

Las subastas de aprovechamientos forestales en las que los Ayuntamientos ejercitan el derecho de tanteo que les concede el artículo 86 del Real decreto de 17 de octubre de 1925, entrañan una transmisión de bienes sujeta al impuesto de Derechos reales?

La cuestión enunciada plantease en los casos, por cierto frecuentísimos, en que los Ayuntamientos, ajustándose a las normas en vigor sobre montes de utilidad pública y contratación administrativa municipal, sacan a pública subasta la concesión de aprovechamientos forestales extraordinarios (árboles derribados por el viento, secos, restos de incendios, etc.), que han de realizarse en los montes de propios exceptuados de la desamortización. Puede ocurrir en estas subastas, y la mayoría de las veces ocurre, que una vez adjudicado el remate provisionalmente a favor del mejor postor, acuerden los Ayuntamientos subastadores hacer uso de la facultad que les concede el artículo 86 del Real decreto de 17 de octubre de 1925, que dice: "Los Ayuntamientos podrán ejercer el derecho de tanteo, en el plazo de ocho días después de celebradas las subastas de los productos de sus montes, adjudicándoselos por la máxima postura que se haya hecho."

En estos casos, si las subastas concluyen con la adjudicación definitiva de los árboles subastados a favor del mejor postor, no hay problema: indudablemente existe una transmisión de bienes muebles del Ayuntamiento al adjudicatario. En cambio, si los Ayuntamientos impiden la conversión de la adjudicación provisional en definitiva, a virtud del ejercicio del derecho de tanteo a que acabamos de referinos, surge la duda de si entonces habrá o no habrá transmisión de bienes.

Nosotros entendemos que el ejercicio por parte de los Ayuntamientos del derecho de tanteo entraña una transmisión de bienes. Para fundamentar semejante opinión intentaremos precisar, ante todo, los dos extremos siguientes: la naturaleza jurídica del derecho de tan-

teo de que se trata y la posición jurídica del adjudicatario provisional.

Este derecho de tanteo constituye una novedad en la contratación administrativa, que al realizarse, generalmente, por el trámite de la subasta, es poco propicia a la admisión de privilegios en favor de persona determinada o indeterminada que puedan alejar la concurrencia de licitadores. De aquí que tengamos pocos ejemplares de estos derechos de preferencia en nuestra profusa legislación administrativa (la lista queda casi agotada con el tanteo que nos ocupa y el creado por el Real decreto de 17 de febrero de 1925 a favor de los Municipios en relación con los aprovechamientos de pastos) y que la jurisprudencia sea poco copiosa en esta materia. Es preciso acudir a la doctrina y al campo de las leyes civiles para poder diagnosticar con acierto acerca de la naturaleza jurídica, significación y alcance de este derecho de tanteo. Situados en este terreno, podemos sentar la afirmación anticipada de que la naturaleza jurídica del derecho de tanteo concedido a los Ayuntamientos en relación con los aprovechamientos forestales no es otra que la del tanteo regulado por nuestras leyes civiles. Institucionalmente, el derecho de tanteo es siempre un "derecho de adquisición preferente" otorgado a una persona por la ley o por el pacto, y el que tenga carácter personal o real, o que semejante facultad se derive directamente de la norma legal o de la convención, así como el que la ley de la que se derive sea civil o administrativa, en nada altera su carácter esencial apuntado. En consecuencia, dada la substancial analogía entre este tanteo legal-administrativo y el tanteo de Derecho privado, su ejercicio por parte del Ayuntamiento produce la "subrogación" de éste en la posición jurídica del adjudicatario provisional, no solamente porque de "hecho" conviertese el tanteo en un retracto, sino porque de "derecho" producese esa subrogación consiguiente al ejercicio del retracto, "ya que—como dicen Pérez y Algur—el tanteo y el retracto vienen a ser no dos derechos distintos, sino en rigor dos fases de un mismo derecho".

En armonía con esta doctrina se tiene declarado en el terreno económico-administrativo que el ejercicio de este derecho de tanteo "produce la subrogación del Ayuntamiento en la persona del rematante provisional", siendo evidente "su analogía, que es identidad más bien, según la opinión de los modernos tratadistas, entre este derecho de tanteo y el de retracto" (fallos del Tribunal Económico-Administrativo

de la provincia de Burgos de 27 de junio de 1940 y 2 de enero de 1942). Por su parte, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, en una cuestión civil, reconoce "que si bien las palabras tanteo y retracto no son rigurosamente sinónimas, está fuera de toda duda que el tanteo, cuando se usa este vocabulo en nuestras leyes, comprende genéricamente ambos derechos por tender a igual finalidad, o sea a la preferencia que aquéllos conceden en algunos casos a determinadas personas para adquirir por el mismo precio la cosa vendida de tal suerte que a quien tiene el derecho de tantear asiste el de retractar." (Sentencia de 10 de marzo de 1898). El mismo Tribunal Económico-Administrativo Central, no obstante disentir, como luego veremos, del criterio que venimos manteniendo, no tiene más remedio que reconocer que el derecho de tanteo otorgado a los Ayuntamientos por el art. 86 del Real decreto de 17 de octubre de 1925 "es más propiamente constitutivo del derecho de retracto, cuyo efecto es el de rescindir la enajenación ya consumada". (Fallo de julio de 1942.)

El fallo últimamente citado niega que este derecho de tanteo produzca los efectos sobrogatorios a que hemos hecho referencia y que, por consiguiente, exista transmisión de bienes, fundándose en que este derecho no tiene parentesco alguno con los tanteos legales regulados por el Código civil a propósito de la enfitesis, la rabassa morta y la propiedad de casas por pisos, ya que todos estos tanteos ejercitánsese "antes de que la enajenación se efectúe" y, además, la preferencia para la adquisición se atribuye en ellos a "tercera persona", circunstancias que no concurren en el tanteo que estamos examinando.

Con todo el respeto que nos merece siempre el autorizadísimo criterio del Tribunal Económico-Administrativo Central, la objeción relativa al momento en que debe ejercitarse el derecho de tanteo, no nos parece definitiva. El tanteo sería un derecho inútil si no pudiera actuar en su segunda fase llamada de retracto, subrogando al tanteista en la posición jurídica del adjudicatario provisional. Por eso, el art. 86 del Real decreto de 1925 faculta a los Ayuntamientos para que puedan ejercitar el tanteo "después de celebradas las subastas", y la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1888 establece, a propósito de la venta de bienes por efecto de las leyes desamortizadoras, que en el caso de que no pueda saberse previamente el precio de los bienes vendidos, podrá ejercitarse el derecho de tanteo "después de efectuada la venta".

Como los elementos esenciales y característicos del tanteo y del retracto son la facultad de adquisición preferente y la subrogación, tampoco puede convencer el argumento esgrimido por el Tribunal Económico-Administrativo Central negando al tanteo de que se trata sus efectos propios por el hecho de que la misma persona que venda sea la que tantee. Como dice Roca Sastre, "el tanteo atribuye la facultad de adquirir una cosa, prescindiendo de si fué o no en otro tiempo propia del titular del derecho, porque la circunstancia de haber estado o no antes en el dominio de dicho titular no puede alterar la naturaleza substancial del derecho".

Según el fallo que estamos comentando, este tanteo tiene como única finalidad la de posibilitar al Ayuntamiento "la recuperación de la libre disposición de los productos de sus montes", con lo cual, aparte de que la readquisición o recuperación es otra de las finalidades que por vía de subrogación persiguen los derechos de adquisición preferente; implícitamente se reconoce que los productos subastados fueron adquiridos por el adjudicatario provisional.

Pero—podría objetársenos—, todo esto sería admisible si el adjudicatario provisional adquiriera el dominio de los árboles subastados, cosa que pudiera ponerse en tela de juicio desde el punto de vista exclusivamente administrativo (1). Pero si en Derecho administrativo se discute acerca de cuál sea el momento en que se perfeccionan los contratos administrativos, enfocada la cuestión planteada desde el punto de vista de las leyes civiles y, con mayor motivo, de las leyes fiscales, la discusión y la duda huélgan. Si el adjudicatario provisional y el Ayuntamiento concedente han convenido en la cosa objeto de la subasta y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado, la venta se habrá perfeccionado entre ambos a tenor de lo dispuesto en el art. 1.450 del Código civil. Si después de perfeccionada la venta se produce el hecho futuro e incierto del ejercicio del derecho de tanteo por parte del Ayuntamiento, la adjudicación provisional se resolverá y el tanteista se subrogará en la posición jurídica del adjudicatario, que no es más que un adquirente bajo condición resolutoria. La venta en pública subasta es un contrato de adhesión, y por la previa publicación de los pliegos de condiciones (que son la ley del contrato) ya saben los licitadores las condiciones de su adquisición. Si entre ellas, al ser acep-

(1) Véase Recaredo F. de Velasco: *Los contratos administrativos*, pág. 145 y siguientes.

tadas por la adhesión del mejor postor, hubiese alguna de carácter suspensivo de la cual se hiciese depender el perfeccionamiento de la adquisición, entonces el resultado sería distinto del apuntado. Pero el tanteo de que estamos tratando implica una facultad de resolución derivada no enteramente de la Ley. El adjudicatario, provisional adquiere el dominio revocable de los árboles subastados, que se convertiría en irrevocable si el tanteo no se ejercita.

En síntesis: entendemos que en las subastas de aprovechamientos forestales realizados con carácter extraordinario en montes de propios exceptuados de la desamortización por razones de utilidad pública, y en las que los Ayuntamientos ejercitan el tanteo de referencia, existe una transmisión temporal de bienes a favor del adjudicatario provisional y una retransmisión definitiva por vía de subrogación a favor del Ayuntamiento tanteista, al cual se le otorga semejante privilegio con el objeto de "salvaguardar, indirectamente, la posesión de unos montes que como incluidos en el catálogo le corresponde" (fallo citado del Tribunal Económico-Administrativo de Burgos de 27 de junio de 1940). El artículo 7.^o del Real decreto de 19 de febrero de 1924, al establecer que "los Ayuntamientos podrán ejecutar por su cuenta los proyectos de ordenación que hayan presentado, subrogándose en este caso en todos los derechos y obligaciones de los rematantes", confirma nuestro criterio.

Enfocada desde otro punto de vista la cuestión objeto del presente estudio. Ilégase al mismo resultado favorable a la existencia de transmisión de bienes.

El fallo citado del Tribunal Económico-Administrativo de la provincia de Burgos de 27 de junio de 1940 quiere ver en las subastas de que se trata un caso de autocontratación. El Tribunal Central, por el contrario, rechaza la existencia del autocontrato fundándose en la ausencia, en estos casos, de un factor esencial, cuál es el de la duplicidad de patrimonios ligados por un representante común, ya que los árboles subastados son del mismo Ayuntamiento que los recupera por tanteo.

Estimamos más acertado el criterio del Tribunal provincial, y, por ende, creemos hallarnos ante un caso clarísimo de autocontrato, en el sentido de presentarse en su forma más simple: dos patrimonios ligados por un representante común.

El Tribunal Central parte de la base de que los montes de propios

sobre los que se realizan estos aprovechamientos son de la exclusiva pertenencia del Ayuntamiento. Nosotros, por el contrario, aun reconociendo que los bienes de propios tienen carácter patrimonial y han de considerarse como de propiedad privada de los Ayuntamientos, entendemos que los montes de utilidad pública exceptuados de la desamortización no pueden asimilarse, aunque sean de propios, íntegramente a los demás bienes de esta última clase. Pero, prescindiendo de la trascendentalísima disputa relativa a si estos montes son del Estado o del Ayuntamiento, y fijándonos únicamente en la participación del 20 por 100 que al Estado corresponde siempre en los montes de propios, cuando de la enajenación de sus productos se trata (art. 9.^o de la Ley de 11 de junio de 1856), cabe sostener que entre el Estado y los Ayuntamientos existe una especie de condominio o propiedad compartida (en la Real orden de 28 de abril de 1891 se emplea la expresión "coparticipación") (1).

Partiendo de esta base, cuando los Ayuntamientos venden en pública subasta los productos de sus montes de propios, bien puede decirse que obran representando una comunidad de bienes por cuotas. En la cuota parte correspondiente al Ayuntamiento (80 por 100) existe autocontrato, aunque su construcción técnica ofrezca dificultades (2). Pero donde resulta clarísima la autocontratación es en la cuota parte perteneciente al Estado (20 por 100), porque, al vender, ostenta el

(1) La existencia de semejante condominio se infiere, entre otras, de las siguientes disposiciones: El artículo 6.^o de la Ley de 1877 establece que "para atender a la repoblación y mejora de los montes públicos, contribuirán los pueblos con el 10 por 100 de todos los aprovechamientos, lo que confirma el artículo 25 del Reglamento de 18 de enero de 1878: en la Real orden de 28 de abril de 1891 se dispone que el 10 por 100 de referencia debe deducirse de "todos los productos, sin exceptuar el 20 por 100 que corresponde al Estado", y en la conclusión 2.^a de dicha Real Orden se dice: "... por no ser dicho 20 por 100 carga de rebaja para los efectos de la liquidación de que se trata y si expresión de coparticipación", con lo cual la participación del Estado viene a ser de un 28 por 100. Por su parte, la jurisprudencia parece inclinarse hacia el mismo criterio, y así, según el Tribunal Económico Administrativo Central, ha de deducirse del impuesto sobre los bienes de las personas jurídicas a efectos de la liquidación del mismo el 20 por 100 que al Estado corresponde en los montes de propios, porque esta participación es del Estado, y éste no puede pagarse a sí mismo." (Resolución de 3 de enero de 1933.)

(2) En la cuota parte del Ayuntamiento (80 por 100) justificase cumplidamente la transmisión de bienes por el juego, que hemos asignado al derecho de tanteo de que se trata, no siendo preciso, por lo tanto, acudir a la teoría del *selbstcontrahiren*. No obstante, a base de la admisión de derechos y obligaciones sobre cosa propia (hipoteca de propietario, aspiración al orden sacerdotal, que obliga sus propios bienes con la finalidad de qué le sirvan de congrua sustentación, etc.), podría hablarse aquí del contrato consigo mismo, ya que el Ayuntamiento manifiesta una doble voluntad de venta (al subastar) y de compra (al tantejar), y en

Ayuntamiento no solamente la representación de su parte alícuota, sino también la representación de la parte correspondiente al Estado. En cambio, al ejercitarse el derecho de tanteo actúa el Ayuntamiento en representación exclusiva del Municipio, para el cual adquiere la parte perteneciente a la entidad estatal, pagando a ésta el precio proporcional a su participación.

Concurre aquí, además, otro requisito que la jurisprudencia patria señala como imprescindible para la admisión del autocontrato: la ausencia de contradicción de intereses. Lógicamente, al adquirir el Ayuntamiento el 20 por 100 (más bien el 28 por 100) de los productos de su representado (Estado), tratará de hacerlo por la menor cantidad posible. Sin embargo, el mecanismo de la pública subasta elimina todo peligro de confabulación peligrosa para los intereses estatales. Es verdad que en muchos casos las subastas no pasan de una pura farsa montada de antemano; pero ello, de no ser demostrado, es algo que carece de trascendencia en el orden jurídico. En cambio, de comprobarse el hecho, desde luego frecuentísimo, de ser los adjudicatarios provisionales simples testaferros de los Ayuntamientos subastadores, quedaría aniquilada, a poco que se reflexione, la tesis, por algunos sostenida, de que las entidades subastadoras nada adquieran a título oneroso cuando ejercitan el tanteo (1).

En virtud de lo precedentemente expuesto, podemos contestar a la pregunta que forma parte del enunciado de este artículo diciendo que las subastas de que se trata se hallan sujetas, sin violencia alguna, al impuesto de Derechos reales, y en el concepto que a continuación vamos a explicar.

El artículo 16 del vigente Reglamento del impuesto de Derechos reales, en su apartado 8, dispone—desenvolviendo lo preceptuado en el artículo 2.º, párrafo XIII, de la Ley, y en el 5.º del mismo Reglamento, párrafo XIII—: "Se calificarán también como arrendamientos, y se liquidarán con arreglo a las disposiciones de este artículo, los contratos de concesión de aprovechamientos forestales por el Estado, Cor-

esta dupla emisión de quereres distintos ven algunos autores, como Traviesas, el factor único y el elemento típico y característico del autocontrato.

(1) Una vez en poder de Ayuntamiento la totalidad de los árboles subastados, los vende, generalmente por lotes, y el producto de la venta ingresa en las arcas municipales y figura en los presupuestos para cubrir atenciones y servicios del común en armonía con el destino natural de los productos de propios, según el artículo 147 de la Ley de 1935.

poraciones, Sociedades o particulares, aunque en ellos se comprende la corta de árboles, siempre que se justifique que responden a un plan de aprovechamientos del monte. En caso contrario, la corta de árboles se reputará y liquidará como transmisión de bienes muebles."

Este artículo admite implícitamente, después de sujetar al impuesto toda clase de aprovechamientos forestales, la existencia de dos especies de aprovechamientos forestales a efectos tributarios: la de aquellos que "responden a un plan de aprovechamientos del monte" y la de aquellos otros que "no responden a plan alguno de aprovechamiento". Los primeros se asimilan a los arrendamientos (sin razón alguna para ello); los segundos se reputan verdaderas transmisiones de bienes muebles cuando, además, concurra en ellos el requisito positivo de la corta de árboles. La misma distinción, que implica una distinta consideración fiscal, admitían los Reglamentos anteriores (en el Reglamento del impuesto de que se trata, de 10 de abril de 1900, ni siquiera se aludía al requisito del plan para reputar la corta como "compra de bienes muebles", criterio, a nuestro modo de ver, más lógico y jurídico que el actual).

Tal distinción está en perfecta armonía con la establecida por la legislación especial de montes, la cual reconoce y regula como especies distintas dos clases de aprovechamientos forestales: los ordinarios y los extraordinarios. Los primeros son los que se refieren a los productos primarios y secundarios de un monte, conciliables con la conservación del monte mismo y que han de realizarse dentro del año forestal con sujeción a un plan "dasocrático" formado por las Jefaturas de los distritos forestales; los segundos, esto es, los extraordinarios, no se hallan sujetos a plan alguno y solamente pueden explotarse en circunstancias anormales, como, por ejemplo, en los casos de incendios, ciclones, cortas fraudulentas, etc.

Como la clave de la distinta consideración que a la legislación del impuesto de Derechos reales merece una y otra clase de aprovechamientos hallase en la "existencia o inexistencia de plan de aprovechamiento" del monte, impórtanos insistir sobre este extremo, agregando que los aprovechamientos forestales extraordinarios no responden ni pueden responder a plan alguno dasocrático, no sólo porque terminantemente lo da a entender el artículo 93 de la ley general de Montes de 1863 y el Reglamento de 17 de mayo de 1865 al disponer que las Jefaturas de los distritos forestales solamente podrán autorizar los

disfrutes extraordinarios en los casos de incendios, cortas fraudulentas, etc., y que fuera de estos casos no podrá autorizarse aprovechamiento alguno de los montes de los pueblos que no se halle incluido en el plan anual aprobado, sino porque su misma naturaleza lo rechaza. Dada la utilidad pública que los montes reportan, el Estado, ya desde los tiempos de la Novísima Recopilación (que con respecto a los montes de Guipúzcoa prohibía que "se círtara un solo árbol sin plantar dos") viene ordenando el aprovechamiento y disfrute de todos los montes de utilidad pública, cualquiera que sea la persona a quien pertenezcan, con objeto de evitar que se exploten esos montes en forma arbitraria y perjudicial a los intereses de la nación. Y esta ordenación efectúase a través de los llamados planes dasocráticos (o de gobierno de los montes), los cuales pueden revestir carácter definitivo (por turnos de transformación que abarquen varios años) o provisional (por años forestales), conforme a lo dispuesto en el Real decreto de 17 de octubre de 1925 (que reitera lo preceptuado en los artículos 73, 80 y 81 del Reglamento de 17 de mayo de 1865). Y, claro está, tanto unos como otros refiérense exclusivamente a los aprovechamientos forestales ordinarios, ya que los tales planes no son otra cosa que "cálculos anticipados, basados en datos racionales y científicos, sobre las posibilidades productoras de un monte en circunstancias normales". Los acontecimientos extraordinarios o imprevisibles (ciclones, incendios, etcétera), que constituyen el objeto de los aprovechamientos forestales extraordinarios, huelga decir que no pueden formar parte de plan alguno anticipado, tanto definitivo como provisional, aunque se concedan a cuenta y se rebajen del plan del año siguiente al en que se produzcan. Su naturaleza anormal y extraordinaria repele la sujeción a planes normales y ordinarios.

Los aprovechamientos a que nos hemos concretado en este modesto trabajo revisten carácter extraordinario por no responder a un plan de ordenación y llevar aparejada la corte de árboles, con lo cual sobra decir que tributarán por el concepto de transmisión de bienes muebles a título oneroso, de conformidad con lo dispuesto en la segunda parte del párrafo 8.^o del citado artículo 16^o del Reglamento.

MANUEL RICARDO LEZÓN NOVOA.

Notario