendo titular de un interés directo... Dicha cuestión debe resolverse negativamente, pues, si bien es cierto que la conducta del Magistrado-Juez afectó a la recurrente, las facultades que otorga a ésta el ordenamiento jurídico se limitan a la presentación de las denuncias, correspondiendo al órgano competente la comprobación de los hechos y la apreciación de si constituyen falta disciplinaria. No ... puede entenderse que (los particulares) tengan un interés directo en la apertura de un expediente que nada ampliaría ni restringiría su esfera de derechos y deberes ...». Como puede fácilmente constatarse, la doctrina acogida por la Sentencia no confiere más facultad al agraviado por la presunta infracción que la de formular denuncia, sin que tal actuación otorgue situación jurídica activa de clase alguna. De este modo, el agraviado no sería interesado en el procedimiento sancionador ni aunque se personase en el mismo, en la forma legalmente prevista. Pese a todo, la línea argumental indicada se detecta en otros pronunciamientos judiciales, cual es el caso de las SsTS de 29 de julio de 1990 y 8 de febrero de 1999, que versan también sobre régimen disciplinario de Jueces y Magistrados. Según esta última, «... la clave para la determinación de si existe o no un interés legítimo en el proceso de impugnación de una resolución del Consejo General del Poder Judicial, dictada en expediente abierto a virtud de denuncia de un particular por una hipotética responsabilidad de un Juez, debe situarse en el dato de si la imposición de una sanción al Juez puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o puede eliminar una carga o gravamen en esa esfera, y será así, en cada caso, y en función de lo pretendido, como pueda darse la contestación adecuada, no siéndolo la de que la imposición de la sanción constituye por sí misma la satisfacción de un interés, lo que constituiría una petición de principio ...».

Nuestra opinión, empero, no puede compartir los argumentos precedentes[70]. De entrada, y si bien es cierto que en todo procedimiento sancionador se encuentran implicados intereses públicos, no lo es menos que también pueden estar comprometidos intereses distintos, de particulares, como bien puede ser el caso del perjudicado por la infracción cometida. Y parece claro que la situación personal de quien ha sufrido los efectos perniciosos de una actuación tipificada legalmente como infracción administrativa no es ni puede ser la misma que la de cualquier otro ciudadano no afectado por dicha actuación[71]. Sobre este particular, debemos recordar, *mutatis mutandis*, que, en el marco de los procesos penales, la víctima del delito puede constituirse en parte sin especiales dificultades, instando la imposición de las penas correspondientes. Y ello a pesar de que, conforme al alcance del artículo 24.1 de la Constitución, la víctima carece del derecho fundamental a la imposición de la pena[72], pues su único derecho procesal absoluto tiene que ver

[70] Ya lo ha hecho el Tribunal Supremo, en algunas Sentencias. Vid., al efecto, las SsTS de 20 de marzo de 1992, 15 de septiembre de 1994, 15 de diciembre de 1997 y 3 de junio de 1998, por citar algunos ejemplos.

[71] Así se pronuncia HUERGO LORA, A., *La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos*», en RAP, núm. 137, 1995, págs. 211 y siguientes.

[72] La STC 41/1997, de 10 de marzo, dispone, a propósito de este extremo, lo siguiente: «El particular, en efecto, no ostenta ningún derecho a castigar, pues el *ius puniendi* es de titularidad estatal (STC 157/1990, fundamento jurídico 4°, y 31/1996, fundamento jurídico 10°). Es más: pese a que, por disposición de la ley, puede ejercitar la acción penal y debe, por tanto, obtener una respuesta jurídicamente fundada, carece, desde la perspectiva constitucional, de interés legítimo en la imposición del castigo, pues la pena pública implica, por su propia naturaleza, la exclusión de todo móvil privado en su aplicación. Y, por lo tanto, al pedir que se actúe penalmente contra un tercero no hace sino promover el ejercicio de una potestad estatal limitadora de los derechos fundamentales, en cuyo ejercicio puede tener, ciertamente, un interés; pero al que, por todo lo expuesto, no puede otorgársele relevancia alguna en esta sede de amparo sin desvirtuar su naturaleza y significación».

directamente con la sustanciación, con pleno respeto a las garantías procedimentales, del proceso penal en el que es parte[73].

Por otro lado, tampoco pueden desconocerse las ventajas claras y directas que sobre determinadas personas —en especial, las afectadas por la infracción administrativa— pueden reportar medidas sancionadoras al margen de las pecuniarias. A este respecto, y como expresivo ejemplo, es obvio que la clausura de una actividad lúdica por sistemática contaminación acústica o inobservancia de los niveles de ruido permitidos lleva consigo, de forma implícita, un beneficio que incide en la esfera personal de los vecinos afectados por dicha contaminación, beneficio que, por lo demás, es consecuencia directa de la sanción. Si tales vecinos hubiesen excitado la actividad sancionadora de la Administración —esto es, hubiesen asumido el papel de denunciantes—, negar su intervención como interesados en el subsiguiente procedimiento habría sido tanto como dar la espalda a la evidencia[74].

En todo caso, y como sostiene REBOLLO PUIG[75], *«en la base de todas estas restricciones a la legitimación en los procedimientos sancionadores, que en definitiva conducen a una máxima libertad del órgano administrativo para no ejercer sus competencias y a un mínimo o nulo control de la dejación de sus poderes punitivos, pudiera encontrarse la pervivencia parcial de las doctrinas que configuraban la represión administrativa como el ejercicio no obligatorio de un derecho subjetivo de la Administración[76], frente al cual, a diferencia de lo que ocurre con sus*

[73] En la STC 116/1997, de 23 de junio, se puede leer: «... no cabe sostener que el haz de derechos cobijados en el artículo 24 de la Constitución, a la hora de configurar la efectividad de la tutela judicial se agote, en el proceso penal, con el mero respeto de las garantías allí establecidas a favor del imputado, procesado o acusado, según las distintas fases de aquél. Tal norma incorpora también el interés público, cuya relevancia constitucional no es posible, y ni siquiera deseable, desconocer en un juicio justo donde queden intactas tales garantías de todos los partícipes».

[74] Tal parece ser la opinión de GÓMEZ FERRER, *Derecho a la tutela judicial y posición jurídica peculiar de los poderes públicos*, en REDA, núm. 33, 1982, págs. 189 y ss. Según el citado profesor, «todo interés individual o social tutelado por el Derecho indirectamente, con ocasión de la protección del interés general, y no configurado como derecho subjetivo, puede calificarse como interés legítimo. Y, en consecuencia, toda disposición o acto que incida en el ámbito de un interés legítimo puede ser impugnado por su titular, de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución, con independencia de que le ocasione de forma directa un beneficio o un perjuicio; (...) los titulares de intereses legítimos son aquellas personas que por razón de la situación objetiva en que se encuentran (en terminología de DUGUIT), por una circunstancia de carácter personal, o en ocasiones por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de cualquier ciudadano, por lo que tienen un interés legítimo en que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento cuando con motivo de la persecución de fines de interés general, inciden en el ámbito de tal interés propio, aun cuando la actuación de que se trata no les ocasione, en concreto, un beneficio o un perjuicio inmediato, sea de carácter moral o material».

[75] REBOLLO PUIG, Manuel, *Interesados...*, Op. Cit., pág. 66.

[76] MONTORO PUERTO, M., *La infracción administrativa: características manifestaciones y sanciones*, Barcelona, 1965, págs. 288 y ss.

potestades, sólo habría intereses simples, pero no otros derechos subjetivos o intereses legítimos». Añadiendo que *«incluso sin esa calificación jurídica y reconociendo que las sanciones se imponen en virtud de una potestad, se deja sentir cierto eco de aquella doctrina al reconocer, a veces, justamente para negar la legitimación a los particulares, una amplísima discrecionalidad que no podría verse, se dice, sustituida por la apreciación de los administrados»*[77].

El reconocimiento del carácter discrecional de la potestad sancionadora de la Administración —en todo o en parte— conduce a consecuencias ineludibles, entre otras, que ninguna persona puede compeler a la Administración a poner en marcha su efectivo ejercicio, lo que acarrea, por pura deducción silogística, la negación de la existencia de interesados distintos del presunto responsable. Y tales conclusiones, según se ha visto, distan mucho de ser correctas jurídicamente.

En verdad, y frente a las posturas doctrinales que propugnan abiertamente la admisión de un amplio margen de discrecionalidad en el hacer sancionador de la Administración Pública, postulando una prevalencia, en este ámbito, del principio de oportunidad sobre el de legalidad (ex artículo 103.1 de la Constitución), nuestra opinión preconiza precisamente la primacía de este último. A mi modo de ver, tan pronto sea conocida por la Administración la comisión de una infracción perseguible[78], su mecanismo coercitivo ha de ponerse a funcionar, siendo la potestad sancionadora debida u obligada para el órgano que ostenta su titularidad. De acuerdo con este planteamiento, ha de regir el mismo principio en el ámbito sancionador administrativo y en la esfera procesal penal[79], quedando desterrados definitivamente los pareceres que identifican la potestad sancionadora pública con un derecho de la Administración, cuyo ejercicio o dejación depende de su particular capricho.

Esta postura es compartida por prestigiosos administrativistas[80] y aun por múltiples decisiones jurisprudenciales[81], que vienen soste-

[77] En este sentido se pronuncia las SsTS de 2 de junio de 1966 («la acción disciplinaria contra funcionarios públicos ... corresponde exclusivamente a la Administración y la pone en ejercicio o no con arreglo a las leyes y reglamentos, sin que precepto alguno le obligue a proceder cuando no lo estime necesario, y sin que tampoco en nuestro ordenamiento jurídico se encuentre disposición alguna que le imponga la obligación de incoar expediente disciplinario a instancia de parte»), citada por REBOLLO PUIG.

[78] Quedan al margen, claro está, los supuestos de prescripción de la infracción al tiempo en que su comisión es conocida por la Administración.

[79] No olvidemos que, en nuestro Ordenamiento Jurídico, y salvo contadas excepciones, la acción penal resulta indisponible.

[80] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso...*, Op. Cit., pág. 186. Según estos autores, «en modo alguno puede admitirse que abrir un expediente sancionatorio y sancionar dentro de él constituya una potestad discrecional de la Administración». En el mismo sentido, PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ BLANCO, A., y ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Barcelona, 1990, pág. 256.

[81] SsTS de 24 de septiembre de 1976, 25 de mayo de 1987 y 4 de febrero de 1992, entre otras.

niendo el engarce directo de la potestad sancionadora de la Administración con el Principio de Legalidad, baluarte básico de aquélla[82] que no admite excepciones, aunque algunos defiendan esta posibilidad, sobre la base de modulaciones flexibilizadas en su aplicación[83]. Es más, la concepción de la potestad sancionadora como acto obligado facilita el control, por parte de los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, de las actuaciones de la Administración en el ejercicio de aquella potestad y, en especial, la dejación de sus funciones en tal ámbito, si bien, y como resulta obvio, siempre será precisa la existencia de algún interesado, distinto del presunto infractor, que impulse la labor administrativa en esta esfera material. Si, por el contrario, se niega de plano la eventual presencia de otros interesados en el procedimiento, distintos del imputado, la obligación legal de la Administración de perseguir las infracciones cometidas carecería de virtualidad práctica en el orden procedimental, pues su cumplimiento o incumplimiento quedaría exento de todo control por parte de sujetos capaces de exigir su plena observancia a aquélla[84].

La postura que se defiende adquiere una singular eficacia práctica en los casos de gravedad flagrante, no sólo de la infracción cometida

[82] Así se desprende con nitidez del artículo 127 de la LRJAP-PAC.

[83] En opinión de NIETO, «el ejercicio de la potestad sancionadora no es obligatorio para la Administración, quien puede, por tanto, iniciar o no los correspondientes expedientes. Sé de sobra que esta tesis repugna al sentimiento de justicia y quebranta el principio de igualdad; pero hay otra razón más pesada que la abona, a saber: la realidad. Sería ingenuo aquí decir que la realidad debe imponerse porque ya se encarga ella de hacerlo sin que nadie lo propugne: la realidad se impone indefectiblemente y ella es la que nos enseña que es materialmente imposible sancionar y aun expedientar a todos los infractores. Sostener, por tanto, el carácter obligatorio supondría multiplicar por cien o por mil el número de funcionarios y ni aun así. *Ad impossibilia nemo tenetur*, el Derecho se detiene ante las puertas de lo imposible. Bien es verdad que a muchos se les puede antojar trivial esta explicación e incluso inadmisible, al menos para aquéllos que pretenden que la realidad ha de adaptarse a las normas. Pero para mí el Derecho irreal o irrealizable no es Derecho. Nótese, con todo, que en el principio está el hecho incontestable de la imposibilidad de persecución total de los infractores y que luego, las explicaciones jurídicas a que más arriba he aludido, no son sino justificaciones *a posteriori*, de tal manera que con ellas lo que de veras quiere explicarse no es el carácter de la potestad sino la realidad misma» (*Derecho Administrativo sancionador*, Op. Cit., pág. 144).

[84] La STS de 4 de febrero de 1992 dispone que no puede reconocerse discrecionalidad alguna a la hora de incoar un procedimiento sancionador cuando la infracción sea denunciada por un interesado. En concreto, la Sentencia establece que «el último argumento del Ayuntamiento apelante, convirtiendo en una simple facultad el deber de abrir expediente ante una denuncia del tipo de la de autos, es aún más rechazable, ya que ante el problema de una posible infracción administrativa, en general, y muy especialmente ante una de naturaleza urbanística, la Administración no tiene opciones, puesto que la simple sospecha de encubridora de cualquiera de ellas, no sólo representa una dejación de sus deberes de orden público, sino hasta motivo de reprobación por la ciudadanía de carácter ético-político». Antes, la STS de 2 de junio de 1980 afirmó que «la iniciación y persecución de los mismos (hechos constitutivos de infracción administrativa) no es potestativa para las autoridades y funcionarios encargados de promover el castigo».

en sí misma, sino también de las consecuencias que de ella se derivan, esto es, la entidad del riesgo generado o de los daños efectivamente producidos. Es evidente que, en estos supuestos, la negación de todo margen de discrecionalidad a la Administración en el ejercicio de la potestad sancionadora lleva implícita un plus de tranquilidad para los propios administrados.[85]

5.2. Razones que avalan la posible condición de interesado en el procedimiento sancionador del denunciante

Como postula REBOLLO PUIG[86], *«urge corregir la jurisprudencia expuesta y la correlativa práctica administrativa de no admitir más interesados en el procedimiento sancionador que el presunto infractor»*. Existen, a tal fin, variados argumentos que lo aconsejan.

[85] Una argumentación interesante sobre este particular es ofrecida por CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA (*El procedimiento...*, Op. Cit, págs. 177-220), según el cual «recientemente se destacaba que la actividad sancionadora de la Administración se utiliza más como amenaza que como un poder activo. La opción de no sancionar es de hecho incontrolable, por lo que carece este poder de efectivo control y es por ello accesible a todo tipo de intereses (...) Este estado de cosas propicia sin duda consecuencias indeseables en que la potestad sancionadora se puede dirigir *intuitu personae*, a través de una verdadera »elección de la víctima» por parte de los órganos administrativos. Volviendo la oración por pasiva, la reacción que el Derecho opone a las hipótesis de »elección de víctima» por parte del poder público es también insuficiente. Hasta ahora, tanto el Tribunal Constitucional como los ordinarios se vienen negando a anular sanciones impuestas a personas o empresas que objetivamente han cometido infracciones administrativas, incluso si se demuestra que otras en análogas condiciones no han sido sancionadas. El argumento constantemente empleado es que el principio de igualdad protegido por el artículo 14 de la Constitución sólo juega dentro del respeto al principio de legalidad, de modo que, por emplear la terminología anglosajona, no puede impetrar el amparo judicial quien no se presenta con las manos limpias ante un Tribunal (...) La reacción del Derecho puede eventualmente encontrarse apelando tanto al principio genérico de interdicción de arbitrariedad cuanto a la proscripción de la desviación de poder, vicio de nulidad de una determinada actuación administrativa que emplee las facultades (entre ellas las sancionadoras) otorgadas por el ordenamiento con designios ajenos a la finalidad que debe inspirar en todo caso aquélla (...). Tan sólo el artículo 11.2 del RP se refiere tangencialmente a la cuestión, cuando afirma que «la formulación de una petición no vincula al órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador, si bien deberá comunicar al órgano que la hubiera formulado los motivos por los que, en su caso, no procede la iniciación del procedimiento». El mismo precepto, al tratar de la incoación por «propia iniciativa» («actuación derivada del conocimiento directo o indirecto de las conductas o hechos susceptibles de constituir infracción por el órgano que tiene atribuida la competencia de iniciación, bien ocasionalmente o por tener la condición de autoridad pública o atribuidas funciones de inspección, averiguación o investigación») parece dar a entender que no hay espacio para consideraciones de oportunidad (...). Hay ocasiones, sin embargo, en que la obligación de sancionar tiene un alcance superior. La sentencia de 21 de septiembre de 1989, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (caso »Maíz griego», Comisión contra la República Helena) exige a las autoridades nacionales que sancionen las violaciones del Derecho Comunitario en condiciones de fondo y de forma análogas a las aplicables a las violaciones del Derecho interno de naturaleza e importancia similares, exigiendo en todo caso que se confiera a la sanción un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio».

[86] REBOLLO PUIG, Manuel, *Interesados...*, Op. Cit., pág. 67.

Un primer argumento, de recurrente alegación por la doctrina, se centra en las exigencias derivadas del artículo 24 de la Constitución. La tutela de los intereses legítimos a que este precepto[87] alude ha de contar con su lógica expresión en el marco del procedimiento administrativo, singularmente en la interpretación del artículo 31 de la LRJAP-PAC, a propósito de los interesados[88], lo que debería alentar una tendencia favorable a la intervención en el procedimiento administrativo sancionador de interesados distintos del presunto infractor, como los perjudicados por el acto antijurídico o aquellos otros a los que la sanción pueda reportar algún beneficio, aunque sea de carácter moral[89]. En opinión de DOMÍNGUEZ VILA[90], la tutela de los intereses legítimos preconizada por el artículo 24 de nuestra Norma Fundamental presenta, en el Derecho Administrativo sancionador, dos componentes: uno, de carácter pasivo, que se manifiesta en el derecho a obtener un pronunciamiento judicial sobre el acierto jurídico de la sanción administrativa; y otro, de alcance activo, centrado en el derecho de denuncia o comunicación. Desde la perspectiva de este último componente, parece lógico pensar que el denunciante afectado por los efectos derivados de la infracción administrativa tendrá también interés en que la conducta ilícita cuyas consecuencias ha padecido merezca una sanción adecuada, digna de ser considerada, a su entender, como jurídicamente correcta.

Otro argumento que suele esgrimirse a favor de la eventual consideración del denunciante como interesado en el procedimiento parte, a su vez, de los males e injusticias intrínsecas que genera la falta de control de la pasividad, tolerancia o complicidad de la Administración ante una infracción, cualquiera que sea la entidad de ésta. Un medio para paliar esta lamentable tendencia puede ser, precisamente, la adopción de una postura flexible a la concesión de legitimación al denunciante para intervenir en el procedimiento, en particular, para forzar la incoación del mismo y para recurrir, en su caso, el archivo o

[87] Esta tutela se halla en nuestra Norma Fundamental, de acuerdo con la interpretación sistemática que de la misma ha venido realizando el Tribunal Constitucional, reconocida al máximo nivel, hasta el punto de que han sido definitivamente desterradas las exigencias de que dicho interés sea, además, personal y directo.

[88] La STS de 4 de febrero de 1991, dictada en relación con la interpretación debida del artículo 23 de la antigua Ley de Procedimiento Administrativo, sostiene que «es suficiente ... el interés legítimo, que no puede quedar limitado exclusivamente a las fases de amparo constitucional ... o del recurso contencioso-administrativo, ordinario o especial ... sino que es aplicable a la vía administrativa previa ... pues de no aceptarse dicho criterio amplio y extensivo ... haría inoperante e impediría la amplitud de la legitimación activa con la que el artículo 24.1 de la Constitución Española ha configurado la defensa de la misma ...».

[89] Sobre este extremo ahondaremos más adelante.

[90] DOMÍNGUEZ VILA, Antonio, *Constitución y Derecho sancionador Administrativo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 305 y ss.

la resolución que lo ponga fin. De este modo, el control sobre la actividad desplegada por la Administración en ejercicio de la potestad sancionadora se acentúa de modo considerable, posibilitando, en última instancia, su control judicial. En realidad, y como con acierto ha expresado REBOLLO PUIG[91], la negativa a dar entrada en el procedimiento sancionador a otros interesados distintos del imputado *«supondría la consagración de un camino para la simple inaplicación de las normas inconvenientes a quien en cada momento pueda ejercer presión sobre las autoridades y funcionarios»*.

Al socaire de lo anterior, nada impide que el denunciante de una infracción administrativa sea titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo[92], afectado por la resolución que en el procedimiento sancionador pudiese recaer. Si bien es cierto que para ser denunciante no hace falta legitimación de clase alguna —la denuncia es, como vimos, una mera comunicación de hechos, presuntamente ilícitos, a la Administración—, no lo es menos que aquel en quien sí concurre dicha legitimación puede instar la incoación del procedimiento sancionador a través de la denuncia, sin que la verificación de este acto prejuzgue, en sentido negativo, su eventual posición jurídica ulterior como interesado. Como ya indicase la STS de 13 de marzo de 1991, no cabe exigir al denunciante interés alguno en el asunto, pero es falso que *«tal interés no pueda reconocerse a los denunciantes»*.

La posibilidad de que la decisión final de un procedimiento sancionador incida, de modo directo o indirecto, en derechos subjetivos cuya titularidad corresponde a personas distintas del imputado —v. gr., el denunciante— no es cuestión pacífica en la doctrina. Bien al contrario, destacan, por su número, las opiniones que albergan serias dudas acerca de la viabilidad jurídica de un tal planteamiento. Pese a todo, no faltan autores que se decantan por esa eventual afección. Es el parecer de TOLA RÚA[93], para quien, por ejemplo, la sanción puede incidir directamente en la esfera de los derechos subjetivos de personas diversas al infractor. En este sentido, afirma, *«muchas sanciones*[94] *consisten en la imposición de otro tipo de obligaciones para el sancionado, como cierre de establecimiento, paralización de actividad nociva, derribo de construcción ilegal... En estos casos, sí es posible considerar que el particular pueda ver reparado o satisfecho su derecho por la reso-*

[91] REBOLLO PUIG, Manuel, *Interesados...*, Op. Cit., pág. 69.

[92] La titularidad de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, susceptibles de afectación por la resolución que ponga fin al procedimiento, se erige en el criterio esencial para el reconocimiento de la cualidad de interesado en el procedimiento administrativo, de conformidad con el artículo 31 de la LRJAP-PAC.

[93] TOLA RÚA, Miguel Ángel, *La consideración...*, Op. Cit., págs. 852 y 853.

[94] Dejando al margen, claro está, la multa.

lución que la Administración adopte. Pensemos en el particular que sufre diariamente los malos olores de una instalación ganadera cercana ilegal, o los molestos ruidos de una industria no autorizada...». Sin embargo, también pueden afectar derechos subjetivos las medidas reparadoras que la Administración obligue a adoptar. A juicio de TOLA RÚA, *«existen numerosos casos (obligación de repoblar montes particulares, abandono de ocupaciones de dominio público...), pero, sin duda, la medida más característica, aunque controvertida, es la obligación que se contempla en distintas leyes de indemnizar a aquel tercero afectado por los hechos constitutivos de infracción. Esta facultad, cuasi jurisdiccional, implica que el derecho del denunciante-perjudicado, puede verse satisfecho por la resolución que le reconozca una determinada indemnización».*

Mayor acogida presenta en la doctrina la fundamentación de la posible condición de interesado del denunciante en la titularidad de intereses legítimos[95], favorables a la represión de la infracción. Esta factible legitimación del denunciante puede resultar tanto del contenido de la posible sanción (o de las medidas complementarias que suele llevar consigo) como de la lesión generada por la propia infracción.

Desde la perspectiva del contenido de la penalidad, no resulta difícil detectar ejemplos de intereses legítimos al hilo de sanciones que, como indica REBOLLO PUIG[96], *«mejor podrían haberse recogido como medidas de policía y cuya imposición se hace necesaria, no ya sólo para castigar la conducta ilícita, sino para evitar que se consoliden sus efectos nocivos».* Y ofrece, como supuesto paradigmático, el comiso de productos peligrosos, que se prevé, en cuanto sanción accesoria, en el artículo 110.2 de la Ley 5/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento.

Por lo que hace a la legitimación derivada de la lesión generada por la infracción administrativa, no parece que deba ofrecer duda razonable la concurrencia de un interés legítimo en quienes, de algún modo, han sufrido los efectos perniciosos —por supuesto, antijurídicos— que de aquélla emanan. Con frecuencia, el atentado contra los intereses generales lleva parejo un perjuicio concreto en un individuo, pudiendo convenirse con REBOLLO PUIG[97], en que *«al igual que se afirma que cuando un miembro de la sociedad defien-*

[95] Recordemos qué se entiende por «interés legítimo». La STS de 1 de octubre de 1990 concibe aquél como «una titularidad potencial de una posición de ventaja o de una titularidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta. Es decir, la relación entre el sujeto y el objeto de la pretensión con la que se define la legitimación activa, comporta el que la anulación del acto que se recurre, sea en vía administrativa o jurisdiccional, produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro para el legitimado, pero cierto».

[96] REBOLLO PUIG, Manuel, *Interesados...*, Op. Cit., pág. 72.

[97] REBOLLO PUIG, Manuel, *Interesados...*, Op. Cit., pág. 72.

de un interés común sostiene simultáneamente un intererés personal o, ... desde otra perspectiva, la única forma de defender el interés personal es sostener el interés común (STC de 11 de julio de 1983), debe afirmarse esa interrelación en cuanto a sus vulneraciones, no ya por la Administración, sino por los mismos ciudadanos». De este modo, continúa diciéndonos, *«está legitimado... en el procedimiento para imponer sanciones de consumo quien fue engañado en la cantidad o calidad; en las de sanidad, quien sufrió la intoxicación; en las de entidades de crédito, quien sufrió la lesión patrimonial; en las disciplinarias de funcionarios, quien fue objeto de la discriminación, se vio perjudicado por el abandono de servicio, el abuso de autoridad o la desconsideración, etc».*

En todo caso, la apreciación de la concurrencia de interés legítimo exige la verificación de un análisis casuístico, sobre la base de las circunstancias apreciables en cada caso, no resultando posible ofrecer respuestas generales positivas, de la misma manera que tampoco es admisible negar la posibilidad de forma apriorística.

5.3. El «interés moral» como basamento de la legitimación del denunciante

Queda claro, a la vista de lo expuesto hasta el momento, que en el procedimiento sancionador pueden coexistir, además del infractor, otros interesados necesarios, cuya legitimación puede resultar de la titularidad de derechos subjetivos susceptibles de afección por el contenido de la resolución final, o, más frecuentemente, por la detentación de intereses legítimos. Respecto de esta última *«fuente de legitimación»*, hemos visto cómo la Jurisprudencia suele apreciar la concurrencia de interés legítimo en los casos en que el denunciante puede obtener un beneficio o evitar un perjuicio con ocasión de la tramitación del procedimiento sancionador y, por ende, con la decisión final que en el mismo recaiga. Ahora bien, que su condición de interesado en el *iter* administrativo pueda dimanar de un *«interés moral»* es cuestión que sigue envuelta en dudas, hasta el punto de que, en la práctica, su alegato no suele gozar de favorable acogida por Jueces y Tribunales.

Vamos, pues, a detenernos en este concreto particular, con la sola —y modesta— pretensión de ofertar nuevos argumentos que, amén de posibilitar la corrección jurídica de un eventual sustento en el interés moral de la legitimación en el procedimiento sancionador, arroje cierta luz sobre una materia que, a nuestro juicio, continúa sumida en la nebulosa zona de las opiniones ondulantes.

Interesa recordar, en primer lugar, las palabras de T.R. FERNÁNDEZ[99] a propósito de la legitimación en el procedimiento administrativo, dada la verdad que, a nuestro juicio, encierran. Según el ilustre profesor, *«nadie, en efecto, se toma la molestia —que lo es, y grande— de participar en un procedimiento... si no hay en él un interés real y efectivo en el objeto y el resultado de ese procedimiento. El hecho mismo de hacerlo evidencia que ese concreto sujeto se ha destacado ya por propia voluntad del grueso de los simples ciudadanos que contemplan pasivamente el espectáculo de la vida pública cotidiana y esa acción de destacarse del común, rompiendo la inercia de la pasividad, merece por sí sola un reconocimiento social: el de admitir el interés que le mueve y considerarlo bastante para estimar legítima su presencia y participación en el procedimiento, siquiera sea a los efectos de formular alegaciones, proponer pruebas y aportar elementos de juicio susceptibles de contribuir a una correcta decisión»*. Sirva, pues, esta reflexión como punto de partida de lo que ahora ha de tratarse.

A nadie se le escapa la relevancia que, en el tiempo actual, rodea cualesquiera aspectos vinculados al patrimonio moral de la persona. Tanto es así que, incluso, determinadas conductas atentatorias contra ese patrimonio han adquirido dimensión penal, siendo susceptibles de represión por esta vía. En efecto, el Título VII del Libro II del vigente Código Penal[99] lleva por rúbrica *«De las torturas y otros delitos contra la integridad moral»*, previsión que debe ser completada con otros preceptos que, si bien de forma tangencial, también inciden en la esfera de lo puramente moral, cual es el caso de los dictados contenidos en los artículos 147 y siguientes del mismo texto legal, en los que se castigan las acciones capaces de generar daños en la salud psíquica del ser humano.

Siendo cierto lo anterior, no lo es menos que la protección del patrimonio moral del individuo goza de diferentes predicamentos en otros ámbitos del Ordenamiento Jurídico. En la esfera administrativa, y como sostiene TOLA RÚA[100], *«tradicionalmente se ha excluido del concepto de interés todas aquellas ventajas que no fueran reales y actuales, por cuanto es muy difícil cuantificar cuándo se produce realmente el beneficio moral y porque se aproxima muy «peligrosamente» a la idea del interés por la legalidad, especie del beneficio moral, que siempre ha sido excluido del concepto de interés legítimo. El dilema se plantea cuando trasplantamos este concepto al ámbito sancionador, así, imaginemos a un amante de los animales que denuncia ante la Administración competente una presunta crueldad contra uno de ellos, ¿puede negarse que dicha persona obtendrá un beneficio moral con la «mera» imposición de la sanción? La respuesta ha de ser negativa, pues la correcta aplicación de la norma sería el parámetro para determinar la satisfacción moral de este denunciante. En definitiva, parece confundirse beneficio moral con interés a la legalidad»*. Así las cosas, concluye, *«admitir el genérico interés a la legalidad implicaría, sin duda, la desaparición de la figura de la legitimación del procedimiento sancionador y finalmente del procedimiento administrativo. Por ello, es necesaria una restricción del concepto de interés legítimo en este ámbito y esta reducción vendrá operada por la consideración únicamente de la existencia de un beneficio cierto en la esfera jurídica del denunciante»*.

[99] FERNÁNDEZ, T.R., *Los principios constitucionales del procedimiento administrativo*, en la obra colectiva *Gobierno y Administración en la Constitución*, IEF, Madrid, 1988, vol. I, pág. 109.

[99] Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

[100] TOLA RÚA, Miguel Ángel, *La consideración...*, Op. Cit., pág. 855.

Nuestra opinión, sin embargo, dista mucho de coincidir con la acaba de exponer. En primer lugar, debemos dejar claro que el llamado *«interés moral»* no deja de ser interés legítimo y, como tal, es susceptible, desde una perspectiva genérica, de producir las consecuencias jurídicas inherentes a dicho concepto, singularmente en el marco de la legitimación en los procedimientos administrativos, sean éstos del tipo que sean. A este respecto, la STS de 8 de abril de 1994 afirma que *«el interés que se reputa existe siempre que pueda presumirse que la declaración jurídica pretendida habría de colocar al accionante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico, o incluso de índole moral»*, añadiendo que *«ese interés legítimo, que abarca todo interés material o moral que pudiera resultar beneficiado con la pretensión ejercitada (siempre que no se reduzca a un simple interés por la legalidad), puede prescindir ya de las notas de personal y directo»*.

Por otra parte, el pronunciamiento jurisprudencial parcialmente transcrito diferencia los conceptos de *«interés moral»* e *«interés por la legalidad»*, por lo que no parece acertado concluir que existe confusión entre ambos. El primero, como hemos dicho, es una variante de la noción de interés legítimo. El segundo, en cambio, permanece al margen de esta última.

Ciertamente, como han escrito autorizadas plumas[101], la calidad de parte en el procedimiento administrativo *«se refiere justamente a la relación jurídico-procedimental, ...encuentra su causa siempre en el plano de las relaciones jurídicas sustantivas, es decir, en una situación jurídica protegida bien como derecho, bien como interés legítimo, y deriva o de la iniciativa para la incoación del procedimiento (por pretender-*

[101] PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Op. Cit., pág. 449.

se de la Administración la producción de un acto) o, en otro caso, del dato —independiente de dicha iniciativa— de poder resultar afectada la correspondiente persona por el referido acto a dictar. Debe existir, pues, una determinada relación entre el objeto del procedimiento o relación jurídico-procedimental, y la esfera jurídica de las personas que puedan o deban ser parte de ésta, en su parte consistente precisamente en derechos subjetivos o intereses legítimos». Ahora bien, «*por interés legítimo, que es un concepto más amplio que el de derecho subjetivo, debe tenerse toda situación jurídica individualizada, caracterizada por singularizar una o más personas concretas (sus respectivas esferas jurídicas) respecto de la generalidad de los ciudadanos y dotada de consistencia y lógica jurídico-administrativa propias, independientes —en todo caso— de su apoyatura, derivación o conexión con verdaderos derechos subjetivos; situación que, desde el punto de vista procedimental, supone una específica relación de la misma con el objeto del procedimiento*»[102].

Ello no obstante, existen también decisiones judiciales que sostienen que la concurrencia de un interés legítimo no requiere un contenido o sustancia determinados, pero sí la condición de personal, la consistencia en una repercusión efectiva y acreditada[103], de suerte que ésta se da por supuesta cuando en la base está un derecho jurídico-privado y debe traducirse, en otro caso, bien en un beneficio, bien en un perjuicio —moral o material, jurídico o de hecho, presente o futuro— susceptible de valoración económica[104].

Sentado lo anterior, no podemos desconocer la dificultad que, en la práctica, genera la apreciación exacta del momento en que nos hallamos, realmente, ante un beneficio de carácter moral. En esto coincidimos con TOLA RÚA. Sin embargo, nadie ha dicho que la interpretación y aplicación del Derecho al caso concreto sea ciencia sencilla. La cuestión esencial estriba, por tanto, en definir unos parámetros que coadyuven en detectar la solución correcta en cada supuesto concreto.

[102] En esta misma línea se pronuncia la STS de 1 de julio de 1985, según la cual el interés legítimo es aquel que cabe reconocer a la persona que, por razón de la situación objetiva en la que se encuentra, por una circunstancia personal o por ser destinataria de una regulación jurídico-administrativa sectorial, es titular de un interés propio, distinto al de cualquier otro ciudadano común, en que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento, cuando, con motivo de la persecución de fines de interés general, dichos poderes inciden en el ámbito del interés propio, incluso si la actuación pública de que se trate no les ocasiona en concreto un beneficio o perjuicio inmediatos. Por su parte, la STC 143/1987 define el interés legítimo, al que se refiere el artículo 24.1 de la Constitución, como «una titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta» (SsTC 60/1982, 62/1983, 257/1988 y 97/1991, entre otras).

[103] Si bien cabe tanto la directa como la indirecta.

[104] Vid. SsTS de 14 de noviembre y 23 de diciembre de 1983 y de 10 y 18 de diciembre de 1984, entre otras muchas.

De entrada, no resulta admisible que, tras aceptar la integración del interés moral como contenido posible del interés legítimo, dicho postulado quede vacío de contenido en la praxis administrativa y judicial, mediante la negación sistemática de pretendidas legitimaciones sustentadas en él. Esta flagrante desconexión entre teoría y práctica es, en realidad, un síntoma innegable de que algo falla. Y buena parte de culpa de esta disonancia jurídica ha de atribuirse a los pronunciamientos contradictorios con que, a menudo, nos obsequia la Jurisprudencia, extremo que, por lo demás, ha sido reconocido por alguna decisión judicial[105], rebosante de sinceridad, por cierto.

Efectivamente, si, como hemos visto, nuestro Tribunal Supremo ha admitido la tesis del interés moral como parte integrante del concepto general de interés legítimo, carece de toda lógica la abundancia de resoluciones judiciales que aplican, de modo cuasi automático, la sinonimia entre interés legítimo y ventaja actual y real, traducida esta última en beneficio tangible o elusión de perjuicio igualmente cierto, concreto y perceptible[106]. Esta línea argumental chirría con la doctrina asentada por el Alto Tribunal en otras Sentencias, como la de 1 de julio de 1985 y 8 de abril de 1994, de las que ya nos hemos ocupado, cuyos planteamientos jurídicos —proclives a una concepción amplia de la noción de interés legítimo, en aras a una admisión, igualmente amplia, del ejercicio de los derechos procedimentales y procesales— guardan mayor sintonía con la interpretación verificada, al efecto, por el Tribunal Constitucional en la materia que nos ocupa.

Dentro de los pronunciamientos jurisprudenciales contrarios a la aceptación del interés moral como manifestación específica —y posible— del interés legítimo, hallamos una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 8 de junio de 2004, de singular trascendencia para nosotros, dado que el supuesto enjuiciado en ella guarda relación directa con el tema aquí tratado. De ahí su cita obligada. En su Fundamento de Derecho Tercero, la resolución adopta el siguiente tenor:

> «*Señala la Jurisprudencia que la clave para la determinación de la concurrencia de interés legítimo a efectos de impugnar la resolución dictada en vía administrativa, en orden a la apertura de expediente disciplinario o bien dirigida a la imposición de la sanción propugnada, debe situarse en el dato de si la imposición de la sanción —que es en última instancia la consecuencia derivada del expediente—, a quien es miembro de un deter-*

[105] Vid. STS de 13 de febrero de 1998.

[106] Vid. STS de 1 de octubre de 1990, cuyos planteamientos son asumidos por la ya citada STS de 13 de febrero de 1998.

minado colectivo, puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica, y que se plasma en un interés real; si ese hipotético interés no se da en el caso concreto, porque la situación jurídica del denunciante-recurrente no experimenta ventaja alguna por el hecho de que la actuación inspectora pueda concluir con una sanción (...), es claro que no se violenta en lo más mínimo el principio general de flexibilidad constitucionalmente recomendable en la apreciación del requisito procesal de la legitimación, por la negación de la legitimación, que así resulta acorde con la configuración de ésta en el artículo 28.1.a) de la Ley Jurisdiccional y 24.1 de la Constitución Española.

La doctrina indicada ha sentado como presupuestos a tener en cuenta a estos efectos:

a) La facultad de denunciar un hecho perseguible de oficio por la Administración no concede al denunciante la condición de parte interesada, ni la posibilidad por tanto de recurrir, incluso cuando, sin perjuicio de que la Administración lo pueda perseguir de oficio —si lo considera procedente—, el hecho ha causado o puede haber causado un perjuicio directo al denunciante.

b) El ejercicio de acciones disciplinarias sólo concluye, en su caso, con la imposición de una sanción al denunciado, pero no con la reparación material al denunciante, ni en el sentido de una indemnización ni en el de la revocación de la actuación jurisdiccional realizada.

c) El mero interés moral que, por tanto, resta al denunciante, de que se sancione al denunciado, no es suficiente para fundamentar su legitimación.

El problema se circunscribe en la presente litis en analizar y determinar ese interés, cuya alegación y prueba, cuando es cuestionado, es carga que incumbe a la parte que se lo arroga, interés que en principio ha de ser el mismo que está en la base del procedimiento administrativo y del proceso contencioso-administrativo de impugnación de las resoluciones dictadas en él, lo que se traduce en si la incoación del expediente sancionador que se interesaba conducente a la imposición de la sanción pretendida puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o puede eliminar una carga o gravamen, en esa esfera».[107]

Nuestro parecer, a propósito de la temática que nos ocupa, no es, desde luego, coincidente con el consignado en la Sentencia acabada

[107] En parecidos términos se expresan las SsTS de 23 de junio de 1997 y de 17 de febrero de 1998.

de reseñar, que, según se ha visto, acoge los postulados más frecuentemente empleados por la Jurisprudencia en relación con aquélla.

Ciertamente, el interés moral puede y debe ser criterio habilitador para la asunción de la condición de interesado en el procedimiento sancionador —disciplinario o no—. En particular, adquirirá relevancia *per se* para fundar, en exclusiva, el interés legítimo, cuando la infracción cometida incida, de modo directo o indirecto, en el patrimonio moral de la persona[108], de manera que la sanción que, en su caso, pueda imponerse al autor de la falta sirva, amén de para la finalidad que legalmente le es inherente, para paliar los efectos del ataque moral sufrido, provocando una cicatrización de la herida espiritual padecida.

En verdad, esta formulación resulta por completo respetuosa con el concepto tradicional de interés legítimo[109], pese a primar en ella una atención especial a la componenda espiritual de aquél, a menudo obviada por la Jurisprudencia. De este modo, el interés moral, en cuanto manifestación posible del interés legítimo, patentiza, cuando es reconocido como tal, la posible obtención de una ventaja por su titular, ventaja que, si bien permanece alejada de lo material o tangible —si se quiere, de lo perceptible—, no por ello deja de ser real y, lo que es más interesante, no por ello resulta de menor relevancia para el Derecho.

Es más, si el Tribunal Supremo ha llegado a admitir como fuente de legitimación en un procedimiento sancionador la mera expectativa en la obtención de un beneficio político derivado de la imposición de una sanción a un adversario de tal carácter[110], ¿cómo puede resultar jurídicamente admisible la negación del interés moral como fuente de legitimación cuando, según se ha visto, es parte integrante del concepto mismo de interés legítimo y, por ende, manifestación concreta de éste[111]?

Por otro lado, el paso para la admisión de la viabilidad práctico-procesal de la tesis que se propone ha sido dado ya por nuestro Tribunal Supremo. En efecto, es esencial traer a colación —aquí y ahora— el contenido de las Sentencias del Alto Tribunal de 31 de octubre de 2000 y 22 de noviembre de 2001, cuyos antecedentes fácticos, comunes en ambos casos, podemos resumir de este modo:

[108] Esta incidencia, claro está, habrá de revestir un carácter negativo, en forma de atentado contra ese patrimonio.

[109] Marcado, desde la perspectiva teleológica, por la nota de la obtención de un beneficio o la evitación de un perjuicio.

[110] Vid. STS de 15 de diciembre de 1997, ya estudiada.

[111] Vid. STS de 8 de abril de 1994.

1. Las Diputaciones Forales de Vizcaya, Guipúzcoa y Álava dictan una serie de normas comprensivas de «medidas fiscales urgentes en apoyo de la inversión e impulso de la actividad económica» —lo que se dio en denominar «*vacaciones fiscales*»—.
2. La Comunidad Autónoma de La Rioja se siente perjudicada por la normativa fiscal confeccionada por sus vecinos del País Vasco.
3. Recurridas tales normas por la citada Comunidad Autónoma ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, los recursos son declarados inadmisibles de forma sistemática en fase de Alegaciones Previas[112], al entenderse que la Comunidad recurrente carecía de legitimación activa al efecto.
4. La Comunidad Autónoma riojana interpone Recurso de Casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

El meollo de la cuestión sometida a enjuiciamiento, como sostiene el Tribunal Supremo en el Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia de 31 de octubre de 2000, se centra «*en decidir si la Comunidad Autónoma de La Rioja está legitimada activamente para impugnar, ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Norma Foral de Vizcaya 5/1993, de 24 de julio, la Norma Foral de Guipúzcoa 11/1993, de 26 de junio, y la Norma Foral de Álava 18/1993, de 5 de julio*». En el Fundamento Jurídico siguiente, el Alto Tribunal recuerda, con cita de las Sentencias de 29 de octubre de 1986 y 18 de junio de 1997, que «*el concepto de legitimación encierra un doble significado: la llamada legitimación ad procesum y la legitimación ad causam. Consiste la primera en la facultad de promover la actividad del órgano decisorio, es decir, la aptitud genérica de ser parte en cualquier proceso y, como dice la Sentencia de este Tribunal de 19 de mayo de 1960, es lo mismo que capacidad jurídica o personalidad, porque toda persona, por el hecho de serlo, es titular de derechos y obligaciones y puede verse en necesidad de defenderlos (...). Pero distinta de la anterior es la legitimación ad causam que, de forma más concreta, se refiere a la aptitud para ser parte en un proceso determinado, lo que significa que depende de la pretensión procesal que ejercite el actor o, como dice la Sentencia antes citada, consiste en la legitimación propiamente dicha e implica una relación especial entre una persona y una situación jurídica en litigio, por virtud de la cual es esa persona la que según la Ley debe actuar como actor o demandado en ese pleito; añadiendo la doctrina científica que esta idoneidad específica se deriva del problema de fondo a discutir en el proceso; es, por tanto, aquel problema procesal más ligado con el Derecho material, habiéndose llegado a considerar una cuestión de fondo y no meramente procesal. Y es, precisamente, el Tribunal Constitucional... quien, en el Fundamento Jurídico Quinto de su Sentencia de 11 de noviembre de 1991, ha dicho que la legitimación (se refiere a la legitimación ad causam), en puridad, no constituye excepción o presupuesto procesal alguno que pudiera condicionar la admisibilidad de la demanda o la validez del proceso. Antes bien, es un requisito de la fundamentación de la pretensión y, en cuanto tal, pertenece al fondo del asunto (...). Y es que la legitimación, en tanto que relación jurídico-material que liga a las partes con el objeto procesal, pertenece al fondo del asunto...*».

[112] Artículos 58 y siguientes de la LRJCA.

Concluye el Alto Tribunal su argumentación recordando la vigencia del principio «pro actione», que dimana del artículo 24 de la Constitución, al consagrar el derecho a la tutela judicial efectiva, y el principio espiritualista que de siempre ha informado la actuación de los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, los cuales han conducido a una doctrina legal restrictiva de las causas de inadmisibilidad de estos procesos y proclive a que tales Tribunales lleguen en la medida de lo posible a pronunciamientos de fondo en los litigios.

Así las cosas, la conclusión que cabe extraer de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en los pronunciamientos que acabamos de indicar es clara: en vía contencioso-administrativa, serán los Tribunales quienes, examinando las circunstancias concurrentes en el caso concreto sometido a su consideración, apreciarán la existencia o no de esa legitimación «ad causam», teniendo para ello en cuenta el fondo del asunto. Sin embargo, a nadie se le escapa que también deberán ser tenidas en cuenta, en esa valoración, las consecuencias que la resolución del recurso pudieran producir en la esfera de los intereses del recurrente, en términos de beneficio/perjuicio, sin olvidar los de contenido moral.

El planteamiento anterior, incardinado en un puro contexto procesal, resulta perfectamente extensible al ámbito procedimental administrativo, dada la evidente interrelación entre ambos. No en vano, esta idea se desprende, *a sensu contrario*, de las SsTS de 23 de junio de 1997 y de 17 de febrero de 1998, según las cuales el interés legítimo «*debe tener una entidad sustantiva*», de modo que «*debe ser el mismo el que esté en la base del procedimiento administrativo y del proceso contencioso-administrativo de impugnación de las resoluciones dictadas en aquél*». Se añade en esas resoluciones que «*si se niega la condición de parte en el procedimiento administrativo, por falta de interés en él, falta ya una base (en términos sustancialistas) para poder sustentar esa misma condición en un ulterior proceso impugnatorio de actos de aquél, pues el mero dato formal de la existencia de un acto dictado en el procedimiento administrativo no tiene entidad para alumbrar un interés nuevo, diferenciable del inexistente antes*».

Al socaire de lo precedente, siendo idéntico el interés legítimo concurrente en un procedimiento administrativo concreto con el que aflora en el proceso contencioso-admnistrativo consecuencia de aquél, idéntico ha de ser el mecanismo de verificación de la existencia de dicho interés en uno y en otro caso, o, mejor aún, las bases dogmáticas sobre las que tal mecanismo ha de asentarse. En este sentido, no cabe prejuzgar, de modo apriorístico, la falta de presencia de ese interés legítimo en un supuesto concreto, del mismo modo que tampoco sería correcto aceptar automáticamente su concurrencia en todo caso. La fórmula adecuada será, pues, la que relaciona la idoneidad específica que el interés legítimo comporta con el problema de fondo que se plantea en sede administrativa o jurisdiccional. Y nada obsta a que ese elemento relacional tenga un substrato eminentemente moral. El análisis, finalmente, deberá ser casuístico, sin que resulten admisibles formulaciones generales al respecto, pues la solución a adoptar en cada caso dependerá directamente del contenido del asunto sometido a debate, aderezado con el sentido común del órgano resolutorio[113].

Por último, es indudable que la admisión del interés moral como criterio habilitante de la condición de interesado del denunciante en el procedimiento sancionador —a la luz de las argumentaciones antedichas— posibilita su «entrada» en ámbitos tradicionalmente esquivos ante esta posibilidad. Es el caso, por poner un ejemplo, del procedimiento disciplinario.

De la exigencia al imputado de su responsabilidad no se deriva beneficio alguno para el denunciante, ni tampoco se evita perjuicio. Esta es la tesis mantenida por el Tribunal Supremo para negar a aquél la condición de interesado en el procedimiento disciplinario. Sólo en algún caso aislado nuestro Alto Tribunal ha adoptado planteamientos diversos, favorables a la apreciación de legitimación en personas distintas del inculpado[114].

[113] En una conferencia pronunciada en octubre de 1995, en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, bajo el título «*La Introducción del Jurado en nuestro sistema procesal penal*», el entonces Fiscal General del Estado, Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez, aseguraba que todo jurista que se precie ha de hallarse en posesión de un «mínimo sentido común».

[114] Es el caso de la STS de 24 de enero de 1997. La recurrente, que había ostentado la condición de parte en un proceso de separación matrimonial, reacciona contra la decisión de la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial de archivar su denuncia contra un juez, por presunta comisión de una infracción grave consistente en el incumplimiento del deber de abstención. La resolución que decreta el archivo de la denuncia se sustenta en la falta de legitimación de la denunciante. Pues bien, el Tribunal Supremo estima el recurso de aquélla, sobre la base de considerar que «la denuncia no sólo se proponía la exigencia de responsabilidad disciplinaria, sino también el desplazamiento de la titular del órgano en la resolución del proceso».

TOLA RÚA[115] es de los pocos autores que se han pronunciado sobre el particular que ahora se analiza, participando de la postura tradicional del Tribunal Supremo. Asevera que en el procedimiento disciplinario «*no cabe hablar de interés a la legalidad o de beneficio moral para justificar una pretendida legitimación activa del denunciante, pues con la imposición de la sanción, normalmente, nunca satisfará su interés*». Obviamente, nuestra opinión es diametralmente diversa. Y ello, no sólo por los argumentos jurídicos que se han ofrecido líneas arriba, sino porque el más elemental sentido común aconseja, a mi modo de ver, una solución distinta. Ilustrémoslo con un ejemplo.

Ciertamente, y tomando como marco contextual el régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, parece claro que la comisión, por un empleado público, de la infracción grave prevista en el artículo 7.1.l) del RP («*el incumplimiento injustificado de la jornada de trabajo que acumulado suponga un mínimo de diez horas al mes*»), no provoca incidencias en el patrimonio moral de ningún otro funcionario, por muy reprochable que resulte la conducta del infractor desde una perspectiva ética general. En efecto, su ilícito actuar no genera una relación especial[116] entre la situación jurídica objeto del eventual procedimiento disciplinario y la esfera jurídica personal de otro funcionario distinto del propio imputado. Consecuentemente, tampoco la sanción que, en su caso, pueda imponerse al infractor coadyuvará en la mejora espiritual de otra persona concreta, dado que, insistimos, la conducta infractora no es capaz de generar «*heridas morales*» individualizadas. De este modo, la falta cometida sólo «*interesa*» al propio infractor y a su empleador, esto es, la Administración. A nadie más. Todo interés que pueda esgrimirse por personas ajenas a ese vínculo relacional será, propiamente, un interés por la legalidad que, en cuanto extraño al contenido esencial del interés legítimo, no habilitará para ostentar la condición de interesado en el procedimiento disciplinario que pueda incoarse.

La cuestión, empero, se presenta diversa en el caso de que la infracción cometida sea alguna de las previstas en el artículo 7.1, letras ñ) y o), del RP («*el atentado grave a la dignidad de los funcionarios*» o «*la grave falta de consideración con los administrados*»). Desde un plano estrictamente objetivo, y sin adentrarnos en consideraciones adicionales, es obvio que la misma descripción de la conducta típica en ambos casos comporta la existencia de uno o varios perjudicados por la infracción, a modo de sujetos pasivos del comportamiento ilícito. Es más, la nota esencial que cualifica el proceder en tales supues-

[115] TOLA RÚA, Miguel Ángel, *La consideración...*, Op. Cit., pág. 854.

[116] Nota esencial de la legitimación «ad causam» (STS de 22 de noviembre de 2001).

tos, transformándolo en antijurídico, es, precisamente, la incidencia negativa que éste provoca en la integridad moral de la persona o personas contra las que se dirige. Nos hallamos, en verdad, ante ofensas —*«atentado a la dignidad»* o *«falta de consideración»*- generadoras de daño moral en una o varias personas concretas e individualizadas —las destinatarias de aquéllas-, frente a las cuales el Derecho reacciona, mediante la imposición a su autor de las correspondientes sanciones. Ahora bien, difícilmente puede discutirse con rigor lógico-jurídico la concurrencia de interés legítimo —en su manifestación de interés moral— en los sujetos pasivos de la infracción cometida, al ser éstos, en realidad, los directamente perjudicados con la conducta ilícita. En este sentido, negar su condición de interesados en el eventual procedimiento disciplinario es tanto como cerrar los ojos ante lo obvio, pues no cabe duda de que la posible imposición de una sanción al responsable de la falta suscitará en aquéllos un beneficio de carácter moral que, sin duda, coadyuvará en el cierre de las heridas provocadas en la esfera espiritual por la actuación ilegal. Consecuencia que, además, se ha de percibir con mayor frecuencia en los supuestos en que la infracción cometida, no obstante su incidencia en el patrimonio moral del destinatario de la misma, carezca de la relevancia suficiente para instar, con garantías de éxito, un procedimiento civil o penal que ayude a restaurar, en sede jurisdiccional, el honor, prestigio, autoestima o dignidad dañados.

A propósito de este último particular, no se juzga ocioso traer a colación lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 28 de enero de 2003. La citada resolución decide un recurso de apelación interpuesto contra una Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Zamora, que declaró la inadmisibilidad del Recurso interpuesto por un denunciante contra un Acuerdo de la Dirección Provincial del Ministerio de Educación y Ciencia, que rechazó la apertura de una serie de expedientes disciplinarios a funcionarios docentes de un Instituto de Educación Secundaria, tal y como interesaba el recurrente. Tras recordar la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la legitimación en el campo disciplinario, el órgano sentenciador pone de relieve, en primer lugar, como elemento de juicio, el dato de que la propia Administración consideró al denunciante parte interesada en vía administrativa —es decir, reconoció su legitimación conforme al artículo 31 de la LRJAP-PAC—, por lo que juzga un contrasentido aducir la falta de interés legítimo de aquél en sede judicial, yendo en contra la Administración de sus actos previos.

Sin embargo, lo realmente destacable de este fallo judicial es que centra el interés legítimo del denunciante-recurrente en consideraciones de alcance moral, significando que *«la resolución de los expedientes disciplinarios a sustanciar por razón de sus denuncias produce o puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica de aquél, concretado en el prestigio que puede mantener o del que puede ser acreedor como funcionario ante unos hechos que le han sido imputados (...), los cuales pueden quedar desvirtuados por lo que se actúe en dichos expedientes disciplinarios»*.

Confiemos en que esta línea argumental se mantenga en lo sucesivo.

6. PROBLEMAS DE ORDEN PRÁCTICO VINCULADOS AL RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE INTERESADO AL DENUNCIANTE.

La aceptación de la condición de interesado del denunciante en un procedimiento sancionador lleva consigo ciertas dificultadas para integrar su posición en el seno del *iter* administrativo, dificultades que se hacen visibles tanto en la fase previa a la incoación del procedimiento como durante la tramitación del mismo. Vayamos, pues, por partes.

1. Por lo que hace a los problemas que se suscitan en momento anterior a la iniciación del procedimiento sancionador, se ha de partir, en su análisis, de un dato repetido hasta la saciedad en el presente trabajo: el procedimiento sancionador sólo se incoa de oficio. Así las cosas, la denuncia no implica la automática iniciación de aquél, dado su carácter de mera comunicación de hechos, pudiendo darse la circunstancia de que la Administración, una vez formalizada la denuncia con petición expresa —o implícita, pero inequívoca— de incoación del procedimiento, adopte una postura enteramente pasiva, carente de todo pronunciamiento comprensivo de la procedencia de la iniciación del *iter* sancionador o de la improcedencia de su incoación.

La respuesta a la cuestión planteada no se presenta, en modo alguno, sencilla, singularmente si tenemos en cuenta la regulación que la vigente LRJAP-PAC contiene en relación con los actos presuntos. En efecto, el tratamiento del denominado silencio administrativo o de la falta de resolución expresa en plazo distingue entre *«procedimientos iniciados a solicitud de interesado»*[117] y *«procedimientos iniciados de oficio»*[118]. De este

[117] Artículo 43 de la LRJAP-PAC.
[118] Artículo 44 de la LRJAP-PAC.

modo, lo primero que hemos de concretar es el encaje jurídico real de la denuncia que incluya la petición de incoación del procedimiento sancionador.

De entrada, no resulta aventurado descartar la subsunción de la figura en las previsiones del artículo 44 de la LRJAP-PAC. Siendo la denuncia algo previo al procedimiento sancionador, mal podemos aplicar a aquélla el régimen jurídico del silencio administrativo en los procedimientos iniciados de oficio cuando el *iter* administrativo aún no ha comenzado, esto es, cuando aún no existe procedimiento.

Queda, pues, únicamente, la posibilidad de examinar su alcance jurídico a la luz de los postulados del artículo 43 de la LRJAP-PAC. En este sentido, cuando la denuncia va acompañada de una solicitud de iniciación del procedimiento sancionador[119], es obvio que a la comunicación de hechos —esencia de la denuncia- se ha añadido un plus, una petición concreta dirigida a la Administración —es decir, una «solicitud», como se recoge en el propio artículo 11.2 del RP- en orden a la incoación del procedimiento. Y ese pedimento adicional demanda, a nuestro juicio, una atención jurídica diversa a la de la mera denuncia, en particular, la propia de toda solicitud administrativa[120].

Esta solicitud, por otro lado, se incardina dentro del genérico derecho de petición, previsto en el artículo 29 de la Constitución Española —dada su particular naturaleza y, sobre todo, el significado y alcance de la pretensión en ella contenida[121]—, lo que excluye la posibilidad de su estimación por silencio administrativo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 42.2, inciso segundo, de la LRJAP-PAC.

Por otra parte, debemos dejar claro que, ante esa particular petición, la Administración no está obligada a resolver de forma expresa. En efecto, el artículo 42.1 de la LRJAP-PAC impone la observancia de este deber *«en todos los procedimientos»*; de ahí que esta previsión legal resulte inconciliable con el supuesto que nos ocupa, en el que lo interesado por el solicitante es, precisamente, la incoación del procedimiento. En realidad, mal puede reclamarse el cumplimiento de una obligación cuando no nos hallamos aún en el escenario en el que aquélla resulta exigible.

[119] Artículo 11.2 del RP.

[120] Vid. artículo 70 de la LRJAP-PAC.

[121] Se pide a la Administración que incoe un procedimiento, que actúe legalmente frente a determinada persona —o personas—, distinta del peticionario.

La solución frente a tanta oscuridad parece vislumbrarse, empero, en el propio RP. Como se expuso en su momento, la inclusión en la denuncia de una solicitud de iniciación del procedimiento sancionador obliga a la Administración a comunicar al denunciante la iniciación o no del procedimiento[122]. De este modo, la decisión de no incoar el procedimiento constituye un acto que determina la imposibilidad de continuar el *iter* administrativo[123] —en realidad, impide iniciarlo— y su comunicación al denunciante-interesado[124] habilita a éste para interponer contra la misma los recursos administrativos procedentes y, en última instancia, el recurso contencioso-administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1, párrafo primero, de la LRJAP-PAC y en el artículo 25.1 de la LRJCA. La interposición de recurso jurisdiccional obligará al emplazamiento del denunciado, a fin de que, en su caso, intervenga en el proceso como codemandado, debiendo hacerse la salvedad de que la Jurisdicción Contencioso-administrativa, si considera que la decisión expresa de no incoar el procedimiento sancionador es contraria a Derecho, anulará aquélla, ordenando a la Administración que proceda a su iniciación y ulterior tramitación[125], resolviendo conforme a lo que resulte de esta última.

Sin embargo, nada dice la norma reglamentaria reseñada acerca del plazo de que dispone la Administración para decidir acerca de la procedencia o improcedencia de incoar el procedimiento sancionador, decisión que, según se ha visto, habrá de comunicar al denunciante. A este respecto, el respeto al Principio de Legalidad y la consideración misma de la Potestad Sancionadora como un acto obligado o debido exige la articulación de algún mecanismo que haga inviable jurídicamente una eventual actitud pasiva de la Administración ante la denuncia-solicitud formalizada. Por ello, consideramos que la solución menos mala pasa por una aplicación analógica de la previsión

[122] Ex artículo 11.2, *in fine*, del RP.

[123] Podría igualmente sostenerse que tal decisión produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, si bien consideramos que tal alegato resulta forzado y sujeto a interpretaciones de marcado carácter subjetivo. Por ello, ante un acto administrativo que decreta la improcedencia de iniciar un procedimiento sancionador, lo más acertado, objetivamente hablando, es valorarlo como lo que realmente es, o sea, como un acto que impide la prosecución de una tramitación administrativa que el denunciante-interesado demanda.

[124] Como sabemos, el denunciante ha de ser titular de un derecho subjetivo o interés legítimo —incluido el interés moral — para poder intervenir en el procedimiento sancionador.

[125] Una STS de 3 de junio de 1998, tras anular determinados actos administrativos no conformes a Derecho, obliga a iniciar el correspondiente procedimiento para la depuración de posibles responsabilidades administrativas.

contenida en el artículo 42.3 de la LRJAP-PAC, a cuyo tenor *«cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo (para notificar la resolución expresa), éste será de tres meses»*. Ahora bien, dicho plazo —fijado con carácter general en la norma- ha de experimentar una modulación concreta, en aras a su adaptación al caso que se analiza, modulación que, en realidad, consiste en aceptar su aplicación a la mera decisión de incoar o no el procedimiento sancionador, sin perjuicio de la plena observancia del plazo de seis meses que, para el dictado de la resolución que ponga fin al procedimiento mismo, prevé el artículo 20.6 del RP. En definitiva, en el marco contextual del procedimiento sancionador existirían, de acuerdo con la tesis que se propone, dos plazos a tener en cuenta. A saber:

a) El primero, de tres meses de duración, comprendería el período de tiempo de que dispone la Administración para, ante una denuncia acompañada de solicitud de iniciación del procedimiento, decidir sobre la incoación del mismo. Este plazo se computaría, en todo caso, de la forma señalada en el propio artículo 42.3, letra b), de la LRJAP-PAC, esto es, desde la fecha en que la solicitud incluida en la denuncia haya tenido entrada en el registro del órgano competente para decidir sobre la petición en ella contenida. Transcurrido ese plazo de tres meses sin que la Administración haya comunicado al denunciante-interesado su criterio al respecto —ex artículo 11.2 del RP-, éste podrá entender desestimada su solicitud, de acuerdo con lo previsto en el artículo 43.2, inciso segundo, de la LRJAP-PAC, pudiendo interponer contra el acto generado por silencio administrativo los recursos administrativos y jurisdiccionales procedentes[126].
b) El segundo de los plazos referidos no admite especial discusión. Se trata del reseñado en el artículo 20.6 del RP. Una

[126] Con la consiguiente demora y el peligro de que hayan transcurrido los plazos de prescripción de la infracción, algo ciertamente difícil de evitar. A este respecto, la STS de 3 de febrero de 1978 sostiene que la presentación de la denuncia no impide la prescripción de la infracción, puesto que la misma, mera declaración de conocimiento del particular, no es de por sí acto administrativo de incoación que interrumpa el plazo...». Por otro lado, y como se indicó *supra*, no hay que olvidar que la única pretensión posible en un recurso jurisdiccional que verse sobre el objeto que se analiza consistirá en que el Tribunal correspondiente ordene a la Administración la incoación del procedimiento, dado que el órgano judicial jamás podrá imponer la sanción, no sólo por el carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, sino también porque se trata de casos en los que el procedimiento administrativo ni tan siquiera ha sido iniciado.

vez incoado el procedimiento sancionador en forma legal, la resolución del mismo deberá recaer en un intervalo no superior a seis meses.

La propuesta acabada de formular conduce a una lógica e ineludible consecuencia: el espectro procedimental sancionador acogido por nuestro Ordenamiento Jurídico presenta, cuando media denuncia con solicitud de iniciación, dos fases plenamente diferenciadas, correspondiendo a cada una de ellas una naturaleza igualmente diversa. Veamos:

a) La fase previa a la iniciación del procedimiento, cuya naturaleza se corresponde, haciendo uso de una ficción jurídica, con la propia de los *«procedimientos iniciados a solicitud de interesado»*. No nos hallamos, ciertamente, ante un verdadero procedimiento. Sin embargo, no puede desconocerse la existencia de una solicitud —de iniciación del procedimiento- a la que la Administración ha de dar respuesta, con la obligación adicional de comunicarla a quien formalizó aquélla. Y el cumplimiento de este deber legal no puede hacerse depender de la mera voluntad o capricho de quien está llamado a verificarlo, esto es, la Administración. Elementales razones de Seguridad Jurídica exigen, pues, marcar un contexto temporal en el que la respuesta ha de ser definida y notificada, ahondando, a la vez, en la plena admisión de los mecanismos reactivos ya configurados por el Derecho cuando el contenido de la decisión administrativa no es conforme con el Ordenamiento Jurídico.
b) La fase de tramitación del procedimiento, con la naturaleza propia de los *«procedimientos iniciados de oficio»*, pues la incoación del procedimiento sancionador no deja de revestir este carácter.

2. Existen, asimismo, dificultades para la integración del denunciante-interesado en la misma tramitación del procedimiento sancionador. Los artículos 134 y siguientes de la LRJAP-PAC, así como la normación contenida en el RP, configuran un procedimiento sancionador salpicado de trámites en los que no encaja ni tiene sentido la intervención de otro interesado que aquel contra el que se dirige[127]. Ahora bien, como afirma REBOLLO PUIG[128],

[127] Vid. artículo 135 de la LRJAP-PAC, a propósito de los derechos del presunto responsable en el procedimiento.
[128] REBOLLO PUIG, Manuel, *Interesados...*, Op. Cit., pág. 77.

«de todo lo que precede no debe deducirse que los otros interesados de que aquí hablamos deban tener una participación idéntica a la del imputado». Bastará con que se les reconozcan las posibilidades generales que la LRJAP-PAC concede a los interesados, en particular, la proposición de prueba y la audiencia, que serán suficientes para canalizar y defender sus pretensiones. Eso sí, *«lo único imprescindible —añade el precitado autor— es que el imputado tenga siempre posibilidad de reaccionar frente a todas las alegaciones y peticiones contrarias»*.

Pese a todo, *«las dificultades apuntadas han de ceder ante una legitimación que efectivamente responda a derechos e intereses individuales o colectivos dignos de protección, con lo que, no sólo se dará un paso para su eficaz tutela (artículo 24 de la Constitución), sino para el control de la Administración en el sometimiento a los fines que la justifican (artículo 106.1 de la Constitución), y ello respecto a una de sus potestades más intensas y graves»*[129].

Por otro lado, el Ordenamiento Jurídico arbitra soluciones ante eventuales prácticas abusivas, cuya especial promoción se juzga aconsejable. Tal es el caso de las denominadas *«actuaciones previas»*[130], que no forman parte del procedimiento sancionador propiamente dicho. Como nota curiosa a propósito de esta figura, conviene significar que las SsTS de 24 de septiembre de 1976 y 22 de febrero de 1985, entre otras, consideran que este tipo de actuaciones no gozan de la virtualidad de interrumpir la prescripción, mientras que las de 2 de enero de 1980 y 5 de septiembre de 1988 se inclinan por la tesis contraria. En todo caso, una adecuada utilización de esta posibilidad legal permitirá a la Administración iniciar el procedimiento sancionador cuando realmente existan indicios racionales de comisión de la infracción. Mediando denuncia, el empleo de la figura coadyuvará en contrastar la seriedad de los datos aportados en ella.

Finalmente, tampoco podemos desconocer la vigencia de la doctrina del *«abuso de derecho»*, acogida expresamente en nuestro Ordenamiento Jurídico en los artículos 7 del Código Civil y 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin olvidar el profuso empleo de la figura como línea argumental de numerosas resoluciones judiciales[131]. En ese sentido, T.R. FERNÁNDEZ[132] se muestra abiertamente partidario de la asunción de criterios flexibles a la hora de reconocer la legitimación de los interesados en el procedimiento administrativo, *«con el único límite, eficaz en sí mismo si se administra bien, del abuso del derecho»*.

[129] REBOLLO PUIG, Manuel, *Interesados...*, Op. Cit. Pág. 77.

[130] Previstas en el artículo 12.1 del RP y cuyo objeto es determinar, con carácter previo, la concurrencia de las circunstancias precisas para la iniciación del procedimiento sancionador.

7. CONSIDERACIÓN FINAL

Es hora de recapitular. Las líneas precedentes revelan, entendemos que de forma suficientemente razonada, que en el procedimiento sancionador pueden existir, además del presunto responsable, otros interesados, titulares de derechos subjetivos o intereses legítimos susceptibles de afección por la resolución que ponga fin a aquél. Nada obsta, pues, a que el denunciante de una infracción administrativa pueda ser considerado como parte interesada en el procedimiento que eventualmente se incoe tras su denuncia.

Ahora bien, el interés moral, en cuanto parte integrante del concepto de interés legítimo y concreta manifestación de éste, puede servir de perfecto basamento para la asunción de la condición de interesado en el procedimiento sancionador, con todas las consecuencias jurídicas que de ello se derivan.

Porque, en verdad, las facultades de actuación del denunciante-interesado se extienden a la posibilidad de presentar alegaciones, proponer pruebas, recusar al instructor y recurrir la resolución final.

Asimismo, la concepción del ejercicio de la potestad sancionadora como acto debido u obligado para la Administración, titular de aquélla, posibilita que el denunciante-interesado pueda someter a la consideración de la Jurisdicción Contencioso-administrativa —y, por tanto, al control de ésta—, no sólo la eventual actitud pasiva de la Administración frente a la denuncia —cuando ésta incluye la solicitud de iniciación del procedimiento sancionador—, sino también la decisión expresa de no iniciar el *iter* administrativo.

Lo anterior no significa, empero, que se deba reconocer la condición de interesado en el procedimiento sancionador a todo denunciante. Desde luego, tal reconocimiento no será viable jurídicamente cuando nos hallemos ante un simple ciudadano cuya única pretensión sea la de poner en conocimiento de la Administración la comisión de una infracción, sin más. La consideración de interesado dependerá,

[131] Vid. STS de 2 de noviembre de 1989.

[132] FERNÁNDEZ, T.R., *Los principios...*, Op. Cit., pág. 109.

pues, de que el denunciante ostente algún derecho subjetivo o interés legítimo digno de tutela, dato que cualifica su *status*, haciéndolo diferente de la mera condición de colaborador ocasional de la Administración —por facilitar la «*notitia infractionis*»—.

LAS COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID EN MATERIA DE AEROPUERTOS DEPORTIVOS Y ACTIVIDADES AEROPORTUARIAS

POR

EDUARDO PFLUEGER TEJERO

LETRADO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA VIGENTE Y SU DELIMITACIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 3. EL DESARROLLO DE LAS COMPETENCIAS QUE INCIDEN SOBRE LA ACTIVIDAD AEROPORTUARIA. 4. LAS COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID. 5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El desarrollo del marco competencial que establece la Constitución Española, a través de la asunción por las Comunidades Autónomas de determinadas competencias, ha supuesto la necesidad de ir definiendo el alcance de las mismas según la materia a tratar.

La aprobación de los Estatutos de Autonomía, sus posteriores modificaciones para ampliar el techo competencial, y la frondosa interpretación del Tribunal Constitucional en cuanto al alcance del ejercicio por las Comunidades Autónomas de las competencias asumidas o que pueden asumir, supone en ocasiones determinadas contradicciones o dudas en cuanto al alcance en la regulación de una materia que pertenece al ámbito autonómico o al estatal, ya se trate de competencias exclusivas, concurrentes o compartidas.

En el desarrollo de algunos supuestos competenciales, la colisión, o la necesidad de definición es aún más problemática, pues se trata de competencias que comparten el Estado y las Comunidades Autónomas sobre una misma materia. Se trata así de delimitar dentro de una materia concreta o de una misma actividad, qué desarrollo o aplicación corresponde al Estado y cual a la Comunidad de Madrid.

En el presente trabajo analizaremos uno de estos supuestos. El planteado en materia de aeropuertos, pues es la propia Constitución la que introduce, al delimitar las competencias sobre esta materia,

una calificación de aeropuertos que no existía en la legislación aeronáutica entonces vigente, pues ni la Ley de Aeropuertos de 2 de noviembre de 1.940, ni el R.D.Ley 12/78 sobre fijación y delimitación de facultades entre los distintos Ministerios con competencia en la materia, se referían a esta distinción.

Así, la Constitución establece en su art. 149.1.20, que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de «*aeropuertos de interés general; control del espacio aéreo, tránsito y transporte aéreo, servicio meteorológico y matriculación de aeronaves*», mientras que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de «*aeropuertos deportivos y, en general, los que no desarrollen actividades comerciales*.» (art. 148.1. 6).

Es el manejo de estos conceptos, el que precisa de delimitación para definir el alcance de las competencias autonómicas y estatales, ya que, ni los antecedentes legislativos precitados ni la vigente Ley de Navegación Aérea establecen la distinción entre aeropuertos de interés general, aeropuertos deportivos o actividades no comerciales a que se refiere la Constitución, por ser norma, aún vigente, preconstitucional.

2. LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA VIGENTE Y SU DELIMITACIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Para cubrir esta carencia y encajar la nueva distribución de competencias constitucional con la normativa de navegación aérea y actividades aeroportuarias, se dicta el Real Decreto 2858/1.981, de 27 de noviembre, sobre Calificación y gestión de los aeropuertos civiles.

Se contienen así en la precitada norma los requisitos que deben cumplir los aeropuertos para ser calificados como de interés general, y ser por tanto competencia del Estado, junto con determinadas formas posibles de gestión respecto a otras Administraciones Públicas.

En su art. 1, el R.D. 2858/1981 establece: «*Serán calificados como aeropuertos de interés general por la Subsecretaría de Aviación Civil, previos los informes y acuerdos previstos en el Real Decreto-ley 12/1978, de 27 de abril.*

1. Los que reúnan las condiciones para servir tráfico internacional.

2. Aquellos que, por su situación, características o su capacidad de generar tráfico, puedan incidir en la ordenación del transporte o del espacio aéreo, o en el control del mismo.

3. Los que sean aptos para ser designados como aeropuertos alternativos de los anteriores.

4. Los que tengan interés para la defensa nacional».

Además, se definen los distintos servicios y actividades propios de la actividad aeroportuaria, como son: el control del espacio aéreo, tránsito y transporte aéreo, servicios aeroportuarios estatales (aduaneros, policía, correos, seguridad, etc), los relativos a la explotación económica del aeropuerto.

En adición a ello, el art. 5 de la misma norma establece que se exige la autorización de la Subsecretaría de Aviación Civil para la construcción o apertura de todo proyecto de aeropuerto, modificación estructural u operativa del mismo o la transformación de un aeródromo en aeropuerto. Este Organismo, previos los informes y acuerdos previstos en el Real Decreto-ley 12/1978, de 27 de abril, decidirá, teniendo en cuenta la repercusión que ha de originar en la estructuración y ordenación del espacio aéreo español el tráfico que naturalmente puedan generar y las ayudas a la navegación que su implantación lleva consigo, denegará o accederá a ello, previos determinado en este último caso las condiciones a que ha de ajustarse su calificación y la forma de gestión del mismo.

Es así el Estado el que, a través de estos mecanismos, considera un aeropuerto como de interés general, o una actividad aérea como comercial, sobre las que ejercen plenas competencias. Se sujeta por tanto a autorización estatal «*todo proyecto de aeropuerto, modificación estructural u operativa del mismo, para examinar la repercusión que vaya a tener en la estructuración y ordenación del espacio aéreo español el tráfico que puedan generar y las ayudas a la navegación que su implantación lleva consigo*»[1].

Existen por otra parte diversas referencias a las definiciones de aeropuertos y aeródromos y su distinción en la legislación aérea.

La Ley 48/60, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, clasifica toda superficie dispuesta para la llegada y partida de aeronaves en aeródromos y aeropuertos, y los clasifica en permanentes y eventuales (en el caso de los aeródromos), militares o civiles, y dentro de éstos públicos o privados.

Parte la Ley de la definición de aeródromo, como la superficie de límites definidos, con inclusión, en su caso, de edificios e instalaciones, apta normalmente para la salida y llegada de aeronaves, para posteriormente definir el aeropuerto como «*todo aeródromo en el que existan, de modo permanente, instalaciones y servicios con carácter público, para asistir de modo regular al tráfico aéreo, permitir el aparcamiento y reparaciones del material aéreo y recibir o despachar pasajeros o carga*»[2].

[1] Varios autores. «Régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas». Ministerio para las Administraciones Públicas/Colección Informes y Documentos, Edic. Junio. 1.993

[2] art. 39

Por otra parte, puede verse la definición de aeropuerto como «cualquier zona de un estado miembro abierta para las operaciones de transporte aéreo comercial», en el Reglamento CE número 2.320/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2.002, por el que se establecen normas comunes para la seguridad de la aviación civil.

Tanto los criterios de calificación de un aeropuerto como de interés general, como la facultad de autorización que tiene el Estado, han sido respaldados por la doctrina del Tribunal Constitucional.

Respecto de los primeros, el Alto Tribunal, en su Sentencia 68/84, de 11 de junio, considera acorde con el interés general los requisitos que establece el R.D. 2858/1981 para calificar un aeropuerto como tal, pues vienen referidos a un notorio interés general, cuya apreciación es *«facultad atribuida por la Constitución al Estado»*.

La Constitución no ha hecho, como señala Mayo Menéndez, *«una distribución vertical de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de aeropuertos, sino que ha establecido un reparto competencial plenamente horizontal: legislación y gestión sobre determinados aeropuertos a las Comunidades Autónomas y gestión sobre aeropuertos de interés general al Estado»*[3].

Igualmente la discrecionalidad que en este punto se atribuye al Estado sobre la calificación o no de un aeropuerto como de interés general viene apoyada en otros títulos competenciales respecto de actividades que se desarrollan en un aeropuerto. Así, el régimen aduanero del art.149.1.10, la legislación básica sobre medio ambiente (art.149.1.23), el control del espacio aéreo, tránsito y transporte aéreo, servicio meteorológico y matriculación de aeronaves (art. 149.1.20), y obras públicas de interés general (art.149.1.24).

Por lo que se refiere al art. 5 del R.D. 2858/1981, que atribuye el Estado la competencia para autorizar «todo proyecto de aeropuerto, modificación estructural u operativa del mismo o la transformación de un aeródromo en aeropuerto», hay que interpretarla como lo realiza el Tribunal Constitucional en su Sentencia 68/84.

El Tribunal distingue entre las competencias que se desarrollan sobre los aeropuertos propiamente dichos, de aquellas que corresponden a la navegación aérea.

Así considera que *«no puede examinarse desde el punto de vista de las competencias relativas a aeropuertos, pues no forma parte de ella aunque incida en la materia, sino que corresponden a la de control del espacio aéreo»* de este modo *«precisamente porque cualquier aeropuerto, sea cual sea su calificación, genera algún tráfico que incide sobre la estructuración y ordenación del espacio aéreo. La competencia sobre el control de éste conlleva la necesidad de controlar el número, ubicación y características de todo tipo de aeropuertos, sean quienes sean los titulares de las diversas competencias sobre los mismos»*.

[3] Mayo Menéndez, Pablo, «Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid» diversos autores, Ed. Comunidad de Madrid, 1.999

3. EL DESARROLLO DE LAS COMPETENCIAS QUE INCIDEN SOBRE LA ACTIVIDAD AEROPORTUARIA

La calificación de un aeropuerto como de interés general corresponde, como hemos visto, al Estado. Esta discrecionalidad no le otorga poderes absolutos sobre el ejercicio de competencias aeroportuarias, pues una cosa es decidir si un aeropuerto es de interés general o no, y otra ejercer de modo absoluto las competencias que correspondan sobre el mismo.

Ya el T.C. consideró que *«el Estado tiene competencia exclusiva en materia de aeropuertos de interés general, y el momento en que se determinará en concreto la competencia del Estado será aquél en que un concreto aeropuerto sea calificado como de interés general, no el momento en el que se fijen los criterios con los que haya que hacerse esta calificación. La facultad atribuida por la Constitución al Estado para definir el interés general, concepto abierto e indeterminado llamado a ser aplicado a las respectivas materias, puede ser controlada, frente a posibles abusos y «a posteriori» por este Tribunal»*.

El que una Comunidad Autónoma disponga de competencia exclusiva sobre los aeropuertos deportivos, por ejemplo, no obsta el que el Estado, por disponer de la exclusiva sobre el control del espacio aéreo, pueda impedir que se establezcan en lugares no conformes con las exigencias de éste (así lo apreció el T.C. respecto del conflicto positivo de competencia planteado por la Generalidad de Cataluña en la Sentencia precitada).

A la inversa, en la competencia exclusiva del Estado sobre los aeropuertos de interés general, confluyen otras competencias asumidas por las Comunidades Autónomas o concurrentes con las estatales. Así ocurre con la competencia asumida por las Comunidades Autónomas en materia de ordenación del territorio urbanismo y vivienda (art. 26.1.4, L.O. 3/83, de 25 de febrero, que aprueba el Estatuto de la Comunidad de Madrid).

En este sentido, como expresa la STC 61/97: el urbanismo, como sector material susceptible de atribución competencial, alude a la disciplina jurídica del hecho social o colectivo de los asentamientos de población en el espacio físico, lo que, en el plano jurídico se traduce

en la ordenación urbanística como objeto normativo de las leyes urbanísticas y en el reparto de competencias efectuado por la CE es a las Comunidades Autónomas a las que se ha atribuido la competencia exclusiva sobre el urbanismo, y por ende es a tales entes público a los que compete emanar normas que afecten a la ordenación urbanística, en el sentido más arriba expuesto.

El ejercicio de la competencia sobre ordenación territorial resulta por tanto condicionado por el ejercicio de las competencias estatales que incidan sobre el territorio, pero esta facultad competencial estatal no puede vaciar de contenido la propia competencia autonómica haciéndola ineficaz, pues ello constituiría una inmisión ilegítima. Por ello el sistema constitucional de reparto de competencias acude al principio de coordinación y cooperación entre administraciones públicas.

Así, la S.T.C. 149/1998, de 2 de julio, establece que: «*la multiplicidad de actuaciones que inciden en el territorio requiere la necesidad de articular mecanismos de coordinación y cooperación, pero no su incorporación automática a la competencia de ordenación del territorio, de manera que el competente en esta materia, al ejercer su actividad ordenadora, estableciendo los instrumentos de ordenación territorial, deberá respetar las competencias ajenas que tienen repercusión sobre el territorio coordinándolas y armonizándolas desde el punto de vista de su proyección territorial*».

Esta tensión o coordinación competencial se refleja en la propia normativa en materia aeroportuaria. La disposición adicional segunda del R.D. 2591/1998, establece el carácter vinculante del informe de AENA en lo que se refiere al ejercicio de las competencias exclusivas del Estado.

Así, la propia disposición adicional, al establecer la obligación de remitir determinados instrumentos urbanísticos deslinda dos objetos: a) los que afecten a la zona de servicio de un aeropuerto de interés general y b) los que afecten a sus espacios circundantes sujetos a las servidumbres aeronáuticas. En el primer caso el informe versará sobre la calificación de la zona de servicio aeroportuario como sistema general, y en el segundo sobre el espacio territorial afectado por las servidumbres y los usos que se pretenden asignar a este espacio, pero en todo caso la vinculación se limita a lo que se refiere al ejercicio de las competencias exclusivas del estado, según establece la propia norma.

Igualmente, la disposición adicional establece in fine: En el supuesto de que la Administración Pública competente no aceptara las observaciones formuladas por el Ministerio de Fomento, no podrá procederse a la aprobación definitiva de los planes o instrumentos urbanísticos y territoriales en lo que afecte al ejercicio de las competencias exclusivas del Estado, limitando así, como ya se ha examinado, el carácter vinculante al alcance de las competencias exclusivas.

El procedimiento de calificación del aeropuerto se completa con el régimen establecido en la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea.

Así, la construcción y modificación estructural o funcional de los aeródromos, helipuertos y aeropuertos civiles de competencia de la Administración General del Estado y de las instalaciones del sistema de navegación aérea, así como la puesta en funcionamiento y clausura de los mismos, requerirán autorización del Ministerio de Fomento, previo informe favorable del Ministerio de Defensa.

En el caso de los aeródromos y aeropuertos de competencia de las Comunidades Autónomas y la aprobación de planes o instrumentos de ordenación y delimitación de su respectiva zona de servicio, su construcción, modificación y apertura al tráfico aéreo, «deberán ser informadas conjuntamente, con carácter previo, por los Ministerios de Fomento y de Defensa, a efectos de determinar la incidencia de los mismos en la estructuración, ordenación y control del espacio aéreo, en el tránsito y el transporte aéreos y en su afección a los aeropuertos de interés general o a sus espacios circundantes sujetos a servidumbres aeronáuticas».

Todo ello conforme al art. 9 de la precitada Ley que además establece que «*El informe previsto en el párrafo anterior tendrá carácter vinculante en lo que se refiere a la preservación de las competencias estatales, y se emitirá, previa consulta al órgano colegiado previsto en el artículo 6 en el plazo de seis meses, transcurridos los cuales sin haberse evacuado, se entenderá que tiene carácter favorable.*

Para la construcción, modificación y apertura al tráfico aéreo de los helipuertos de competencia de las Comunidades Autónomas, se requerirá únicamente el certificado de compatibilidad del espacio aéreo de la instalación proyectada emitido por la Dirección General de Aviación Civil previo informe vinculante del órgano colegiado al que se refiere el artículo».

En definitiva, se establece un procedimiento de autorización estatal, a través de informes previos, para decidir si un aeropuerto es de interés general. En caso contrario, la competencia de su control, explotación en su caso, y gestión, corresponderá a la Comunidad de Madrid, sin perjuicio de su compatibilidad con las normas de navegación aérea.

4. LAS COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID

La Comunidad de Madrid asumió a través de la L.O. 5/98, de 7 de julio, de reforma de su Estatuto de Autonomía, competencia exclusi-

va sobre *«aeropuertos y helipuertos deportivos así como los que no desarrollen actividades comerciales»* (que en parte ya había asumido), en su art. 26.1.7, y competencia de ejecución de la legislación básica del Estado sobre *«aeropuertos y helipuertos con calificación de interés general cuya gestión directa no se reserve el Estado.»*

Respecto de la expresión *«actividades comerciales»* a que se refiere el art. 26.1.7 del Estatuto de Autonomía, de modo que la competencia sobre los *aeropuertos y helipuertos que no desarrollen actividades comerciales* corresponde en exclusiva a la Comunidad de Madrid, es necesario tener en cuenta dos aspectos.

De conformidad con el procedimiento de autorizaciones previsto en los arts. 5 del R.D. 2858/1981 y art. 9 de la Ley de Seguridad Aérea, será el propio Estado el que tenga en cuenta, junto con el resto de requisitos, las actividades que en relación con el tráfico aéreo se van a desarrollar.

Una aproximación de lo que puede entenderse como actividades no comerciales nos la ofrece la propia legislación sobre circulación aérea. El R.D. 57/2.002, de 18 de enero, de Circulación aérea establece las siguientes definiciones, que, si bien referidas a las actividades de navegación, puede orientarnos al respecto; así establece:

«Operación de la aviación general: Operación de aeronave distinta de la de transporte aéreo comercial o de la de trabajos aéreos.

Operación de transporte aéreo comercial: Operación de aeronave que supone el transporte de pasajeros, carga o correo por remuneración o arrendamiento.

Trabajos aéreos: Operaciones de aeronave en la que ésta se aplica a servicios especializados tales como agricultura, construcción, fotografía, levantamiento de planos, observación y patrulla, búsqueda y salvamento, anuncios aéreos, etc.»

Dentro de las operaciones de aviación general se encontrarían la aviación privada, de instrucción, deportes aéreos etc, perfectamente distinguible de las actividades de ámbito comercial y de los trabajos aéreos.[4]

Similar distinción en las actividades aéreas puede verse en alguna normativa internacional.

[4] Sin embargo existen otras distinciones como la que se contempla en el Convenio sobre Aviación Civil Internacional firmado en Chicago el 7 de diciembre de 1.944, ratificado por España con fecha 18 de marzo de 1.969, que distingue la actividad de «servicio aéreo», como todo servicio aéreo regular realizado por aeronaves de transporte público de pasajeros, correo y carga, de la actividad de «escala para fines no comerciales», consistente en el aterrizaje para fines ajenos al embarque o desembarque de pasajeros, carga o correo.» (art. 96).

Así, se considera transportista aéreo a *«toda empresa de transporte aéreo que posea una licencia de explotación válida»* (Reglamento CE número 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de febrero de 2.004) o compañía aérea en la terminología del Reglamento CEE num. 2.407/92, y a su vez las licencias de explotación pueden ser para distintas actividades aéreas, que quedarán sujetas bien al derecho comunitario, o bien al derecho nacional.[5]

En este sentido, el Reglamento CEE num. 2.407/92 del Consejo, de 23 de julio de 1.992, sobre la concesión de licencias a las compañías aéreas distingue por una parte entre el transporte de pasajeros, correo y/o carga, realizado por aeronaves sin motor y/o ultraligeros con motor, y vuelos locales que no impliquen transporte entre diversos aeropuertos[6], y por otra parte el transporte por vía aérea de pasajeros, correo y/o carga a cambio de remuneración y/o pago de alquiler, respecto de las cuales es necesaria la expedición de una licencia de explotación.

Además, para poder operar en relación al transporte aéreo comercial, es necesario el Certificado de Operador Aéreo (AOC, conforme el Reglamento CEE 2407/92), documento expedido a una empresa o grupo de empresas por las autoridades competentes de un Estado miembro en el que se acredite que el operador en cuestión posee la capacidad profesional y la organización necesarias para garantizar la operación de aeronaves en condiciones seguras para las actividades aeronáuticas especificadas en el mismo (el Anexo 6 al Convenio de Chicago de 1.947, sienta las bases a nivel internacional).

5. CONCLUSIONES

Con todo ello puede concluirse que la calificación de un aeropuerto como de interés general corresponde al Estado, que ejercerá su competencia exclusiva sobre el mismo.

La construcción y puesta en funcionamiento de un aeropuerto o helipuerto, que la Comunidad de Madrid entienda de su competencia, pasa por el procedimiento de autorizaciones e informes ya expuestos.

De este modo, la realización de actividades que no supongan transporte de pasajeros, cargo o correo por remuneración así como los que puedan englobarse dentro de la categoría que el Reglamento

[5] Transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo, transportista comunitario, operador turístico.

[6] Distinción que se realiza para excluir tales actividades del ámbito de aplicación del Reglamento, sobre las que se aplicará el Derecho nacional por lo que se refiere a las licencias de explotación. (art. 1).

de Circulación Aérea denomina *«trabajos aéreos»*, corresponderá a la Comunidad de Madrid, en virtud de su competencia sobre aeropuertos que no desarrollen actividades comerciales siempre que se corresponda con una competencia igualmente asumida en el Estatuto de Autonomía.

Todo ello se entiende a efectos de atribución de competencia y no excluye la aplicación de la normativa estatal sobre navegación y seguridad aérea.

REGULACIÓN DE VERTIDOS EN LA COMUNIDAD DE MADRID

POR

VÍCTOR MANTECA VALDELANDE

DOCTOR EN DERECHO. CONSEJERO TÉCNICO JURÍDICO
DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA

El presente trabajo examina el régimen normativo a que se encuentran sometidos los vertidos de diferente naturaleza al sistema hidráulico en la Comunidad de Madrid. En una primera parte se analizan los diferentes aspectos de los vertidos y en una segunda parte se examina el régimen de autorización según el tipo de vertido teniendo en cuenta la normativa Comunitaria, estatal, autonómica y local.

1. LA CONTAMINACIÓN DEL AGUA Y SU REGULACIÓN

El vertido de sustancias a las aguas produce contaminación e influye negativamente sobre la calidad de éstas. Los vertidos pueden ser directos o indirectos[1]. Los primeros[2] requieren autorización administrativa. Los indirectos son los que vierten a la red de alcantarillado, azarbes, canales pluviales o de desagüe y que desembocan en un cauce después de haber pasado un proceso de depuración en instalaciones de saneamiento.

[1] De los vertidos efectuados a cursos de agua o canales de riego casi un 15 por 100 son municipales y otro tanto son vertidos industriales.

[2] Vertidos directos a cauces y los que se llevan a cabo a través de la redes municipales de alcantarillado.

La contaminación de aguas continentales procede del vertido de aguas residuales urbanas y agrícolas y de los vertidos industriales.

La contaminación difusa de los acuíferos está relacionada con diversas actividades económicas entre las que destacan las agroganaderas que provocan la contaminación a través de la escorrentía que fluye, disolviendo sustancias depositadas en el suelo[3]. Este tipo de contaminación cobra cada vez mayor importancia respecto a la degradación de las aguas.

Otra causa de la contaminación difusa es la provocada por los vertidos urbanos y por los residuos tóxicos y peligrosos depositados sobre el terreno de manera incontrolada.

La contaminación térmica consiste en la producción de importantes contrastes de temperatura en las aguas debido a diversas actividades económicas cuyos efectos consisten en modificaciones y cambios de naturaleza físico-química en el medio acuático. La mayor parte de los vertidos térmicos son de origen industrial y generados por las centrales eléctricas, sistemas de aires acondicionados y refrigeración, industrias de papel, siderurgia, petroquímica, desaladoras y otras actividades industriales.

El incremento máximo de temperatura se encuentra establecido en 3ºC para los ríos y en 30º para embalses y lagos por el Reglamento de Dominio Público Hidráulico[4].

La contaminación urbana y agrícola está constituida principalmente por materia orgánica, mientras que en la industrial se encuentran productos químicos[5] y otras sustancias peligrosos de difícil degradación.

La contaminación produce la eutrofización acuática que consiste en una fertilización de las aguas debida a la presencia de nutrientes[6] causando un incremento de la productividad en la cadena alimentaria y una mutación de las características del agua.

Los embalses más eutróficos son los que se encuentran en los tramos bajos de los ríos una vez que han pasado por zonas urbanas.

La contaminación de los acuíferos subterráneos procede de infiltraciones y materiales que entran en contacto durante el ciclo hidrológico. Los principales problemas contaminantes se deben a la presencia

[3] Principalmente fertilizantes y fitosanitarios usados en las actividades agrícolas, así como materiales orgánicos y otros productos contaminantes producidos por actividades ganaderas e industriales.

[4] Aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril. Hay que tener en cuenta que los valores máximos del incremento de temperatura son diferentes en función de las exigencias de las distintas poblaciones que se encuentren en los cursos de agua.

[5] Muchos de ellos tóxicos como dioxinas, fenoles, metales pesados, etc.

[6] Nitrógeno, fósforo, etc.

de compuestos nitrogenados procedentes de actividades agrícolas que por infiltración de las aguas arrastran abonos y fitosanitarios. Además las aguas residuales procedentes de usos domésticos también contaminan los acuíferos en casos de utilización de fosas sépticas o por la utilización de sistemas de tratamiento de aguas residuales cuyo uso de la depuración del terreno no se lleva a cabo adecuadamente.

2. LEGISLACIÓN SOBRE VERTIDOS

En materia de vertidos y calidad de las aguas la legislación europea, estatal y de las comunidades autónomas se refiere a cuatro tipos de vertidos:

a) Vertidos procedentes de actividades industriales.
b) Vertidos y tratamiento de las aguas residuales urbanas.
c) Vertidos de sustancias peligrosas.
d) Objetivos de calidad de las aguas para usos determinados.

Las aguas residuales urbanas son vertidos a la red de alcantarillado que según la Directiva 271/91/CEE tienen como objeto regular la recogida, tratamiento y vertido de las aguas residuales urbanas y las procedentes de determinadas actividades industriales.

La normativa estatal española recoge estos objetivos en el Real Decreto 484/1995, de 7 de abril, sobre medidas de regulación y control de vertidos y el R.D. 509/1996, de 15 de marzo, por el que se establecen normas aplicables al tratamiento de aguas residuales urbanas y la Resolución de 28 de abril de 1995 por la que se aprueba en Plan Nacional de Saneamiento y depuración de aguas residuales.

La Ley 10/1993, de 26 de octubre, de la Comunidad Autónoma de Madrid regula el vertido de líquidos industriales al sistema integral de saneamiento en esta Comunidad autónoma.

El Decreto 40/1994, de 21 de abril, aprobó los modelos de documentos a los que se refieren la ley y decreto citados y el Decreto 62/1994, de 16 de junio, estableció normas complementarias para la caracterización de los vertidos líquidos de naturaleza industrial al sistema integral de saneamiento.

En el ámbito local el Ayuntamiento de Madrid en su ordenanza general de protección del medio ambiente regula[7] la protección de los recursos hidráulicos frente a la contaminación por vertidos que no tengan carácter doméstico.

[7] Libro V.

Esta normativa municipal estableció un calendario para la construcción de sistemas colectores de aguas residuales urbanas en aglomeraciones ciudadanas determinadas[8]. También estableció un calendario para la implantación de tratamiento secundario o proceso equivalente para aguas residuales urbanas en aglomeraciones igual a las anteriormente citadas.

Los vertidos industriales que no viertan a las redes de alcantarillado de aguas residuales urbanas, antes de ser vertidas, deben someterse a condiciones reglamentarias exigidas en la legislación[9]. Es de aplicación a las aguas residuales industriales biodegradables procedentes de ciertos sectores de la industria agroalimentaria[10].

2.1. Clases y características de los vertidos

El Plan de Regulación de vertidos regula y clasifica los diferentes tipos de vertidos superficiales y subterráneos.

Define como aguas residuales urbanas las aguas residuales domésticas o la mezcla de las mismas con aguas residuales industriales o con aguas de escorrentía pluvial.

Aguas residuales domésticas son las aguas procedentes de zonas de viviendas y de servicios, generadas principalmente por el metabolismo humano y actividades domésticas.

Aguas residuales industriales son todas las aguas residuales vertidas por cualquier actividad comercial o industrial que no sean residuales domésticas ni de escorrentía pluvial.

El Plan de Regulación de vertidos clasifica éstos según la situación y requisitos administrativos que cumplan:

1. Vertidos con autorización definitiva aquellos que cumplen los límites fijados y no se ven afectados por las medidas dispuestas sobre regularización de vertidos[11].
2. Vertidos con autorización provisional, pero que respetan los límites de emisión establecidos por la normativa reguladora. Deben solicitar la autorización definitiva.

[8] Más de 15000 equivalente-habitante, superiores a 10000 equivalente-habitante en zonas declaradas como sensibles y aglomeraciones entre 2000 y 15000 equivalente-habitante 1 habitante-equivalente es la carga biodegradable con una DBO5 de 60 gO_2/día.

[9] Siempre que la contaminación contenida en el vertido sea superior a 4000 equivalente-habitante.

[10] Industrias lácteas, hortofrutícolas, cárnicas, de pescado, de alcohol y bebidas alcohólicas, de bebidas sin alcohol, de piensos vegetales, de fabricación de gelatina y cola.

[11] Medidas establecidas por el Real Decreto 484/1995.

3. Vertidos con autorización provisional que no cumplen los límites de emisión establecidos por la legislación. Su autorización provisional se encontrará caducada y si no han sido objeto de un expediente sancionador por infracción deberán regularizar su situación y obtener la autorización correspondiente.
4. Vertidos no autorizados. Deben solicitar autorización y tener en cuenta que entre tanto se encuentran sometidos al correspondiente expediente sancionador.

Las autorizaciones definitivas incluyen la obligación de informar periódicamente al organismo de cuenca[12] remitiendo un informe anual. Además deben incluir en la información periódica un análisis del vertido.

Los organismos de cuenca competentes pueden establecer convenios con asociaciones empresariales mediante Planes sectoriales de regularización.

Los vertidos municipales pueden estar incluidos válidamente en cualquier plan o programa que incluya actuaciones correctoras de los vertidos y haya sido aprobado por la Comunidad Autónoma.

3. CONOCIMIENTO Y RESPONSABILIDAD POR EL VERTIDO

Antes de solicitar la correspondiente autorización, los titulares de los vertidos están obligados a conocer las características cualitativas y cuantitativas que presentan para incluir en su solicitud la adopción de las correspondientes medidas correctoras y además para la determinación del canon de saneamiento o de vertido[13].

En muchos casos es la propia entidad gestora de las aguas la que solicita la caracterización de los vertidos.

Además los titulares de vertidos están obligados en muchas ocasiones a establecer sistemas de vigilancia que garanticen el correcto vertido de los contaminantes incluso de la correcta situación del medio receptor[14].

El conocimiento de la naturaleza y características[15] de la contaminación es necesario siempre que se vayan a implantar medidas correctoras a los vertidos. Además en muchas ocasiones, el funcionamiento

[12] Confederación Hidrográfica.

[13] Hay que tener en cuenta que los cánones de vertido se establecen en función de los valores reales de contaminación emitida. Más aun desde la adopción del principio de quien contamina paga que informa toda la normativa medioambiental.

[14] Cauce, embalse, etc.

[15] Concentración, evolución, componentes, etc.

inadecuado de depuradoras se debe, precisamente a la falta de una correcta caracterización y evaluación de los vertidos.

También es un modo de evitar la producción de daños en la salud de las personas relacionadas con la manipulación y contacto de las sustancias peligrosas[16].

El conocimiento de las características de los vertidos se obtiene a través del examen y estudio de muestras.

El muestreo se lleva a cabo en el mismo vertido residual siempre y cuando no varíe su composición a lo largo del tiempo. Sin embargo si no se conocen las concentraciones de componentes del vertido y éstos son variables, las muestras deben realizarse al azar la primera y las siguientes en intervalos regulares de tiempo. Cuando se conoce el vertido de aguas residuales[17] será en esos momentos cuando debe realizarse la toma de muestras. Una vez tomadas las muestras hay que evitar que se alteren y sufran modificaciones.

Además el tratamiento de las aguas residuales conlleva la adopción de diferentes tecnologías y procesos conducentes a la eliminación de ciertos contaminantes. Un tratamiento primero, es el que prepara a las aguas residuales para su tratamiento biológico[18].

El tratamiento secundario es un tratamiento biológico realizado mediante procesos aerobios[19].

Los vertidos de tratamiento de aguas residuales urbanas deben cumplir los requisitos establecidos en la normativa reguladora de esta materia[20] que en esencia son los siguientes:

a) Establecer un número máximo de muestras no conformes y concentraciones máximas en relación con el incumplimiento de lo que se expresa en los apartados correspondientes a la eficacia de depuración y vertidos.
b) La media anual de los valores de nitrógeno y fósforo, debe respetar los valores correspondientes para cada uno de los parámetros.
c) La toma de muestras debe realizarse durante un periodo de 24 horas, en proporción al caudal o a intervalos regulares de tiempo.
d) Obligación de aplicar las prácticas internacionales correctas de laboratorio para evitar el deterioro de muestras.

[16] El conocimiento de los agentes contaminantes en presencia y del estudio de las muestras desde sus aspectos físico-químicos, microbiológicos y toxicológicos es fundamental para la prevención de riesgos peligrosos para la salud de las personas y del medio ambiente.
[17] De manera que puedan identificarse los momentos que representen a dicho vertido.
[18] La decantación, la coagulación-floculación y la flotación son los más usados.
[19] Fangos activos, lagunaje, filtros biológicos, la ozonización, la clonación, etc.
[20] Real Decreto 509/1996, de 15 de marzo, y Real Decreto-Ley 11/1995, de 28 de diciembre.

e) El mínimo de muestras debe establecerse en función del tamaño de la instalación y a intervalos regulares de tiempo[21].

Los vertidos procedentes de instalaciones de tratamiento secundario o de proceso equivalente deben cumplir otros requisitos en cuanto a parámetros, concentración y reducción relacionada con la carga del caudal de entrada[22].

La unidad de contaminación se define considerando que la carga contaminante por cada habitante y día será de 90 gramos de materia en suspensión y 61 gramos de materias oxidables.

4. AUTORIZACIÓN DE VERTIDOS

El Plan de Regularización de vertidos se llevó a cabo a causa de la existencia de determinados vertidos ilegales y de numerosas autorizaciones de vertidos provisionales y con la finalidad de conseguir una ordenación de los vertidos a través de planes concretos de regularización. Para ello se estableció un sistema de ayudas económicas que incentivan el cumplimiento de planes de regularización de vertidos urbanos e industriales.

El procedimiento de autorización incluye una serie de trámites con las fases siguientes:

— Notificación de las condiciones y características que debe tener el vertido en función de los objetivos de calidad del medio receptor[23] por la Confederación Hidrográfica al titular de la actividad causante del vertido.
— El titular del vertido debe presentar en el plazo máximo de treinta días[24], un Plan de regularización que debe contener:

- Una memoria descriptiva de la actividad y del vertido, incluyendo análisis de éste.
- Un programa de actuación con indicación de las obras e instalaciones, costes, financiación, fases y plazos de realización del proyecto, previsiones de explotación y seguimiento.

[21] De 2000 a 9000 h-e: 12 muestras el primer año y 4 los siguientes años siempre y cuando cumplan con lo establecido en la legislación- de 10.000 a 49.999 h-e:1. muestras — de 50.000 h-e o más: 24 muestras.
[22] Los análisis de vertidos procedentes de sistemas de depuración por lagunaje deben llevarse a cabo sobre muestras filtradas. Además la concentración de sólidos totales en suspensión en las muestras de aguas sin filtrar no deben superar los 150 mg/l.
[23] Por supuesto, fijando los límites del vertido.
[24] Contados a partir de la fecha de notificación.

— Sometimiento a información pública, por un plazo de veinte días, en el Boletín Oficial de la Provincia.
— Resolución de la Confederación Hidrográfica[25] aprobando o denegando el Plan de Regularización, cuya duración no podrá ser superior a dos años.
— La aprobación de Plan debe ir acompañada de la correspondiente autorización provisional de vertido.
— La autorización definitiva se otorga una vez finalizadas las actuaciones programadas en el Plan y que se hayan adaptado los vertidos a los límites y condiciones exigidos.

El procedimiento de regularización de vertidos está incluido en el Plan Hidrológico Nacional junto con el correspondiente procedimiento sancionador y actualización de los vertidos.

Por otra parte hemos de señalar que la correcta gestión de las aguas ha sido acompañada por la puesta en marcha de un Sistema Automatizado de Información y Calidad de las Aguas (SAICA) que a través de una red integrada de estaciones, controlan los vertidos de las cuencas hidrográficas además de detectar las situaciones en las que se superan los límites de vertido establecidos. Este sistema incluye[26] la gestión de las autorizaciones de vertido y las sanciones que procede imponer, supeditadas a los incumplimientos de los planes directores de depuración de las Comunidades Autónomas y del plan Nacional de Depuración.

Como ayuda para que los titulares se acojan al procedimiento de regularización, se incrementa la gravedad sancionadora en función de los tramos principales, la naturaleza de los usos protegidos y de los sectores más contaminantes. Además se amplía el canon de vertido a todas las clases de vertido con independencia de su situación administrativa.

Junto a estas medidas disuasorias también se establece un régimen de ayudas económicas comunitarias, estatales y autonómicas. También se crea la figura de las empresas colaboradoras de los Organismos de Cuenca con funciones consultivas y de asesoramiento técnico a la Administración.

La figura de los acuerdos voluntarios con la Administración es particularmente importante para los sectores industriales. Estos acuerdos permiten a empresas e industrias obtener la autorización definitiva de sus vertidos en proceso de regularización que en primer lugar tienen la consideración de vertidos provisionales siempre que cumplan las actuaciones, plazos y condiciones normativas.

[25] Vistas las alegaciones presentadas y previa audiencia del titular del vertido.
[26] Mediante técnicas informatizadas y de teledetección.

El concepto legal de autorización provisional de vertido responde a un vertido declarado y no necesariamente depurado.

La legislación obliga a la depuración de las aguas residuales, pero nada indica respecto al tratamiento que debe aplicarse.

Uno de los sistemas convencionales consiste en:

— un tratamiento previo con recogida de aguas sucias procedentes del colector, separación de sólidos gruesos, medición de caudales y homologación de las aguas y depósitos de aguas en tanques para su sedimentación y formación de los fangos de depuración.
— una segunda fase con tratamiento de las aguas mediante reactores biológicos, conducción a través de tuberías para su desinfección por cloro y finalmente descarga al cauce público.

Las industrias que tratan sus aguas residuales antes de su vertido y los núcleos urbanos de escasa población tienen aguas cuya calidad permite aplicar tratamientos exclusivamente biológicos, como es el conocido como «*humedales artificiales*» en los que la vegetación actúa como depuradora.

Las aguas residuales tienen unos efectos negativos transmisibles a los receptores que consisten en la producción de malos olores y sabores a causa de la descomposición por falta de oxígeno, de las sustancias presentes con desprendimiento de gases. También determinados grados de toxicidad con efectos sobre las especies vegetales y animales y sobre los posibles consumidores. Procesos infecciosos por la presencia de microorganismos[27] y finalmente eutrofización de las masas de agua receptoras a causa de los niveles de concentración de determinados compuestos[28].

Para poder paliar todos estos efectos negativos, se hace necesario el tratamiento de las aguas. El tratamiento proporcionado al agua debe estar en función del uso a que vaya a ser destinada posteriormente y de la capacidad del medio receptor para recibir el vertido[29].

En la mayor parte de las aguas de la Comunidad de Madrid influyen dos tipos de factores, uno de ellos asociado a la variación del régimen de precipitaciones, demanda de riego y los cambios estacionales de la población y el otro factor está relacionado con la variación de los ciclos hidráulicos y con los cambios de los caudales circulantes.

[27] Bacterias, virus, etc.
[28] Como nitratos, fosfatos, etc. que estimulan el crecimiento de la vegetación.
[29] Lo cual se conoce como capacidad de autodepuración que depende de factores como el clima, la temperatura, el oxígeno disuelto y de otros factores físico-químicos y biológicos.

La política de depuración se lleva a cabo en la Comunidad de Madrid en el marco del Plan Integral del Agua en Madrid (PIAM) y de otros planes centrándose principalmente en la reducción del impacto ambiental causado por los vertidos residuales procedentes de los grandes núcleos urbanos del área metropolitana y en reducir el aporte de materia orgánica y otros nutrientes a los sistemas de abastecimiento[30].

La actividad industrial genera una contaminación específica con componentes tóxicos. Los vertidos industriales conectados a las redes municipales de alcantarillado pueden afectar al funcionamiento de las mismas y de las estaciones depuradoras de aguas residuales, lo cual obliga a limitar y controlar en mayor medida los vertidos industriales al alcantarillado.

La Ley 10/1993, de 26 de octubre, sobre vertidos líquidos industriales al sistema integral de saneamiento de la Comunidad de Madrid, establece los límites máximos tolerados para vertidos, así como los vertidos prohibidos. También se establece la prevención de descargas accidentales y el control que necesariamente deben realizar las instalaciones industriales mediante la toma de muestras de análisis periódicos.

La Ley estableció un plazo para que los titulares de instalaciones industriales presentasen un proyecto técnico de corrección de vertidos y dispuso la obligación de mantener en perfecto funcionamiento los equipos de medición que tengan instalados en sus industrias.

Obliga asimismo a los municipios de la Comunidad Autónoma a la adaptación de sus respectivas Ordenanzas de vertido en función de lo dispuesto por la propia Ley.

Esta Ley ha tenido un desarrollo específico sobre la base de las características de la Comunidad Autónoma madrileña que consisten en su alta densidad de población, su gran actividad económica y el alto porcentaje de suelo urbano que contiene. Este desarrollo se propuso regular los vertidos de aguas residuales industriales a la red de alcantarillado; la protección de las instalaciones de saneamiento y depuración y la protección de los recursos hidráulicos y del medio ambiente en la Comunidad de Madrid.

El Decreto 154/1997, de 13 de noviembre, sobre normas complementarias para la valoración de la contaminación y aplicación de tarifas para depuración de aguas residuales tipifica[31] los vertidos líquidos del siguiente modo:

[30] La actividad industrial genera una contaminación específica con componentes tóxicos. Los vertidos industriales que se encuentran conectados a la red municipal de alcantarillado y, por tanto a las estaciones depuradoras de aguas residuales, pueden afectar al funcionamiento de dichas depuradoras, loo cual obliga a limitar y controlar en mayor medida los vertidos industriales al alcantarillado.

[31] Artículo 2.

— Se consideran usos domésticos o asimilados a los vertidos líquidos procedentes de los consumos de agua para usos domésticos propiamente dichos, los consumos de agua de instalaciones industriales cuyo caudal conjunto de abastecimiento y autoabastecimiento se encuentre entre 3.500 / 22.000 m³/año siempre que su actividad industrial de referencia CNAE no se encuentre incluida entre las relacionadas en el anexo 3 de la ley 10/1993 citada.

— Se consideran usos industriales los vertidos líquidos procedentes de los consumos de agua derivados de las instalaciones industriales, cuyo caudal conjunto de abastecimiento y autoabastecimiento supere los 22.000 m³/año., los consumos de agua enumerados en el aparatado anterior, cuando su actividad industrial esté incluida en la referencia CNAER del anexo de la misma Ley.

Las industrias cuyos vertidos no cumplan las condiciones exigidas deben dotarse de las instalaciones de pretratamiento a fin de corregir los vertidos que se efectúan al sistema integral de saneamiento.

Los vertidos líquidos constituyen el principal impacto sobre el medio ambiente en la Comunidad de Madrid ya que las infraestructuras que han necesitado mayores inversiones han sido las de saneamiento y depuración de aguas residuales.

Desde 1996 la Comunidad cuenta con un nivel de depuración y saneamiento de aguas residuales que afecta casi al total de población madrileña.

La red actual de depuradoras de aguas residuales consta de estaciones depuradoras (EDAR) gestionadas por el Canal de Isabel II y estaciones recuperadoras de aguas residuales (ERAR) dependientes del Ayuntamiento de Madrid. Además existen pequeñas depuradoras privadas pertenecientes a distintas urbanizaciones.

Los límites establecidos por la Unión Europea[32] se consideran satisfactoriamente cumplidos y en el futuro será precisa una mejora y ampliación de las instalaciones de depuración, para hacer frente al incremento de las cargas contaminantes que reciben.

5. REGULACIÓN DE AUTORIZACIONES

La normativa que regula el régimen de autorizaciones de vertidos es bastante compleja. En algunos casos hay que aplicar los preceptos de la normativa autonómica y en otros lo establecido en las Ordenanzas

[32] La Directiva 91/271/CEE estableció los rendimientos mínimos en zonas normales.

municipales, en ocasiones es la Confederación Hidrográfica la que tiene competencia para otorgar las autorizaciones de vertido. El Texto Refundido de la Ley de Aguas[33] y el Reglamento de Derecho Público Hidráulico[34] establecen que toda actividad susceptible de provocar la contaminación y degradación del dominio público hidráulico y, en particular, el vertido de aguas y de productos residuales susceptibles de contaminar las aguas continentales, requiere autorización administrativa.

Esta misma normativa de Aguas considera vertidos aquellos que se realicen directa o indirectamente en las aguas continentales, así como en el resto del dominio público hidráulico, cualquiera que sea el procedimiento o técnica utilizada. El vertido directo o indirecto de aguas o productos residuales a las aguas continentales está prohibido con carácter general cualquiera que sea el procedimiento o técnica utilizados, salvo que se cuente con autorización administrativa.

La autorización de vertido tiene como objeto la consecución del buen estado ecológico de las aguas de acuerdo con las normas de calidad, los objetivos medioambientales y las características de emisión e inmisión reglamentariamente establecidas.

Se entiende, legalmente, por buen estado ecológico aquel que se determina a partir de indicadores de calidad[35] inherentes a las condiciones naturales de cualquier ecosistema hídrico, en la forma y con los criterios de evaluación determinados normativamente.

El otorgamiento o modificación de condiciones de una autorización da lugar a la imposición de plazos y programas de reducción de la contaminación a fin de adecuar progresivamente las características de los vertidos y los límites máximos fijados en la autorización.

La autorización de vertido no exime de cualquier otra que sea precisa conforme a otras leyes para la actividad o instalación de que se trate.

Las autorizaciones de vertido establecen las condiciones en que éste debe realizarse y en todo caso deben especificar los cuatro puntos siguientes:

1. Las instalaciones de depuración necesarias.
2. Los elementos de control de su funcionamiento.
3. Los límites cuantitativos y cualitativos que se impongan a la composición del efluente.
4. El importe del canon correspondiente al vertido.

[33] Ver artículos 50 y 51 del Texto Refundido de la Ley de Aguas aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2000, de 20 de julio.

[34] Aprobado por Real Decreto 549/1986, de 11 de abril, artículos 245 y siguientes.

[35] Biológica, físico-química e hidromorfológica.

Las autorizaciones de vertido además deben tener un plazo máximo de vigencia de cinco años, renovables sucesivamente siempre que cumplan las normas de calidad y objetivos ambientales exigibles en cada momento. En caso contrario pueden ser modificadas o revocadas[36].En casos excepcionales, los Organismos de cuenca pueden modificar, con carácter general, las condiciones de vertido para garantizar los objetivos de calidad.

Siempre que se solicite otorgamiento o se produzca renovación o modificación de las autorizaciones de vertido, el solicitante acreditará ante la Administración hidráulica competente, la adecuación de las instalaciones de depuración y elementos de control de funcionamiento a las normas y objetivos de calidad de las aguas[37]. Las solicitudes de autorización de vertido de las entidades locales deben contener el plan de saneamiento y control de vertidos a colectores municipales. Además estas entidades están obligadas a informar a la Administración competente en materia de aguas sobre la existencia de vertidos en los colectores locales de sustancias tóxicas y peligrosas en materia de calidad de aguas.

Las autorizaciones municipales de vertido están reguladas por las correspondientes Ordenanzas municipales. Además el otorgamiento de licencias municipales de vertidos al alcantarillado requiere la coordinación del Ayuntamiento con la Administración competente en materia de vertidos[38]. Cuando los vertidos puedan dar lugar a infiltraciones o almacenamiento de sustancias que puedan contaminar los acuíferos o aguas subterráneas solo podrán autorizarse previo estudio hidrológico que demuestre su carácter inocuo; de hecho en la tramitación de concesiones y autorizaciones que puedan implicar riesgos para el medio ambiente será preceptiva la presentación de informe sobre los posibles efectos nocivos[39].

[36] En los casos siguientes:

— Siempre que sobrevengan circunstancias que, de haber existido anteriormente habrían justificado su denegación o el otorgamiento de términos distintos.
— Cuando se produzca una mejora de las características del vertido y así lo solicite el interesado.
— Para adecuar el vertido a las normas y objetivos de calidad de las aguas que sean aplicables a cada momento y, en particular, a las que para cada río, tramo de río, acuífero o mapa de agua dispongan los planes hidrológicos de cuenca.

[37] Además los titulares de autorizaciones deben acreditar ante la Administración, con la periodicidad y plazos reglamentariamente establecidos, las condiciones en que llevan a cabo sus vertidos.

Los datos que deben acreditar ante la Administración pueden ser certificados por entidades homologadas al efecto que previa realización de auditorías externas certifique el cumplimiento de los requisitos normativos.

[38] El correspondiente Organismo de cuenca.

[39] Artículo 98 Texto Refundido Ley de aguas.

La autorización administrativa sobre establecimiento, modificación o traslado de instalaciones o industrias que originen vertidos está condicionada a la previa obtención de la autorización de vertido.

El Estado pude prohibir, en el ámbito de sus competencias y en zonas concretas, aquellas actividades y procesos industriales cuyos efluentes, a pesar del tratamiento a que sean sometidos pudieran constituir riesgo de contaminación grave para las aguas, bien sea en funcionamiento normal o en caso de situaciones excepcionalmente previsibles.

El Organismo de cuenca puede hacerse cargo directa o indirectamente, por razones de interés general y con carácter temporal de la explotación de las instalaciones de depuración de aguas residuales, cuando no sea procedente la paralización de las actividades que producen el vertido y se deriven graves inconvenientes del incumplimiento de las condiciones autorizadas. En este supuesto, el Organismo de cuenca deberá reclamar del titular de la autorización, incluso por vía de apremio, las cantidades necesarias para modificar o acondicionar las instalaciones en los términos previstos en la autorización y los gastos de explotación, mantenimiento y conservación de las instalaciones.

6. EMPRESAS DE VERTIDOS

Las empresas de vertidos tienen por objeto la conducción tratamiento y vertido de aguas residuales de terceros[40].

Las autorizaciones de vertido deben incluir, además de las condiciones exigidas con carácter general:

- Las de admisibilidad de los vertidos que vayan a ser tratados por las empresas.
- Las tarifas máximas y el procedimiento de su actualización periódica.
- La obligación de constituir una fianza para responder de la continuidad y eficacia de los tratamientos.

Estas empresas están obligadas a:

a) Inscribirse en el Registro que se lleva en los Organismos de Cuenca.
b) Proponer a dichos organismos las Ordenanzas de vertido correspondientes en las que deberán especificarse los valores límite de los parámetros representativos de composición de las aguas de terceros que han de ser tratadas en sus instalaciones.
c) Proponer las tarifas máximas y mínimas que deben incluir la fórmula para su actualización periódica, así como los plazos y procedimientos para su entrada en vigor.
d) El sometimiento a información pública de las propuestas y estudios antes de su aprobación.

[40] Artículo 271 del reglamento de Dominio Público hidráulico.

La revocación de la autorización puede tener lugar por cualquiera de las causas previstas en la normativa reguladora. Una vez producida ésta y cuando no fuera posible la subrogación por otra empresa de vertido, el Organismo de cuenca puede promover la constitución de una Comunidad de Usuarios que integre a los causantes de los vertidos y que será la titular de la autorización. Además mientras se regulariza la situación las tarifas correspondientes serán percibidas por el Organismo de Cuenca siendo exigibles por vía de apremio.

La revocación de una autorización otorgada a una empresa de vertidos podrá llevar aparejada la pérdida de la fianza, previa tramitación del correspondiente expediente con audiencia del interesado.

El Reglamento del Dominio público hidráulico regula la figura de las empresas colaboradoras creando un Registro especial de estas empresas que hayan conseguido el título de idoneidad[41].

Los Organismos de cuenca pueden establecer contratos de colaboración con las empresas que estén registradas.

Los vertidos al dominio público hidráulico tienen una tasa destinada al estudio, control, protección y mejora del medio receptor de cada cuenca hidrográfica que se denomina canon de control de vertidos[42]. Los sujetos pasivos del canon son quienes llevan a cabo el vertido.

Este canon se devengará el 31 de diciembre calculado proporcionalmente al número de días de vigencia de la autorización en relación con el total del año.

Este canon es independiente de los cánones o tasas que puede establecer la Comunidad de Madrid o cualquier Ayuntamiento para financiar las obras de saneamiento y depuración.

[41] Artículo 253, además el Ministerio de Fomento podrá retirar o invalidar el título de idoneidad otorgado cuando se compruebe que no reúne ya las condiciones que justificaron su otorgamiento. La retirada o invalidación conlleva la exclusión del registro especial de Empresas colaboradoras.

[42] El Título IV del Reglamento del dominio público hidráulico contiene un capítulo II dedicado al canon de vertido. El importe de esta exacción será producto del volumen de vertido autorizado por el precio unitario de control del vertido. Este precio unitario se calcula multiplicando el precio básico del metro cúbico por un coeficiente de «mayoración o minoración» en función de la naturaleza, características y grado de contaminación del vertido, así como la mayor calidad del medio físico en que se vierte.

Las recargas artificiales de acuíferos precisan de autorización que solo puede concederse si no hubiera riesgo de contaminación de las aguas subterráneas; además todas las autorizaciones de vertido lo son por tiempo limitado, y deben ser revisadas al menos cada cuatro años las que afecten a las aguas subterráneas pudiendo ser prorrogadas, modificadas o revocadas.

Cuando sea autorizada una acción de eliminación o depósito con vistas a la eliminación, capaz de ocasionar un vertido indirecto de sustancias peligrosas a las aguas subterráneas, en la autorización deben constar los siguientes datos:

- El lugar donde se sitúa la acción.
- Los métodos de eliminación o depósito utilizados.
- Las precauciones indispensables, principalmente, la naturaleza y concentración de las sustancias presentes en las materias que deban eliminarse o depositarse, las características del medio receptor, así como la proximidad de las captaciones de agua[43].
- La cantidad máxima admisible, durante uno o varios periodos determinados, de materias que contengan sustancias determinadas, así como las condiciones apropiadas relativas a la concentración de las mismas.
- Las precauciones técnicas que deben aplicarse para impedir cualquier vertido de las sustancias contaminantes limitadas en las aguas subterráneas.
- En caso necesario, las medidas que permitan la vigilancia de las aguas subterráneas y de su calidad.

7. PROCEDIMIENTO EN MATERIA DE AUTORIZACIONES DE VERTIDO

Toda actividad susceptible de provocar contaminación o degradación del dominio público hidráulico y, en particular el vertido desde aguas y de productos residuales susceptibles de contaminar las aguas continentales, requiere autorización administrativa.

7.1. Aguas residuales urbanas

La preceptiva autorización de vertidos de aguas residuales urbanas debe solicitarse a la Confederación Hidrográfica.

[43] En particular de agua potable, termal o mineral.

La petición debe formularse en los impresos facilitados por el citado organismo. La realizan por lo general los ayuntamientos, urbanizaciones, particulares u otros interesados.

La solicitud debe contener datos relativos a los siguientes extremos:

- Números de personas afectadas.
- Dotación de consumo por habitantes y día expresado en litros.
- Consumo anual expresado en metros cúbicos.
- Denominación del río, canal, acuífero, colector, etc. que actúe como receptor.
- Punto de vertido: el lugar donde se produce.
- Volumen del vertido, expresado en m^3 y referido a la producción diaria y anual.
- Descripción del sistema de depuración, acompañado de una memoria descriptiva.
- Características del vertido, descripción acompañada de análisis del vertido, si se dispone de él.
- Si fuera necesaria la ocupación de terrenos de dominio público hidráulico para instalar depuradora, debe solicitarse su ocupación.
- Cuando deban ocuparse o utilizarse terrenos privados o de titularidad de otros Organismos debe solicitarse la imposición de la correspondiente servidumbre forzosa de acueducto o declaración de utilidad pública a los efectos de expropiación forzosa.

Para poblaciones de menos de 20.000 habitantes debe indicarse si hay vertidos industriales a la red municipal y si los hubiera deberá informarse asumiendo la responsabilidad de los vertidos. En este caso el municipio debe acompañar la solicitud con una relación de las industrias que soporta la red con datos de identificación y caudales medios vertidos a la red.

7.2. Aguas residuales agrícolas y ganaderas

Para la obtención de la preceptiva autorización en este caso la petición debe formularla la persona natural o jurídica que realice cualquier vertido correspondiente a las actividades consignadas en el CNAE y recogidas por el Real Decreto 484/1995[44].

[44] Incluye los vertidos a río, arroyo, canales, acequias, etc. los vertidos depositados sobre el terreno o infiltrados en balsas, lagunas, etc.

La solicitud debe incluir datos relativos los extremos siguientes:

— Consignar el tipo de actividad principal desarrollada según la clasificación CNAE. Si hubiera actividad secundaria deberá consignarse en hoja aparte.
— Ubicación de la actividad.
— Producción. Expresada en m³, toneladas o número de unidades indicando el tipo de éstas.
— Receptor de vertidos, indicando la denominación del río, canal, colector, etc. donde se lleve a cabo el vertido.
— Lugar donde el vertido se produce.
— Volumen del vertido expresado en m³ referidos diaria y anualmente.
— Descripción del sistema de depuración acompañado de memoria descriptiva.

Características del vertido indicando caudal mínimo instantáneo en litros/segundo y características básicas de color, olor y temperatura indicando si tienen análisis de vertido.

Solicitud de ocupación del dominio público al Organismo de cuenca si es necesario.

Solicitud de servidumbre forzosa de acueducto o declaración de utilidad pública si es necesaria la ocupación de terrenos privados.

El procedimiento para la obtención de autorización se inicia mediante la presentación de una solicitud por el titular de la actividad que debe contener los siguientes elementos:

— Características detalladas de la actividad causante del vertido.
— Localización exacta del punto donde se produce la evacuación, inyección o depósito de las aguas o productos residuales.
— Características cuantitativas y cualitativas de los vertidos.
— Descripción sucinta de las instalaciones de depuración o eliminación.
— Medidas de seguridad para evitar de vertidos accidentales.
— Solicitud de imposición de servidumbre forzosa o de declaración de utilidad pública a efectos de expropiación forzosa.

La solicitud debe ser acompañada de la siguiente documentación:

1. Proyecto suscrito por un técnico titulado competente de las obras e instalaciones de depuración o eliminación que fueran

necesarias para que el grado de depuración sea el adecuado al grupo de calidad establecido en el medio receptor[45].
2. Acreditación de la propiedad de los terrenos que deban ocuparse o permiso de los propietarios, en caso de que no se solicite declaración de utilidad pública o imposición de servidumbre.
3. Sometimiento a información pública, por plazo de treinta días en el B.O. de la provincia y en los tablones de anuncio de los Ayuntamientos afectados.

Formuladas las reclamaciones correspondientes, se dará traslado al peticionario, que podrá alegar lo que considere oportuno en el plazo de diez días.

El Organismos de cuenca deberá solicitar los informes que considere oportunos. Si son preceptivos y transcurren quince días y otros diez más habiendo sido reiterada la petición sin contestación, debe entenderse que no existe objeción. Cuando los informes sean facultativos serán evacuados en el plazo de quince días y si no hay contestación proseguirá la tramitación.

Siempre que haya reclamaciones deberá darse trámite de vista y audiencia.

Dictada Resolución otorgando la autorización deberá darse conocimiento al interesado de las condiciones para que en un plazo no superior a quince días manifieste su conformidad o disconformidad. Si las acepta se otorgará la autorización, si no las acepta y requerido no respondiera en el plazo señalado se le tendrá por desistido de su petición.

Las autorizaciones de vertido deben concretar los siguientes extremos:

— Las instalaciones necesarias de depuración y los elementos de control de su funcionamiento.
— Los límites que se impongan a la composición del efluente.
— El importe del canon de vertido.
— Los plazos para la progresiva adecuación de las características de los vertidos a los límites que en ella se fijen.
— Los límites cuantitativos y cualitativos del vertido.
— Expresión de las instalaciones de depuración o eliminación consideradas necesarias en función de la solución propuesta por el solicitante en el proyecto inicial y en las modificaciones al mismo introducidas para conseguir los objetivos de calidad exigibles.

[45] Si se presume que el vertido puede dar lugar a infiltraciones, depósito o almacenamiento de sustancias susceptibles de contaminar acuíferos o aguas subterráneas el interesado deberá aportar además un estudio homogeológico relativo a la presunta afección.

— Elementos de control del funcionamiento de las instalaciones así como la periodicidad y características de dicho control.
— Importe del canon de vertido.
— Las fechas de iniciación y terminación de las obras e instalaciones, fases parciales y entrada en servicio. Así como las previsiones que hubieran de adoptarse para reducir la contaminación durante el plazo de ejecución de las obras.
— Las actuaciones y medidas que en caso de emergencia deban ser puestas en práctica por el titular de la autorización.
— Plazo de vigencia de la autorización.
— Causas de caducidad de la autorización.
— Cualquier otra condición que el Organismo de cuenca considere oportuna en razón de las características específicas del caso, del cumplimiento y finalidad de las instalaciones.
— Las características y condiciones consideradas necesarias en caso de autorización de una acción de eliminación o depósito con vistas a su eliminación, capaz de ocasionar un vertido indirecto de sustancias peligrosas a las aguas subterráneas.

Con independencia de los controles impuestos en la autorización, el Organismo de cuenca puede efectuar cuantos análisis e inspecciones estime convenientes para comprobar las características del vertido y contrastar, en su caso, la validez de aquellos controles.

La realización de estas tareas puede llevarlas a cabo directamente la Administración o bien a través de empresas colaboradoras.

7.3. Vertidos líquidos industriales

Los vertidos líquidos industriales al sistema integral de saneamiento están regulados por la Ley 10/1993 de la Comunidad de Madrid.

Están obligadas a presentar solicitud de vertido:

- Las instalaciones que superen un caudal de abastecimiento y autoabastecimiento de 22.000 m³/año.
- Las instalaciones que superando el caudal de abastecimiento y autoabastecimiento de 3.500 m³/año su actividad se dedique a una actividad concreta[46].

[46] La Ley recoge un listado de actividades entre las que se encuentran: refino de petróleo, energía eléctrica, gas, vapor y agua caliente, extracción de minerales metálicos, industria química, construcción de maquinaria, construcción naval, fabricación de conservas, industria alimentaria, industria vinícola, textil, cuero, calzado, madera, corcho, artes gráficas, medicina y sanitaria, tintorería, etc.

- Cuando una instalación de este tipo desee hacer algún cambio en la composición del vertido respecto a los datos declarados en la solicitud de vertido, debe presentar en el mismo ayuntamiento una nueva solicitud de vertido en la que se hagan constar los datos correspondientes para la nueva solicitud de vertido.

Procedimiento

Los datos consignados en la solicitud deberán estar justificados documentalmente. El ayuntamiento puede requerir al solicitante un análisis del vertido realizado en un laboratorio homologado cuando hubiera indicios racionales de anomalías en los datos presentados.

El ayuntamiento autorizará o denegará el vertido y el plazo máximo para resolver las solicitudes de autorización de vertidos será de tres meses, transcurridos los cuales sin contestación se entenderá denegada por silencio administrativo.

Es preceptivo el informe de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio emitido en el plazo de un mes, en supuestos establecidos en la ley[47].

La autorización de vertido puede establecer limitaciones y condiciones referidas a valores máximos permitidos en las concentraciones de contaminantes contenidos en los vertidos, límites sobre el caudal y horario de descargas, exigencias de instalaciones de adecuación de los vertidos e inspección, muestreo y medición en caso necesario, exigencias respecto al mantenimiento, informes técnicos y registros de planta en relación con el vertido. Además cada industria debe llevar un libro registro en el que se anoten las características e incidencias de los vertidos.

Las autorizaciones deben revisarse y adaptarse cada cinco años. Los ayuntamientos deben informar periódicamente a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio respecto de todas las autorizaciones de vertido concedidas así como a sus modificaciones.

Cuando los vertidos no reúnan las condiciones exigidas para su incorporación al SIS[48] el usuario debe cumplimentar los siguientes extremos:

- Presentar en el ayuntamiento correspondiente el proyecto de una instalación de pretratamiento o depuradora específica que incluya información complementaria para estudio y aprobación.
- La construcción, explotación y mantenimiento de las instalaciones necesarias en función de lo establecido en la ley.

[47] Ley 10/1991, de 4 de abril, de protección del medio ambiente.
[48] Sistema Integral de Saneamiento.

- Instalar medidores de caudal vertido y otros instrumentos y medidas de control de contaminación, en los casos en que lo decida el ayuntamiento.

En todo caso la autorización de vertido quedará condicionada a la eficacia del pretratamiento.

En caso de situaciones de emergencia cada usuario deberá tomar las medidas adecuadas para evitar descargas accidentales de vertidos que puedan ser potencialmente peligrosas para las personas, instalaciones, estación depuradora o en la propia red de alcantarillado.

Cuando se produzca un vertido peligroso el usuario está obligado a:

— Comunicar urgentemente dicha circunstancia al ente gestor de la explotación de las estaciones depuradoras de aguas residuales, al ayuntamiento correspondiente y a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio.
— Utilizar todos los medios a su alcance para reducir al máximo los efectos de la descarga accidental.
— Remitir al ente gestor de la explotación de las estaciones depuradoras de aguas residuales en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas un informe en que deben figurar, los siguientes datos:

- Identificación de la empresa.
- Caudal y materias vertidas.
- Causa del accidente.
- Hora en que se produjo.
- Medidas correctoras tomadas in situ.
- Hora y forma en que se comunicó el suceso.

Cuando las situaciones de emergencia puedan ser calificadas de accidentes mayores, se estará además a lo dispuesto en la ley de vertidos industriales al SIS, a lo que establezca la legislación sobre protección civil y accidentes mayores y disposiciones reglamentarias.

La Ordenanza General de Medio Ambiente del Ayuntamiento de Madrid, establece un régimen de autorizaciones en relación con los vertidos no domésticos procedentes de aguas residuales.

Siempre que sea exigible una determinada instalación de pretratamiento de vertidos a dichas aguas, el usuario está obligado a presentar el proyecto de instalación en el Ayuntamiento de Madrid acompañado de la información complementaria correspondiente.

Por su parte, el ayuntamiento puede exigir la instalación de medidores de caudal de vertidos en los casos que corresponda.

La responsabilidad por la construcción, explotación y mantenimiento de las instalaciones corresponde al usuario.

El usuario deberá tomar las medidas correspondientes para evitar las descargas accidentales. Si éstas se producen deberá comunicar a la Administración y remitir un informe en que se detalle el volumen, duración y características del vertido producido así como las medidas adoptadas en previsión de que pudieran producirse nuevamente.

Ante situaciones de emergencia o riesgo a consecuencia de un vertido inusual el usuario estará obligado a comunicar urgentemente la situación producida, emplear cuantas medidas disponga para reducir el peligro y remitir al ayuntamiento el correspondiente informe[49].

Procedimiento

Toda descarga de aguas residuales no domésticas a la red de alcantarillado deberá contar con la correspondiente autorización o permiso de vertido concedido por el ayuntamiento.

Los interesados deben presentar, en modelo oficial, la solicitud para la autorización de vertido.

La solicitud debe incluir el nombre, dirección y CNE de la entidad del solicitante, así como los datos de identificación de quien realiza la solicitud.

Además de ello también deberá contener los siguientes datos:

- Volumen de agua que consume la industria.
- Volumen de agua residual que descarga y régimen de la misma.
- Horario, duración, caudal medio, caudal punta y variaciones diarias, mensuales y estacionales si las hubiere.
- Características y elementos constituyentes de las aguas residuales.
- Planos de situación, planta, conducciones, instalaciones mecánicas y detalle de la red de alcantarillado, con dimensiones, situación y cotas.
- Descripción de la actividad, instalaciones y procesos que se desarrollan.
- Descripción del producto objeto de fabricación, así como de los productos intermedios o subproductos, indicando cantidad, especificaciones y ritmo de producción.
- Cualquier otra información complementaria que el Ayuntamiento de Madrid estime necesaria.

[49] El ayuntamiento está obligado a facilitar a los usuarios un modelo de instrucciones a seguir ante una situación de peligro coyuntural.

Como en el caso de autorizaciones para otro tipo de vertidos, el ayuntamiento podrá incluir los valores máximos y medios permitidos, las limitaciones sobre el caudal y horario de descarga, las exigencias de instalaciones de tratamiento, inspección muestreo y medición si fuera preciso. También respecto al mantenimiento, informes técnicos y registros de planta en relación con el vertido, los programas de cumplimiento y condiciones complementarias.

El periodo de autorización se determina en función de las necesidades concretas y las autorizaciones se emiten para cada proceso industrial y no pueden ser transferidos a otros.

8. EPÍLOGO

Hasta aquí hemos descrito la regulación del régimen de los vertidos en la Comunidad de Madrid que debemos concluir haciendo referencia a la autorización ambiental integrada regulada en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control de la contaminación que, siguiendo la Directiva comunitaria 96/61/CE, introdujo una norma ambiental de carácter horizontal a fin de conseguir la coordinación de los organismos públicos competentes en materia de contaminación. La Ley de prevención y control de la contaminación de carácter preventivo y de protección enfoca un marco global del medio ambiente para evitar o reducir la contaminación de la atmósfera, del agua y del suelo, mediante la autorización ambiental integrada que, si bien se refiere a todo tipo de instalación, es de aplicación a los vertidos pero que por tratarse de una cuestión específica debe ser objeto de desarrollo específico.

ANEXO NORMATIVO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

— Ley 17/1984, sobre abastecimiento y saneamiento de agua en la Comunidad de Madrid. BOCM de 7.2.1985.
— Decreto 78/1985 sobre abastecimiento y saneamiento del agua en la Comunidad de Madrid. BOCM 30.7.1985.
— Decreto 137/1985, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen económico y financiero del abastecimiento y saneamiento de agua en la Comunidad de Madrid. BOCM 22.1.1986.
— Resolución 31/1992 sobre medidas excepcionales de regulación. BOCM 22.5.1992.
— Ley 10/1993, de vertidos industriales al sistema integral de saneamiento. BOCM 22.5.1993.
— Decreto 46/1993 por el que se aprueba el Plan de ordenación del embalse de la Pinilla. BOCM 1.6.1993.
— Decreto 47/1993 por el que se aprueba el Plan de ordenación del embalse de Valmayor. BOCM 1.6.1993.
— Decreto 16/1994 por el se aprueba el Plan de ordenación del embalse los Arroyos. BOCM 14.3.1994.
— Decreto 17/1994 por el que se aprueba el Plan de Ordenación del embalse Riosequillo. BOCM 14.3.1994.
— Decreto 18/1994 por el que se aprueba el Plan de ordenación del embalse La Jarosa. BOCM 14.3.1994.
— Decreto 19/1994 por el que se aprueba el Plan de ordenación del embalse de Pedrezuela. BOCM 14.3.1994.
— Decreto 20/1994, por el que se aprueba el Plan de ordenación del embalse de Puentes Viejas. BOCM 14.3.1994.
— Decreto 40/1994 por el que se aprueban los documentos sobre vertidos líquidos industriales al sistema integral de saneamiento. BOCM 16.5.1994.
— Decreto 62/1994 sobre normas complementarias para la caracterización de los vertidos industriales al sistema integral de saneamiento. BOCM de 16.6.1994.
— Orden 2106/1994, de 11 de noviembre, por la que se dictan normas sobre documentación, tramitación y prescripciones técnicas de instalaciones interiores de suministro de agua. BOCM 23.12.1994.
— Decreto 127/1994, sobre normas complementarias para valoración de la contaminación y aplicación de tarifas por depuración de las aguas residuales. BOCM 26.5.1995.
— Decreto 45/1995 por el que se aprueba el Plan de ordenación del embalse de El Atazar. BOCM 1.6.1995.

— Resolución de 23 de mayo de 1995 que aprueba el Plan de saneamiento y depuración de aguas residuales de la Comunidad de Madrid 1995.2005. BOCM 26.5.1995.
— Decreto 154/1997 sobre normas complementarias para valoración de la contaminación y aplicación de tarifas por depuración de aguas residuales BOCM 27.11.1995.
— Decreto 170/1998, sobre gestión de infraestructuras de saneamiento de aguas residuales de la Comunidad de Madrid. BOCM 17.2.1997.
— Decreto 345/199 que aprueba tarifas máximas de los servicios de aducción, distribución, depuración y alcantarillado de agua. BOCM 30.12.1999.

COMENTARIOS

LOS DEPORTISTAS EXTRA COMUNITARIOS EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

POR

ENRIQUE BRAQUEHAIS CONESA

ABOGADO DEL ESTADO

SUMARIO: 1. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 2005, DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, ASUNTO C-265/03. 2. INTRODUCCIÓN. 3. MARCO JURÍDICO. 3.1. Marco jurídico comunitario. 3.2. Marco jurídico nacional. 4. LA LICENCIA FEDERATIVA. 5. LOS TRATADOS DE COLABORACIÓN Y COOPERACIÓN. 6. POSIBLES DIFERENCIAS ENTRE EL PRESENTE ASUNTO Y EL ASUNTO KOLPAK. 7. LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS.

1. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 2005, DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, ASUNTO C-265/03

19 Para responder adecuadamente a la cuestión planteada, es necesario, en primer lugar, examinar si el artículo 23, apartado 1, del Acuerdo de colaboración entre las Comunidades y Rusia puede ser invocado por un particular ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro y, en segundo lugar, en caso afirmativo, determinar el alcance del principio de no discriminación contenido en dicha disposición.

Sobre el efecto directo del artículo 23, apartado 1, del Acuerdo de colaboración entre las Comunidades y Rusia.

20 Debe señalarse que, como la cuestión de los efectos que las disposiciones del Acuerdo de colaboración entre las Comunidades y Rusia deben surtir en el ordenamiento jurídico de las Partes de dicho Acuerdo (en lo sucesivo, «Partes») no se reguló en éste, corresponde dirimirla al Tribunal de Justicia, al igual que cualquier otra cuestión de interpretación referida a la aplicación de acuerdos en la Comunidad (sentencia de 23 de noviembre de 1999, Portugal/Consejo, C-149/96, Rec. p. I-8395, apartado 34).

21 A este respecto, es preciso recordar que, según jurisprudencia reiterada, una disposición de un acuerdo celebrado por las Comunidades con Estados terceros debe considerarse directamente aplicable cuando, a la vista de su tenor y de su objeto y naturaleza, contiene una obligación clara y precisa que, en su ejecución o en sus efectos, no se subordina a la adopción de acto ulterior alguno (sentencias de 27 de septiembre de 2001, Gloszczuk, C-63/99, Rec. p. I-6369, apartado 30, y de 8 de mayo de 2003, Wählergruppe Gemeinsam, C-171/01, Rec. p. I-4301, apartado 54).

22 Del tenor del artículo 23, apartado 1, del Acuerdo de colaboración entre las Comunidades y Rusia resulta que esta disposición establece, en términos claros, precisos e incondicionales, la prohibición impuesta a cada Estado miembro de tratar de manera discriminatoria, por razón de su nacionalidad, a los trabajadores rusos en relación con sus propios nacionales, por lo que respecta a sus condiciones de trabajo, retribución o despido. Los trabajadores que se benefician de dicha disposición son aquellos que tengan nacionalidad rusa y estén contratados legalmente en el territorio de un Estado miembro.

23 Esta norma de igualdad de trato establece una obligación de resultado precisa y, por definición, puede ser invocada por un justiciable ante un órgano jurisdiccional nacional para pedirle que no aplique determinadas disposiciones discriminatorias, sin que se exija a tal fin la adopción de medidas de aplicación complementarias (sentencias de 29 de enero de 2002, Pokrzeptowicz-Meyer, C-162/00, Rec. p. I-1049, apartado 22, y Wählergruppe Gemeinsam, antes citada, apartado 58).

24 Esta interpretación no queda desvirtuada por los términos «salvo lo dispuesto en la legislación, las condiciones y los procedimientos aplicables en cada Estado miembro», que figuran al principio del artículo 23, apartado 1, del Acuerdo de colaboración entre las Comunidades y Rusia, ni tampoco por el artículo 48 de éste. En efecto, estas disposiciones no pueden interpretarse en el sentido de que permiten a los Estados miembros restringir de manera discrecional la aplicación del principio de no discriminación que se recoge en el citado artículo 23, apartado 1, ya que tal interpretación vaciaría de contenido dicha disposición y la privaría, por tanto, de cualquier efecto útil (sentencias Pokrzeptowicz-Meyer, antes citada, apartados 23 y 24, y de 8 de mayo de 2003, Deutscher Handballbund, C-438/00, Rec. p. I-4135, apartado 29).

25 Tampoco el artículo 27 del Acuerdo de colaboración entre las Comunidades y Rusia se opone a la aplicación directa del artículo 23, apartado 1, de éste. En efecto, la circunstancia de que el citado artículo 27 establezca que la aplicación del artículo 23 se realizará sobre la base de recomendaciones del Consejo de cooperación no supedita la aplicabilidad de esta última disposición, en su ejecución o en sus efectos, a la adopción de ningún acto ulterior. La misión que atribuye el referido artículo 27 a este Consejo consiste en facilitar la observancia de la prohibición de discriminación, pero no puede considerarse que limite la aplicación inmediata de ésta (véanse, en este sentido, las sentencias de 31 de enero de 1991, Kziber, C-18/90, Rec. p. I-199, apartado 19, y de 4 de mayo de 1999, Sürül, C-262/96, Rec. p. I-2685, apartado 66).

26 Por otra parte, la constatación de que el principio de no discriminación recogido en el artículo 23, apartado 1, del Acuerdo de colaboración entre las Comunidades y Rusia tiene efecto directo no resulta contradicha por el objeto y la naturaleza de éste.

27 Según el artículo 1 de dicho Acuerdo, éste tiene por objeto establecer una colaboración entre las Partes destinada a promover, entre otras cosas, el desarrollo de relaciones políticas estrechas entre las citadas Partes, el comercio y la existencia de relaciones económicas armoniosas entre ellas, las libertades políticas y económicas, así como la consecución de una integración gradual entre la Federación de Rusia y un área más amplia de cooperación en Europa.

28 El hecho de que el citado Acuerdo se limite así a establecer una colaboración entre las Partes, sin prever una asociación o una futura adhesión de la Federación de Rusia a las Comunidades, no puede impedir la aplicabilidad directa de algunas de sus disposiciones. En efecto, resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que cuando un acuerdo establece una cooperación entre las partes algunas de sus disposiciones pueden, en las condiciones recordadas en el apartado 21 de la presente sentencia, regular directamente la situación jurídica de los particulares (véanse las sentencias Kziber, antes citada, apartado 21; de 15 de enero de 1998, Bababenini, C-113/97, Rec. p. I-183, apartado 17, y de 16 de junio de 1998, Racke, C-162/96, Rec. p. I-3655, apartados 34 a 36).

29 Habida cuenta de todo lo anterior, procede declarar que el artículo 23, apartado 1, del Acuerdo de colaboración entre las Comunidades y Rusia tiene efecto directo, por lo que los justiciables a los

que se aplica tienen derecho a invocarlo ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

Sobre el alcance del principio de no discriminación contenido en el artículo 23, apartado 1, del Acuerdo de colaboración entre las Comunidades y Rusia.

30 La cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente es análoga a la que se sometió al Tribunal de Justicia en el asunto que dio lugar a la sentencia Deutscher Handballbund, antes citada. En aquella sentencia, este Tribunal declaró que el artículo 38, apartado 1, primer guión, del Acuerdo europeo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República Eslovaca, por otra, firmado en Luxemburgo el 4 de octubre de 1993 y aprobado en nombre de las Comunidades por la Decisión 94/909/CECA, CE, Euratom del Consejo y de la Comisión, de 19 de diciembre de 1994 (DO L 359, p. 1; en lo sucesivo, «Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia»), debía interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación a un deportista profesional de nacionalidad eslovaca, contratado de manera regular por un club establecido en un Estado miembro, de una norma adoptada por una federación deportiva del mismo Estado en virtud de la cual los clubes sólo están autorizados a alinear en los partidos de Liga y de Copa un número limitado de jugadores procedentes de países terceros que no formen parte del Acuerdo sobre el EEE.

31 Pues bien, el citado artículo 38, apartado 1, primer guión, tenía el siguiente tenor:

«Sin perjuicio de las condiciones y modalidades aplicables en cada Estado miembro [...] el trato concedido a los trabajadores nacionales de la República Eslovaca, contratados legalmente en el territorio de un Estado miembro, estará libre de toda discriminación basada en la nacionalidad, por lo que respecta a las condiciones de trabajo, remuneración o despido, respecto de sus propios nacionales».

32 El Tribunal de Justicia declaró entre otras cosas que una norma que limitaba el número de jugadores profesionales nacionales del Estado tercero afectado que podían alinearse en la competición nacional se refería a las condiciones de trabajo a efectos del artículo 38, apartado 1, primer guión, del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia, ya que tenía una incidencia directa en la participación en los encuentros de dicha competición de un jugador profesional eslovaco que ya estaba contratado de manera regular en el Estado miembro de acogida (sentencia Deutscher Handballbund, antes citada, apartados 44 a 46).

33 El Tribunal de Justicia estimó asimismo que la interpretación del artículo 48, apartado 2, del Tratado CE (actualmente artículo 39 CE, apartado 2, tras su modificación) efectuada en su sentencia de 15 de diciembre de 1995, Bosman (C-415/93, Rec. p. I-4921), según la cual la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad se aplica a reglamentaciones adoptadas por asociaciones deportivas que determinen las condiciones de ejercicio de una actividad por cuenta ajena por parte de deportistas profesionales y se opone a una limitación, basada en la nacionalidad, del número de jugadores que pueden alinearse simultáneamente, podía trasladarse al artículo 38, apartado 1, primer guión, del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia (sentencia Deutscher Handballbund, antes citada, apartados 31 a 37 y 48 a 51).

34 Es necesario señalar que el tenor del artículo 23, apartado 1, del Acuerdo de colaboración entre las Comunidades y Rusia es muy similar al del artículo 38, apartado 1, primer guión, del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia. En efecto, la única diferencia destacable en el tenor de estas dos disposiciones reside en la utilización de los términos «la Comunidad y sus Estados miembros velarán por que el trato que se conceda a los nacionales rusos [...] no implique ninguna discriminación por motivos de nacionalidad [...]», en el primer supuesto, y de la expresión «el trato concedido a los trabajadores nacionales de la República Eslovaca [...] estará libre de toda discriminación basada en la nacionalidad [...]», en el segundo. Pues bien, teniendo en cuenta la consideración efectuada en los apartados 22 y 23 de la presente sentencia según la cual el tenor del artículo 23, apartado 1, del Acuerdo de colaboración entre las Comunidades y Rusia expresa en términos claros, precisos e incondicionales la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, la diferencia de redacción descrita anteriormente no impide trasladar la interpretación adoptada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Deutscher Handballbund, antes citada, al artículo 23, apartado 1, del Acuerdo de colaboración entre las Comunidades y Rusia.

35 Es cierto que, al contrario que el Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia, el Acuerdo de colaboración entre las Comunidades y Rusia no tiene por objeto crear una asociación con vistas a la integración progresiva en las Comunidades Europeas del Estado tercero de que se trata, sino que persigue lograr «una integración gradual entre Rusia y un área más amplia de cooperación en Europa».

36 Sin embargo, ni del contexto ni de la finalidad del citado Acuerdo de colaboración se desprende en modo alguno que éste pretendiese atribuir a la prohibición de «discriminación por motivos de nacionalidad, por lo que respecta a las condiciones de trabajo [...], en comparación con los nacionales de ese mismo Estado» un significado distinto del que resulta del sentido ordinario de estos términos. Por consiguiente, al igual que el artículo 38, apartado 1, primer guión, del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia, el artículo 23, apartado 1, del Acuerdo de colaboración entre las Comunidades y Rusia establece en favor de los trabajadores rusos contratados legalmente en el territorio de un Estado miembro un derecho a la igualdad de trato en materia de condiciones de trabajo del mismo alcance que el que, en términos similares, reconoce el Tratado CE a los nacionales de los Estados miembros, que se opone a una limitación basada en la nacionalidad como la que es objeto del procedimiento principal, como declaró el Tribunal de Justicia en circunstancias similares en las sentencias Bosman y Deutscher Handballbund, antes citadas.

37 Por otra parte, en las referidas sentencias Bosman y Deutscher Handballbund, el Tribunal de Justicia estimó que una norma como aquella de que se trata en el litigio principal se refiere a las condiciones de trabajo (sentencia Deutscher Handballbund, antes citada, apartados 44 a 46). Por consiguiente, carece de relevancia la circunstancia de que el artículo 23, apartado 1, del Acuerdo de colaboración entre las Comunidades y Rusia sólo se aplique por lo que respecta a las condiciones de trabajo, la remuneración o el despido y, por tanto, no se extienda a las normas relativas al acceso al empleo.

38 Es necesario señalar también que la limitación basada en la nacionalidad no se refiere a encuentros específicos entre equipos representativos de sus respectivos países, sino que se aplica a los encuentros oficiales entre clubes y, por consiguiente, a la parte esencial de la actividad ejercida por los jugadores profesionales. Como el Tribunal de Justicia declaró asimismo, dicha limitación no puede entenderse justificada por consideraciones deportivas (sentencias antes citadas Bosman, apartados 128 a 137, y Deutscher Handballbund, apartados 54 a 56).

39 Además, en las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia no se ha invocado ningún otro argumento que justifique objetivamente la diferencia de trato entre los jugadores profesionales nacionales de un Estado miembro o de un Estado que forme parte del

Acuerdo sobre el EEE, por un lado, y los jugadores profesionales de nacionalidad rusa, por otro.

40 Por último, como se ha afirmado en el apartado 24 de la presente sentencia, los términos «salvo lo dispuesto en la legislación, las condiciones y los procedimientos aplicables en cada Estado miembro», que figuran al principio del artículo 23, apartado 1, del Acuerdo de colaboración entre las Comunidades y Rusia, y el artículo 48 del citado Acuerdo no pueden interpretarse en el sentido de que permiten a los Estados miembros restringir de manera discrecional la aplicación del principio de no discriminación contenido en la primera de estas disposiciones, ya que tal interpretación vaciaría de contenido dicha disposición y la privaría, por tanto, de cualquier efecto útil.

41 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 23, apartado 1, del Acuerdo de colaboración entre las Comunidades y Rusia debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación a un deportista profesional de nacionalidad rusa, contratado de manera regular por un club establecido en un Estado miembro, de una norma adoptada por una federación deportiva del mismo Estado en virtud de la cual los clubes sólo pueden alinear en las competiciones de ámbito estatal un número limitado de jugadores procedentes de Estados terceros que no formen parte del Acuerdo sobre el EEE.

2. INTRODUCCIÓN

Esta colaboración, con las limitaciones en cuanto a su extensión que le impone el propio formato de la revista, tiene por objetivo poner de manifiesto la problemática jurídica que en el mundo del deporte español está ocasionando la pretendida equiparación entre deportistas comunitarios y extracomunitarios a raíz de distintos acuerdos suscritos por la Comunidad Europea y sus Estados miembros con terceros países, cuyo ejemplo máximo ha sido el denominado asunto «Simutenkov», recientemente resuelto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, (Asunto C-265/03, Sentencia de 12 de abril de 2005) (ponente M.Ilesic).

Para explicar dicha problemática, y con la finalidad de lograr una mayor ilustración de la materia, comenzaremos por un relato fáctico del Asunto en cuestión, **C-265/03, Igor Simutenkov contra el Ministerio de Educación, Cultura y Deportes y Real Federación**

Española de Fútbol, cuestión prejudicial comunitaria planteada por la Audiencia Nacional, para luego alcanzar conclusiones específicas.

El demandante, Igor Simutenkov, ciudadano ruso contratado como deportista profesional por el Club Deportivo Tenerife S.A.D, solicitó de la Real Federación Española de Fútbol (en adelante, RFEF) una licencia federativa de futbolista profesional en igualdad con los futbolistas profesionales comunitarios, sin ocupar plaza de extranjero, en virtud de la licencia que solicitaba.

Dicha licencia le fue denegada, y contra dicha resolución interpuso recurso, primero ante el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 7, planteando conflicto de competencias y posteriormente, ante el Juzgado de lo Social nº 3 de Santa Cruz de Tenerife que estimó su pretensión.

La Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo resolvió la cuestión a favor de la jurisdicción administrativa, dictando sentencia el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 7 en el que desestimó la pretensión del demandante por entender que las normas que éste invocaba, en particular el Acuerdo de Corfú de 24 de junio de 1994 de colaboración y cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Federación Rusa, por otra no vulneraban el derecho a la igualdad configurado legalmente, pues de la normativa federativa la única consecuencia que deriva de la nacionalidad extranjera es que el club sólo puede disponer y alinear un determinado número de jugadores extranjeros en competiciones oficiales, constituyendo una limitación de acceso al trabajo pero no a las condiciones de trabajo.

Frente a dicha sentencia interpuso recurso el Sr. Simuntenkov ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que al amparo del artículo 234 CE planteó la siguiente cuestión prejudicial: *«El artículo 23 del Acuerdo de Colaboración y Cooperación por el que se establece una colaboración entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la Federación Rusa, por otra, hecho en Corfú el 24 de junio de 1994, ¿se opone a que una federación deportiva aplique a un deportista profesional de nacionalidad rusa, contratado regularmente por un club de fútbol español, como el del recurso principal, una normativa en virtud de la cual los clubes sólo pueden utilizar en las competiciones de ámbito estatal un número limitado de jugadores procedentes de Estados terceros no pertenecientes al Espacio Económico Europeo?»*.

A continuación analizaremos el marco jurídico, tanto comunitario como nacional con el propósito de centrar, cuanto antes, la cuestión:

3. MARCO JURÍDICO

3.1. Marco jurídico comunitario

— La cuestión que se examina, exige comenzar por una cita del artículo 23 del Acuerdo de Colaboración y Cooperación por el que se establece una colaboración entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la Federación Rusa, por otra, hecho en Corfú el 24 de junio de 1994 (Decisión del Consejo y de la Comisión de 30 de octubre de 1997, DOC 28-11-97):

Artículo 23: *»1. Salvo lo dispuesto en la legislación, las condiciones y los procedimientos aplicables en cada Estado miembro, la Comunidad y sus Estados miembros velarán por que el trato que se conceda a los nacionales rusos legalmente empleados en el territorio de un Estado miembro, no implique ninguna discriminación de nacionalidad por lo que respecta a las condiciones de trabajo, la remuneración o el despido, en comparación con los nacionales de ese mismo Estado.*

2. Rusia concederá a los nacionales de los Estados miembros que estén empleados legalmente en su territorio el trato contemplado en el apartado 1, con arreglo a las condiciones y modalidades aplicables en Rusia«.

— Igualmente deben tenerse en cuenta en este ámbito comunitario los siguientes artículos del mismo Acuerdo:

Artículo 10.1: *»1. Las Partes se concederán mutuamente el trato general de nación más favorecida de conformidad con el apartado 1 del artículo 1 del GATT«.*

Artículo 28.1: *»1.La Comunidad y sus Estados miembros, por una parte, y Rusia, por otra, se concederán mutuamente un trato no menos favorable que el concedido a cualquier país tercero por lo que respecta a las condiciones que afectan al establecimiento de empresas en su territorio y ello de conformidad con la legislación y reglamentaciones aplicables en cada Parte«.*

Artículo 36: *»Para los sectores enumerados en el anexo 5 del presente Acuerdo, las Partes se concederán mutuamente un trato no menos favorable que el que concedan a cualquier país tercero por lo que respecta a las condiciones que afectan a la prestación transfronteriza de servicios, por una parte de empresas comunitarias o rusas en el territorio de Rusia o de la Comunidad, res-*

pectivamente, con arreglo a la legislación y las reglamentaciones aplicables en cada una de las Partes».

Artículo 48: *«A efectos del presente título, ninguna de las disposiciones del Acuerdo impedirá a las Partes aplicar su propia legislación y normativa relativos a la entrada y la estancia, el trabajo, las condiciones laborales y el establecimiento de personas físicas y la prestación de servicios, siempre que no las apliquen de manera que anulen o reduzcan los beneficios que correspondan a cualquiera de las Partes con arreglo a una disposición específica del Acuerdo. Esta disposición se entiende sin perjuicio de la aplicación del artículo 46».*

3.2. Marco jurídico nacional

La licencia federativa conforme a la legislación española, que está regulada en normas públicas estatales (artículos 32.4 de la Ley 10/1990, del Deporte; y, 7 del Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas y Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, sobre relación laboral de los deportistas profesionales) no es una condición de trabajo, sino según el **artículo 129.2 del Reglamento General de la Real Federación Española de Fútbol (en adelante RFEF)** , aprobado por Acuerdo del Consejo Superior de Deportes de 23 de julio de 1993, *«el documento expedido por la RFEF que permite la práctica de tal deporte como federado y su alineación en partidos y competiciones oficiales».*

El **artículo 173** del mismo Reglamento dispone: *«Es requisito general que deberán reunir los futbolistas para inscribirse y obtener licencia como profesionales, sin perjuicio de las excepciones que prevé el presente Libro, poseer la nacionalidad española o la de cualquiera de los países que conforman la Unión Europea o el Espacio Económico Europeo».*

Por su parte, el **artículo 174** del mismo Reglamento establece: *«1.Los clubes adscritos a competiciones oficiales de ámbito estatal y carácter profesional podrán inscribir jugadores extranjeros no comunitarios en el número que se establezca en los acuerdos adoptados al respecto entre la RFEF, la Liga Nacional de Fútbol Profesional y la Asociación de Futbolistas Españoles, en los que se regulará, además, el número de futbolistas de aquella clase que puedan intervenir en el juego simultáneamente.*

2. En virtud del convenio llevado a cabo entre tales organismos en Mayo de 1999, la normativa en esta materia, desde la temporada 2000/2001 hasta la 2004/2005, ambas inclusive será la siguiente (...)

3. Los futbolistas que se integren dentro del régimen que prevé el presente artículo, quedan encuadrados en la organización federativa con idénticos derechos y obligaciones y bajo la misma normativa que los inscritos en base a la regla general».

La parte no transcrita literalmente del apartado 2 del artículo 176 se refiere al número de licencias para cada temporada (en Primera División, 5, en 2000/2001, 4 en cada una de las tres temporadas siguientes y 3 en la temporada 2004/2005; en Segunda División, 4 para la temporada 2000/2001, 3 para cada una de las dos siguientes y 2 en la última) y al número de jugadores no comunitarios que es posible alinear simultáneamente (3, para la primera División en cada una de las cinco temporadas y, en Segunda División 3, para cada una de las dos primeras y 2 para cada una de las tres siguientes).

Expuesta la regulación legal, pasamos ahora a desarrollar la cuestión relativa a la naturaleza de la licencia federativa conforme a la legislación española y la jurisprudencia.

4. LA LICENCIA FEDERATIVA

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su Sentencia de 6 de junio de 1995, (Asunto C-434/93 Bozkurt contra Strastassecretaris van Justiie, Rep. I-1475, apartado 27) estableció que *«la legalidad de un empleo ejercido durante un tiempo determinado debe apreciarse respecto a la legislación del Estado miembro de acogida que regula los requisitos de entrada y los de ejercicio del empleo».*

El Tribunal Supremo, por su parte, a través de su Sala de Conflictos en diferentes Autos (nº 27/2001,de 20 de diciembre, caso Arturas Karnisovas; nº 35/2001, de 29 de diciembre, caso Timinskas y Stombergas; nº 9/2002, de 12 de marzo, Caso Jasikevicious; y nº 15/2001, de 14 de junio, Caso Contra), en los cuales ha fundamentado con claridad que la licencia deportiva no es una condición de trabajo y que existe una total separación entre los efectos jurídicos que se derivan del otorgamiento o denegación de las licencias federativas y las condiciones de trabajo derivadas de la relación laboral existente entre el deportista profesional y su club, viniendo a separar tajantemente las licencias federativas de las condiciones de trabajo, deslindando el ámbito jurídico público propio de la relación jurídica laboral que disciplina las condiciones de trabajo de los deportistas extranjeros legalmente contratados al servicio de los clubes españoles.

En la misma dirección se ha pronunciado el Consejo de Estado, a través de su Dictamen de 18 de enero de 2001, que se remite para

resolver la cuestión a los pronunciamientos del Orden Contencioso Administrativo, pronunciamientos que ya se han producido en los términos expresados.

La conclusión de la normativa española expuesta y de la jurisprudencia nacional que la interpreta es que la licencia federativa no es una condición de trabajo, sino que es una autorización administrativa que actúa como presupuesto habilitante para la participación en ese espacio de Derecho Público que son las competencias deportivas oficiales, siendo dicha participación la que da lugar a la prestación de servicios que se desarrollará en las condiciones de trabajo pactadas en los contratos de trabajo entre clubes y jugadores, sin que esas condiciones de trabajo regidas por los contratos correspondientes admitan discriminación alguna.

Así parecía entenderlo también el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en las Sentencias de 15 de diciembre de 1995 Bosman contra Union Royale Belge des societes de football association ASBL C-415/93 Rep I-04921 y Sentencia de 13 de abril de 2000, Asunto C-176/96 Lehtonen contra Federation Royale belge de societes de basket-ball ASBL Rep. I-02681, cuando viene a señalar en sus apartados 120 y 50 que «La circunstancia de que las normas de que se trata no afecten al empleo de dichos jugadores, que no está limitado, sino a la *posibilidad de* sus clubes de alinearlos en un partido oficial, es indiferente. En la medida en *que la* participación en tales *encuentros constituye el* objeto *esencial de* la *actividad de un* jugador profesional, *es* evidente que una regla que limita dicha participación restringe también las posibilidades de empleo del jugador afectado».

Entiende con ello el Tribunal que lo que queda afectado con estas limitaciones es el acceso al empleo y no las condiciones del mismo una vez accedido, como bien señala en su Sentencia el propio Juzgado Central nº 7; Sentencia que ha originado la apelación en la que se plantea la cuestión prejudicial, y cuyo Fundamento de Derecho Sexto dispone: «*SEXTO Debemos ahora determinar si la licencia federativa constituye una condición de trabajo, pues claramente no afecta a la remuneración o al despido, o si, por el contrario cual sostienen las demandadas, afecta al acceso al trabajo y en consecuencia no resultaría contraria al ámbito de la igualdad establecido en el Acuerdo. De la normativa federativa referente a la emisión de las licencias la única consecuencia que se deriva de la nacionalidad extranjera no comunitaria del jugador es que el club sólo puede disponer y alinear a un número limitado de estos jugadores en las competiciones estatales*».

La cuestión concreta entonces es determinar si la limitación del número de jugadores, que es la única consecuencia derivada del tipo de licencia que emite la Federación, constituye una condición de tra-

bajo y por ende vulnera respecto a los ciudadanos rusos el derecho a la igualdad tal y como lo configura el artículo 23 del Acuerdo. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre estas cuestiones en algunas resoluciones y así en su sentencia de 15/12/1995, precisamente la Sentencia Bosman, señaló: «*A tal respecto, la circunstancia de que estas cláusulas no afecten al empleo de dichos jugadores, que no está limitado, sino a la posibilidad de sus clubes de alineación en un partido oficial, es indiferente. En la medida en que la participación en tales encuentros constituye el objeto esencial de la actividad de un jugador profesional, es evidente que una regla que la limita restringe también las posibilidades de empleo del jugador afectado*», pronunciamiento que se repite con referencia expresa a la reducción mencionada en la de 13-4-2000 (caso Lehtonen contra la Federación y la Liga Belga de Baloncesto): «*50. La circunstancia de que las normas de que se trata no afecten al empleo de dichos jugadores que no está limitado, sino a la posibilidad de sus clubes de alinearlos en un partido oficial es indiferente. En la medida en que la participación en tales encuentros constituye el objeto esencial de la actividad de un jugador profesional, es evidente que una regla que limite dicha participación restringe las posibilidades de empleo del jugador afectado (véase la Sentencia Bosman, antes citada, apartado 120)*».

El Tribunal entiende por lo tanto que la limitación del número de jugadores, en nuestro caso extranjeros, y en los casos por aquél resueltos ciudadanos de países comunitarios, supone una limitación de las posibilidades de empleo, es decir, afecta al acceso al trabajo y no a las condiciones de éste. Esta es la conclusión correcta pues una vez el equipo correspondiente decide emplear al jugador extracomunitario y se le concede la oportuna licencia federativa desarrolla su servicio profesional en las mismas condiciones que los comunitarios o los españoles, tendrá los mismos horarios, está sometido al mismo régimen disciplinario, deberá entrenar como el resto de los compañeros de su equipo, al ser alineado desarrollará el objeto esencial de la prestación en las mismas condiciones que sus compañeros, no sufrirá diferenciación alguna respecto a su retribución por razón de su nacionalidad, no podrá resolverse la relación laboral por motivos distintos de los aplicables para los jugadores españoles o comunitarios, en definitiva no se podrá introducir en el desarrollo de su actividad laboral una exigencia distinta en relación a cualquiera de sus compañeros fundada exclusivamente en la nacionalidad, porque ello sí supondría una vulneración del Acuerdo.

La demandante ha hecho referencia en su escrito de conclusiones a las conclusiones del Abogado General en el caso Kolpak pero en ella se parte de que el Convenio establece una verdadera libertad de cir-

culación para los nacionales de los Países que lo suscriben y de dicha premisa se deriva la existencia de vulneración del derecho alegado, mientras que ya hemos señalado y seguimos manteniendo que no es éste el alcance que ha de darse a los artículos correspondientes de los Acuerdos o Convenios suscritos entre la Unión y aquellos Países respecto de los que se pretende su futura incorporación.

Así, el artículo 23 del Acuerdo en cuestión se encuentra dentro del Título IV, «Comercio e Inversiones», y en su Capítulo Primero, condiciones laborales.

Por su parte, el artículo primero del Acuerdo enumera expresamente sus objetivos en la siguiente forma: «*Se establece una colaboración entre la Comunidad y sus Estados miembros, por una parte, y Rusia, por otra. Los objetivos de esta colaboración son: Ofrecer un marco apropiado para el diálogo político entre las Partes que permita el desarrollo de unas relaciones estrechas entre las mismas en este ámbito; Fomentar el comercio y la inversión y unas relaciones económicas entre, las Partes basadas en los principios de la economía de mercado para favorecer así el desarrollo sostenible de las mismas; Reforzar las libertades políticas y económicas, apoyar los refuerzos de Rusia para consolidar su democracia y desarrollar su economía de mercado; ofrece una base para la cooperación económica social financiera y cultural basada en los principios de beneficio mutuo, responsabilidad mutua y ayuda mutua; Fomentar actividades de interés común; Ofrecer un marco adecuado para que se produzca una integración gradual entre Rusia y un área más amplia de cooperación en Europa; crear las condiciones necesarias para que en el futuro se establezca una zona de libre comercio entre la Comunidad y Rusia que abarque todos los intercambios de bienes entre ellas y las condiciones para que produzca la libertad de establecimiento de empresas, de comercio transfronterizo de servicios y movimientos de capitales*».

Dicho esto, deberá a continuación examinarse la naturaleza del Tratado de Colaboración y Cooperación con Rusia.

5. LOS TRATADOS DE COLABORACIÓN Y COOPERACIÓN

Una aclaración se impone al utilizar el modo plural para encabezar este epígrafe IV, y no es otra que el precisar que el Tratado que nos ocupa, suscrito con Rusia, es idéntico en su redacción y sistemática a otros que ha suscrito la Comunidad con otros países de Europa Central y del Este, como pueden ser la República Checa o Letonia, por citar algunos.

Como característica primera de los mismos, está el que no son «Tratados de Adhesión», es decir no determinan el ingreso en la Unión

Europea del Estado Tercero, ni tampoco el que sus nacionales adquieran el calificativo de ciudadanos comunitarios.

Se trata pues, como su propio nombre indica, de un Acuerdo de «Colaboración y Cooperación», con los objetivos recogidos en su artículo 1, realizado, en el caso de Rusia, en un momento de grandes cambios o transición en la antigua URSS, no con el objetivo de fortalecer el nuevo sistema y favorecer un progresivo acercamiento entre la UE y la Federación Rusa que pudiera desembocar en una futura integración.

Ello evidenciaba, en principio, la imposibilidad de equiparar plenamente el presente caso con otros ya famosos como las ya citadas Sentencias de 15 de diciembre de 1995, Asunto Bosman contra Union Royale Belge des societes de football association ASBL C-415/93 Rep.I-04921 y Sentencia de 13 de abril de 2000, Asunto C-176/96 Lehtonen contra Federation royale belge des societes de basket-ball ASBL Rep.I-02681, ya que en tales asuntos nos encontrábamos en presencia de nacionales de Estados Miembros de la UE, de ciudadanos comunitarios, que gozaban de las libertades fundamentales que en el espacio comunitario se reconocen a los nacionales de Estados Miembros.

Otra interpretación llevaría a equiparar un mero acuerdo de cooperación y colaboración con un Tratado de Adhesión, sin necesidad de ir ampliando las relaciones progresivamente, en la medida en que desde el punto de partida, habríamos llegado al punto, final del camino, con una integración plena y una atribución de libertades y derechos a nacionales de terceros Estados, que los convertirían de hecho en Ciudadanos Comunitarios, sin serlo de Derecho.

De la lectura del artículo 23 del Acuerdo se *deduce claramente*, centrándonos en el aspecto relacionado con el supuesto de autos, que dicho Acuerdo no supone una equiparación en términos absolutos y en los diversos ámbitos que son objeto de su regulación entre los países de la Unión y la Federación Rusa, sino establecer una colaboración para lograr un acercamiento progresivo, una integración gradual como lo ponen de manifiesto los artículos 10.1, 28.1, 39 y 48 del Acuerdo, arriba citados.

Si atendemos ahora al contenido del Tratado de la Comunidad Económica Europea y concretamente a la regulación en el establecida respecto a la libre circulación de las personas tenemos que **el artículo 18.1 CE** dispone: «Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación», y el **artículo 39 CE** se pronuncia en los siguientes términos: «1. Quedará asegurada la libre circulación de trabajadores dentro de la

Comunidad. 2. La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás *condiciones de* trabajo».

Podemos por lo tanto concluir de la lectura comparativa del Tratado CE y del Acuerdo firmado con la Federación Rusa, concretamente en lo referente a su artículo 23, que éste no pretende establecer la libre circulación de *trabajadores* entre los países que constituyen su *ámbito territorial* y precisamente por ello contiene una primera llamada a las disposiciones normativas de los países miembros, llamada que luego se reproduce en el número dos del *precepto donde* regula el trato recíproco que Rusia debe *conceder a* los nacionales de los países comunitarios y que habrá de desarrollarse «con arreglo a las condiciones y modalidades aplicables en Rusia». Y, posteriormente, circunscribe el ámbito concreto de la igualdad que proclama a las condiciones de trabajo, la remuneración y el despido. Se mantiene, por lo tanto, la restricción en el acceso al mercado laboral que está sometida para los ciudadanos rusos, como para los de cualquier país extracomunitario, no perteneciente al Espacio Económico Europeo, a una previa autorización, por ello el artículo se refiere a los ciudadanos rusos legalmente contratados en un país de la Unión y por ello se introduce el artículo 48 en el Acuerdo.

En definitiva, el Acuerdo no establece que el ciudadano ruso deba ser tratado a todos los efectos laborales como un ciudadano de un país de la Unión, sino que le concede marco jurídico de igualdad dentro de los límites concretos que en él se refieren.

Tenemos por tanto un acuerdo de Colaboración y Cooperación, aplicable a un Tercer Estado y a sus nacionales, que no son ciudadanos comunitarios, y que contiene unos objetivos de acercamiento progresivo a la vista de una final integración, sin que se equipare a efectos laborales a los ciudadanos rusos con los ciudadanos comunitarios, en la medida en que la redacción de los preceptos es clara y difiere en un punto esencial.

La diferencia, así, entre el artículo 23 del Acuerdo y el artículo 39 CE, estriba en que mientras el primero se refiere a condiciones de trabajo, remuneración y despido, el segundo se refiere en un sentido más amplio al empleo incluyendo todo lo que tenga que ver con él, y particularmente lo relativo al acceso al empleo en el cual no se admiten restricciones para los nacionales de Estados Miembros, impuestas por las normas internas de cada Estado, restricciones que, sin embargo, sí son admisibles cuando como en el caso presente, nos hallamos en presencia de nacionales de Estados Terceros, como pasamos inmediatamente a examinar. Así lo ha entendido igualmente el Tribunal

Constitucional español, entre otras, en su Sentencia de 576/1984, de 23 de noviembre.

Debemos concluir pues este punto, señalando que no existiría en consecuencia vulneración del artículo 23 del Acuerdo que estudiamos, en cuanto dicho artículo 23 no garantiza la igualdad en el acceso al empleo, único aspecto sobre el que inciden las licencias federativas, admitiéndose tanto por el Tribunal Constitucional, como por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la interpretación de la normativa aplicable, la existencia de requisitos previos o restricciones en el acceso al empleo cuando de extranjeros se trata, entendiendo por extranjeros a los no nacionales de Estados miembros de la UE, independientemente de que sus Estados de origen puedan o no haber celebrado el Acuerdo de Colaboración o Cooperación correspondiente que establezca equiparaciones en ámbitos distintos de este acceso al empleo.

6. POSIBLES DIFERENCIAS ENTRE EL PRESENTE SUPUESTO Y EL ASUNTO KOLPAK

Se impone, a continuación, una precisión para diferenciar, presumiblemente, la problemática española de la existente en otros países, a raíz de la conocida sentencia Kolpak, Asunto C-438/00 (Kolpak contra Deutscher Handballbund), concluido por Sentencia de 8 de mayo de 2003, correspondiente a una petición de cuestión prejudicial planteada por un Tribunal alemán en relación con el art. 38.1 del Acuerdo Europeo por el que se establece una Asociación entre las Comunidades Europeas y los Estados Miembros y la República Eslovaca.

La cuestión que se ventilaba en el Asunto C-438/00 puede resumirse como sigue:

— En virtud de lo dispuesto por el artículo 9 del Reglamento relativo al permiso de trabajo (AEVO) vigente en la República de Alemania, los deportistas profesionales no precisan disponer de un permiso de trabajo para acceder al mercado de empleo alemán, (a diferencia del caso español, R.D. 1006/85).
— El artículo 15 del Reglamento de Juego de la Federación alemana de Balonmano distingue, por un lado, entre jugadores nacionales de Estados de la UE (o de un Estado tercero asociado a la UE cuyos nacionales hayan sido equiparados a los comunitarios en materia de libre circulación) y, por otro lado, entre los restantes jugadores extranjeros no equiparados a los nacionales comunitarios. A tal fin, éstos últimos han de dispo-

ner de un tipo de licencia especial (en la que figurará la letra «A») y sólo puede jugar un máximo de jugadores con ficha o licencia «A» en cada uno de los equipos que participen en partidos de Liga y Copa alemana.

— El artículo del Reglamento de Juego de la Federación Alemana de Balonmano es una disposición estrictamente privada, adoptada por una entidad que ostenta naturaleza igualmente privada.

— En esencia, se solicita del Tribunal de Justicia que declare si una norma deportiva exclusivamente privada (el artículo 15 del Reglamento del Juego de la Federación Alemana de Balonmano) es compatible con el artículo 38 del Acuerdo de Asociación de la U.E. y sus Estados Miembros con la República Eslovaca.

La naturaleza y el contenido de las disposiciones que regulan el acceso de los deportistas profesionales al mercado nacional de empleo en el Reino de España, presentan importantes y notables diferencias con las que se aplican en Alemania.

A diferencia de lo que ocurren en Alemania, ha de señalarse que en el Reino de España rigen normas públicas que limitan el acceso al mercado de empleo de los deportistas profesionales no comunitarios o equiparados a éstos en materia de libre circulación de trabajadores.

A este respecto, ha de señalarse que lo que la legislación española limita son las condiciones de acceso al empleo —no las condiciones de trabajo- de los deportistas profesionales no comunitarios (o asimilados); limitaciones que pueden sintetizarse como sigue:

a) **Con carácter general,** y al igual que otros trabajadores extranjeros no comunitarios (o asimilados a éstos), los deportistas profesionales deben solicitar y obtener los permisos de residencia y trabajo que facultan para residir legalmente en el territorio español y ejercer actividades profesionales por cuenta ajena.

La legislación española que regula el acceso de trabajadores extranjeros al mercado nacional de empleo, contempla de forma tasada:

— Supuestos específicos en los que, bien se prescinde de la situación nacional de empleo para la concesión de los permisos correspondientes (artículo 40 de la Ley de Extranjería L.O.4/2000).

— Excepciones al permiso de trabajo para el ejercicio de determinadas actividades (artículo 41 de la Ley de Extranjería).

La actividad laboral de los deportistas profesionales no se incluye dentro de los supuestos precitados, por lo que el ordenamiento jurídico español se aparta de la solución adoptada, en este punto, por la legislación alemana.

b) **A mayor abundamiento de lo ya expuesto** respecto a la legislación y jurisprudencia española sobre la licencia federativa, en el Auto 15/2001, la Sala de Conflictos de competencia del Tribunal Supremo ha señalado que la licencia federativa es un título habilitante para participar en competiciones oficiales deportivas de ámbito estatal, cuyo alcance y contenido es *«similar, mutatis mutandi,* por ejemplo, a una autorización o permiso de residencia, que también se exige para el ejercicio de la prestación de trabajo para extranjeros». Asimismo, entiende el Tribunal Supremo que la concesión de licencias deportivas es una potestad y función pública que la Administración ha delegado en organismos que participan de naturaleza jurídico-privada (las Federaciones Deportivas Españolas).

En el derecho alemán se ha optado por no dictar normas públicas para regular la licencia deportiva; lo que no ha excluido que las propias organizaciones deportivas privadas contemplen esta cuestión dentro de sus disposiciones estatutarias o reglamentarias, disposiciones cuya naturaleza y alcance es indiscutiblemente privado.

No es esta la solución adoptada por el legislador español, pues en relación con la licencia deportiva, se constata:

— Que su concesión es una potestad administrativa, por más que su ejercicio haya sido delegado en entidades privadas.

— Que está regulada en normas públicas estatales (artículos 32.4 de la Ley 10/1990, del Deporte; 7 del Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas, y Real Decreto 1835/1991, de 26 de junio, sobre relación laboral de los deportistas profesionales).

— Que pese a que las Federaciones incluyan previsiones relativas a las licencias federativas en sus estatutos y/o Reglamentos, estas disposiciones (y sus eventuales modificaciones) deben ser aprobadas por la Comisión Directiva del Consejo Superior de Deportes, adoptando a tal fin un acto administrativo de autorización.

c) **Finamente,** en lo que se refiere a la licencia federativa, el acceso al empleo y la participación en competiciones oficiales de los deportistas profesionales, la normativa estatal que regula la actividad desarrollada por los deportistas profesiones, tanto deportiva como laboral, proporciona una base jurídica que admite y contempla el establecimiento de diferencias de trato, en lo que respecta a participación en competiciones oficiales con carácter profesional, entre los jugadores comunitarios (o asimilados) y los restantes deportistas extranjeros que no reúnan tal condición.

Así, en primer lugar, el artículo 3 de la Ley reguladora de los Derechos y libertades de los extranjeros en España (L.O. 4/2000) en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 8/00, de 22 de diciembre, establece que: «*Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles*».

Como se observa y si se compara la redacción anterior del precepto con la vigente, en esta última se hace especial hincapié en el hecho de que los extranjeros en España gozarán de los derechos y libertadas reconocidos en la Constitución, en los Tratados Internacionales y en esta Ley así como en las que «*regulen el ejercicio de cada uno de ellos*» lo que permite tener presente la normativa sectorial referente a los mismos.

En segundo lugar, el art. 2 del Real Decreto 1006/1985, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, dispone: «*En materia de nacionalidad se estará a lo que disponga la legislación vigente para los trabajadores extranjeros en España, sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas sobre participación en competiciones oficiales*».

Esa remisión de la normativa laboral especial a las normas específicas sobre participación de deportistas extranjeros en competiciones oficiales nos conduce al artículo 28.1.e) del Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas, que establece: «*La determinación del número de jugadores extranjeros no comunitarios autorizados para participar en competiciones oficiales de carácter profesional y ámbito estatal se realizará de común acuerdo entre la Federación Deportiva Española, la liga profesional correspondiente y la asociación de deportistas profesionales. En caso de desacuerdo, será de aplicación lo previsto en la disposición adicional segunda del presente Real Decreto*».

Si bien la determinación concreta de ese número de jugadores ha sido confiada a los agentes deportivos privados, la solución normativa adoptada por el legislador traduce, nítidamente, en competiciones oficiales de los deportistas extranjeros no comunitarios. En este sentido, la lectura del precepto trascrito pone de manifiesto que, llegado el caso, será un órgano de la Administración del Estado (el Consejo Superior de Deportes) el que cuantificará el número de jugadores extranjeros no comunitarios autorizados para participar en competiciones oficiales de carácter profesional y ámbito estatal pues así se contempla en la Disposición Adicional segunda del Real Decreto 1835/1991.

A estos efectos, el fin último que persigue semejante disposición es proteger los intereses de las selecciones nacionales, favoreciendo y preservando las condiciones que garantizan que la representación deportiva internacional de España se nutra de deportistas con talento deportivo.

7. LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en sentencia dictada en fecha 12 de abril de 2005, entendió que el artículo 23, apartado 1, del Acuerdo de colaboración y cooperación por el que se establece una colaboración entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la Federación de Rusia, por otra, firmado en Corfú el 24 de junio de 1994 y aprobado en nombre de las Comunidades mediante la Decisión 97/800/CECA, CE, Euratom del Consejo y de la Comisión, de 30 de octubre de 1997, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación a un deportista profesional de nacionalidad rusa, contratado de manera regular por un club establecido en un Estado miembro, de una norma adoptada por una federación deportiva del mismo Estado en virtud de la cual los clubes sólo pueden alinear en las competiciones de ámbito estatal un número limitado de jugadores procedentes de Estados terceros que no formen parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

En este mismo sentido, en el Asunto que nos ocupa, ya se había pronunciado la Abogado General C. Stix-Hackl en sus Conclusiones de 11-1-2005.

El Tribunal de Justicia no comparte los argumentos defendidos por la Federación Española de Fútbol y el Gobierno de España en el sentido de ser distintas condiciones de trabajo de condiciones de acceso al empleo, como tampoco respalda la especificidad de la licencia federativa española. Igualmente se muestra indiferente a la distinción entre Acuerdos con países en fase de adhesión a la UE y países que no se encuentran en esta circunstancia.

El Tribunal de Justicia analiza primero el Acuerdo de Asociación objeto del litigio para señalar, apartado 28 de la sentencia, que el hecho de que el citado Acuerdo se limite así a establecer una colaboración entre las Partes, sin prever una asociación o una futura adhesión de la Federación de Rusia a las Comunidades, no puede impedir la aplicabilidad directa de alguna de sus disposiciones, porque de la jurisprudencia del propio Tribunal (así sentencias Kziber, apartado 21, Babahenini , C-113/97, Rec. P. I-183, apartado 1, de 16 de junio, Racke, C-162/96, Rec. P.I-3655, apartados 34 a 36) resulta que cuando un acuerdo establece una cooperación entre las partes, algunas de sus disposiciones pueden, en las condiciones recordadas en el apartado 21 de la presente sentencia, regular directamente la situación jurídica de los particulares.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas continúa diciendo que el artículo 23, apartado 1, del Acuerdo de colaboración entre las Comunidades y Rusia constituye una disposición precisa e incondicional que prohíbe a cada Estado miembro tratar de manera discriminatoria, por razón de su nacionalidad a los trabadores rusos en relación con los propios nacionales, por lo que respecta a sus condiciones de trabajo, remuneración o despido, sin que esta declaración pueda quedar desvirtuada por los términos «salvo lo dispuesto en la legislación, las condiciones y los procedimientos aplicables en cada Estado miembro», porque de ser así, vaciaría de contenido el citado artículo 23, apartado 1, y le privaría de cualquier efecto útil (apartados 22 y 24 de la sentencia).

Por último, basándose en los argumentos de la sentencia Bosman, C-415/93, Rec. P. I-4921, y Deustscher Handballbund señala que efectivamente la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad se aplica a reglamentaciones adoptadas por asociaciones deportivas que determinen las condiciones de ejercicio de una actividad por cuenta ajena por parte de deportistas profesionales y se opone a una limitación, basada en la nacionalidad, del número de jugadores que pueden alinearse simultáneamente (apartado 33 de la sentencia), careciendo de relevancia la circunstancia de que el artículo 23, apartado 1, del Acuerdo de colaboración sólo se aplique a las condiciones de trabajo, remuneración o despido, y por tanto, no

pueda extenderse a las normas relativas al acceso al empleo (apartado 37 de la sentencia).

En resumidas cuentas, la sentencia en cuestión va un paso más allá en la eficaz protección del principio de igualdad de trato en el ámbito laboral a los naciones de países no comunitarios, cuyos países de origen tienen suscritos Acuerdos de colaboración, como los aquí analizados, en tanto en cuanto les equipara en lo que afecta a las condiciones de trabajo, remuneración o despido y acceso al empleo a nacionales comunitarios, lo que sin duda, en el mundo del deporte tendrá importantes repercusiones, en las competiciones oficiales españolas, en particular, y comunitarias, en general.

INFORME SOBRE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE DETERMINADOS ASPECTOS QUE INTRODUCE EL REAL DECRETO-LEY 5/2005, DE 11 DE MARZO, DE REFORMAS URGENTES PARA EL IMPULSO A LA PRODUCTIVIDAD Y PARA LA MEJORA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, EN RELACIÓN CON LA LEY 34/1998, DE 7 DE OCTUBRE, DEL SECTOR DE HIDROCARBUROS

SELECCIÓN DE DICTÁMENES

Se ha sometido en la Dirección General de los Servicios Jurídicos, petición de informe sobre la interpretación y aplicación de determinados aspectos que introduce el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, en relación con la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

A la vista de la referida consulta y de los antecedentes remitidos, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 4.3 de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, tiene el honor de emitir el siguiente

INFORME

I

La primera cuestión que se plantea en la consulta es la relativa a qué se entiende por zona de distribución.

En principio, la respuesta ha de encontrarse en el sentido de considerar como tal la zona o área que no haya sido objeto de la autorización administrativa correspondiente, como consecuencia de la petición formulada por el solicitante. No se establece ningún criterio normativo para determinar su extensión, por tanto, el único criterio admisible es el que haya establecido en el uso por la autoridad gestora al otorgar la autorización, de manera que no hay obstáculo para que comprenda todo un término municipal o que el término municipal sea a su vez sectorizado en diversas zonas de distribución.

Ha este sentido, el art. 23 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (en adelante LSH), establece que las autori-

INFORME SOBRE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE DETERMINADOS ASPECTOS QUE INTRODUCE EL REAL DECRETO LEY 5/2005, DE 11 DE MARZO, DE REFORMAS URGENTES PARA EL IMPULSO A LA PRODUCTIVIDAD Y PARA LA MEJORA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, EN RELACIÓN CON LA LEY 34/1998, DE 7 DE OCTUBRE, DEL SECTOR DE HIDROCARBUROS

Se ha recibido en la Dirección General de los Servicios Jurídicos, petición de informe sobre la interpretación y aplicación de determinados aspectos que introduce el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, en relación con la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

A la vista de la referida consulta y de los antecedentes remitidos, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 4.3 de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, tiene el honor de emitir el siguiente

INFORME

I

La primera cuestión que se plantea en la consulta es la relativa a qué se entiende por zona de distribución.

En principio, la respuesta ha de orientarse en el sentido de considerar como tal la zona o área que se haya fijado en la autorización administrativa concedida, como consecuencia de la petición formulada por el solicitante. No se establece ningún criterio normativo para determinar su extensión, por tanto, el único criterio admisible es el que haya establecido en el título por la autoridad gasista al otorgar la autorización, de manera que no hay obstáculo para que comprenda todo un término municipal o que el término municipal esté a su vez sectorizado en distintas zonas de distribución.

En este sentido, el art. 73 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (en adelante LSH), establece que las autori-

zaciones de instalaciones de distribución contendrán todos los requisitos que deban ser observados en su construcción y explotación, *delimitación de la zona en la que se debe prestar el suministro, los compromisos de expansión de la red en dicha zona que debe asumir la empresa solicitante* y, en su caso, el plazo para la ejecución de dichas instalaciones y su caracterización; por tanto, establece la obligación de que sea la propia autorización la que establezca la zona de distribución, es decir, la zona en que se debe prestar el suministro y sobre la que la empresa solicitante asume compromisos de expansión de la red, de conformidad con lo dispuesto en el art. 74 d) LSH.

En el caso de las antiguas concesiones que han devenido en autorización administrativa, parece que tendría que seguirse este mismo criterio, de manera que el ámbito geográfico al que se extendía la concesión será el que comprenda ahora la zona de distribución de la autorización administrativa.

No obstante, obsérvese que la Disposición Adicional Sexta «Extinción de concesiones» de la LSH señala que dichas concesiones —refiriéndose a las concesiones para actividades incluidas en el servicio público de suministro de gases combustibles por canalización- quedan extinguidas a la entrada en vigor de la Ley y quedan sustituidas de pleno derecho por autorizaciones administrativas de las establecidas en el Título IV de la Ley que habilitan a su titular para el ejercicio de las actividades, mediante las correspondientes instalaciones, que constituyeran el objeto de las concesiones extinguidas.

La Disposición Adicional Sexta de la LSH, supuso la conversión de la concesión en autorización (reglada, sine die y sin reversión) frente al sistema concesional en el que existía una habilitación para el desarrollo de la actividad (concesión) y una autorización administrativa previa para la construcción de instalaciones.

La doctrina (G. Ariño e I. del Guayo) ya señaló que con esta Disposición Adicional Sexta, el actual monopolio —refiriéndose al régimen anterior a la LSH- consolidaba la propiedad de la red de transporte, añadiendo a continuación que para liberalizar el mercado no podía considerarse suficiente con declarar extinguidas las concesiones y sustituidas *ope legis* por una autorización pues si se consolidan en las compañías concesionarias las inversiones por reversión, se estaba ayudando a afianzar su posición en el mercado.

Este precepto supuso que las antiguas concesiones de distribución de gas natural en una zona o área de distribución se convirtieran ope legis en autorización administrativa previa de instalaciones de distribución de gas natural para el ámbito geográfico al que se refería la antigua concesión (en los términos que exige el art. 55.1 LSH, que contempla esta actividad como actividad reglada). Además, esto

supone para el distribuidor de gas natural autorizado, a la luz de lo dispuesto en el art. 74 d) LSH, la obligación de proceder a la ampliación de las instalaciones de distribución, en el ámbito geográfico de su autorización, cuando así sea necesario para atender nuevas demandas de suministro de gas, sin perjuicio de lo que resulte de la aplicación del régimen que reglamentariamente se establezca para las acometidas, existiendo por tanto, esta obligación también para el antiguo concesionario en su zona de distribución.

Esta obligación del art. 74 d) LSH aclara también el alcance de la zona de distribución, como ámbito geográfico completo que consta en el título autorizatorio teniendo en cuenta qué alcance tiene la ampliación de instalaciones de distribución. La Comisión Nacional de Energía en su informe de 20 de febrero de 2001, tras señalar que las instalaciones de distribución se definen en los art. 59.1 y 73.1 LSH y caracterizar a los distribuidores como las personas jurídicas titulares de las instalaciones de distribución (art. 58 LSH), señala que la LSH no distingue entre «redes» y «acometidas», a diferencia de lo que sucedía en la normativa anterior, de manera que hay que interpretar que en la definición de instalaciones de distribución se encuentran incluidas tanto las «redes» como las «acometidas», siempre que dichas canalizaciones tengan una presión de diseño menor de 16 bares, o que, con independencia de su presión de diseño, tengan por objeto conducir el gas a un único consumidor.

De este modo, el distribuidor en su zona de distribución —sea un término municipal completo o un sector menor- , tiene la obligación de ampliación de instalaciones, sean estas redes o acometidas, sin que el tipo de instalaciones de distribución a construir limite en modo alguno la zona o área, de modo que la delimitación de la zona de distribución está establecido por el ámbito geográfico de su autorización.

En consecuencia, una vez que la autoridad gasista, desde el momento de entrada en vigor de la LSH, adopta esta interpretación concreta de la Disposición Adicional Sexta y del alcance de las autorizaciones administrativas que sustituyen a las antiguas concesiones, ha de mantener el criterio, pues está vinculada por sus propios actos. De este modo, podemos considerar que no hay obstáculo para entender que la antigua concesión queda convertida en autorización administrativa (la que en la petición de informe se denomina como autorización administrativa previa, que es la autorización que contempla la letra a) del art. 70 del Real Decreto 1434/2002) para todo el ámbito geográfico al que se refería la antigua concesión, delimitando éste su zona de distribución.

II

En segundo lugar, se plantea para el supuesto de que concurra más de una solicitud para distribuir gas natural en una zona en la que no exista una autorización previa, si la Administración competente para resolver estaría obligada a hacerlo solo a favor de una, o por el contrario si puede autorizar a más de una empresa siempre y cuando éstas cumplan con los requisitos establecidos en la reglamentación vigente.

La reciente modificación de la LSH apuesta claramente por un sistema que evite la duplicidad de redes, garantizando a la vez, como ya venía haciendo anteriormente, la libre competencia y la concurrencia en el otorgamiento de las autorizaciones administrativas para la distribución, lo cual ha de traducirse en la concesión por parte de la autoridad gasista de una sola autorización administrativa previa, sin perjuicio del juego de la libre concurrencia y selección mediante criterios objetivos del autorizado, que habrá de reunir los requisitos previstos en el art. 73.3 LSH. Como veremos en el apartado siguiente, esta cuestión queda aclarada mediante la nueva Disposición Adicional Vigésima Tercera, de manera que una vez concedida una autorización en una zona de distribución, no podrán otorgarse otras nuevas para la construcción de instalaciones de distribución de gas natural.

En cuanto al procedimiento para el otorgamiento de la autorización, será aplicable lo dispuesto en el art. 73 de la Ley 34/1998, en concreto lo dispuesto en su apartado cuarto (modificado por el artículo vigésimo octavo del Real Decreto Ley 5/2005), según el cual «el procedimiento de autorización incluirá el trámite de información pública y la forma de resolución en el supuesto de concurrencia de dos o más solicitudes de autorización», siendo el trámite de audiencia un requisito esencial en el procedimiento autorizatorio y estableciéndose para la autoridad gasista la obligación de fijar los criterios de selección en caso de concurrencia de solicitudes.

Así, establece el art. 73 apartados 4 y 5 LSH:

«4. Las autorizaciones a que se refiere el apartado 2 serán otorgadas por la Administración competente, sin perjuicio de las concesiones y autorizaciones que sean necesarias, de acuerdo con otras disposiciones que resulten aplicables, la correspondiente legislación sectorial y, en especial, las relativas a la ordenación del territorio y al medio ambiente.

El procedimiento de autorización incluirá el trámite de información pública y la forma de resolución en el supuesto de concurrencia de dos o más solicitudes de autorización.

Otorgada la autorización y a los efectos de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, el titular deberá constituir una garantía del dos por ciento del presupuesto de las instalaciones.

La autorización en ningún caso se concederá con derechos exclusivos de uso.

La falta de resolución expresa de las solicitudes de autorización a que se refiere este artículo, tendrá efectos desestimatorios. En todo caso, podrá interponerse recurso ordinario ante la autoridad administrativa correspondiente.

5. Las autorizaciones de instalaciones de distribución contendrán todos los requisitos que deban ser observados en su construcción y explotación, la delimitación de la zona en la que se debe prestar el suministro, los compromisos de expansión de la red en dicha zona que debe asumir la empresa solicitante y, en su caso, el plazo para la ejecución de dichas instalaciones y su caracterización.

Cuando las instalaciones autorizadas hayan de conectarse a instalaciones ya existentes de distinto titular, éste deberá permitir la conexión en las condiciones que reglamentariamente se establezcan».

Resulta claro que ante la concurrencia de proyectos genéricos de la instalación, será preciso establecer la forma de resolución de la concurrencia, entendiendo que esto puede implicar el establecimiento de unos criterios objetivos baremados que permitan que los proyectos de detalle necesarios para la aprobación de la ejecución puedan ser ordenados conforme a dichos criterios (técnicos, objetivos...) y resolver finalmente por la autoridad gasista a favor de uno de los solicitantes.

En definitiva, si existen varias solicitudes, la Administración ha de establecer y hacer públicos los criterios de otorgamiento, como señala el art. 73 de la Ley 34/1998. Además, ha de garantizarse la objetividad y la no discriminación como establece la Directiva 2003/55/CE, de 26 de junio, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE, en su art. 4.3, añadiendo que los criterios y procedimientos para la concesión de autorizaciones no podrán ser discriminatorios y serán objeto de publicación.

III

La tercera cuestión es la relativa a la interpretación de la nueva Disposición Adicional Vigésima Tercera que introduce en la LSH el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo (publicado en el Boletín Oficial del Estado el 14 de marzo de 2005), de reformas

urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública, en su artículo vigésimo noveno.

Esta Disposición Adicional Vigésima Tercera establece lo siguiente:

«Sobre la zona de distribución de gas de una autorización administrativa no podrán concederse nuevas autorizaciones para la construcción de instalaciones de distribución, debiendo cumplir las obligaciones de servicio de interés general y extensión de redes, impuestas en la legislación y en la propia autorización administrativa. Todo ello sin perjuicio de lo previsto en el art. 78.»

Además, el Real Decreto Ley mediante su Disposición Derogatoria Única deroga la Disposición Transitoria Decimoquinta «Distribución de gas natural». La Disposición ahora derogada establecía que *«Sobre la zona de distribución de gas natural de una concesión que, de acuerdo con la disposición adicional sexta de la presente Ley, hubiera devenido en autorización, no podrán concederse nuevas autorizaciones para la construcción de instalaciones de distribución hasta el 1 de enero de 2005 o hasta la vigencia de la concesión original si el plazo es anterior a dicha fecha, debiendo cumplir, en este periodo, las empresas autorizadas, las obligaciones de servicio público de desarrollo y extensión de las redes, impuestas en virtud de la concesión, y salvo saturación de la capacidad de sus instalaciones. Todo ello sin perjuicio de lo previsto en el art. 78 de la presente ley.»*

La Disposición Transitoria Decimoquinta, en sus distintas redacciones, se venía entendiendo como una cláusula de exclusividad temporal en un área de distribución o derechos exclusivos de distribución de gas natural, de manera que suponía la prohibición de otorgar nuevas autorizaciones para la construcción de instalaciones de distribución en el área en que ya estaba autorizada una compañía (la antigua concesionaria) y abría la posibilidad de que tras ese periodo transitorio, existieran nuevas autorizaciones para la construcción de instalaciones de distribución. En este sentido, la doctrina más autorizada (Gaspar Ariño en Principios de Derecho Público Económico, ed. Comares, 2004, pag. 751), considera que las medidas transitorias recogidas en la LSH, entre las que se encontraba la citada disposición antes de su derogación, pretendían compatibilizar la liberalización con el respeto a los derechos adquiridos y expectativas legítimas de los agentes y permitir la adaptación de todos al nuevo contexto competitivo y comenta también este autor, en relación con la modificación de la Disposición Transitoria Decimoquinta incluida en el paquete de

medidas de liberalización del Real Decreto ley 6/2000, de 23 de junio, que con ello se adelantaba el calendario de exclusividad para la construcción de redes de distribución de gas natural al año 2005, mientras que antes era el año 2008 y que todo ello suponía la reducción de los plazos de los derechos de exclusiva en la distribución y la apertura del mercado a nuevas infraestructuras.

La nueva regulación que introduce el Real Decreto Ley 5/2005 supone que la temporalidad de los derechos exclusivos de distribución de gas natural desaparece y que esos derechos exclusivos de distribución se convierten ahora en definitivos. Así, la lectura e interpretación que ha de darse al contenido de la Disposición Adicional Vigésima Tercera, que coincide con lo que disponía la derogada Disposición Transitoria Decimoquinta, eliminando el elemento de transitoriedad y la referencia a la conversión de las antiguas concesiones en autorizaciones, implica que la exclusividad que antes se reconocía a la antigua concesionaria con carácter temporal ahora deviene en definitiva para quien sea autorizado como distribuidor.

Esta modificación, según la Exposición de Motivos, se orienta a eliminar prácticas ineficientes en el ámbito de la distribución, como la coexistencia de varios distribuidores en un mismo ámbito territorial que puede llevar a la existencia de instalaciones redundantes y aumentar los costes de mantenimiento con la consiguiente pérdida de eficiencia. Así con la reforma se evitan estas prácticas partiendo de la premisa de que la distribución, tanto de electricidad como de gas natural, es una actividad regulada, que tiene carácter de monopolio natural, y sin perjuicio de que se habiliten cauces para el acceso de terceros a la red de distribución o la competencia por las autorizaciones, que eviten comportamientos oportunistas de los distribuidores.

A partir de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley (15 de marzo de 2005), se produce un nuevo cierre del sistema, ya con carácter definitivo en cuanto a la distribución en un área determinada, de manera que no se autorizarán nuevas instalaciones de distribución en áreas en que ya exista otra compañía (ya sean las antiguas concesionarias o nuevas autorizadas).

Esta modificación de la LSH, permite establecer distintos supuestos que se pueden plantear tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley, teniendo en cuenta la falta de disposiciones transitorias en dicha modificación:

a) **En primer lugar, podemos referirnos a las zonas de distribución «nuevas»**, entendiendo por tales aquellas que no hubieran sido objeto de antiguas concesiones administrativas.

En estos casos, y enlazando con lo expuesto en el fundamento segundo, se aplicará el art. 73 de la LSH, y se fijarán, en su caso, los criterios para resolver los supuestos de concurrencia. En estos supuestos tendrá una clara incidencia el principio de libre iniciativa empresarial y la despublicatio que introduce la LSH, si bien es cierto que la distribución se configura como una actividad regulada, cuyo régimen económico y de funcionamiento se ajustará a la LSH.

En este sentido la doctrina (G. Ariño e I. del Guayo) consideran que «la Ley incurre en una contradicción pues, el art. 60.1 primero proclama la libre competencia entre los sujetos del sistema gasista, pero a renglón seguido, determina que hay cuatro actividades reguladas. No se entiende bien, por otro lado, qué significa para el autor de la LH que una actividad esté regulada y cómo concibe la competencia entre actividades reguladas. Parece que opone libre competencia a regulación, cosa que es, a todas luces, y casi dos décadas de «regulación para la competencia», una simplificación «conceptual y práctica». Y añaden que el artículo está mal redactado, pues debería decir que, en principio, se ejercerán en régimen de libre competencia las actividades enumeradas en el art. 54.1 LSH, sin perjuicio de las determinaciones contenidas en esta Ley.

b) **En segundo lugar, en cuanto a las zonas de distribución de «las antiguas concesiones»**: es preciso reconocer derechos de exclusiva en la distribución del gas natural con carácter definitivo, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional Vigésima Tercera de la LSH, de conformidad con la interpretación antes señalada.

c) **Zonas de distribución «de las antiguas concesiones» sobre las que ha habido solicitudes de otras compañías para que se les autorice la construcción de instalaciones, desde el día 1 de enero de 2005 a 14 de marzo del mismo año.**

Recordemos que en el periodo que abarca del 1 de enero a 14 de marzo, no existían los derechos exclusivos de distribución de gas natural ni con carácter temporal ni con carácter definitivo, en virtud de lo establecido en la Disposición Transitoria Decimoquinta y que, por otra parte, el Real Decreto Ley 5/2005 no establece ningún precepto que regule el derecho transitorio en estos supuestos específicos.

En estos casos cabe diferenciar dos situaciones:

— Si ya se ha concedido la autorización administrativa previa del art. 70 a) del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural, han de resolverse estos supuestos de concurrencia, puesto que se trata de supuestos en los que existe no una mera expectativa de derecho que ya se ha dictado por la autoridad gasista, conforme a la legislación aplicable en el momento de la resolución, un acto que otorga a la empresa autorizada el derecho a realizar una instalación concreta en determinadas condiciones, relativa a un proyecto genérico de instalación.

Para ello, el art. 73 de la LSH dispone que la Administración establezca la forma de resolución de los supuestos de concurrencia, mediante criterios objetivos de selección que, para estos supuestos concretos, pueden establecerse en el momento del proyecto de ejecución, en los términos expuestos anteriormente, puesto que recordemos, la normativa reglamentaria establece la necesidad de tres resoluciones administrativas para la obtención de la autorización administrativa de construcción de instalaciones (art. 70 del RD 1434/2002).

— Si todavía no se ha concedido la autorización administrativa previa a los solicitantes que lo hicieron al amparo del régimen que establecía la Disposición Transitoria Decimoquinta a partir de 1 de enero de 2005, puede denegarse porque no hay ningún derecho adquirido y se aplica el derecho vigente en el momento de resolución de la solicitud, que impide otorgarla (todo ello a pesar de que los agentes han actuado bajo la confianza legítima del mantenimiento de un determinado marco regulatorio que, sin embargo, ha sido modificado).

En este sentido, la STC 97/1990, de 24 de mayo (RTC 1990/97): «Este planteamiento supone una interpretación incorrecta e infundada del art. 9.3 C.E., que según reiterada doctrina de este Tribunal no impide la incidencia de la nueva ley, en cuanto su proyección hacia el futuro, en derechos en curso de adquisición en base a una legislación anterior que aquella nueva ley deroga. Como recuerda la STC 70/1988 (fundamento jurídico 4) (RTC 1988\70), la prohibición constitucional de retroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados ni a las expectativas».

También la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 227/1988, de 29 noviembre (RTC 1988\227):

«En relación con el problema de la demanialización ope legis de las aguas continentales, consideran asimismo los Senadores recurrentes que se ha vulnerado el principio de irretroactividad de las disposiciones no favorables o restrictivas de derechos individuales. Pero esta objeción debe ser rechazada a limine, dado que los preceptos de la Ley impugnados por este motivo no tienen carácter retroactivo. En efecto, no hay retroactividad cuando una Ley regula de manera diferente y pro futuro situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor y cuyos efectos no se han consumado, pues, como este Tribunal ha declarado en anteriores ocasiones —SSTC 42/1986, de 10 de abril y 99/1987, de 11 de junio—, una norma es retroactiva, a los efectos del art. 9.3 de la Constitución, cuando incide sobre «relaciones consagradas» y «afecta a situaciones agotadas» y «lo que se prohíbe en el art. 9.3 es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad». La Ley 29/1985 procede a dar una nueva regulación de los derechos individuales sobre las aguas continentales, pero no altera los efectos jurídicos de los derechos que la legislación anterior reconocía mientras estuvo en vigor. Cosa distinta es que el nuevo régimen legal no reconozca ya, en adelante, algunos de aquellos derechos o que los regule de manera más restrictiva.

Sucede aquí que los recurrentes parecen confundir el principio de irretroactividad establecido en el art. 9.3 de la Constitución con el respeto a los derechos que han sido adquiridos al amparo de la legislación que la Ley recurrida viene a derogar. Pero también hemos señalado en anteriores ocasiones que la Constitución no emplea la expresión derechos adquiridos, que no es posible equiparar el concepto de derecho individual que utiliza el art. 9.3 con elius quaesitum (STC 27/1981, de 20 de julio) y, en definitiva, que la «invocación del principio de irretroactividad no puede presentarse como una defensa de una inadmisible petrificación del ordenamiento jurídico» —SSTC 27/1981, 6/1983, de 4 de febrero y 99/1987, de 11 de junio, entre otras—. Sin quebrantar el principio de irretroactividad sancionado en el art. 9.3 del texto constitucional, el legislador puede variar, en sentido restrictivo y con eficacia ex nunc, el régimen jurídico preexistente de los derechos individuales, siempre que se ajuste a las restantes exigencias de la Constitución.»

Finalmente, y haciendo mención al supuesto planteado en relación con las solicitudes de distribución en el sector XXX, de los antecedentes se deduce que encajaría en este último apartado. Esta situación fáctica, determina que ZZZ (antigua concesionaria en todo el término municipal de Madrid) conservaría su exclusiva sobre la zona de distribución y en cuanto a otras posibles solicitudes, puesto que todavía no se han resuelto, habrán de ser denegadas, conforme a la norma vigente en el momento de dictar la resolución (Disposición Adicional Vigésima Tercera).

Además, recordemos que, en cumplimiento de su deber de ampliación de las instalaciones de distribución, y si ello fuera necesario, la LSH reconoce al distribuidor derechos de ocupación de dominio público y expropiación forzosa para cumplir con su obligación de construcción de redes, según lo dispuesto en el art. 103 LSH, conforme al cual, «los titulares de concesiones, permisos o autorizaciones para el desarrollo de las citadas actividades o para la construcción, modificación o ampliación de instalaciones necesarias para las mismas gozarán del beneficio de expropiación forzosa y ocupación temporal de bienes y derechos que exijan las instalaciones y servicios necesarios, así como la servidumbre de paso y limitaciones de dominio, en los casos que sea preciso para vías de acceso, líneas de conducción y distribución de los hidrocarburos, incluyendo las necesarias para atender a la vigilancia, conservación y reparación de las instalaciones.»

En virtud de lo anteriormente expuesto, se formulan las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA. Zona de distribución es el ámbito geográfico así fijado en la correspondiente autorización administrativa.

SEGUNDA. Si existen varias solicitudes, la Administración ha de establecer y hacer públicos los criterios de otorgamiento, como señala el art. 73 de la Ley 34/1998; que han de garantizar la objetividad y la no discriminación pare el otorgamiento de la autorización en caso de concurrencia de solicitudes. En todo caso, en una zona de distribución no podrá concederse más que una autorización de construcción de instalaciones de distribución de gas.

TERCERA. La Disposición Adicional Vigésima Tercera, en concreto el inciso «Sobre la zona de distribución de gas de una autorización administrativa no podrán concederse nuevas autorizaciones para la construcción de instalaciones de distribución (...)» implica que si

ya se ha otorgado una autorización de construcción de instalaciones de distribución, no podrán otorgarse otras nuevas autorizaciones de construcción, con la finalidad clara de evitar la duplicidad de redes o de canalizaciones de gas en una misma zona, en el sentido que señala la Exposición de Motivos del Real Decreto Ley 5/2005.

Es cuanto tiene el honor de informar, no obstante V.I. resolverá

Este Informe ha sido elaborado por la Letrada de la Comunidad de Madrid, Dª. Victoria López Torralba

LEYES Y DECRETOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID SEGUNDO TRIMESTRE 2005

N.º LEY	FECHA	FECHA BOCM	ASUNTO
3/2005	23/05/2005	14/06/2005	SE REGULA EL EJERCICIO DEL DERECHO A FORMULAR INSTRUCCIONES PREVIAS EN EL ÁMBITO SANITARIO Y SE CREA EL REGISTRO CORRESPONDIENTE

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
40/2005	14/04/2005	04/05/2005	FAMILIA Y ASUNTOS SOCIALES	SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DEL ORGANISMO AUTÓNOMO INSTITUTO MADRILEÑO DEL MENOR Y LA FAMILIA
41/2005	14/04/2005	04/05/2005	FAMILIA Y ASUNTOS SOCIALES	SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DEL SERVICIO REGIONAL DE BIENESTAR SOCIAL
43/2005	12/05/2005	16/05/2005	FAMILIA Y ASUNTOS SOCIALES	DEL CONSEJO DE GOBIERNO, POR EL QUE SE MODIFICA EL FORO REGIONAL PARA LA INMIGRACIÓN DE LA COMUNIDAD DE MADRID
48/2005	02/06/2005	08/06/2005	JUSTICIA E INTERIOR	SE REGULAN LAS FUNCIONES, COMPOSICIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA COMISIÓN TÉCNICA DE ASESORAMIENTO DE LA AGENCIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID PARA LA REEDUCACIÓN Y REINSERCIÓN DEL MENOR INFRACTOR

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
52/2005	16/06/2005	05/07/2005	MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO	DE ESTRUCTURA ORGÁNICA DEL INSTITUTO DE LA VIVIENDA DE MADRID
53/2005	23/06/2005	14/07/2005	VICEPRESI. PRIMERA Y PORTOVACÍA DEL GOBIERNO	SE CREA LA COMISIÓN DE REDACCIÓN, COORDINACIÓN Y SEGUIMIENTO DEL PORTAL DE INTERNET DE LA COMUNIDAD DE MADRID "MADRID.ORG"
54/2005	23/06/2005	05/07/2005	VICEPRESI. PRIMERA Y PORTAVOCÍA DEL GOBIERNO	SE CONSTITUYE EL CONSORCIO AUDIOVISUAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID
58/2005	30/06/2005	07/07/2005	ECONOMÍA E INNOVACIÓN TECNOLÓGI.	SE ESTABLECEN DETERMINADAS PREVISIONES EN RELACIÓN CON LA LEY 6/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE CREACIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID
62/2005	07/07/2005	12/07/2005	JUSTICIA E INTERIOR	SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA AGENCIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID PARA LA REEDUCACIÓN Y REINSERCIÓN DEL MENOR INFRACTOR