

Artículo 36

1. En el ejercicio de sus competencias ejecutivas, la Comunidad de Madrid gozará de las potestades y privilegios propios de la Administración del Estado, entre las que se comprenden:

a) La presunción de legitimidad y la ejecutoriedad de sus actos, así como los poderes de ejecución forzosa y revisión en vía administrativa.

b) La potestad de expropiación, incluida la declaración de urgente ocupación de los bienes afectados, así como el ejercicio de las restantes competencias de la legislación expropiatoria atribuida a la Administración del Estado, cuando se trate de materias de competencia de la Comunidad de Madrid.

c) La potestad de sanción, dentro de los límites que establezca el ordenamiento jurídico.

d) La facultad de utilización del procedimiento de apremio.

e) La inembargabilidad de sus bienes y derechos, así como los privilegios de prelación, preferencia y demás reconocidos a la Hacienda pública para el cobro de sus créditos, sin perjuicio de los que correspondan en esta materia a la Hacienda del Estado, y en igualdad de derechos con las demás Comunidades Autónomas.

f) Las potestades de investigación, deslinde y recuperación en materia de bienes.

g) La exención de la obligación de prestar toda clase de garantías o cauciones ante los organismos administrativos y ante los jueces o tribunales de cualquier jurisdicción.

2. No se admitirán interdictos contra las actuaciones de la Comunidad de Madrid, en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido¹.

COMENTARIO

CARLOS YÁÑEZ DÍAZ

I. EXÉGESIS DEL PRECEPTO

Sin lugar a dudas se trata de uno de los preceptos del Estatuto de Autonomía más trascendentes en la actuación diaria de la Administración de la Comunidad de Madrid.

El artículo configura el ejercicio de las funciones ejecutivas por la Comunidad de Madrid atribuyendo a la misma las potestades y privilegios propios de la Administración del Estado citando nominativamente algunos de ellos.

¹ Renumerado por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE núm. 162, de 8 de julio de 1998).

Conviene recordar que el concepto de potestad fue elaborado por Santi Romano en contraste con el de Derecho subjetivo, dentro de la categoría común y genérica de las facultades de obrar atribuidas por el ordenamiento jurídico a los sujetos, ya sean públicos o privados, en orden a intereses o bienes por él protegidos.

Así, a diferencia del Derecho subjetivo, la potestad:

a) No deriva de una relación jurídica, sino directamente del ordenamiento jurídico, de modo que es una situación previa a la relación jurídica, es el ejercicio de la potestad el que genera nuevas relaciones y Derechos subjetivos, no la potestad misma;

b) no recae sobre ningún objeto específico y determinado, sino que tiene un carácter genérico; se refiere a un ámbito de actuación definido en grandes líneas o direcciones genéricas;

c) por eso la potestad no se traduce en una pretensión concreta, sino en una posibilidad abstracta de provocar situaciones con efectos jurídicos;

d) no se corresponde en un deber concreto del sujeto pasivo obligado, sino con una simple situación de consentimiento por los otros sujetos a los eventuales efectos jurídicos derivados del ejercicio de la potestad.

e) no se atribuyen en beneficio de su titular, sino de las terceras personas. Así ocurre, tanto en las potestades que se enuncian en la esfera privada, como la patria potestad, como con las administrativas, pues la Administración ha de ejercitar sus potestades para perseguir el interés público para cuyo logro se le otorgó la potestad, incurriendo en el caso contrario en el vicio de desviación de poder. Por eso se habla de que las potestades administrativas son fiduciarias, están atribuidas en función de un interés público lo que excluye la existencia de potestades o poderes absolutos. Como consecuencia de su origen legal y no negocial, las potestades son inalienables, intransmisibles, e irrenunciables porque son indisponibles por el sujeto, en cuanto son una creación del ordenamiento jurídico.

El titular de la potestad puede ejercitarla o no, pero no puede transferirla. La propia ley puede, a lo sumo, permitir la delegación de su ejercicio.

Hay que indicar que la enumeración de potestades y privilegios del artículo 36 no es exhaustiva sino que la Comunidad de Madrid gozará de los mismos privilegios y potestades que la Administración del Estado si bien en el ámbito de sus competencias. Ello es consecuencia lógica del reparto de poder en el Estado autonómico. Tan Estado es la Administración central como las de las Comunidades Autónomas a las que el artículo 2 CE reconoce autonomía política. Por ello, en su territorio y dentro de sus competencias, las Comunidades Autónomas ejercen el poder estatal por lo que es lógico que se les atribuyan las potestades y privilegios que tradicionalmente eran atribuidos al Estado en el marco de un Estado unitario.

Así aparecen citadas en el precepto una serie de potestades y privilegios de esencial importancia que analizaremos brevemente.

a) La presunción de legitimidad y la ejecutoriedad de sus actos, así como los poderes de ejecución forzosa y revisión en vía administrativa.

La presunción de validez de los actos administrativos aparece reconocida en el artículo 57 de la Ley 30/92. La consideración de la Administración como una organización que sirve con objetividad a los intereses generales conforme el artículo 103 CE permite entender, sin necesidad de acudir a explicaciones históricas de las Administraciones Públicas como poderes exorbitantes, que sus actos, precisamente por el fin público que persiguen, están dotados de una mayor validez que los actos de los particulares que, evidentemente, están movidos por el interés particular.

Por ello los actos de las Administraciones Públicas se considera que gozan de una presunción de validez y son inmediatamente ejecutivos en el sentido de que no necesitan ningún convalidación ni acudir a otros poderes para lograr su efectividad.

No obstante el comentario de este precepto exige hacer una referencia a los confusos términos de «ejecutividad», «ejecutoriedad» y «ejecución forzosa», utilizados igualmente en los artículos 57, 94 y 95 de la Ley 30/92.

Siguiendo a Francisco García Gómez de Mercado² «*la naturaleza del privilegio de ejecutividad es la de una presunción de validez de los actos administrativos, que tiene carácter «iuris tantum» por lo que opera en tanto no sea destruida por los interesados en vía de recurso administrativo o proceso judicial, o mediante revisión de oficio, acreditando la ilegalidad del acto (STS 24-7-1985 [RJ 5957] y 18-7-1986 [RJ 5523]). (...) Y este privilegio se funda en «esta legitimidad presumible desde el mismo texto constitucional (art. 103.1) y tal presunción justifica las potestades de la Administración para dotarse a sí misma de un título ejecutivo (acto administrativo) y para ejecutarlo por sí e inmediatamente, encadenamiento lógico que es característico de nuestro sistema administrativo y sin el cual perdería su propia sustantividad» (STS 15-6-1987, RJ 4881)».*

Este autor señala que la denominada ejecutoriedad no es sino la facultad de la Administración de ejecutar por si misma el acto conforme establece el artículo 95 Ley 30/92.

El termino «ejecución forzosa» aludiría a los procedimientos que establece la Ley para que la Administración lleve a cabo la ejecución del acto si el particular no lo cumple voluntariamente. Como resume Barrios Flores³ «*La «ejecutividad» es por tanto la capacidad de producción de efectos jurídicos; la «ejecutoriedad» es la susceptibilidad de «ejecución forzosa» y ésta última es la materialización de la ejecutoriedad cuando no media un cumplimiento voluntario del destinatario del acto administrativo».*

La revisión de oficio supone la potestad de la Administración de declarar por si misma la nulidad de sus actos encuadrables en el artículo 62 de la Ley 30/1992 al que se remite el artículo 102 de esta última. En la Comunidad de Madrid el artículo 53.4 de la Ley 1/1983 de Gobierno y Administración establece la competencia

² Francisco García Gómez de Mercado (Coord.) «*Procedimientos Administrativos Comunes*», Comares, Granada, 2007.

³ Luis Fernando Barrios Flores en José Garberi Llobregat (Coord.) «*El Procedimiento Administrativo Común*», Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

para resolver los procedimientos de revisión en los que conforme la reciente Ley 6/2007, emitirá informe el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

b) La potestad de expropiación, incluida la declaración de urgente ocupación de los bienes afectados, así como el ejercicio de las restantes competencias de la legislación expropiatoria atribuida a la Administración del Estado, cuando se trate de materias de competencia de la Comunidad de Madrid.

Si bien el artículo 149.1.18 CE establece la competencia exclusiva del Estado en materia de la legislación sobre expropiación forzosa ello no quiere decir que las Comunidades Autónomas únicamente tengan competencias ejecutivas en la materia como en algún caso se ha querido mantener.

En efecto, la Comunidad de Madrid puede ser la Administración expropiante al ser una administración territorial pero el precepto permite, además, a la Comunidad la declaración de urgencia de la expropiación al amparo del artículo 52 de la Ley de Expropiación forzosa e igualmente permite el ejercicio de las restantes competencias expropiatorias si se trata de una materia competencia de la Comunidad de Madrid.

En la Comunidad de Madrid interesa destacar las particularidades en materia de expropiaciones de carreteras –arts. 41-44 de la Ley 3/1991, de 7 de marzo, de Carreteras de la Comunidad de Madrid–, en materia urbanística –arts. 94, 117-124 y 138-142 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid– y en materia hidráulica e infraestructuras eléctricas –arts. 19 y 21 de la Ley 3/2007, de 26 de julio, de Medidas Urgentes de Modernización del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid–.

Un aspecto conflictivo en las expropiaciones de la Comunidad de Madrid fue la creación por la Ley 9/1995, de 28 de marzo, de medidas de política territorial, suelo y urbanismo del Jurado Territorial de Expropiación Forzosa de la Comunidad de Madrid como el órgano de valoración en las expropiaciones que llevasen a cabo la Comunidad de Madrid y las entidades locales sustituyendo al Jurado Provincial de Expropiación Forzosa que quedaba así limitado a las expropiaciones de la Administración General del Estado.

Dicho órgano fue objeto de fuertes críticas (a nuestro juicio injustas) por parte de algún sector doctrinal⁴ que culminaron con el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad por la Sección 4.^a de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo que fueron resueltas por una serie de sentencias del Tribunal Constitucional, siendo la primera la STC 251/2006, de 25 de julio⁵. La sentencia

⁴ Tomás Ramón Fernández Rodríguez, «Notas sobre el proceso continuo y silencioso de erosión del Derecho estatal y de las garantías jurídicas de los ciudadanos: el caso de los jurados autonómicos de Expropiación», Revista de Administración pública, núm. 153, 2000, pp. 91-106. En el mismo sentido «Por una nueva Ley de Expropiación Forzosa y un nuevo sistema de determinación del justiprecio», Revista de Administración Pública, núm. 166, 2005, pp. 7-27.

⁵ Carlos Yáñez Díaz, «La constitucionalidad de los Jurados Autonómicos de Expropiación», La Ley, núm. 6680, 27 de marzo de 2007, pp. 1-4.

reconoce la competencia de las Comunidades Autónomas para crear sus propios órganos de valoración (competencia discutida por el Tribunal Superior de Justicia) y con la composición que tenga por oportuna en virtud de su competencia de autoorganización sin tener que ajustarse a la composición del Jurado Provincial de Expropiación (tesis defendida tanto por el Tribunal Superior como por el Tribunal Supremo).

La sentencia recuerda la doctrina de las SSTC 37/87, 319/93 y 61/97 en cuanto a las facultades de las Comunidades Autónomas en materia expropiatoria y considera que el Jurado madrileño respeta las garantías constitucionales de los expropiados y su creación se encuadra, tanto en las competencias de autoorganización, como en las competencias que en materia de expropiaciones tienen las Comunidades Autónomas. Posteriormente diversas sentencias confirmaron igualmente la constitucionalidad del órgano de valoraciones de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

c) La potestad de sanción, dentro de los límites que establezca el ordenamiento jurídico.

Señala Alejandro Nieto⁶ que al fraccionamiento político e institucional de la Constitución de 1978 había de corresponderse necesariamente un fraccionamiento de la potestad sancionadora sobre todo si se tiene en cuenta la imposibilidad de las Comunidades Autónomas de dictar normas penales.

El precepto que comentamos atribuye a la Comunidad de Madrid la potestad sancionadora que ejercerá en las materias en las cuales haya asumido competencias STC 15/1989, de 26 de enero, de tal forma que, como señala la STC 85/1985, de 16 de julio *«la competencia sancionadora corresponde al titular de la «materia sustantiva» de la que aquella viene a ser un anejo»*.

Más problemáticos resultan los supuestos de competencias concurrentes. En estos casos lo más lógico es entender que, puesto que la aplicación de las normas sancionadoras supone ejecutar la ley, la potestad sancionadora correspondería a la Administración con competencias ejecutivas pero no sólo la aplicación sino que también las Comunidades Autónomas con competencias de desarrollo legislativo pueden establecer tipos y sanciones en el marco de dichas normas básicas –STC 136/1991, de 20 de junio–.

Además de esta modulación de los tipos estatales, las Comunidades Autónomas también pueden establecer tipos no recogidos en la normativa básica en cuanto ello suponga un mayor nivel de protección, tesis admitida por las SSTC 156/1995, 196/1996, 37/2002 y 124/2003. El límite a tal facultad estaría en la prohibición de introducir divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio.

Eso en cuanto respecta a la normativa sancionadora sustantiva, pero la potestad sancionadora tiene también una importantísima vertiente procedimental ligada a las garantías de procedimiento establecidas en los artículos 134-138 de la Ley 30/92. Ahora bien, como recuerda García Gómez de Mercado⁷, la Ley 30/92 no

⁶ Alejandro Nieto, *«Derecho Administrativo Sancionador»*, 4.ª Edición, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 107 y ss.

⁷ Francisco García Gómez de Mercado. *«Sanciones administrativas. Garantías, derechos y recursos del presunto responsable»*, 2.ª Edición, Comares, 2004, p. 113.

recoge un procedimiento determinado a diferencia de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 sino que el procedimiento administrativo sancionador se recoge en el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto y en diversas normas de naturaleza sectorial.

A su vez las Comunidades Autónomas, dado el carácter de competencia compartida del procedimiento administrativo conforme el artículo 149.1.1.18.^a CE, pueden dictar sus propias normas de procedimiento respetando las bases estatales. Así lo admitió el Tribunal Constitucional en las STC 17/90, de 7 de febrero y 61/97, de 20 de marzo y la reciente STC 157/2004, de 21 septiembre⁸, con cita de otras anteriores, que en su Fundamento de Derecho 15.^o afirma: «... tenemos que partir de nuestra doctrina sobre la potestad sancionadora de las Administraciones públicas, respecto de la cual hemos señalado en el fundamento jurídico 8 de la STC 124/2003, de 19 de junio, que: «debe señalarse ante todo su carácter instrumental respecto del ejercicio de las competencias sustantivas, como hemos declarado en diversas resoluciones (SSTC 48/1988, de 22 de marzo, F. 25; 227/1988, de 29 de noviembre, F.29; 96/1996, de 30 de mayo, F.7). De ahí que las Comunidades Autónomas puedan adoptar normas administrativas sancionadoras cuando tengan competencia sobre la materia sustantiva de que se trate, debiendo acomodarse las disposiciones que dicten a las garantías constitucionales dispuestas en este ámbito del Derecho administrativo sancionador (art. 25.1 CE), y no introducir divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio (art. 149.1.1 CE; SSTC 87/1985, de 16 de julio, F.8; 196/1996, de 28 de noviembre, F.3). La regulación de las infracciones y sanciones que las Comunidades Autónomas lleven a cabo estará pues limitada por los principios básicos del ordenamiento estatal (STC 227/1988, de 29 de noviembre, F.29) y, en todo caso, habrá de atenderse a lo dispuesto en el artículo 149.1.1 CE; de igual modo el procedimiento sancionador habrá de ajustarse al «administrativo común», cuya configuración es de exclusiva competencia estatal (Art. 149.1.18 CE), sin que ello implique que toda regulación del Derecho administrativo sancionador, por el hecho de afectar al ámbito de los derechos fundamentales, sea competencia exclusiva del Estado (STC 87/1985, de 16 de julio, F. 8)».

Con base en esta doctrina constitucional diversas Comunidades Autónomas han dictado normas propias de procedimiento, tal y como ha hecho la Comunidad de Madrid con el Decreto 245/2000, de 16 de noviembre, que aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración de la Comunidad de Madrid.

d) La facultad de utilización del procedimiento de apremio.

El procedimiento de apremio constituye una de las prerrogativas de la Administración que permite a ésta la ejecución forzosa de sus actos de contenido pecuniario.

⁸ Citada por Victoria López Torralba, «Breve estudio en torno al Procedimiento Administrativo Sancionador y sus garantías», Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid, núm. 22, Septiembre-Diciembre 2005, pp. 181 y ss.

Aparece previsto en el artículo 97 Ley 30/92 como uno de los medios de ejecución forzosa de los actos administrativos remitiéndose en cuanto a su regulación a las normas reguladoras del procedimiento recaudatorio en vía ejecutiva.

En la actualidad el procedimiento de apremio aparece regulado en los artículos 163-173 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre y en los artículos 69-116 del Reglamento General de Recaudación aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio.

Dicho procedimiento tiene como características⁹:

- a) Es un procedimiento administrativo derivado del privilegio de autotutela administrativa.
- b) Es un procedimiento ejecutivo, no cognitivo y unilateral, por lo que, al menos en principio y sin perjuicio de correcciones jurisprudenciales no se puede discutir la cuantía ni las condiciones de la deuda sino tan solo la procedencia del procedimiento y los defectos en su tramitación.
- c) Al ser un procedimiento ejecutivo la oposición al mismo se articula en un procedimiento autónomo y separado.

Debe señalarse a estos efectos que el artículo 28 de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid establece que la Hacienda de la Comunidad ostentara, para el cobro de los tributos y de los ingresos de derecho público, las prerrogativas establecidas legalmente y actuará conforme los procedimientos establecidos.

A su vez el artículo 29 de dicha Ley establece la providencia de apremio como el acto que inicia el procedimiento de apremio con la misma fuerza que una sentencia judicial, limita el apremio a las deudas tributarias e ingresos de derecho público así como establece una importante prohibición de contratar con la Administración de la Comunidad de Madrid y de recibir subvenciones de la misma respecto a las personas que tengan con ella deudas en periodo ejecutivo de pago salvo que estén debidamente garantizadas. De conformidad con ese precepto el artículo 13 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril establece que los órganos de contratación se dirigirán a la Consejería de Hacienda para solicitar el certificado que acredite la inexistencia de apremio respecto del adjudicatario. Además los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares adoptados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid exigen que en las proposiciones de los licitadores conste una declaración responsable en cuanto a la inexistencia de dichas deudas en periodo ejecutivo de pago.

e) La inembargabilidad de sus bienes y derechos, así como los privilegios de prelación, preferencia y demás reconocidos a la Hacienda

⁹ Juan Martín Queralt, Carmelo Lozano Serrano, José María Tejerizo López, Gabriel Casado Ollero, «Curso de Derecho Financiero y Tributario», 17.^a Edición, Tecnos, Madrid, 2006, p. 495.

pública para el cobro de sus créditos, sin perjuicio de los que correspondan en esta materia a la Hacienda del Estado, y en igualdad de derechos con las demás Comunidades Autónomas.

La inembargabilidad de los bienes y derechos de la Administración aparece recogida en el artículo 132 CE limitada a los bienes de dominio público si bien tradicionalmente la normativa reguladora del patrimonio de las distintas Administraciones Públicas extendía ese carácter a los bienes patrimoniales.

Así ocurre en el precepto que comentamos que, al menos a priori, extiende esa inembargabilidad a los bienes patrimoniales. Ahora bien, la STC 166/1998, de 15 de julio, declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 154.2 de la Ley de Haciendas Locales entendiendo que el privilegio de la inembargabilidad no puede extenderse a los bienes en general de las Haciendas Locales debiendo quedar al margen los bienes patrimoniales no afectados materialmente a un uso o servicio público.

Si bien en principio los efectos de esta sentencia sólo afectaban a los bienes de las Haciendas Locales era evidente que la justificación última de la misma era de aplicación a todas las Administraciones Públicas. Por ello, no sólo se ha recogido esa doctrina constitucional en el artículo 173.2 del nuevo Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, sino que también pasó al artículo 30.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones Públicas y el artículo 23 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

En la Comunidad de Madrid la Ley 3/2001, de 21 de junio, de patrimonio de la Comunidad de Madrid ya recogió esta diferenciación tal y como recoge su Exposición de Motivos por lo que debe considerarse el artículo 40 de la Ley de Hacienda de la Comunidad de Madrid derogado tácitamente por dicha Ley.

En lo referente a la preferencia para el cobro de los créditos hay que recordar que en los procedimientos concursales rige el principio de igualdad de créditos *«par conditio creditorum»* si bien los créditos públicos han tenido tradicionalmente establecida una preferencia en función de los intereses generales que persigue la Administración.

En la actualidad hay que tener en cuenta el importante cambio que en esta materia ha supuesto la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal que elimina la anterior dualidad entre insolvencias civiles y mercantiles.

La remisión del precepto a los privilegios del Estado, remisión que también realiza el artículo 28 de la Ley de Hacienda de la Comunidad de Madrid, lleva a la aplicación del artículo 77 LGT 2003 que establece un derecho de prelación general disponiendo: *«1. La Hacienda Pública tendrá prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concurren con otros acreedores, excepto que se trate de acreedores de dominio, prenda, hipoteca u otro derecho real debidamente inscrito en el registro correspondiente con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 78 y 79 de esta ley. 2. En caso*

de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.»

Si bien algunos autores¹⁰ consideran que este precepto sólo es aplicable a la Hacienda estatal, ello supondría desconocer lo dispuesto en el precepto que comentamos que revela la voluntad del legislador estatutario de conceder a la Hacienda autonómica los mismos privilegios que la estatal. Si estos privilegios se modifican, los de la Hacienda autonómica se equiparan automáticamente sin necesidad de extender en la nueva normativa su aplicación a las Comunidades Autónomas. De hecho entendemos más correcta la postura de quienes consideran que tan Hacienda Pública es la estatal como la de las Comunidades Autónomas, criterio que se refuerza por la jurisprudencia recaída en otros ámbitos como la compensación de deudas tributarias o la utilización de la vía de apremio.

f) Las potestades de investigación, deslinde y recuperación en materia de bienes.

Se conceden así a la Comunidad de Madrid los tradicionales mecanismos de protección de los bienes públicos. La primera es la que recogen los artículos 45 y ss. de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, y en el ámbito de la Comunidad de Madrid el artículo 12 de la Ley de Patrimonio de la Comunidad, que les permite *«investigar la situación de los bienes y derechos que presumiblemente formen parte de su patrimonio, a fin de determinar la titularidad de los mismos cuando ésta no les conste de modo cierto»*. Se trata de una potestad extraordinaria que sitúa a la Administración en una posición privilegiada con relación a los particulares que carecen de una facultad semejante, ya que los medios que se conceden al particular para el proceso civil son mucho más limitados y, en todo caso, su práctica corresponde al juez. Como señala Juan Antonio Carrillo Donaire¹¹ la potestad de investigación no se traduce en una simple constatación de una situación de hecho sino en una reivindicación del dominio que declara la individualización y titularidad de los bienes investigados con efectos constitutivos.

Por lo que respecta al deslinde se trata de un derecho característico de los propietarios y como tal aparece en el artículo 384 CC, diferenciándose del deslinde que pueden pedir los particulares en que la Administración no necesita acudir a los Tribunales de Justicia. El deslinde consiste en una mera operación técnica para delimitar los límites de los inmuebles de titularidad pública con el fin de mantenerlos en su integridad en poder de la Administración.

El procedimiento administrativo de deslinde paraliza la tramitación de cualquier otro procedimiento judicial por el se pretendan determinar los linderos; si bien una vez concluido se puede proceder a la revisión judicial del

¹⁰ Martín Queralt, op. cit. p. 487.

¹¹ Juan Antonio Carrillo Donaire en la obra colectiva *«Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas»* Carmen Chinchilla (Coord.), Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 335 y ss.

mismo. El artículo 13. de la Ley de Patrimonio de la Comunidad y el artículo 50.2 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas son claros cuando afirman que, una vez iniciado el procedimiento administrativo de deslinde y mientras dure su tramitación, no podrá instarse ningún procedimiento judicial con igual objeto. Aunque sea un procedimiento que entra dentro de las prerrogativas que tiene la Administración, la iniciación del procedimiento puede ser tanto por iniciativa administrativa como por petición de los colindantes, en cuyo caso deberán cargar con los gastos.

No obstante, aunque teóricamente no sirve para declarar la titularidad pública de los terrenos, tiene unos efectos equivalentes habida cuenta que la resolución del deslinde es título suficiente para proceder al amojonamiento de los bienes y, sobre todo la inscripción del deslinde si se trata de fincas inscritas o, en otro caso, la inmatriculación de la finca por el procedimiento del artículo 206 Ley Hipotecaria.

Por último en cuanto a la recuperación posesoria, el denominado «interdictum propium» se trata de una potestad extraordinaria ya que, sin necesidad de acudir a ningún órgano jurisdiccional, los entes públicos podrán recuperar la posesión de un bien usurpado por parte de un particular. Como ha señalado la jurisprudencia, no se trata de una potestad de ejercicio facultativo sino obligatoria para los entes públicos (STS 23-3-1999).

El carácter ejecutivo e inmediato que tiene la potestad de recuperación posesoria de oficio hace que hayan de adoptarse cautelas para su correcto ejercicio. La jurisprudencia admite que basta la constancia de demanial o patrimonial sin que sea necesario acreditar la efectividad de una posesión pública del bien (STS 3-3-2004) pero no debe ofrecer dudas la realidad física del bien cuya posesión recupera la Administración de modo que su identificación resulte perfecta (STS 5-7-1991).

Es una potestad que se puede ejercitar para todos los bienes públicos, demaniales o patrimoniales. La única diferencia radica en el plazo, se puede ejercitar con independencia del plazo desde el que lo detentan si se trata de un bien de dominio público como consecuencia necesaria del régimen de la indisponibilidad de los bienes demaniales que contempla el artículo 132 CE. Por el contrario, el plazo será de un año, a partir del momento de su usurpación, si se trata de un bien de naturaleza patrimonial, tal como dispone el artículo 11.2 de la Ley de Patrimonio de la Comunidad de Madrid; plazo que resulta coincidente con el del juicio verbal de retener y recobrar la posesión que recoge la legislación procesal civil y con la pérdida de la posesión civil si la tiene otro durante un plazo superior a un año (art. 460.4.^a CC). El problema en estos casos radicara en la prueba del acto de usurpación. Obviamente, si transurre ese plazo de un año sin que la Administración haya dictado el acto de desalojo deberá acudir como un particular a los tribunales civiles utilizando las acciones judiciales pertinentes, habiendo perdiendo la posibilidad de ejercicio de esta potestad.

En cuanto al procedimiento, si bien el artículo 11 de la Ley de Patrimonio de la Comunidad de Madrid no lo recoge, habrá de darse audiencia al interesado de forma similar a lo prescrito en el artículo 56 LPAP y, en el momento

en que haya constancia administrativa de la fecha de la usurpación, se requerirá al usurpante para que en el plazo máximo de ocho días libere el bien. Si hubiera resistencia por parte del particular, se podrán adoptar cuantas medidas sean factibles de acuerdo con la normas previstas para la ejecución forzosa de los actos administrativos; pudiéndose pedir auxilio a los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado o imponerse multas coercitivas cuyo valor podrá ser de hasta el cinco por ciento del valor del bien, hasta el momento en que se produzca el desalojo.

Por último indicar que en estos casos el artículo 11.5 de la Ley de Patrimonio de la Comunidad de Madrid establece que no se admitirán actuaciones interdictales contra la Comunidad de Madrid si se ajusta al procedimiento legalmente establecido (STS 23-4-2001).

g) La exención de la obligación de prestar toda clase de garantías o cauciones ante los organismos administrativos y ante los jueces o tribunales de cualquier jurisdicción.

La exención de depósitos y cauciones es una de las tradicionales prerrogativas que se fundamenta en la solvencia plena de los Administraciones Públicas que desvanece la justificación de dichas garantías como es asegurar el cumplimiento de las obligaciones¹².

En el ámbito procesal (supuesto mas común de exigencia de depósitos y cauciones a las Administraciones Públicas) debe destacarse el artículo 12 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas, que establece *«El Estado y sus Organismos autónomos, así como las entidades públicas empresariales, los Organismos públicos regulados por su normativa específica dependientes de ambos y los órganos constitucionales, estarán exentos de la obligación de constituir los depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantía previsto en las leyes.*

En los Presupuestos Generales del Estado y demás instituciones públicas se consignarán créditos presupuestarios para garantizar el pronto cumplimiento, si fuere procedente, de las obligaciones no aseguradas por la exención.»

Esta norma es de aplicación a las Comunidades Autónomas y entidades públicas dependientes de ellas conforme la Disposición Adicional 4.^a de dicha Ley.

La STC 99/1989, de 5 de junio, recuerda la doctrina de la STC 64/1988, de 4 de mayo en cuanto a la constitucionalidad de esta figura y estableció que la exoneración de las cargas procesales a favor del Estado o de organismos públicos estatales requiere, conforme a lo declarado en la STC 64/1988, un precepto legal que expresamente la establezca sin que pueda aceptarse el argu-

¹² Pese a esa solvencia el Consejo de Estado en Dictamen de 24 de julio de 2003 recuerda que el Consejo General del Poder Judicial ha insistido con razón en la conveniencia de que se doten las oportunas partidas presupuestarias con que poder materializar rápidamente la solvencia que se presupone de las entidades públicas y en la que se basa la citada exención, a fin de que no sufran perjuicio los beneficiados por alguna condena que, de haberse dirigido contra otro tipo de litigante, se beneficiaría de la oportuna caución o depósito.

mento de que la solvencia de los organismos públicos estatales hace innecesaria la previsión legal del depósito, en la medida en que satisface la finalidad de garantizar la ejecución de la Sentencia condenatoria a que responde dicha previsión legal, pues tal finalidad no es simplemente la de garantizar la ejecución de la Sentencia, sino más propiamente la de asegurar su «*inmediata*» ejecución, y ello solamente se obtiene con la constitución previa del depósito de la cantidad objeto de la condena.

El problema que se plantea es el del ámbito de aplicación subjetivo de la misma, nótese que el precepto estatutario se refiere a la Administración de la Comunidad de Madrid y que la Ley 52/1997 es de aplicación a las Comunidades Autónomas y «*entidades públicas dependientes de ellas*».

Así se ha considerado aplicable a la Tesorería General de la Seguridad Social (Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz 22-6-2004) y al Consorcio de Compensación de Seguros (Sentencia de la Audiencia de Barcelona 18-2-2004) en tanto que se ha negado a las entidades urbanísticas de colaboración (Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 4-5-2005) así como al Canal de Isabel II (Auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 20 de Madrid de 24-7-2007).

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

La prohibición de interdictos que recoge el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid no es sino la reproducción de la regla general de la prohibición de interdictos que establece el artículo 101 de la Ley 30/92.

La prohibición de interdictos contra la Administración es una de las más viejas reglas de nuestro derecho administrativo y arranca de la Real Orden de 8 de mayo de 1839. Sin entrar en un detenido análisis histórico que es materia de estudios más específicos como el de José Luis Burlada Echebeste¹³, debe ponerse en relación esta norma con lo que fue la génesis del derecho administrativo español a principios del s. XIX y el deseo de los primeros legisladores de excluir a la Administración del control de la Jurisdicción ordinaria. Destaca Santamaría Pastor¹⁴ que la Real Orden pretendía defender a la Administración frente a los interdictos que planteaban los nobles en defensa de sus derechos señoriales.

Con independencia de sus causas lo cierto es que dicha norma y otras muchas que le siguieron que fueron ampliando la prohibición permitieron asegurar la ejecutividad de los actos administrativos sin perjuicio de los recursos en vía administrativa y ante la jurisdicción contencioso administrativa en un momento en que se procedía a realizar un gran número de obras públicas como consecuencia de la industrialización del país.

¹³ José-Luis Burlada Echebeste, «*Las garantías jurisdiccionales frente a la vía de hecho de la Administración*», Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2004.

¹⁴ Citado por Burlada Echebeste, op. cit., p. 28.

Ahora bien, si el legislador decimonónico estaba preocupado por evitar ingerencias judiciales en la actuación de la Administración Pública igualmente estaba preocupado por garantizar el derecho estrella del liberalismo como era la propiedad privada.

Por ello, nada más y nada menos que el propio constituyente de 1876 se preocupó por garantizar a los propietarios frente a posibles inmisiones ilegales de los poderes públicos al disponer en el artículo 10 de la Constitución de 1876: *«No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes y nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización.*

Si no precediere este requisito, los Jueces ampararán y en su caso reintegrarán en la posesión al expropiado».

Esta previsión constitucional tuvo su desarrollo legislativo en la Ley de Expropiación Forzosa de 10 de enero de 1879 y en el artículo 349 CC que permitieron la utilización de los interdictos en los casos de expropiación forzosa.

De ahí paso el precepto al artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 que permitió entablar los interdictos de retener y recobrar cuando la Administración ocupase o intentase ocupar la cosa objeto de expropiación sin haberse cumplido los requisitos sustanciales de declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación y previo pago o depósito.

Sobre este precepto la doctrina entendió que la regla general de prohibición de los interdictos contra la Administración quebraba en esos supuestos por cuanto la Administración incurría en una vía de hecho de tal forma que, al obrar al margen del derecho, perdía sus privilegios por lo que los tribunales civiles podían conocer de las demandas interdictales para restablecer en sus derechos al poseedor despojado.

Este concepto de vía de hecho procede del derecho francés, siendo obra del Consejo de Estado francés desde el Arrêt Pelletier de 1873. Se distinguen dos supuestos, que la Administración actúe sin derecho (manque de droit) o que actúe sin ajustarse en lo mas mínimo al procedimiento establecido (manque de procedure).

La lectura del artículo 125 LEF permite entender que dicho precepto no establecía los interdictos como único mecanismo de defensa del interesado sino que este podía utilizar los demás medios legales procedentes, de tal forma que ello posibilitaba el ejercicio de las acciones declarativas que procedieran ante la jurisdicción civil (acciones que proceden en cualquier caso toda vez que no existe una prohibición general de las mismas a diferencia de los interdictos), el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria y los recursos, tanto administrativos como contencioso administrativos¹⁵; así, a título de ejemplo se puede destacar el ejercicio de la acción reivindicatoria (STS 23-10-2006) o la admisión de recursos contenciosos contra actuaciones en vía de

¹⁵ Pascual Sala Sánchez, José Antonio Xiol Ríos, Rafael Fernández Montalvo, «Práctica Procesal Contencioso Administrativa», Bosch, Barcelona, 1999, Tomo II, p. 327.

hecho antes de la Ley Jurisdiccional de 1998, así SSTs 3-12-182, 5-2-1985, 22-9-1990, 3-2-2000, 18-10-2000, 26-2001, entre otras.

La Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa cambió radicalmente la materia al introducir específicamente un procedimiento para las actuaciones en vía de hecho.

Como señala su Exposición de Motivos la ley rompe con el viejo concepto de la jurisdicción contenciosa como revisora del acto administrativo considerando que *«Se trata nada menos que de superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración»*.

Así el artículo 30 de dicha norma establece que en los casos de vía de hecho el interesado podría formular requerimiento a la Administración actuante intimando su cesación. Si dicha intimación no hubiere sido formulada o atendida en los diez días siguientes el interesado podrá deducir directamente recurso contencioso administrativo.

Como pretensión en estos supuestos el artículo 32.2 establece que el demandante podrá pedir que se declare contraria a derecho, que se ordene el cese de dicha actuación y que se adopten, en su caso, las demás medidas del artículo 31.2 (reconocimiento de una situación jurídica individualizada, adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios).

A su vez se establece en estos casos la inversión del criterio para la adopción de medidas cautelares al disponer el artículo 136 que se adoptarán salvo se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en los artículos 29 (inactividad) y 30 (vía de hecho) o las medidas ocasionen una perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez ponderará en forma circunstanciada. Asimismo el párrafo 2.º del precepto permite que las medidas puedan solicitarse antes de la interposición del recurso, debiendo pedirse su ratificación al interponerlo en un plazo inexcusable de diez días desde la notificación de la adopción de las medidas, procediéndose a convocar una comparecencia en los tres días siguientes.

Se observa así la preocupación del legislador por dotar de la máxima eficacia al recurso cuando se trate de actuaciones en vía de hecho para lo cual se utiliza el mecanismo de las medidas cautelares que se otorgarán salvo que evidentemente no concurran los presupuestos necesarios, pudiendo incluso adoptarse antes de la iniciación del procedimiento.

La articulación de este procedimiento planteó si excluía la vía interdictal o si, por el contrario, debía entenderse derogado tácitamente el artículo 125 LEF. En un primer momento la mayoría de la doctrina entendió que la posibilidad de plantear interdictos se mantenía ya que no existía una derogación expresa, por lo manifestado en el Dictamen del Consejo de Estado y el Informe del Consejo General del Poder Judicial y por el debate parlamentario de la Ley en el que un Diputado manifestó que el recurso contencioso contra la vía de hecho era compatible con los procedimientos ante la jurisdicción civil.

Sin embargo a favor de la exclusividad del recurso contencioso¹⁶ juega la tendencia legislativa a establecer el principio de unidad de fuero de la Administración Pública como lo demuestran las recientes reformas del artículo 9.4 LOPJ y la mayor parte de la jurisprudencia civil.

Así, a título de ejemplo, podemos citar en el ámbito de Madrid, la SAP Madrid 21-1-2003 que, si bien entiende que la cuestión dista de ser pacífica, cita la jurisprudencia mayoritaria que considera que la vía de hecho corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa y añade: *«aparte de lo indicado, que ya sería motivo para desestimar su pretensión en este punto, sobre todo teniendo en cuenta que son tres los procedimientos contencioso administrativos promovidos por el hoy apelante, pues bien, aparte de ello, lo cierto es que no consta que exista vía de hecho»*. La Audiencia Provincial de Madrid ha evolucionado hacia la atribución del conocimiento de las vías de hecho a la jurisdicción contencioso administrativa y así podemos citar la SAP Madrid 12-5-2006: *«la propia Ley Orgánica del Poder Judicial establece en el artículo 9.4 que los órganos del orden Contencioso-Administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujetas al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los reales decretos legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 CE, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción. También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho. Si esto es así, y si este precepto se conecta con los artículos 30 LJCA y 101 LRJ-PAC, habremos de convenir que efectivamente, como especificó el Juzgador de instancia, la jurisdicción competente es la contencioso-administrativa, y en este sentido ha de mantenerse, en su integridad, la resolución apelada, sin que pueda acudir a aquella jurisprudencia, previa a la LOPJ, en la reforma que modifica el artículo 9.4, cuando venía a sostener que la jurisdicción civil era competente para conocer de actos de la Administración Pública que constituyesen vía de hecho pues frente a éstas era factible acudir a los interdictos desde la normativa general de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 e incluso desde la propia configuración de la protección posesoria recogida en el Código civil»*.

Igual de contundente es la doctrina de otras Audiencias Provinciales y así atribuyen a la jurisdicción contenciosa el conocimiento de los recursos contra la vía de hecho las siguientes sentencias de Audiencias Provinciales: Álava 10-6-2005, 17-2-2005, Ávila 25-4-2001, Barcelona 27-10-2004, Burgos 25-4-2001, Castellón 16-3-2003, Ciudad Real 31-3-2004, Córdoba 20-10-2004, Granada 9-6-2006 y 12-1-2007, Huelva 4-9-2003, La Coruña 21-12-2005, La Rioja 28-2-2005, Las Palmas 25-3-2002, León 30-11-2004, Málaga 13-

¹⁶ En esta línea Fernando Luque Regueiro «¿Derogación tácita de los artículos 101 de la Ley 30/1992 y 125 de la Ley de Expropiación Forzosa?», Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid, núm. 16, Mayo-Agosto, 2003, pp. 127 y ss. A favor del mantenimiento de ambas vías si bien destacando que la praxis apuntaba a la exclusividad de la jurisdicción contenciosa, Alejandra Frías López, «Los interdictos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid, núm. 9, enero-abril, 2001, p. 32.

12-2006, Orense 10-11-2005, Salamanca 1-3-2006, Santander 10-1-2002, Segovia 27-6-2005, Tenerife 29-1-2001, Valladolid 27-2-2006, Zamora 11-5-2000.

Igualmente se pronuncian los órganos inferiores y así, en el ámbito de la Comunidad de Madrid, podemos citar los Autos de 4 de diciembre de 2000 del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 39 de Madrid, 8 de junio de 2001 del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 61 de Madrid, 11 de marzo de 2004, del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 42 de Madrid, 14 de febrero de 2006 del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 20 de Madrid.

Todo ello conduce a entender que, hoy en día, la tutela judicial efectiva frente a las actuaciones en vía de hecho de la Administración se logra mediante el procedimiento del artículo 30 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa sin que se pueda mantener una dualidad de jurisdicciones que tan solo traería inseguridad jurídica a la actuación de la Administración con disminución de su eficacia sin aportar ninguna ventaja a la situación de los Administrados.

II. DERECHO COMPARADO

Artículo 39 Estatuto de Castilla y León, artículo 47 Estatuto de Extremadura, artículo 41 Estatuto de Canarias, artículo 39 Estatuto de Castilla-La Mancha, artículo 31 Estatuto de La Rioja, artículo 15 Estatuto de Asturias, artículo 35 Estatuto de Cantabria, artículos 123 y 139 Estatuto de Andalucía, artículo 62 Estatuto de Aragón, artículo 159 Estatuto de Cataluña, artículos 57, 94, 95, 101 Ley 30/92, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

III. DESARROLLO LEGISLATIVO

Artículos 41-44 de la Ley 3/1991, de 7 de marzo, de Carreteras de la Comunidad de Madrid, artículos 94, 117-124 y 138-142 de la Ley 9/2001, de 17 de Julio, del suelo de la Comunidad de Madrid, artículos 19 y 21 de la Ley 3/2007, de 26 de Julio, de *Medidas Urgentes de Modernización del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid*, Decreto 245/2000, de 16 de noviembre, que aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración de la Comunidad de Madrid, artículos 28 y 29 de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, artículo 40.1 Ley 8/1990, de 8 de noviembre, de Hacienda de la Comunidad de Madrid, artículos 9, 10.1, 11, 12, 13 Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid, Disposición Adicional 1.^a Ley 3/1999, de 30 de marzo, de ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid. Artículo 53.4 de la Ley 1/1983, de Gobierno y Administración de

la Comunidad de Madrid, artículo 13 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

IV. JURISPRUDENCIA

STC 99/1989, de 5 de junio.

STC 166/1998, de 15 de julio.

STC 251/2006, de 25 de julio.