ADMINISTRACION DE ANDALUCIA

Revista Andaluza de Administracion Publica

Nº 36

Octubre-Noviembre-Diciembre 1999

UNIVERSIDAD DE SEVILLA
INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACION PUBLICA

Consejo Asesor

Excmos. e Ilmos Sres.

Manuel F. Clavero Arévalo, Catedrático de Derecho Administrativo
(Presidente)
José Mª Vega Piqueres, Vicerrector de Investigación de la Universidad de Sevilla
Joaquín Castillo Sempere, Director del Instituto Andaluz de Administración Pública
José Ortiz Díaz, Catedrático de Derecho Administrativo
Eduardo Roca Roca, Catedrático de Derecho Administrativo
Gregorio Cámara Villar, Catedrático de Derecho Constitucional
José Antonio Víboras Jiménez, Letrado Mayor del Parlamento de Andalucía
Francisco Trujillo Mamely, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia
Santiago Martínez-Vares García, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia
Isabel Mateos Guilarte, Viceconsejera de Educación y Ciencia
Venancio Gutiérrez Colomina, Secretario del Ayuntamiento de Sevilla
Federico Romero Hernández, Secretario del Ayuntamiento de Málaga

Director:
Alfonso Pérez Moreno, Catedrático de Derecho Administrativo

Secretaria:
Concepción Barrero Rodríguez, Profesora Titular de Derecho Administrativo

Consejo de Redacción:
Francisco Escribano López, Catedrático de Derecho Financiero
José Luis Rivero Isern, Catedrático de Derecho Administrativo
José I. López González, Catedrático de Derecho Administrativo
Antonio Jiménez-Blanco y Carrillo de Albornoz, Catedrático de Derecho Administrativo
José I. Morillo Velarde-Pérez, Catedrático de Derecho Administrativo
Javier Barnés Vázquez, Profesor Titular de Derecho Administrativo
Manuel Medina Guerrero, Profesor Titular de Derecho Constitucional

Secretaría de Redacción:
Facultad de Derecho. Avda. del Cid s/n. 41004 Sevilla
Tlf.: (95) 455 12 26. Fax: (95) 4557899

Realización:
Instituto Andaluz de Administración Pública

Edita:
Servicio de Publicaciones y BOJA

ISSN:
1130-376X

Depósito Legal:
SE-812-1990

Talleres:
Tecnographic, S.L. Sevilla

Suscripción anual (4 números): 6.000 Ptas. (IVA incluido)
Número suelto: 2.000 Ptas.
Pedidos y suscripciones: Servicio de Publicaciones y BOJA
Apartado Oficial sucursal nº 11. Bellavista
41014 SEVILLA
Tlfs.: (95) 469 31 60*
Forma de pago: Talón nominativo conformado o Giro Postal
en cualquier caso a nombre de:

BOLETIN OFICIAL DE LA JUNTA DE ANDALUCIA

SUMARIO

Pág.

ESTUDIOS

Francisco López Menudo
Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso: Un paso adelante en la definición del sistema 11

Martín Mª. Razquín Lizarraga
La participación de las Comunidades Autónomas en la elaboración del Derecho Comunitario sobre la Contratación Pública y en su ejecución dentro del Estado Español 45

Manuel Beato Espejo
La actividad administrativa en la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: La cuestión de ilegalidad un paso corto 85

JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Defensa de la Competencia y Comunidades Autónomas. (Breve comentario a la STC 208/1999, de 11 de noviembre) *(Mario López Benítez)* 119

Un nuevo episodio en la estabilidad del personal interino al servicio de las Administraciones Públicas: La suspensión judicial de los procesos selectivos de la Junta de Andalucía para consolidar su empleo temporal *(Roberto Galán Vioque)* 143

NOTAS DE JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. Constitución.- II. Derechos y Libertades.- III. Principios Jurídico Básicos.- IV. Instituciones de Estado.- V. Fuentes. VI. Organización Territorial del Estado.-VII. Economía y Hacienda. *(Francisco Escribano López)* 163

TRIBUNAL SUPREMO Y TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

I. Acto Administrativo - II. Administración Local.- III. Administración Pública.- IV. Bienes Públicos.- V. Comunidades Autónomas.- VI. Contratos.- VII. -Corporaciones de Derecho Público.- VIII.- Cultura, Educación, Patrimonio Histórico.- IX. Derecho Administrativo Económico.- X. Derecho Administrativo Sancionador - XI. Derechos Fundamentales y Libertades.- XII. Expropiación Forzosa.- XIII. Fuentes.- XIV. Hacienda Pública.- XV. Jurisdicción Contencioso-Administrativa.- XVI. Medio Ambiente.- XVII. Organización.- XVIII. Personal.- XIX. Procedimiento Administrativo.- XX. Responsabilidad.- XXI. Salud y Servicios Sociales.- XXII .Urbanismo y Vivienda.-

Tribunal Supremo *(José I. López González)* 181

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía *(José L. Rivero Ysern)* 207

CRONICA PARLAMENTARIA

(Manuel Medina Guerrero) 229

DOCUMENTOS

Notas sobre la Ley 15/1999, de 16 de diciembre, de Cajas de Ahorros de Andalucía *(Antonio Jiménez-Blanco)* 247

La Ley 8/1999, de 27 de octubre, del Espacio Natural de Doñana: conflicto en el paraíso *(Jesús Jornado Fraga)* 261

Notas sobre la reforma de la Ley de aguas *(Concepción Horgué Baena)* 289

Crónica de las Jornadas sobre el Anteproyecto de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía *(Lucía Alarcón Sotomayor)* 317

RESEÑA LEGISLATIVA

Disposiciones de las Comunidades Europeas. 341
Disposiciones Estatales. 353
Disposiciones Generales de las Comunidades Autónomas. 359
Disposiciones Generales de la Junta de Andalucía. 375
Indice Analítico. 383
(Lucía Millán Moro)
(Antonio Jiménez Blanco)
(Concepción Barrero Rodríguez)
(Juan Antonio Carrillo Donaire)

NOTICIAS DE LA ADMINISTRACION AUTONOMICA

INFORMES: La Ley 7/1999 de 29 de septiembre, de bienes de las Entidades Locales de Andalucía 389
(José I. Morillo-Velarde Pérez)

Otras disposiciones de interés para la Administración Autonómica. 397
(José I. Morillo-Velarde Pérez)

NOTICIA DE REVISTAS AUTONOMICAS

(Jesús Jordano Fraga) 405

BIBLIOGRAFIA

RECENSIONES

JORDANO FRAGA, Jesús, Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales, Marcial Pons, Instituto Universitario de Derecho Público "García Oviedo", Madrid, 1997
(Humberto Gosálbez Pequeño) 417

José ESTEVE PARDO, Técnica, riesgo y Derecho (tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental). 1ª edición, Ariel Derecho, Barcelona, 1999
(Juan Antonio Carrillo Donaire) 418

Santiago MUÑOZ MACHADO. La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas (Y otros estudios sobre responsabilidad). 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid 1998
(Emilio Guichot Reina) 424

LLUIS PEÑUELAS REXACH (ed.) RAIMON CARRASCO, MARC CARRILLO, SALVADOR DURANY Y JOSEPH MASSAGUER: Manuel jurídico de los Museos. Cuestiones prácticas, Diputació de Barcelona, Marcial Pons, Barcelona, 1998.
(Eduardo Caruz Arcos) 429

ESTUDIOS

Responsabilidad Administrativa y Exclusión de los riesgos del progreso. Un paso adelante en la definición del Sistema

Francisco López Menudo
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. RIESGOS DEL DESARROLLO Y ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA. II. El supuesto de hecho característico: la contaminación por transfusión sanguínea. III. LA EXCLUSION DE LOS RIEGOS DEL DESARROLLO EN EL NUEVO ARTICULO 141 DE LA LEY 30/1992. IV. LA ACOGIDA DEL NUEVO PRECEPTO POR LA DOCTRINA. V. RIESGOS DEL DESARROLLO: DEL CASO FORTUITO A LA FUERZA MAYOR. 1.Caso fortuito y fuerza mayor. Precisiones conceptuales. 2. El pragmatismo de la jurisprudencia civil. Exclusión del criterio distintivo caso fortuito-fuerza mayor y asunción del criterio de la culpa. 3. La subsunción de los riesgos del progreso en la fuerza mayor. La doctrina de la Sentencia de 22 de diciembre de 1997. VI. LOS DAÑOS EXCUSABLES DE LOS RIESGOS DEL PROGRESO COMO UNA CAUSA NATURAL DE EXCLUSION DE RESPONSABILIDAD. VII. EL PROBLEMA DE LA PRUEBA DEL ESTADO DE LOS CONOCIMIENTOS DE LA CIENCIA.

I. RIESGOS DEL DESARROLLO Y ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Es objeto de estas reflexiones, tras la aparición de la Ley 4/1999, modificadora de la Ley 30/1992, la responsabilidad de la Administración por daños derivados de los servicios públicos por los convencionalmente llamados "riesgos del progreso", es decir, daños producidos por actuaciones o utilización y suministro de cosas cuya peligrosidad se desconocía en el momento de su aplicación; y ello porque el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica que había en tal momento no advertía de la existencia de los riesgos.

Es de lo más frecuente que muchos de esos riesgos, antes inexistentes, vengan precisamente de la mano de los propios adelantos propulsados por el

mundo de la ciencia o de la técnica que, por una parte los crea, y sin embargo no cuenta con los conocimientos necesarios para prever o medir la posible peligrosidad de la actividad o el producto puesto en circulación. Como bien puede comprenderse, ese mundo de la ciencia y la tecnología no puede tomar el ser humano, el planeta entero, e incluso más que todo eso, como un campo de ensayo o experimentación, pero tampoco puede renunciar, sino por el contrario impulsar, la puesta en práctica de los avances del conocimiento ya que estos no tendrían sentido sin prestar la utilidad de la que son susceptibles.

Aunque los riesgos del progreso pueden proyectarse en cualquier vertiente de la vida y de las cosas no cabe duda que el área más sensible es la de la salud humana, que constituye el centro de absorción no sólo de sus riesgos propios (alimentos, medicamentos, transfusiones, tratamientos, técnicas operatorias, etc.), o sea, los que proceden de las actividades y productos relacionados directamente con el ser humano, sino de otras fuentes indirectas de riesgo (máquinas, edificios, cosas, actividades, productos peligrosos o defectuosos) cuyos efectos nocivos pueden repercutir finalmente en la salud de las personas o de los seres vivos en general.

Como es natural, no podría la Administración Pública, como prestadora de bienes y servicios, renunciar a insertarse en la corriente del progreso con el fin de autoexcluirse de la esfera de los riesgos, eliminando o disminuyendo así la posibilidad de producir daños resultantes de peligros ignorados y evitar responsabilidades imposibles de calibrar *a priori*. Lejos de ello, los servicios públicos no pueden sino situarse en el nivel de la modernidad e incluso (como ocurre de usual en el ámbito sanitario) constituir la avanzadilla en la aplicación de la ciencia o la tecnología, porque esto forma parte de la naturaleza de las cosas, sin que admita, por tanto, la más mínima objeción; siempre y cuando, como es lógico, antes de la puesta en uso de lo que constituye el posible foco de riesgo se hayan empleado diligencias máximas capaces de eliminar todos los márgenes de incertidumbre hasta donde ello sea racionalmente posible.

Ciertamente, la Administración no puede encogerse y caminar a la cola del sector privado por la prevención de no adquirir responsabilidades por la asunción del progreso y sus riesgos. Es claro que si el sistema sanitario público tiene conocimiento de la existencia de un nuevo fármaco al que se le presumen resultados excelentes, o de la bondad de una nueva técnica operatoria o de determinadas radiaciones, la Administración no puede

inhibirse, sino investigar, asegurarse y, en último término, impulsar decididamente el adelanto en cuestión. Todo ello sin perjuicio de que quepa exigirle la más rigurosa precaución; ciertamente, "el innovador no puede limitarse a jugar con los riesgos del desarrollo como el aprendiz del brujo" (1). Por consiguiente, no se trata de buscar aquí argumentos suavizadores de la responsabilidad administrativa, aceptando de modo tolerante una conducta relajada o negligente ante el fenómeno que nos ocupa. Se trata exactamente de lo contrario, es decir, de poner al descubierto todo el amplio tramo de diligencia que tiene que cubrir y de las pruebas de que debe proveerse para que su comportamiento y el resultado final que produzca no resulte antijurídico en términos de responsabilidad. Debe quedar claro, pues, que la exoneración de responsabilidad de la que aquí nos ocupamos sólo alcanza a la hipótesis de que la ignorancia sobre el posible riesgo creado haya sido humanamente imposible de vencer. Por tanto, no es lícito criticar la causa de no imputación que viene a establecer el artículo 141.1., sobredimensionándola artificialmente de modo alarmista y sin atenerse realmente a lo que la norma realmente contempla. Por otra parte, como bien ha advertido MIR PUIGPELAT, el nuevo artículo 141.1. no alterará significativamente el alcance de la responsabilidad de la Administración. El parámetro al que remite el precepto, el estado de la ciencia o la técnica en el momento de producción del daño es, ciertamente, muy amplio, y permitirá excluir la responsabilidad administrativa en muy pocos supuestos (2).

Vaya asimismo por delante la proclamación de que es necesario separar escrupulosamente del tratamiento del tema cualquier postura apriorística de corte ideológico o economicista, ésas que tan frecuentemente enturbian el

(1) La frase es de SALVADOR CODERCH, Pablo y SOLE FELIU, Joseph, de su libro *Brujos y Aprendices. Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad de producto*, Edit. Marcial Pons, Barcelona, 1999, pág. 13. La idea completa merece su transcripción: "el aprendiz del brujo, si quiere mejorar las técnicas de su maestro, debe asumir los riesgos asociados a las nuevas soluciones, debe aprender efectivamente las recetas del brujo o, al menos, aproximarse *razonablemente* a ellas. Y, en un mundo en el que la investigación científica y tecnológica está descentralizada, es legítimo formular la propuesta de que el fabricante, o al menos algunos de ellos, no pueden limitarse a *informarse del estado de los conocimientos*, sino que han de *contribuir razonablemente a mejorarlos*: mejorar el estado de la ciencia y de la técnica es algo que también incumbe al fabricante, al menos en los sectores más sensibles de la química, la biología, la medicina, la alimentación, etc".

(2) MIR PUIGPELAT, Oriol. *La reforma del sistema de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas operada por la Ley 4/1999 de 13 de enero, de modificación de la LPJPAC*, en "Revista Jurídica de Catalunya", núm. 4, 1999, pág. 66. quien abunda: "El nuevo artículo 141.1. se limita a excluir la responsabilidad administrativa cuando el servicio público haya funcionado de una manera *óptima, inmejorable, según los conocimientos de la ciencia o de la técnica*, y no ya según los recursos de que dicho servicio efectivamente disponía". (pág. 67)

razonar jurídico en esta materia. Como bien se sabe, la estimativa campea en este campo a sus anchas; la opinabilidad sobre lo que es justo o injusto es tan extrema como extremos son los propios pronunciamientos judiciales, que tan frecuentemente oscilan entre decir que la responsabilidad administrativa se inspira en un sistema de solidaridad social y que debe hacer frente de manera generosa a las situaciones de infortunio, hasta el punto opuesto de afirmar, con las clásicas expresiones conocidas, que el sistema de responsabilidad no es un seguro colectivo de todo lo que suceda, que no puede constituir una carga insoportable para el Estado, etc. etc.

La institución de la responsabilidad administrativa fluctúa así por todos lados, quizás debido a la parquedad de su regulación legal aun a pesar de la mayor densidad normativa que aportó al sistema la Ley 30/1992. Pero en sus preceptos se hallan por lo general grandes conceptos, no concretas soluciones, como lo prueba el hecho de que las resoluciones de los casos concretos sigan dependiendo tan excesivamente de argumentos formales que más o menos visiblemente encubren decisiones motivadas por la *pietatis causa*, la equidad, o también por el principio *pro fisco*; en suma, decisiones entregadas a un arbitrio judicial notablemente variable. Una regulación extraordinariamente simple para enfrentarse a algo tan ambicioso como disciplinar universalmente, es decir, con uniformidad de régimen, una realidad tan amplia y dispar como la que es objeto de la actividad administrativa. El escueto y monolítico sistema basado en la responsabilidad objetiva para todo, sin distinción, ha de resolver problemas de diversa índole que por su naturaleza particular parecen reclamar soluciones igualmente particulares, temperamentos y matices. No es trasladable, sin más, el corte argumental necesario para resolver una reclamación de daños causados por las obras de una carretera que los que derivan de actos administrativos o de la asistencia hospitalaria; y, dentro de estos últimos, no es igualable el esquema argumental que haya de desplegarse para deducir la responsabilidad que resulte de una concreta técnica quirúrgica, o por negligencia en el tratamiento médico, por la tardanza en la atención (listas de espera), por la adquisición de enfermedades nosocomiales u hospitalarias; o, en fin, por los daños que no eran conocidos ni pensables en el momento de ser generados o producidos.

En suma, el sistema prescinde de distinciones que la práctica luego revela como necesarias y que en muchos casos viene a demostrar la irremediable necesidad de un manejo, siquiera soterrado, de la idea de culpa, tan contraria teóricamente al sistema de responsabilidad objetiva. Así, el instituto de la responsabilidad administrativa, consagrado como de

carácter objetivo cualquiera que sea el sector o la materia en la que se desenvuelva, tropieza luego en el plano de la realidad con la necesidad de dar soluciones a una casuística inmensa que revela por sí misma la existencia de diferencias capitales en los tipos de asuntos, muy difíciles de uniformar. Pero el sistema legal es uniforme (3) y como tal aborda sin distinción la responsabilidad tanto por la acción pública como privada de la Administración; tanto por el ejercicio de funciones públicas como por difusos servicios públicos situados en los confines últimos del concepto; y asimismo, por los actos administrativos, las actuaciones materiales, la inactividad de la Administración o los puros hechos materiales incardinables en la categoría del caso fortuito; tanto por el funcionamiento normal como anormal del servicio público; y tanto si el daño resulta imputable objetivamente a la Administración por el simple resultado, como si los daños pertenecen a aquella clase en que sólo la falta de puesta en servicio de medios adecuados para evitar la lesión puede ser causa de imputación (distinción ésta que por sí sola pone en cuestión el sistema entero de la responsabilidad objetiva); en fin, un sistema que no distingue cuándo la actividad dañosa se realiza en beneficio de la colectividad o cuándo en la del propio aparato administrativo.

Ya hemos proclamado que es necesario descontaminar el tratamiento de este tema de consideraciones parajurídicas que no están contenidas en su regulación legal ni siquiera implícitamente y que sin embargo son por lo general tan alegremente manejadas, haciendo decir al sistema lo que éste no dice, pues la verdad es que de tal regulación ni se induce la "filosofía" de que el Estado no puede constituirse en un asegurador colectivo de todos los riesgos, ni que, por el contrario, la institución haga en último extremo las

(3) Cabe pensar en si sería conveniente diversificar el régimen de la responsabilidad, distinguiendo al menos algunos grandes sectores de actividad (así, por ejemplo, el de los daños hospitalarios) contemplando para cada uno sus propias peculiaridades. A nuestro juicio, el artículo 106 de la Constitución no representa un obstáculo a tal posibilidad puesto que no impone al legislador un régimen uniforme y ni siquiera que el carácter de la responsabilidad de la Administración haya de ser objetivo en todo caso, pues no hay que olvidar que la garantía es de configuración legal. Mayor dificultad podría verse en el artículo 149.1.18ª al hablar de un "sistema de responsabilidad", lo que podría interpretarse como la exigencia de una regulación integrada, presidida por los mismos principios. Pero aun concediendo que ello hubiera de ser así, no es menos razonable decir que en su aplicación práctica un tal sistema común debe acomodarse a cada tipo de asunto en función de la naturaleza de las cosas. Lo que no parece razonable es tomar como punto de partida del sistema los supuestos "de libro" en que la responsabilidad objetiva juega a plenitud (así, las lesiones que derivan de obligaciones de resultado en el campo del derecho patrimonial), o sea, escoger el modelo de solución más beneficioso que puede generar el sistema para luego extenderlo sin más a cualquier tipo de relación, igualando así situaciones que, por otra parte, nunca reciben tratamiento igual en el mundo del Derecho.

veces de un sistema de seguridad social; en realidad, tal regulación no permite hallar siquiera el fundamento último de la institución, cuál sea a la postre el bien jurídico protegido. Por consiguiente, falta ese elemento interpretativo clave que tanto orientaría en la práctica, de modo unidireccional y certero, en el hallazgo de soluciones y en toda la labor hermenéutica a realizar sobre cada una de las piezas del sistema que hay que conjugar y armonizar a la hora de dar solución a cada caso concreto. Por tanto, es preciso tecnificar al máximo el uso de la institución en busca de unos anclajes ciertos que impidan o reduzcan el constante riesgo de caer del lado del puro arbitrismo, de las soluciones "a sentimiento" que al cabo producen irremediablemente desastrosos agravios comparativos. Hay que estar, pues, al régimen establecido, sin apriorismos, guste o no, sea oneroso o no para la Administración. Creemos, en suma, que nadie puede erigirse en el intérprete supremo, según cada caso, de lo que el sistema ha querido proteger.

Ahora bien, no cabe dejar de añadirse una reflexión sobre lo ya expuesto, a guisa al menos de contrapeso para equilibrar esa postura bien conocida que considera a la Administración como el origen indefectible de todos los males y el centro de todos los perjuicios a indemnizar. Hay que insistir en que esa puesta en riesgo, consustancial a todo lo nuevo, que conlleva la dación y gestión de los bienes del desarrollo, puede la Administración adoptarla con toda resolución, precisamente por la legitimidad que le confiere el hecho de servir a los intereses generales, sin aprovechamiento ni lucro. Y aun más, perfectamente puede comprenderse la razonabilidad de cargarle al sector privado su responsabilidad por los eventuales daños sobrevenidos por la puesta en riesgo que implica una actividad basada en la competitividad y el lucro, conforme al clásico aforismo *"cuius est commodum eius est periculum"* (4); y bien claro parece que tal razonamiento no es trasladable, sin más, al ámbito de la Administración, sencillamente porque cuando ésta aplica la ciencia o la tecnología, con sus riesgos siempre subyacentes, lo hace en puro beneficio de los ciudadanos. Y se puede dar cierre al razonamiento, invirtiéndolo, y decir que si los ciudadanos resultan generalmente beneficiados de la acción prestadora pública, a la que exigen los niveles de calidad propios del moderno estado de la ciencia o de la

(4) Así lo expresa con la mayor claridad la STS 4 julio 1998 (Ar. 6821) al referirse a los daños producidos por la difusión de plasma sanguíneo contaminado, y decir que *"tienen las referidas empresas farmacéuticas el deber de soportarlo como consecuencia del riesgo industrial o comercial derivado de su actividad encaminada primordialmente al cuidado de la salud de los destinatarios de los productos que elaboran, lo que también les proporciona ventajas o beneficios y, por consiguiente, les obliga a afrontar las pérdidas."* (*Fto. Jur.* 5)

técnica, asumiendo así sus riesgos, no es disparatado afirmar que aquéllos vengan obligados a soportar, en el plano jurídico, los eventuales daños generados por hechos producidos en un momento histórico en el que era invencible la ignorancia sobre sus posibles efectos lesivos.

En suma, es obligado dejar bien patente algo que con frecuencia se suele olvidar o no dejar realzado como es justo hacerlo: que la obtención de lucro, consustancial a las relaciones jurídicas del sector privado, es un dato decisivo situado en la base misma de su sistema legal y en función del cual éste se construye y brinda las adecuadas soluciones de justicia. Por ello, no es de rigor exportar, sin más, los planteamientos de ese régimen o subsistema jurídico a otra esfera de la responsabilidad, máxime si el protagonista es la Administración Pública cuando realiza una actividad prestacional. La extensión de lo que deba cubrir la garantía de la responsabilidad será la que sea o deba ser, pero siempre habrá de montarse sobre los principios del propio subsistema y de su contexto. Incluso los términos de sus preceptos, para ser bien comprendidos, exigen ser leídos e interpretados desde la plena consciencia de que el sujeto concernido es la Administración Pública y no un sujeto privado.

Hay que insistir. La reflexión que antecede no trata en modo alguno de impregnar de apriorismos el tratamiento que brinda el sistema legal de la responsabilidad administrativa, ni el concreto problema que aquí nos ocupa, pero al menos es importante tener siempre en cuenta esa posición especial del servicio público en este contexto porque es preciso llamar a la moderación y equilibrar esa tendencia tan usual, a la que algunos se apuntan con tanto ardor como incisivo lenguaje, en la que el punto de partida no es otro que el de considerar a la Administración prestadora de los servicios como el enemigo a batir por sistema, y al tesoro público el cajón del dinero disponible al tirón de todos, sin que se reconozca legitimidad alguna a cualquier intento de racionalizar el hecho social y delimitar los confines de la garantía, como ocurre con cualquier instituto jurídico, algo que al parecer no se le consiente ni siquiera al Estado en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración. Como dice MARTIN REBOLLO en un reciente y lúcido estudio sobre el tema, recordando un libro de PASCAL BRUCKNER (*"La tentación de la inocencia"*), se trata de endosar la reparación de todos los males a un *"tótem"* estatal poderoso y malvado, al mismo tiempo que se reclama el repliegue total de dicho Estado. La inocencia y victimación del yo, frente a la responsabilidad universal del otro (5).

(5) MARTIN REBOLLO, L. *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración* en "R.A.P." nº 150, septiembre-diciembre 1999, págs. 370-371.

II. EL SUPUESTO DE HECHO CARACTERISTICO: LA CONTAMINACION POR TRANSFUSION SANGUINEA

En los últimos años, los servicios sanitarios públicos en especial, se han encontrado de cara con un problema que por su amplia repercusión social ha puesto en primerísimo plano el tema de la responsabilidad de la Administración ante los riesgos del desarrollo. Y tal problema no es otro que el de la contaminación producida en hospitales públicos por transfusiones sanguíneas portadoras del virus del SIDA o de la hepatitis C, problema singular que por su magnitud ha propiciado su toma en conciencia e incluso la adopción de una solución legal concreta para ello, precisamente la que es objeto de este estudio, pero que como es obvio es extensible a otros factores de riesgo cualquiera que sea su procedencia.

Respecto al virus del SIDA cabe decir del modo más sintético que la determinación de los grupos portadores del virus, de las vías de contagio y sus consecuencias fue revelándose a partir de 1981, si bien el propio virus no fue identificado sino hasta 1983, siendo al final de ese año cuando un laboratorio americano desarrolló el primer test de detección del virus en la sangre. En 1985 se dicta en España la primera Orden Ministerial que obliga a hacer pruebas en el plasma destinado a transfusiones y se proveen los hospitales con medios para su realización. En cuanto al virus de la hepatitis C, hasta diciembre de 1988 no fue aislado e identificado, calificándose hasta ese momento de hepatitis "no A, no B" los casos que no respondían a ninguno de esos dos tipos. No existieron pruebas para su detección a nivel mundial sino hasta comienzos de 1989 y en España la obligatoriedad de las pruebas se estableció por O. M. de 3 de octubre de 1990.

Como es lógico, la cuestión no se plantea con las reclamaciones referidas a transfusiones realizadas una vez que la detección del virus ya era factible técnicamente (ya veremos este punto más abajo) y, con mayor razón, desde que la obligatoriedad de las pruebas fue establecida normativamente, pues en estos casos ya no cabe hablar propiamente de riesgos desconocidos, sino de funcionamiento anormal del servicio público o, a lo sumo, de caso fortuito igualmente determinante de responsabilidad administrativa. Por tanto, el problema viene referido a hechos anteriores, y la pregunta "anteriores a qué" constituye el *punctus saliens* del problema, es decir, la necesidad de fijar un criterio general susceptible de ser aplicado a cada una de estas fuentes de riesgo, que venga a resolver cuándo existe una situación de ignorancia insalvable del peligro en cuestión o era técnicamente imposible evitar la producción de los daños; y cuándo o a partir de qué circunstancia no cabe

exculpar al servicio público del riesgo creado y de los daños que eventualmente ocasione.

Hay que precisar que no porque tales episodios ocurrieran en la década de los años ochenta pueda pensarse que el problema no tiene ya vigencia, pues aparte de que los tribunales hayan de resolver aún reclamaciones muy antiguas, como vemos constantemente en los repertorios de jurisprudencia, el problema seguirá estando latente en tanto existan damnificados que tengan abierta la acción para reclamar, lo que puede ocurrir en innumerables casos ya que, como es sabido, el plazo de un año para hacerlo se computa en estos casos no desde el día de la producción del daño sino del de la curación o la determinación del alcance de las secuelas (artículo 142. 5 de la Ley 30/1992) y, por desgracia, se trata de enfermedades degenerativas que pueden prolongar por mucho tiempo la llegada de una estabilización definitiva del proceso y, por tanto, de una posible definición de las lesiones sufridas, aspecto éste de la cuestión mucho más complejo pero del que ahora no debemos ocuparnos.

III. LA EXCLUSION DE LOS RIEGOS DEL DESARROLLO EN EL NUEVO ARTICULO 141 DE LA LEY 30/1992

La nueva redacción dada por la Ley 4/1999 al apartado del artículo 141 de la Ley 30/1992 es la siguiente

> "141. Indemnización.- 1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. *No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes establecen para estos casos".*

Sin perjuicio del obligado análisis del precepto en cuanto a su fondo y alcance, conviene dejar sentadas algunas precisiones sobre su forma y origen, lo que en este caso es especialmente útil para la debida comprensión de sus claves (6).

(6) Una excelente crónica y reflexiones sobre la génesis del precepto en MIR PUIGPELAT, ob. cit.

a) La redacción del precepto, o más exactamente de su segundo inciso, se encuentra ya en el Borrador del Proyecto de Reforma de la Ley 30/1992. Este tiene un origen conocido puesto que tuvo ocasión de ser examinado por la doctrina especializada (7). El texto que ahora figura en la Ley 30/1992 conserva prácticamente la misma redacción de ese primer Borrador, si bien éste trataba de ser aun más explícito sobre el sentido de la novedosa norma (8).

Interesa dejar constancia de su origen porque la *ratio* del precepto tiene mucho que ver con la fecha de su redacción, enero de 1997 y, por tanto, con el estado de la jurisprudencia existente en tal momento. Por entonces, como más adelante precisaremos, los tribunales o bien resolvían la cuestión utilizando parámetros culpabilísticos, extraños al sistema de responsabilidad administrativa desde el punto de vista técnico (así, la jurisprudencia civil por lo general), o bien distinguía entre fuerza mayor y caso fortuito, para negar que hubiera alguna otra causa de exclusión de responsabilidad aparte de la fuerza mayor y afirmar que los "riesgos del progreso" no entraban en dicho concepto, fundamentalmente por faltarle la nota de "hecho externo" al servicio, consustancial al concepto de fuerza mayor, doctrina ésta predominante en la jurisdicción contencioso-administrativa, donde se ha abierto camino y opera de hecho la distinción conceptual caso fortuito-fuerza mayor como una auténtica regla de oro determinante de la existencia o no de responsabilidad, aspecto éste sobre el que nos ocuparemos mas abajo. Por consiguiente, en un tal "estado de la ciencia" de nuestros tribunales, si se quería que operara la causa introducida en el artículo 141.1, como una causa de justificación exoneratoria de responsabilidad administrativa, no tenía otra cabida ni tratamiento que le que la cuadraba por su propia naturaleza, esto es,

(7) El Borrador al que nos referimos fue elaborado, por encargo del Ministerio para las Administraciones Públicas, por un equipo constituido por los profesores Alfonso Pérez Moreno, Luciano Parejo Alfonso y quien escribe estas líneas, lo cual nos otorga, si no la razón sobre la bondad de la medida, sí al menos la condición de fedatario muy directo de las razones del precepto y los entresijos de lo que pudiéramos llamar la *ocassio legis*. Tras su redacción, el Borrador fue presentado en unas Jornadas de Estudio con dicho objeto, celebradas en Sevilla los días 23 y 24 de enero de 1997, siendo debatido por los numerosos y prestigiosos especialistas asistentes. Del contenido de dicho evento da cuenta el libro *Jornadas de Estudio sobre la Reforma de la Ley 30/1992*, y Anexo (Ed. MAP, Madrid, 1997) en el que figura precisamente el texto del Borrador y la motivación de cada uno de los preceptos cuya reforma se postulaba.

(8) Así, el texto del borrador daba comienzo al nuevo párrafo de esta forma: *"En particular, no concurre esta última circunstancia respecto de los daños que la Administración no haya podido prever o evitar..."*, sustituida por la actual: *"No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar..."* En lo demás hay identidad absoluta entre el texto del Borrador y la norma vigente.

no como una especie de la fuerza mayor (de la que se encarga el artículo 139) sino como una verdadera cláusula de exclusión, delimitadora de la garantía: un supuesto de no antijuridicidad (9).

b) Sin embargo, la propia Exposición de Motivos de la Ley 4/1999 ofrece en este punto un quiebro sorprendente, capaz de dejar atónito al más curado de espanto, pues al referirse al artículo en cuestión dice esto:

> *"En el 141 se matizan los supuestos de fuerza mayor que no dan lugar a responsabilidad...".*

El pasaje en cuestión trae causa, sin duda, del dictamen del Consejo de Estado de fecha 22 de enero de 1998, emitido sobre el Proyecto de la Ley 4/1999. El dictamen dice:

> *"los "hechos" o "circunstancias" con eficacia exonerante han de ser imprevisibles o inevitables según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento en que acaecen y su prueba corresponderá a la Administración.* ***Se trata técnicamente de un supuesto de fuerza mayor****, cuya especificación cumple una función orientadora de eventuales interpretaciones que, desde cierta perplejidad, pudieran conducir a resultados desviados por el legítimo deseo de no dejar en desamparo situaciones capaces de conmover los más nobles sentimientos humanos. En atención a ello y al mismo tiempo, el anteproyecto apela expresamente a las "prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer" para atender y reparar tales daños; pero no con fundamento en la institución de la responsabilidad de la Administración en la que el principio de indemnidad pudiera requerir una reparación integral del daño, sino por motivos de solidaridad. Es el caso del Real Decreto-ley 9/1993 de 28 de mayo* (10)*, por el que se conceden ayudas a los afectados por el Virus de*

(9) Así lo expresaba la motivación contenida en dicho Borrador: "La precisión sobre el carácter no antijurídico de los daños imprevisibles e inevitables por consecuencia de los llamados 'riesgos del desarrollo' supone la recepción de una causa de exoneración" (*Anexo*, cit. pág. 19). Y ya en un tono coloquial y haciendo la defensa del precepto, en dichas *Jornadas* quien esto mismo escribe precisó que "Se ha tratado de situar este tipo de exculpación dentro del terreno de la antijuridicidad y no en el de la fuerza mayor. A la ponencia redactora le ha dado algún reparo tocar el grave tema de la fuerza mayor que está constitucionalizado; aunque es verdad que existen sentencias donde esta circunstancia se califica como de fuerza mayor" (*Jornadas...*, cit. págs. 52-53)

(10) También Ley 35/1995 de 11 diciembre. Victimas de terrorismo, o de determinados delitos violentos y contra la libertad sexual.

Inmunodeficiencia Humana (VIH) como consecuencia de ciertas actuaciones realizadas en el sistema sanitario público antes de que el virus fuera detectado y conocidas sus vías de contagio"

Más incierto es saber de dónde trae causa esta apreciación del Consejo de Estado al estimar, contra toda evidencia, que "se trata técnicamente de un supuesto de fuerza mayor". Cabe pensar que esta doctrina proceda a su vez de la contenida en la importantísima Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1997, cuyo análisis resulta obligado en cualquier estudio que se haga del tema que nos ocupa, porque dicha Sentencia viene a romper esa rígida vinculación de la fuerza mayor con el "hecho externo" al servicio y por tanto admite que un supuesto como el de la contaminación sanguínea realizada en hospital público con ignorancia excusable de su efecto nocivo, sea subsumible en la categoría de la fuerza mayor, como luego analizaremos. Pero no cabe presumir nada respecto a la vinculación del referido dictamen del Consejo de Estado con tal Sentencia dadas las escasas fechas que median entre uno y otra.

En suma, por si ya fuera poca la proclividad del tema a evadirse hacia la especulación, la propia Ley que introduce la figura que comentamos presenta esa contradicción interna verdaderamente chocante: la Exposición de Motivos habla de fuerza mayor y el precepto en cuestión de ausencia de antijuridicidad.

c) Ciertamente, el precepto conserva en su primer inciso la redacción dada por la Ley 30/1992, que es la fórmula tradicional y ya clásica que ha venido expresando el concepto mismo de la antijuridicidad objetiva. La remisión a la Ley que hace la norma es suficientemente expresiva de que las leyes pueden, y aun deben, perfilar los confines de la institución, cosa que, por cierto, generalmente no hacen dejando así el ámbito de la responsabilidad administrativa en una especie de *terra incognita* de límites indefinidos en la que precisamente por eso parece caber todo. Así, como ocurre con otros aspectos de la regulación de la responsabilidad, cuya complitud es sólo aparente, la fórmula *"no tenga el deber jurídico de soportar, de acuerdo con la Ley"* no es expresiva de una solución concreta con la cual los casos reales puedan resolverse, sino un criterio sumamente ambiguo cuya aplicabilidad o no a cada caso concreto es algo a despejar previamente al análisis y resolución de cada caso mismo. En suma, la ya célebre fórmula no pasa de ser sino una buena expresión doctrinal o académica para indicar de modo sintético una idea que lleva implícita la necesidad de que la Ley

intervenga para darle cuerpo, aunque lo sea por vía negativa (11), pues de suyo la fórmula es insuficiente. Y el problema está en que las leyes sectoriales no suelen delimitar lo antijurídico-objetivo (12).

d) Es precisamente en esta sede de la antijuridicidad del que se ocupa el apartado 1. del artículo transcrito donde la Ley reformadora introduce el nuevo inciso. Se trata, pues, de la especificación de una causa de exoneración, o dicho de otro modo, de la delimitación, hecha desde la propia Ley reguladora del instituto de la responsabilidad (como lo hubiera podido haber hecho cualquier otra(del campo de lo antijurídico para una suerte de daños. La nueva Ley surge así para delimitar un supuesto de antijuricidad de confines harto discutidos en sede judicial y que han supuesto para los ciudadanos en no pocos casos una injustificable desigualdad de trato. Ciertamente el problema a resolver es difícil y hace titubear a cualquiera porque ante el problema del individuo aislado la inercia conduce a una solución protectora de su infortunio al margen de consideraciones jurídicas. Pero tampoco es admisible que buena parte de la suerte de cada demandante haya dependido de haber acertado con la jurisdicción elegida, ni que un tema de tanta trascendencia, dado el número de víctimas, se haya convertido en buena medida en un campo de ensayo y especulación donde los conceptos jurídicos más sutiles pueden dar en su combinación resultados absolutamente aleatorios.

Por tanto, parafraseando la expresión final de ese primer párrafo del artículo 141.1, puede decirse que, de acuerdo con la Ley, los particulares tienen el deber jurídico de soportar, y por tanto no serán indemnizables, los daños imprevistos o inevitables según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica. Interesa retener el dato de que la causa de exclusión en cuestión está ubicada donde está, es decir, en el campo de la antijuridicidad.

IV. LA ACOGIDA DEL NUEVO PRECEPTO POR LA DOCTRINA

No es de extrañar que la introducción de un nuevo precepto del corte del que nos ocupa en el régimen de la responsabilidad administrativa haya

(11) En este sentido, LEGUINA VILLA, J., señala que "si en presencia de una determinada actividad administrativa dañosa, el particular no está expresamente obligado por una norma a soportar las consecuencias perjudiciales, estos perjuicios son antijurídicos y deben ser imputados a la Administración."

(12) El profesor REBOLLO PUIG, M., compartía esta visión del asunto cuando en las Jornadas sobre la Reforma de la Ley 30/1992 (pág. 47) a las que más arriba se ha hecho referencia, ma-

reclamado la inmediata atención de la doctrina y haya suscitado incluso algunas posturas de rechazo en el propio proceso parlamentario (13). También en la doctrina el precepto en cuestión ha recibido alguna crítica contundente. Así, SALVADOR CODERCH Y SOLE FELIU no consideran positivo que el legislador haya excluido al Estado del círculo de los obligados a responder por los desastres que son consecuencia de los límites de nuestros conocimientos científicos y tecnológicos, y muestran serias dudas de que esta tesis resulte congruente con la Constitución, especialmente con el derecho a la protección de la salud al que se refiere el artículo 43. Asimismo, señalan que el nuevo artículo 141.1. prescinde incluso de la responsabilidad por negligencia -culpa *in vigilando*-, pues, al fijar como momento relevante el de la producción del daño ni siquiera se incentiva a los poderes públicos a prestar atención al desarrollo de los conocimientos científicos y tecnológicos que han tenido lugar entre la comercialización del producto y el -acaso muy posterior- de la producción del daño. Y por otra parte, señalan que una cosa es el daño que no pudo preverse, pero otra muy distinta el que no pudo evitarse: excluir la responsabilidad por riegos del desarrollo en daños previsibles pero inevitables quiere decir, por ejemplo, que si sabemos que tal vacuna genera reacciones graves pero no sabemos cómo evitar el daño, la vacuna podrá suministrarse y el Estado cumplirá con auxiliar a las víctimas, pues la ley no le obliga a indemnizar (14). En relación con la crítica indicada acerca de la referencia del precepto al momento de la producción del daño, también GARCIA RUBIO muestra su reticencia, basada en que "a pesar de la similitud,

nifestaba su opinión favorable a la exclusión de la responsabilidad por los "riesgos del progreso", introducida en dicho artículo y decía al respecto que "Esta coletilla final, 'de acuerdo con la Ley', en mi opinión es equivocada, viene de una visión simplista pensar que, como los daños, la propiedad está reservada a la Ley, la Ley es la que dice el deber jurídico de soportar. El deber jurídico de soportar es una cosa que fluye de todo el ordenamiento jurídico y de ninguna forma está reservado a la Ley (...); es algo que fluye del ordenamiento jurídico y fundamentalmente de los principios generales del derecho." En suma, una opinión que sin implicar la exclusión de la intervención de la Ley en la delimitación de lo antijurídico (así lo entendemos) invoca un criterio delimitador aún más flexible y consonante con la naturaleza de las cosas, dada la realidad, que el profesor REBOLLO ve con perspicacia, de que las Leyes no hacen esa delimitación en la práctica. Por su parte MARTIN REBOLLO, L., afirma con toda resolución que "La Ley, justamente, puede precisar cuándo no hay lesión, daño antijurídico, deber de soportar, se afirme como se afirme. Por ejemplo, el propio artículo 141.1 se refiere a ello cuando alude a los riesgos del progreso. Podrían también darse otros supuestos." (*Ayer y hoy de la responsabilidad...*, cit. pág. 362).

(13) Propusieron su supresión el Bloque Nacionalista Gallego y el Grupo Federal Izquierda Unida. *Vid.* sobre ello MIR PUIGPELAT, ob. cit., nota 28.

(14) *Brujos y Aprendices...*, cit. pág. 15.

la idea que subyace en la norma no es idéntica al concepto de "riesgos del desarrollo" de la Directiva 85/374 CEE o de la Ley 22/1994 de 6 de julio (de responsabilidad civil por los daños causados por los productos defectuosos), ya que el momento a tomar en consideración para concretar el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica no es el de la puesta en circulación del producto, sino el de la producción del daño (15).

Aun respetando tales opiniones, entendemos sin embargo que el derecho a la protección de la salud podrá ser invocado ante el Estado, en la medida en que la Constitución lo ampare, no necesariamente a través del instituto de la responsabilidad administrativa, que no tiene por qué ser "estirado" hasta el extremo de albergar supuestos que no pertenecen en puridad al campo de la responsabilidad, o que al menos su exclusión no supone en absoluto la pérdida de un elemento *sine qua non* de la garantía de la responsabilidad, incluso en el caso de que ésta sea de carácter objetivo. Ese estiramiento de la responsabilidad objetiva, sin límite alguno, puede ser comprensible en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas, porque al damnificado por un fabricante privado no le queda otra alternativa que subsumir su infortunio en sede de la responsabilidad ya que fuera de este instituto no tendría ninguna otra posibilidad de auxilio. Por otra parte, sería realmente muy difícil de entender cómo un fabricante que se lucra de sus actividades y que busca su beneficio en la innovación o puesta en circulación de novedosos productos –más o menos rigurosamente homologados con el estado de los conocimientos– por lógicas razones de competitividad de la cual extrae las plusvalías correspondientes, no haya de indemnizar a quien ha sido dañado por causa de su negocio. Por tanto, si el derecho a la protección de la salud alcanza a estos supuestos, tal como propugnan los autores citados, es obvio que el Estado tendrá que adoptar las medidas necesarias para ampararlos, y a ello alude precisamente el inciso final del artículo 141.1., en los términos más explícitos posibles que es dable hacerlo a una Ley, necesariamente limitada a orientar sobre lo que deben hacer otras Leyes. Se pone aquí bien al descubierto esa necesidad, apuntada al principio, de tener siempre presente que la Administración no es un fabricante o productor de bienes o servicios cuya conexión con el consumidor o usuario se agote en el acto de la puesta en circulación de su producto. La Administración asume otros fines y cuenta con otros medios, otras soluciones, y con un compromiso de orden constitucional

(15) GARCIA RUBIO, María Paz. *Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad por daños causados por los productos defectuosos. Su impacto en el Derecho español.* "Actualidad Civil," núm. 35, 1998, pág. 867.

que le obliga no sólo a poner en circulación productos aun a riesgo de que pudieran saberse lesivos *a posteriori*, sino a ordenar su retirada en tal caso, sean productos suyos o ajenos.

Por otra parte, las reticencias que por un lado se plantean respecto a la expresión "desde el momento de la producción del daño" y, por otro, hacia el supuesto de que el daño "no se hubiera podido evitar", tienen sentido sólo desde una interpretación "a la baja" del precepto. En primer lugar, la "producción del daño" no tiene necesariamente que identificarse con la aparición fáctica del mismo, sino con el momento en que se produjo la causa que luego lo hizo posible; además, la referencia al momento de la "comercialización" tiene sentido en lo que es el giro o tráfico del fabricante privado porque el acto de comercio que supone la puesta en circulación de un producto susceptible de ser utilizado o consumido es el momento relevante para atraer sobre sí la posible responsabilidad y a él hay que referir el estado de los conocimientos; pero además, resultaría ilógico que la Administración invocase en su favor el estado de los conocimientos como causa de exoneración refiriéndolo a momentos más cercanos en el tiempo (o sea, el de la aparición efectiva del mal de modo identificable), ya que dichos conocimientos han de encontrarse en un estadio más avanzado, porque el paso del tiempo, como es lógico, irá diluyendo la ignorancia que pudiera haberse tenido sobre la peligrosidad de una actividad o un producto.

En cuanto a la crítica sobre la expresión "evitar", hay que observar que el precepto que nos ocupa no utiliza sólo la palabra "evitar", sino la expresión "prever o evitar", y no es dable sostener que el segundo término reste un ápice de fuerza al primero, por lo que dicha expresión sólo cabe interpretarla como una fórmula integrada y amplia para albergar los más diversos supuestos. En efecto, la Administración tiene el deber de evitar la propagación de un producto que ha revelado su nocividad; y cabe que el producto o la actividad hayan sido puestos en circulación cuando el estado de los conocimientos no advertía de su peligro; pero una vez que se hubiere descubierto, la Administración tiene que desplegar toda la actividad necesaria para evitar o atajar los daños (pensemos en una medida de inmovilización y destrucción del producto, o en el suministro de un antídoto contra la vacuna del ejemplo); pero quedará exonerada si en una situación tal no cuenta con el remedio para evitar el daño porque el estado de los conocimientos de la ciencia (no saber que hay un antídoto) o de la técnica (no saber cómo fabricarlo aunque se sepa que el antídoto es posible) no le ofrece tal posibilidad. Así vista, parece que la expresión "evitar" tiene sustantividad propia y perfecto sentido en clave de responsabilidad administrativa.

El profesor JORDANO FRAGA, J. ha criticado el precepto en cuestión con especial énfasis, dedicando a ello un trabajo específico con título harto expresivo y resonante (16). El autor sitúa su discurso en el terreno de la distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor. Así, por una parte, el autor realza dicha distinción, asociando estrechamente a la fuerza mayor, con base en algunas Sentencias, la nota de la *exterioridad* al servicio. Ya hemos apuntado la relatividad de tal asociación, sobre todo si se tiene a la vista alguna Sentencia, tal como la ya referida de la Sala de lo Social del T.S. de 22 de diciembre de 1997, en la que luego nos detendremos, cuyo valor para el asunto que analizamos es tanto mayor en cuanto se refiere concretamente a un caso de transfusión sanguínea realizada en hospital público cuando se ignoraba la existencia del virus de la Hepatitis C ; por tanto, un supuesto mucho más extremo y difícil que los típicos ejemplos a los que acude el autor, tales como el incendio producido por la pirotecnia empleada en una fiesta popular municipal, el recluso fulminado por descarga eléctrica en el Centro penitenciario o el avión que cae por causa desconocida; supuestos todos ellos en los que se palpa la inserción del daño en la esfera del funcionamiento del servicio, y en los que reluce la nota de la *interioridad* y, por tanto, del caso fortuito generador de responsabilidad administrativa.

Por otra parte, el esfuerzo crítico que despliega JORDANO FRAGA se basa en la creencia de que el precepto ha querido configurar un supuesto de fuerza mayor de manera irregular (17) y, como hemos explicado, éste no es el terreno en el que está situado el problema que nos ocupa. Pero, con base en sus razonamientos, JORDANO concluye que "la nueva regulación contradice de modo frontal el artículo 106 CE", añadiendo que el legislador ha operado "en contra de la naturaleza de las cosas" y las bases conceptuales de la fuerza mayor.

---

(16) *La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas*, en "RAP", núm. 149, mayo-agosto, 1999, págs. 321 y ss. Por cierto que en el texto de su incisivo trabajo, no aclara JORDANO si ese supuesto "inicio de la demolición del sistema" constituye el primer paso de algún plan o tendencia, que el propio autor sepa o intuya, dirigidos a ir minando la garantía. En cualquier caso parece claro que un diagnóstico tal pone por sí mismo de relieve una visión apriorística del sistema de la responsabilidad administrativa carente de confín alguno, punto de partida que precisaría de una cumplida demostración, como sería exigible de cualquier otra institución jurídica.

(17) Así, su reflexión comienza con una frase prometedora en su literalidad, porque hace suscitar la idea de que el autor se percata de no estar ante una causa de fuerza mayor: "es dudoso que el legislador se haya limitado a identificar un supuesto de fuerza mayor". Pero a renglón seguido confirma plenamente su percepción real al respecto: "Creemos que ha ido más allá de lo constitucionalmente permitido, estableciendo una cláusula exclusora de pretendidos supuestos

Asimismo, el autor critica que el legislador salve la restricción que introduce el nuevo precepto con las prestaciones que puedan establecerse discrecionalmente, lo que a su juicio viene a frustrar el "derecho a la reparación integral"; sin embargo, ello no le impide postular "otras soluciones tal vez menos populares [?] pero más compatibles con el sistema constitucionalizado" cual la de limitar las posibles indemnizaciones (18), lo que en su opinión cabría al amparo del artículo 106.2, afirmación ésta ciertamente difícil de entender si como sostiene el propio autor la figura en cuestión no es una causa de fuerza mayor y sólo ésta cabe en la Constitución como causa de exclusión de un sistema de responsabilidad que, como dice, por otro lado, debe garantizar el derecho a una reparación integral.

No han faltado tampoco comentarios favorables al precepto, o que simplemente "lo asumen" entendiendo simplemente la racionalidad de la medida. Así, la cualificada opinión de MARTIN REBOLLO, para quien "el inciso perfila el concepto mismo de lesión, definiendo en la Ley un supuesto en el que sí hay un deber jurídico de soportar el daño" (19). Asimismo, PANTALEON PRIETO, GARRIDO FALLA, GONZALEZ PEREZ, GOMEZ FERRER, apoyan decididamente tal limitación o bien la entienden lógica y en todo caso ajustada a la Constitución (20). Para MIR PUIGPELAT la reforma del artículo 141 está plenamente justificada y no supone convertir la responsabilidad de la Administración española en una responsabilidad por culpa, porque la responsabilidad objetiva no significa responsabilidad ilimitada. Esta tiene también sus límites (límites, naturalmente, mucho más amplios que los de la responsabilidad por culpa), y entre ellos se encuentra el estado de los conocimientos técnico científicos (21). En la misma línea,

matizados de fuerza mayor (....). Faltaría en este nuevo supuesto identificado de 'fuerza mayor' en todo caso la nota de la exterioridad como elemento fundamental de la distinción: puede haber eventos imprevisibles e inevitables en los que se afirme la responsabilidad por no existir fuerza mayor pese a la ausencia total de culpa. Y es evidente que esto es desconocido por el legislador al tratar de identificar un nuevo supuesto de fuerza mayor donde sólo hay, todo lo más, un caso fortuito por faltar la nota de la exterioridad". (*La reforma del artículo 141...*, cit. pág. 333).

(18) Ob. cit. pág. 335.

(19) *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial* ... cit. pág. 343.

(20) Vid. GOMEZ FERRER-MORANT, R. *Incidencia de la Constitución sobre el Derecho Administrativo*, en "RAP", núm. 150, 1999, pág. 204-205. En el mismo número GARRIDO FALLA, F. recuerda las posturas al respecto, *El Procedimiento Administrativo de 1950 a hoy*, en especial págs. 152 y ss.

(21) Ob. cit., págs. 64-65

LOPEZ ALVAREZ señala que ante una actuación sanitaria correcta *"rebus sic stantibus"*, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, el destinatario debe asumir las consecuencias inherentes a las limitaciones del conocimiento humano. Dicho en otros términos más propios del Derecho penal: no es exigible una conducta distinta de la Administración sanitaria (22).

V. RIESGOS DEL DESARROLLO: DEL CASO FORTUITO A LA FUERZA MAYOR

I. Caso fortuito y fuerza mayor. Precisiones conceptuales

El art.139.1. de la Ley 30/1992 contempla la fuerza mayor como causa de exoneración de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ello en correlación con el artículo 106.2. de la Constitución:

> *"Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos."*

El Código Civil no realiza una distinción entre la fuerza mayor y el caso fortuito por lo que no existe un criterio legal de distinción (23). El artículo 1105 del Código se limita a señalar que:

> *"Fuera de los casos expresamente mencionados en la Ley, y de los que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que previstos, fueran inevitables"*

La distinción entre fuerza mayor y caso fortuito ha sido obra de la doctrina y la jurisprudencia, alcanzando muy especialmente en el ámbito del Derecho administrativo una relevancia capital por cuanto el caso fortuito, lejos de exonerar a la Administración, constituye una especie de cajón de

(22) LOPEZ ALVAREZ, Eugenio; *Comentarios a la Reforma del Procedimiento Administrativo, (Análisis de la Ley 4/1999)*, Coordinador Pascual Sala Sánchez, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999. pág. 581.

(23) Vid. CARRASCO PERERA, A. Comentario al artículo 1105 en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", dir. Manuel Albaladejo, Tomo XV, Vol. 1º Edit. Revista de Derecho Privado.

sastre que absorbe todos los supuestos de responsabilidades imputables al servicio mismo, como centro de absorción de todos aquellos daños que no tienen un sujeto causante conocido. Por tanto, el caso fortuito se erige en una figura dialécticamente opuesta a la fuerza mayor, y la ubicación de un determinado supuesto en una u otra categoría supone, por tanto, la existencia o no de responsabilidad.

Pues bien, los criterios de la *irresistibilidad* (24) y la *exterioridad*, predicables de la fuerza mayor, suelen constituir los ejes de la distinción. Pero ante un tipo de daño como el que nos ocupa, en que lo irresistible es precisamente el punto de la discordia, no es de extrañar que el criterio de la *externidad* se constituya en el elemento dilucidador. Así, con base en que una transfusión sanguínea no es, en puridad, un hecho externo a la propia esfera de actuación administrativa (como lo son los clásicos ejemplos del terremoto, la inundación o el rayo), sino que reviste la característica formal del caso fortuito (interioridad, acaecimiento en el círculo del servicio) no es difícil declarar la responsabilidad de la Administración con tales parámetros. Así, por ejemplo, la Sentencia de 10 de mayo de 1999 (25) declara que

> *"La presencia de los gérmenes no es, contra lo alegado, fuerza mayor por imprevisible, inevitable y ajena a la organización del servicio. Por contra, es evitable e interno. Tanto fuerza mayor como caso fortuito exigen inevitable e imprevisible, la diferencia está en la* ***externidad de la fuerza mayor*** *que aquí no se da porque la infección se produjo en el contexto de un acto de asistencia sanitaria".*

Un ejemplo paradigmático de la relevancia que en la jurisdicción contencioso-administrativa alcanza tal distinción entre conceptos se contiene en la STS de 31 de mayo de 1999 (26) de un marcado corte didáctico, si bien

(24) Suele definirse la fuerza mayor como el "acontecimiento que por su propia naturaleza excede del concepto de diligencia, debido a que todo esmero hubiera sido irrelevante para evitarlo, a diferencia de lo que acontece con el caso fortuito", o "aquellos hechos que aun siendo previsibles, sean sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que la motive sea independiente y extraña a la voluntad del sujeto obligado". STS 3 noviembre 1988 (*Ar.* 8628).y las Sentencias que cita.

(25) *Ar.* 4917. Resalta la idea de la externidad material la STS. De 28 de junio de 1983: "suceso que esté fuera del círculo de actuación del obligado, como guerras, terremotos, etc., pero aquellos eventos internos intrínsecos ínsitos en el funcionamiento de los servicios públicos, como es una rotura o una obstrucción de una conducción de aguas, nunca constituyen fuerza mayor."

(26) Ponente: el Magistrado y profesor D. Francisco GONZALEZ NAVARRO. *Ar.* 6154.

hay que apresurarse a destacar que la Sentencia, así como su Voto particular es trascendental no por esa distinción académica que hace entre el caso fortuito y la fuerza mayor sino por situar la cuestión de los riegos del progreso en su terreno propio, es decir, en el de la lesión o antijuricidad, como veremos más adelante. En lo que atañe a la referida distinción y en asunto de hepatitis C contraída en 1976 por transfusión sanguínea realizada en hospital público, dice:

> *"fuerza mayor y caso fortuito son unidades jurídicas diferentes: a) En el* ***caso fortuito*** *hay indeterminación e interioridad; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: «falta de servicio que se ignora»); interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización... b) En la* ***fuerza mayor****, en cambio, hay determinación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio...*
>
> *Establecido que en el caso de autos no puede hablarse de fuerza mayor en la producción del resultado, debe ahora determinarse la trascendencia de la alegación del INSALUD sobre los conocimientos médicos en la fecha en que tuvieron lugar los actos médicos a los que se anuda la responsabilidad patrimonial que se demanda. Y esto no sólo por agotar el razonamiento, sino también por la conveniencia de examinar el problema con la nueva luz que aporta la nueva redacción dada al artículo 141.1 LRJ-PAC por la reciente Ley 4/1999, de 13 de que ha modificado la Ley 30/1992."*

2. El pragmatismo de la jurisprudencia civil. Exclusión del criterio distintivo caso fortuito-fuerza mayor y asunción del criterio de la culpa.

Como es bien sabido, los Tribunales civiles no han declinado de conocer asuntos sobre responsabilidad de la Administración, contribuyendo así a la desunificación del fuero en esta materia o, dicho de otro modo, a ese "peregrinaje" jurisdiccional tan denostado, erradicado de forma decidida por la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 9.4) de 13 de julio de 1998 y la nueva Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (art. 2-e) (27). Parece claro que la unidad jurisdiccional en esta materia es en sí misma

(27) La explicación de esa postura, reveladora de una cierta contumacia en la retención, a todas luces impropia, de esa competencia, puede encontrarse, de una parte, en el buen propósito

un logro encomiable, tanto lo haya sido a favor de la contenciosa como si lo hubiera sido en favor de la civil; lo que queremos indicar es que esta operación debe llevar aparejada una seria reflexión en el seno de la jurisdicción contencioso administrativa, en este momento histórico en el que se hace con el monopolio de la competencia, sobre cuál es el "estado de los conocimientos de la ciencia" sobre estos problemas, mirando atentamente lo ocurrido a extramuros de su propia sede, no vaya a ser que el "progreso" que en abstracto representa esa unificación del fuero comporte una situación de riesgo para el ciudadano, para la Administración, o para el sistema mismo.

En efecto, esas jurisdicciones distintas de la contenciosa también han contribuido a enriquecer, a golpes de pragmatismo y buen sentido -al igual que ha ocurrido en el propio sistema de la responsabilidad por culpa- (28), los modos de resolver los problemas peculiares que plantea el instituto de la responsabilidad en el ámbito de la asistencia sanitaria, abandonando el criterio de la causalidad ciega y distinguiendo, aun a costa de traicionar los postulados "puros" de la responsabilidad objetiva, entre la obligación de medios y la de resultado y entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público, introduciendo para ello ingredientes culpabilísticos más o menos visibles (29) y dando así salida flexible a innumerables supuestos muy

de no dilatar más el conocimiento de causas que aunque jurisdiccionalmente mal residenciadas reclaman pronta solución; y, de otra parte, por la razón más sustancial de que por razones históricas que no es necesario recordar, el juez civil se considera el juez natural en materia de responsabilidad patrimonial.

(28) Es expresivo de ello cómo en el propio ámbito de la responsabilidad culposa ex art. 1902 y ss. del Código Civil, los tribunales de este orden han incorporado elementos cuasi-objetivos a la vista de un modelo de relaciones sociales y económicas masificadas donde cobra un peso decisivo el factor de "puesta en riesgo" en contra del agente productor de tales riesgos. También se pone esto de manifiesto a través de la doctrina del "daño desproporcionado", liberatorio para el damnificado de la demostración del nexo causal o de la culpa del agente, del que dan ejemplo las Sentencias de la Sala de lo Civil de 8 de septiembre de 1998 (*Ar.* 7548) y 29 de junio de 1999 (*Ar.* 4895).

(Esa actitud reductora de planteamientos maximalistas se pone también de manifiesto a la inversa; así, los tribunales civiles han moderado en no pocas ocasiones los drásticos efectos a que llevaría una aplicación pura de lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley General para la Protección de los Consumidores y Usuarios, que a más de una responsabilidad de carácter objetivo desplaza la carga de la prueba al agente productor del daño, aspecto éste que ha sido objeto de corrección en función de las circunstancias de cada caso.

(29) Tal sucede con el manejo del parámetro de la *"lex artis ad hoc"* como canon de actuación diligente, es decir la utilización de "cuantos elementos conozca la ciencia médica de acuerdo con las circunstancias crónicas y tópicas en relación con un paciente concreto" (STS., Civil, 22 de mayo de 1.999, *Ar.* 3359), parámetro que viene a operar como una especificación del concepto de "funcionamiento normal" como causa exculpatoria o excluyente de la responsabilidad.

difíciles de resolver de modo razonable desde la única perspectiva de la relación de causalidad, que es el canon "ortodoxo" que se ven compelidos a utilizar los jueces y tribunales de lo contencioso administrativo en el marco de la responsabilidad objetiva; rígido corsé de cuya asfixia suelen aliviarse estos tribunales mediante la instrumentación táctica del *onus probandi,* elemento éste que a la postre cumple, de manera tan impropia como arbitraria, el papel de mecanismo regulador de la dureza o blandura con la que haya de tratarse a la Administración en función de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. En suma, ese "caos jurisdiccional" tan despreciado, al que ha concurrido también la jurisdicción laboral, ha propiciado la incorporación de criterios flexibles aunque extraños al sistema de responsabilidad objetiva pura y al modo en que desde el Derecho Administrativo -mucho más rudimentario en esta materia, hay que decirlo- se han manejado algunos conceptos (así, la distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor, la indiferencia de consecuencias entre el funcionamiento normal y anormal del servicio, el reparto de la carga de la prueba, entre otros). Ahora, una vez consolidada la unidad de fuero jurisdiccional a favor del contencioso, éste se ve abocado a absorber todo el sistema con el consiguiente peligro de que la tradicional rigidez de planteamientos en esta sede pueda acabar desechando los avances conseguidos en esos otros órdenes jurisdiccionales.

Si algún rasgo caracteriza a la jurisprudencia civil recaída en los asuntos que nos ocupan ha sido su ausencia de planteamientos dogmáticos sobre la concurrencia o no de fuerza mayor así como el manejo decidido de la idea de culpa. Como hemos destacado en otro lugar (30), la Sala de lo Civil abunda en su doctrina según la cual la prestación sanitaria es una obligación de medios y no de resultado. La prueba de la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc* corresponde al demandante, salvo en los casos de daños desproporcionados en los que puede hablarse de un *fumus* de negligencia -*res ipsa loquitur*- a la vista del resultado dañoso.

Así, en diversos supuestos en que el contagio tuvo lugar en torno al momento de conocerse la existencia del virus, la Sala de lo Civil:

a) Descarta que tuviera relevancia alguna que se hubiera dictado o no la disposición que instauró el deber de practicar el test, pues

(30) Vid. GUICHOT REINA, Emilio y LOPEZ MENUDO, F., en "Justicia Administrativa", núm. 6, enero 2000, Edit. Lex Nova, págs. 164 y ss., con reseña de sentencias y comentarios.

"los síntomas y vías de transmisión no obstante ya eran conocidos en círculos científicos y en la opinión pública, por lo que existe negligencia médica" (31)... [y]
"se debieron adoptar medidas preventivas e informar de los riesgos a los pacientes (32)

b) Incluso el simple conocimiento de que había casos de enfermedad por contaminación, aunque no se supiese la causa, ya implicaba negligencia. La transfusión tuvo lugar en 1983, y aun así estima la Sala que

"aun sin haberse aislado los respectivos virus ni existir test a nivel mundial, ante la detección de casos se debieron reservar las transfusiones a casos de riesgo vital o de consecuencias graves e irreparables para la salud, en casos de inexistencia de medios alternativos de curación y siempre con información de riesgos (33).

c) También hay responsabilidad aunque se alegue la existencia de "período ventana". No es caso de fuerza mayor, porque no es un daño necesario [?] e inevitable (34)

Como puede observarse, el estándar de diligencia manejado es muy elevado. Tales pronunciamientos, interpretados *a sensu contrario*, presuponen que el estándar solo se entendería cumplido en supuestos muy cualificados de transfusiones absolutamente necesarias realizadas antes de la detección del virus por la comunidad científica y de la existencia a nivel mundial de cualquier test.

En esta misma línea es preciso citar la Sentencia T.S. de la Sala de lo Social de 5 de junio de 1991 (35). Aunque la transfusión que fue causa de la hepatitis C tuvo lugar en 1986 cuando no existía a nivel mundial forma de detectar el virus, la Sentencia declara que el daño no era necesario ni inevitable y que se trataba de caso fortuito y no de fuerza mayor. La cita de la Sentencia es importante porque su tesis, ciertamente rigurosa en extremo,

(31) STS de 9 de marzo de 1999, *Ar.* 1368 hepatitis C; y 28 de diciembre de 1998, *Ar.* 10161,

(32) STS de 24 de junio de 1997, caso de SIDA. *Ar.* 5208.

(33) STS. 18 de febrero de 1997 (SIDA y Hepatitis C), *Ar.* 1240

(34) STS. 28 octubre 1998 (Hepatitis B), *Ar.* 8928

(35) *Ar.* 5131

puso las bases para la reacción de la propia Sala, que cambió radicalmente el concepto de fuerza mayor a través de la Sentencia de 22 de diciembre de 1997 que analizaremos en el siguiente epígrafe.

Antes de proseguir es oportuno precisar que esta era la situación cuando en enero de 1997 fue redactado el nuevo artículo 141 de la Ley 30/1992, es decir, en un momento en que la jurisprudencia no permitía acomodar estos casos de contaminación sanguínea en el concepto de fuerza mayor, por lo que mal puede entenderse, como ya hemos observado más arriba, que la causa de exclusión de la responsabilidad que dicho artículo contiene fuera introducida en la Ley como una especificación de la fuerza mayor. Es ilustrativo de este proceso evolutivo de la jurisprudencia el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 152/1999 de 4 de noviembre que da cuenta de la necesidad de acomodar las decisiones administrativas a la doctrina dominante del Tribunal Supremo que por entonces no reconocía otra causa de exclusión que la fuerza mayor, resistiéndose por añadidura a subsumir los riesgos del progreso en tal categoría. El Consejo Consultivo sostuvo en un primer momento la tesis de que estos casos constituían causa de exoneración por ausencia de antijuricidad, rectificando luego y acercándose por puro acatamiento, que no por convicción doctrinal, a la tesis del Tribunal Supremo, si bien entendiendo que esos riesgos podían incluirse en la categoría de la fuerza mayor, tal como el propio Tribunal Supremo reconoció después con la repetida Sentencia de 22 de diciembre de 1997.

> *"Este Organo consultivo, desde su dictamen 3/1995, considera el estado de la ciencia como un elemento clave que, en determinados casos, exonera de responsabilidad patrimonial a la Administración imputada. A dicha conclusión se llega tras el análisis de la naturaleza de la responsabilidad objetiva, que no puede extenderse hasta abarcar supuestos ocasionados por hechos de cuyas consecuencias no se podía tener conocimiento al momento de producirse, ni convertirse en un seguro de todo lo que acontezca o pueda acontecer a las personas en relación mediata o inmediata con el actuar administrativo.*
> *A esta misma problemática se refiere el dictamen 65/1995, donde -tras reiterar la virtualidad conceptual de la vía apuntada- se indica que, no obstante, no puede ignorarse que una amplia jurisprudencia del Tribunal Supremo consagra a la fuerza mayor como "la única hipótesis excepcionante de la responsabilidad de la Administración" (por todas, Sentencia de 4 de noviembre de 1993), concluyendo que, en tanto la jurisprudencia no acoja razonamientos similares al señalado, resulta prudente que la Administración se sitúe en la perspectiva de la fuerza mayor. Desde el indicado prisma, ha de entenderse que cuando los artículos 106 de la Constitución y 139.1. de la Ley 30/1992 contemplan los casos de fuerza mayor*

como una excepción al principio general de responsabilidad objetiva por las lesiones causadas por el funcionamiento de un servicio público, lo hacen en consideración a que, en ellos, de ninguna manera es posible para la Administración evitar el resultado lesivo, siendo así que ningún sistema de responsabilidad puede desenvolverse al margen de la realidad sobre la que se proyecta. Y es que, conforme al aforismo ad impossibilia nemo tenetur, *no resulta concebible una exigencia de responsabilidad por acciones u omisiones materialmente inalcanzables en un determinado momento histórico.*

Este modo de ver ha tenido un importante refrendo en la modificación introducida por la Ley 4/1999 de 14 de enero en el artículo 141 de la Ley 30/1992... Ciertamente la norma no es aplicable al caso sometido a dictamen, dada la fecha en que se produjeron los hechos que sirven de base a la reclamación; no obstante, sí que puede invocarse en la medida en que viene a revestir con la veste *de la Ley, tesis mantenida con anterioridad por este Organo consultivo.*

3. La subsunción de los riesgos del progreso en la fuerza mayor. La doctrina de la Sentencia de 22 de diciembre de 1997 (36)

Aunque existe constancia de algún precedente a la Sentencia que ahora analizamos (37), ésta es destacable no sólo por incardinar los riesgos del desarrollo en la categoría de la fuerza mayor sino por poner en cuestión el criterio definidor de este concepto al replantear qué deba entenderse por circunstancia "externa" al servicio. Como hemos indicado anteriormente el "yunque" sobre el que martillea la Sentencia no es otro que el pronunciamiento de la propia Sala de 5 de junio de 1991. Se trataba de un caso de contagio de Hepatitis C contraído en hospital público en 1985. El Tribunal declara que el daño era *imprevisible* e *inevitable* y *externo* al actuar administrativo. La riqueza de su contenido merece la transcripción de algunos de sus pasajes esenciales:

"Ante todo hay que indicar, como señalaba la Sentencia de 5 junio 1991 que en la regulación de la asistencia sanitaria se establece una obligación de actuar sin garantizar en términos absolutos las consecuencias de la actuación sanitaria, pero inicialmente, como razona la sentencia, dicha asistencia está englobada en el

(36) Sala de lo Social. Ponente: Excmo. Sr. D. Julio González Peña. *Ar.* 737/1998.

(37) Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 4 de noviembre de 1996 que califica un caso de contagio de hepatitis C como un supuesto de fuerza mayor: "son accidentes -riesgos del desarrollo- que deben quedar excluidos de la responsabilidad".

servicio público de protección a la salud, servicio que como tal es responsable de las lesiones que por su funcionamiento normal o anormal pueda sufrir todo particular, lesión que ha de ser indemnizada salvo que sea debida a fuerza mayor. Por ello el problema litigioso se reconduce al examen de la responsabilidad objetiva y la causa de su exoneración, en el que ***procede modificar la afirmación de la Sentencia de 5 junio 1991****, por entender que la calificación que corresponde a esa circunstancia de falta de conocimiento de la enfermedad y en consecuencia de su detectación* ***es la de fuerza mayor.***

Ante todo hay que poner de manifiesto que no existe en nuestro derecho una definición de la fuerza mayor distinguiéndola del caso fortuito, puesto que en el artículo 1105 del Código Civil se establece una regulación omnicomprensiva de ambos supuestos, en la que se exige, como señala el precepto, que estemos en presencia de sucesos que no hubieran podido preverse o que previstos fueran inevitables. La distinción es de origen doctrinal y jurisprudencial poniendo su acento bien en la imprevisión e inevitabilidad -fuerza mayor-, o en la previsión y evitabilidad -caso fortuito- o por el contrario en que el acaecimiento se origine fuera de la empresa o círculo del deudor -fuerza mayor-, o en el ámbito interno -caso fortuito-. Se menciona así en esta doctrina, como expresiones del segundo, las averías, accidentes profesionales y como ejemplo de la primera causa de exclusión, los supuestos de guerra, rayo, etc., pero indudablemente estos ejemplos son simplemente orientativos.

Pero en esta distinción, como decimos de creación doctrinal y jurisprudencial, no se pueden olvidar los requisitos que se derivan de la definición del artículo 1105 del Código Civil, requisitos de imprevisibilidad e inevitabilidad, y así ***también se pueden contraponer al caso fortuito y como fuerza mayor, los hechos que no se puedan incardinar, por no poder preverse en el curso normal de la vida, en la forma ordinaria de producirse las cosas o los acontecimientos****. En la doctrina objetiva cuanto pasa en el círculo interno, que es el calificado como supuesto de caso fortuito, lo es en tanto constituye un hecho previsible o evitable. Las doctrinas de referencia establecen criterios de diferenciación entre ambos supuestos, el caso fortuito y la fuerza mayor, pero no pueden imponer criterios de definición ya que éstos los estableció el legislador en el artículo 1105 del Código Civil.*

... hay que tener en cuenta que la actuación de la Entidad Gestora va dirigida a conservar o restablecer la salud de los interesados... [que]... no pueden exigir un resultado, ni una información que está fuera de las reglas del conocimiento humano, como ocurría con la dolencia que posteriormente se detectó a la actora. Estamos ante un suceso extraordinario que no puede comprenderse dentro del proceso ordinario de un tratamiento... pues ***la prevención era imposible y externa*** *a la actuación del demandado recurrido, pues no se conocía el medio de detectar la posible infección cuya investigación correspondía a otras*

instituciones, e incluso conociendo la existencia del virus, pero no la forma de protegerse de sus efectos al desconocerse la manera de detectarlo, indudablemente ***no se le podía exigir que suspendiera todas las transfusiones que en aquel momento practicaba dentro de todo el Estado.*** *Avanzando un paso más se podría afirmar que se llegaría a una situación absurda, conociendo la enfermedad y no el medio de detectación, que por el consentimiento informado podría llegarse a la exoneración de responsabilidad, y ésta no se alcanzase en el supuesto litigioso en el que se desconocía la propia existencia del virus.*

Aplicar la doctrina del hecho externo con la significación de referirla únicamente a hechos extraordinarios de la naturaleza o de la actividad humana sin ninguna matización, significa que en estos momentos se están produciendo actuaciones correctas del INSALUD, prescribiendo tratamientos, que por su misma naturaleza tienen no sólo virtudes curativas sino también en muchos casos efectos perjudiciales, que en un futuro darían lugar a poder exigirle responsabilidades, con· la consiguiente indemnización compensatoria, si se descubren nuevas dolencias, tratamientos, o efectos negativos de los medicamentos, como pueden ser efectos cancerígenos que pongan de relieve una actuación errónea a la luz de esos nuevos avances científicos, y que en el momento del tratamiento era correcta, como ocurrió en el caso litigioso.

Por todo lo expuesto hay que concluir que al producirse el daño por un ***hecho externo*** *a la actuación del INSALUD estamos ante la causa de exoneración que prevé la norma."*

VI. LOS DAÑOS EXCUSABLES DE LOS RIESGOS DEL PROGRESO COMO UNA CAUSA NATURAL DE EXCLUSION DE RESPONSABILIDAD

Es obligado el análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1999 de la Sala de lo Contencioso (38), primera que ha hecho aplicación del artículo 141.1. en su nueva redacción. La Sentencia reconoce la cláusula como lo que es, o sea, como una causa de justificación o de no antijuricidad, si bien su propio corte didáctico, como ya notamos *supra*, le lleva a adentrarse en distinciones conceptuales entre el caso fortuito y la fuerza mayor que más que clarificar producen cierta perturbación en la nitidez de su excelente línea doctrinal.

(38) Ya comentada más arriba, Epígrafe V.1. Ponente: González Navarro. *Ar.* 6154. Un comentario a la Sentencia en GUICHOT REINA, E. y LOPEZ MENUDO, F., "Justicia Administrativa", Edit. Lex Nova, núm. 7, Abril 2000.

Basada en la negación de que una hepatitis C, contraída en enero de 1976, constituya un caso de fuerza mayor, dada la rígida vinculación que establece entre esta categoría y el dato de la externidad, -la Sentencia no se hace eco de la de 22 de diciembre de 1997, comentada en el epígrafe anterior- sitúa el supuesto en el terreno de la no antijuricidad en tanto la ignorancia de los conocimientos científicos haya sido probada por la Administración, decantándose, ante la falta de probanza en el caso de Autos, por la inserción del supuesto en el caso fortuito determinante de la responsabilidad administrativa. Así:

> *"... hay ocasiones en que el operador jurídico ha de enfrentarse con supuestos en que la causación de un daño viene determinada por la necesidad de evitar un mal mayor. En tales casos no sería razonable hablar de existencia de responsabilidad extracontractual por más que en el ordenamiento jurídico administrativo aparezca configurada como objetiva. Lo cual no quiere decir que estemos ante una ampliación del concepto de caso fortuito, sino que la razón hay que buscarla en la no ilicitud del resultado, es decir en la ausencia de antijuridicidad de la lesión, lo que nos permite abandonar el debate sobre la conducta de la Administración y trasladarlo al resultado, estableciendo que en tales casos, y sin perjuicio de aquellas excepciones que pudieran venir motivadas por las peculiaridades del caso concreto, el paciente vendría obligado a soportar el daño precisamente porque habrá que entender que concurre una causa de justificación".* (Fto. Quinto. B.e)

Ahora bien,

> *"no basta con que se invoque la insuficiencia de unos conocimientos científicos en la materia de que se trate, sino que es necesario que ese estado insatisfactorio de la ciencia se pruebe, prueba que en el caso -y por estricta aplicación de las reglas de la carga de la prueba- tendría que hacer la Administración, la cual no la ha intentado siquiera según queda dicho"* (Fto. Quinto B.a.)

Por tanto,

> *"es obligado concluir que ni ha habido fuerza mayor ni cabe hablar de ausencia de antijuridicidad de la lesión ya que no se ha acreditado por quien tenía la carga procesal de hacerlo -la Administración- la imposibilidad de evitar el daño en función del estado de la ciencia en el momento en que se produjo"* (Fto. Quinto C)

La Sentencia cuenta con un Voto particular que secunda impecablemente en su punto Tercero (39) la tesis sustancial de la Sentencia, discrepando de ella sólo en lo relativo a la necesidad de probar algo que a juicio de los Magistrados disidentes era un hecho evidente que no precisaba probanza (40).

En suma, esta primicia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo pone decididamente el asunto en el plano correcto y es de esperar de las sucesivas que vayan abordando un aspecto crucial de la figura cual es el de la prueba del estado de los conocimientos del que nos ocupamos en el siguiente epígrafe.

Parece quedar así consolidada lo que en el rótulo hemos denominado una causa "natural" de exclusión de la responsabilidad. Se trata en todo caso de una opción del legislador, legítima, que no cuenta con obstáculo alguno de orden constitucional ni del Derecho Comunitario. En efecto, hay que notar que la Directiva 85/374/CEE de 25 de julio de 1985, art. 7.e) establece que *«el productor no será responsable si prueba que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto»* (41).

---

(39) Suscrito por los Magistrados PECES MORATE y SIEIRA MIGUEZ. Dice así: "Del precepto contenido en el citado artículo 141.1, tanto en su redacción anterior como en la actual, y de los artículos 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, se desprende que las Administraciones Públicas no están obligadas a indemnizar aquellos daños que el perjudicado viene obligado a soportar (Sentencias de esta Sala de 22 de abril y 26 de septiembre de 1994, 1 de julio y 21 de noviembre de 1995, 5 de febrero y 18 de octubre de 1997 y 13 de junio de 1998 -recurso de casación 768/1994, fundamento jurídico quinto, entre otras), y nos parece evidente que los daños derivados de una legítima actuación administrativa, que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, son un riesgo que el perjudicado debe soportar, pues lo contrario sería convertir a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales, lo que no resulta acorde con el significado de la responsabilidad extracontractual aunque sea objetiva o por resultado".

(40) "si cuando se le diagnostica la mencionada hepatitis aún no se había aislado el virus de la hepatitis C, (como lo demuestra el aludido diagnóstico), resultaba imposible, según el estado de la ciencia y la técnica, conocer al momento de la transfusión si la sangre estaba contaminada por el virus de la indicada hepatitis C, de manera que su posible contagio era un riesgo que debía soportar el propio paciente sometido a la intervención quirúrgica, en la que fue necesario llevar a cabo la transfusión, ya que nadie ha puesto en duda que aquélla y ésta se efectuasen para atender al restablecimiento de la salud de aquél, razón por la que *no debe imponérsele a la Administración demandada, como se hace en la sentencia que respetuosamente no compartimos, la carga de probar un hecho evidente*, en el que el propio perjudicado basa su pretensión".

(41) *Vid.* BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, Comentario al artículo 28 en "Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", Edit. Civitas, Madrid,

Como explica en sus Conclusiones el Abogado General Sr. Giussepe Tesauro, presentadas el 23 de enero de 1997 en relación con la Sentencia del 29 de mayo siguiente, asunto "Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte" (42), la Comisión optó por dicha fórmula, o sea, "un régimen de responsabilidad objetiva no absoluta, sino limitada, de conformidad con un principio de reparto igualitario de los riesgos entre el perjudicado y el productor, sobre el cual deben recaer exclusivamente los riesgos calculables, y no los riesgos de desarrollo, que, de por sí son incalculables. Por consiguiente, con arreglo a la Directiva, para que el productor sea considerado responsable de los defectos del producto, el perjudicado debe probar el daño, la existencia del defecto del producto y el nexo de causalidad entre uno y otro, pero no la culpa del productor".

Sin embargo, -continua el Abogado General- "este último puede liberarse de la responsabilidad si demuestra que el *"state of the art"* no permitía considerar defectuoso el producto en el momento de su difusión en el mercado. Esto es lo que establece la letra e) del artículo 7 de la Directiva".

También recuerda el Sr. Tesauro en sus Conclusiones, cómo la propuesta de la Comisión iba en principio más allá del régimen de "strict liability" (responsabilidad objetiva o estricta responsabilidad) de modo tal que no admitía la prueba exoneratoria del productor, quien sería responsable de los daños causados por los defectos de la cosa, prescindiendo del hecho de que los

---

1992. PARRA LUCAN, M.A. *Daños por productos y protección del consumidor,* Edit. J.M. Bosch, Barcelona, 1990., págs. 621 y ss. Como es sabido, la Ley 22/94, de 6 de julio, sobre responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos transpone la Directiva 85/374/CEE. Su Exposición de Motivos señala que "siguiendo la Directiva, la Ley establece un régimen de responsabilidad objetiva, aunque no absoluta, permitiendo al fabricante exonerarse de responsabilidad en los supuestos que se enumeran"; y el artículo 6, entre las causas de exoneración contempla: *e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto.*

(El artículo 15.1.b) de la Directiva permite a cada Estado miembro mantener o introducir en su legislación la regla de la responsabilidad del productor aunque éste pruebe que en el momento de puesta en circulación del producto el estado del conocimiento no permitía detectar el defecto. El legislador español, hizo aplicación de su discrecionalidad al respecto, estableciendo en el apartado 3. del propio artículo: *"En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con esta Ley, no podrán invocar la causa de exoneración de la letra e) del apartado 1 de este artículo".*

(42) Asunto C-300/95 Rec.p. I-2649. *Vid.* LETE ACHIRICA, J. *Los riesgos del desarrollo en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de mayo de 1997,* "Actualidad Civil", núm. 27, 1998. Asimismo, GARCIA RUBIO, M.P., *Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad...*, ob. cit. *supra.*

conociera. De este modo se excluía la posibilidad del productor de invocar la excepción basada en el "state of the art". En otras palabras, se terminaba imputando a los productores también la esfera de los denominados "riesgos de desarrollo".

Y a propósito de las repercusiones que un sistema de responsabilidad indiscriminado puede conllevar vale la pena transcribir las observaciones del Abogado General:

> "no es inoportuno recordar que en Estados Unidos la jurisprudencia había mostrado una propensión hacia la afirmación de la responsabilidad absoluta del productor, en especial en el sector de los productos farmacéuticos. No obstante, la "indiscriminate expansion of substantive tort liability" resultante de dicha jurisprudencia, por la que se declaraba la responsabilidad en todos los casos y a toda costa, rechazando la excepción basada en el "state of the art", provocó una crisis del mercado asegurador tan profunda que llegó a excluir determinadas actividades económicas de la cobertura de los seguros. Por este motivo, recientemente se han manifestado señales tanto jurisprudenciales como normativas que apuntan a una inversión de la tendencia y a un retorno de las reglas de la responsabilidad objetiva ya no absoluta." (43).

El problema es ciertamente arduo y de ello se ocupa el "Libro Verde de la Comisión Europea relativo a la responsabilidad civil por productos defectuosos", de octubre de 1999, iniciativa que tiene la doble finalidad de recabar información que permita evaluar los efectos de la Directiva 85/374/CEE y estudiar las reacciones de los sectores interesados en relación con una posible revisión del contenido de la misma, en orden a determinar si la supresión de la exención del productor por los riegos del desarrollo –cuyo reconocimiento no es actualmente

(43) Al respecto, véanse los comentarios de PRIEST, "The current insurance crisis and modern tort law" "LA CRISI DEL SEGURO CORREINTE Y LA MODERNA TORT LEY", en 96 *Yale Law Journal* 1589 (1987); ídem, "La controrivoluzione nel diritto della responsabilità da prodotti negli stati Uniti d'America", en *Foro italiano*, 1989, IV, pp. 119 y ss. En esta última obra , el autor lanza al mundo jurídico europeo una advertencia que debe tenerse muy presente. "El Tribunal Supremo de California, en el asunto Brown, y la nueva normativa de New Jersey han comenzado a revisar las premisas de la norma de "strict liability" existente en el sector de la responsabilidad derivada de los productos. Será importante comprobar si los Estados europeos, en la ejecución concreta de la Directiva comunitaria de 25 de julio de 1985, en la que se adoptó el criterio de la "strict liability" veinticinco años después de su introducción en Estados Unidos, aceptarán las premisas teóricas originarias de ese régimen que, posteriormente, han llevado a Estados Unidos a una situación de crisis o, por el contrario, acogerán la contrarrevolución que acaba de iniciarse".

obligatorio para los Estados miembros- tendría consecuencias altamente perjudiciales para la industria o el sector de los seguros.

En cualquier caso, por las razones ya apuntadas, la exención de los servicios sanitarios públicos está plenamente justificada y queda a nuestro juicio muy al margen tanto del concepto de "productor" implicado en las relaciones económicas de la que se ocupa la Directiva en cuestión.

VII. EL PROBLEMA DE LA PRUEBA DEL ESTADO DE LOS CONOCIMIENTOS DE LA CIENCIA

Cuestión decisiva es la fijación del correcto estándar de diligencia que ha de desplegarse para que la cláusula de exención por los riesgos del desarrollo se asiente con toda legitimidad en el sistema y alcance la racionalidad que le es propia. A nuestro juicio, ese deber de diligencia debe ser muy alto de tal modo que deben desecharse *a radice*, aquellos criterios que favorezcan la relajación o la fácil justificación de los servicios públicos sanitarios ante los riesgos. Por consiguiente, debe quedar de todo punto erradicada la idea de que el estado de los conocimientos haya de ponerse en relación con el que exista en un concreto hospital, o el que sea posible por imperativos económicos en un determinado territorio, o incluso en el conjunto del país. La nueva cláusula del artículo 141.1. de la Ley 30/1992 no ha de ser entendida como una medida facilitadora de conductas irresponsables de la Administración, sino como una previsión legal definidora del sistema que trata de poner orden y coto a los excesos en pro y en contra que han sido proverbiales en esta materia.

Los niveles de diligencia han de situarse en el plano riguroso con los que se ha manejado hasta el momento la jurisprudencia examinada, bien que ahora trasladando ese rigor al nuevo contexto técnico en el que ha de desenvolverse. En esto le queda a los Tribunales camino que recorrer. Pero es oportuno recordar, como parámetros de referencia, los postulados que al respecto han sido enunciados por el Abogado General Sr. Tesauro en sus Conclusiones a la Sentencia CEE antes comentada:

a) deben imputarse al productor los riesgos previsibles, frente a los cuales puede protegerse bien con carácter preventivo, incrementando la experimentación y las inversiones en investigación, o bien, posteriormente, celebrando un contrato de seguro de responsabilidad civil que cubra los eventuales daños causados por el defecto del producto.

b) el estado de los conocimientos científicos no puede identificarse con las opiniones expresadas por la mayoría de los estudiosos, sino con el nivel más avanzado de las investigaciones efectuadas hasta un determinado momento.

c) Desde el momento en que en el panorama científico contemporáneo exista una sola voz aislada que haya señalado el potencial carácter defectuoso y/o peligroso del producto, su fabricante ya no está ante un riesgo imprevisible.

d) El "estado de los conocimientos disponibles" debe entenderse de un modo que comprenda todos los datos presentes en el circuito informativo de la comunidad científica en su conjunto, habida cuenta, no obstante, según un criterio de racionalidad, de las posibilidades concretas de circulación de la información.

Una última reflexión que estimamos importante y que viene a probar la inconsecuencia de extrapolar soluciones acuñadas en un contexto jurídico determinado a otros subsistemas jurídicos donde rigen principios propios y problemas peculiares. De la propia Directiva comunitaria se deduce un reparto de las cargas según el cual al productor corresponde hacer frente a los riesgos calculables, mientras que al damnificado le toca probar la existencia del daño, la del defecto del producto y la relación de causalidad; es decir, el deber de levantar una carga probatoria inmensa, inasequible la mayoría de las veces en el ámbito de la asistencia hospitalaria. Una exigencia realmente leonina, absolutamente reñida con las posibilidades de defensa de los sujetos que han sufrido los daños que estamos considerando. La jurisprudencia española brinda soluciones más flexibles en cuanto al desplazamiento de la carga de la prueba, en función de las características del caso. Creemos nosotros que el sistema de responsabilidad objetiva que rige para la Administración Pública, tan pretendidamente generoso en abstracto por el efecto deslumbrador que a primera vista produce el hecho de basarse en la pura relación causal, tiene la gran asignatura pendiente de afinar lo relativo a la carga de la prueba, porque a veces los pronunciamientos enfatizadores de la generosidad del sistema que suelen lucir las Sentencias de nuestros Tribunales contencioso-administrativos quedan en la nada o en muy poco, si todo ello queda rebajado en la práctica con un desplazamiento del *onus probandi* a veces materialmente imposible. Pero este es tema de otro estudio; quede simplemente apuntada esta reflexión.

La participación de las Comunidades Autónomas en la elaboración del derecho comunitario sobre la contratación pública y en su ejecución dentro del estado español*

Martín Mª Razquin Lizarraga

I. INTRODUCCION

El objeto del presente estudio tiene relación con el Derecho Comunitario, en especial con su incidencia en la materia de los contratos públicos, donde ha supuesto la necesidad de que los Estados miembros adecúen sus normativas nacionales a los principios de las normas del Derecho Comunitario. Un caso evidente de ello, y fue uno de sus objetivos declarados, es la LCAP de 1995.

Dado que se trata referirse a la estructura territorial del Estado, hay que recordar que la misma por mor de los artículos 2º y 137 de la Constitución no se limita ya sólo a la estructura central conformada por las Cortes Generales y el Gobierno de la Nación como instituciones más relevantes de este Estado Central, sino también a los Parlamentos y Gobiernos de las Comunidades Autónomas.

Dentro de la participación de un Estado miembro en la conformación del Derecho Comunitario deben verse dos perspectivas: una la llamada vía ascendente o de elaboración del propio Derecho comunitario, donde como veremos la participación de las Comunidades Autónomas es reducida, y otra la vía descendente o de ejecución o aplicación del Derecho comunitario donde la participación de las Comunidades Autónomas es más importante.

No debe olvidarse que los Estados miembros de la Unión Europea no responden todos ellos al arquetipo de Estado federal o regional o autonómico, si-

---

* El presente estudio fue presentado como ponencia en las IV Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía sobre la contratación de las Administraciones Públicas, celebradas en Sevilla los días 26 y 27 de noviembre de 1998.

no que algunos de ellos siguen el modelo de Estado unitario centralizado. No hay pues una posición común desde Europa sobre la materia, sin perjuicio que exista una comprensión sobre esta cuestión. Así cabe recordar el caso alemán donde los Länder ostentan un poder singular, dado el modelo de Estado federal, y por el contrario el caso francés donde las Regiones son puras estructuras administrativas sin poder legislativo.

II. LAS DIRECTIVAS EUROPEAS SOBRE CONTRATOS PUBLICOS (1)

A) RELACION DE LA NORMATIVA COMUNITARIA SOBRE CONTRATOS

Las Instituciones europeas han aprobado diversas directivas sobre contratación pública, estando en este momento en un nivel de codificación, que permite resumir su vigencia del siguiente modo.

1) Directivas sobre el ámbito material de los contratos.

- Directiva 92/50/CEE: Sobre contratos de servicios.

- Directiva 93/36/CEE: Sobre el contrato de suministros.

- Directiva 93/37/CEE: Sobre el contrato de obras.

- Directiva 93/38/CEE: Sobre los contratos de los llamados sectores excluidos (transporte, agua, energía y telecomunicaciones).

Las Directivas 93/36, 93/37 y 93/38 constituyen textos refundidos y codificados de la normativa comunitaria en materia de estos contratos públicos.

(1) Con carácter general me remito a mi libro *Contratos públicos y Derecho comunitario*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1996, cuyo Capítulo II se dedica a la exposición de la normativa comunitaria sobre contratación pública. *Vid.* también J.A. MORENO MOLINA, *Contratos públicos: Derecho comunitario y derecho español*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1996; J.L. PIÑAR MAÑAS, "El Derecho comunitario de la contratación pública. Marco de referencia de la nueva Ley", en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, Madrid 1996, págs. 21-51; y R. SILVA DE LAPUERTA y G. CALVO DIAZ, "El Derecho comunitario y la Ley de contratos de las Administraciones Públicas", en *Derecho de los contratos públicos. Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Praxis, Barcelona 1995, págs. 101-125.

Estas Directivas han sido modificadas por la Directiva 97/52/CEE y por la Directiva 98/4/CEE.

2) Directivas sobre el ámbito garantizador: Son las llamadas Directivas de recursos en las que se regula la garantía de la aplicación de las directivas sobre el ámbito material anteriormente citadas. Son las siguientes:

- Directiva 89/665/CEE sobre los contratos públicos de suministros, obras y servicios (ampliado a estos últimos por la Directiva 92/50/CEE).

- Directiva 92/13/CEE sobre los contratos en los sectores excluidos.

3) Existe otra normativa comunitaria que por su interés en el objeto del presente estudio hay que recordar:

- Comunicación 88/2510 sobre la ejecución de obras o adquisición de suministros cuando se ha recibido financiación europea.

- Comunicación de 22 de septiembre de 1989 sobre los aspectos regionales y sociales de la contratación pública.

- Recomendación 95/198/CEE sobre plazos de pago en las transacciones comerciales.

B) ANALISIS DEL ESTADO ACTUAL DEL DERECHO COMUNITARIO SOBRE CONTRATOS

Para examinar cuál es el estado actual del Derecho comunitario sobre contratos públicos es preciso acudir a las comunicaciones aprobadas por la Comisión sobre esta materia así como a la jurisprudencia del TJCE y al informe anual sobre cumplimiento del Derecho comunitario.

a) Comunicaciones de la Comisión

La Comisión ha aprobado en los últimos años dos Comunicaciones de alcance respecto de la contratación pública, con la intención de abrir un debate sobre el momento presente y asimismo señalar cuáles pueden ser las vías de futuro. Ambas Comunicaciones han estado abiertas a la participación de otros Organismos e incluso el Libro Verde tenía como objeto recibir opiniones de todos los interesados públicos y privados (apartado 1.7).

1) Libro Verde. La Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro.

Con fecha 27.11.1996 la Comisión aprobó el Libro Verde sobre contratación pública (Documento COM (96) 583 final), con el fin de ofrecer un análisis de la situación de la contratación pública en Europa, abierto a las sugerencias de todos los agentes institucionales y privados, empresas y ciudadanos, que pudieran aportar su opinión en esta materia. A tal efecto se abría un plazo de remisión de respuestas a las cuestiones planteadas por el Libro Verde hasta el 31.3.1997.

El documento se estructura en seis apartados: 1. Introducción, 2. Contexto del debate, 3. Aplicación del Derecho de la Contratación pública: situación actual y tendencias, 4. Mejorar el acceso a la contratación pública: seguimientos de los contratos, información, formación y procedimientos electrónicos, 5. Contratación y otras políticas comunitarias, 6. La contratación pública en terceros países.

En primer lugar cabe destacar las siguientes afirmaciones iniciales del Libro Verde:

1. "Una política eficaz en materia de contratos públicos es vital para el éxito del mercado interior en todos sus aspectos".

2. "El número total de anuncios publicados ha pasado de 12.000 en 1987, a cerca de 95.000 en 1995". La proyección futura para los dos años siguientes se sitúa en 200.000 anuncios anuales.

3. A pesar de lo anterior se constata que "entre los cerca de 110.000 entidades y poderes adjudicatores sometidos a las directivas sobre contratación pública, alrededor del 85%, sobre todo entre las autoridades locales, no se ajustan a las exigencias de las directivas en materia de publicidad y transparencia".

4. El problema no es de hacer más normas o modificarlas sino de "incumplimiento de las normas", entre ellas la falta de incorporación de Directivas.

Del resto del documento conviene exponer, aunque sea brevemente, las ideas principales de los apartados 3 y 5, que son las siguientes:

a) Aplicación del Derecho de contratación pública: situación actual y tendencias

Los puntos sobresalientes de este apartado son los siguientes:

1. Se anunciaba un período de estabilidad de la legislación comunitaria y que la Comisión no tenía la intención de hacer cambios fundamentales.

2. Se reiteraba la obligación de los Estados de incorporar las directivas al ordenamiento jurídico nacional. En este aspecto se destacaba:

a) Necesidad de efectuar la incorporación y que ésta sea de calidad.

b) Se recuerda que desde el punto de vista jurídico, la mayor parte de las disposiciones de las Directivas tienen un efecto directo.

c) Se recuerda la doctrina del TJCE sobre la no incorporación de Directivas: responsabilidad del Estado y derecho de los particulares a ser indemnizados (Sentencias *Francovich* de 19.11.91; *Brasserie du Pêcheur-Factortame* de 5.3.96; y *British Telecom* de 26.3.96).

d) Se analizan los problemas de aplicación incorrecta de Directivas (definiciones de base contenidas en ellas, recurso excesivo al procedimiento negociado y a reducir los plazos de participación, insuficiente calidad de los anuncios y criterios de selección y adjudicación), así como aquellos otros problemas vinculados a situaciones que no se incluyen en las Directivas (concesiones, contratos de umbrales inferiores, modificación de las condiciones durante los procedimientos).

e) Se advierte la necesidad de que funcionen adecuadamente procedimientos de recurso rápidos y eficaces, en los niveles comunitario y nacional, para que se garantice la correcta aplicación del Derecho Comunitario. Se apuntan también otros sistemas de resolución de conflictos como por ejemplo la conciliación.

b) Contratación pública y otras políticas comunitarias

Los puntos sobresalientes del apartado 5 son los siguientes:

a) PYME: Se expresa el interés de la Comisión por las PYME, a fin de que aumente su participación en la contratación pública. En este punto se abordan dos problemas importantes: la subcontratación y los plazos de pago.

b) Contratos con fondos de la Unión Europea: La Comisión reitera su compromiso de verificar sistemáticamente el respeto de las normas de contra-

tación pública, añadiendo que si no se han respetado éstas la financiación europea puede ser suspendida o incluso retirada, y puede iniciarse un procedimiento de infracción.

c) Contratación pública y aspectos sociales: se trata de compaginar la inclusión de aspectos sociales (empleo, protección social, igualdad entre hombres y mujeres, etc.) en la contratación pública con las limitaciones que imponen las Directivas a fin de evitar que no se ponga en peligro su finalidad esencial de mercado único. De ahí que se acepte, en línea con las STJCE *Beentjes*, la posibilidad de establecer condiciones, siempre que no tengan efectos discriminatorios, directos o indirectos, con respecto a los licitadores procedentes de otros Estados miembros.

d) Contratación pública y medio ambiente: Se expone el interés de la Comisión de conjugar ambos términos, señalando que las Directivas de contratación pública dejan a las autoridades públicas un margen de maniobra para fomentar la defensa del medio ambiente, bien a través de los criterios de selección (fijación de capacidad económica, financiera y técnica que incorpore aspectos medioambientales o exclusión de empresarios que hayan infringido normas medioambientales), o a través de la incorporación de especificaciones técnicas de protección del medio ambiente, o en la fase de adjudicación dándose importancia a elementos medioambientales, o por último a través de las condiciones de ejecución impuestas a los adjudicatarios a fin de que respeten determinadas condiciones de protección del medio ambiente.

2) Comunicación: La contratación pública en la Unión Europea

Con fecha 11.03.1998 la Comisión ha aprobado una nueva Comunicación (Documento COM (1998) 143 final), en el que expone su posición sobre la contratación pública a la vista de las aportaciones recibidas respecto al Libro Verde antes comentado.

La Comunicación se estructura en 4 apartados (1. Introducción, 2. Adaptar el marco reglamentario a los cambios de mercado, 3. Desarrollo de un entorno favorable para las empresas, especialmente para las PYME, 4. Alcanzar y consolidar un efecto de sinergia con otras políticas comunitarias) y 2 Anexos (1. Estado de transposición de las Directivas sobre contratación pública, y 2. Calendario).

La Comisión fija, en primer lugar, como primer objetivo de las Directivas de contratación pública la competencia en el mercado único: "La acción co-

munitaria en materia de contratación pública trata de fomentar una política de compras transparente y de carácter competitivo, que permita obtener la mejor relación calidad/precio".

No obstante el marco jurídico es un tanto desalentador: en noviembre de 1997 "la contratación pública es uno de los ámbitos en que existe mayor déficit en la incorporación, habiéndose incorporado en cada Estado miembro, de forma correcta, solamente el 55,6% de las directivas".

La Comisión afirma que ha sacado dos conclusiones del debate producido por el Libro Verde:

1ª La Unión Europea debe tomar medidas para garantizar que el sistema de contratación pública en vigor permita obtener los beneficios económicos prometidos.

2ª Los actuales instrumentos deben adaptarse a un entorno económico en constante evolución.

Se señala que el principal tema planteado consiste en "la necesidad de simplificar el marco jurídico y adaptarlo a la nueva era informática, manteniendo al mismo tiempo la estabilidad de su estructura básica y evitando cambios innecesarios que impliquen nuevos trabajos legislativos a escala comunitaria o nacional".

La posición de la Comisión se condensa, según sus palabras, en los siguientes elementos:

"• *La Comisión reconoce que un marco jurídico estable es fundamental para un buen funcionamiento de los procedimientos de contratación pública y para mantener la confianza de los agentes del mercado en la eficacia del sistema. No obstante, el actual marco jurídico no constituye un fin en sí mismo, sino que existe para permitir que se obtengan todos los beneficios del mercado único en el ámbito de la contratación pública. Son las políticas, las normas y la forma en que éstas se aplican las que deben adaptarse a la realidad, y no al contrario. Teniendo en cuenta la evolución que ha tenido lugar desde la publicación de las primeras directivas en la década de los setenta, la Comisión reconoce la necesidad de reorientar su política y simplificar sus normas.*

• *La Comisión reconoce la complejidad del actual marco jurídico y la rigidez de sus procedimientos, por lo que se propone simplificar el primero y flexibilizar los segundos. En este contexto, la simplificación implicará, por una parte la clarificación de las nor-*

mas actuales y, por otra parte, su modificación. Con el propósito de mantener la estabilidad del marco jurídico, se dará prioridad a la clarificación de las actuales normas para solucionar los aspectos más complejos, y, cuando ello no sea suficiente, o cuando se considere que el marco jurídico no ofrece suficiente flexibilidad ante las nuevas prácticas o realidades del mercado, la Comisión prevé proponer un paquete de enmiendas legislativas.

• *La utilización de las tecnologías de la información y la comunicación en la contratación pública determinará nuestra capacidad para adaptarnos al futuro y mantener una industria europea competitiva. El recurrir de manera sistemática a la electrónica permitirá que el procedimiento de contratación se efectúe de modo mucho más rápido y reducirá significativamente los costes de las transacciones a lo largo de todo el ciclo de vida de los bienes y servicios adquiridos.*

• *La elaboración de normas y su puesta en vigor no puede, por sí sola, garantizar la obtención de beneficios económicos. Por esta razón, también son importantes y necesarias otras medidas destinadas a mejorar el acceso al mercado:*

- Para lograr una gestión de compras eficaz, resulta fundamental facilitar a las diferentes partes de un contrato público una formación que haga de ellos unos auténticos profesionales. Esta formación no debe centrarse en las disposiciones jurídicas en sí mismas, sino en cómo utilizarlas de manera efectiva en todo momento, y en cómo desarrollar nuevas formas de trabajo en un mercado en evolución.

- Debe tratarse de corregir la relativamente escasa respuesta de los proveedores a las numerosas oportunidades comerciales que ofrecen los contratos públicos, logrando que tomen en consideración la importancia de los mismos, mejorando la transparencia y el acceso a la información acerca de la importancia de estos contratos, de la evolución general del mercado y de otros datos útiles.

- El Parlamento ha solicitado una actuación específica en favor de la participación de PYME. Se adoptarán medidas en relación con los problemas generales de la participación de los proveedores".

Y la Comisión concluye su posición inicial resaltando la necesidad de que los Estados miembros y la industria europea apliquen el marco jurídico y den ejemplo, siendo importante asimismo el establecimiento de una colaboración real entre la Comunidad, los Estados miembros y la industria para lograr los objetivos y beneficios previstos.

En el apartado 2 (Adaptar el marco reglamentario a los cambios de mercado) la Comisión en aras a conseguir una simplificación y flexibilidad del

marco jurídico existente, reitera, en primer lugar la obligación de los Estados de incorporar las directivas y a continuación ofrece un paquete legislativo de propuesta de modificaciones que se concretan en los siguientes aspectos:

"•la presentación de proposiciones que tengan por objeto excluir del campo de aplicación de la directiva 93/38/CEE los sectores y/o servicios recogidos en la misma (agua, energía, transporte y telecomunicaciones) que operen en condiciones de competencia efectiva en cada uno de los Estados miembros;

•la instauración de procedimientos más flexibles, y en concreto, del procedimiento de diálogo competitivo y los contratos marco, para dar respuesta a las críticas que afirman que los procedimientos son excesivamente rígidos y formalistas y que su estricto respeto provoca disfuncionamientos en la adjudicación de contratos;

•la reglamentación de algunos fenómenos, como las concesiones, los contratos de servicio público y otras formas de colaboración entre los sectores público y privado, así como las privatizaciones, de forma que pueda conciliarse su buen funcionamiento con el del mercado interior:

•la adjudicación de contratos de manera totalmente electrónica".

Es interesante recoger lo que se entiende por diálogo competitivo, contratos marco, privatizaciones y asociaciones entre el sector público y el sector privado, y concesiones:

- Diálogo competitivo: Respecto del mismo se dice:

"Así pues, la Comisión propondrá modificar los actuales textos de las directivas para dar mayor flexibilidad a los procedimientos y para que deje de ser excepcional el diálogo en el curso de los mismos. La Comisión propondrá un nuevo procedimiento de derecho común, el "procedimiento de diálogo competitivo" que se añadirá a los procedimientos "abierto" y "restringido" y substituirá al actual procedimiento negociado con publicación. Las condiciones y modos en las que los poderes adjudicadores podrán recurrir a este procedimiento, así como su desarrollo, deberán precisarse basándose fundamentalmente en los principios de transparencia y de igualdad de trato. Así pues, el único procedimiento excepcional que subsistirá será el llamado "procedimiento de adjudicación directa", cuyas condiciones de aplicación deben ser interpretadas de forma restrictiva, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal".

- Contratos marco: Se explican del siguiente modo:

"Para simplificar los procedimientos y clarificar esta situación, la Comisión se propone modificar los textos existentes con el fin de permitir una mayor utilización de contratos flexibles que permitan tener en cuenta la evolución de los productos y de su precio. Sin embargo, los contratos a largo plazo pueden entrañar riesgos para la competencia, ya que podrían consolidar las situaciones y provocar la exclusión de algunas empresas. De ahí la necesidad de definir el marco jurídico preciso para su utilización. Sin prejuzgar las conclusiones del debate al respecto, la Comisión estima que los contratos marco deben ser objeto de una publicación con una información objetiva y transparente. Tras la presentación de las candidaturas, podrían elaborarse listas de posibles adjudicatarios. Para evitar la compartimentación de los mercados, las listas deberían tener una duración limitada o estar abiertas de forma permanente".

- Privatizaciones y asociaciones entre el sector público y el sector privado: El concepto de "asociación entre sector público y sector privado" se refiere a las distintas formas de participación de capitales privados en la financiación y en la gestión de infraestructuras y servicios públicos.

- Concesiones: Se pretende instaurar un régimen uniforme en todos los casos de concesión del siguiente modo:

"Así, en una primera fase, la Comisión elaborará un documento interpretativo que explicitará y precisará, a partir de los casos que ha debido tratar, las normas y principios que considera aplicables a las concesiones. En este contexto, la Comisión examinará igualmente las otras formas de asociación entre el sector público y el sector privado, para determinar en qué medida las normas sobre contratación pública pueden constituir un marco jurídico adecuado para garantizar el respeto de las normas del Tratado, permitiendo al mismo tiempo el desarrollo de estas formas de cooperación. Dicha reflexión podría conducir a clarificar los textos existentes, e incluso a introducir modificaciones en los mismos. Del mismo modo, la Comisión desea responder también a algunos problemas urgentes de interpretación que se plantean en el ámbito de las redes transeuropeas (RTE). En el grupo de alto nivel Kinnock y en otras instancias, la Comisión ya ha anunciado su intención de publicar una guía interpretativa que proponga soluciones concretas a algunos problemas que se plantean en este ámbito a la luz del marco jurídico actual.

En una segunda fase, propondrá una modificación de las directivas para incluir todas las formas de concesión que aún no están reguladas. Deberá garantizarse que la elección del concesionario se efectúe de forma competitiva a escala comunitaria, gracias a una publicación previa y a la aplicación de un mínimo de reglas de procedimiento que, en aras de la flexibilidad, permitan un amplio recurso al diálogo entre las partes implicadas, respetando siempre el principio de igualdad de trato. Por otra parte, para tener

en cuenta los deseos legítimos expresados por algunos operadores, se prevén disposiciones que establezcan que el consorcio elegido pueda adjudicar contratos a sus asociados siempre que su existencia haya sido anunciada durante el procedimiento de adjudicación".

La Comisión anuncia además la clarificación de textos a través de documentos interpretativos y, tras las modificaciones interpretativas y las adaptaciones legislativas necesarias, la codificación de las tres directivas clásicas en un solo texto. Se destacan los aspectos que precisan de interpretación, afirmándose lo siguiente:

"En particular la Comisión se propone aclarar los aspectos siguientes a través de un documento interpretativo:

•la definición de conceptos básicos tales como "organismo de derecho público", "obra", "derechos especiales y exclusivos", "poder adjudicador" y "entidad contratante" así como la delimitación entre contratos de obras y contratos de servicios;

•Los contratos de servicios cubiertos por la Directiva, en particular la situación de los servicios financieros y de los servicios de investigación y desarrollo;

•los contratos "in house" es decir los que se adjudican en el seno de la Administración pública, por ejemplo entre Administración central y local o entre una Administración y una sociedad que es íntegramente propiedad de ésta;

•el "diálogo técnico" mediante el cual un poder adjudicador inicia discusiones técnicas con suministradores potenciales en la fase de definición de necesidades, antes del inicio del procedimiento de adjudicación del contrato, respetando siempre la igualdad de trato y sin restringir la competencia;

•los métodos que deben seguirse para determinar si un contrato excede los umbrales que determinan el ámbito de aplicación de las directivas;

•una distinción operativa entre criterios de selección y criterios de adjudicación;

•la identificación de las "ofertas anormalmente bajas" en el sentido de las directivas;

•la definición del concepto de ofertas "irregulares", "inaceptables" y no "adecuadas" en el sentido de las directivas;

•las condiciones en las que es posible recurrir a "variantes".

Además, la Comisión se propone adoptar comunicaciones interpretativas, en especial las siguientes materias:

•las normas del Tratado aplicables a los contratos no cubiertos por las directivas así como los principios explicitados en la jurisprudencia del Tribunal en la materia, como por ejemplo los de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, reconocimiento mutuo y proporcionalidad, así como los principios aplicables tras la adjudicación del contrato;

•las condiciones en las que los criterios medioambientales pueden ser tomados en cuenta en la contratación pública (entre otros, se tratará de la utilización de las eco-etiquetas, de los sistemas de eco-auditoría, la consideración de métodos de producción, de elaboración y de correcta utilización de estándares a diferentes niveles).

•Las condiciones en los que los criterios sociales pueden ser tenidos en cuenta en la contratación pública".

Una medida destacada para el aseguramiento de la ejecución del Derecho comunitario sobre contratación pública lo constituye el control de su aplicación. A tal fin se diferencian dos niveles:

1) El nivel comunitario: Mediante el empleo por la Comisión del art. 169 TUE (recurso por incumplimiento) y del art. 171 TUE (multas por no ajustarse a las sentencias del TJCE) o incluso acudiendo al art. 90.3. La Comisión se compromete a acelerar el tratamiento interno de los procedimientos de infracción.

2) El nivel de los Estados miembros: Mediante la creación o designación por éstos de autoridades independientes. Se trata de evitar que se obligue a los proveedores a acudir a los Tribunales.

Del apartado 4 (Alcanzar y consolidar un efecto de sinergia con otras políticas comunitarias) cabe destacar dos aspectos:

1) Contratación pública y medio ambiente: la Comisión recuerda, en primer término, las posibilidades que ofrecen las Directivas sobre contratación pública respecto del medio ambiente:

"*•De modo general, toda Administración, si así lo desea, puede, a la hora de definir los productos y servicios que desea adquirir, elegir aquellos que respondan a sus inquietudes sobre protección del medioambiente. Evidentemente, las medidas que se tomen*

deben estar conforme con las reglas y los principios del Tratado, y en especial con el de no discriminación.

•Las normas recogidas en las directivas permiten excluir, bajo determinadas condiciones, a los candidatos que violen las normativas nacionales en materia de medioambiente.

•Los poderes adjudicadores pueden elaborar una serie de prescripciones técnicas relativas a las características de las obras, de los suministros o de los servicios objeto del contrato, que tengan en cuenta la protección de los valores medioambientales. Dichos organismos pueden incitar a las empresas a que tengan una política activa respecto al medioambiente, aceptando en sus contratos las ofertas que respondan a las exigencias recogidas en las condiciones generales de contratación.

•Las directivas permiten incorporar el objetivo de la protección del medioambiente a los criterios de selección de candidatos, siempre que dichos criterios tengan como objeto demostrar la capacidad económica, financiera y técnica de los mismos.

•Respecto a la adjudicación de los contratos, los aspectos medioambientales pueden servir para seleccionar la oferta económica más ventajosa, en los casos en que la referencia a estos aspectos implique una ventaja económica inherente a la prestación objeto del contrato que beneficie de forma directa al organismo comprador. Un organismo comprador puede, por ejemplo, tener en cuenta los costes de mantenimiento, de tratamiento de residuos o de reciclaje, a la hora de evaluar las ofertas.

•Los poderes adjudicadores pueden requerir al proveedor cuya oferta ha sido aceptada, que ejecute la prestación objeto del contrato en el estricto cumplimiento de ciertas obligaciones que tienen por misión la protección del medioambiente. Estas condiciones de ejecución deben ser previamente conocidas por todos los licitadores".

A continuación señala que esas posibilidades serán objeto de un documento interpretativo específico, aunque en algún caso será preciso proceder a la modificación de las directivas actuales.

2) Contratación pública y aspectos sociales: En primer lugar la Comisión advierte de la existencia de un abanico de posibilidades para conseguir objetivos sociales en las compras efectuadas por la Administración pública:

"Las normas de las directivas sobre contratación pública permiten excluir a los candidatos que violan la legislación en materia social, incluyendo las relacionadas con la promoción de la igualdad de oportunidades.

•*Una segunda posibilidad consiste en tomar como condición de ejecución de contratos públicos ya adjudicados, el respeto de obligaciones de carácter social, que tenga como objeto, por ejemplo, promover el empleo femenino o apoyar a ciertas categorías desfavorecidas. Es evidente que sólo se permiten las condiciones de ejecución que no discriminen, directa o indirectamente, a los licitadores provinientes de otros Estados miembros. Por otro lado, se debe asegurar una transparencia adecuada, mencionando estas condiciones en el anuncio y en las condiciones generales de contratación".*

Y para ello anuncia una comunicación interpretativa que clarifique estos aspectos, advirtiendo que siempre es necesario respetar los límites establecidos por el Derecho comunitario.

b) El cumplimiento del Derecho comunitario

El cumplimiento del Derecho comunitario en materia de contratos públicos puede ser examinado desde dos perspectivas: la jurisprudencia del TJCE y el informe anual de la Comisión sobre el cumplimiento del Derecho Comunitario.

Las Sentencias del TJCE revelan un incumplimiento importante por falta de transposición de Directivas en plazo. Basta ver que hay cuatro sentencias en 1996 y otras cuatro en 1997 que condenan por dicho incumplimiento:

- S. 2-Mayo-1996 (Asunto C-234/95): Condena a Francia por falta de transposición de la Directiva 92/50/CEE.

- S. 2-Mayo-1996 (Asunto C-253/95): Condena a Alemania por falta de transposición de la Directiva 92/50/CEE.

- S. 2-Mayo-1996 (Asunto C-311/95): Condena a Grecia por falta de transposición de la Directiva 92/50/CEE.

- S. 19-Septiembre-1996 (Asunto C- 236/95): Condena a Grecia por falta de transposición de la Directiva 89/665/CEE.

- S. 29-Mayo-1997 (Asunto C-311/96): Condena a Francia por falta de transposición de la Directiva 93/38/CEE.

- S. 29-Mayo-1997 (Asunto C-312/96): Condena a Francia por falta de transposición de la Directiva 93/36/CEE.

- S. 17-Julio-1997 (Asunto C-43/97): Condena a Italia por falta de transposición de la Directiva 93/36/CEE.

- S. 16-Diciembre-1997 (Asunto C-341/96): Condena a Alemania por falta de transposición de la Directiva 93/36/CEE.

Hay también Sentencias de condena por incumplimiento de diversas disposiciones de las Directivas, como por ejemplo por falta de publicación en el DOCE de anuncio de licitación.

Por su parte el Informe sobre cumplimiento de Derecho Comunitario referido a 1997 (publicado en el DOCE, C 250, de 10 de agosto de 1998) destaca en primer término la falta de incorporación de Directivas por parte de algunos Estados miembros. En relación con España se advierte, dentro del cuadro sobre comunicación de las medidas de ejecución de las Directivas que le son aplicables, que de once Directivas sólo se ha comunicado la ejecución de ocho de ellas (un 73%).

En segundo lugar se refiere a las comprobaciones de conformidad que efectúa la Comisión sobre los textos de los Estados miembros, advirtiendo de los numerosos problemas que se suscitan con motivo de las adaptaciones insuficientes o incorrectas.

Seguidamente se destaca la acción de la Comisión en cuanto al control de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario en los procedimientos de adjudicación de contratos, señalándose que en 1997 se tramitaron 215 expedientes de quejas y casos detectados de oficio, entre ellos 80 nuevos casos. En contrapartida se archivaron 65 expedientes, resaltándose el procedimiento de diálogo y concertación denominado "reuniones paquete" en orden a solucionar litigios en esta materia.

Asimismo en el apartado relativo a los Fondos estructurales (páginas 76 y siguientes) el Informe da cuenta de la necesidad de cumplir las Directivas comunitarias en materia de adjudicación de contratos en las operaciones cofinanciadas por el FEDER y el Fondo de Cohesión, observando un nivel relativamente bajo de incumplimiento.

En relación con España se recogen las referencias a los incumplimientos de las Directivas 89/665/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE, y 93/38/CEE, que dieron lugar en 1997 a dictámenes motivados de no conformidad.

III. LA FASE ASCENDENTE

Interesa destacar que la fase ascendente hace referencia a la elaboración del Derecho Comunitario por parte de las Instituciones de la Unión Europea. Y a este respecto no es ocioso recordar que el modelo institucional de la Unión Europea no responde a un sistema parlamentario de Gobierno, con distribución de competencias entre el Parlamento y el Gobierno, sino a un triángulo de Instituciones competentes en materia normativa que está compuesto por el Consejo, la Comisión y el Parlamento.

Tampoco conviene olvidar que los miembros de la Unión Europea son los Estados miembros, sin perjuicio de la participación de las Comunidades Autónomas, en nuestro caso dentro de la formación de la voluntad del Estado o de la voluntad comunitaria.

A tal efecto hay que señalar que no se trata de una Europa de las Regiones sino de una Europa de los Estados, aunque la Unión Europea haya ido evolucionando para intentar integrar también las especialidades de aquellos Estados miembros que tienen una estructura territorial específica.

La participación de las Comunidades Autónomas en materia de contratación administrativa se enmarca dentro del esquema de participación genérica dentro del Estado miembro o dentro de las Instituciones europeas. Sólo existe un supuesto específico en materia de contratos que es la de los Consejos Consultivos creados al albur de las Directivas de contratos públicos.

A) LA PARTICIPACION A TRAVES DEL ESTADO MIEMBRO

La participación a través del Estado miembro trata de hacer que las Comunidades Autónomas, en nuestro caso, puedan intervenir y dar su opinión en la conformación de la voluntad del Estado español ante las Instituciones de la Unión Europea.

Se ha tratado de una cuestión muy debatida que ha concluido por ahora con la Ley 2/1997, de 13 de marzo por la que se regula la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas.

Como señala su Exposición de Motivos, la Ley supone la culminación de un proceso, dentro del desarrollo del principio de cooperación, entre el Estado y las Comunidades Autónomas, a fin de establecer una forma de relaciones en el ejercicio y desde el respeto de las respectivas competencias. Por ello se

trata de garantizar "un procedimiento para la intervención efectiva de las Comunidades Autónomas en la elaboración y ejecución del Derecho comunitario, así como en el desarrollo del proceso de construcción europea".

Por ello el art. 1 define la Conferencia como "un órgano de participación entre el Estado y las Comunidades Autónomas para articular adecuadamente la concurrencia de éstas en las cuestiones propias de su participación en los asuntos comunitarios europeos".

En lo que aquí interesa, el art. 1.2 señala que "en particular, la Conferencia debe garantizar la participación efectiva de las Comunidades Autónomas en la fase de formación de la voluntad del Estado ante las instituciones comunitarias y en la ejecución del Derecho comunitario".

La Conferencia está compuesta por representantes del Estado y de las Comunidades Autónomas, siendo una de sus funciones "la articulación de mecanismos para hacer efectiva la participación de las Comunidades Autónomas en la formación de la voluntad del Estado en el seno de las Comunidades Europeas".

Debe relatarse que cabe además una cooperación bilateral entre el Estado y las Comunidades Autónomas para asuntos que tengan "una vertiente singular en función de su especificidad autonómica".

Por otra parte el Real Decreto 2105/1996, de 20 de septiembre, ha creado la Consejería para Asuntos Autonómicos en la Representación Permanente de España ante la Unión Europea, a la que se otorga la competencia de relacionarse con las Oficinas de las Comunidades Autónomas en Bruselas y de canalizar la información hacia las Comunidades Autónomas.

Como puede verse no existe ninguna referencia específica a la materia de contratos públicos, tratándose de una intervención genérica de las Comunidades Autónomas en cualquier ámbito sectorial que afecte a sus competencias y sobre el que las instituciones de la Unión Europea deban pronunciarse.

B) PARTICIPACION PROPIA

Las Comunidades Autónomas tienen sus Oficinas destacadas en Bruselas a fin de coordinar la actuación de todos sus órganos ante las Instituciones Europeas. A su coordinación con la actuación del Estado responde la creación de la Consejería antes citada.

No obstante se abre un camino no institucionalizado de intervención por parte de las Comunidades Autónomas, una vez que el Tribunal Constitucional en 1994 se pronunció de forma favorable a la constitucionalidad de estas Oficinas.

C) PARTICIPACION EN ORGANOS DE LAS INSTITUCIONES EUROPEAS

Dentro de la Unión Europea, sus Instituciones fundamentales son el Parlamento, el Consejo y la Comisión, además del Tribunal de Cuentas y del Tribunal de Justicia. Dado el esquema de representación establecido, son los Estados miembros los representados en dichas instituciones, de modo que las Comunidades Autónomas no tienen ninguna representación específica, fuera de su participación previa dentro del Estado español en la Conferencia para Asuntos Europeos antes citada. A ello se añade el sistema de elección de los Parlamentarios Europeos en circunscripción única, que impide su identificación con las Comunidades Autónomas.

El único órgano que permite una intervención directa de las Comunidades Autónomas es el Comité de Regiones. El art. 198 A del TUE establece que "se crea un comité de carácter consultivo compuesto por representantes de los entes regionales y locales, denominado en lo sucesivo "Comité de las Regiones". Corresponde a España la designación de un total de 21 miembros de los 222 que componen el Comité, señalándose que los miembros del Comité serán nombrados por el Consejo por unanimidad a propuesta de sus respectivos Estados miembros. Y así en la representación del Estado español en el Comité de Regiones participa un representante de cada una de las Comunidades Autónomas. Ello significa que hay una participación directa de las Comunidades Autónomas en la formación de la voluntad de las Instituciones europeas siquiera sea por la vía indirecta de consulta.

Interesa destacar de la regulación que hace el TUE sobre el Comité de Regiones su intervención en aquellas materias en que deba ser consultado con carácter preceptivo, así como principalmente con carácter facultativo. Además el Comité puede emitir dictámenes por propia iniciativa cuando lo considere conveniente, así como cuando deba ser consultado el Comité Económico y Social y haya intereses regionales específicos en juego.

El Comité de Regiones ha participado así emitiendo Dictamen sobre diversas comunicaciones de la Comisión en relación con los contratos públicos:

- Dictamen de 15 de noviembre de 1995 sobre "La evaluación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios".

- Dictamen de 12 de junio de 1997 sobre el "Libro verde - La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro" (DOCE, C 244, de 11.8.97).

- Dictamen de 17 de septiembre de 1998 sobre la "Comunicación de la Comisión - La contratación pública en la Unión Europea" (DOCE, C 373, de 2.12.98).

Cabe referir ahora cuál es la posición del Comité de Regiones en relación con la normativa comunitaria de contratos a través de los dos últimos dictámenes emitidos respecto de sendas comunicaciones de la Comisión.

a) Sobre el Libro Verde - La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro

El Dictamen del Comité de Regiones de 12 de junio de 1997 se pronuncia sobre el Libro Verde y apunta los siguientes aspectos destacables:

a) Observaciones generales

1ª Introductoria. Se destaca la gran importancia de las directivas sobre contratación pública sobre los poderes adjudicadores regionales y locales. Por el contrario se pregunta sobre los beneficios económicos en los precios de los contratos derivados de los procedimientos de adjudicación en comparación con los elevados costes y carga administrativa de los mismos.

Se solicita la participación de miembros de las entidades regionales y locales en los Comités Consultivos.

2ª Simplificación de las normas de adjudicación: Frente a la opinión de la Comisión de lograr una estabilidad normativa, el Comité de Regiones insta a una revisión de las Directivas a fin de simplificar las normas y se propone fusionar todas las Directivas en una única directiva simplificada. Se señala que las directivas de recursos "pueden convertirse en una solución desproporcionada para un problema relativamente poco importante", decantándose en favor de la creación de autoridades de control nacionales independientes y no de una autoridad de control independiente a nivel europeo. Se considera además que los valores umbral son demasiado bajos. Luego se expone la posición sobre otros aspectos, por ejemplo, necesidad de definir mejor el término "obra pública" y claridad de las normas sobre procedimientos negociados.

3ª Sistema de sanciones: Se duda sobre la necesidad de introducir un sistema común de sanciones detallado, entendiendo que los procedimientos de contratación deben ser controlados por los Tribunales nacionales.

4ª Empresas locales: Se critica la no referencia a las empresas locales o interlocales en el Libro Verde. Se entiende que las empresas públicas locales deben ser consideradas entidades adjudicadoras. Se opina que la actuación a través de entidades legales independientes, así como la cooperación entre las entidades locales y regionales o intermunicipales no debería incluirse dentro del ámbito de las Directivas.

b) Observaciones específicas

Se refieren al sistema de certificación, la formación en la contratación pública, las tecnologías de la información, el Vocabulario Común de Contratación Pública (CPV), participación de los consultores, protección del medio ambiente, política social y relaciones con Europa central y oriental.

c) Conclusiones

El Comité de Regiones insta a la Comisión a revisar las directivas a fin de simplificar la legislación, a fusionar todas ellas, a aumentar los valores umbral, a excluir de las Directivas la delegación de tareas a empresas propias, y al uso de la tecnología de la información.

b) Sobre la "Comunicación de la Comisión - La contratación pública en la Unión Europea"

El Dictamen del Comité de Regiones de 17 de septiembre de 1998 recuerda, en primer término, su anterior posición crítica "con el exceso de trámites burocráticos previstos en las directivas sobre contratación pública", por lo que postulaba por simplificar y flexibilizar dichas normas. Los aspectos dignos de resaltar del Dictamen son los siguientes:

a) Observaciones generales

El Comité de Regiones se congratula del cambio de postura de la Comisión que ha pasado de dar prioridad a la estabilidad normativa a defender la adopción de medidas para simplificar las Directivas.

El Comité se une a la idea de que la flexibilidad debe ir acompañada por un buen funcionamiento a escala nacional de los procedimientos de control y

reclamación. Insiste en su anterior idea de que los contratos deben proporcionar beneficios sin que los costes de transacción sean superiores.

Propone que se agrupen las Directivas clásicas en una única Directiva lo antes posible, y que se acompañe de documentos interpretativos. Insta asimismo a los Estados miembros a que transpongan las directivas.

Respecto de las propuestas de la Comisión tendentes a introducir un nuevo procedimiento de contratación, el llamado "diálogo competitivo", el Comité se muestra favorable siempre que no sea un procedimiento "complicado". Se deja constancia de los problemas que la falta de flexibilidad plantea a los entes regionales y locales.

Se propone la clarificación de los conceptos ambiguos de las directivas así como una reducción de la carga administrativa. En este último caso se concreta la necesidad de aumentar los valores umbral.

b) Observaciones específicas

Se centran en diversos aspectos de los que cabe destacar los siguientes:

1) Respeto del medio ambiente: Se propone incidir en la exigencia de requisitos medioambientales en las licitaciones.

2) Controles a nivel comunitario y nacionales: El Comité se inclina por la creación de autoridades nacionales de control y reclamación.

3) Política de las PYME: Apoya la política de la Comisión de fomentar este aspecto de la contratación mediante la formación y la información.

4) Representación de las autoridades locales y regionales en los organismos sobre contratación pública: Se protesta por la falta de representación y se insta a incluir la misma en el Comité Consultivo.

c) Conclusiones

Se reitera la posición del Comité en favor de la nueva postura de la Comisión sobre la necesidad de simplificación y flexibilización. Se insiste en la refundición de las Directivas y en la introducción del procedimiento del diálogo competitivo con flexibilidad. Se insta asimismo a tener en cuenta el respeto al medio ambiente y a la política de las PYME.

D) PARTICIPACION EN LOS ORGANOS ESPECIFICOS SOBRE CONTRATOS PUBLICOS: LOS CONSEJOS CONSULTIVOS

En materia de contratación pública se han creado tres Comités Consultivos:

1) Comité Consultivo de contratos públicos: Creado en 1971 y modificado en 1977, su presencia es reconocida expresamente en las Directivas de contratos otorgándole una importante intervención en el análisis de la aplicación y posible modificación de las Directivas. Este Comité está formado por representantes de los Estados miembros, que pertenezcan a sus respectivas Administraciones, y son designados a razón de un titular y uno o dos suplentes.

2) Comité consultivo para la apertura de la contratación pública: Creado en 1987 y está compuesto por veinticinco miembros, designados por la Comisión entre expertos con experiencia profesional y competencia en materia de contratación pública.

3) Comité consultivo de contratos en el sector de las telecomunicaciones: Creado en 1990, está compuesto por representantes de los Estados miembros y es presidido por un representante de la Comisión.

De ello puede verse que se establece una representación del Estado español en los Comités consultivos de contratos públicos y en el sector de telecomunicaciones.

Respecto del Comité Consultivo para los Contratos Públicos da noticia ALFONSO RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE, miembro de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Administración General del Estado, y miembro de dicho Comité Consultivo (2). En su trabajo RUIZ DE CASTAÑEDA explica las competencias de este Comité Consultivo destacando la versatilidad de las materias que pueden integrar el orden del día de sus reuniones. En concreto resalta como funciones del Comité Consultivo las siguientes:

1ª. Ser receptor, a través de la Comisión, de los informes que deben remitirse anualmente sobre la aplicación de las medidas contenidas en las Directivas.

(2) A. RUIZ DE CASTAÑEDA, "El papel de los Comités Consultivos en la apertura de la contratación", en *La contratación pública en los llamados sectores excluidos (Agua, Energía, Transportes, Telecomunicaciones)*, Ed. Civitas, Madrid 1997, págs. 67-71.

2ª. Ser órgano asesor respecto de las cuestiones que la Comisión le somete a su consulta, aunque debe señalarse que se trata de una consulta conjunta a los Estados miembros.

3ª. Emitir dictamen sobre los asuntos que le somete la Comisión, con constancia del criterio de cada representante.

4ª. Determinar el método de cálculo del contravalor en las distintas monedas nacionales del ecu a los efectos de la aplicación de las directivas.

Del trabajo de RUIZ DE CASTAÑEDA parece desprenderse una cierta valoración negativa del cumplimiento del Consejo Consultivo sobre las funciones que tiene encomendadas. Así por ejemplo no se le consultaron los proyectos de Acuerdo de Compras Públicas del GATT, con los problemas que se han derivado posteriormente sobre su ejecución, ni tampoco el Libro verde sobre aspectos de la contratación en el mercado interior. También se han disminuido el número de sus reuniones, con un incremento de la contratación de estudios a consultoras, e incluso se han planteado problemas respecto del uso de todas las lenguas oficiales de la Unión Europea.

De todo ello se deriva una nula participación de las Comunidades Autónomas y también una nula consulta a las mismas sobre sus opiniones respecto de este importante sector. Piénsese además que la representación la ostenta un miembro de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, órgano de la Administración General del Estado (art. 10 de la LCAP, que evidentemente no es básico), es decir, sin intervención alguna de las Comunidades Autónomas.

IV. LA FASE DESCENDENTE

La fase descendente consiste en la aplicación del Derecho comunitario, lo que evidentemente tiene mayor interés, por cuanto como va a decirse la intervención de las Comunidades Autónomas es sustancial en esta materia. Como va a verse el marco de esta participación de las Comunidades Autónomas no se centra ya en la formación del Derecho comunitario, que ya está establecido, sino en su aplicación dentro del marco de competencias que les corresponden dentro de la estructura territorial del Estado.

A) PRINCIPIOS GENERALES DE LA EJECUCION DEL DERECHO COMUNITARIO

En relación con la cuestión que nos ocupa dos son los aspectos que deben tenerse en cuenta. Por un lado, el derivado de la estructura territorial del Estado y en segundo lugar la propia consideración de la normativa comunitaria.

a) Derecho Comunitario y distribución competencial interna

El Derecho comunitario es un Derecho que vincula a todos los Estados miembros, sin atender a la realidad interna de la distribución del poder político. Dentro de la Unión Europea hay un amplio abanico de sistemas que van desde el sistema centralista francés o portugués (donde acaba de rechazarse una propuesta de regionalización) hasta el sistema federal alemán o austríaco, pasando por los sistemas italiano o español.

Así pues a la Unión Europea no le preocupa a los efectos de aplicación del Derecho comunitario la estructura unitaria, regional o federal de los Estados miembros.

En España la presencia del Derecho Comunitario no provoca ninguna alteración en el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Tanto la doctrina como sobre todo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional son rotundas al respecto.

Así la STC 252/1988, seguida entre otras por las SSTC 79/1992 y 90/1993, sostenía claramente la anterior doctrina. En concreto cabe citar la STC 79/1992 donde se dice:

"La traslación de la normativa comunitaria derivada al Derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas....

Ni el Estado ni las Comunidades Autónomas pueden considerar alterado su propio ámbito competencial en virtud de esa conexión comunitaria....

En definitiva, la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostente la competencia, según las reglas del Derecho interno....".

Más recientemente se han dictado referidas a esta misma cuestión, reiterando idéntica doctrina, las SSTC 67/96 y 146/96. La STC 67/96 (F. J. 3º) dice así:

"....es doctrina reiteradísima que la integración de España en las Comunidades Europeas no ha supuesto la alteración del orden de distribución interno de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas resultante de la Constitución y de los distintos Estatutos".

Y la STC 146/96 afirma:

"....la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostenta la competencia según las reglas del Derecho interno...." (F. J. 2).

b) Ejecución de Directivas

El art. 189 TCEE (ahora 249) dispone lo siguiente:

"La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios".

Como se ha señalado por la doctrina y la jurisprudencia del TJCE, la Directiva es una obligación de resultado, de ahí su clara diferenciación con los Reglamentos comunitarios.

Debe advertirse por tanto que no cabe equiparar una Directiva con el concepto de legislación básica sino que deberá determinarse según las normas internas de distribución de competencias en función de su contenido material.

Esto hace al caso por cuanto que existe una cierta propensión a considerar que las Directivas de contratos constituyen legislación básica del Estado cuya aplicación corresponde sólo al Estado. Y ello no es así. Habrá que examinar cada una de ellas, su contenido, y conforme a los títulos competenciales del Estado y de las Comunidades Autónomas determinar si es o no legislación básica del Estado o por el contrario corresponde su transposición a las Comunidades Autónomas.

Más aun el modo de ejecutar las disposiciones de las Directivas se hará conforme al rango normativo que corresponda dentro del ordenamiento jurídico interno. Hay que tener en cuenta que, respecto de las Directivas de contratos, el TJCE se ha pronunciado en varias ocasiones por no aceptar la ejecución del Derecho comunitario mediante simples instrucciones o prácticas administrativas y exigiendo un nivel normativo, es decir, vinculante para la Administración y los particulares desde un punto de vista jurídico.

En los años 1996-1998, cuatro Sentencias del TJCE se refieren al tema de la estructura federal de los Estados miembros en relación con la transposición de Directivas:

1ª) STJCE 2-Mayo-1996 (Asunto C-253/95): Frente a la alegación de Alemania de que no se había efectuado la adaptación de la Directiva 92/50/CEE y que se estaba en dicha tarea, aunque no se había obtenido todavía la aprobación de los Länder, el TJCE responde que procede recordar que según una jurisprudencia reiterada un Estado miembro no puede alegar circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos por una Directiva (apartados 11 y 12).

2ª) STJCE 17-Septiembre-1997 (Asunto C-54/96): Se trata de una referencia tangencial que se hace en el apartado 15 a las previsiones de la legislación alemana sobre contratos sobre creación de comisiones independientes de control que están obligados a crear el Estado federal y los Länder.

3ª) STJCE 16-Diciembre-1997 (Asunto C-341/96): El Gobierno alemán alegó que "debido a la estructura federal de la República Federal de Alemania, el procedimiento de adopción (de la Directiva 93/36/CEE) no había podido concluirse en el plazo señalado" (apartado 7). El TJCE no acepta las alegaciones alemanas y condena por incumplimiento a la República Federal de Alemania.

4ª) STCE 17-Septiembre-1998 (Asunto C-323/96): En esta importante Sentencia, Bélgica pretendía solventar el recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión por falta de publicación de anuncios de licitación en el DOCE en relación con la construcción del edificio del Vlaamse Raad, sosteniendo que tratándose de un poder u órgano legislativo no le son de aplicación las normas internas de adaptación de la Directiva de obras. El TJCE establece en esta Sentencia un principio categórico:

"El concepto de Estado al que se refiere esta disposición (Directiva 93/37/CEE) comprende necesariamente todos los órganos que ejercen los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Lo mismo sucede con los órganos que, en un Estado de estructura federal, ejercen estos poderes en la esfera de las entidades federadas" (apartado 27).

B) LA EJECUCION NORMATIVA EN ESPAÑA DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS DE CONTRATOS

a) La LCAP

La LCAP de 1995 incorpora al ordenamiento jurídico del Estado español las Directivas "clásicas" de obras, de suministros y de servicios, Directivas 93/36, 93/37 y 92/50, sin incorporar las Directivas de sectores excluidos, Directivas 93/38 y 92/13. Tampoco efectúa una incorporación de la Directiva 89/665/CEE, aunque da por supuesto que está incorporada dado el tenor del ordenamiento jurídico español en materia de recursos (3). No obstante hay que recordar que en 1997 la Comisión ha formulado contra España dictamen motivado de no conformidad respecto de las Directivas 89/665, 93/36, 93/37 y 93/38.

b) El Proyecto de ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE (4)

El Título del Proyecto de ley lo dice todo: se trata de la adaptación de las Directivas material y de recursos respecto de los llamados sectores excluidos. Se realiza la incorporación de la Directiva material 93/38/CEE, pero también de forma directa de la Directiva 92/13/CEE, dedicándose un Título de la ley (el V) a la adaptación de esta segunda Directiva. En el trámite parlamentario se ha incorporado la Directiva 98/4/CEE que modificaba la Directiva 93/38/CEE.

En lo que aquí interesa dos cuestiones llaman la atención:

1ª) El ámbito de aplicación subjetiva de la Ley (art. 2): Se excluyen de su aplicación las Administraciones Públicas y los organismos autónomos que se regirán por la LCAP.

---

(3) Sobre las Directivas de recursos y su incorporación efectiva al Derecho español, pueden verse J.F. MESTRE DELGADO, "El régimen de recursos", en *Noticias de la Unión Europea*, nº 136/1996, págs. 73-79; y J. M. GIMENO FELIU, *El control de la contratación pública (Las normas comunitarias y su adaptación en España*, Ed. Civitas, Madrid 1995.

(4) El Proyecto se ha convertido en la Ley 48/1998, de 30 de diciembre. Sobre esta materia puede verse el volumen colectivo ya citado *La contratación pública en los llamados sectores excluidos*. Sobre el contenido de la nueva ley *vid.* los análisis inmediatos de J.A. MORENO MOLINA, "Comentario al Proyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones", en *Sistema. Contratos Administrativos*, nº 8/1998, 1-6; y J.L. BERMEJO LASTRE, "La nueva Ley de procedimientos de contratación en los sectores especiales: reflexiones sobre la transposición de las Directivas comunitarias", en *Comunidad Europea Aranzadi*, enero 1999, págs. 31-36.

2ª) El carácter de la Ley y los títulos competenciales: La D.F. 1ª se refería a ello y establecía dos títulos:

- Competencia exclusiva del Estado: art. 149.1.6ª y 8ª, es decir, legislación mercantil, procesal y civil.

- Competencia básica del Estado: art. 149.1.18ª respecto de la contratación de organismos y entidades incluidos en la LCAP.

Ahora el texto de la Disposición Final 1ª según el dictamen del Senado dice así:

"Primera. Título competencial y carácter de la legislación

El contenido de esta Ley tiene carácter de legislación básica, dictada al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución, en lo que se refiere al régimen de contratación de los organismos y entidades incluidos en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, excepto el último inciso del artículo 45.1 y el apartado 2 del mismo artículo que serán de aplicación general en defecto de regulación específica dictada por las Comunidades Autónomas".

C) LA ADAPTACION AL DERECHO INTERNO DE LAS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATOS

a) El problema de la dicotomía legislación básica - legislación de desarrollo (5)

Ya se ha dicho que las Directivas de contratos no constituyen "per se" legislación básica. Para encontrar el título competencial en materia contractual

(5) Sobre la cuestión de la legislación básica-legislación de desarrollo y sobre la supletoriedad pueden verse los estudios de L. PAREJO ALFONSO, "Carácter básico de la nueva Ley: contenido, alcance y eficacia", en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas,* Ed. Civitas, Madrid 1996, págs. 971-994; G. ARIÑO ORTIZ, "Problemática actual de la contratación", en *Contratación Pública,* Ed. Marcial Pons, Madrid 1996, págs. 34-35; M. LOPEZ BENITEZ, "La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: su entronque con el bloque de la constitucionalidad y su ámbito de aplicación", en *Estudios sobre la contratación en las Administraciones públicas,* Ed. Comares, Granada 1996, págs. 1-41; C. ROBLES MIGUEL, "La distribución de competencias normativas sobre Contratación Pública", en *Contratos de las Administraciones Públicas,* v. I, Ed. Abella, Madrid 1995, págs. 177-196; y A. RUIZ OJEDA y J. GARCIA BERNALDO DE QUIROS, "Comentarios a las disposiciones finales 1ª a 3ª", en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a su Reglamento de desarrollo parcial,* Ed. Civitas, Madrid 1996, págs. 865-887.

hay que acudir al ordenamiento jurídico vigente. Y el problema se centra, fundamentalmente, en el art. 149.1.18ª CE.

Con motivo de la incorporación de España a las Comunidades Europeas en 1986, se procedió a la adaptación del ordenamiento jurídico español de las Directivas sobre contratos a través del Real Decreto legislativo 931/1986, desarrollado por el R.D. 2528/1986 que modificaba diversos preceptos del Reglamento General de Contratación del Estado. Frente a este R.D. 2528/1986 el Gobierno vasco planteó conflicto positivo de competencias que fue resuelto por la STC 141/1993, de 22 de abril.

Como premisa previa, el Tribunal Constitucional recuerda su doctrina ya asentada de que la cuestión debe resolverse conforme a las normas de derecho interno. Y entrando, en consecuencia, en el análisis de los preceptos impugnados sienta los siguientes asertos:

1) Deben ser considerados normas básicas los preceptos que tiendan a desarrollar los principios básicos de la contratación administrativa: garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones Públicas.

2) No son normas básicas aquellas otras prescripciones de detalle o de procedimiento que, sin merma de la eficacia de tales principios básicos. Por tanto, pueden ser sustituidas por otras regulaciones complementarias o de detalle de las Comunidades Autónomas.

3) Son, así pues, básicos los preceptos destinados a garantizar la igualdad de los licitadores, al principio de publicidad, a los derechos sustantivos de los licitadores, a los de aplicación igual en todo el territorio nacional (límites a la contratación directa), y al deber de cooperación entre las Administraciones Públicas.

La LCAP ha optado, con base exclusiva en el art. 149.1.18ª, por establecer su carácter básico parcial, de modo que hay unos preceptos básicos y otros no. Deben tenerse en cuenta a este respecto las Disposiciones Finales 1ª, 2ª y 3ª de la LCAP. En concreto su D. F. 1ª entiende que el contenido de la ley es materialmente básico, excepto en 65 epígrafes donde se relacionan preceptos que no tienen total o parcialmente ese carácter básico. Cabe agrupar estos preceptos no básicos en cuatro grupos:

1º) Preceptos no básicos por su carácter organizativo: Se trata de respetar la potestad de autoorganización de las Comunidades Autónomas. A ellos debería añadirse la D.F. 2ª.

2º) Preceptos no básicos por su carácter potestativo: Se trata de aquellos preceptos en que se otorga a la Administración la facultad de adoptar o no una determinada medida.

3º) Preceptos no básicos relativos a la fijación de plazos o cuantías: Se deja en manos de las Comunidades Autónomas esta fijación, aunque a veces se somete a límites máximos o mínimos como en el caso de los apartados 2 y 3 de la D.F. 1ª.

4º) Cajón de sastre en el que se engloban hasta un total de trece preceptos, respecto de los cuales su carácter no básico viene determinado por entender por "muy diversas razones" que caen dentro de la competencia de las Comunidades Autónomas.

La posición de la LCAP ha sido objeto de crítica, ya previa por el Consejo de Estado en su Dictamen sobre el anteproyecto de ley, como posterior por algún sector de la doctrina (ARIÑO, PAREJO....).

No cabe duda que la declaración de determinados preceptos como no básicos abre un ámbito de actuación (más o menos amplio, según como se vea) para las Comunidades Autónomas.

b) El problema del Derecho supletorio

La D.F. 1ª LCAP señala que la ley es legislación básica "salvo los siguientes artículos o parte de los mismos que serán de aplicación general en defecto de regulación específica dictada por las Comunidades Autónomas".

La doctrina (PAREJO, LOPEZ BENITEZ) ha sido especialmente crítica con este aspecto, entendiendo que debe ser interpretado dentro del significado de relación de ordenamientos en que se mueve la cláusula de supletoriedad del art. 149.3.CE.

Es fácil de observar tres detalles de este precepto:

1) Se refiere a aplicación general de toda la LCAP, como criterio diferente del de legislación básica. Se olvida que el desarrollo de la legislación básica corresponde a las Comunidades Autónomas y son éstas las que gozan de competencia (en los términos de los respectivos Estatutos, hoy homogeneizados o en proceso de homogeneización en este punto).

2) Señala que dicha aplicación general lo es en defecto de regulación autonómica. Es decir, dicta normas supletorias en materia de competencia autonómica.

A este respecto debe recordarse la reciente doctrina del Tribunal Constitucional sobre la supletoriedad fundamentada en las SSTC 147/1991, 118/1996 y 61/1997, donde se declara que la cláusula de supletoriedad no es un título competencial que legitime al Estado para dictar normas supletorias. Ello ocurre no sólo en el ámbito de las competencias exclusivas (el urbanismo de la STC 61/1997) sino también en el de las competencias compartidas como recuerda expresamente la STC 118/1996, en su F.J.6º.

3) Se añade además que la legislación autonómica debe ser específica, olvidando que las competencias de las Comunidades Autónomas permiten dictar normas sobre materia contractual de forma directa o indirecta y además que se encuadran en un ordenamiento propio que es global y debe integrarse en primer término dentro de sí mismo.

c) Problemas de la fijación de legislación básica (6)

Cabe apuntar un último problema cual es el caso de la Ley 13/1996 (ley de acompañamiento de ese año) por la que se modifica la LCAP de forma directa y también de forma indirecta a través de la introducción de preceptos específicos que excepcionan, cuando menos en parte, lo dispuesto en la LCAP en determinados ámbitos materiales.

Pues bien, la Ley 13/96 no contiene ninguna declaración sobre el carácter básico de sus preceptos. A pesar de ello cabe predicar dicho carácter básico de aquellos de sus preceptos que se limitan a modificar el texto de la LCAP, dándole una nueva redacción, siempre que dichos preceptos fueran básicos

(6) Sobre las modificaciones de la LCAP y en especial sobre la introducción de nuevas figuras respecto de la financiación privada de obras públicas pueden verse los trabajos de J.M. GIMENO FELIU, "Una valoración crítica sobre el procedimiento y contenido de las últimas reformas legales en contratación pública", RAP nº 144/1998, págs. 129-168; A. EMBID IRUJO, "Público y privado en la construcción, explotación y mantenimiento de obras hidráulicas", RAP 143/1997, págs. 29-74; R. AZOFRA VEGAS, "La financiación privada de infraestructuras públicas", REDA nº 96/1997, págs. 543-584; J.L. MARTINEZ LOPEZ-MUNIZ, "¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas? (A propósito de algunas innovaciones de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos del Estado para 1997)", RAP nº 144/1998, págs. 45-73; y con carácter específico el libro dirigido por A. EMBID IRUJO, *Gestión del agua y medio ambiente,* Ed. Universidad de Zaragoza, CHE y Civitas, Madrid 1997.

conforme a la D.F. 1ª de la LCAP. Dentro de este grupo cabe incluir los artículos 72.2, 148 y 149 de la Ley 13/1996.

El problema se plantea en aquellos supuestos de excepción, que constituyen salvedades o modificaciones indirectas de la LCAP. Cabe preguntarse: ¿Son legislación básica? Dentro de este grupo de preceptos se encuentran:

1) El art. 147: "De los contratos de obra bajo la modalidad de abono total de precio". Por cierto el art. 147.2 señala que el contrato de obra bajo esta modalidad se rige por este precepto y "con carácter supletorio" se ajustará a la LCAP. Se refiere el precepto a todas las Administraciones Públicas y se halla dentro de una sección dedicada a los contratos de las Administraciones Públicas.

2) El art. 158: "Gestión directa de la construcción y/o explotación de determinadas obras públicas". El precepto se limita en su regulación al Estado y no contempla para nada a las Comunidades Autónomas. Y además este artículo se refiere a las carreteras estatales y a las obras hidráulicas , pero siempre respecto de sociedades estatales.

3) El art. 160: "Infraestructuras ferroviarias". Se crea el Ente Gestor de Infraestructuras Ferroviarias al que se somete a un régimen de aplicación de la LCAP, salvo en materia de electrificación y señalización. El precepto se limita a este ente público estatal.

4) El art. 173: "Régimen jurídico del contrato de concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas". De nuevo se establece un régimen singular de excepción de la LCAP, que se aplicará "en su defecto". Debe señalarse que este precepto se refiere a todas las Administraciones Públicas.

Mediante el Real Decreto 704/1997, de 16 de mayo, se efectuó el desarrollo reglamentario del art. 147 de la Ley 13/1996, es decir, se regula el régimen jurídico, presupuestario y financiero del contrato administrativo de obra bajo la modalidad de abono total del precio. Y resulta que la D.F. 1ª de este Real Decreto 704/1997 declara el carácter básico de los artículos 1 y 2, con base en la D.F. 3ª de la LCAP y en el art. 147 de la Ley 13/1996. Pero, a la vista de que este artículo 147 no fue declarado expresamente básico en la ley, el Reglamento justifica ahora este carácter señalando que el art. 147 citado incide en preceptos declarados básicos por la LCAP, de lo que resulta su carácter básico.

d) El escaso desarrollo normativo por parte de las Comunidades Autónomas

El desarrollo normativo por parte de las Comunidades Autónomas de sus competencias en materia de contratación administrativa ha sido, salvo la excepción de Navarra, más bien escasa y en cualquier caso muy limitada a aspectos de rango menor.

1) Navarra

Navarra ya tenía antes de la aparición de la LCAP una legislación propia en materia de contratos, la Ley Foral 13/1986, de 14 de noviembre, de contratos de las Administraciones Públicas de Navarra. En 1998 se ha procedido a derogar esta Ley Foral de 1986 mediante la aprobación de una nueva Ley Foral (Ley Foral 10/1998, de 16 de junio), que contiene aspectos diferenciales tanto estructurales como de contenido respecto de la legislación estatal. La Ley navarra ha perseguido por un lado adecuar al máximo la legislación estatal a los problemas concretos de las Administraciones Públicas navarras, respetando los principios de aquella legislación, pero implantando nuevos procedimientos en algunos casos. Por otro se ha tenido como máxima la lucha contra la corrupción y de ahí que se haya tendido a acentuar todos aquellos aspectos tendentes a conseguir una mayor objetivación de la contratación y una menor discrecionalidad de las entidades públicas adjudicadoras.

2) Regulación específica de algunas Comunidades Autónomas

En este aspecto de regulación de aspectos singulares de la contratación administrativa, me ha parecido interesante traer a colación sendas leyes de Murcia y de Galicia.

- Galicia

La Ley Gallega 10/1996, de 5 de noviembre regula la actuación de los entes y empresas con participación mayoritaria pública en materia de personal y contratación. Como indica su Exposición de Motivos se trata de desarrollar lo dispuesto en la Disposición Adicional 6ª de la LCAP, en orden a lograr la mayor transparencia en su actuación.

Según el art. 1º de dicha ley deben ajustar su actuación a los principios básicos de la contratación administrativa:

a) las entidades de derecho público vinculadas o dependientes

b) las fundaciones constituidas mayoritaria o totalmente con fondos públicos o cuyos ingresos sean mayoritariamente de subvenciones de la Comunidad Autónoma, siempre -en este segundo caso- que la Comunidad Autónoma forme parte de sus órganos de gobierno y dirección. Constituye una importante novedad.

c) Las sociedades mercantiles de capital con participación mayoritaria pública, de forma directa o indirecta.

El art. 9 fija los principios de contratación a que deben ajustar su actuación reiterando lo ya dicho por la Disposición Adicional 6ª de la LCAP. La novedad se encuentra en el art. 10 donde se establece que los principios de publicidad y concurrencia "se materializarán en la obligación de publicar anuncios en los medios de comunicación, así como en la concesión de un plazo mínimo de diez días para la presentación de solicitudes".

- Murcia

La Ley murciana 4/1997, de 24 de julio, de Construcción y Explotación de Infraestructuras de la Región de Murcia pretende efectuar un desarrollo para aquella Región de lo dispuesto en el art. 147 de la Ley 13/1996. Su Exposición de Motivos indica que se asume lo dispuesto en la normativa básica estatal sobre concesión de obras públicas y advierte "que no es, en ningún caso, intención de la presente norma incidir en la regulación de la contratación administrativa, sino en posibilitar otras formas de financiación".

La Ley se refiere a la construcción y explotación de infraestructuras, dando un amplio elenco de éstas (redes viarias, instalaciones afectas al transporte, redes de saneamiento, depuradoras, redes de abastecimiento de aguas, desaladoras, aeropuertos y cualesquiera otras obras de características análogas -art. 1-). A las infraestructuras se añade la construcción de viviendas de titularidad pública (D.A. 3ª).

El art. 7 de la Ley ofrece el concepto de contrato de concesión de obras públicas, señalando de inmediato que su régimen jurídico será el establecido en la legislación básica estatal. Por su parte la Disposición Adicional 1ª afirma que se declara expresamente aplicable en las contrataciones de esta Comunidad Autónoma el art. 147 de la Ley 13/1996 (sus apartados 1 al 8).

Nótese, no obstante, que la ley establece junto con la modalidad de régimen económico-financiero de explotación mediante tarifas, la alternativa del recurso a la técnica de la concesión demanial.

La ley contiene diversas referencias a la aplicación de la LCAP: selección de cesionario (art. 8), introducción de modificaciones (art. 9. 2), y requisitos de solvencia y capacidad de las empresas en el concurso para la concesión demanial (art. 14. 5).

Llama la atención la exigencia de que la sociedad explotadora deba ser "una sociedad anónima de nacionalidad española". Entiendo que esta exigencia dentro del objetivo básico de las Directivas comunitarias del mercado único sin discriminación por razón de nacionalidad viola el Derecho comunitario.

3) Aspectos de desarrollo normativo

Si se acude a un sumario de normativa autonómica sobre contratos, basta examinarlo para ver que las Comunidades Autónomas han desarrollado solamente aspectos muy concretos de la contratación administrativa, limitándose a aspectos registrales (Registro de Contratos, Registro de licitadores) u organizativos (creación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa).

E) JURISPRUDENCIA DEL TJCE SOBRE EJECUCION DEL DERECHO COMUNITARIO SOBRE CONTRATOS POR LOS ESTADOS MIEMBROS

a) No alteración del régimen interno de los Estados sobre distribución de competencias

Ya me he referido a ello, con lo que me remito a lo dicho más arriba. Cabe destacar que no vale invocar tampoco el ordenamiento interno para la no transposición de las Directivas.

b) Labor del TJCE en la exigencia de la aplicación del Derecho Comunitario por los Estados miembros

Reitero las siete proposiciones que formulaba en mi libro *Contratos públicos y Derecho comunitario*:

1ª Es obligatoria para los Estados miembros la adaptación de las Directivas en los plazos fijados en ellas.

2ª No vale excusar la falta de adaptación por razones internas.

3ª La forma de adaptación es libre y corresponde a cada Estado, siempre que se garantice la efectividad del Derecho Comunitario.

4ª Las Directivas pueden ser de aplicación directa en los casos de transcurso del plazo de adaptación sin haberse efectuado ésta.

5ª El Derecho nacional debe interpretarse de conformidad con las Directivas.

6ª La garantía de aplicación del Derecho Comunitario corresponde, en primer lugar, a los jueces nacionales.

7ª Los Estados tienen la obligación de informar a la Comisión sobre la adaptación de las Directivas.

Dentro del período 1996-1999, además de las Sentencias dictadas de condena por incumplimiento que se han referido más arriba, cabe citar ahora las siguientes:

- STJCE 26-Marzo-1996 (Asunto C-392/93): Responsabilidad.

- STJCE 17-Septiembre-1997 (Asunto C-54/96): Responsabilidad.

- STJCE 24-Septiembre-1998 (Asunto C-111/97): Responsabilidad.

- STJCE 24-Septiembre-1998 (Asunto C-76/97): Responsabilidad.

- STJCE 15-Enero-1998 (Asunto C-44/96): Poder Adjudicador.

- STJCE 17-Septiembre-1998 (Asunto C-323/96): Poder Adjudicador.

- STJCE 10-Noviembre-1998 (asunto C-360/96): Poder Adjudicador.

d) Responsabilidad de los Estados por falta de adaptación de Directivas

1) La nueva jurisprudencia del TJCE sobre la responsabilidad del Estado (7)

(7) *Vid.* con carácter general E. COBREROS, "Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado", Ed. IVAP y Civitas, Madrid 1995; R. ALONSO GARCIA, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario,* Cuadernos de Estudios Europeos,

Esta reciente jurisprudencia confirma la Sentencia *Francovich* de 1991 y está formada por las Sentencias del TJCE de 5-marzo-96 *Brasserie du Pecheur* y *Factortame* y de 26-marzo-96 *British Telecom*, siendo la más reciente la de 24-septiembre-98 *Brinkmauer Tabakfabriken.*

La doctrina que se fija es que la ejecución errónea (desarrollo normativo) o la falta de desarrollo de la Directiva comunitaria otorga un derecho de indemnización en favor de las empresas. Los requisitos de la responsabilidad estatal son los tres siguientes:

1º Que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares.

2º Que la violación esté suficientemente caracterizada.

3º Que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por los particulares lesionados en sus derechos.

Cabe citar las recientes Sentencias en materia de contratos que se refieren asimismo a la responsabilidad estatal: S. 17-Septiembre-1997 (Asunto C-54/96), S. 24-Septiembre-1998 (Asunto C-11/97) y S. 24-Septiembre-1998 (Asunto C-76/97).

Así pues, la no transposición por España de la Directiva 93/38/CEE puede implicar la responsabilidad patrimonial del Estado.

2) Los derechos de los ciudadanos

Ni la LCAP ni la LRJRAC incorporan todos los procedimientos recogidos en las Directivas de recursos sobre recursos y garantías de cumplimiento del

---

Ed. Civitas y Fundación Universidad Empresa, Madrid 1997; y E. GUICHOT, "La responsabilidad de los Estados por infracción del Derecho comunitario: La Jurisprudencia post-Francovich", en *Revista Andaluza de Administración Pública* nº 30/1997, págs. 97-154. Dentro de los comentarios sobre sentencias relevantes del TJCE cabe citar J. PALACIO GONZALEZ, "Responsabilidad del poder legislativo por causa de incumplimiento de la normativa comunitaria", en *Comunidad Europea Aranzadi* nº 10, octubre 1997, págs. 35-45; J.M. FERNANDEZ MARTIN, "El principio de responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados por el incumplimiento de las normas del Derecho Comunitario. Evolución jurisprudencial reciente", en *Revista de Instituciones Europeas* nº 23/1996, págs. 505-538; y M.M. RAZQUIN LIZARRAGA, "Derecho comunitario, contratos y responsabilidad del Estado", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 252/1996, págs. 1-4.

Derecho Comunitario. Se plantea, por tanto, el problema de la falta de un cuadro de "medidas cautelares" en el Derecho español tal como exigen las Directivas.

Hay que recordar la STJCE de 19-septiembre-1996 (Asunto C-236/95) que ha condenado a Grecia por la falta de adaptación de la Directiva 89/665/CEE por entender que sus normas generales relativas al procedimiento de suspensión de los actos administrativos "no pueden, por sí mismos, garantizar un correcta adaptación del Derecho interno a la Directiva".

Por su parte la STJCE 24-Septiembre-1998 (Asunto C-111/97)incide en la responsabilidad por falta de incorporación de la Directiva 92/13/CEE y la STJCE 24-Septiembre-1998 (Asunto C-76/97) versa sobre la aplicación de la Directiva 89/665/CEE y la necesidad de su adaptación.

3) Cuestiones que se plantean

Ante estos incumplimientos cabe plantear dos interrogantes desde la perspectiva de las Comunidades Autónomas:

1ª) ¿Cabe la posibilidad de adaptación del Derecho Comunitario por las Comunidades Autónomas en caso de incumplimiento por parte del Estado?

2ª) La no transposición de las Directivas de recursos podría solucionarse mediante la posibilidad de creación de mecanismos internos a nivel de las Comunidades Autónomas en cuanto a arbitraje, medidas cautelares, recursos, etc. en el ámbito del procedimiento administrativo en materia de contratos, sin perjuicio de la posterior intervención de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. ¿Es ello posible?

En relación con esta segunda cuestión un posible problema podría venir de la doctrina de la STC 146/1996, de 16 de septiembre en recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno Vasco contra la Ley General de Publicidad (Ley 34/1998, de 11 de noviembre). La Ley estatal, frente a las posibilidades de la Directiva comunitaria 84/450/CEE de utilización de dos vías procedimentales, jurisdiccional o administrativa, opta por la vía jurisdiccional para el ejercicio de las acciones de cesación y rectificación de la publicidad engañosa. El Tribunal Constitucional declara que esta materia se incluye dentro de la legislación procesal por lo que es competencia estatal. Y añade que el establecimiento de un sistema de arbitraje en cuanto equivalente jurisdiccional es también materia incluida en el art. 149.1.6ª CE (F.J. 6).

En Asturias se ha planteado la cuestión relativa a la adaptación del sistema de recursos administrativos a la LRJPAC. M. CARCON da cuenta de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 21 de enero de 1997 que niega la posibilidad de explorar una vía específica autonómica. ("Las competencias autonómicas para la regulación de recursos administrativos propios", RAP 143/1997, págs. 317-328).

F) EL TEMA DE LOS INTERESES REGIONALES

La cuestión consiste en si pueden las Comunidades Autónomas introducir, por vía normativa, criterios de interés regional para ser tenidos en cuenta en la adjudicación de los contratos. Y, en consecuencia, su compatibilidad con el Derecho Comunitario.

Las cláusulas de interés regional pueden ser de tres tipos:

a) Cláusulas medioambientales: que supongan una protección "adicional" del medio ambiente.

b) Cláusulas de interés social, de cara a que la atribución de fondos a la contratación administrativa persiga la consecución de otros fines sociales: desempleo, igualdad en el empleo y estabilidad en el empleo.

c) Cláusulas de protección o incentivación a las PYME.

En el plano del Derecho Comunitario nos encontramos por un lado con la Comunicación de la Comisión de 22 de septiembre de 1989, sobre los aspectos regionales y sociales de la contratación pública y, por otro, con la jurisprudencia del TJCE que ha dedicado diversas Sentencias a esta cuestión (la S. 20-Septiembre-1988 "Beentjes", que es la más destacada, y las S. 20-Marzo-1990 "Du Pont De Nemours" y de 11-Julio-1991 "Laboratori Bruneau").

El principio del que se parte es el de no discriminación, que supone la condena de la preferencia por empresarios, productos o servicios de carácter estatal o regional, es decir, por no aceptar todas aquellas barreras que impiden el juego de la libre competencia en materia contractual.

No obstante, la Sentencia "Beentjes" (a la que sigue de cerca la Comunicación de la Comisión) permite la inclusión de cláusulas contractuales que recojan aspectos sociales siempre que ello no suponga una discriminación directa o indirecta para los licitadores.

Además constituye una preocupación de la Comisión la compatibilidad -y consiguiente posibilidad- entre la contratación pública y la introducción de aspectos sociales, de protección del medio ambiente o en relación con las PYME, como lo revelan tanto el Libro Verde sobre la Contratación Pública de 1996 como la Comunicación sobre "La Contratación Pública en la Unión Europea" de 1998. Insisten sobre estos aspectos el Dictamen del Parlamento Europeo (de la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios y Política Industrial) de 3 de noviembre de 1998 y el Dictamen del Comité de las Regiones de 17 de Septiembre de 1998 emitidos en relación con la Comunicación de la Comisión antes citada.

Recientemente el Consejo de Estado ha analizado esta cuestión en su Dictamen de 4 de junio de 1998 con motivo del Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid por el que se procede a la ejecución del "Acuerdo Marco para apoyar la estabilidad y calidad del empleo".

El Acuerdo Marco introduce en su art. 2 un compromiso para que las Administraciones Públicas de Madrid, y las empresas públicas y organismos dependientes, establezcan como criterio preferente en orden a la contratación administrativa la creación de empleo y la estabilidad, a cuyo fin se incluirán en los pliegos de condiciones cláusulas que otorguen una puntuación del 20% del total de la baremación a estos criterios. Así también se contempla la inclusión de una cláusula contractual de protección de minusválidos (art. 3º del Acuerdo).

El punto de partida está condicionado por el hecho de que la Comunidad de Madrid carecía en ese momento de competencias de desarrollo normativo en materia de contratos administrativos.

No obstante, con carácter previo, el Consejo de Estado señalaba la posibilidad de incorporar al ordenamiento jurídico de la Comunidad de Madrid, por norma legal, de lo dispuesto en el Acuerdo Marco en lo que afecta a la contratación administrativa afirmando que la LCAP "abre grandes posibilidades de desarrollo normativo para las Comunidades Autónomas en numerosos puntos, uno de los cuales podría precisamente ser éste, en su caso".

Dado que, a pesar de que la vía idónea es la aprobación de normas (legales o reglamentarias) sobre contratación administrativa, como la Comunidad de Madrid -por falta de competencia- no puede seguir esta vía, el Consejo de Estado aconseja hacerlo mediante la aprobación de los oportunos pliegos de cláusulas administrativas. Y el Consejo de Estado sostiene que la fijación de estos criterios no se opone a las Directivas sobre contratación pública siempre que estas cláusulas se incluyan en términos ponderados y no discriminatorios.

La actividad administrativa en la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa: La cuestión de ilegalidad un paso corto

Manuel Beato Espejo
Profesor Titular Universidad de Extremadura

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.- II. AMBITO DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA IMPUGNABLE ANTE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: CONSIDERACIONES PREVIAS.- III. RECURSOS QUE, DIRECTA O INDIRECTAMENTE, VERSEN SOBRE LA LEGALIDAD DE ALGUNA DISPOSICION GENERAL: a) Recurso directo contra reglamentos, b) Recurso indirecto contra reglamentos, c) La cuestión de ilegalidad.- IV. RECURSOS CONTRA ACTOS EXPRESOS Y PRESUNTOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA: a) La obligación de resolver versus actividad presunta de la Administración, b) El criterio de la Ley sobre los actos políticos.- V. RECURSOS CONTRA LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACION: RECURSOS CONTRA LA NO EJECUCION DE ACTOS FIRMES.- VI. RECURSOS CONTRA ACTUACIONES MATERIALES DE LA ADMINISTRACION CONSTITUTIVAS DE LA VIA DE HECHO.- VII. LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES COMO OBJETO A SATISFACER EN ESTE PROCESO.

I. PLANTEAMIENTO

La actividad administrativa impugnable ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, contenido del Capítulo I del Título III de la Ley 29/1998, de 13 de julio (LJC), ha de analizarse no sólo en relación con otros Títulos de la misma Ley, sino también y de forma especial con ciertas disposiciones de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPC), tras su modificación por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que ha aclarado ciertos contenidos que prematuramente había aparecido en aquella y que veremos; con la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y con la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modificada, entre otras, por la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Antes de entrar en el análisis concreto de esa materia, brevemente, mi opinión sobre la LJC.

En lo sustantivo, recoge, nada más y nada menos que los postulados de la Norma Fundamental de 1978, que de forma paciente ha ido perfilando tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo y que, en esencia, son aquellos que establecen el derecho de todos a la tutela judicial efectiva, artº 24.1 CE; aquellos que atribuyen a los Tribunales de Justicia el control de la potestad reglamentaria, la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican, artº 106.1 CE y aquellos que disponen que la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, artº 117.3 CE.

O, dicho de otra manera, la LJC superando definitivamente la concepción revisora del acto administrativo, abre las puertas en un proceso ínter partes a cualquier comportamiento ilícito de la Administración, donde debe primar no sólo la mera legalidad sino también y sobre todo los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, único y necesario objeto del proceso.

El acto deja de ser un obstáculo que impide a la parte someter su pretensión ante el Juez y se consolida, como un presupuesto de admisibilidad de la acción. Lo primero a ventilar es si el ejercicio de un derecho ha sido, o no, impedido o limitado por la actuación administrativa, lo secundario es el acto administrativo. La sacralización del acto y su protección jurisdiccional ha quebrado muchos derechos personales.

Cosa muy distinta será, si los Jueces y Magistrados que conforman la Jurisdicción Contencioso-administrativa comparten los nuevos aires que circulan en torno a exigir de la Administración la colaboración debida en cuanto a la remisión de los expedientes administrativos, en tiempo y forma; en cuanto a la ejecución, en su propios términos, de las sentencias dictadas; en exigir, si procede, la debida responsabilidad personal a autoridades y funcionarios que intencionadamente entorpecen el proceso; en establecer las medidas cautelares necesarias que impidan un perjuicio a quien en Derecho tiene la razón y la demanda.

No olvidemos que juzgar a la Administración contribuye a administrar mejor. No olvidemos que la Administración Pública sirve los intereses generales con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, dice el artº 103.1 CE.

Otra cosa será y también ha de tenerse en cuenta, si las circunstancias permitirán a los Jueces y Tribunales llegar a una verdadera justicia material, pronta y eficaz. El número de demandas pendientes de resolver y el retraso (1) que es una losa difícil de levantar, pero... seamos optimistas.

En lo adjetivo, en lo procesal, la LJC me parece farragosa, densa, a veces oscura y no fácil de seguir. El procedimiento abreviado, me parece más bien un procedimiento concentrado por la densidad de su contenido (2). En la voluntad de impugnación de los reglamentos, amaga pero no pega. En la clasificación de las pretensión, avanza pero no llega (3).

No obstante, bienvenida sea porque era necesaria; aunque, hemos de decir que la Ley de 1956 haya sido unánimemente elogiada.

II. AMBITO DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA IMPUGNABLE ANTE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA:

Consideraciones previas

La actividad administrativa impugnable ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, se concreta en las pretensiones que se deduzcan en relación con:

1. Las disposiciones de rango inferior a la Ley, artículos 26 y 27 LJC, y específicamente, en relación con los Decretos Legislativos cuando excedan de los límites de la delegación, artº 1.1 LJC.

2. Los actos expresos y presuntos de la Administración Pública, que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite cualificados; es

(1) Véanse los expresivos datos que da MARTIN REBOLLO, L. "Estudio Preliminar a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa" . Leyes Administrativas. Aranzadi, 1999. Pág. 1082-1083.

(2) SAINZ MORENO, F. En su comentario al "Procedimiento Abreviado". En, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Lex Nova. Valladolid, 1999. Pág. 376. Piensa que se trata de un precepto, el 78 LJC, que pronto será modificado. Aunque el criterio del profesor no es ni mucho menos negativo y menos si se proyecta en la dirección que indica.

(3) Véanse otras consideraciones de este orden en GARCIA DE ENTERRIA, E. "Introducción" a los Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998. REDA núm. 100. 1998. Pág. 20.

decir, si deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, si determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, o si producen indefensión o perjuicio irreparables a derechos e intereses legítimos; artículos 25.1 y 28 JCA.

3. La inactividad de la Administración; artículos 29 y 32.1 LJC.

4. Las actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en esta Ley; artículos 30 y 32.2 LJC.

Cualesquiera de estas manifestaciones han de ser acogidas dentro de la pretensión objeto del proceso. Pretensión que no siempre ha de apoyarse en una actuación contraria a Derecho, aunque sí ha de tratarse de acciones u omisiones sujetas al Derecho Administrativo, como preceptúa el artº 1.1 LJC al decir que "Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo".

Tampoco es necesario, siempre, el planteamiento previo en vía administrativa de las pretensiones que se formulen ante el órgano jurisdiccional. Y, como se sabe, las disposiciones generales serán impugnables, cualquiera que sea la materia sobre la que versen.

Consideraciones previas

Antes de entrar en el estudio de cada una de estas manifestaciones o modalidades de Recursos Contencioso-administrativos son necesarias unas consideraciones generales.

Primera: Sobre los Decretos Legislativos. La LJC ha resuelto definitivamente la polémica sobre la impugnabilidad ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa de los Decretos Legislativos cuando excedan los límites de la delegación.

La expresión de la Ley de 1956, de la misma Jurisdicción, cuando decía que sólo eran impugnables las "disposiciones de categoría inferior a la Ley", sembraba, en algunos, la duda de si este tipo de normas, al tener rango de ley, eran impugnables ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa o ante el TC.

Como ha dicho recientemente GARRIDO FALLA (4) sobre esta cuestión, "resulta desconcertante... que, después de promulgada la Constitución, las vacilaciones del Tribunal Supremo continuasen produciéndose...", sobre todo tras la lectura del artº 82.6 CE que ahora evoca el artº 9 de la Ley Orgánica 6/1998, citada, que dice "Sin perjuicio de las competencias propias de los Tribunales..., las leyes de delegación podrán establecer... fórmulas adicionales de control"

Segunda: Sobre las disposiciones administrativas generales. Como dispone el artº 62.2 LRJPC, la sanción que corresponde a las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, es la nulidad de pleno derecho (5).

Y en ese marco hay que encajar las infracciones sobre el procedimiento de elaboración de los reglamentos previsto en el artº 24 de la citada Ley del Gobierno (6). Cuestión ésta que también ha tenido una gran turbulencia jurisprudencial en la redacción de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, artículos 129 a 132, que puede resumirse en la aceptación de tales vicios en los recursos directos y en su irrelevancia en los indirectos.

Nos quedamos, con lo dicho sobre la materia por el TS en su Sentencia de 21 de enero de 1998, Sala 3ª (Ar. 911):

"No cabe que la Administración sustraiga trámites ni elementos esenciales en la elaboración de las disposiciones, porque ello puede determinar... la declaración de nulidad de la norma reglamentaria".

Tercera: Sobre la técnica de la inaplicación. La técnica de la inaplicación prevista en el artº 6 de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial, como actuación de Jueces y Tribunales no es en modo alguno aceptable desde la Constitución de 1978.

---

(4) GARRIDO FALLA, F. "La impugnación de disposiciones de carácter general". En, Jornadas de estudio sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Universidade da Coruña. 1998. Pág. 65-66.

(5) Ver artº 23 párrafos 2º y 3º de la Ley del Gobierno

(6) Véase, GARCIA DE ENTERRIA, E y TOMAS RAMON FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo. Vol. I. Civitas, 1995. Pág. 210.

En mi criterio, al disponer este precepto que "Los Jueces y Tribunales no aplicarán los Reglamentos o cualquier otra disposición contraria a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa", aparte de una obviedad, está abriendo una vía de derogación de las leyes.

Dicho en otros términos, ante un reglamento ilegal, a los Jueces y Tribunales no les cabe otro camino que anularlo. Cosa distinta es que exista o no, en la norma, un procedimiento de anulación, que el Tribunal pueda o deba actuar de oficio o a petición parte, etc. Ninguna de estas circunstancias puede poner en cuestión el hecho de que un reglamento ilegal contamina el Ordenamiento jurídico y por ende ha de ser purgado, sin más. Volveremos sobre este punto.

Cuarta: Sobre otras cuestiones. No hay ninguna referencia a los procedimientos de nulidad de reglamentos, previsto en los artº 102 LRJPC (revisión de oficio y acción de nulidad, hoy sustancialmente afectado por la citada Ley 4/1999 de modificación de la LRJPC) y en el artº 107.3, párrafo 2º LRJPC, recurso contra el acto ante el órgano que dictó la disposición (también afectado por la citada Ley 4/1999), así como tampoco a los sistemas previstos en los artículos 76 y 77 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), en vía de recurso ante el TC y en el artº 61.1 de la misma Ley Orgánica, en vía de conflicto de competencias, respecto de las disposiciones dictadas por los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.

III. RECURSOS QUE, DIRECTA O INDIRECTAMENTE, VERSEN SOBRE LA LEGALIDAD DE ALGUNA DISPOSICION GENERAL: a) *Recurso directo contra reglamentos, b) Recurso indirecto contra reglamentos y c) La cuestión de ilegalidad*

El contenido de los artículos 26 y 27 LJC recuerda al artº 39 de la Ley de 1956 sumándole la acción de oficio que el Juez o Tribunal ha de poner en marcha al considerar ilegal el contenido de una disposición, cuando enjuicie un acto de ella derivado.

Así pues, se plantean tres vías de impugnación de los reglamentos ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa:

a) Impugnación directa del reglamento, a través del procedimiento ordinario previsto en los artículos 45 y siguientes o del procedimiento abreviado previsto en los artículos 78 de la misma Ley.

b) Impugnación indirecta del reglamento, a través del recurso al acto dictado en aplicación del mismo y fundado en la no conformidad a Derecho de la disposición. Y, en especial, cuando el Juez o Tribunal es competente para conocer tanto del acto como de la disposición, artº 27.2 de la Ley.

c) El planteamiento de la cuestión de ilegalidad, tanto si el recurso contra el acto se fundamenta en una disposición ilegal como si no.

Veamos tales vía de impugnación de disposiciones de carácter general, analizando las dos primeras de forma breve y esquemática:

a) Recurso directo contra reglamentos

Obviando el iter jurídico a seguir, se hacen las siguientes consideraciones:

1ª. No hay materias excluidas; ya que como decíamos, los reglamentos serán impugnables "cualquiera que sea la materia sobre la que versen".

2ª. Existe un límite que, aunque obvio, está en que las leyes y las normas con rango de ley, cuando se ajusten a los términos de la delegación conferida, no son residenciables ante esta Jurisdicción.

3ª. El fundamento del recurso se apoya en múltiples razones; de las que conviene citar los siguientes:

– Que la disposición administrativa vulnere la Constitución, las leyes u otras disposiciones de rango superior, que regule materias reservadas a la Ley o que establezca disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derecho individuales, tal como queda dicho y señala el artº 62.2 LRJPC.

– Que la norma impugnada incurra en alguna de las infracciones del artº 23.2 de la Ley del Gobierno, que prohibe a los reglamentos regular materias objeto de reserva de ley e infringir normas con dicho rango (7).

– La ausencia total del procedimiento de elaboración, previsto en el artº 24 de la Ley de Gobierno o seguir otro distinto al legalmente exigido. Y también puede fundarse, en mi criterio, en cualquier otra infracción en la tra-

(7) Véase nota 5.

mitación del procedimiento, aunque la jurisprudencia sea vacilante en este punto, como se ha dicho, al imputarle, a veces, al reglamento un vicio de anulabilidad no admisible en aplicación del citado artº 62.2 LRJPC.

Como declara el TS, las disposiciones administrativas o son válidas o son nulas de pleno derecho (8). No les resulta aplicables el instituto de la anulabilidad.

– La vulneración del principio de jerarquía normativa previsto en el artº 51.2 LRJPC y en el artº 23.3 párrafo 2º de la Ley de Gobierno.

4ª. De prosperar el recurso, procede la declaración de nulidad de la disposición, total o parcialmente como establece el artº 71.1, a) LJC, y en su caso, la declaración de nulidad de las actuaciones indebidamente practicadas con reposición del procedimiento al momento anterior al del trámite infringido.

5ª. Los efectos de tal declaración, una vez adquirida firmeza, serán generales desde el día en que se publique el fallo; tal como dispone el artº 7.2 LJC.

6ª. En ningún momento, el órgano sentenciador podrá sustituir la voluntad del órgano administrativo, redactando el contenido de la norma anulada; artº 71.2 LJC.

Este límite a la potestad (procesal) del órgano jurisdiccional, que devuelve al ejecutivo la decisión sobre el contenido de la disposición, se justifica según GONZALEZ PEREZ (9) en que supone una ampliación de las garantías de los ciudadanos y en especial del principio de tutela judicial efectiva; aunque y por contra representa un paso atrás en la doctrina jurisprudencial, al menos respecto al planeamiento urbanístico donde se "había llegado a reconocer la posibilidad de que la sentencia controlara la discrecionalidad y llegara a fijar la forma en que debían quedar redactadas las determinaciones arbitrarias del plan".

Expresamente dice: "No ofrece duda... que si se controla una determinada norma de un reglamento por estimarse que es contraria a la Ley de que es

(8) Véase, entre otras, la Sentencia de 26 de septiembre de 1996 (Ar. 6707).

(9) GONZALEZ PEREZ, J. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio). Vol. II. Civitas, 1998. Pág. 1331-1332.

desarrollo, el Tribunal puede -y debe- no sólo declarar nula la norma reglamentaria, sino establecer cómo queda redactada para que quede ajustada a la norma legal".

Para GARCIA DE ENTERRIA (10) tal sustitución sería inconstitucional por contrario al artº 24.1 CE, puesto que la decisión política, la determinación de qué es lo mejor en cada momento histórico, no corresponde a los Jueces. Estos no responden ante el pueblo, sólo responden ante el Derecho.

Además, dice este profesor, esa falta de injerencia del Tribunal se ve hoy compensado por la posibilidad de dictar sentencias de condena y no sólo anulatorias, por la recuperación del poder del juez de ordenar conductas a la Administración ***(injonction)*** en la propia sentencia y en trámite de ejecución. Véase, a estos efectos, el artº 112 LJC que pone en manos del Tribunal las medidas para lograr la efectividad de lo mandado: multas coercitivas a autoridades, funcionarios o agentes y exigencia de responsabilidad patrimonial o penal, si procede.

7ª. Estos tipos de recursos gozarán de preferencia en la tramitación sobre cualquier otro recurso contencioso-administrativo, salvo aquellos que deriven del proceso especial de protección de derechos fundamentales, como señala el artº 66 LJC.

8ª. Por último, recordar que a tenor de los que dispone el artº 73 LJC, la sentencia anulatoria no afectará a los actos firmes aplicados antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo que la anulación del precepto suponga exclusión o reducción de sanciones aún no ejecutadas completamente.

Para la determinación de ese momento, debe tenerse en cuenta la obligación del órgano jurisdiccional de publicar la sentencia en el mismo periódico oficial en que se hubiera publicado la disposición anulada (artº 72.2, concordante con el artº 107.2, ambos de la LJC). La sentencia puede estar dictada y no publicada.

Aunque, como apunta GONZALEZ PEREZ (11) y estoy de acuerdo con ello, el despliegue de efectos de la sentencia debe ser "desde que fue leída y publicada en la Sala".

---

(10) GARCIA DE ENTERRIA, E "Aún sobre la reforma de la justicia administrativa y el 'modelo constitucional'. Nota última". REDA, 93. 1997. Pág. 71-72.

(11) GONZALEZ PEREZ, J. Comentarios a la Ley de... Ob. cit. vol. II. Pág. 1360.

b) Recurso indirecto contra reglamentos

En relación con esta modalidad de recurso se hacen las siguientes consideraciones:

1ª. Su compatibilidad con el recurso directo y su admisibilidad aunque no prospere el recurso directo; artº 26.2 LJC.

Hay que despreciar, por tanto, la errónea jurisprudencia que aplica la teoría del acto consentido para entender que no procede la impugnación posterior del acto, si la persona legitimada no impugnó la disposición en plazo.

2ª. Permite salvar el breve plazo de la impugnación directa de la disposición.

3ª. Se fundamenta en la nulidad del reglamento que le llevará a la invalidez del acto que recurre. Es necesaria la existencia del acto para impugnar el reglamento, pero la impugnación se orienta inequívocamente contra la norma.

4ª. La Sentencia estimatoria se ha de pronunciar tanto sobre el acto como sobre la disposición que le sirve de base.

Respectos del acto, contendrá todos los pronunciamientos necesarios para restablecer los derechos e intereses perturbados; artº 71.1, b) LJC. Y respecto de la disposición, el juez sentenciador debe llegar a su anulación total o parcial, artº 71.1, a) LJC.

Para GONZALEZ PEREZ (12) este pronunciamiento implicaría contravenir el principio de tutela judicial efectiva respecto de aquellos sujetos titulares de intereses colectivos que pudieran resultar afectados por la sentencia dictada sin haber tenido oportunidad de personarse en el proceso. Supone ésto, dice el profesor, ampliar las potestades del Tribunal. Posición que no compartimos porque lo que está realmente en cuestión en este proceso es la norma y su enfrentamiento con la ley, y porque, a lo más, debe llevar a que el Juez o Tribunal adopte las garantías necesarias para que tales terceros tengan conocimientos del proceso en el momento oportuno; por ejemplo, extendiendo a tales interesados las garantías que establece el artº 33.2 LJC para las partes.

(12) GONZALEZ PEREZ, J. Comentarios a la Ley de... Ob. cit vol. I. pág. 674.

Volveremos sobre este punto, pero dejemos constancia ya de las palabras de GARCIA DE ENTERRIA (13) cuando dice, por una parte, que "Una declaración general de nulidad de los Reglamentos que contrarían las Leyes es, pues, una operación de salubridad pública, una depuración del ordenamiento en el sentido exacto de la Constitución" y, por otra, que "La anulación general de los Reglamentos ilegales con ocasión de la anulación de uno de sus actos aplicativos es... una facultad judicial no sólo justificada, sino debida, en servicio de los valores superiores del ordenamiento que son la justicia, la libertad y la igualdad".

5ª. Otras circunstancias serán recogidas en el estudio de la tercera vía de impugnación, a la que pasamos.

c) La cuestión de ilegalidad

El artº 27 LJC dice que cuando un Juez o Tribunal es competente para conocer de un recurso indirecto y también para conocer del recurso directo contra la disposición general que fundamenta aquel acto, la sentencia que dicte podrá anular la disposición. Y también dice que si conoce del recurso indirecto sin ser competente para conocer del directo, "deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente". Y, en todo caso, el TS anulará la disposición sin plantear tal cuestión cuando conozca del recurso contra el acto.

Dicho de otra manera, sólo deberá plantear la cuestión de ilegalidad aquel órgano que sea incompetente para anular la disposición. Por tanto, de una parte, podemos encontrarnos con una norma, estimada ilegal en un recurso indirecto en el que se declara la anulación del acto fundándose en la ilegalidad de la norma, que sigue produciendo efectos jurídicos porque el Juez o Tribunal no es competente para anularla.

Pero, de otra parte podemos hallarnos con una norma estimada ilegal en un recurso contra un acto cuyo fundamento no fue la ilegalidad de la norma.

Ambas situaciones son grave y difíciles de aceptar desde el Ordenamiento jurídico y, en especial, desde el artº 106.1 CE.

(13) GARCIA DE ENTERRIA, E. "La eliminación general de las normas reglamentarias nulas con ocasión de recursos contra sus actos de aplicación". REDA, 66. 1990. Pág. 291.

No sólo son graves porque el Tribunal no anula la disposición sabiendo de su enfrentamiento con la Ley sino también porque no llegará a plantearse la cuestión si no es porque una parte del proceso se lo pida, como se deduce de una interpretación estricta del reiterado precepto. El Juez o Tribunal sólo podrá llegar a la nulidad de la norma, si se impugna directamente o si se impugna el acto fundándose en la norma que le sirve de aplicación; pero no si se impugna el acto sin tal fundamento, aunque el Tribunal llegue a la misma conclusión, cual es que la norma es contraria a la Ley (14).

En suma y según la Ley que comentamos, ni el mismo TS podrá anular una disposición ilegal si el recurso contra el acto se fundamenta en "cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder", como establece el artº 62.2 LRJPC; es decir, cuando la parte no se ha servido de la norma para apoyar su recurso contra el acto.

La alternativa que le queda al Tribunal en tal caso es o inaplicarlo o dejarlo válido, que es lo mismo a efectos generales, ya que como dice GARCIA DE ENTERRIA esa técnica pasiva de inaplicación es insuficiente y ha de darse un paso más, su eliminación (15).

Creemos, pues, que el TS o cualquier otro Tribunal deberá anular la disposición en cualquier caso. Así puede deducirse de una lectura más atenta del artº 27.1 LJC que refleja la decisión del órgano jurisdiccional, "haber dictado sentencia firma estimatoria" por considerar ilegal la disposición, y no el fundamento que lleva a la decisión.

En definitiva, a mi entender, la LJC debería haber dado el paso definitivo y haber ampliado las competencias para conocer de la ilegalidad de una disposición general a cualquiera de estos órganos jurisdiccional y cualquiera que fuera el fundamento de la pretensión.

---

(14) ALONSO GARCIA, R. "Comentario al artículo 27 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa" En, Comentarios a la Ley... Ob. cit. Pág. 273. Que hace otra extensión del contenido del citado precepto. Se refiere a la acción de oficio del artº 33.3 LJC, con remisión al párrafo 2º del mismo precepto y al artº 126.2 de la misma norma; es decir, que el Juez o Tribunal al impugnar directamente una disposición general puede entender necesario que se extienda el enjuiciamiento a otros preceptos de la misma disposición. Lo que me parece correcto aunque tampoco lo solicite una parte del proceso.

(15) GARCIA DE ENTERRIA, E y TOMAS RAMON FERNANDEZ, Curso de... Ob. cit. Vol. I. Civitas, 1995. Pág. 213.- Véase también SANTOS VIJANDE, J. El recurso indirecto contra Reglamentos. Edersa. Madrid, 1998. Pág.137-138, 48-49 de la addenda publicada.

A ello se apuntaba SANTOS VIJANDE aunque sea por otro camino, al decir que la solución está en atribuir, en primera instancia, la competencia para conocer del recurso indirecto al órgano judicial competente para conocer del directo (16). Y también TORNOS MAS cambiando el objeto del recurso indirecto; es decir, impugnando la norma con ocasión de un acto aplicativo y a través de éste recurso. En este caso, dice el profesor, el interesado en la nulidad del acto interpondría su recurso ante el órgano jurisdiccional competente para declarar la nulidad de la norma (17).

Por esta vía se evita, digo yo, el peligro que para algunos supone, a estos efectos y si en verdad lo hay, la creación de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo (18); pero, creo que se olvidan otros peligros, los aquí reiterados respecto a la vigencia de la disposición. Y comparando asumo el primero.

Esta es una explicación a la incoherencia de la técnica montada por la LJC; pero hay otras respuestas.

---

(16) SANTOS VIJANDE, J. El recurso indirecto... Ob. cit. Pág. 140, 52 de la citada addenda, donde se ratifica, aunque distinguiendo, con fundamentos procesales acertados desde ese enfoque, que el juicio de ilegalidad de la disposición traiga causa o no, del fundamento aportado por la parte (lo que no compartimos, en lo sustantivo, como queda dicho). Se apoya el citado profesor en los dispuesto por el artº 107.3 LRJPC (anterior artº 113.2 de la Ley de Procedimiento de 1958), que propicia que el eventual Recurso Contencioso-administrativo tenga que interponerse ante el Tribunal competente para fallar del recurso directo. Lo que tampco compartimos por cuanto que residenciar el recurso ante el órgano que ha dictado la disposición no cambia el objeto del recurso que es el acto y no la disposición. Como se deduce del párrafo 1º del mismo apartado 3º, que niega la vía de recurso administrativo contra las disposiciones de carácter general. Aunque ese cambio es lo que está proponiendo tanto el profesor SANTOS VIJANDE como el profesor TORNOS MAS, como a continuación se indica. En definitiva lo que se refleja es la inutilidad de esta acción de oficio montada por la Ley de 1998. Creemos que sería de mayor eficacia, a estos efectos, la puesta en marcha de la acción de revisión de disposiciones prevista en el artº 102.2 LRJPC, tras la reforma de 1999, aunque también antes se entendiera aplicable sin previsión de procedimiento; sin que ello implique la incompatibilidad de ambos sistemas.

(17) TORNOS MAS, J. En su comentario a los "Procedimientos especiales". En, Comentarios a la Ley de... Ob. cit. Pág.535. El objeto del recurso sería el reglamento, si bien la pretensión sería la nulidad de la norma y la del acto.

(18) Juzgado de lo Contencioso-administrativo que ya son, por Ley, competentes para conocer de los recursos contra las disposiciones de la Administración periférica del Estado y de las Comunidades Autónomas; artº 8.3 LJC. Además, no debemos olvidar que en todo caso, el proceso abierto se ciñe a los preceptos reglamentarios cuya declaración de ilegalidad ha servido de base para estimar la demanda frente al acto, cuyo ámbito de impugnación según el mismo precepto, es sustancioso.- Véase SAINZ MORENO, F. En su comentario al "Procedimiento abreviado". Comentarios a la Ley... Ob. cit. Pág. 376. Que hace un pronóstico no sólo sobre el futuro de este procedimiento sino también sobre la implantación de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, augurando que aunque de principio creen problemas, finalmente arraigarán para bien de la justicia contencioso-administrativa.

Para PARADA VAZQUEZ, el legislador está estableciendo una cautela, está impidiendo que se vulnere el sistema de distribución de competencias previsto por él mismo (19). Lo contrario estaría fuera de toda lógica.

El objetivo de unificación de criterios sobre la legalidad de las disposiciones generales, que apunta GONZALEZ-VARAS acudiendo al mismo legislador (20).y la seguridad jurídica que ello comporta, más bien se consiguen adoptando decisiones justas y prontas que impidan que las decisiones de las autoridades y funcionarios se sobrepongan con gran intensidad y durante mucho tiempo a la voluntad del legislador que representa la de la ciudadanía. Creo que de nuevo ahora prima la forma sobre el fondo. En la Ley de 1956 no existía camino, aunque una destacada doctrina quiso abrirlo (21), ahora el camino va por otro sitio.

En tal sentido entiendo la crítica que hace SORIANO GARCIA a la deficiente construcción de esta técnica; no en el deseo del buen legislador por agotar todas las posibilidades para anular un reglamento ilegal (22).

---

(19) PARADA VAZQUEZ, R. Derecho Administrativo. Vol. I. M. Pons. 1999. Pág.745.

(20) GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, S. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/19998, de 13 de julio). Tecnos, 1999. Pág. 534-535.

(21) Basta recordar las palabras de GARCIA DE ENTERRIA, E y de TOMAS RAMON FERNANDEZ, que ya en 1977 en su Curso de... Ob. cit. vol. I, decían "... parece claro que la eliminación de un Reglamento ilegal –con ocasión de un recurso indirecto interpuesto contra un acto concreto de aplicación- es una posibilidad que hay que estimular y no limitar, puesto que produce también efectos purgativos del ordenamiento... Razones de economía procesal justifican con toda evidencia la eliminación definitiva y general de un Reglamento viciado desde el momento en que se comprueba su ilegalidad, pues no tiene sentido que, sabiendo que esta ilegalidad existe, se permita la multiplicación de procesos individuales para anular uno a uno la indefinida serie de actos aplicativos" "... el único argumento que podría oponerse a la eliminación de las mismas podría ser la falta de competencia del Tribunal para pronunciar el fallo anulatorio general del Reglamento. Este argumento no es posible, sin embargo, en nuestro Derecho a la vista del artículo 1. LJ, que confiere inequívocamente a los Tribunales de esta Jurisdicción poder bastante para decidir todas `las pretensiones que se deduzcan en relación con las disposiciones de categoría inferior a la Ley´ pretensiones que desde el momento en que se incluyan en el suplico de la correspondiente demanda vinculan al Tribunal a decidir sobre ellas". Pág. 146. Pues bien, hoy se sigue utilizando los mismos argumentos, la falta de competencia del órgano jurisdiccional.- Véase también PEREZ MORENO, A. "Recurso contra reglamentos". En la obra coordinada por él mismo, La reforma del proceso contencioso-administrativo. Pamplona, 1995. Pág. 137. Que insiste en la misma idea, la posibilidad de que el Tribunal pudiera declarar la nulidad del precepto a la vez que resolvía sobre la invalidez del acto.

(22) SORIANO GARCIA, J.E. "Comentario al artículo 123 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa". En, Comentarios a la Ley... Ob. cit. Pág. 831-836.

Se plantea también por la doctrina el problema de los derechos de terceros que puedan verse vulnerados en este proceso sin ser llamados al mismo. Creemos que estos derechos pueden garantizarse en los mismos términos que los ha de garantizar el órgano competente, cuando lo sea, o el propio TS (23). Y, en último caso, podría instrumentarse una "autocuestión de ilegalidad" con suspensión del trámite para dictar sentencia en términos similares a lo dispuesto en el artº 55.2 de la LOTC.

Pero existen, además, otros problemas:

a) ¿Qué solución se dará a los fallos contradictorios entre las distintas Salas o entre los distintos Tribunales? La jurisprudencia lo dirá. Y lo hará partiendo de lo dispuesto en el artº 126.5 LJC que establece que la sentencia dictada en cuestión de ilegalidad no revisará el fallo de la sentencia dictada por el Juez o Tribunal que la planteó.

b) ¿Qué órgano es competente para conocer del recurso al acto si, como señala el artº 21.3 LJC la Administración autora de la disposición -distinta de la autora del acto- se considera también parte demandada? ¿El competente por el acto?, ¿el competente por la disposición?, ¿el Tribunal Supremo? En mi criterio, el que lo fuera para anular la disposición (24), si no la tienen todos como ocurre en la vigente Ley (25).

Pero, de aceptarse esta técnica procesal, como no puede ser de otra forma, hay que decir que para su planteamiento será exigible:

---

(23) GARCIA DE ENTERRIA, E. "Introducción" a los Comentarios a la Ley... Ob. cit. Pág. 20. Critica la objetivación de esta vía procesal y en especial este impedimento de participación a terceros interesados.- SORIANO GARCIA, J.E, en el "Comentario al artículo 123..." citado en nota 22 y dentro de la crítica general que a la técnica formula, la califica como una medida de policía normativa en la que no está en juego ningún derecho subjetivo ni interés legítimo de carácter privado. Me parece acertado el símil empleado pero creo que se alarga cuando afirma y creo que la afirmación está llena de un espíritu crítico, cuando afirma digo, que no existen derechos subjetivos ni interés legítimo en juego.

(24) El procedimiento a seguir es el previsto en los artículos 123 a 126 de la propia Ley.

(25) GARRIDO FALLA, "Comentario a los artículos 25 y 26 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa". En, Comentarios a la Ley.... Ob. cit. Pág. 262-263. Acude a la fuerza atractiva del órgano superior, que al ser, en el supuesto que pone, el Tribunal Supremo, hace innecesario el mecanismo de la cuestión de ilegalidad.

a) Una sentencia firme declarando la invalidez del acto por ser ilegal el reglamento aplicado. Lo que alarga aún más la vida del reglamento declarado ilegal.

b) Que el órgano carezca de competencia para anular la disposición.

Si el órgano tiene competencia a tal efecto, o en todo caso el TS, ha de proceder a la anulación de la disposición y en este supuesto tampoco la Ley establece procedimiento alguno.

Los efectos de la Sentencia que se dicte serán, sin duda, declarar la validez o la nulidad de la disposición afectada.

c) La cuestión sólo procede sobre el contenido de la disposición general aplicada; artº 27.1 LJC. No en virtud de una ilegalidad formal.

d) Se instrumenta como un recurso objetivo, en interés de Ley; por tanto, sin afectar a situaciones jurídicas concretas derivadas de la sentencia dictada por el Juez o Tribunal que la plantea; artº 126.5 LJC.

IV. RECURSOS CONTRA ACTOS EXPRESOS Y PRESUNTOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA: *a) La obligación de resolver versus actividad presunta de la Administración y b) El criterio de la Ley sobre los actos políticos*

Como queda dicho, son impugnables ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa los actos expresos y presuntos de la Administración Pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, y si éstos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento o producen indefensión o perjuicios irreparables a derechos e intereses legítimos; artículos 25.1 y 28 LJC.

Desaparecen pues las excepciones de la Ley de 1956, perviviendo tan sólo la prevista en el artº 28 LJC, los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de otros consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma (26). En este tipo de recurso, el legislador confiesa que "poco hay que renovar" (27); es decir, mantiene el carác-

(26) Véase, VILLAR PALASI J.L y VILLAR EZCURRA, J.L. "Comentario al artículo 28 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa". En, Comentarios a la Ley... Ob. cit. Pág. 276-293.

(27) Exposición de motivos, párrafo 3º del apartado V.

ter revisor del acto que trata de superar y, como excepción, cierra el proceso contra ellos (28).

Se apoya en "elementales razones de seguridad jurídica" que no sólo deben tenerse en cuenta en favor de los intereses del perjudicado sino también y sobre todo del interés general y de los intereses de quienes puedan resultar individual o colectivamente afectados por el acto. Y dice: "Conservar esa excepción es una opción razonable y equilibrada"; señalando como causas: a) que el acceso a la tutela judicial es hoy menos gravoso, b) que los plazos se han ampliado, c) que las notificaciones defectuosas son hoy menos eficaces, y d) que el ámbito de la legitimación se ha ampliado.

Frente a estas consideraciones PARADA VAZQUEZ (29) se pregunta, ¿dónde está la regla de la igualdad de las partes en el proceso contencioso-administrativo?, ¿Por qué no se aplica la doctrina del acto consentido a la Administración, y, por contra ésta puede defender sus derechos materiales dentro del plazo de cuatro años mediante el recurso de lesividad (30)? y ¿si éste derecho se reconoce a la Administración, por qué no se reconoce también a los particulares?

Fuera de esa excepción, el acto ha de adoptar una forma expresa o presunta, ha de agotar la vía administrativa y ha de ser definitivo o de trámite.

El agotamiento de la vía administrativa y el carácter definitivo del acto no exigen mayor consideración. Solo recordar la referencia hecha por el apartado 4 del artº 46 al Recurso reposición, potestativo y contra actos que agotan la vía administrativa, que se adelanta a los previsto en los artículos 107 y 116 LRJPC (31) y que puede provocar un nuevo acto administrativo, que será el objeto del Recurso Contencioso-administrativo.

Sin embargo, sobre los actos de trámite hay que decir que el legislador ha extendido su ámbito refiriéndose no sólo a los "que determinen la imposibili-

(28) Salvo que sean nulos de pleno derecho; hay que entender.

(29) PARADA VAZQUEZ, R. Curso de... Vol. I. Ob. cit. Pág. 760.

(30) Artº 103 LRJPC modificado por la Ley 4/1999.

(31) Como se expresa en este artº 46.4 los plazos para acudir a la vía Contencioso-administrativa se computan desde el día siguiente al que se notifique la resolución expresa del Recurso de Reposición o desde que se entienda desestimado.

dad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión", como señala el artº 107.1 LRJPC, sino también a los que "deciden directa o indirectamente el fondo del asunto" (32) y a los que "producen... perjuicios irreparables a derechos e intereses legítimos".

La primera nueva causa es una obviedad, ya que si decide el fondo del asunto y ponen término a la vía administrativa, más bien estamos ante un acto definitivo aunque en apariencia sea de trámite, que en cualquier caso causa estado.

Y la segunda nueva causa, más bien parece una importación de las causa de suspensión del procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos, artº 104 LRJPC, o de la ponderación que ha de hacer la autoridad competente en el supuesto de suspensión del recurso ordinario, artº 111 LRJPC (modificado por la citada Ley 4/1999), de las causas de adopción de medidas cautelares en este proceso, artículos 129 y 130 LJC o tal vez y entiendo que es lo más cierta, de la modificación sufrida por el artº 107.1 LRJPC en 1999, que recoge la misma causa.

Tal perjuicio debe garantizarse a través de las pertinentes medidas cautelares, salvo que su irreparabilidad justifique suficientemente la impugnación anticipada. Es decir, se puede esperar a la resolución final salvo que la circunstancias obliguen a una impugnación autónoma (33).

El acto ha de contener un hecho imputable a una persona. Quedan fuera, por tanto, los hechos y operaciones materiales, aunque también de éstos se deriven efectos jurídicos. Pero son figuras distintas, como se deduce del artº 93 LRJPC (34); es decir, si falta el acto la operación material puede constituir vía de hecho.

Además, puede ser de voluntad, de conocimiento, de juicio o de deseo.

---

(32) Circunstancia que recogía el artº 37.1 de la LJC de 1956, modificado por la DA 10ª de la LRJPC. De tal modo, decía, que pongan término a aquella (la vía administrativa) o hagan imposible o suspendan su continuación.

(33) Véase GONZALEZ PEREZ, J., GONZALEZ NAVARRO, F y GONZALEZ RIVAS, J.J. Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992. Civitas. 1999. Pág. 439.

(34) Exigencia de resolución previa que sirva de fundamento jurídico a la actuación material.

Sin entrar en más consideraciones sólo apuntar, el carácter inimpugnable de las consultas, actos de juicio, con independencia de su condición, a veces, de acto preparatorio de otro posterior. Sin embargo, si el consultante adecúa su actuación a la contestación y aún así se le causa daños, podrá exigir responsabilidad de la autoridad correspondiente, con apoyo en el principio de seguridad jurídica como señala DELGADO BARRIOS (35). al analizar este tipo de actos de la Administración Pública, cada día más frecuentes como consecuencia de la legislación motorizada en la que nos movemos.

Por último decir que en este recurso contra el acto, se ha de decidir la cuestión sobre la que se formula la pretensión y si hay una petición adicional, ha de verificarse su existencia. Pero en cualquier caso, deberá darse audiencia a las partes si el Juez o Tribunal estima que existen otros motivos que puedan fundar el recurso o la oposición y no han sido debidamente apreciados por ellas; artº 33.2 de la LJC.

Como declara el TS en Sentencia de 23 de enero de 1998 (Ar. 1078),

"Esta jurisdicción es revisora sólo en cuanto requiere la existencia de un previo acto de la Administración sujeto al Derecho Administrativo, y, una vez dictado el acto, el artº 69.1 de dicho texto *(Ley de 1956)* permite que el demandante pueda fundar su pretensión, deducida en función de aquel, en cualesquiera motivos o razones y normas jurídicas que entienda son procedentes, hayan sido o no alegados en el procedimiento administrativo o con anterioridad, siempre que, sin embargo, no se planteen cuestiones nuevas ni se innoven las pretensiones básicas"

a) La obligación de resolver versus actividad presunta de la Administración

Como ya hemos dicho en otras ocasiones, es esencial para el ciudadano, en su relación con las Administraciones Públicas, que éstas resuelvan y en plazo las peticiones que aquellos le formulen (36). El incumplimiento de esta

(35) DELGADO BARRIOS, J. "Reflexiones sobre el artº 106.1 CE: El control jurisdiccional de la Administración y los principios generales del Derecho". En, Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor García de Enterría. vol. III. Civitas, 1991. Pág. 2325-2328. Sirva de ejemplo el artº 8 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, sobre derechos y garantías de los contribuyentes.- Véase también BEATO ESPEJO, M. "El cómputo de los plazos y la caducidad de los procedimientos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: El principio de seguridad jurídica". Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, números 14-15, 1996-1997. Pág. 39.

(36) Y lo mismo si el expediente se inicia de oficio. Véase, BEATO ESPEJO, M. Derecho Público de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Junta de Extremadura-Universidad de Extre-

obligación por parte de las Administraciones Públicas, expresión del principio prohibitivo del *non liquet* positivizado en el apartado 4º del artº 89 LRJPC (37), representa una quiebra sustancial del derecho de los particulares a obtener una resolución expresa, motivada, debidamente notificada y coherente con lo solicitado, que a través de la resolución presunta no se alcanza aunque se entienda estimatoria. Como ha reiterado el TS, toda actuación tácita de la Administración infringe el deber de resolver expresamente (38).

Esta obligación de resolver expresamente (39) se extiende a todos los procedimientos y abarca incluso a los supuestos en los que el procedimiento concluya bajo las formas de prescripción, renuncia, caducidad, desistimiento o desaparición sobrevenida de su objeto (40).

Además ha de cumplirse dentro del plazo fijado por la norma reguladora del procedimiento, sin que pueda exceder de seis meses, salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así se prevea por la normativa comunitaria (41).

---

madura. 1999. Pág. 96. Esta obligación de la Administración debería estructurarse como un derecho de los ciudadanos y por ende incluirse en la relación del artº 35 LRJPC.

(37) "En ningún caso podrá la Administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso..."

(38) Véase, entre otras, la Sentencias de 26 de julio de 1997 (Ar. 6734), al decir que "... aún cuando esta actitud (la callada por respuesta) infrinja el deber de resolver en todo caso".

(39) Sólo exceptúa, tras la modificación del artº 42.1 de la Ley 30/1992 por la Ley 4/1999, los supuestos de terminación del procedimiento mediante pacto o convenio o los referidos al deber de comunicación previa a la Administración. La responsabilidad disciplinaria prevista en el artº 42.3 LRJPC por el incumplimiento de esta obligación, se mantiene en el artº 42.7 de la misma norma tras la reforma de 1999, aunque liberada de la amenaza de que podría llegarse a la remoción en el puesto de trabajo, seguramente por su inutilidad ya anunciada (Véase mi trabajo "Tratamiento Jurídico de los derecho reconocidos a los ciudadanos en el artículo 35 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común por la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura". Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, núm. 11. Pág. 51, en especial la nota 69.

(40) En tales supuestos la resolución consistirá en la declaración de las circunstancias que concurran en cada caso, indicándose los hechos y las normas aplicables; párrafo 2º del mismo artº 42.1 LRJPC.

(41) Artº 42.2 LRJPC, tras la reforma de 1999. Véase, GONZALEZ PEREZ, J., GONZALEZ NAVARRO, F y GONZALEZ RIVAS, J.J. Comentarios a la Ley 4/1999, de... Ob. cit Pág. 240-242. Establecen tres plazos que denominan: normal, superior y mínimo.

En definitiva, ha de decirse y reconocerse que la vinculación de la Administración a la prohibición de *non liquet* es tan clara como la de los propios Tribunales de Justicia (42) aunque la exigencia de responsabilidad vaya por distintos cauces.

La cuestión está en determinar si tal incumplimiento sólo debe provocar una posible sanción disciplinaria que nunca llega porque la responsabilidad no es sólo del funcionario sino de la Administración en su conjunto, o si debieran derivarse otras consecuencias y de tono más favorable a los intereses del administrado; tales como que el sentido estimatorio del silencio fuera siempre positivo, eliminando las excesivas excepciones previstas por la propia LRJPC (43). y que fuera la Administración la que se viera después forzada a recurrir ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa si estimara contraria a los intereses generales la resolución presunta dictada por inactividad.

La ausencia de resolución expresa lleva, como sabemos, a una resolución presunta producida, como queda dicho, por el cumplimiento del plazo legalmente previsto para resolver de forma expresa. Esta forma de resolver abre también la vía del Recurso Contencioso-administrativo en función de los intereses de las partes y del sentido otorgado por la Ley al silencio administrativo; sin necesidad de acreditarlo y con efectos desde el vencimiento del plazo en el que debió dictarse (44). La diferencia está en el plazo, que según el artº 46.1 LJC, es de seis meses a partir del día siguiente a aquel en que se produzca el acto presunto, de acuerdo con la normativa específica (45).

(42) Véase artº 1.7 CC "Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido".

(43) La misma Ley recoge doce supuestos de excepción a la regla general de la estimación, prevista "en todos los casos", al silencio de la Administración. Al que hay que sumar el artº 44 LRJPC (de falta de resolución expresa en los procedimientos iniciados de oficio).

(44) Novedad introducida por la LJC, artº 46.1 antes de la modificación de la LRJPC por la Ley 4/1999, artº 43, haciendo potestativa la acreditación del acto presunto (suprime el mecanismo de la certificación del acto presunto), lo que representa un paso importante para el ciudadano. No obstante, véase, SANCHEZ MORON, M., En su comentario al "Objeto del Recurso Contencioso-administrativo". En, Comentarios a la Ley de... Ob. cit. Pág. 160-161, Que considera que la presencia de "otros posibles interesados" y el desconocimiento del acto presunto puede suponer una clara vulneración del artº 24.1 CE si no se le notifica el acto y se le da la posibilidad de defenderse. GONZALEZ PEREZ, J., GONZALEZ NAVARRO, F. y GONZALEZ RIVAS, J.J. Comentarios a la Ley 4/1999, de... Ob. cit Pág. 268-269, se pronuncian en idéntico sentido recuperando la técnica de la denuncia de la mora a favor de tales interesados y que se les notifique el acto administrativo en cuestión.

(45) Téngase en cuenta no obstante, que la jurisprudencia ha resuelto el problema de la preclusión de plazos procesales cuando la Administración no resuelve; es decir, el plazo no se cierra.

Tras esta resolución por silencio administrativo, la Administración Pública puede y debe resolver tardíamente de forma expresa y confirmatoria si el silencio debió entenderse estimatorio (ya que tal acto presunto tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo (46)) y sin vinculación alguna al sentido del silencio si se debió entender desestimatorio, como se deduce de los apartados 3º y 4º del artº 43 LRJPC.

El criterio de la Ley sobre los actos políticos

La Ley que comentamos hace una especial mención al control de los actos del Gobierno, de los actos políticos del Gobierno o de los actos políticos.

Confiesa, abiertamente, el sometimiento pleno de todos los poderes públicos al Ordenamiento jurídico, "verdadera cláusula regia del Estado de Derecho", dice en su Exposición de motivos (47). No obstante, por si alguna duda surgiera y surgirá porque no es éste un campo fácilmente determinable, la LJC establece ciertos elementos sobre los que siempre será posible el control judicial "por amplia que sea la discrecionalidad de la resolución judicial". Y son, como dispone su artº 2, a) al establecer el ámbito positivo de actuación de esta jurisdicción, los siguientes: a) Los derechos fundamentales, b) Los elementos reglados del acto y c) La determinación de las indemnizaciones que procedan.

El artº 26.3 de la Ley del Gobierno se adelantó a lo dicho al señalar que "de conformidad con lo dispuesto en su ley reguladora, los actos del Gobierno... son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa".

En definitiva, procede entender que el Gobierno está sometido al control de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, cuando su actuación está regida por el Derecho, como señaló el Consejo de Estado en su dictamen a la Ley que estudiamos, lo que no ocurre en relación con toda su actividad (a diferencia de la Administración, constreñida por el principio de la vinculación positiva). Por tanto, dice "Siempre que exista una norma que sirva al Juez de parámetro para enjuiciar la actuación del Gobierno, ahí sí debe intervenir el

El principio de la buena fe y el hecho de que la Administración no puede beneficiarse de su propia torpeza, así lo avala.

(46) A la misma conclusión se llegaba aunque no se dijera de forma tan clara, en la aplicación del artº 44.2 LRJPC y su relación con el artº 43.1 párrafo 2 de la misma norma.

(47) Párrafo 6º del apartado II.

control jurisdiccional, porque lo impone el artº 9.1 de la Constitución y lo exige el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos. Por tanto, aún sin establecer ninguna lista, siempre que exista una norma que vincule al Gobierno en su actuación, ésta será controlable y eso lo decidirá el Juez ante cada caso concreto" (48).

RECURSOS CONTRA LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACION: *Recursos contra la no ejecución de actos firmes*

En este tipo de recursos, la Ley en los artículos 25.2 y 29.1, abandona el carácter revisor del acto y se orienta a obtener, mediante la correspondiente sentencia de condena, la prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio, "allí donde no juega el mecanismo del silencio administrativo" (49). Como señala MORELL OCAÑA la teoría del silencio administrativo salva los casos en los que la Administración no realiza declaraciones y en este supuesto la declaración existe, aunque la Administración no la ejecuta (50).

Ambito este de la inactividad material que SANCHEZ MORON amplía al de la inactividad formal, incluso a la mixta que él llama, siempre que supongan infracción de normas o deberes jurídicos de actuar previstos y exigidos por el Ordenamiento jurídico (51).

Como recuerda NIETO GARCIA la inactividad administrativa, en cualquiera de sus tipos, implica un desequilibrio en la relación Administración-ad-

---

(48) Recopilación de Doctrina Legal, 1997. BOE. Dictamen del Consejo de Estado de 29 de mayo de 1997 (expediente núm. 1125/1997). Pág. 75. Véase también la polémica doctrinal desarrollada a lo largo de 1995 y 1996, entre el profesor GARCIA DE ENTERRIA y los profesores LEGUINA VILLA, SANCHEZ MORON Y ORTEGA ALVARES en la Revista Informativo-Otrosí del Colegio de Abogados de Madrid, diciembre/1995, enero-febrero/1996, marzo-abril/1996 y junio/1996, que, sin duda, ha influido en uno y otro Proyecto de Ley (el de 1995 y el de 1997) y que no es el momento de reproducir.- Véase también, JORDANO FRAGA, J. "Jaque mate al acto político". REDA, 95. 1997. Pág. 443-444.

(49) Párrafo 8º del apartado V de la Exposición de motivos.

(50) MORELL OCAÑA, L. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Aranzadi, 1998. Pág. 494-495.

(51) SANCHEZ MORON, M. En su Comentario al "Objeto del Recurso Contencioso-administrativo". En, Comentarios a la Ley de... Ob. cit. Pág. 176-181. Relaciona además un elenco de supuestos donde puede darse esta falta de actividad.

ministrado. Por el hecho de no actuar la Administración, al ciudadano se le coloca en una posición de inferioridad fáctica, que debe compensarse jurídicamente con una potenciación de sus defensas judiciales, dice el profesor (52).

En cualquier caso, se trata de un instrumento novedoso (su construcción en la LJC) que pone en manos de los ciudadanos una técnica contra la pasividad de la Administración; que está, sin embargo, limitada por la Ley a prestaciones concretas, en favor de personas determinadas y en relación con actos que tengan un plazo legal para su adopción.

No es admisible, por tanto, en aspectos no prefigurados por el Derecho; como se deduce claramente del contenido del artº 29.1 LJC al decir "Que cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de acto de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas, quienes tuvieran derecho a ello, pueden reclamar... el cumplimiento de dicha obligación.". No en otros supuestos.

Quedan fuera, pues, de este control aquella inactividad de la Administración no apoyada en una relación jurídica concreta, aquellas que no juegan en el régimen jurídico de la alteridad (53), pero que, sin embargo, legitima una pretensión por parte del particular, sea en su propio bien, en favor de terceros, de la colectividad o incluso de la misma Administración.

El mecanismo previsto en el citado artº 29.1 LJC, da la posibilidad de reclamar de la Administración el cumplimiento de la obligación impuesta. Si ésta no actúa en el plazo de 3 meses, el administrado puede deducir Recurso Contencioso-administrativo contra la inactividad. Por tanto, la Ley obliga al particular a pedir a la Administración que actúe antes de interponer el correspondiente recurso.

Su novedad se relativiza si comparamos esta técnica con la situación anterior; en la que, en esencia, se seguía el mismo camino, aunque no se fijara

(52) NIETO GARCIA, A. "La inactividad material de la Administración: veinticinco años después". Documentación Administrativa, núm. 208. Pág. 25. Que también incluye una completa tipología de inactividades administrativas. Es obligado extender esta cita al total de los trabajos que en el citado número se incluyen. Y de modo especial al publicado en el número 37 de la RAP por el mismo profesor "La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo.

(53) MORELL OCAÑA, L. "La inactividad de la Administración: técnicas alternativas a la del silencio, ante la omisión administrativa de los standards de conducta previstos por la Ley". Documentación Administrativa, 208. Pág. 66-67.

el trámite de forma expresa. Entonces, el trámite consistía en convertir la inactividad material en inactividad formal y recurrir este silencio.

Como apunta GONZALEZ PEREZ (54) decir que el recurso es admisible contra la inactividad de la Administración, como lo hace el artº 25.2 LJC, "no es decir nada", si luego, como establece el artº 29.1 LJC hay que reclamar el cumplimiento de la obligación y esperar tres meses. Acertadamente dice que "estamos sometiendo al mismo régimen general la pretensión frente a la inactividad material que la pretensión frente a la inactividad formal". "Casi coincide el tiempo del silencio".

En su criterio, la protección jurisdiccional frente a la inactividad material, no se ha centrado en sus justos términos. Debería haberse tenido en cuenta, entre otras, las siguientes y acertadas consideraciones:

a) Que se parte de la existencia de una obligación, de hacer o de no hacer, por parte de la Administración. Por tanto el proceso debería iniciarse para obligar a la Administración a cumplir (un proceso ejecutivo) y no con el trámite que lleve, en su caso, a obtener una sentencia que imponga una obligación (proceso declarativo), ya fijada.

En verdad, la cuestión está en aclarar si la Administración viene verdaderamente obligada a hacer o a no hacer algo.

b) El proceso vendrá condicionado por la naturaleza de la actividad a realizar o a no realizar y por la urgencia de su ejecución. Piénsese, por ejemplo, en una intervención quirúrgica o en una actuación de los bomberos (55). En estos casos, por muy breve que fuera el proceso el remedio sería ineficaz. Sólo la puesta en marcha de medidas cautelares mitigaría la situación descrita. En consecuencia propone un proceso sumario, oral y con amplias facultades del Juez o Tribunal.

Para alcanzar la demandada sentencia por inactividad no es de aplicación el procedimiento abreviado previsto en el artº 78 de la misma Ley.

---

(54) GONZALEZ PEREZ, J. Comentarios a la Ley de... Ob. cit. vol. I, pág. 712-714,

(55) GARRIDO FALLA, "Comentario a los artículos 25 y 26 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa". En, Comentarios a la Ley.... Ob. cit. Pág. 265-267. Que relaciona supuestos similares para llegar a idéntica conclusión.

Por último decir que para acelerar la prestación el interesado puede ejercer las correspondientes medidas cautelares que el Juez o Tribunal deberá aceptar, previa ponderación, artº 136.1 LJC en relación con el artº 29.1 de la misma norma, salvo que se aprecie que no se dan las circunstancias previstas o la medida cause perturbaciones graves de los intereses generales o de terceros.

Recursos contra la no ejecución de actos firmes

El artº 29.2 de la Ley establece un Recurso Contencioso-administrativo como remedio a que la Administración no ejecute sus actos firmes.

Se parte de un acto previo y ya firme, que impone a la Administración una determinada obligación, de hacer o de no hacer. Si la Administración no cumple con su obligación, se prevé que el afectado solicite su ejecución y si no se produce en el plazo de un mes desde la petición, el solicitante podrá interponer Recurso Contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado previsto en el artº 78 LJC.

En este proceso no se discute la procedencia o improcedencia de la decisión adoptada, sino la ejecución de lo decidido. Por tanto, el procedimiento ha de ser el previsto en los artículos 56 a 57 y 94 y 95 LRJPC, de ejecución forzosa de los actos administrativos.

Tampoco en este caso, ha cambiado mucho la técnica si la comparamos con la Ley de 1956. Entonces el camino era, pedir la ejecución del acto y frente al silencio de la Administración, iniciar un proceso ordinario, un segundo proceso, que acabara condenando a la Administración a hacer lo que debía hacer.

La única diferencia está en que ahora se prevé un Procedimiento abreviado para lograr el objetivo.

RECURSO CONTRA ACTUACIONES MATERIALES DE LA ADMINISTRACION CONSTITUTIVAS DE LA VIA DE HECHO

Regulado en los artículos 25.2 y 30 de la Ley, representa una novedad dentro del sistema.

(56) Párrafo 9º del apartado V.

A través de esta técnica, puede combatirse las actuaciones materiales de la Administración carentes de la necesaria cobertura jurídica y lesivas de derechos e intereses legítimos de cualquier clase.

La acción tiene una naturaleza declarativa y de condena y a la vez, en cierto modo, según dice la Exposición de motivos de la misma Ley (56) interdictal y sus efectos tienen naturaleza de medida cautelar. En definitiva, se pretende, una condena a la Administración para que cese en su actividad material constitutiva de la vía de hecho.

Para GARCIA DE ENTERRIA y TOMAS RAMON FERNANDEZ (57) se trata de cualquier actividad material de la Administración que afectando de hecho a cualquier interesado no esté cubierta por un acto administrativo previo y no de una vía de hecho cualifica en términos estrictos.

Para alcanzar su pretensión, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración intimándola al cese de la actividad material concreta. Si no fuera formulada o en su caso atendida, el afectado, dentro de los diez días siguientes, podrá formular Recurso Contencioso-administrativo.

Se establece, por decisión del particular, la posible apertura del Contencioso-administrativo sin requerimiento previo a la Administración. Es decir, la inactividad de la Administración, en este caso, no convierte el hecho en un acto presunto. No obstante, el legislador pretende que la Administración tenga la oportunidad de resolver el conflicto y evitar la intervención judicial (58).

La existencia de vía de hecho, implica el cese automático de las prerrogativas de la Administración (por actuar al margen de sus competencias y fuera del procedimiento legalmente establecido, artº 101, a sensu contrario, LRJPC) y abre al administrado la jurisdicción civil para interponer el correspondiente interdicto de retener o recobrar lo indebidamente perdido. Vía que hoy se administrativiza dando competencias a Jueces y Tribunales de lo Contencioso-administrativo para conocer de este tipo de recursos. Lo que supone una doble vía de actuación ante los Tribunales, perfectamente compatibles, aunque la LJC nada dice al respecto (59).

---

(57) GARCIA DE ENTERRIA, E y TOMAS RAMON FERNANDEZ Curso de... Ob. cit. vol. II. Civitas, 1998. Pág. 618.

(58) Párrafo 10º del apartado V de su Exposición de motivos.

(59) Véase, GARRIDO FALLA, "Comentario a los artículos 25 y 26 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa". En, Comentarios a la Ley.... Ob. cit. Pág. 269, y la jurisprudencia

La Ley de 1956 no hacía ninguna referencia a este recurso, aunque los Tribunales lo venían admitiendo con base en el acto presunto, previa petición de cese de la actividad. La admisión de recurso de amparo por simples vías de hecho de los poderes públicos, artº 41.2 LOTC, y la exigencia de agotamiento de la vía judicial previa (Contencioso-administrativa ordinario o sumario de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, hoy derogada por la LJC) resolvía cualquier duda que en este punto se planteara. Por tanto, la administrativización a la que se hace referencia ya era antes una realidad.

En expresiva, en este punto, la Sentencia del TS de 22 de septiembre de 1990. Sala 3ª (Ar. 7285), al decir:

"Pudo el apelado haber utilizado la vía interdictal ante la jurisdicción civil, pues en estos casos el ordenamiento español autoriza el empleo de esta vía procesal más rápida... Pero, por las razones que sea, ha preferido recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa que también puede y debe otorgarle protección. En todo caso, importa dejar claro que no sólo la jurisdicción contencioso-administrativa sino también la civil podía y tenía que otorgarle protección. En el caso de la civil por la vía interdictal. Porque el ordenamiento español desde hace muchos años admite los interdictos contra la Administración"

"Las actuaciones administrativas por vía de hecho... constituyen una forma de violación sobre los ciudadanos y sobre sus bienes incompatibles con lo que el poder público es y tiene que ser en un Estado de Derecho: servidor de los ciudadanos y escudo de sus libertades. Y por ello ha reforzado la protección confiriéndole, además, de la vía normal de protección –la administrativa- la más rápida –y que debería ser atendida siempre- del interdicto civil"

Esta modalidad también tiene cierta naturaleza cautelar, como establece el artº 136 LJC. Esta pretensión puede ejercerse antes de la interposición del Recurso Contencioso-administrativo y el Juez o Tribunal deberá acceder a ella salvo que la medida cause perjuicios graves a los intereses generales o a terceros que ponderará circunstanciadamente.

contradictoria que cita. A ello corrobora la reducción sustancial de los plazos de impugnación que hace la Ley en su artº 46.3.

LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES COMO OBJETO A SATISFACER EN ESTE PROCESO.

Digamos por último, aunque sea de forma breve, que el auténtico objeto y si queremos objetivo del Recurso Contencioso-administrativo es la pretensión o son satisfacer las pretensiones que las partes formulan ante el correspondiente órgano jurisdiccional, como lo indica el artº 1.1 LJC. Declaración de voluntad, peticiones de las partes que determinan el contenido de la sentencia, en aras al principio de congruencia; artº 33.1 LJC.

Con la lectura de los artículos 31 a 33 LJC, parece que la Ley ha superado el tradicional esquema de pretensiones de anulación y pretensiones de plena jurisdicción, ya que establece la posibilidad de ejercer otras pretensiones como veremos. No obstante, hemos de decir que encasilla la realidad; es decir, abre el camino de las pretensiones exigibles pero se queda corta. Como dice GARCIA PEREZ (60) la Ley introduce un sistema cerrado de pretensiones cuando la práctica ha demostrado que la realidad es cambiante y siempre puede surgir una pretensión de difícil encaje en los escasos supuestos por ella previstos. O como dice GONZALEZ-VARAS de manera más suave, conforme al nuevo modelo cada pretensión tiene un ámbito propio de aplicación que no puede ser cubierto mediante el ejercicio de otra pretensión procesal (61).

Recuérdese que las peticiones que constituyen la pretensión deben haber sido previamente formuladas en vía administrativa. Es ésta una consecuencia del carácter revisor que arrastra la Ley, particularmente cuando, además de la anulación, se solicita condena por daños y perjuicios.

Veamos ahora el abanico de pretensiones que la LJC ofrece a las partes en el proceso.

Según el artº 31 LJC el demandante podrá pretender la declaración de no ser conforme a Derecho el acto o la disposición y, en su caso, la anulación. En este supuesto y según el artº 71.1, a) LJC, la sentencia se limitará a declarar la nulidad o la anulación, "sin necesidad de expresar la concreta infracción del ordenamiento jurídico que la motiva".

---

(60) GARCIA PEREZ, M. "El objeto del recurso contencioso-administrativo". En, Jornadas de estudio sobre... Ob. cit. Pág. 64-65.

(61) GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, S. Comentarios a la Ley de... Ob. cit. Pág. 229.

Pretensión de anulación, ésta, que debe ser separable de la pretensión declarativa recogida en el propio precepto y que va a tener especial incidencia en el recurso por inactividad y en el caso de vía de hecho; artº 71.1, a) y c) LJC.

También podrá pretender el demandante el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, artº 31.2 LJC, pretensión de plena jurisdicción y la adopción, en su caso, de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento, pretensión indemnizatoria.

Pretensiones de reconocimiento y de pleno restablecimiento que se plantean en el citado artº 31 LJC con total autonomía. Sin embargo, al determinarse en su artº 42.1, b) el valor económico de la pretensión, su construcción se convierte en accesoria. Ya que, al parecer, el valor económico de la situación jurídica perturbada se determinará si el demandante ha solicitado, "además de la anulación, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada..."

También parece deducirse del mismo precepto, el carácter accesorio de la pretensión indemnizatoria prevista en el mismo artº 31.2 LJC, por cuanto que sólo procede si se ha declarado la anulación del acto o disposición y el restablecimiento de la situación jurídica individualizada. Si así fuera, no cabría pensar en la pretensión procesal de indemnización por daños y perjuicios causados por una actuación administrativa ajustada a Derecho. Lo que no es aceptable ni en la teoría jurídica ni en la práctica judicial. Los Tribunales han reconocido, como no podía ser de otra forma, pretensiones indemnizatorias accesorias y pretensiones indemnizatorias autónomas.

Igualmente, se regula en la Ley, artº 32.1, la posibilidad de que el demandante pretenda, cuando el recurso se dirija contra la inactividad de la Administración, que el órgano jurisdiccional la condene al cumplimiento de una obligación; pretensión prestacional. La condena ha de ser, como se ha dicho, "en los concretos términos en que están establecidas" y fijando plazo, como señala el artº 71.1, c) LJC.

Como indica GONZALEZ-VARAS (62) este tipo de prestaciones son más propias de un Estado democrático y prestacional, donde la relación Administración-ciudadano no puede conformarse en una relación de tensión sino de

(62) GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, S. "Las pretensiones en el proceso administrativo español y la pretensión prestacional". Poder Judicial, 26. 1992. Pág. 40-41.

derechos y deberes recíprocos, de oferta de servicios a favor de los ciudadanos. O como señala MORELL OCAÑA (63) existe un conjunto de inhibiciones de la Administración que no juegan dentro de la relación de alteridad jurídica y que legitiman al ciudadano al ejercicio de pretensiones en beneficio de la colectividad, de terceros o incluso del propio sujeto inactivo.

En el artº 32.2 LJC se prevé que el demandante pretenda una declaración de que la actuación material de la Administración es contraria a Derecho, pretensión de declaración, y, en su caso, de que cese dicha actuación (la constitutiva de la vía de hecho), pretensión de condena, y además de que se adopten las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la situación, y entre ellas la indemnización que proceda, pretensión de reparación; señalándose en este caso en la sentencia, artº 71.1, d) LJC, quién es el obligado, la cuantía de la indemnización si así se solicita y constan en autos elementos suficientes para ello.

Igualmente, es previsible que la parte solicite del Tribunal que ejercite por sí mismo lo que la Administración le ha negado, pretensión ejecutiva o sustitutoria de difícil aplicación, máxime cuando se puede obtener idéntico resultado mediante la prestación de condena. O que la Administración trate de evitar, por contrario a los intereses del demandante, que se produzca un determinado acto previsto por la Administración pero aún incumplido. No tiene ningún sentido esperar a que se produzca el acto para impetrar tutela judicial.

Recordamos que también han de ser admisibles, como se ha dicho, pretensiones cautelares para detener los efectos negativos de un acto administrativo previamente adoptado.

Y por último, cabe formularse dos preguntas:

a) ¿Procede pedir a un Juez o Tribunal que determine que una actuación es conforme a Derecho? La respuesta ha de ser afirmativa, ya que se trata de una pretensión que puede tener especial incidencia en relación con los actos presuntos positivos, cuando la Administración se niega a llevarlos a efecto.

b) ¿Puede ejercitarse ante los Tribunales una pretensión de ineficacia de la Administración?, con la intención, por ejemplo, de que se publique un plan

(63) MORELL OCAÑA, L. "La inactividad de... Ob. cit. Pág. 79-80.

de urbanismo válido, pero, por tanto, ineficaz. Entendemos que sí, aunque esta pretensión podría ser sustituida por la del recurso por inactividad.

Hemos de concluir diciendo que el marco de las pretensiones de las partes previsto en la Ley que comentamos debería haber sido tan abierto como en Derecho proceda, aceptando cualquier pretensión encajable en la clásica división de pretensiones constitutivas, declarativas y de condena, ya que como bien dice GONZALEZ-VARAS un deficiente planteamiento de las pretensiones procesales ocasiona anomalías a lo largo de todo el proceso (64). Y se pregunta el magistrado ¿cómo pretender que la Administración realice una prestación sino se reconoce legalmente una pretensión a una prestación?, ¿cómo pretender que la Administración ejecute una sentencia dictando un acto si no está prevista la posibilidad de condenar a la Administración a dicta un acto? Hay que procurar un sistema plural de pretensiones procesales que se adecúen a los distintos intereses subjetivos de los ciudadanos en su relación con la Administración Pública (65).

(64) GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, S. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción... Ob. cit. Pág. 228.

(65) Así pretenta GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, S. su libro, Comentario a la Ley de la Jurisdicción... Ob. cit., véase Pág. 33.

JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y COMUNIDADES AUTONOMAS (Breve comentario a la STC 208/1999, de 11 de noviembre)*

Mariano López Benítez
Prof. Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 208/1999, DE 11 DE NOVIEMBRE

La reciente sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre, que ha analizado la constitucionalidad de la Ley 16/1989, 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), ha vuelto a poner sobre el tapete ciertas cuestiones del Estado de las Autonomías, que, cual incesante marea, fluyen y refluyen cubriendo o dejando al descubierto tesis que, ya entendíamos, consolidadas. Este eterno retorno dialéctico, lejos de significar un demérito de nuestro modelo de Estado o una ambigüedad o imprecisión de nuestra jurisprudencia constitucional, refleja algo más profundo: el hecho de que nuestro Estado de las Autonomías representa un modelo vivo y esencialmente dinámico, abierto siempre a nuevos enfoques y perspectivas, y, consiguientemente, sometido en sus instrumentos y técnicas de articulación a un permanente debate. La crisis del Estado de las Autonomías, de la que tanto se habla, debe ser entendida, en nuestra opinión, desde esta óptica evolutiva y no, desde luego, desde esa perspectiva catastrofista y agónica que algunas voces preconizan.

* Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigacióin PB 97-1503 de la Dirección General de Enseñanza Superior e Investigación científica del MEC.

La sentencia que comentamos brinda, en efecto, la oportunidad de reflexionar, al hilo de las consideraciones efectuadas por el Tribunal Constitucional, sobre algunas relevantes cuestiones de nuestro Estado autonómico: el alcance y extensión del principio de la ejecución autonómica; la labor de definición e interpretación de las materias enunciadas en los preceptos constitucionales y estatutarios; la territorialidad como criterio partidor de las competencias estatales y autonómicas; el significado del principio de unidad de mercado; o los propios efectos que la sentencia de inconstitucionalidad dictada por el Tribunal Constitucional produce sobre la situación legal existente. Aparte de estos temas, que son los que guardan una más directa relación con la vertebración del Estado Autonómico, sobrevuelan en esta decisión jurisprudencial otras cuestiones dogmáticas de encuadre más general, como son, por ejemplo, el mismo valor de los derechos fundamentales o el papel que a las Administraciones Públicas cumple con respecto a los mismos.

Aprobada la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, las Comunidades Autónomas del País Vasco y Cataluña, por medio de sus respectivos Ejecutivos, interpusieron contra aquélla sendos recursos de inconstitucionalidad, que fueron acumulados por el Tribunal Constitucional. En síntesis, las representaciones de las Comunidades Autónomas recurrentes impugnaban el marco absolutamente centralizado que la Ley de Defensa de la Competencia había diseñado, especialmente en lo tocante a su aplicación o ejecución. Sostenían, en efecto, en sus correspondientes alegatos, que la materia defensa de la competencia no figuraba en el listado de competencias que el art. 149.1 CE reservaba al Estado, por lo que dicha materia debía ser analizada desde la exclusiva consideración de las menciones estatutarias.

En atención a éstas, entendían los recurrentes que las competencias de ejecución en materia de defensa de la competencia correspondían a las Comunidades Autónomas, habida cuenta de que los Estatutos de Autonomía sólo reservaban al Estado la legislación y a que la materia defensa de la competencia estaba integrada en la materia comercio interior sobre la que las Comunidades Autónomas ostentaban competencia exclusiva. Frente a estas argumentaciones, el Abogado del Estado aducía, por una parte, que los Estatutos de Autonomía no atribuían explícitamente las competencias de ejecución sobre defensa de la competencia a las Comunidades Autónomas, y, por otra parte, que la defensa de la competencia, como concepto constitucional empleado a los efectos de distribuir competencias entre el Estado y las Comuni-

dades Autónomas poseía una sustantividad propia en relación con la materia de comercio interior (1).

El fallo del Tribunal, que ha sido objeto de varios votos particulares, estima parcialmente los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno Vasco y por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y, en consecuencia, declara "inconstitucional la cláusula en todo o en parte del mercado nacional, contenida expresamente o por remisión en los arts. 4, 7, 9, 10, 11 y 25 a) y c), en la medida en que desconoce las competencias ejecutivas de la legislación estatal sobre defensa de la competencia atribuidas a las Comunidades Autónomas recurrentes en sus respectivos Estatutos", aunque difiere "su nulidad hasta el momento en que, establecidos por la Ley estatal los criterios de conexión pertinentes, puedan las Comunidades Autónomas ejercitarlas".

La llegada a esta conclusión la realiza el Tribunal Constitucional a través de una singladura difícil y compleja, y cuyos principales hitos pasamos a continuación a exponer y comentar.

II. LA MATERIA DEFENSA DE LA COMPETENCIA DESDE LA PERSPECTIVA DEL BLOQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD

1. El silencio de la Constitución y las menciones estatutarias

El Tribunal comienza subrayando certeramente que *"...la materia defensa de la competencia, como tal, no se halla atribuida expresamente al Estado por la Constitución. Por consiguiente, en la medida en que el conjunto de competencias atribuida al Estado por la Constitución no lo impidan, podrá corresponder a las Comunidades Autónomas en virtud de sus propios Estatutos"* (FJ 5º, primer párrafo). Tras esta afirmación, que conforma una suerte de premisa o frontispicio de sus razonamientos posteriores, el Tribunal repara en los Estatutos de Autonomía vasco y catalán y en la forma en que éstos han recogido las menciones a las competencias sobre defensa de la competencia. Desde esta perspectiva, reproduce el contenido de los arts. 10.27 del EAPV y 12.1 del EAC, reproducción que nos parece oportuno traer también a este lugar:

(1) Una exposición de los argumentos esgrimidos, tanto por las partes recurrentes como por la Abogacía del Estado, se encuentra en los puntos 7 a 9 de los Antecedentes de la sentencia que comentamos.

"La Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva en las siguientes materias: ...27. Comercio interior, sin perjuicio de la política general de precios, la libre circulación de bienes en el territorio del Estado y de la legislación sobre defensa de la competencia"

"De acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, corresponde a la Generalidad, en los términos de lo dispuesto en los arts. 38, 131 y en los números 11 y 13 del apartado 1 del art. 149 CE, la competencia exclusiva en las siguientes materias ...5. Comercio interior, defensa del consumidor y usuario, sin perjuicio de la política general de precios y de la legislación sobre defensa de la competencia"

El Tribunal Constitucional equipara o asimila así el contenido de ambos preceptos estatutarios, llevando incluso esta semejanza al resto de Estatutos de Autonomía (2). Es verdad que esta asimilación viene siendo habitual, con alguna excepción, en la jurisprudencia constitucional, explicándose por algunos cualificados autores como un deseo consciente del Tribunal de simplificar el, ya de por sí, complejo sistema de distribución de competencias diseñado por la Constitución y los Estatutos de Autonomía (3). Sin embargo, creemos que, si se cotejan ambos preceptos, se perciben notables diferencias entre uno y otro. El Estatuto vasco afirma, con rotundidad, que la Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva sobre "comercio interior, sin perjuicio (...) de la legislación sobre defensa de la competencia". Dicho de otra forma, nos parece que el Estatuto vasco considera la defensa de la competencia como un límite externo o exterior a la competencia exclusiva que la Comunidad vasca ostenta sobre comercio interior, pero ni confunde ambas materias, como más adelante hará la sentencia del Alto Tribunal, ni tampoco constriñe internamente el proceso de definición de la competencia autonómica.

El Estatuto catalán, en cambio, encorseta la competencia exclusiva autonómica dentro de un encuadre en el que están aspectos tan relevantes como las competencias estatales económicas o la libertad de empresa, a lo que añade también la misma cláusula "sin perjuicio", por medio de la cual vuelve a co-

(2) *Vid.* Fundamento jurídico 5º, apartado séptimo.

(3) "...es indispensable olvidarse de ellas para no aumentar aún más la variedad" (F. RUBIO LLORENTE, «El bloque de la constitucionalidad» en la obra *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, 1991, I, pág. 20, nota 62).

nectarse la legislación sobre defensa de la competencia como límite externo o exterior a la competencia catalana exclusiva sobre comercio interior.

Ya hemos señalado, no obstante, que la jurisprudencia constitucional ha optado, en líneas generales, por no extraer ulteriores consecuencias diferenciadoras de estas diferentes redacciones estatutarias, cuyo alcance nos llevaría posiblemente a discriminar la existencia de varios bloques de constitucionalidad distintos con respecto a una misma materia.

2. El proceso de definición de la materia *defensa de la competencia* y el significado de la cláusula "sin perjuicio"

Ahora bien, haciendo salvedad de ésta última circunstancia, lo que, en nuestra opinión, sí deriva diáfanamente de los meritados preceptos estatutarios es la sustantividad bajo la que éstos contemplan las materias de comercio interior y defensa de la competencia, entidad que la sentencia que comentamos no comparte, pues, en definitiva, y después de unas consideraciones excesivamente alambicadas, llega a estimar que la defensa de la competencia está "al menos, en parte, incluida en la de comercio interior" (FJ 6º, segundo párrafo).

La inclusión a la que nos referimos, la efectúa la sentencia discurriendo por un doble sendero: por un lado, elaborando una interpretación "novedosa" (como la llaman algunos Magistrados discrepantes (4)) de la cláusula "sin perjuicio" que emplean los Estatutos de Autonomía, tal y como ya ha quedado expuesto; y, por otro lado, considerando la defensa de la competencia, junto a la protección de los consumidores, como especies del género "ordenación del mercado".

A) El significado de la cláusula *sin perjuicio*

En lo que dicta relación con lo primero, el entendimiento que hayamos de dar a la cláusula "sin perjuicio", a través de la cual los Estatutos introducen

(4) "Respecto a los criterios empleados para el deslinde competencial, la Sentencia ha justificado la atribución a las Comunidades Autónomas recurrentes de la competencia ejecutiva en materia de «defensa de la competencia» con base en una interpretación, ciertamente novedosa por su naturaleza conceptual, de la cláusula «sin perjuicio» contenida en los arts. 10.27 y 12.1.5 respectivamente del EAPV y del EAC" [apartado 1 a) del Voto particular formulado por el Magistrado D. Julio Diego González Campos, al que se adhieren los Magistrados D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera y D. Vicente Conde Martín de Hijas].

-creemos- la defensa de la competencia como límite externo a la competencia de comercio interior, el Tribunal entiende que dicha cláusula "implica una salvedad"

> *"...y sólo tiene sentido hacer esa salvedad en comercio interior si esta competencia, al menos abstractamente, puede incidir sobre la política general de precios, la libre circulación de bienes en el territorio del Estado y la defensa de la competencia. Esa incidencia comporta que la norma atributiva de la competencia sobre comercio interior puede entrar en conflicto (siquiera sea ese conflicto meramente conceptual o aparecente) con la libre circulación de bienes en el territorio del Estado, la política general de precios y la defensa de la competencia" (FJ 5º, apartado sexto)*

A nuestro juicio, no se entiende bien lo que en este punto dice el Tribunal. Pero aún se entiende menos si lo ponemos en relación con ese corolario al que llega el razonamiento de la sentencia y que ya hemos puesto de relieve más atrás, esto es, con el aserto de que la defensa de la competencia está incluida dentro de las competencias relativas a comercio interior. Si la defensa de la competencia está comprendida, como el Tribunal pretende, siquiera parcialmente, en el comercio interior, no se entiende bien del todo cómo aquélla puede ser, a la vez, "una salvedad" de ésta con la que podría entrar en conflicto en caso de que no existiera la mencionada cláusula de salvaguarda.

Como, incluso desde un punto de vista estrictamente lógico, no es fácilmente entendible que un concepto -el de comercio interior- se excepcione a sí mismo, pensamos que hay que tratar de explicar las cosas de otra manera. A lo mejor, lo que el Tribunal Constitucional quiere expresar a través de ese largo circunloquio que hemos transcrito, es un fenómeno mucho más simple y que notamos en el desenvolvimiento de prácticamente todas las competencias que poseen un contenido económico: nos referimos, en concreto, al carácter *poliédrico* que presentan muchas de estas *materias* constitucionales y que han llevado a los Estatutos de Autonomía a desbrozar los diversos aspectos que la conforman, sometiendo cada uno de estos aspectos a una distinta técnica de distribución competencial (5). Si las cosas se contemplan de este modo, se comprenderá también cuál es el sentido y significado de estas cláusulas "sin perjuicio" que rezuman los Estatutos de Autonomía. Cuando el Tribunal afirma que estas cláusulas se encaminan "a eliminar ese posible conflicto" que

(5) El fenómeno es particularmente llamativo en materia de agricultura, como hemos estudiado en nuestro trabajo «Agricultura», en la obra colectiva coordinada por A. Jiménez-Blanco, *El Estado de las Autonomías. Los Sectores productivos y la organización territorial del Estado*, Madrid, 1996, págs. 733-761.

puede surgir por "la incidencia potencial de la atribución de la competencia de comercio interior" sobre "la política general de precios, la libre circulación de bienes en el territorio del Estado y la defensa de la competencia", está admitiendo implícitamente que éstos últimos conceptos -señaladamente, la defensa de la competencia- no pueden resultar subsumidos en la atribución relativa al comercio interior: si en el ejercicio de las competencias sobre comercio interior puede derivar una incidencia y, consiguientemente, un conflicto es porque, en definitiva, estamos ante conceptos o aspectos sustantivos de una materia intrínsecamente diferentes. Admitir otra cosa distinta sería admitir una suerte de conflicto "*reflexivo*" de una materia consigo misma, conflicto que no podría darse y que, en puridad, entrañaría realmente un simple problema de definición de los contornos normales de una materia.

B) La *defensa de la competencia* como especie del género "ordenación del mercado"

La simplificación que, conceptualmente, entraña integrar o contemplar la materia *defensa de la competencia* desde el exclusivo prisma del comercio interior se percibe más adelante, cuando se analiza ese segundo sendero por el que discurre el razonamiento de la sentencia que comentamos. Ampliando el enfoque, el Tribunal estima, en efecto, que la defensa de la competencia y la protección de los consumidores son especies, a su vez, de un género más amplio que las trasciende, el de la ordenación del mercado, del que el comercio -nuevamente aquí el recurrente concepto- constituye un elemento esencial e ineludible:

> *"...hemos definido la defensa de la competencia diciendo que «comprende toda la legislación ordenada a la defensa de la libertad de competencia, mediante la prevención y, en su caso, la represión, de las situaciones que constituyen obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado»; y congruentemente (...) hemos caracterizado la defensa de la competencia y la protección de los consumidores como «los dos aspectos de la ordenación del mercado», caracterización que comporta inmediatamente la definición de una y otra (defensa de la competencia y protección de los consumidores) como especies del género de las competencias de ordenación del mercado. Desde ese punto de partida, y siendo el comercio un elemento esencial e ineludible del mercado, parece claro que una competencia de ordenación del mercado habrá de constituir, al menos parcialmente, un modo de intervención pública en el comercio y ser, sólo en esa medida, conceptualmente comercio"* (FJ 5, penúltimo apartado)

Como se ve, el Tribunal da un salto cualitativo importante, pues habla de algo más amplio que el comercio interior: la ordenación del mercado. Este gi-

ro sirve, ciertamente, para explicar la intervención pública en el comercio, pero, en nuestra opinión, no sirve, en cambio, como argumento de refuerzo para apoyar ese nexo indisoluble y exclusivo que la sentencia pretende entre el comercio interior y la defensa de la competencia. Por otra parte, hay que reparar en que la ordenación del mercado, como tal, no es un concepto constitucionalmente relevante, a menos que la entendamos ínsita en el principio de unidad económica y, por ende, en el contenido de las específicas competencias económicas que la Constitución y los Estatutos de Autonomía van paulatinamente desplegando. En otras palabras, la ordenación del mercado es un concepto didáctico, docente -si se quiere-, que es válido para explicar coherentemente una parcela muy importante de la realidad económica, pero que constitucionalmente, y desde la concreta perspectiva de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas se desbroza en una tipología de títulos competenciales muy variada.

3. La insuficiencia de la perspectiva que analiza la *defensa de la competencia* únicamente desde la contemplación del "comercio interior"

El reduccionismo que entraña examinar la defensa de la competencia exclusivamente por las implicaciones que despierta en la actividad comercial es además bien patente si atendemos a consideraciones de carácter dogmático. Como ha expuesto con pausado detenimiento y notable erudición J.E. SORIANO, "reducir la defensa de la competencia (...) a la fase de comercio, supondría dejar extramuros de la concurrencia entre operadores la fase de producción industrial" (6), pues, supuesto que la defensa de la competencia conforma un límite a la libertad de empresa y ésta es clásicamente también libertad de industria (7), habrá que entender que la defensa de la competencia ac-

(6) J.E. SORIANO GARCIA, *Derecho Público de la competencia*, Madrid, 1998, pág. 234. Pues, como a continuación afirma este autor, representaría "algo así como obligar a competir en la fase final del ciclo económico, pero permitiendo la generación de monopolios en la fase productiva. Lo cual ni es así en la legislación de defensa de la competencia, ni tiene el menor sentido jurídico ni económico. Permitir la formación de cárteles industriales es también un atentado grave a la libre competencia. Y tradicionalmente, vistos los ligámenes que muchas veces existen entre comercio e industria, no sería fácil impedir que los cárteles industriales, a su vez, se proyectaran sobre la distribución. Pretender que una situación industrial cartelizada no se proyecte sobre su comercialización es pretender muchas veces un imposible y, además, carece por completo de justificación. Todas las fases del ciclo económico están sometidas al derecho de la competencia, porque todas son susceptibles de conculcarla" (*op. cit.*, págs. 234 y 235).

(7) Como afirma L. COSCULLUELA, *Manual de Derecho Administrativo*, 10ª ed., Madrid, 1999, pág. 440, la libertad de empresa "constituye la médula del modelo de economía de mercado", y se reconoce en el marco de ésta, "lo que comporta sujetarse a la normativa reguladora de la de-

túa también en el sector primario y, por supuesto, en el sector servicios. El dato de que los Estatutos de Autonomía sólo hablen de la defensa de la competencia al hilo de las atribuciones competenciales que efectúan en materia de comercio interior no debe llevarnos, por otra parte, a olvidar estas otras dimensiones que la defensa de la competencia posee. De igual modo, tampoco hay que magnificar la forma en que, en ocasiones, los Estatutos insertan las distintas materias o títulos competenciales pues en muchos casos su ubicación sistemática dentro de las normas estatutarias sólo constituyen un reflejo de situaciones acomodaticias o puramente coyunturales (8).

III. LAS COMPETENCIAS DE EJECUCION EN LA MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Realizada esta operación previa de identificación de títulos competenciales, la sentencia aborda la cuestión fundamental de los recursos de inconstitucionalidad planteados: cómo se distribuyen entre el Estado y las Comunidades Autónomas las diversas funciones o potestades ejercitables en relación con la materia de defensa de la competencia. Como hemos apreciado anteriormente, la Constitución guarda un sepulcral silencio al respecto, y los Estatutos de Autonomía incrustan la defensa de la competencia a propósito del comercio interior y por ministerio de la cláusula sin perjuicio. Las normas estatutarias aluden además en estos casos a la "legislación sobre la defensa de la compe-

fensa de la competencia (...), que se establece precisamente para la protección del modelo de economía de mercado y que tiene por fin, a escala individual, la defensa de los empresarios contra prácticas, acuerdos, conductas, o actuaciones atentatorias de la libertad de competencia" (pág. 441). Por otra parte, siguiendo el nacimiento y la evolución de las libertades económicas, expone J.E. SORIANO, *op. cit.*, págs. 226-233 que "la libertad económica, lo que hoy conocemos como libertad de empresa, se afirma a través de la libertad de comercio. Porque ése era el instrumento que en aquellos momentos se ideó para conseguir el objetivo principal de la circulación de mercancías, que era el gran fin a conseguir". Sin embargo, el comercio, en esta época ilustrada, poseía un sentido más amplio, englobando, por extensión, la libertad de industria "a la que arrastraba": "...sólo en un momento posterior, una vez aceptado como natural el espacio económico único que había generado la libertad de comercio, es cuando se advierte la necesidad de proceder a distinguirlo ya de la propiamente libertad industrial" (pág. 228).

(8) Como ejemplo, piénsese en el caso analizado por la STC 211/1990, de 20 de diciembre, sobre la Ley gallega de Piedras Ornamentales , en la que el Tribunal justifica la ampliación del ámbito objetivo de las Denominaciones de Origen, en el simple dato de que el Estatuto gallego reconoce las competencias en esta materia en el título referente a comercio interior y defensa del consumidor y usuario y no dentro del título de agricultura y ganadería, como hacían la gran mayoría de los Estatutos. Sobre ello, véanse nuestras reflexiones en *Las denominaciones de origen*, Barcelona, 1996, págs. 73 y 74.

tencia", como contenido de la cláusula de salvaguarda que introducen. Y es, precisamente, sobre la base de estas premisas y sirviéndose, en particular, de la consolidada doctrina que el Tribunal tiene establecida sobre el alcance de los conceptos "legislación" y "ejecución", cómo la sentencia inicia el camino para dilucidar el deslinde competencial existente en la materia controvertida entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En opinión del Tribunal,

> "...la atribución de la legislación al Estado comportaría, de suyo, la asunción con el alcance que luego se dirá de la ejecución por las Comunidades Autónomas recurrentes, en tanto no resulte incluida en otras competencias estatales" (FJ 6º, primer apartado).

1. Las referencias estatutarias a la "legislación de defensa de la competencia" como atribución implícita de las competencias ejecutivas sobre dicha materia a las Comunidades Autónomas

Este argumento, que, desde un punto de vista formal, nos parece impecable, sufre, de todos modos, un doble embate. Por un lado, el Abogado del Estado afirma que la falta de atribución expresa en los Estatutos de Autonomía de la ejecución de la legislación de defensa de la competencia, determina, *ex.* art. 149.3 CE, que también corresponda al Estado dicha competencia de ejecución: "la expresión sin perjuicio de la legislación de defensa de la competencia no supone una exclusión clara de la función ejecutiva y descarta que las competencias autonómicas puedan basarse en atribuciones implícitas" (9).

Mas este argumento de defensa, esgrimido por la Abogacía del Estado, no nos parece de recibo. Es cierto que, cuando la Constitución atribuye al Estado la competencia de "legislación" sobre una materia concreta, ello no significa que, automáticamente, y por ese solo dato, las Comunidades Autónomas asuman las competencias ejecutivas, pues, dada la carencia en nuestra Constitución de una cláusula general de ejecución en favor de las Comunidades Autónomas, similar a la que luce en los Estados federales (10), será preciso que és-

(9) *Vid.* Antecedente 9º, a), segundo párrafo de la sentencia. En puridad, dudamos incluso de que pueda aducirse aquí con propiedad la doctrina de las competencias implícitas que son otra cosa muy diferente y que se refieren, según la caracterización que se realiza en el federalismo americano, a que se reputen constitucionales todos los medios que sean apropiados y se adapten a un fin constitucional, a no ser que estén expresamente prohibidos o vayan contra la letra o el espíritu de la Constitución. Sobre el tema, S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1982, I, págs. 377-382.

(10) Así, J. TORNOS MAS, *Sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1985, pág. 156.

tas asuman dichas competencias ejecutivas en sus respectivos Estatutos de Autonomía, todo ello en virtud y como una proyección más del denominado principio dispositivo que impregna todo el armazón institucional de nuestro Estado Autonómico. Sin embargo, las cosas discurren, en nuestra opinión, de manera diferente cuando una tal operación la efectúan los Estatutos de Autonomía. La atribución, en estos casos, de la "legislación" al Estado, aunque lo sea a través de la tortuosa fórmula de la cláusula "sin perjuicio", significa de suyo que la Comunidad Autónoma se está reservando las competencias de "ejecución", salvo que apreciásemos la existencia de elementos que nos llevaran a excepcionar este principio.

Podría tal vez ponerse en duda la idoneidad de los Estatutos de Autonomía para determinar las competencias del Estado. Mas hay que recordar la especial naturaleza jurídica que poseen los Estatutos de Autonomía, en cuya virtud no resultan exclusivamente una norma del ordenamiento autonómico, sino que se conforman también como una pieza integrante del ordenamiento del Estado, que interviene, por otra parte, en su elaboración y aprobación. Además, debemos resaltar de nuevo que la materia "defensa de la competencia" no es mencionada por los arts. 148 y 149 de la CE, por lo que, de conformidad con el art. 149.3 CE, se entrega, en un primer momento, al deslinde que de la misma realicen los Estatutos de Autonomía, actuando sólo en un segundo momento, esa absorción íntegra de restos en favor del Estado que se verifica por obra de la denominada cláusula residual.

2. La "legislación sobre defensa de la competencia" como valor entendido en el momento de elaborarse los Estatutos y como argumento para negar competencias ejecutivas a las Comunidades Autónomas

En los votos particulares que se formulan al fallo mayoritario del Tribunal, apuntan también otros argumentos que impugnan, no ya el que las competencias ejecutivas pudieran resultar de determinación autonómica a través de la conocida técnica legislación/ejecución, sino más propiamente si el concepto de "legislación de defensa de la competencia", que utilizan los Estatutos de Autonomía, no es una noción omnicomprensiva que habría que referir a un valor entendido por quienes participaban en el proceso de elaboración de éstos y que abrazaba todos los aspectos (legislativos, reglamentarios, ejecutivos y organizativos) existentes en esos momentos en materia de defensa de la competencia (11). Aun reconociendo el mérito que contrae esta explicación, hay

(11) Así lo expresa el voto particular concurrente que formula el ilustre Magistrado D. Fernando Garrido Falla: "Cuando se redactaron y aprobaron los Estatutos de Autonomía la expresión

que constatar, no obstante, las dificultades que añadiría a la interpretación del título VIII de nuestra Carta Magna, la necesidad de indagar con respecto a cada institución o a cada competencia cuál era la *voluntas* auténtica de los constituyentes. Además, aunque no se desdeña el valor y la virtualidad que tal *voluntas* puede poseer en ciertos casos como criterio de interpretación, la verdad es que ese aferramiento al pasado arrastraría en algunas ocasiones disfunciones notables, aparte de mitigar las condiciones de flexibilidad, evolución y permanente adaptación que se predican como bondades del vigente texto constitucional, especialmente en lo que se refiere al modelo económico que ella consagra.

3. Ejecución privada *versus* Ejecución pública en materia de defensa de la competencia

Mayor crédito para negar las competencias ejecutivas autonómicas en materia de defensa de la competencia podría tener entender que las competencias de "legislación", que en esta materia se atribuyen, responden a la misma esencia de la "legislación" civil, o mercantil, que emplea el art. 149.1. 6 y 8 CE, de tal forma que la "legislación" agota todo el elenco de potestades públicas ejercitables con respecto a la defensa de la competencia, puesto que la ejecución queda confiada a los particulares que dirimen sus conflictos a través exclusivamente de la tutela judicial. Ahora bien, ni éste era el sistema que establecía la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963 ni es tampoco el sistema que establece la LDC. En concreto, ésta última, siguiendo en este punto la estela de la Ley de Prácticas Restrictivas, construye un completo ar-

legislación sobre defensa de la competencia tenía un valor entendido, tanto desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico (donde ya existía una normación desde 1963), como desde el punto de vista del Derecho comparado. Obviamente el acento no se ponía sobre el término legislación como opuesto a ejecución, sino sobre el contenido de la legislación ya existente sobre la materia y que incluía, pues sería absurdo entenderlo de otra manera, todo el mecanismo creado para conseguir la finalidad perseguida por el legislador, incluido, por supuesto, el Tribunal de Defensa de la Competencia con las competencias que se le atribuían".

Desde otra perspectiva, próxima, pero distinta, también propugna esa consideración unitaria de la defensa de la competencia el otro voto particular que formula el Magistrado J.D. González Campos y al que se adhieren los Magistrados M. Jiménez de Parga y Cabrera y V. Conde Martín de Hijas, quienes afirman que: "...el legislador estatutario, al formular la reserva en favor del Estado de la legislación de defensa de la competencia, haciendo una previa referencia al art. 38 CE, excluyó la escisión de esta materia entre su ámbito normativo y el de ejecución para atribuir uno y otro a titulares distintos, por estimar que ello no sólo sería artificial en atención al estar el segundo ámbito indisolublemente unido al primero para que la defensa de la competencia sea efectiva, sino también porque tal escisión podría afectar negativamente a la garantía que contiene el art. 38 CE" (apartado 4 b).

mazón administrativo para la ejecución de esta materia, armazón que tiene en dos órganos administrativos, el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia, sus baluartes fundamentales para el desempeño de las funciones administrativas que establece la LDC.

La propia sentencia que comentamos resalta en esta línea la nítida veste pública que posee la defensa de la competencia:

> "...en suma, la LDC establece un conjunto de intervenciones de los poderes públicos para evitar aquellas prácticas y situaciones «que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria *defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa* y de la economía de mercado que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste» (STC 88/1986, fundamento jurídico 4º). Y estas intervenciones, *obvio es*, inciden *sobre «las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles»*, ya que, como se dijo tempranamente en la STC 37/1981, fundamento jurídico 3º, «toda la actividad económica y, dentro de ella, la actividad que, en el sentido más amplio, podemos designar como actividad mercantil, aparece disciplinada hoy en las sociedades que siguen el modelo de la economía de mercado, por un conjunto de normas en donde se mezclan de manera inextricable el Derecho Público y el Derecho Privado»" (FJ 3 e)

Y es que, como con gran brillantez expone J.E. SORIANO, "siempre es la visión del orden general del mercado, visión pública, pues, la que preside la actuación de la defensa de la competencia, y es, por tanto, perfectamente congruente con el sistema que sean órganos de la Administración Pública, aplicando el Derecho Administrativo, y con sometimiento final al control del contencioso-administrativo, los que actúen el derecho de la defensa de la competencia" (12).

(12) *Derecho Público...*, cit., pág. 287. Además, como el mismo autor resalta, en esto estriba también la diferencia entre la defensa de la competencia y la competencia desleal, aunque a menudo suelen confundirse: "...por diferencia acusada con la pura deslealtad, en el caso del antitrust lo que se defiende es el mercado, globalmente considerado, el mercado-institución no el interés particular de los concurrentes (...) La posición del particular en la defensa de la competencia es la propia de la pura defensa de la legalidad. No defienden, pues, un derecho subjetivo propio, ni siquiera intereses legítimos. Es la actuación propia de los efectos reflejos de las normas (...), es decir, de situaciones concretas de ventaja obtenida por un sujeto de derecho con ocasión del mantenimiento del ordenamiento jurídico como tal, sin derivar de esa posición jurídica una situación concreta, sino puramente excitatoria del mecanismo general y global de exigencia del funcionamiento del sistema jurídico".

4. Los presupuestos de la ejecución autonómica en esta materia

En consecuencia, volviendo al hilo discursivo de la sentencia, vemos cómo ésta se sirve, en principio, del consolidado binomio legislación/ejecución para permitir que las Comunidades Autónomas sean recipendiarias de competencias ejecutivas también en esta materia de defensa de la competencia. No obstante, afirmado esto, la sentencia impone una serie de condicionantes o sustraendos, de cuyo juego resultará el definitivo balance de poderes.

A) La retención estatal de facultades ejecutivas amparada en otros títulos competenciales

Tenemos que recordar que, como destacara tempranamente el Prof. GARCIA DE ENTERRIA (13), la idea de la ejecución autonómica del Derecho estatal no resulta incompatible con el hecho de que el Estado retenga, bajo determinados presupuestos y límites, auténticas potestades ejecutivas. La jurisprudencia constitucional ha dado en diversas ocasiones testimonio de ello y ni siquiera los recurrentes lo ponen en cuestión en el asunto de referencia (14). Nadie discute, por tanto, esta circunstancia; entre otras razones, porque se trata de una idea hondamente arraigada en los llamados federalismos de ejecución, que, en alguna manera, se comportan como demiurgo del modelo autonómico español. Lo que puede resultar, en cambio, más controvertido es el grado y las condiciones bajo las cuales el Estado puede ejercitar dichas potestades de estricta ejecución; grado que variará de unas materias a otras, alcanzando en las que guardan relación con las competencias económicas o con la preservación de la salud y la integridad de las personas su techo. La sentencia que comentamos se sitúa ciertamente en esta dirección, aunque lo haga de forma harto discutible, y así admite que "los aspectos más relevantes de la ejecución, han de atribuirse al Estado en razón de sus competencias *ex* art. 149.1, números 1 y 11, y, básicamente, 13 CE".

(13) *Vid.* su, ya clásico, estudio *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*, Madrid, 1983, in totum.

(14) "Las Comunidades Autónomas recurrentes recaban para sí las competencias respecto de las facultades ejecutivas que se regulan en los preceptos antedichos, sin desconocer que al Estado corresponde la "dirección general de la economía", tal como aduce el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña; más concretamente, el Gobierno vasco limita su reivindicación «a aquellas prácticas que principalmente tengan lugar en el territorio de la Comunidad Autónoma o vayan dirigidas a alterar la libre competencia en el mercado intracomunitario», quedando fuera, por tanto, las supracomunitarias y las que, aun discurriendo en el territorio de la Comunidad, incidan sobre el conjunto del mercado nacional" (FJ 1º). *Vid.* igualmente los antecedentes de hecho de esta sentencia, puntos 7º y 8º.

El Tribunal Constitucional, de todas formas, reconoce el escaso juego que, al respecto, van a tener los dos primeros títulos competenciales referidos (la igualdad en el ejercicio de los derechos -art. 149.1.1-, *"por su carácter esencialmente normativo"*; y el sistema de cambios -art. 149.1.11-, *"por su especificidad"*) y despliega, por el contrario, toda su atención sobre el socorrido título de las bases y la coordinación de la actividad económica -art. 149.1.13 CE-; título, por medio del cual conecta la temática debatida con el principio de la unidad económica y de la unidad de mercado, afirmando que

> "Parece, pues, innecesario destacar el carácter básico que, desde la competencia estatal ex art. 149.1.13, reviste cuanto a la defensa de la competencia se refiere, pues nos hallamos ante un elemento definitorio del mercado. De modo que no sólo la normación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional habrán de atribuirse al Estado, al que corresponderán, por lo tanto, las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actos ejecutivos hayan de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas recurrentes" (FJ 6º, apartado sexto)

...y llegando así a formular el teorema que le permitirá dirimir ulteriormente la legitimidad o ilegitimidad constitucional de los preceptos de la LDC que habían sido impugnados en los recursos planteados por los Gobiernos vasco y catalán:

> "La competencia ejecutiva que, en materia de defensa de la competencia, cabe atribuir a las Comunidades Autónomas, en virtud de la asunción de comercio interior se halla, pues, limitada a aquellas actuaciones ejecutivas que hayan de realizarse en su territorio y que no afecten al mercado supracomunitario. De modo que no sólo la normación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado con trascendencia extracomunitaria habrán de atribuirse al Estado, al que corresponderán, por lo tanto, las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actuaciones se realicen en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas recurrentes; pero con esas limitaciones, la competencia ejecutiva atribuida a las Comunidades Autónomas por sus respectivos Estatutos, no puede resultar enervada por la legislación del Estado"

El Tribunal Constitucional admite, por consiguiente, que las competencias de ejecución en materia de defensa de la competencia correspondan, en primer término, a las Comunidades Autónomas, aunque también subraya que estas competencias resultan fuertemente restadas por las actuaciones ejecutivas que se reserva el Estado. Mas, también aquí, el razonamiento del Tribunal queda preso de la deliberada -y forzada- inserción que ha hecho previamente de la defensa de la competencia en el seno del comercio interior, de tal modo que la sentencia no es clara a la hora de explicar si esas competencias ejecutivas que retiene el Estado lo son por el propio juego inmanente, por la misma definición de la materia defensa de la competencia o, en su caso, comercio interior, o por la incidencia cruzada de otros títulos competenciales del Estado, cabalmente aquéllos de contenido económico que el Tribunal ha empleado para que entren en escena los principios de unidad económica y unidad de mercado.

B) El ámbito espacial de la actuación como criterio partidor de las competencias de ejecución: la consideración unitaria del mercado y del comercio

Mas, dejando al margen estas objeciones de índole dogmática, tampoco nos parecen satisfactorios los resultados que, en sus conclusiones, alcanza la sentencia, pues no deja de ser un criterio hartamente artificioso el que el Tribunal propone: que el criterio para discernir cuándo una actuación ejecutiva (piénsese en la autorización de una práctica comercial o en la imposición de una sanción) compete a las autoridades estatales y cuándo a las administraciones autonómicas se haga depender, como la sentencia pretende, de la "trascendencia extracomunitaria", que la práctica o el acuerdo comercial pueda suponer y que pueda "alterar la libre competencia en el conjunto del mercado nacional", poniendo en peligro "la configuración real del mercado único de ámbito nacional", no deja de ser un criterio escasamente operativo, en atención al funcionamiento cotidiano de las Administraciones Públicas y al funcionamiento diario del propio mercado y de los agentes económicos en él implicados, y antagónico -creemos- con la unidad de mercado que se quiere precisamente preservar.

El comercio, el mercado, son realidades tan sensibles que resultan difícilmente escindibles sin riesgo para ellas mismas. En una economía, cada día más *globalizada*, se acentúa, ciertamente, el efecto *dominó* que toda iniciativa empresarial o comercial produce en la actividad económica, en general, y en la actividad comercial y empresarial, en particular. En estas circunstancias poner fronteras y etiquetas al comercio se adivina una labor tan vana como la de pretender poner puertas al campo (15), teniendo en cuenta además que, co-

mo la propia sentencia que comentamos relata en sus albores, a la sutil distinción mercado *regional*-mercado *nacional* habría también que sumar la propia noción del mercado *comunitario*, cuyo cuidado está confiado a las autoridades comunitarias. Pretender que todo este *laberinto* se resuelva mirando a "los ámbitos espaciales distintos" en que operan los agentes económicos (FJ 4º), obligará, en nuestra opinión, a un permanente tejer y destejer de imprevisibles -y, posiblemente, contradictorios- resultados (16.)

5. La permanencia transitoria del modelo vigente y el emplazamiento al Estado para que establezca los *criterios de conexión*

Con estas últimas afirmaciones, no estamos poniendo necesariamente los mimbres para que se proceda a un desapoderamiento ejecutivo de las Comunidades Autónomas o para que se perpetúe el entramado organizativo actualmente existente y que es, como dijimos, en gran manera continuador de la anterior normativa. La sentencia, ciertamente, determina la inconstitucionalidad "por la pretensión de universalidad en la atribución al Estado de las competencias ejecutivas" de los arts. 4, 7, 9, 10, 25 a) y c) y 51 de la LDC, "*...en cuanto todos ellos remiten al art. 1 de la Ley y, por lo tanto, se proyectan sobre todo o parte del mercado nacional sin excluir el ámbito en el que la ejecución ha de corresponder a las Comunidades Autónomas. En esta medida, y sólo en cuanto supone desconocimiento de las competencias autonómicas, la cláusula «en todo o en parte del mercado nacional», que dichos preceptos contienen expresamente o por remisión, ha de ser declarada contraria al orden constitucional de competencias*" (FJ 7º)

A) La delimitación positiva de las competencias autonómicas

Sin embargo, en la confección de su fallo, el Tribunal *difiere la nulidad* de los mencionados preceptos "hasta el momento en que, establecidos por la Ley

(15) Con mucha razón afirma J.E. SORIANO, *Derecho Público...*, cit., pág. 245 que "desde el punto de vista de su ámbito, el mercado como institución es esencialmente contrario a la frontera. Su vis expansiva le lleva a construir los espacios más amplios posibles, superadores de la delimitación impuesta por las barreras aduaneras". A la tendencia natural del comercio a la ruptura de cualquier tipo de fronteras, hemos dedicado atención en nuestra obra *Las Denominaciones de Origen*, Barcelona, 1996, págs. 99-101 y 105 a 107. Jugosas reflexiones sobre la sensibilidad del mercado a factores, incluso de orden psicológico, se contienen en el trabajo de A. PEREZ MORENO, «La institucionalización de la participación de los consumidores en el control de la calidad de los alimentos», REDA 31 (1981), págs. 648 y ss.

(16) La misma sentencia reconoce en otro pasaje la dificultad que puede entrañar esta labor, cuando afirma que "...lo anterior no obsta, sin embargo, a que la dimensión puramente interna y la dimensión comunitaria de la protección de la libre competencia sean interdependientes" (FJ 4º).

estatal los criterios de conexión pertinentes, puedan las Comunidades Autónomas" ejercitar sus competencias ejecutivas sobre la materia defensa de la competencia. Cobra así vigor una idea que resalta el voto particular formulado por el Magistrado González Campos, y del que la sentencia, por cierto (y s.e.u.o), no se hace eco: nos referimos al papel delimitador de las competencias autonómicas que cumple en este supuesto la legislación estatal. Interesa reproducir aquí esas palabras:

> "En efecto, dado que los preceptos estatutarios aquí considerados reservan al Estado la «legislación de defensa de la competencia», conviene tener presente, en primer lugar, que nos hallamos ante un supuesto en que la ley estatal interviene, por expresa previsión de los Estatutos, para delimitar las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas (SSTC 25/1986 y 45/1998). Y al respecto hemos declarado que «cuando el Estatuto cierra el proceso de delimitación competencial remitiendo a las prescripciones de una ley estatal», en tal caso «el reenvío operado atribuye a la Ley estatal la delimitación positiva del contenido de las competencias autonómicas» (STC 76/1983, fundamento jurídico 4º). A lo que cabe agregar que, en virtud de la cláusula «sin perjuicio» de dichos preceptos estatutarios, no sólo se reservan al Estado competencias que no están expresamente incluidas en el art. 149.1 CE, sino que, además, mediante esa reserva se pone de manifiesto que las competencias estatales inciden decisivamente sobre la competencia asumida por la Comunidad Autónoma, al igual que incide el principio incluido en dicha reserva y, asimismo, otros preceptos constitucionales relevantes" (17).

En virtud de este papel delimitador positivo que la legislación estatal de defensa de la competencia asume, se verifica un emplazamiento al legislador estatal para que *marque* el contenido de las competencias ejecutivas autonómicas. Naturalmente, esa labor, llamémosla delineadora, del legislador estatal debe producirse partiendo de la premisa de que las competencias de ejecución, tal y como quiere la sentencia, pertenecen como norma a las Comunidades Autónomas, razón por la cual no se pueden llenar aquéllas de conteni-

(17) Apartado 2º del voto particular. En particular, sobre este papel de las leyes estatales delimitadoras de competencias autonómicas, *vid.* S. MUCHOZ MACHADO, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1982, I, págs. 347-357, y muy especialmente por la relación que guarda con lo que se dice en el texto, las págs. 353-356. Del tema también nos hemos ocupado, atendiendo particularmente a la delimitación positiva que realizan ciertas Leyes *básicas*, en nuestro trabajo «Doctrina del Tribunal Constitucional sobre las Leyes Básicas», REALA 235-236 (1987).

do relegando a las Comunidades Autónomas a un simple papel de agentes colaboradores, tal y como luce actualmente en el art. 51 de la LDC. Ahora bien, respetando esas premisas, el Estado puede, en nuestra opinión, ensayar fórmulas que sean útiles para hilvanar cohesionadamente esas dos ideas que, en principio, parecen tan antagónicas como son la afirmación, por un lado, de las competencias ejecutivas autonómicas en materia de defensa de la competencia, y, la preservación, por el otro, del principio de la unidad económica y de mercado.

B) Posibles criterios de conexión. La dualidad Tribunal de Defensa de la Competencia/Servicio de Defensa de la Competencia y sus posibles matizaciones

Los comienzos, de todos modos, no han sido muy halagüeños, pues el Estado, en la reciente reforma que ha operado de la LDC y que es posterior a la sentencia que comentamos, se ha limitado, valiéndonos de símiles taurinos, a dar una larga cambiada al tema, emplazando al Gobierno a que presente, antes del 1 de octubre de 2000, un proyecto de ley por que el que se regulen los mencionados criterios de conexión, emplazamiento que ojalá se cumpla, teniendo a la vista un período de renovación de las Cámaras Legislativas (18). Mas, a pesar de todas estas dificultades añadidas, lo cierto es que el establecimiento de dichos criterios de conexión conforma una labor prioritaria, pues, en el ínterim hasta que se adopten, se imposibilita a las Comunidades Autónomas el que desarrollen unas competencias que, estaturiamente, le corresponden y que están respaldadas por el fundamental aval que el Tribunal Constitucional les ha prestado en esta sentencia.

¿Cómo se establecerán esos criterios de conexión? ¿cuáles podrían ser? Desde luego, no entra dentro de nuestro campo de actuación la predicción jurídica, aunque sí pensamos que, sin alterar en demasía la regulación estatal y, por ende,

(18) Nos referimos a la Disposición final segunda de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre (BOE nº 311, de 29 de diciembre), que afirma textualmente que "antes del 1 de octubre del año 2000, el Gobierno presentará en el Congreso de los Diputados un proyecto de ley por el que se regulan los criterios de conexión determinantes de la atribución al Estado y a las Comunidades Autónomas de competencias, previstas en el marco legal de defensa de la competencia, referidas al conocimiento y aplicación de la normativa estatal relativa a conductas prohibidas y autorizadas, en cumplimiento de la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999". Somos conscientes, ciertamente, de que la sentencia, que se publicó en el BOE el día 16 de diciembre de 1999, llegaba en un momento en que el proyecto de Ley de reforma de la LDC se encontraba ya parlamentariamente muy avanzado; mas también sabemos -aunque no las compartamos- de las virtualidades de las que son capaces las denominadas Leyes de acompañamiento, que sirven en algunos casos para introducir modificaciones legislativas muy relevantes.

sin quebrar aún más el principio de la unidad de mercado, podría ahondarse en fórmulas que, de alguna forma, ya están inmanentes en nuestro Ordenamiento jurídico. Como la sentencia afirma "la totalidad de la función aplicativa" se atribuye por la LDC al Tribunal de Defensa de la Competencia y al Servicio de Defensa de la Competencia, ambos órganos de la Administración del Estado. Sin embargo, uno y otro presentan funciones muy distintas y también una composición muy diferente, pues mientras del Tribunal de Defensa de la Competencia se destaca fundamentalmente su independencia hasta el punto de propugnarse si *pro futuro* no sería conveniente potenciar su independencia funcional asimilando su naturaleza jurídica a la de otros organismos de supervisión como el Banco de España o la Comisión Nacional del Mercado de Valores; del Servicio de Defensa de la Competencia se afirma que es una unidad orgánica del Ministerio de Economía y Hacienda en el que rigen plenamente las relaciones de jerarquía, "siendo así el Director del Servicio una unidad dependiente obviamente de las instrucciones y órdenes administrativas del Ministro y del Secretario de Estado de Economía" (19).

Se afirma, además, que el modelo establecido por la LDC responde a un esquema dual *quasi judicial*, en el que el Tribunal de Defensa de la Competencia se erige en una suerte de *Tribunal Administrativo*, sometido sólo al Derecho, y el Servicio de Defensa de la Competencia se comporta como una especie de *Fiscal Administrativo* (20). Pues bien, una idea que se nos ocurre, un poco a vuela pluma de la sugerente exposición del Prof. SORIANO, es si la entrada de las Comunidades Autónomas en el ámbito aplicativo de la LDC no podría verificarse al hilo de estas labores de *fiscal administrativo* que actualmente realiza en exclusiva y para todo el territorio nacional el Servicio de Defensa de la Competencia. Esto significaría mantener la unidad de resolución en el Tribunal de Defensa de la Competencia, configurándolo cada vez más como una Administración independiente (21), permitiendo, en cambio, que

(19) J.E. SORIANO, *Derecho Público...*, cit., pág. 335.

(20) J.E. SORIANO, *op. cit.*, págs. 305 y 335, *passim*. Interesantes son igualmente las reflexiones y materiales que aporta en relación con las razones que pesaron y las consecuencias que implica el empleo del término "Tribunal" para nombrar al de Defensa de la Competencia.

(21) "...existe una línea de continuidad entre ciertos instrumentos organizativos, a la que se superpone, no obstante, un conjunto de importantes variaciones también de carácter organizativo, si bien el esquema principal, el eje de la organización, no ha cambiado, centrándose ahí precisamente la gran discusión sobre el modelo teórico de Administración encargada de la aplicación de los instrumentos antitrust. Discusión absolutamente viva, en la que se centra todo el diseño de poderes públicos sobre la vigilancia de los mercados. En esencia (...), el tema se plantea entre el mantenimiento de un órgano administrativo dependiente del Ejecutivo o un órgano administrativo independiente, al modo del Banco de España o la Comisión Nacional del Mercado de Valores" (J. E. SORIANO, *op. cit.*, págs. 263 y 264)

las funciones de instrucción, dentro de ese esquema dual o bifásico que la LDC instaura, correspondan a las Comunidades Autónomas, respecto a los "ámbitos espaciales" en que son competentes y al Servicio de Defensa de la Competencia, respecto al resto de los ámbitos (22). Esta idea resulta aventada además por otras experiencias, significadamente por la que alude a cómo se han articulado las competencias de fiscalización y enjuiciamiento contable entre el Tribunal de Cuentas estatal y los órganos homónimos de las respectivas Comunidades Autónomas (23).

Desde la perspectiva de la sentencia que comentamos, y que nos guste o no, posee los efectos inherentes a las decisiones del Tribunal Constitucional, estimamos, en cambio, insuficiente la profundización que, en las funciones de colaboración, ha efectuado la reciente Ley 52/1999, de 28 de diciembre, aditando un nuevo artículo, 51 bis, al contenido de la LDC:

> "1. Los órganos previstos en la presente Ley son los únicos competentes para la instrucción y resolución de los procedimientos que en ella se regulan en materia de defensa de la competencia. En el supuesto de que otras Administraciones Públicas, por razón de sus funciones, pudieran tener conocimiento de hechos que considerasen contrarios a las previsiones de esta Ley, se limitarán a dar traslado de los mismos, y de la docu-

(22) Sin perjuicio de que pudiera reconocerse una competencia concurrente o alternativa en favor del Servicio de Defensa de la Competencia para aquéllos casos en que las Comunidades Autónomas no ejerciesen las competencias que les corresponden o el Servicio entendiese que la actuación de aquéllas no hubiese sido correcta, entrañando un daño o menoscabo para el mercado nacional (por ejemplo, que acordasen la no iniciación de un procedimiento por la presunta realización de una conducta prohibida por entender que tal conducta no afecta a las condiciones de competencia). En cualquier caso, hay que recordar que, conforme al art. 25 f) de la LDC, según la redacción dada por la Ley 52/1999, el Tribunal de Defensa de la Competencia puede "interesar la instrucción de expedientes por el Servicio de Defensa de la Competencia", o por los órganos y servicios competentes de las Comunidades Autónomas -añadiríamos ahora-.

(23) Recuérdese, en este sentido, que la jurisprudencia constitucional (señaladamente, la STC 187/1988, de 17 de octubre), ha diferenciado entre las funciones de fiscalización , que se centran en el examen y comprobación de la actividad económico-financiera del sector público y que pueden realizar tanto el Tribunal de Cuentas como las cámaras o sindicaturas de cuentas autonómicas, y las funciones de enjuiciamiento contable que quedan confiadas, sin perjuicio de la encomienda de actividades de instrucción, al Tribunal de Cuentas. Esta última separación nos parece interesante de cara a lo que se afirma en el texto, aun reconociendo las diferencias ostensibles que existen entre el Tribunal de Cuentas y el Tribunal de Defensa de la Competencia y que se cifran, de primeras, en que aquél no es un órgano administrativo ni una Administración independiente, sino un órgano que depende directamente de las Cortes Generales (art. 1.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo)

mentación obrante en su poder, al Servicio de Defensa de la Competencia a fin de que, si procede, pueda iniciarse la tramitación de los correspondientes expedientes.
2. El Servicio de Defensa de la Competencia, cuando sea necesario para el ejercicio de sus funciones, podrán solicitar la colaboración de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas. Con el mismo fin, los servicios competentes de las Comunidades Autónomas podrán elaborar para su remisión al Servicio de Defensa de la Competencia, y a los fines previstos en este artículo, informes relativos a la existencia de prácticas, acuerdos o conductas que consideren contrarios a la presente Ley"

IV. EL ALCANCE DE LA NULIDAD Y DE SUS EFECTOS

Resta, para concluir este breve comentario a la sentencia 208/1999, de 11 de noviembre, dejar constancia de algunas reflexiones que nos suscita el propio contenido del fallo. Éste declara inconstitucional la cláusula "en todo o en parte del mercado nacional", contenida expresamente o por remisión en algunos preceptos de la LDC, aunque difiere, como se recordara, su nulidad hasta el momento en que el legislador estatal fije los criterios de conexión y puedan, consiguientemente, las Comunidades Autónomas ejercitar las competencias ejecutivas que les corresponden según la sentencia. La razón de esta *suspensión* de los efectos de la nulidad, la explica la misma sentencia en el fundamento jurídico 8º:

"Dados los términos en que se declara la inconstitucionalidad de los preceptos a que se hace referencia en el fundamento jurídico anterior, ha de diferirse la nulidad de los mismos hasta el momento en que, establecidos por el Estado los criterios de conexión pertinentes, puedan las Comunidades Autónomas recurrentes ejercer las competencias ejecutivas que aquí se le reconocen. *Pues de lo contrario se produciría en la defensa de la competencia un vacío no conforme con la Constitución, pues los intereses constitucionalmente relevantes que con ella se tutelan podrían verse desprotegidos en el ámbito en el que la potestad ejecutiva correspondiese a las Comunidades Autónomas*" (FJ 8º, primer apartado).

En primer lugar, es necesario destacar que resulta muy loable el interés del Tribunal Constitucional en que no se produzcan vacíos, actitud que, aunque no es nueva en la doctrina del Tribunal (24), sí contrasta, en cambio, con la rigidez de la que ha hecho gala en otros llamativos asuntos, como es el caso

(24) Recientemente, por ejemplo, la STC 195/1998, de 1 de octubre que determinó la inconstitucionalidad de la Ley estatal 6/1992, de 27 de marzo, por la que se declaraba la Reserva Na-

del Texto refundido de la Ley del Suelo de 1992, en el que el menoscabo producido en la seguridad jurídica (en la certidumbre sobre la norma aplicable), era, sin duda y por lo menos, equiparable en importancia, al que podría haberse producido en la materia de defensa de la competencia si la sentencia hubiese aplicado los mismos drásticos efectos.

Esta graduación de los efectos de la nulidad es, por otra parte, coherente con la interpretación que la jurisprudencia del Tribunal viene manteniendo sobre el art. 39.1 de su Ley Orgánica, en el sentido de que compete a éste precisar en cada caso el alcance de los efectos de la nulidad.

Sin embargo, hay que resaltar que la mayoría de estos pronunciamientos aludían a que los efectos de la nulidad no se remontasen *río arriba*, esto es, hacia el pasado, hacia situaciones pretéritas; en cambio, es mucho más excepcional, aunque como hemos señalado no es inédito, que se produzca la *ultraactividad* (si es que puede llamarse así) de la norma declarada inconstitucional y nula. La sentencia salva este escollo de una forma que, en realidad, impide hablar de que estemos ante la ultraactividad de una norma declarada nula, pues, en puridad, lo que se difiere es la misma declaración de nulidad de la cláusula impugnada, y no los efectos de la nulidad. Y, entonces, en verdad, ante lo que estamos es ante lo que advierte L. MARTIN REBOLLO, esto es, ante una aplicación supletoria del Derecho estatal, puesto que "posponer los efectos anulatorios de la sentencia al momento -indeterminado- en que la Comunidad dicte su propia normativa significa atribuir eficacia supletoria a una ley estatal dictada sobre ámbitos de competencia autonómica" (25). Mas, re-

tural de las marismas de Santoña y Noja, aplazó igualmente los efectos de la nulidad hasta el momento en que la Comunidad Autónoma competente -en ese caso, la cántabra- emanase la disposición pertinente.

En otro orden de cosas, un posible modo de salvar este *horror vacui* que atenaza al Tribunal en la sentencia que comentamos, quizá hubiera podido ser la de hacer uso de las llamadas sentencias *interpretativas*. Sin embargo, por varias razones, creemos oportuno valorar su prudencia en este punto. En primer lugar, porque un fallo en el que se dijese que lo que no superase el marco territorial de la Comunidad Autónoma o no tuviese incidencia sobre el mercado nacional competería realizarlo, desde ya, a las Comunidades Autónomas, exigiría, en nuestra opinión, ulteriores interpretaciones (cabalmente, la de fijar los criterios de conexión), dadas las realidades no unívocas a las que, como hemos expuesto en el texto, remiten estas cláusulas. Además, y en segundo lugar, por la especial contextura que late en los recursos de inconstitucionalidad que motivan esta sentencia y que es, en realidad, la de un conflicto de competencias, aunque por versar sobre una Ley, y por lo que establece el art. 67 de la LOTC, haya de tramitarse desde sus inicios en la forma prevista para el recurso de inconstitucionalidad. Desde esta perspectiva, el recurso a las sentencias interpretativas parece que halla mayor justificación en las cuestiones y recursos de inconstitucionalidad en sentido estricto.

(25) La cita en sus excelentes *Leyes Administrativas*, 5ª ed., Pamplona, 1999, págs. 176 y 177.

sulta que en el supuesto de la sentencia que comentamos, la situación es aún más *curiosa* que la que describe MARTIN REBOLLO a propósito de la declaración de Reserva Natural de Santoña y Noja, porque en la sentencia que nos ocupa la vigencia del Derecho estatal, la conservación en manos del Estado de "la totalidad de la función aplicativa" se mantendrá hasta que el propio Estado quiera, es decir, hasta que el legislador estatal fije los criterios de conexión. Y éste es, sin duda, también un momento indeterminado por mucha que sea la autovinculación que el propio legislador estatal quiera establecer. La sentencia es consciente de este peligro y, por ello, cierra sus razonamientos apelando a la lealtad constitucional:

> "El Estado de las Autonomías configurado por nuestra Constitución no alcanzará, en esta materia, su diseño acabado en tanto el orden de competencias que se desprende de la Constitución y los Estatutos no alcance plena realización. Del hecho de que no se acuerde la nulidad inmediata de aquellos preceptos de la Ley que se declaran inconstitucionales se infiere la persistencia de una situación anómala, en la que las competencias controvertidas pueden seguir siendo ejercitadas por el Estado. Esta situación es, desde luego, provisional y, por supuesto, debe acabar cuanto antes. «La lealtad constitucional obliga a todos» (STC 209/1990, fundamento jurídico 4º), y en este caso especialmente al Estado, a ponerle fin en el plazo más breve posible" (FJ 8º, *in fine*).

Confiar en la lealtad constitucional conforma, ciertamente, una prueba de madurez y de consolidación y racionalidad en las relaciones institucionales, tener que recordarla a cada instante, en cada norma que se elabora y en cada sentencia que se dicta, pone, en cambio, sobre la pista de que, tal vez, la realidad de las relaciones entre nuestras Administraciones Públicas no sea en la práctica tan fluida ni discurra por los senderos de cooperación, coordinación y colaboración que serían, sin duda, deseables (26). Conseguirlo constituye, como dice el Tribunal, tarea de todos.

---

(26) Sobre las deficiente implantación de este principio en nuestro Ordenamiento Jurídico, merecen atención las reflexiones de A. JIMENEZ BLANCO, «De las Administraciones Públicas y sus relaciones», en la obra *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común*, Madrid, 1993, pág. 68. En general, para el entendimiento de lo que este principio significa en el Derecho alemán como elemento estructurador o vertebrador del Estado federal, resulta también imprescindible su estudio *Las relaciones de funcionamiento entre el Poder Central y los Entes territoriales. Supervisión, solidaridad, coordinación*, Madrid, 1985, págs. 95-108.

Un nuevo episodio en la estabilización del personal interino al servicio de las Administraciones Públicas: la suspensión judicial de los procesos selectivos de la Junta de Andalucía para consolidar su empleo temporal (Comentario en torno al auto de 13 de diciembre de 1.999 de la sección primera de la Sala de lo contencioso-administrativo, con sede en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía)

Roberto Galán Vioque
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. LA ESPINOSA ESTABILIZACION DEL PERSONAL INTERINO DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS. 1. La jurisprudencia constitucional sobre la estabilización del personal interino de las Administraciones públicas. 2. La situación de los interinos de la Junta de Andalucía: El acuerdo entre la Junta de Andalucía y los sindicatos de 27 de julio de 1.999. 3. El artículo 39 de la Ley 50/1.998, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social. III. EL AUTO DE 13 DE DICIEMBRE DE 1.999 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA COMO PARADIGMA DE EJERCICIO DE LA JUSTICIA CAUTELAR. 1. Antecedentes del caso. 2. Criterios manejados por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía para suspender los procesos selectivos para la consolidación del empleo temporal. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCION

La resolución judicial que es objeto del presente comentario, de la que ha sido ponente el presidente de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía el magistrado MARTINEZ-VARES

GARCIA, se enmarca dentro de un interminable número de actuaciones jurisdiccionales, tanto del Tribunal Constitucional como de los Jueces y Tribunales de aquella jurisdicción, recaídas en relación con los diversos procedimientos seguidos en nuestro país para transformar al personal interino de las Administraciones Públicas en funcionarios de carrera.

La existencia de una considerable "bolsa" de funcionarios interinos al servicio de las diferentes Administraciones Públicas constituye, sin duda, una de las cuestiones más candentes que en la actualidad afectan al Derecho administrativo. Es cierto que las personas que accedieron a la función pública de forma interina no han tenido que pasar por el riguroso procedimiento, cuando éste ha existido, al que se ha sometido a los funcionarios de carrera y que en ningún caso se puede hablar de una expectativa jurídica a obtener en propiedad la plaza que se ocupa interinamente porque la propia naturaleza de la interinidad impide que esta, en teoría, vía excepcional de acceso a la función pública pueda considerarse como un modo *per se* de adquirir la condición de funcionario de carrera. El único requisito que se les exige, en todo caso, para ser nombrado funcionario interino es poseer la titulación exigida para la plaza que ocupan.

Pero obviamente el delicado problema que plantea la existencia del colectivo de funcionarios interinos no se le puede achacar exclusivamente a ellos. Las Administraciones Públicas han abusado extraordinariamente de esta figura. En algunas ocasiones como sucedió con el periodo inicial de establecimiento del Estado de las Autonomías la utilización de personal interino se justificó por el desbordamiento que supusieron los primeros traspasos de competencias del Estado a las Comunidades Autónomas que obligó a una colocación masiva de personal que tuvo que canalizarse por la vía más flexible de la interinidad. No obstante, dos décadas más tarde no puede seguir invocándose esta causa como la única responsable del problema.

Es más, en muchas ocasiones ha sido la desidia de las Administraciones españolas en convocar procedimientos para el ingreso de funcionarios la que ha impedido que los denominados interinos se conviertan en funcionarios de carrera, beneficiándose, además, de un personal más "dócil" porque en cualquier momento se puede extinguir su relación de trabajo con la Administración y también más barato ya que por muchos años que se encuentren ocupando una plaza interinamente no tienen derecho a que se les abone los trienios que devenguen.

Todas estas razones hacen que resulte imposible acercarse friamente a la delicada cuestión del personal interino al servicio de las Administraciones Pú-

blicas al margen de las valoraciones políticas que, desde luego, no nos corresponde realizar. El auto de 13 de diciembre de 1.999 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía aborda esta cuestión desde la perspectiva de la garantía de los derechos fundamentales al acceso en condiciones de igualdad a la función pública y a la tutela judicial efectiva consagrados en los artículos 23.2 y 24 de nuestra Constitución frente a varios concursos para el ingreso en distintos cuerpos de la Administración autonómica andaluza convocados por la Consejería de Gobernación y Justicia con la inequívoca intención de favorecer al personal interino de la Junta de Andalucía.

II. LA ESPINOSA ESTABILIZACION DEL PERSONAL INTERINO DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS

A pesar de que conforme a la legislación administrativa (1) la ocupación de manera provisional de plazas de plantilla de las Administraciones Públicas hasta tanto no sean cubiertas por funcionarios de carrera debe de ser algo excepcional (2) la realidad demuestra desgraciadamente el alto índice de interinidad existente en la función pública española. La perpetuación que se ha producido en el tiempo de esta injusta situación ha sensibilizado a los responsables políticos (3) que se han esforzados por articular cauces especiales que permitan convertir en definitiva la relación que une a los funcionarios interinos con la Administración.

Este loable objetivo de dar estabilidad a los funcionarios interinos puede chocar, sin embargo, con el mandato constitucional que obliga a los poderes públicos a garantizar las igualdad de oportunidades de todos los españoles -y, en su caso, de los ciudadanos comunitarios- en el acceso a la función pública.

(1) Arts. 5.2 de la Ley de Funcionario civiles del Estado aprobada por el Decreto 315/64, de 7 de febrero y 29 de la Ley andaluza 6/1985, de 28 de noviembre, de la Ordenación de la Función pública de la Junta de Andalucía.

(2) Sobre este tema puede consultarse con carácter general a SANCHEZ MORON en su *Derecho de la Función pública,* Tecnos, Madrid, 2ª edición, 1997, págs. 83 y ss. y el estudio jurisprudencial monográfico de ARROYO YANEZ, El *Funcionario interino,* Tecnos, 1996.

(3) Para SANCHEZ MORON en *Igualdad de oportunidades en el acceso a la Función pública y estabilización funcionarial de los interinos (Comentario a la Sentencia 12/1999, de 11 de febrero, del Tribunal Constitucional)* publicado en el número 34 de esta Revista, pág. 118, esta sensibilización podría deberse tanto al propósito de los políticos de «*cuidar sus clientelas*» como a su preocupación «*por la suerte del personal que han conocido en el ejercicio de sus cargos*».

1. La jurisprudencia constitucional sobre la estabilización del personal interino de las Administraciones públicas

El Tribunal Constitucional ha jugado un papel decisivo a la hora de establecer los límites con que se enfrentan las Administraciones Públicas para integrar como funcionarios de carrera a su personal interino. Esta misión la ha desarrollado por un doble camino. En primer lugar, resolviendo recursos de amparo (4) a la luz de los artículos 14 y 23.3 de nuestra Constitución planteados frente a convocatorias de procedimientos de ingreso en la función pública que hayan tenido como criterio determinante la antigüedad de los participantes en el desempeño de funciones públicas, aunque fuera de forma provisional, en la Administración. Por otra parte, no han sido escasas las veces en que nuestro Tribunal Constitucional se ha tenido que pronunciar en procedimientos de declaración de inconstitucionalidad (5) sobre la conformidad con el artículo 103.3 de la Constitución, que impone como criterios para determinar el acceso a la función públicas los principios de mérito y capacidad, de disposiciones legales que establecen procedimientos especiales que tienen como finalidad favorecer que el personal interino al servicio de las Administraciones Públicas pueda adquirir la condición de funcionarios de carrera. Todos estas sentencias constitucionales han cristalizado en una sólida jurisprudencia sobre la materia.

El Tribunal Constitucional en su destacada STC 27/1.991, de 14 de febrero admitió que el Legislador excepcionalmente pudiera autorizar que se reserven todas o parte de las plazas de una convocatoria para el ingreso en las Administraciones Públicas a aquellas personas que venían desempeñando funciones públicas con carácter interino o mediante una relación contractual de naturaleza temporal. Esta sentencia salvó la constitucionalidad de sendas disposiciones transitorias de las Leyes andaluza y canaria sobre Función pública (6) que preveían sobre la base de la disposición transitoria 6ª.4 de la Ley 30/1.984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la

(4) Véanse, entre otras, las SSTC 67/1989, de 18 de abril, 185/1994, de 20 de junio, 229/1994, de 18 de julio y 16/1998, de 26 de enero.

(5) *Cfr.* SSTC 27/1991, de 14 de febrero, 151/1992, de 19 de octubre, 302/1993, de 21 de octubre, 174/1998, de 23 de julio y 12/1999, 11 de febrero.

(6) Las disposiciones transitorias 6ª.3 de la ya citada Ley andaluza 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función pública de la Junta de Andalucía y 9ª.2 de la Ley canaria 2/1987, de 30 de marzo de Función pública de Canarias.

Función pública (7) la posibilidad de convocar pruebas selectivas restringidas a las que sólo tuvieran acceso el personal interino o contratado que contemplada este último precepto atendiendo a la finalidad específica que perseguían aquellas disposiciones que establecían

> «...medidas de carácter transitorio y excepcional para resolver una situación singular y derivada de un proceso único e irrepetible de creación de una nueva forma de organización de las Administraciones Públicas a nivel autonómico que dio lugar a la necesidad de adscribir, de forma inmediata, a personal en régimen de Derecho administrativo, cuando ni existen plantillas de funcionarios ni había tiempo para acudir a las formas normales de ingreso en la Administración Pública como funcionario de carrera». **(F.j. 5.C)**

Sin embargo, no se conformaría con exigir esta finalidad constitucionalmente legítima derivada de la eficacia de la actuación administrativa sino que añadiría dos garantías adicionales. Por un lado, interpretaría estrictamente la reserva de ley que establece el artículo 103.3 de la Constitución de forma que este tipo de pruebas restringidas así como los requisitos específicos distintos a los previstos para los procedimientos normales que prevean para el ingreso en la función pública deberán ser establecidos mediante disposiciones de rango legal quedando, por lo tanto, excluida la posibilidad de que la Administración por vía reglamentaria o dictando actos de aplicación como sería la aprobación de las bases de las convocatorias de procedimiento selectivos pueda introducir requisitos distintos a los que aparezcan en la legislación sobre función pública. Esta reserva de ley no se cubre cuando la convocatoria de pruebas restringidas se hace por medio de una ley de presupuestos. En una ley de este tipo aparte de su contenido necesario que consiste en la previsión de ingresos y gastos sólo se pueden incluir materias que guarden una relación directa con la materias presupuestarias porque constituyan un complemento de los instrumentos de política económica que integran el presupuesto y sean necesarios para su correcta ejecución. Estos requisitos no aparecen, desde luego, en preceptos sobre convocatoria de pruebas restringidas para personal interino por lo que tales disposiciones no podrán integrarse dentro del denominado

(7) Por esta razón la posterior STC 151/1992, de 19 de octubre, estimaría el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra los apartados 3 y 4 de la disposición transitoria 9ª de la Ley de la Función pública canaria que se excedieron de lo dispuesto en la legislación estatal básica tanto en el ámbito subjetivo incluyendo además de a los contratados administrativo a los funcionario interinos como en el temporal ya que prolongó en más de tres años la excepción a la obligación de convocar pruebas libres.

contenido eventual de una ley de presupuestos como ha destacado con rotundidad el Tribunal Constitucional en su sentencia 174/1.998 de 23 de julio (8).

La segunda garantía no tiene un carácter formal sino material. La convocatoria de pruebas de acceso de carácter restringido como desviación de la regla general de la convocatoria libre sólo puede hacerse de una forma absolutamente excepcional «*por una sola vez*» como literalmente estableció la STC 27/1.991, de 14 de febrero. En este sentido el Tribunal Constitucional, estimando un amparo, anuló a través de su STC 16/1.998, de 26 enero, una convocatoria de pruebas de acceso reservada exclusivamente al personal interino de la Diputación regional de Cantabria porque no era la primera vez que esta Administración empleaba la vía de las pruebas restringidas para resolver la situación de su personal interino.

No obstante, recientemente en una polémica sentencia, fuertemente criticada por SANCHEZ MORON (9), este Tribunal ha interpretado con mucha flexibilidad el requisito de que la utilización de las pruebas restringidas se haya hecho por una sola vez. La STC 12/1.999, de 11 de febrero, desestima la cuestión de inconstitucionalidad que le había elevado la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en relación con la disposición transitoria 4ª de la Ley de castellano-leonesa 1/1.993, de 6 de abril, de Ordenación del Sistema sanitario, que pese a que no preveía un sistema de acceso restringido sí optaba por el procedimiento excepcional del concurso para el acceso a la función pública sanitaria primando de manera notable al personal interino, porque

> «...aunque no se trata del primer intento para resolver la situación excepcional de los interinos, sí es el único que, hasta el momento, no ha sido declarado contrario a Derecho». **(F.j. 5º)**

Aunque se haya intentado anteriormente la convocatoria de pruebas selectivas de este tipo no se habrá agotado la posibilidad de hacerlo de nuevo si estas convocatorias se vieron frustradas por su anulación por los Tribunales de

(8) F.J. 5º.

(9) En *Igualdad de oportunidades en el acceso a la Función pública y estabilización funcionarial de los interinos...*, *op. cit.*, págs. 117 y ss. que concluye lapidariamente diciendo en relación con este fallo constitucional que espera que quede «*tan solo como un accidente en el camino*».

(10) *Ibidem*, pág. 125.

Justicia. Como señala irónicamente aquel autor «*si no se consigue a la primera o a la segunda, se puede conseguir a la tercera, ya que mientras no se consiga la pretendida "estabilización", siempre habrá una "primera o única vez en que así sea"*» (10). El verdadero riesgo que encierra la flexibilización de la doctrina constitucional que hace la STC 12/1.999, de 11 de febrero, de la que fue ponente GARRIDO FALLA, radica precisamente en el amplio margen de maniobra que se deja a las Administraciones convocantes. Nada impide que la Administraciones Públicas ensayen repetidamente distintos modelos de convocatorias para asegurar la integración de su personal interino con carácter definitivo hasta que encuentren uno que supere la barrera de los tribunales contencioso-administrativos sin ser anulada.

Sin embargo, ninguna convocatoria de procedimientos de selección de funcionarios públicos, ni siquiera la de pruebas de acceso restringido, puede basarse en la adopción de unos criterios que permitan saber de antemano quienes van a obtener una plaza. Como señaló la STC 18/1.987, de 16 de febrero,

> «Lo que el art. 23.2 de la Constitución Española viene a prohibir es que las reglas de procedimiento para el acceso a los cargos y funciones públicas se establezcan, no mediante términos generales y abstractos, sino mediante referencias individuales y concretas». **(F.j. 6º)**

Esta prohibición absoluta de convocar plazas *ad personam* también es aplicable a los procedimientos de selección de funcionarios públicos en los que el Legislador de manera excepcional y, como hemos visto, por una sola vez reserve todas o parte de ellas al personal interino o los contratados administrativo en los que no podrán, por lo tanto, establecerse unos requisitos que contengan unas referencias individualizadas y concretas que permitan identificar *a priori* a las personas singularizadas que van a obtener las plazas ofertadas (11).

Menos aún podrá un Legislador, al menos autonómico, ordenar la integración automática *ope legis*, esto es sin necesidad de realizar ningún tipo de pruebas de selección, de su personal interino o contratado temporalmente dentro de su función pública con carácter definitivo como inexplicablemente pretendieron las Leyes andaluzas 6/1.988, de 17 de octubre y 7/1.988, de 2 de noviembre que fueron enérgicamente anuladas por la STC 302/1.993, de 21

(11) *Vid*, por todas, la STC 148/1986, de 25 de noviembre (F.J. 9º).

de octubre que afirmó en su fundamento jurídico 3º que la legislación básica del Estado

> «...permite convocar «pruebas específicas» en ciertos casos y con las limitaciones temporales señaladas, pero en modo alguno habilita a una integración automática que erija la antigüedad de los servicios prestados a la Administración en título único y excluyente de otros que legitime el acceso a la función pública..».

Pero, sin duda, lo decisivo es determinar precisamente si una ley, porque por vía reglamentaría o por actos administrativos estaría vetado constitucionalmente, puede establecer como mérito a computar para el ingreso en las distintas Administraciones Públicas el tiempo en que se haya venido ocupando con carácter provisional una plaza lo que le daría al personal interino una clara ventaja inicial frente al resto de los concursantes. La regla general es que el desempeño interino de puestos públicos no constituye mérito alguno a efectos de acceso a la función pública como dispone expresamente, por ejemplo, el artículo 29.3 *in fine* de la reiterada Ley andaluza sobre función pública. La única compensación que recibe en principio el funcionario interino es la retribución por la prestación de sus servicios de la que lógicamente no pueden disfrutar quienes no tienen esta condición.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha seguido en este punto una línea permisiva (12) señalando en la destacada STC 67/1.989, de 18 de abril, que

> «...el tiempo efectivo de servicios puede reflejar la actitud o capacidad del aspirante para desarrollar una función o empleo público y suponer además, en ese desempeño, unos méritos que pueden ser reconocidos y valorados». **(F.j. 3º)**

Lo que se trata es de comprobar no ya si la antigüedad puede valorarse como mérito en un procedimiento de ingreso en la función pública sino el grado de proporcionalidad que el computo del tiempo prestado como personal interino tiene en el conjunto del mismo ya que solamente si la puntuación de este mérito resulta arbitraria e irracional de modo que *de facto* sea imposible que una persona sin experiencia previa en la Administración puede aspi-

(12) Véanse, la síntesis de la doctrina constitucional que hacen SANCHEZ MORON en su *Derecho de la Función pública, op. cit.*, págs. 128 y ss. y ARROYO YANEZ en El *Funcionario interino, op. cit.*, págs. 14 y ss.

rar a una plaza la convocatoria estará lesionando el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a la función pública. De este modo, el Tribunal Constitucional en aquella sentencia estimó que no era arbitrario que el mérito de la antigüedad puntuase hasta un máximo del 45% de los puntos pero consideró desproporcionado que los puntos de la fase de concurso pudieran servir para compensar la puntuación de la oposición a partir de la calificación de 2'5 sobre 10 ya que de esta ventaja -denominada sistema "mochila"- no se podían beneficiar los participantes que no hubiesen sido interinos que se veían forzados a obtener como mínimo una calificación de 5 para superar la fase de oposición.

En definitiva el Tribunal Constitucional ha establecido una jurisprudencia bastante flexible a la hora de enjuiciar los diversos intentos de los poderes públicos de poner fin a la precariedad en el empleo de una buena parte del personal al servicio de las Administraciones Públicas con el único límite de que estos deben tener forzosamente cobertura en una ley que no tenga un alcance discriminatorio.

2. La situación de los interinos al servicio de la Administración andaluza: El acuerdo entre la Junta de Andalucía y los sindicatos de 27 de julio de 1.999

El problema de la precariedad del empleo dentro de la función pública se encuentra especialmente agudizado en el seno de la Administración de la Junta de Andalucía. No sólo se ha perpetuado un amplio colectivo de funcionarios interinos que ingresaron en los distintos cuerpos de su Administración general durante el alumbramiento de la Comunidad Autónoma andaluza sino que este indeseado fenómeno se ha extendido y generalizado a sectores de la actividad pública tan importantes y sensibles como los que representan los servicios públicos de la sanidad, el control veterinario o el sistema educativo. Gran parte de los males que afectan a estos servicios públicos esenciales se deben a la interinidad de los profesionales que desempeñan estas funciones públicas. Es lógico, por lo tanto, que el objetivo de erradicar este problema, ya desgraciadamente endémico, constituya una prioridad legítima de los responsables políticos de nuestra Comunidad Autónoma.

Esto explica que se hayan emprendido diversas iniciativas legislativas para acabar con la precariedad del empleo en el sector público andaluz que, no obstante, han tenido como ya se ha visto una desigual suerte. El Tribunal Constitucional aceptó en su STC 27/1.991, de 14 de febrero, que la Ley 6/1.985, de 28 de noviembre de Ordenación de la Función pública de la Junta de Andalucía habilitara a su Administración para convocar pruebas restrin-

gidas para el personal interino y contratado administrativamente anterior al 23 de agosto de 1.984 al amparo de lo dispuesto en la legislación básica del Estado. Como se trataba de una medida legislativa excepcionalísima ya no podría volver a ser utilizada en el futuro. Así se lo recordó este Tribunal al Parlamento andaluz diciendo que

> «El carácter excepcional de dicho sistema de acceso que, por una sola vez, ha de coexistir con el común de la convocatoria libre (procedimiento que, en lo sucesivo, habrá de utilizar la Administración autonómica a fin de permitir el libre acceso de quienes no mantienen con ella relación alguna) ha de llevarnos a declarar que las disposiciones legales cuestionadas, al ser proporcionadas con los fines legítimos enunciados, no han ocasionado vulneración alguna del art. 23.2 C.E. ». **(F.j. 5)** ***in fine*****, el subrayado es nuestro)**

Menos fortuna tendría el proyecto auspiciado por el Legislador andaluz en el año 1.988 de integrar por ministerio de la ley, sin necesidad de realizar pruebas de acceso, al personal interino dentro de su función pública con un carácter definitivo que fue abortado por la STC 302/1.993, de 21 de octubre.

Estas iniciativas tenían su origen en diversos compromisos políticos asumidos por la Junta de Andalucía frente a las organizaciones sindicales en acuerdos como el de 26 de febrero de 1.996 en el que se garantiza la estabilidad y la consolidación dentro de la función pública andaluza de su personal interino (13). En este contexto el pasado 14 de septiembre de 1.999 el Consejo de Gobierno andaluz (14) aprobó el acuerdo de la Mesa de Negociación de Administración General de la Junta de Andalucía de 27 de julio sobre empleo público que dedica su punto 5º al personal interino.

En este punto la Junta de Andalucía asume dos obligaciones distintas. Por un lado, garantiza el mantenimiento de los acuerdos anteriores sobre estabilidad en el empleo de su personal interino «*hasta la total resolución de la consolidación del colectivo, por los procesos oportunos*». En segundo lugar, y como medida de calado se compromete a sustituir este empleo interino por un empleo definitivo a partir de la convocatoria de un concurso que tendría su base legal en la nueva regulación introducida en la legislación estatal sobre funcionarios pú-

(13) *Vid.* la obra de OJEDA AVILES, *Los acuerdos de estabilización del personal temporal en las Administraciones Públicas: (el modelo de la Junta de Andalucía)*, Comares, Granada, 1998.

(14) Publicado en el BOJA, nº 110, de 21 de septiembre de 1999.

blicos por la Ley 50/1.998, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social que «*básicamente, contendría, como elementos a valorar la experiencia en los puestos de trabajo desempeñados, los cursos de formación, las titulaciones académicas y la elaboración de una memoria*».

La elección del sistema excepcional (15) de selección del concurso constituye una apuesta políticamente arriesgada y desde el punto de vista jurídico ciertamente discutible a la luz del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a la función pública ya que este sistema en el que no se exige la celebración de pruebas para determinar la capacidad de los participantes sino que sólo se fija en sus méritos ya adquiridos favorece claramente a aquellas personas que se encuentren desempeñando funciones para la Administración autonómica andaluza como sin mucha dificultad se deduce de los criterios que van a ser valorados en este concurso.

La viabilidad de este, hasta el momento, último esfuerzo por convertir en funcionarios de carrera a los interinos al servicio de la Junta de Andalucía dependerá de que de la convocatoria del concurso se ajuste a los requisitos establecidos en el citado artículo 39 de la Ley 50/1.998 y de que los criterios de valoración no hagan absolutamente imposible que pueda ingresar a través de este procedimiento de selección personas que no hayan prestado nunca servicios a esta Administración autonómica.

3. El artículo 39 de la Ley 50/1.998, de 30 de diciembre, de Medidas del orden social, fiscal y administrativo

En el marco de la preocupación política existente por la suerte del personal interino al servicio de las Administraciones Públicas se sitúa la novedosa regulación que ha introducido el artículo 39 de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado par el año 1.999. Según este precepto: «*La convocatoria de procesos selectivos para la sustitución de empleo interino o consolidación de empleo temporal estructural y permanente se efectuará de acuerdo con los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad y mediante los sistemas selectivos de oposición, concurso o concurso-oposición. En este último caso, en la fase de concurso podrán valorarse, entre otros méritos, la experiencia en los puestos de trabajo objeto de convocatoria*». Este precepto se completa con lo que dispuso el párrafo cuarto del

(15) *Cfr.* Los arts. 4 del R.D. 364/1995, de 10 de marzo, de ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción profesional de los Funcionarios civiles de la Administración General del Estado y 39.2 de la Ley de ordenación de la Función pública de la Junta de Andalucía.

artículo 21 de la Ley 49/1.998, de 30 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 1.999 que establece que fuera de los sectores, funciones y categorías profesionales prioritarias o que afecten al funcionamiento de servicios públicos esenciales «*las Administraciones Públicas podrán convocar los puestos o plazas que, estando presupuestariamente dotados e incluidos en sus relaciones de puestos de trabajo, catálogos o plantillas, se encuentren desempeñados interina o temporalmente*».

Basta una simple lectura de estos preceptos legales, que de acuerdo con la doctrina constitucional sentada en la STC 151/1.992, de 19 de octubre (16) tienen la consideración de legislación básica del Estado, para percatarse de la falta de cobertura jurídica del concurso que se ha comprometido convocar la Junta de Andalucía. Conforme a lo que establece el mencionado articulo 39 la experiencia en los puestos de trabajo sólo podrá ser tenido en cuenta como mérito en un proceso de ingreso de personal funcionario cuando el sistema de selección sea el del concurso-oposición. Unicamente para este sistema se excepciona la regla general que impide computar en una convocatoria de empleo público los servicios prestados con anterioridad a la Administración convocante ya que al combinar la fase del concurso con la de oposición se está asegurando que los funcionarios interinos o los contratados temporalmente, que tendrán necesariamente que superar las pruebas que se establezcan, van a tener que competir realmente con el resto de los aspirantes para poder obtener una plaza en propiedad. De este modo se respeta el derecho fundamental al acceso a las funciones públicas siempre que la valoración que se haga en las correspondientes convocatorias de la antigüedad no favorezca desproporcionadamente al personal interino al servicio de las Administraciones Públicas.

III. EL AUTO DE 13 DE DICIEMBRE DE 1.999 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA COMO PARADIGMA DE EJERCICIO DE LA JUSTICIA CAUTELAR

Con la "percha" formal del artículo 39 de la Ley 50/1.998 y en cumplimiento del acuerdo de 27 de julio de 1.999 la Consejería de Gobernación y Justicia aprobó el 24 de septiembre tres ordenes por las que se convocaban procesos selectivos para la consolidación del empleo temporal mediante concurso de méritos para ingreso en el Cuerpo de Auxiliares Administrativo, en el Cuerpo superior de administradores, especialidad Administradores Gene-

(16) Sobre todo su fundamento jurídico 3º.

rales y en el Cuerpo de Técnicos de Grado Medio, opción ingeniería Técnica Agrícola respectivamente (17).

Estas convocatorias han sido suspendidas por medio del auto de 13 de diciembre de 1.999 dictado por la Sección primera de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla en el recurso interpuesto contra aquellas ordenes por la Confederación sindical de Funcionarios independientes (CSI-CSIF).

1. Antecedentes del caso

Las órdenes impugnadas convocaban concursos de méritos para el ingreso en diversos cuerpos de la Administración autonómica andaluza, que recogían el contenido del Acuerdo entre la Junta de Andalucía y los sindicatos de 27 de julio de 1.999, estableciendo una valoración que tenía la clara intencionalidad de garantizar que las personas que desempeñaban ya interinamente puestos de trabajo en los cuerpos para los que se convocaban las plazas alcanzaran definitivamente la condición de funcionario de carrera.

Para acceder a estas plazas solamente se podían alegar cinco méritos diferentes. Entre ellos la experiencia profesional absorbía hasta un 45% de los puntos teóricos del concurso. Por cada mes completo de servicio en puestos incluidos en la relación de puestos de trabajo de la Administración General de la Junta de Andalucía de contenido igual al de los funcionarios de los Cuerpos y especialidades a los que se optaban se otorgaba, siempre que se hayan adquirida en el mismo Grupo, 0'4 puntos. Si esta misma experiencia también adquirida en el mismo Grupo se había obtenido en otras Administraciones públicas la puntuación que se asignaba era la mitad mientras que se valoraba únicamente con 0'1 puntos cada mes de experiencia distinta de las anteriores de contenido igual al de los que desempeñen los funcionarios de carrera de los Cuerpos y especialidades a que se opta. Con esta baremación se estaba primando de manera patente a las personas que ya venían ocupando de forma interina puestos de trabajo en los Cuerpos y especialidades para los que se convocaba el concurso ya que si se tenía una antigüedad de diez años, que era el tope máximo de años computables a efectos de este concurso, se sobrepasaban ya los 45 puntos que a lo sumo se podía obtener por este concepto. Debido a la existencia de este límite de los diez años por las otras dos clases de antigüedad baremables sólo se podían alcanzar como máximo 24 y 12 puntos respectivamente.

(17) Publicadas en los BOJAS, núms. 123, 124, y 125, de 23, 25 y 27 de octubre de 1999.

La valoración de los cursos de formación y perfeccionamiento profesional que tenía atribuida hasta un máximo de 20 puntos también estaba orientada a favorecer a quienes ya ocupaban las plazas convocadas ya que de todos los cursos realizados las convocatorias solo van a tomar en consideración aquellos «*cuyo contenido guarde relación directa con las tareas propias de* [1] *conjunto de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por los funcionarios de carrera de los Cuerpos y especialidades a que se opta*». Es extraordinariamente difícil que un funcionario que no haya prestado servicios en la plazas convocadas haya tenido la ocasión de realizar cursos de formación que guarden esta relación directa, requisito que hace completamente imposible puntuar por estos méritos a quienes no hayan tenido nunca la condición de funcionarios

Por otra parte la puntuación de las titulaciones académicas y de los ejercicios aprobados en pruebas selectivas para el ingreso en la Administración de la Junta de Andalucía eran tan insignificante que aunque en abstracto no pudiera calificarse de discriminatoria tampoco contribuía en nada a ayudar a puntuar a quienes no tenía una experiencia previa en esta Administración. Acreditando el máximo de estos méritos permitidos por la convocatoria (sólo dos titulaciones académicas oficiales distintas a la exigida para la plaza que guarde relación directa con las tareas propias del Cuerpo y especialidad de funcionarios al que se opta y como máximo tres ejercicios aprobados) solamente se podían obtener la testimonial cifra de 5 puntos.

Unicamente el último mérito que consistía en la realización de un Trabajo-Memoría sobre unos temas de carácter general puntuable hasta un máximo de 30 puntos podía considerarse verdaderamente neutral en la medida que el anonimato con que se tienen que corregir asegura la igualdad de oportunidades entre los concursantes. No obstante, parece claro que si los Tribunales que se debían constituir para resolver estos procesos selectivos aplicaban unos criterios muy generosos o muy restrictivos con carácter general a todos los concursantes el criterio de la antigüedad iba a ser el realmente determinante a la hora de decidir la adjudicación definitiva de las plazas.

El sindicato recurrente basó su petición de suspensión de estas convocatorias en que estas vulneraban el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a la función pública al establecer un sistema excepcional de ingreso y no respetaban los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Alegaban también que se habían infringido aspectos formales como que las plazas convocadas no hubieran aparecido previamente en la oferta de empleo público para el año 1.999 y, finalmente, que los concursos convocados carecían de cobertura legal.

2. Criterios manejados por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía para suspender los procesos selectivos para la consolidación del empleo temporal

A la luz de los argumentos manejados por el recurrente que fueron compartidos por el Ministerio fiscal, que también solicitó la suspensión, la Sala tuvo que realizar una difícil y delicada ponderación de los interés que estaban en juego en el recurso planteado dado que la representación de la Junta de Andalucía se había opuesto a la adopción de esta medida cautelar alegando los perjuicios graves que la paralización de los procesos selectivos iniciados podían causar al interés público.

El auto de 13 de diciembre de 1.999 comienza recordando el principio de ejecutividad de los actos administrativos consagrado en los artículo 56, 57 y 94 de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común. La suspensión constituye, por lo tanto, una medida excepcional a la que sólo se podrá acudir cono dispone el artículo 130 de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, de la Jurisdicción contencioso-administrativa cuando sin ella se pierda la finalidad legítima que se pretende conseguir con el recurso siempre que no cause una perturbación grave de los intereses generales. Después de mencionar los tres criterios jurisprudenciales tradicionalmente manejados por los Tribunales del orden contencioso-administrativo, el *periculum in mora,* la necesidad de realizar un juicio ponderativo de los interés en conflicto y *el fumus bonis iuris* pasará a comprobar si estos están realmente presentes en la impugnación de los concursos sobre los que está conociendo.

La Sala Juzgadora reconoce que la realización de las pruebas selectivas, teniendo en cuenta los criterios de valoración establecidos por las órdenes recurridas, causaría unos graves perjuicios a aquellos concursantes que no tuvieran la condición de interinos de la Junta de Andalucía. Si más tarde se estimara el recurso sería muy difícil reparar el daño que se les hubiera ocasionado no sólo a estos últimos sino también a aquellos funcionarios que hubiesen participado en concursos de traslado en provisión de las plazas que hubieran quedado vacantes una vez resuelto.

Queda por saber si los interés generales en juego le impiden acceder a la suspensión solicitada. Ordinariamente en este tipo de recursos contencioso-administrativo que tienen por objeto procedimiento de selección de funcionarios debe prevalecer el interés de las Administraciones Públicas de dotarse del personal necesario para prestar los servicios públicos que sean de su competencias. Sin embargo, la Sala matiza que

«...en este supuesto, partimos de una situación peculiar. En efecto, la convocatoria toma soporte en el artículo 39 de la Ley 50/1.998, que prevé la realización de procesos selectivos de consolidación de empleo temporal, y como ya señalamos en el auto dictado en el recurso 2.460/1998, "se trata de puestos de trabajo que están cubiertos por personal interino, que de suspenderse la convocatoria podrían seguir ejerciendo sus funciones. De ahí que no se viese alterado el funcionamiento de la Administración. Más aún, a los concretos funcionarios interinos no les es perjudicial la suspensión, en cuanto continúan ejerciendo sus funciones hasta que se resuelva el concurso, de resultado siempre incierto para cada uno de ellos. Caso de superar el proceso, su integración en la función pública con reconocimiento de los servicios prestados los deja indemnes de cualquier consecuencia gravosa"». **(F.j. 2º)**

Como razona el ponente si se suspenden estos procesos selectivos el perjuicio que se causa a la Administración de la Junta de Andalucía es mínimo porque no se está impidiendo que puedan ingresar nuevos funcionarios sino que se conviertan en funcionarios de carrera unas personas que están trabajando para esta Administración aunque lo hagan con carácter interino. Tampoco son graves las consecuencias que la suspensión provocaría a este personal interino. Continuarán prestando sus servicios hasta que se resuelva la impugnación de los concursos en las mismas condiciones en que las venían haciendo antes. Por el contrario, si no se acordara la suspensión y después se estima el recurso los daños serían mucho mayores ya que habría que anular los nombramientos de funcionarios efectuados en base a esta convocatoria y esta anulación repercutiría sobre todos los concursos de traslado que se hubieran realizado con posterioridad.

Una vez comprobada la existencia de unos perjuicios de difícil reparación y que la suspensión no comprometía el correcto funcionamiento de la Administración la Sala se detendrá en determinar si la petición de suspensión se encuentra suficientemente fundada como para justificar la adopción de esta medida cautelar. Aunque se cuida mucho de no dejar prejuzgado el fondo del asunto las conclusiones a las que llega al analizar la baremación que contiene las órdenes impugnadas son muy elocuentes. En relación con las posibilidades que tendría un funcionario que no haya desempeñado servicios en la Junta de Andalucía para obtener una plaza en estos concursos señala que

«...se deduce que se prima el haber sido funcionarios de la Junta de Andalucía frente a la misma experiencia (idénticos requisitos de semejanza se exigen) obtenida en otra Administración, sea como funcionario de carrera, sea como interino». **(F.j. 5º)**

Y haciendo un alarde de realismo afirmaría en su siguiente fundamento que son

> «nulas... las posibilidades de ingreso de aquellas personas que no tienen experiencia previa».

Esta apariencia de buen derecho que respaldaba la suspensión pretendida por el recurrente no se ve empañada ni siquiera por el hecho de que estos concursos tuvieran su base en el artículo 39 de la Ley 50/1.998 como había esgrimido la Junta de Andalucía. El auto que comentamos sostiene con firmeza que esta

> «...Ley que sirve de apoyo no establece el baremo que ha de seguirse, sino que expresamente se afirma que se deben respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad, por lo que nada impediría anular las órdenes si se entendiera que a pesar de tener su apoyo en una norma de rango de ley, no respeta el contenido de esta, ni los principios constitucionalmente establecidos para el acceso a la función». **(F.j. 6º)**

No basta, por lo tanto, con la mera invocación de este artículo para poder convocar un procedimiento de selección de funcionarios que ignorando el derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública, como a nuestro juicio hacían las órdenes convocadas, optaba por el sistema excepcional del concurso para asegurar de este modo que las plazas que se ofrecían fueran adjudicadas a aquellas personas que ya las venían ocupando interinamente.

La suspensión judicial de estos discutibles procesos selectivo tiene como mérito el haber evitado el mal mayor que supondría, si en el futuro se dicta -como parece previsible- una sentencia estimatoria, tener que luchar contra los hechos consumados que hubiera representado la resolución de estos concursos. El auto de 13 de diciembre de 1.999 de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla constituye de este modo un magnífico ejemplo de funcionamiento diligente de los Tribunales de Justicia en su esencial misión de controlar la legalidad de las actuaciones administrativas, en este caso de forma cautelar. Esta estrecha vía de la justicia cautelar que también es expresión del derecho constitucional a una tutela judicial efectiva permite en parte paliar, aunque nunca lo haga con carácter definitivo, los efectos más graves que se derivan del alarmante retraso en la resolución de los recursos contencioso-administrativos que es una de las principales quiebras de nuestro Estado de Derecho.

IV. CONCLUSIONES

El efecto más inmediato que se deriva del auto de suspensión de las Ordenes de la Consejería de Gobernación y Justicia es la paralización de los procesos selectivos para la consolidación del empleo temporal en la Junta de Andalucía que contenían. No es esta, sin embargo, la consecuencia más trascendente.

Cuando todavía no se acababan de terminar de escribir estas líneas la máxima responsable de esta Consejería comunicó oficialmente la decisión política de congelar todo este proceso de consolidación -es decir, que no se volverían a convocar nuevos concursos- hasta que no recayese sentencia sobre los primeros tres concursos convocados. Se trataba de una solución, que aunque no obligada jurídicamente por el auto de 13 de diciembre de 1.999, era una consecuencia casi inevitable si no se quería mantener un inútil "pulso" político con el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. La respuesta sindical no se ha hecho esperar, ya está anunciada la reanudación de las movilizaciones.

Quizás este sea el momento oportuno para replantearse de nuevo el proceso de estabilización del personal interino al servicio de la Administración autonómica andaluza. Es verdad que la medida cautelar adoptada no implica necesariamente que el recurso vaya a prosperar, pero también es cierto que las probabilidades de que las convocatorias de los concursos no vayan a ser anuladas son muy reducidas. Congelar el proceso de consolidación del empleo temporal de la Junta de Andalucía hasta que recaiga una sentencia firme no hace más que retrasar la solución de este acuciante problema. Desde esta perspectiva sería aconsejable que los responsables políticos reabrieran la negociación con los sindicatos para pactar una nueva vía de sustitución del empleo temporal por definitivo que sea totalmente respetuosa tanto con la legislación básica del Estado como con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que deben de regir cualquier procedimiento para la adquisición de la condición de funcionario de carrera.

Esto exige, a nuestro juicio, descartar la elección del concurso en este tipo de procedimientos para acudir al sistema de selección del concurso-oposición, único sistema para el que el artículo 39 de la Ley 50/1.998 prevé la posibilidad de valorar «*entre otros méritos, la experiencia en los puestos de trabajo objeto de convocatoria*». Es lícito que, amparándose en las excepcionales previsiones de esta Ley, se bareme como mérito en la fase de concurso la antigüedad de los funcionarios interinos dentro de la función pública andaluza siempre que no se haga de una manera desproporcionada que haga completamente impo-

sible que puedan ingresar quienes no hayan tenido experiencia previa en la Administración de la Junta de Andalucía. Además, la necesidad de aprobar los correspondientes ejercicios de la fase de oposición garantiza que los puestos de funcionarios de carrera no van a ser ocupados por nadie que no haya acreditado capacidad para ello. La legítima aspiración del personal interino al servicio de las Administraciones Públicas españolas y en particular de la Junta de Andalucía a convertirse en funcionarios de carrera no puede hacerse en ningún caso a costa del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a la función pública.

NOTAS DE JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional*

Sumario: I.- CONSTITUCION. A. Fuerza normativa. B. Interpretación. II.- DERECHOS Y LIBERTADES. A. Derechos fundamentales y libertades públicas. B. Derechos y deberes de los ciudadanos. C. Principios rectores de la política social y económica. D. Garantía y suspensión de estos derechos. III.- PRINCIPIOS JURÍDICOS BÁSICOS. IV.- INSTITUCIONES DEL ESTADO. A. La Corona. B. Las Cortes Generales. C. El Tribunal Constitucional. D. La Administración Pública. E. El Poder Judicial. V. FUENTES. VI. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO. A. Comunidades Autónomas. A.1. Autonomía. B.2. Competencias. B. Corporaciones Locales. A.1. Autonomía. B.2. Competencias. VII.- ECONOMÍA Y HACIENDA. A. Principios generales. B. Presupuestos. C. Organización territorial. D. Tribunal de Cuentas. VIII.- INSTITUCIONES DEL ESTADO. E. El Poder Judicial.

1. Sentencia 91/1998, de 23 de abril (BOE de 20 de mayo). Ponente: Jiménez de Parga y Cabrera (Cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas).

Preceptos constitucionales: 9.3; 152.1.
otros:

Objeto: Arts. 5.1 y 40.1 RDL 2795/1980 mediante el que se articula la Ley de Bases sobre Procedimiento Económico Administrativo.

Materias: Principio de jerarquía normativa; Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.

La apreciación de contradicción entre un texto legal y la CE no puede sino entrañar pura y simplemente, la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley. No cabe extraer ésta de la pura transgresión del art. 9.3 CE. En aplicación de la doctrina ya establecida en la STC 254/1994, únicamente corresponde a la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) determinar la configuración definitiva de los tribunales de Justicia (FJ 6 STC 38/1982). No pue-

(*) Subsección preparada por FRANCISCO ESCRIBANO

de concluirse que se requiera LO en todo caso de atribución de competencia jurisdiccional a los diversos Tribunales ordinarios. Será la propia LOPJ la que atribuirá a los TTSSJ el conocimiento de los recursos contenciosos administrativos que no estén atribuidos o se atribuyan por Ley a otros órganos de este orden jurisdiccional. No resulta inconstitucional la fijación reglamentaria de las cuantías que permiten la alzada ante el TEAC, sobre todo si se tiene en cuenta que la competencia se halla establecida mediante norma con fuerza de ley en el art. 40.1 del RDL objeto de este proceso. Como ya se dijo en la STC 114/1994, el art. 152.1 CE nada dice sobre cuáles sean las competencias objetivas que puedan corresponder a los TTSSJ ya que su determinación corresponde al legislador, de donde no cabe concluir que el art. 152.1 CE imponga un estricta correspondencia entre el ámbito jurisdiccional de un Tribunal Superior de Justicia y el ámbito de la disposición administrativa de carácter general impugnable en un recurso contencioso administrativo. Como ya se dijo en la STC 38/1982 los TTSSJ no son órganos de la respectiva Comunidad Autónoma (FJ 4) sino de ese poder judicial único que configura la CE (FJ 6 STC 56/1990 y FJ 4 STC 62/1990), de donde se concluye que los pronunciamientos de los TTSSJ no sólo recaen aplicando el ordenamiento en su conjunto, sino que poseen eficacia en todo el territorio español (FJ 3.B STC 114/1994). De lo dicho se infiere que no existe obstáculo para la atribución por Ley a la Audiencia Nacional del conocimiento de los recursos contencioso administrativos interpuestos frente a resoluciones del TEAC tanto si han sido dictadas en única instancia o en alzada y tanto confirmen la resolución cuanto la modifiquen.

2. Sentencia 133/1998, de 18 de (BOE de 17 de julio). Ponente: Gabaldón López (Cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas).

Preceptos constitucionales: 9.3; 152.1.
otros:

Objeto: Arts. 5.1 y 40.1 RDL 2795/1980 mediante el que se articula la Ley de Bases sobre Procedimiento Económico Administrativo.

Materias: Principio de jerarquía normativa; Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.

La Sentencia se remite en bloque a las argumentaciones realizadas en la ya reseñada en este mismo número 91/1998.

VI. ORGANIZACION TERRITORIAL DEL ESTADO

A. Comunidades Autónomas

B.2. Competencias.

1. Sentencia 80/1998, de 2 de abril (BOE de 6 de mayo). Ponente: Mendizábal Allende (Conflictos de competencia acumulados).

Preceptos constitucionales: 149.1.20ª.
otros:

Objeto: Diversas OO del MOPU mediante las que se establecen nuevos límites a los puertos de Marín y Villagarcía de Arosa y Decreto 290/1986 de la Xunta de Galicia sobre tarifas a aplicar a los puertos de dicha Comunidad Autónoma.

Materias: Puertos de interés general: competencia exclusiva del Estado.

La Ley 27/1992, aprobada tras la incoación de estos conflictos, contiene un Anexo en el que se enumeran los puertos de interés general del Estado, entre los que se encuentran Marín y Villagarcía de Arosa, así como su respectiva ría. Extremo éste de la Ley resuelto mediante la STC 40/1998 *(vid. su referencia completa en el nº anterior de esta Revista)*, mediante la que se declaró que la extensión de la zona de servicio a un puerto de interés general a las rías enteras no es contraria al orden constitucional de competencias, entendida en los términos expuestos en el FJ 36. La rías sólo como Zona II de los puertos estatales y la justificación de esta extensión de la zona de servicio de un puerto de interés general debe buscarse en las peculiaridades de las rías. Puede ser legítimo, en la delimitación del ámbito de un puerto de interés general, que el Estado, ex 149.1.20ª, extienda la competencia a toda la ría, sin lesionar la competencia que corresponde a las Comunidades Autónomas y sin que incida en los puertos autonómicos ubicados en la misma. El correcto entendimiento de la Zona II excluye que se impida el ejercicio de cualquier competencia autonómica sobre la misma. La atribución de una competencia sobre un ámbito físico determinado no impide necesariamente que se ejerzan otras competencias en ese espacio cuando las competencias concurrentes tienen distinto objeto jurídico (SSTC 113/1983 y 77/1984). La extensión de la Zona II de los puertos del Estado no es obstáculo para que la Comunidad Autónoma gallega pueda seguir ejerciendo en ese mismo espacio físico las otras competencias invocadas. En relación con la potestad tarifaria la STC 40/1998, ya citada, concluye que la extensión de la zona de servicio de un puerto de interés general a toda la ría no supone menoscabo de la potestad tarifaria ni de las competencias portuarias de la Comunidad Autónoma gallega, ya que ésta podrá seguir percibiendo las tarifas que le correspondan por los servicios prestados en sus puertos o por el uso de las zonas de tierra y agua que los integran. Las Comunidades Autó-

nomas no pueden ampliar la extensión de sus puertos disponiendo por su cuenta de aguas que son de dominio público estatal por disposición expresa del art. 132.2 CE, al tiempo que se le reconoce la competencia para realizar la señalización de los puertos de su titularidad, por lo que nada impide que puedan establecer las tarifas que consideren pertinentes por el uso de tales elementos. El establecimiento por la Comunidad Autónoma de Galicia de tarifas cuyo hecho imponible sea la utilización de instalaciones de señales marítimas y de balizamiento correspondiente a sus puertos, no es contraria a las competencias del Estado.

2. Sentencia 109/1998, de 21 de mayo (BOE de 19 de junio). Ponente: García Manzano (Conflicto de competencia).

Preceptos constitucionales: 137, 141, 142 y 149.1.18ª.
otros:

Objeto: Determinados artículos de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/1987 de Régimen Provisional de las Competencias de las Diputaciones Provinciales y otros de la Ley del Parlamento de Cataluña 23/1987, por la que se establecen los criterios de financiación de las obras y servicios a incluir en el Plan único de Obras y Servicios de Cataluña.

Materias: Organización territorial del Estado y autonomía provincial. Bases del régimen de las Administraciones Públicas: competencia exclusiva del Estado.

Los arts. 137 y 141 CE contienen una inequívoca garantía de la autonomía provincial (STC 32/1981); entidad local que goza de autonomía para la gestión de sus intereses. La autonomía hace referencia a la distribución territorial del poder estatal y debe ser entendida como un derecho de la comunidad local a participar, a través de órganos propios, en el Gobierno y administración de cuantos asuntos locales le atañen, constituyendo en todo caso un poder limitado que no puede oponerse al principio de unidad estatal (SSTC 4/1981 y 32/1981). Esta garantía institucional no asegura un contenido concreto ni un determinado ámbito competencial (FJ 3 STC 32/1981). La concreta configuración institucional de la autonomía provincial corresponde al legislador, debiendo la ley especificar y graduar las competencias entre intereses locales y supralocales en los asuntos que conciernan a la comunidad provincial (FJ 2 STC 27/1987). El reconocimiento de esta garantía institucional entraña que la autonomía provincial se halla restringida en cuanto reducto indisponible o núcleo esencial que debe ser respetado tanto por el Estado como por los poderes autonómicos (FJ 2 STC 213/1988 y FJ 2 STC 259/1988). El art. 137 CE se proyecta en la exigencia de que el legislador ha de atenerse a un mínimo competencial y sus órganos representativos han de hallarse dotados de aquellas potestades sin las que ninguna

actuación autónoma es posible (STC 32/1981), el debilitamiento de ese contenido sólo puede hacerse con razón suficiente y nunca en daño del principio de autonomía [FJ 3 STC 32/1981 y FJ 13.c) STC 214/1989]. En la provincia cabe considerar como núcleo de su actividad el apoyo a los municipios radicados en su ámbito territorial, actividad que se traduce en la cooperación económica a la realización de las obras y servicios municipales, realizadas a través del ejercicio de su capacidad financiera por parte del ente provincial. Esta actuación cooperadora cabe identificarla como el núcleo de la autonomía provincial, de modo que un menoscabo sustancial de dicho núcleo indisponible se reputará lesivo de la autonomía constitucionalmente garantizada. El hecho de que el legislador estatal califique de básica a una norma no supone que la misma deba necesariamente reputarse como tal; las normas que coadyuvan a la determinación de sus competencias y de los instrumentos con que cuentan para su desempeño son, desde el punto de vista material, inequívocamente básicas (FJ 2 STC 213/1988). La facultad de aprobar los Presupuestos es una potestad decisoria fundamental sin la que no cabe hablar de autonomía, su privación ha de considerarse contraria a la CE (FJ 7 STC 27/1987 y FJ 8 STC 32/1981). Lo que la CE veda de forma terminante y sin excepciones no es sino el menoscabo del núcleo esencial o reducto indisponible de la institución. La autonomía financiera puede ser restringida por el Estado y las Comunidades Autónomas dentro de los límites establecidos en el bloque de la constitucionalidad. La previsión actualizadora enjuiciada no implica menoscabo o vulneración lesivos de la autonomía provincial desde el punto de vista financiero o presupuestario. Desde la perspectiva funcional el art. 2.3 de la Ley 23/1987 no respeta la legislación estatal básica integrante del bloque de la constitucionalidad y por ello debe ser declarado inconstitucional. La cooperación económica a la que alude el art. 1º de la citada Ley se circunscribe a la destinada a financiar inversiones en obras y servicios municipales y no puede ser considerada contraria a lo dispuesto en la CE.

3. Sentencia 110/1998, de 21 de mayo (BOE de 19 de junio). Ponente: Jiménez de Parga y Cabrera (Recurso de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 149.1.22ª.
otros:

Objeto: Ciertos artículos de la Ley de la Comunidad Autónoma de Castilla y León 6/1992, de protección de ecosistemas acuáticos y de regulación de la pesca de Castilla y León.

Materias: Recursos y aprovechamientos hidráulicos: competencia exclusiva del Estado.

Un ámbito físico determinado permite la confluencia de varias competencias concurrentes, cuando tengan diverso objeto jurídico y el ejercicio de

las autonómicas no interfiera el ejercicio de las estatales. La delimitación del título competencial pesca fluvial no puede obviar la inescindible conexión con el medio, como ya se dijo en la STC 56/1989, aquél es presupuesto inherente a esa actividad. El Organismo de cuenca determinará el régimen de los caudales ecológicos mediante la colaboración mutua, será contrario al reparto constitucional de competencias la determinación unilateral del citado régimen de caudales. La previsión del art. 5º de la Ley objeto de la controversia mediante el que se atribuye a la Junta de Castilla y León la determinación unilateral de dicho caudal es contraria al orden constitucional de competencias. A idéntica conclusión hay que llegar en relación con el art. 6º en el que se contienen una serie de medidas relacionadas con el régimen de los embalses, la calidad de sus aguas y los caudales ecológicos que deben respetarse. Los mecanismos de colaboración entre las Administraciones públicas afectadas previstos en el art. 7 no interfiere el orden constitucional de competencias. Por el contrario, sí lo hace el art. 36.7 mediante el que se prohíbe reducir de modo arbitrario el caudal de las aguas, alterar los cauces y destruir la vegetación acuática, conclusión a la que se llega, además, en aplicación de la doctrina de la STC 15/1998, por considerar que ese mandato tenía un carácter general impropio en el reparto constitucional de competencias. Como consecuencia de la aplicación de la doctrina diseñada en esta Sentencia hay que llegar a la conclusión de la inconstitucionalidad del art. 18 de la Ley mediante el que se atribuye a la Comunidad Autónoma una competencia general sobre la regulación de la navegación fluvial. Sólo aquellas infracciones administrativas tipificadas en la Ley autonómica que interfieran en el ejercicio de las competencias estatales concurrentes serán merecedoras de un reprôche de inconstitucionalidad, lo que se hace en relación con lo dispuesto en el art. 60.17 en atención a que el régimen de caudales será competencia del Organismo de cuenca.

4. Sentencia 150/1998, de 2 de julio (BOE de 30 de julio). Ponente: Mendizábal Allende (Recurso de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 149.1.6ª, 8ª y 15ª.
otros:

Objeto: Algunos preceptos de la Ley de la Comunidad Autónoma de Castilla y León 14/1990, de Concentración Parcelaria.

Materias: Administración de Justicia, Legislación civil y procesal: distribución de competencias.

El primero de los artículos impugnados -art. 7.1- lo es en cuanto adjudica la presidencia de las Comisiones Locales de Concentración al Juez de 1ª Ins-

tancia a cuya jurisdicción pertenezca la zona o si hubiere varios, al Decano o a quien éste delegue. La Administración de Justicia es materia para la que el Estado tiene atribuida competencia exclusiva de acuerdo con el art. 149.1.5 CE. La CE ha previsto un marco muy estricto (art. 117.3) en relación con las funciones de Juzgados y Tribunales, estando restringida aquélla en principio a la exclusiva función jurisdiccional. Para el enjuiciamiento del caso bastaría el art. 149.1.5 en cuanto se atribuye al Estado la competencia en materia de Administración de Justicia, pareciendo obvio que dentro de esta competencia hay que incluir la decisión acerca de las funciones a desarrollar por Jueces y Magistrados. La Comunidad Autónoma carece de competencia para atribuir a éstos funciones diversas de las estrictamente jurisdiccionales, lo que determina la inconstitucionalidad del precepto objeto del recurso. Por lo que respecta a la eventual inconstitucionalidad de la interconexión establecida entre los arts. 66.1.3 y 100.b), ha de plantearse la carencia de competencia de la Comunidad Autónoma para atribuirse los bienes vacantes o mostrencos remanentes de las operaciones de concentración parcelaria. Como ya estableció la STC 58/1982, dicha atribución de competencia se estaría subrogando en la posición del Estado quien tiene atribuido dichos bienes por aplicación de la Ley de Patrimonio del Estado. Si bien la citada Sentencia dejaba abierta la posibilidad de que los citados bienes fueren atribuidos a entes distintos de la Administración central, es evidente que tal atribución no puede ser decidida unilateralmente por quien carece de la competencia excluyendo, precisamente, a quien es su titular. Deberá ser, en todo caso, una Ley estatal la que realice la mencionada atribución, de donde procede declarar la inconstitucionalidad de los dos mencionados preceptos. En relación con las cuestiones surgidas en torno al art. 94.1, hay que empezar subrayando los elementos de indudable naturaleza procesal que posee. No parece justificado en modo alguno que el legislador autonómico incorpore a su legislación sustantiva preceptos de naturaleza procesal, hecho al que se une la carencia de habilitación estatutaria de la Comunidad Autónoma para el establecimiento de especialidad procesal alguna. A mayor argumento, cuando la establecida es copia literal del art. 86.1 de la Ley estatal de Reforma y Desarrollo Agrario lo que es práctica contraria al principio de seguridad jurídica según reiterada jurisprudencia del TC [FJ 1 STC 40/1981; FJ 8 STC 10/1982; FJ 4.b) STC 62/1991; FJ 4º STC 147/1993; FJ 3 STC 162/1996], el art. 94. será así inconstitucional por haber sido dictado con manifiesta falta de competencia.

5. Sentencia 118/1998, de 4 de junio (BOE de 3 de julio). Ponente: Cruz Villalón (Conflictos de competencia acumulados).

Preceptos constitucionales: 149.1.22ª
otros:

Objeto: RD 927/1988, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica.

Materias: Recursos y aprovechamientos hidráulicos.

A partir de la doctrina contenida en la STC 227/1988 debe entenderse operada una reducción sobrevenida del ámbito del conflicto respecto del momento en que se efectuó el requerimiento de incompetencia. La STC 227/1988 impide también que pueda plantearse un conflicto de competencias respecto de las previsiones de los arts. 102.1, 110 y 112 del reglamento. La interpretación conforme contenida en el punto 1º.d) del fallo de dicha STC debió hacer decaer un conflicto planteado a partir de preceptos que no son sino traslación reglamentaria de un precepto legal acerca de cuya adecuación al bloque de la constitucionalidad este Tribunal acaba de pronunciarse. También se objeta el laconismo argumental del conflicto suscitado. La impugnación de una norma debe hacerse aportando un análisis y una argumentación consistente. Es justo hablar de una carga del recurrente que se concreta en la diligencia de ofrecer la fundamentación que razonablemente cabe esperar. No debe estimarse una pretensión que sólo descansa en la mera aseveración genérica; amén de ser imposible respecto de un conflicto de competencia, una argumentación en abstracto cuando el proceso constitucional atiende a controversias fundadas en una *vindicatio potetatis*, en cuyo caso la carga del actor es aún mayor si cabe (FJ 13 STC 43/1996; FJ 3 STC 61/1997). Nuestra jurisprudencia no admite que las controversias competenciales sean suscitadas desde un plano abstracto (FJ 4 STC 147/1991; FJ 5 STC 141/1993; FJ 1 STC 146/1996). Procede remitirse íntegramente a los fundamentos jurídicos de cabecera de la STC 227/1988 respecto del reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de aguas. Se impugna el artículo único del RD por contravenir las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda. Al Estado corresponde la ordenación, gestión y administración de los recursos y aprovechamientos hidráulicos en las cuencas intercomunitarias, en cuyo ejercicio ha podido proceder a la aprobación del mencionado Reglamento, por lo que no se alcanza en qué extremo se pueda haber lesionado la competencia de la Comunidad Autónoma. Se ha solicitado al TC determinar si los organismos de cuenca administran la totalidad de las aguas o respetan la competencia de la administración hidráulica autonómica. Rechaza el TC la posibilidad de llevar a cabo declaraciones interpretativas sobre la existencia y significado de supuestos implícitos en las normas y sobre sus presuntas consecuencias, al resolver un conflicto de competencia (FJ 3 STC 67/1983; FJ 2 y 4 STC 95/1984; FJ 2 STC 87/1989; FJ 2 STC 76/1991), no obstante entiende el TC que las dudas expuestas deben entenderse salvadas con lo establecido

en la reiterada STC 227/1988 en relación con el principio de unidad de gestión de cada cuenca como criterio de delimitación territorial utilizado por la Ley de Aguas (FFJJ 15 y 16 STC 227/1988). En relación con el impugnado art. 5 del Reglamento, cabe apreciar que las aguas subterráneas a que se refiere el precepto pertenecen y se integran en la red de cauces de dos o más cuencas hidrográficas intercomunitarias. El precepto se limita a establecer cauces o mecanismos de mutua cooperación y coordinación entre las Administraciones hidráulicas afectadas. En relación con los informes preceptivos del Consejo Nacional del Agua ya declaró el TC que si al Gobierno compete aprobar los planes hidrológicos de cuenca, el informe preceptivo del mencionado Consejo no invade competencia autonómica alguna. La proyección sobre un mismo espacio físico o sobre un mismo recurso natural de títulos competenciales distintos en favor del Estado o de las Comunidades Autónomas impone la cooperación entre las Administraciones públicas. Principio de cooperación que obliga a que se arbitren mecanismos o cauces de colaboración mutua a fin de evitar interferencias perjudiciales para la finalidad prioritaria, sin prejuzgar cuál deba ser la correcta técnica a través de cuya mediación dicha coparticipación se articule (FJ 2 STC 13/1988; FJ 31 STC 102/1995; FJ 10 STC 68/1996; FJ 4 STC 146/1992). Como ya se dijo en el FJ 5 STC 161/1996 el modo más directo que tiene una Comunidad Autónoma para incidir en los intereses afectados por la administración de las aguas en las cuencas que se extiendan más allá de su territorio, es mediante su participación en los órganos de Gobierno de las correspondientes Confederaciones Hidrográficas. Se impugna el art. 49 del reglamento por invadir la competencia de la Comunidad Autónoma en materia de protección civil; las funciones del citado Comité Permanente han de entenderse limitadas a la corrección de las circunstancias extraordinarias que puedan alterar el normal curso de las aguas. El precepto impugnado no impide el ejercicio de las eventuales competencias autonómicas en materia de protección civil. Por la misma naturaleza del objeto se produce en esta materia un encuentro o concurrencia de muy diversas Administraciones Públicas, encontrando la competencia autonómica límites que derivan de la existencia de un posible interés nacional y supracomunitario. En relación con el título de planificación hidrológica se impugnan varios preceptos, se debe partir de la doctrina de la STC 69/1988 (FFJJ 5 y 6) para fijar la posición acerca del control de la competencia estatal sobre las bases, no sin recordar que es tarea del TC procurar que la definición de lo básico no quede a la libre disposición del estado y velar porque el cierre del sistema no se mantenga en la ambigüedad permanente que supondría reconocer al Estado la facultad para oponer sorpresivamente a las Comunidades Autónomas como norma básica cualquier clase de precepto legal o reglamentario, al margen de cuál sea su rango o estructura. Dado el carácter fundamental y general de las normas básicas el instrumento para establecerlas con posterioridad a la Constitución es la Ley, sólo mediante ella será posible alcanzar una de-

terminación cierta y estable de los ámbitos respectivos de ordenación de las materias en las que concurran y se articulen las competencias básicas estatales y las legislativas y reglamentarias autonómicas, será, por tanto la propia Ley quien puede y debe declarar expresamente el carácter básico de la norma (FJ 5 STC 32/1981; FJ 1 STC 1/1982; FJ 10 STC 213/1994; FJ 5 STC 69/1988; FJ 5 STC 80/1988; FJ 10 STC 213/1994; FJ 5.b) STC 197/1997). Excepcionalmente, la citada doctrina del TC ha admitido que el Gobierno de la Nación puede hacer uso de su potestad reglamentaria para regular mediante decreto algunos de los aspectos básicos en una materia (FJ 5 STC 69/1988; FJ 32 STC 227/1988; FJ 10 STC 213/1994), mas ello siempre se ha considerado una "dispensa excepcional" impuesta por la necesidad de adecuar la legislación preconstitucional a situaciones nuevas derivadas del orden constitucional, de modo que cuando la ley estatal postconstitucional ha regulado una materia sobre la que compete al Estado establecer las bases, no puede entenderse como regla general que las disposiciones reglamentarias que el Gobierno aprueba en desarrollo o para la ejecución de la Ley tengan también carácter básico (FJ 32 STC 227/1988). Aplicando la doctrina expuesta cabe concluir que ni los preceptos impugnados son definidos como básicos por la propia norma reglamentaria ni de su estructura puede inferirse dicho carácter, toda vez que contienen una minuciosa y detallada regulación propia de norma reglamentaria, en consecuencia a los preceptos impugnados no cabe atribuirles el carácter de básicos. En relación con el art. 90.3 del reglamento objeto del conflicto va más allá de la redacción del precepto legal en cuanto no se limita únicamente a ordenar que en los planes hidrológicos de cuenca se recoja o incluya la declaración de zonas protegidas sino que contempla la posibilidad de que en el propio plan hidrológico se declaren de protección especial determinadas zonas, cuencas o tramos de cuencas, acuíferos o maza de agua. En cuanto el precepto se refiere a planes hidrológicos de cuencas intercomunitarias cuya elaboración corresponde al Estado, el inciso transcrito invade las competencias de la Comunidad Autónoma de Cantabria en materia de espacios naturales protegidos y medio ambiente. La exigencia de información a que se refiere el art. 90.4 en relación con los expedientes de declaración de zonas protegidas que se incoen con posterioridad al plan hidrológico debe considerarse incardinada en la competencia que corresponde a la Comunidad Autónoma, de donde ese informe preceptivo condiciona indebidamente el ejercicio de sus competencias (FJ 5 STC 36/1994; FJ 22 STC 118/1996; FJ 13 STC 197/1996). Finalmente conviene subrayar en relación con el art. 119 que el citado precepto debe ser interpretado en el sentido de que la potestad que se atribuye debe entenderse ligada a los planes que corresponda elaborar cada una de las Administraciones, pues en materia de su propia competencia, la aplicación del procedimiento expropiatorio corresponde a las Comunidades Autónomas (STC 37/1987; FJ 10 STC 17/1990; FJ 3 STC 149/1991; FJ 2 STC 186/1993; FJ 20.b) STC 227/1988).

6. Sentencia 147/1998, de 2 de julio (BOE de 30 de julio). Ponente: García Manzano (Conflicto de competencia).

Preceptos constitucionales: 149.1.19ª.
otros:

Objeto: Plan de Pesca en aguas comunitarias elaborado por la Secretaría General de Pesca Marítima del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación para los meses de enero y febrero de 1988.

Materias: Pesca marítima: competencia.

Se trata de determinar si corresponde a la Comunidad Autónoma del País Vasco la competencia para la elaboración de los denominados Planes de Pesca en relación con las Asociaciones de Armadores radicadas en su ámbito territorial. Los citados Planes de Pesca forman parte del régimen limitativo del acceso de los barcos españoles a las aguas sometidas a la soberanía o jurisdicción de los Estados miembros de la Comunidad. Los Planes de Pesca se corresponden con los "proyectos de listas periódicas" de barcos autorizados para faenar simultáneamente en ciertos caladeros comunitarios, estando su elaboración, al tiempo, sometida a reglas de derecho interno y de derecho comunitario. La norma de derecho interno que rige la confección de estos proyectos de listas se dictó, como ya se dijo en la STC 64/1991, con una doble finalidad: regular el acceso de los barcos españoles a los caladeros comunitarios y fomentar la reestructuración de la flota con vista al ingreso en la Comunidad. El objeto del conflicto estriba, por consiguiente en determinar si corresponde al País Vasco la competencia para la elaboración de estas listas. También es interesante resaltar que no puede considerarse desaparecido el interés del conflicto de competencia promovido, por cuanto, si bien han dejado de formularse los Planes de Pesca o "proyectos de listas periódicas", sigue habiendo un sistema de regulación y control del esfuerzo pesquero articulado mediante autorizaciones periódicas sobre entradas y salidas en la zonas y planes de actividad pesquera. El cambio normativo operado no ha producido la desaparición del objeto del presente conflicto así como, tampoco, el interés en la determinación de la titularidad de la competencia controvertida, lo que abona aprestarse a la resolución del presente conflicto de competencia (SSTC 87/1993, 329/1993 y 155/1996). Para proceder es necesario tener en cuenta, primero, que la decisión del mismo no se encuentra condicionada por el hecho de que el ejercicio de la competencia se produzca en ejecución del derecho comunitario europeo, ya que es doctrina reiterada del TC que no existe un título competencial específico en favor del Estado para la ejecución del derecho comunitario. En segundo lugar, es preciso notar que el ejercicio de la competencia que se reclama es una competencia puramente ejecutiva, sin contenido normativo al-

guno. La reclamación del Gobierno vasco consiste en la elaboración de los Planes de Pesca, precisamente, con arreglo a la normativa existente. La CE reserva al Estado la competencia exclusiva en materia de pesca marítima, habiendo asumido la Comunidad Autónoma del País Vasco competencia exclusiva en materia de pesca en aguas interiores, marisqueo y acuicultura, así como la de desarrollo legislativo y ejecución dentro de su territorio de la ordenación del sector pesquero del País Vasco. De acuerdo con la ya establecido en la STC 56/1989 conviene distinguir entre pesca marítima y ordenación del sector pesquero. La primera será competencia exclusiva del Estado, la segunda es materia compartida, en la que corresponderá al estado la legislación básica y a las Comunidades Autónomas su desarrollo normativo y ejecución. Desde la citada STC 56/1989 ha sido doctrina constante del TC (STC 147/1991, 44/1992, 57/1992, 68/1992, 149/1992 y 184/1996) la necesidad de distinguir la regulación de la actividad extractiva que corresponde a la primeras de las competencias enunciadas, mientras que dentro de la ordenación del sector pesquero hay que hacer referencia a la regulación del sector económico y productivo de la pesca en todo lo que no sea actividad extractiva directa. Desde esta perspectiva los Planes de Pesca se inscriben claramente en el título competencial que atañe a la conservación de los recursos pesqueros y a la regulación de la actividad extractiva por lo que han de ser enmarcadas dentro del título de pesca marítima, competencia exclusiva del Estado.

VOTO PARTICULAR (Mendizábal Allende): Se disiente del argumento, aunque no del fallo, porque en el discurso se soslaya la ponderación de un factor importante, el temporal, con la dimensión que le ha otorgado la doctrina constitucional en otras ocasiones para configurar el grupo normativo que haya de servir como canon a la hora de solucionar un conflicto planteado hace diez años pero resuelto hoy. En el resto de la argumentación se remite al siguiente VP.

VOTO PARTICULAR (Jiménez de Parga y Cabrera): Son dos los motivos esenciales de la discrepancia que se resumen en la inobservancia de dos criterios firmes en la resolución de conflictos de competencia: que han de resolverse según las normas jurídicas vigentes en el momento del examen jurisdiccional; que solamente son objeto de solución los conflicto vivos. Ninguno de ambos se ha tenido en cuenta en esta Sentencia de la que se discrepa.

7. Sentencia 148/1998, de 2 de julio (BOE de 30 de julio). Ponente: Rodríguez Bereijo (Conflicto de competencia).

Preceptos constitucionales: 1489.1.19ª
otros:

Objeto: Resoluciones de la Dirección General de Ordenación Pesquera denegando solicitudes de ayudas España-CEE, para la modernización de buques pesqueros.

Materias: Ordenación del sector pesquero.

Una primera consideración conviene hacer. En la actualidad la normativa que contemplaba el objeto de este conflicto ha sido derogada y sustituida por otra nueva. No obstante el decisión de resolución del conflicto está directamente referida a la pervivencia o no de la controversia en el momento de analizarla (STC 196/1997). A mayor abundamiento cuando esa normativa ahora derogada no se objetaba, siendo el núcleo del conflicto las Resoluciones de la Secretaría General de Pesca, manteniendo, además, la normativa básica estatal que constituye un elemento imprescindible para la resolución del conflicto una sustancial identidad. Las citadas resoluciones han de encuadrarse en la competencia de "ordenación del sector pesquero". Como ya precisó la STC 147/1991 habrá de incluirse en el contenido de esa competencia las cuestiones relacionadas con las condiciones profesionales de los pescadores y otros sujetos relacionados con el sector, construcción de buques, registros oficiales, cofradías de pescadores, lonjas de contratación y otras similares. Corresponderá al Estado establecer la legislación básica y a la Comunidad Autónoma su desarrollo legislativo y ejecución. El objeto del conflicto son subvenciones cofinanciadas entre los Estados miembros y fondos comunitarios y para su resolución habrá de tenerse en cuenta la STC 79/1992. la distribución de competencias no puede verse alterada por la integración en el ordenamiento interno de las normas comunitarias (SSTC 252/1998; 64/1991; 76/1991; 115/1991; 236/1991). Tampoco cabe ignorar la necesidad de proporcionar al Gobierno los instrumentos indispensables para desempeñar la función que le atribuye el art. 93 CE, es decir, adoptando las medidas necesarias a fin de garantizar el cumplimiento de las Resoluciones de los organismos internacionales en cuyo favor se han cedido competencias. En cuanto las Resoluciones controvertidas han denegado ayudas a armadores del País Vasco parece que no pueda dudarse de su carácter ejecutivo y que las mismas sólo podrían haber sido dictadas por las autoridades de la Comunidad Autónoma. En la normativa vigente tanto en el momento de producirse el conflicto cuanto en el de resolverlo se pone de relieve que la intervención necesaria de la Secretaría General de Pesca Marítima a través de su informe vinculante sólo se exige en la fase de autorización de las reformas de modernización y reconversión que supongan cambio de modalidad de pesca pero no en la fase de tramitación de las ayudas. Por consiguiente nada justifica la Resolución de la SGPM denegando las ayudas solicitadas. Al tiempo que tampoco concurre la circunstancia de la limitación de los fondos lo que, en su caso, hubiera permitido centralizar la decisión (STC 79/1992). En definitiva, el Estado carece de habilitación des-

de la perspectiva del título competencial esgrimido y las controvertidas Resoluciones han invadido el ámbito de competencias propias del País Vasco.

8. Sentencia 132/1998, de 18 de junio (BOE de 17 de julio). Ponente: Rodríguez Bereijo (Recurso de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 149.1.21ª.
otros:

Objeto: Ley del Parlamento Vasco 2/1989, reguladora del Plan General de Carreteras del País Vasco.

Materias: Tráfico y circulación de vehículos a motor.

La Ley objeto del presente recurso regula el plan general de carreteras del País Vasco. Su premisa es la coordinación de todas las carreteras y caminos correspondientes al territorio de las tres Diputaciones que configuran la Comunidad Autónoma. Para fijar con claridad el marco constitucional en que se inserta esta Ley conviene partir de los FFJJ de la STC 65/1998 sobre la Red de Carreteras del Estado (vid. su referencia completa en el nº anterior de esta Revista). En el reparto competencial constitucionalmente consagrado opera un criterio material que atribuye al Estado y a la Comunidad Autónoma en relación con las carreteras de su respectiva titularidad exclusividad de competencias. Como ya quedó analizado en los FFJJ 7 a 11 de la STC 65/1998, la CE otorga al Estado otros títulos de intervención en relación con las carreteras en el listado del art. 149 que no tienen parangón en el art. 148 CE ni en el Estatuto de Autonomía. Tal sucede, por ejemplo, con la competencia sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.13ª) o con la competencia contemplada en el art. 149.1.24ª en relación con las obras públicas de interés general o que afecten a más de una Comunidad Autónoma. No son ajenas a estas consideraciones, otras competencias contempladas en el art. 149.1.21ª, como el régimen general de comunicaciones o el tráfico y circulación de vehículos a motor. Este haz de competencias estatales, legitima al Estado para establecer un régimen general común de comunicaciones que comprendería, los conceptos y contenidos fundamentales del sistema viario, así como las normas referidas a la seguridad de la circulación. Por su parte, las Comunidades Autónomas tienen plena capacidad para legislar sobre el régimen de las carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en su territorio y para configurar el régimen de carreteras de su titularidad, sin perjuicio de determinados contenidos de la legislación estatal que afectan globalmente a la planificación, desde las diversas perspectivas mencionadas, que en todo caso está en el ámbito competencial del Estado. Como ya reconocía la citada STC 65/1998, el Esta-

tuto del País Vasco ha introducido matices en la asunción competencial mencionada en el art. 148.5 CE. Tanto el art. 10.34 EAPV, como la DA Tercera de la Ley estatal 25/1988, permiten afirmar que la competencia sobre carretera corresponde a los Territorios Históricos, no a las instituciones comunes de la Comunidad Autónoma. En relación con la impugnación del art. 6.2, hay que distinguir los objetos de la norma autonómica y estatal. Mientras la primera tiene como objeto regular la actividad de distribución de denominación y nomenclatura de las carreteras vascas, la norma estatal tiene por objeto determinar el régimen de la identificación de esas mismas carreteras en las placas de ruta. La diversidad de objetos respeta la distribución competencial, así como, por similares motivos, no se aprecia inconstitucionalidad de los arts. 6.3 y 6.4 de la Ley impugnada. Por el contrario el precepto que considera las normas técnicas y de señalización del Estado de carácter supletorio debe ser considerado inconstitucional. Así mismo debe ser declarado inconstitucional el art. 20.1 en cuanto somete la coordinación entre Administraciones a criterios de reciprocidad, sobre toro si se atiende al significado preciso de ese principio. Es doctrina consolidada que este principio condicionaría la actuación de un poder público a la identidad de actuación de otro, distinto y ajeno al primero, so pena de negarse recíprocamente lo que a ambos interesa. La alegación de que el estado carece de competencias específicas de coordinación en materia de carreteras no tiene en cuenta que la competencia estatal sobre obras públicas de interés general no se limita a la construcción o financiación de tales obras sino que alcanza asimismo a la planificación. Asimismo debe tenerse en cuenta que el Estado cuenta con títulos competenciales suficientes para asegurar el mantenimiento y la eventual mejora de una red viaria interconectada en toda España. En este contexto el principio de reciprocidad no se cohonesta con los solidaridad, cooperación y coordinación que son consustanciales al Estado de las Autonomías (FJ 4 STC 18/1982; FJ 5 STC 11/1986; FJ 3 STC 96/1986; FJ 7 STC 64/1990). Por lo que se refiere a la siguiente norma impugnada hay que decir que en parte vulnera el diseño competencial de la Constitución por cuanto supone un entendimiento provisional de ciertas competencias estatales. La titularidad del estado sobre las autopistas de su competencia en modo alguno puede ser entendida como provisional, porque nunca un legislador autonómico puede disponer nada acerca del ámbito legislativo propio del legislador estatal (FJ 4 STC 46/1990). Se ha impugnado asimismo, por razón de territorialidad, la inclusión en la red vasca de carreteras, de las que transcurren por el denominado Condado de Treviño. El estado tiene la titularidad de la competencia sobre la carretera N-1 a su paso por el Condado de Treviño, correspondiendo a la Administración general del Estado la planificación de dicho tramo de carretera, por lo que debe considerarse inconstitucional, esa mención en la Ley vasca, sin perjuicio de las competencias en materia de gestión que históricamente ha venido ejerciendo la Diputación Foral de Alava.

9. Sentencia 149/1998, de (BOE de 30 de julio). Ponente: Jiménez de Parga y Cabrera (Recurso de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 149.1
otros:

Objeto: Ciertos preceptos de la Ley 4/1990, de Ordenación del Territorio del País Vasco.

Materias: Ordenación del territorio: competencia exclusiva del Estado

Para la resolución del presente recurso de inconstitucionalidad es necesario determinar el alcance de la competencia autonómica en materia de ordenación del territorio en relación con las competencias que al estado reserva el art. 149.1 CE. El concepto de ordenación del territorio se ha perfilado por la jurisprudencia constitucional, el referido título competencial tiene por objeto la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que puede destinarse el suelo o espacio físico territorial (FJ 2 STC 77/1984; FJ 1.B) STC 149/1991), estará constituido su núcleo fundamental por un conjunto de actuaciones públicas de contenido planificador cuyo objeto consiste en la fijación de los usos del suelo y el equilibrio entre las distintas partes del territorio del mismo (FJ 3 STC 36/1994; FJ 5 STC 28/1997). Desde la perspectiva competencial, por lo que al ámbito material se refiere, no se incluyen todas las actuaciones de los poderes públicos que tienen incidencia territorial y afectan a la política de ordenación del territorio, so pena de desconocer el contenido de otros ámbitos competenciales, máxime teniendo en cuenta la dimensión espacial de la mayor parte de las políticas sectoriales (FJ 3 STC 36/1994; FJ 16 STC 61/1997; FJ 30 STC 40/1998), lo que se concretará en el deber del titular de la competencia de ordenación del territorio de respetar las competencias ajenas que repercuten sobre el territorio, coordinándolas y armonizándolas, desde el punto de vista de su proyección territorial. La competencia asumida por la Comunidad Autónoma en materia de ordenación del territorio no puede desconocer las competencias estatales dotadas de una clara dimensión espacial en cuanto proyectada de forma inmediata sobre el espacio físico y cuyo ejercicio incide en la ordenación del territorio. Las decisiones de la Administración estatal condicionarán, lógicamente, la estrategia territorial que las Comunidades Autónomas pretendan llevar a cabo (FJ 22 STC 61/1997, que recoge la doctrina de las SSTC 149/1991 y 36/1994; FJ 30 STC 40/1998). Como ya se dijo en el FJ 2 STC 36/1994, la actividad de planificación de los usos del suelo, la aprobación de los planes, instrumentos y normas de ordenación territorial se insertan en el ámbito material de la competencia sobre ordenación del territorio, su titular deberá ejercerla sin menoscabo de las competencias reservadas, en este caso, al Estado. Las previsiones de los Planes Territoria-

les Sectoriales, según la regulación de la Ley Vasca que se enjuicia colocan a la Administración del Estado en una situación de subordinación respecto de la Administración autonómica, lo que resulta contrario a la doctrina sustenta en las SSTC 77/1984 y 56/1986, de donde se deriva la existencia de supuestos en los que el Estado en el ejercicio de sus competencias, puede condicionar legítimamente la competencia autonómica de ordenación territorial. Se tratará de determinar, por tanto, si los preceptos impugnados resultan excluyentes en todo caso de los supuestos de prevalencia o condicionamientos de las competencias sectoriales del Estado sobre la autonómica de ordenación territorial. La necesidad de insistir en la búsqueda de formulas de coordinación y cooperación no excluye la posibilidad de que en ciertos casos resulten insuficientes para articular adecuadamente la concurrencia de títulos competenciales. En estos casos, como ya se dijo en el FJ 3 STC 56/1986, el Estado no puede verse privado del ejercicio de sus competencias exclusivas por la existencia de una competencia de la Comunidad Autónoma, aunque también sea exclusiva. Vulnera el orden competencial el precepto impugnado por cuanto atribuye a la discrecional decisión del Gobierno vasco la introducción o no de rectificaciones en los instrumentos de ordenación territorial derivadas de las decisiones adoptadas por el estado. El art. 25.2 de la norma impugnada no atribuye una decisión final al Gobierno Vasco, sino que distingue dos decisiones a adoptar en supuestos diferenciados. Una y otra pertenecen a ámbitos materiales diversos y corresponde su ejercicio a Administraciones distintas. En este caso se aprecia respeto del orden constitucional de competencias, sobre todo cuando la decisión de la Comunidad Autónoma, en el ejercicio de sus competencias sobre la acomodación del planeamiento vigente o preexistente, trata de su eventual compatibilidad con la decisión estatal. En ningún caso es discrecional la facultad que tal norma confiere al Gobierno autonómico, ya que si la Administración del Estado, concurriendo determinados presupuestos legalmente previstos, acuerde la ejecución del proyecto, tal decisión supondrá en todo caso, la remoción de cualquier obstáculo que pudiera inhibir la iniciativa estatal. Por lo que a la DA Segunda se refiere, parece evidente la incompetencia del legislador autonómico, por cuanto nada puede disponer acerca del ámbito competencial propio del Estado (FJ 4 STC 46/1990).

Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

I. ACTO ADMINISTRATIVO. II. ADMINISTRACION LOCAL. III. ADMINISTRACION PUBLICA. IV. BIENES PUBLICOS. V. COMUNIDADES AUTONOMAS. VI. CONTRATOS. VII. CORPORACIONES DE DERECHO PUBLICO. VIII. CULTURA, EDUCACION, PATRIMONIO HISTORICO. IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONOMICO. X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES. XII. EXPROPIACION FORZOSA. XIII. FUENTES. XIV. HACIENDA PUBLICA. XV. JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. XVI. MEDIO AMBIENTE. XVII. ORGANIZACION. XVIII. PERSONAL. XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. XX. RESPONSABILIDAD. XXI. SALUD Y SERVICIOS SOCIALES. XXII. URBANISMO Y VIVIENDA.

Tribunal Supremo (*)

I. ACTO ADMINISTRATIVO

SUSPENSION DE LA EJECUCION DEL ACTO

La apariencia de buen derecho exige una prudente aplicación, ya que cuando se postula la nulidad del acto por causa a valorar por vez primera, en el proceso principal, se viene a prejuzgar la cuestión de fondo.

> "La apariencia de buen derecho, que también invocan las partes que solicitan la suspensión, al margen de que sólo puede ser un factor importante para dilucidar la prevalencia del interés que podría dar lugar a la procedencia de la suspensión de algún supuesto concreto, pero siempre que concurriera la existencia de daños o perjuicios de las características mencionadas, exige, según la jurisprudencia, una prudente aplicación cuando, como aquí sucede, se esgrime como argumento de aquella procedencia de la suspensión de la ejecución, lo que significa que, en general, sólo quepa considerar tal alegación cuando el acto impugnado se haya dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula, o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue jurisdiccionalmente anulado -lo que no concurre en el supuesto de autos-, pues-

(*) Subsección preparada por JOSE I. LOPEZ GONZALEZ.

to que, en definitiva, cuando se postula la nulidad del acto en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración o decisión en el proceso principal, lo que se pretende es que se prejuzgue la cuestión de fondo, con infracción del artículo 24 de la Constitución que reconoce el derecho al proceso con las garantías de contradicción y prueba, al no ser el incidente de suspensión cauce procesal idóneo para decidir la cuestión objeto del litigio, argumento que cabe extender también al invocado, anticipadamente, en torno al derecho a la libertad de información del artículo 20 de la Constitución, si bien las actoras expresamente ya señalan, en cuanto a ello, que «en su momento» se articularán las correspondientes alegaciones, de imposible examen en esta pieza, por tanto, todo lo cual impone la denegación de la suspensión solicitada, de acuerdo, por otra parte, con una reiteradísima doctrina jurisprudencial, reflejada, por ejemplo, en Auto de esta Sala de 19 mayo 1998 y en Sentencia de la misma de 20 julio del mismo año, máxime si, como aquí, se trata de un acto de denegación, cuya suspensión implicaría autorización anticipada e incondicionada (Auto del Tribunal Supremo de 10 septiembre 1997 y Sentencias del mismo Tribunal de 3 y 4 diciembre 1997.".

(ATS de 12 de Noviembre de 1998. Sala 3ª, Secc. 7ª. Magistrado Ponente Sr. Martín González. Art. 9735).

II. ADMINISTRACION LOCAL

PLAN PROVINCIAL DE COOPERACION MUNICIPAL

Resulta indispensable la colaboración de los Ayuntamientos para que el Plan sea conforme a Derecho.

"En cuanto al fondo del asunto tampoco pueden acogerse las alegaciones de la Diputación apelante pues asiste la razón a la Sala de instancia al mantener que la interpretación del artículo 36 de la Ley 7/1985, de abril, Básica de Régimen Local, no autoriza a distinguir entre la coordinación que corresponde a la Diputación Provincial y la cooperación de ésta con los municipios. Así se deduce del estudio del apartado a) del artículo 36.2 de la Ley citada teniendo en cuenta la remisión que se hace en dicho apartado y en el siguiente apartado b) al número anterior, es decir, al artículo 36.1 de la Ley. A la vista de dichos preceptos debe entenderse que el artículo 36.2 se refiere tanto a la coordinación como a la cooperación con los municipios. No pueden aceptarse en consecuencia los argumentos de la Diputación Provincial en el sentido de que, en ejercicio de las potestades de coordinación, puede actuar al aprobar el Plan sin tener en cuenta la voluntad de los municipios.

Por lo demás es claro que la cuestión central consiste en que, según el citado artículo 36.2, apartado a), en la elaboración del Plan Provincial sobre el que versa el debate han de colaborar los municipios afectados, lo que en modo alguno resulta haberse acreditado en el caso de autos. Es cierto, por tanto, que la Diputación Provincial puede aprobar el Plan, pero resulta indispensable la colaboración de los Ayuntamientos en cuanto órganos administradores de los municipios cuya autonomía se encuentra reconocida constitucionalmente como ya declaramos en nuestra Sentencia de 3 abril 1988 cuya doctrina es de plena aplicación en el caso de autos. Sin que pueda ser motivo suficiente para que el Plan Provincial sea conforme a Derecho que, como alega la Diputación, los municipios no hayan impugnado dicho Plan. Por más que esta alegación pueda corresponder a la realidad, lo cierto es que ello no indica en modo alguno que aquellos municipios hayan prestado la necesaria colaboración activa.
De todo ello se deduce que no habiendo desvirtuado la Diputación Provincial apelante los fundamentos de derecho y el fallo de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, procede desestimar el presente recurso de apelación.".

(STS de 14 de Diciembre de 1998. Sala 3ª, Secc. 4ª. Magistrado Ponente Sr. Baena del Alcázar. Art. 10313).

III. ADMINISTRACION PUBLICA

SOCIEDAD ANONIMA DE CARACTER PUBLICO

Los actos y documentos en que intervengan las entidades y sociedades que dependen del Estado, Comunidades Autónomas, Provincia o Municipio, quedan sujetas al turno de reparto notarial que establece el Reglamento Notarial.

"El presupuesto fáctico que dejamos expuesto en el fundamento anterior «in fine», revelador de la verdadera naturaleza y funciones de la entidad, parte recurrida, que instó la exclusión de los documentos y actos que formalizara del turno de reparto notarial, contemplado a la luz de la particular normativa reguladora de la materia, no puede sino determinar, como postula el Abogado del Estado, la estimación del recurso de apelación y la consiguiente declaración de que los referidos documentos se encuentran sujetos al turno de reparto, pues aunque el artículo tercero del Reglamento Notarial de 2 junio 1944 proclame, con caracteres de generalidad, que los particulares «tienen el derecho de libre elección del Notario», no puede prescindirse de que a seguido y sin solución de continuidad excepciona «salvo

en los actos o contratos en que intervenga el Estado, la Provincia o el Municipio o los establecimientos y entidades que de ellos dependan...», en cuya excepción, como reconoce la sentencia impugnada y en ello son contestes las partes, han de considerarse incluidas las Comunidades Autónomas, habida cuenta la nueva organización territorial del Estado prevista en la Constitución Española (artículo 137) e integrada por Municipios, Provincias y Comunidades Autónomas, pero al propio tiempo e igualmente deben serlo los establecimientos o entidades que de ellos dependen y como la «Sociedad para la Promoción y Reconversión Industrial, Sª.» (SPRI, SA) es desde luego una entidad dependiente de la Comunidad Autónoma, sea cuales fuesen las razones que en contra de una tal afirmación se aduzcan, como tendremos ocasión de comprobar, aunque haya adoptado la forma de sociedad anónima y se rija por el derecho privado, para lo cual basta observar la pertenencia del 51 por 100 a la Hacienda General del País Vasco y el resto a las Cajas de Ahorros existentes en la Comunidad Autónoma e incluso las concretas funciones que tiene encomendadas, enderezadas a la promoción industrial, potenciación de empresas... etc ..., manifestaciones todas de una verdadera actividad de fomento, propia de las concretas Administraciones para las que se prevé el turno de reparto, es por lo que hemos de reputar conforme a derecho las resoluciones administrativas impugnadas, anuladas en la sentencia apelada, advirtiendo de otra parte que la forma adoptada y el régimen jurídico a que queda sujeta la sociedad en modo alguno constituyen óbice para nuestra anterior afirmación, pues la realidad es que en el momento presente, aquéllas constituyen al igual que los organismos autónomos, modalidades normales y corrientes que adoptan los entes públicos para el cumplimiento o la prestación de funciones y servicios de la misma naturaleza.

El reenvío que el comentado artículo tercero hace al artículo 126 del propio Reglamento Notarial, cuando para excepcionar de la norma general de la libre elección de Notario a los actos o contratos en que intervenga el Estado, la Provincia o el Municipio o los establecimientos o entidades que de ellos dependan, determina «conforme a lo preceptuado en el citado artículo 126», no altera en modo alguno la conclusión que hemos alcanzado en la motivación anterior, pues, sobre resultar la misma de una adecuada exégesis del texto reglamentario que incorpora el artículo tercero, con arreglo a los propios términos empleados y al espíritu y finalidad que lo anima, es de observar que el artículo 126 se inicia proclamando que «de acuerdo con el precepto del artículo tercero de este Reglamento», esto es que su contenido respeta en primer lugar la norma del artículo 3º para después desarrollar o explicitar la excepción de orden general, establecida «cuando en una población hubiese dos o más Notarios», relacionando los entes, organismos, Bancos, Cajas de Ahorro, etc. que deben entenderse en aquélla comprendidos, pero una tal relación que no cabe considerar como «numerus Clausus» sino abierta, en todo caso queda mediatizada por el genérico contenido del artículo tercero, al que expresamente se remite el 126 y en el que sin

ambages ni rodeos se somete al turno de reparto los actos o contratos en que intervengan las entidades que dependan del Estado, Comunidades Autónomas, Provincia o Municipio, entre las cuales, según precisábamos antes, resulta indudablemente incluida la sociedad hoy parte recurrida en la presente apelación.".

(STS de 3 de Noviembre de 1998. Sala 3ª, Secc. 6ª. Magistrado Ponente Sr. Mateos García. Art. 9522).

IV. BIENES PUBLICOS

AGUAS

En el servicio público de abastecimiento de agua potable a poblaciones hay que distinguir entre la potestad del control de los precios autorizados, competencia de la Comunidad Autónoma, y la potestad tarifaria de competencia municipal.

"Deslindados claramente los campos competenciales de la Junta de Andalucía (potestad de control de los precios «autorizados») y de la Mancomunidad Intermunicipal de Moguer-Palos de la Frontera (potestad tarifaria), que tan claramente planteó la Junta de Andalucía en la contestación a la demanda del recurso contencioso-administrativo (fundamentos de derecho primero y segundo que hemos reproducido), de la cual se deducía que nada tenía que ver la Junta de Andalucía en aquél pleito, puesto que nadie discutía nada relativo a la política de precios y, por tanto, a la autorización concedida por la Junta, sino que la cuestión era puramente tarifaria, sin embargo en la impugnación de la Orden del Consejero de Economía e Industria de 17 marzo 1986 por CIPARSA era imprescindible como requisito procedimental, si bien lo que se discutió sustancialmente no era la «autorización» de la Junta de Andalucía, a lo que parece totalmente correcta, sino el acuerdo del Pleno de la Mancomunidad Intermunicipal aprobatorio de las Tarifas, y, es más, sólo respecto de la situación propia de CIPARSA y nada más.

Nos hallamos, como la Sala ha explicado ante una yuxtaposición de competencias, de modo que las Tarifas las aprobó como tales la Mancomunidad Intermunicipal, pero este acuerdo no era formalmente recurrible en ese momento, porque carecía de eficacia, toda vez que precisaba la «autorización» de la Junta de Andalucía, la cual sólo tenía competencia para examinar el aumento de precios inherente a la nueva Tarifa, desde la perspectiva de un análisis adecuado del incremento de los distintos factores integrantes de los costes de explotación, pero como hemos explicado en el fundamento de derecho quinto, sin que la Junta de Andalucía pudiera entrar a enjui-

ciar la Tarifa en sí, su estructura, su apreciación de los distintos usuarios y demás circunstancias concurrentes y propias de la prestación del servicio de abastecimiento de aguas.

Debe quedar claro que la competencia que legítimamente tiene atribuida la Junta de Andalucía para el debido control de los precios «autorizados» de los servicios públicos municipales (transportes, abastecimientos de aguas, etc.) no le confiere el carácter de tutor de los Municipios y de las Mancomunidades Intermunicipales, que son plenamente autónomos para regir sus destinos y gestionar sus intereses propios, autonomía reconocida plenamente por la Constitución y por la Ley 7/1985, de 2 abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

Debe comprender la Junta de Andalucía que si desapareciera totalmente el control de los precios hoy denominados «autorizados», nada tendría que ver con las Tarifas de los servicios públicos prestados por los Municipios o Mancomunidades Intermunicipales, entes plenamente autónomos.

Desde esta perspectiva, hay que analizar el extenso escrito de alegaciones de la Junta de Andalucía formulado en su recurso de apelación, a diferencia de los que presentó en la contestación de la demanda en el recurso contencioso-administrativo de instancia, se refieren todos ellos a cuestiones de competencia municipal o mejor dicho de la Mancomunidad Intermunicipal.

En efecto, las cuestiones que plantea son: 1ª) Si CIPARSA es ciertamente o no una empresa distribuidora o por el contrario es un promotor urbanístico privado. 2º) Que el Acuerdo 17 agosto 1981 no vincula a la Mancomunidad Intermunicipal, sino sólo al Ayuntamiento de Palos de la Frontera, conviene recalcar que este acuerdo era del siguiente tenor: «El Ayuntamiento de Palos de la Frontera estudiaría de nuevo el precio al que debe facturar el agua consumida por CIPARSA, precio en el que tendría en cuenta que se trata de un suministro a una distribuidora con redes de distribución propias». 3º) Que cualquier rebaja de la tarifa de 30 ptas. fijada para las urbanizaciones supondría rehacer el estudio económico financiero de la Tarifa. 4º) Que de acuerdo con el artículo 82, j) del Reglamento de Verificaciones Eléctricas (sic) de 1954 debería ponerse en contacto CIPARSA con la Mancomunidad y acordar lo procedente. 5º) Que CIPARSA debió ceder al Ayuntamiento las instalaciones de distribución, por lo que carece de justificación que pretenda compensarse con tarifas.

La Sala no se pronuncia sobre ninguna de las cinco cuestiones planteadas, por cuanto sólo pretende destacar que ninguna afecta a la potestad de control de precios que corresponde a la Junta de Andalucía, al contrario todas ellas afectan única y exclusivamente a las competencias de la Mancomunidad Intermunicipal relativas a la prestación del servicio y a su potestad tarifaria.".

(STS de 12 de Noviembre de 1998. Sala 3ª, Secc. 2ª. Magistrado Ponente Sr. Gota Losada. Art. 10200).

V. COMUNIDADES AUTONOMAS

ENTIDADES DE INSPECCION Y DE CONTROL REGLAMENTARIO

Las Comunidades Autónomas con competencia normativa en materia de industria, pueden exigir requisitos técnicos suplementarios a las entidades que actúen en su ámbito territorial.

"El Real Decreto 1407/1987, que es normativa estatal, no impide la aplicación en Cataluña de su propia normativa sobre la materia (artículos 1 y 5 del Real Decreto), que en el caso que resolvemos es la aplicable. Tal interpretación, viene apoyada por la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 21 julio 1994, que resolvió el conflicto positivo de competencia promovido por la Generalidad de Cataluña contra dicho Real Decreto. En la sentencia citada del Tribunal Constitucional, se recogió la doctrina establecida en la Sentencia del mismo Tribunal 203/1992, que precisó que «en el núcleo fundamental de la materia de "industria" se incluyen, entre otras, las actividades destinadas a la ordenación de sectores industriales o de fabricación y, más precisamente, en la submateria o sector de materia de seguridad industrial, las actividades públicas, principalmente de ordenación y de policía, relacionadas con la seguridad de las instalaciones y establecimientos industriales y la de los procesos industriales y los productos de las mismas». La Sentencia del Pleno Tribunal Constitucional de 21 julio 1994, recogiendo también doctrina de la Sentencia 203/1992, se refiere al reparto de funciones sobre la materia, precisando que «el Estado tiene atribuida la potestad normativa -podrá dictar normas "por razones de seguridad" industrial-, que sin embargo no excluyen la posibilidad de la Comunidad Autónoma, que posea la competencia exclusiva en la materia de industria sin perjuicio de lo que determinen (esas) normas del Estado, siempre que no violen los mandatos o impidan alcanzar los fines perseguidos por la legislación estatal», añadiendo que la posibilidad de atribuir a las Comunidades Autónomas la competencia para otorgar la autorización (en el caso de Cataluña, concesión) a las entidades de Inspección y Control, es manifiesta. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 julio 1994, citada, declaró lo siguiente: que corresponde a la Generalidad de Cataluña la titularidad de las competencias ejecutivas previstas en el inciso del artículo 9.1, párrafo 1, que exige la presentación de las instancias a la Dirección General de Innovación Industrial y Tecnológica del Ministerio de Industria y Energía; artículo 10.1; artículo 13.2,a); artículo 16, letras c) y d) y artículo 17, apartados 2, 3 y 4 del Real Decreto 1407/1987, de 13 de noviembre, y, en consecuencia, que tales preceptos no son de aplicación en Cataluña.

Debemos consignar, asimismo, que la doctrina del Tribunal Constitucional que acabamos de consignar aparece también recogida en la STC 179/1998, de 16 de septiembre.

El artículo 5 del referido Real Decreto 1407/1987, dispone que las Comunidades Autónomas con competencia normativa en materia de industria podrán exigir, con carácter general, en ejecución de la legislación del Estado, requisitos técnicos suplementarios a las entidades de inspección y control reglamentario que actúen en su ámbito territorial. Pero ello no significa -tesis de los apelantes- que dicha Ley Catalana regule y establezca reserva de monopolio alguno. No se ve rastro de ello ni en el expediente administrativo ni en el proceso «salvo la opinión subjetiva de los apelantes expresada». Y como dato objetivo de ello, la sentencia apelada recoge el hecho de que sobre la materia se convocó concurso público para la adjudicación de dos contratos de explotación del servicio, a cuyo concurso pudieron acudir los demandantes acomodándose a las normas autonómicas. El concurso se resolvió conforme a las normas del Derecho Administrativo. Y por ello, la sentencia apelada, no dudó en razonar y en resolver que las resoluciones administrativas impugnadas se ajustan al ordenamiento jurídico."

(STS de 29 de Octubre de 1998. Sala 3ª, Secc. 3ª. Magistrado Ponente Sr. Escusol Barra. Art. 9063).

VI. CONTRATOS

CONTRATO DE SUMINISTRO DE ENERGIA ELECTRICA A UN ENTE MUNICIPAL

Frente al retraso en el pago por parte del Ayuntamiento, el TS aplica el art. 56 del RCCL que prohíbe privar a la Administración de un medio indispensable para el cumplimiento de sus fines.

"En el caso que nos ocupa, no se trata, pues, de dilucidar ninguna cuestión de la competencia de la jurisdicción civil. Aquí se trata de determinar si la Administración obró o no con arreglo al Ordenamiento Jurídico, al resolver en el sentido en que lo hizo: no otorgando a «Hidroeléctrica Española, S.A.» la autorización para suspender el suministro de la energía eléctrica al abonado Ayuntamiento Aguas de Busot (que en el año 1983 había adquirido la 6ª parte del pozo de agua, que servía para paliar el déficit de abastecimiento de agua a la población), por el impago de la cantidad consignada en el primer fundamento de derecho de esta sentencia. La tesis de la sentencia apelada es la siguiente: que aunque el contrato de suministro de energía eléctrica no es un contrato administrativo, y el suministro de energía eléctrica al Ayuntamiento sirva para prestar un servicio público como es el suministro de agua a la población, no resulta de aplicación el artículo 56 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales aprobado por

Decreto 9 enero 1953, que dice así: «por ningún motivo, ni aun por demora en el pago, podrá el contratista interrumpir el cumplimiento del contrato, pero quedará a salvo los efectos previstos en el artículo 94» de dicho Reglamento; de ahí que el Letrado de la Generalidad Valenciana, en su escrito de alegaciones formulado ante esta instancia, precise que es necesario mantener el servicio público de abastecimiento de agua a la población y que existen otros cauces para que se satisfaga la deuda a la entidad mercantil «Hidroeléctrica Española, S.A.». Pues bien, la tesis que se expresa en la sentencia apelada, dado el contenido de todas las actuaciones (expediente administrativo, proceso en la primera instancia y alegaciones formuladas por las partes en el presente recurso de apelación), no puede ser aceptada. Y así al interrogante de si la Administración obró con arreglo a Derecho al dictar los actos administrativos impugnados, debemos dar una respuesta afirmativa, por las siguientes consideraciones:

1ª El expediente administrativo pone de relieve -aspecto no contradicho por nadie ni por prueba alguna- que el Ayuntamiento de Aguas de Busot es el receptor de la energía eléctrica, en virtud del contrato que originariamente se había celebrado entre «Hidroeléctrica Española, SA» y la sociedad «Riegos de Aguas de Busot», cuya sociedad quedó disuelta, según prueba indubitada que obra en el proceso, tal como hemos expresado. La representación procesal de la empresa «Hidroeléctrica Española, SA», en su escrito de alegaciones ante esta instancia afirma que no ha tenido conocimiento de la disolución de la sociedad «Riegos de Aguas Busot», hasta el momento presente -dice-; mas ello no puede ser aceptado porque dicha empresa ha intervenido activamente en el expediente administrativo, donde ya existe constancia de tal disolución, y en el proceso donde existe la prueba indubitada antedicha.

2ª Por lo que hemos consignado en la anterior consideración debemos precisar que en el caso que resolvemos, la Administración (en este caso el ente municipal de Aguas de Busot [Alicante], cuyo Ayuntamiento, como hemos dicho es el receptor de la energía eléctrica que sirve para que el servicio público de abastecimiento de agua potable a la población resulta eficaz), permanece siendo la titular del servicio de abastecimiento de agua potable. Es cierto que la Diputación de Alicante ayudó al abastecimiento de agua potable a dicho municipio, pero ello lo fue en momentos de necesidad por sequía.

3ª Estando la titularidad del servicio de suministro de agua potable en manos de la Administración, resulta de aplicación el artículo 56 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, porque es procedente afirmar que, por la relevancia que tiene el interés general, no cabe sostener (SSTS 23 mayo 1989, 13 junio 1989 y 5 octubre 1989) que por el atraso en el pago del suministro de la energía eléctrica consumida, se produzca un ejercicio abusivo de la prerrogativa contenida en el citado artículo 56 RCCL, ya que la Administración no puede ser privada de un medio indispensable para el cumplimiento de sus fines, ni siquiera por deu-

das contraídas con quien, por gestionar un servicio público, se encuentra obligado a prestarlo".

(STS de 4 de Noviembre de 1989. Sala 3ª, Secc. 3ª. Magistrado Ponente Sr. Escusol Barra. Art. 10237).

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONOMICO

CONCESION INDUSTRIAL

En el supuesto de organización y gestión de la lotería instantánea, nos hallamos ante una actividad reservada en exclusiva al sector público, regulada por técnicas de concesión industrial y no de gestión de servicios públicos.

"El recurrente parte en el motivo que analizamos de la afirmación de que no estamos ante un supuesto de concesión administrativa sino ante una pura y simple autorización, tesis que basa fundamentalmente en que aquella última es la expresión utilizada en la convocatoria del concurso. Sin embargo tal apreciación del recurrente decae si se tiene en cuenta que el Decreto 181/1990, de 5 septiembre, establece en su artículo 2 que la organización y gestión de la lotería instantánea es competencia exclusiva del Organismos Canario de Juegos y Apuestas y es precisamente en base a lo dispuesto en el artículo tercero de este Decreto en lo que se fundamenta la Orden de la Presidencia de Canarias para convocar el concurso de adjudicación, puesto que es el precepto en cuestión el que establece que «la concesión del derecho a efectuar las actividades previstas en el artículo 2.2 se efectuará por el Consejero de la Presidencia...». Se refiere pues el Decreto que sirve de sustento normativo al concurso en cuestión a «concesión», expresión que debe ser interpretada en su sentido técnico-jurídico conforme a las reglas de interpretación de las normas establecidas en el artículo 3 del Código Civil. Más aún, el que estemos ante un supuesto de concesión administrativa y no ante una simple autorización resulta del hecho de que estamos ante una actividad reservada expresamente al sector público que se cede a los particulares con sujeción a unas condiciones establecidas administrativamente y no ante una remoción mediante la técnica de la autorización de las limitaciones establecidas al ejercicio de actividades privadas. Estamos ante una cesión que si bien no es permanente sí tiene carácter estable y de larga duración (mínimo de cuatro años renovables por períodos de dos años), los precios no se rigen por el sistema de comercio libre como correspondería a un servicio privado sino que viene predeterminados por la Administración concedente y están integrados en un 25% por una tasa de carácter fiscal, al tiempo que la actividad o servicio objeto de concesión es propio de la Administración concedente por imperativo del artículo 2 del Decreto 181/1990 ci-

tado y se establece un canon periódico, consistente en el 5% del valor de los boletos, que se satisfará antes de la puesta en circulación de cada lote de boletos.

En el caso de autos estamos ante un supuesto de conversión formal de una concreta actividad en servicio público con objeto de excluir aquélla del sistema de libertad industrial, constituyendo así un monopolio administrativo desde el cual y mediante la técnica de la concesión se otorgan luego derechos, en nuestro caso la explotación, suministro y distribución de boletos, a empresas privadas en atención a los fines que se pretende. No estamos pues ante una técnica de autorización de una actividad privada sujeta a control sino ante la concesión para el ejercicio o desarrollo de una actividad reservada en exclusiva al sector público, aun cuando en casos como el que nos ocupa la constitución del monopolio administrativo no responde a que estemos en presencia de una actividad que se entienda digna de ser regulada por las técnicas del servicio público en sentido estricto, pero aun así a través de la técnica del monopolio administrativo se abre la puerta a las técnicas concesionales aunque deba hablarse de concesiones industriales y no de gestión de servicios públicos.

Conviene recordar aquí, como acertadamente recoge la sentencia de instancia, que este Tribunal Supremo tiene señalado que la concesión ha venido siendo considerada como constitutiva de una transferencia de facultades de la Administración al administrado en tanto que la autorización se ha caracterizado por la remoción de límites al ejercicio de una actividad privada dando por supuesta la existencia previa de un derecho subjetivo, lo que en el primer caso implica una retención de poder por el sector público inexistente en el caso de la autorización, aunque hoy en día la diferencia entre uno y otro instituto se estrecha porque el derecho del particular cada vez es menos derecho poder y más derecho función.".

(STS de 11 de Diciembre de 1998. Sala 3ª, Secc. 6ª. Magistrado Ponente Sr. Sieira Míguez. Art. 10366).

X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

RESERVA LEGAL EN LA PREDETERMINACION DE INFRACCIONES Y SANCIONES

"En definitiva ese motivo primero, devenido único, se fundamenta en contradicción de la sentencia impugnada con jurisprudencia del Tribunal Supremo que acabó convirtiéndose, después de no pocos altibajos, en doctrina consolidada, en virtud de una famosa Sentencia de 13 marzo 1991, de la Sala de Revisión.

Con posterioridad, sin embargo, esta doctrina ha sido rectificada como consecuencia del giro habido en la jurisprudencia del Tribunal constitucional. Es cierto que, más por necesidad de evitar vacíos enormes en el ordenamiento jurídico que por convicción de que ésa fuera doctrina indiscutible, los Tribunales de Justicia han venido flexibilizando la exigencia de reserva legal para la tipificación de infracciones y sanciones administrativas. Y por eso el propio Tribunal Constitucional prestó su aval a la validez de las normas sancionadoras preconstitucionales que carecían de reserva legal. Y las mismas razones dieron lugar a la consolidación de esa doctrina conformista que consideró bastante la existencia de una mera cobertura legal también en este ámbito de lo administrativo-sancionador, entendiendo por cobertura legal la existencia de una mera habilitación legal para actuar en un determinado sector.

Pero es claro que esto no podía ser doctrina perdurable (de duración «eterna» ha hablado alguna vez el Tribunal Constitucional) y esa jurisprudencia ha cambiado.

Hoy sabemos, en efecto, que donde la Constitución exige reserva legal no cabe conformarse con una mera cobertura legal. Esta constituye, pura y simplemente, la expresión de lo que la doctrina llama vinculación positiva, mera habilitación positiva que excepciona la regla de la vinculación negativa: en principio la Administración no puede obrar sin que una norma previa lo autorice. Que incluso esta regla puede tener excepciones (poderes implícitos por ejemplo) no desvirtúa el modelo descrito que puede decirse es uno de los postulados a partir de los cuales se construye el sometimiento a la Ley (legalidad) y al Derecho (juridicidad) de la actuación administrativa.

La reserva legal, sin embargo, implica un plus de exigencia. En determinados ámbitos, el sancionador entre ellos, no basta con que la ley habilite a la Administración para actuar, sino que es necesario que le marque el cómo de su actuación dictándole instrucciones y marcándole directrices, para el caso definiendo los tipos de infracciones y sanciones. Lo cual no quiere decir no dice que no pueda hacerse esa tipificación utilizando la vía del reglamento, ni que siempre y en todo caso tenga que tratarse de una ley en sentido formal. Y desde luego cabe que el legislador llame a colaborar al reglamento, pero nunca mediante una remisión en blanco; la remisión tendrá que ser lo suficientemente precisa como para que sea la norma habilitante la que siga «dirigiendo» esa concreción que ha de hacer el ejecutivo.

Todo esto que se acaba de resumir constituye el ABC del derecho administrativo sancionador en un Estado de Derecho, y con todas las matizaciones que impone la necesidad de adaptar los dogmas a la realidad («que no se hizo el hombre para el sábado sino el sábado para el hombre») es la doctrina que viene aplicando ya este Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. Y es precisamente la doctrina que late, esto es se esconde en la sentencia impugnada la cual no hizo sino -rectificando lo que la misma Sala Navarra venía diciendo- poner el reloj a la hora que marca el reloj constitucional.

Y claro es que, siendo todo esto como decimos, el motivo invocado por el Gobierno de Navarra debe ser rechazado, confirmando, por tanto, la sentencia impugnada.".

(STS de 10 de Diciembre de 1998. Sala 3ª, Secc. 6ª. Magistrado Ponente Sr. González Navarro. Art. 10364).

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

TUTELA JUDICIAL Y PRESUNCION DE INOCENCIA

No son de aplicación a los actos de embargo cuya causa es el impago de la deuda tributaria.

"Esta Sala tiene declarado que para la apertura del proceso especial de la Ley 62/1978 se exige un planteamiento razonable de que la petición ejercitada versa sobre un derecho fundamental, sin que se trate de justificar plenamente su efectiva violación -que deberá hacerse a lo largo del proceso- pero sí de poner de manifiesto que se está ante una apariencia razonable de una violación constitucional, no siendo, en consecuencia, suficiente la mera invocación formal de un derecho fundamental (cfr. Sentencia de 31 octubre 1997).

En el presente supuesto entendemos que las invocaciones que verifica la parte recurrente de los artículo 24 y 14 de la Constitución carecen «prima facie» de una mínima justificación que permita la admisión a trámite de un recurso interpuesto conforme a la Ley 62/1978, lo que conduce a estimar acertado el criterio expuesto en el Auto de 6 marzo 1996 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

En contra de lo afirmado por don Angel E.-N. P., debemos distinguir en los hechos objeto de litigio tres actuaciones diferentes de la Administración, cada una de las cuales puede y debe, en su caso, ser objeto de recurso separado y especial: los procedimientos que condujeron al levantamiento de las actas de inspección a la entidad «Escolar Artes Gráficas, SA» y que concluyeron con la práctica de las correspondientes liquidaciones tributarias; la Resolución de 15 marzo 1994 por la que se declaró responsables subsidiarios del pago de las obligaciones tributarias pendientes de la mencionada sociedad a don Angel y don Pedro E.-N. P.; y, finalmente, el procedimiento de apremio para el cobro de las responsabilidades declaradas, en el que se produjo el acto del embargo combatido por el recurso, que el Auto de 6 marzo 1996 declaró inadmisible por inexistencia de contenido constitucional justificativo del cauce procesal elegido. El procedimiento de apremio y el embargo en él acordado carecen de naturaleza sancionadora, que la parte recurrente intenta razonar ligando dicho acto al de derivación de res-

ponsabilidad. El embargo en cuestión no tiene por causa el hecho de haber cometido don Angel E.-N. P. una infracción tributaria o de carácter administrativo, sino que su origen está en la circunstancia de no haber pagado el señor E.-N. P. las deudas tributarias de que resulta responsable en virtud de una resolución anterior, la de derivación de responsabilidad, respecto a la que no consta que se encuentre suspendida su ejecución.

El artículo 24.1 de la Constitución establece el derecho fundamental de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los Jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, pero el ámbito de aplicación de este derecho no puede trasladarse sin más a las actuaciones administrativas, ya que, en principio, sólo está referido a las actuaciones judiciales. En razón de ello, la Sentencia de esta Sala de 6 junio 1991, con cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional 42/1989, de 16 febrero, ha declarado que la tutela que otorga el artículo 24.1 de la Norma Fundamental se refiere a las actuaciones judiciales, a las administrativas de carácter sancionador, respecto a las que rigen los principios básicos del Derecho penal, y a las actuaciones administrativas que impidan el acceso a la Jurisdicción, en cuanto bloquean el derecho a la tutela judicial efectiva. Ninguno de estos casos se produce en relación con el embargo impugnado por la parte recurrente, lo que determina que, «a limine», debamos excluir que dicho acto haya podido vulnerar el artículo 24.1 de la Constitución.

En parecidos términos cabe pronunciarse respecto a la presunción de inocencia reconocida por el artículo 24.2 de la Norma Fundamental, ya que la argumentación que don Angel E.-N. P. hace valer, en relación con su supuesta infracción, no se refiere a que debe aplicarse tal presunción al acto del embargo, cuya causa es el impago de la deuda tributaria, que el recurrente reconoce, sino a que debe aplicarse al acto de derivación de responsabilidad, que a su juicio exige una conducta culpable del administrador de la sociedad, conducta para la que reclama la aludida presunción, que, por tanto, ninguna relación tiene con el objeto del proceso (el acto del embargo), dada la diferenciación entre las distintas actuaciones de la Administración que hemos hecho constar, lo que permite la declaración de inadmisión efectuada por el Auto de 6 marzo 1996.".

(STS de 1 de Octubre de 1998. Sala 3ª, Secc. 7ª. Magistrado Ponente Sr. Doded Miranda. Art. 7844).

XII. EXPROPIACION FORZOSA

DECLARACION DE URGENCIA

Su carácter excepcional obliga a que esté debidamente fundada en cada caso.

"«En contra del parecer de las demandantes y ahora apelantes, la declaración de urgencia de la ocupación de los terrenos afectados por la expropiación para la ejecución del paso elevado sobre la vía férrea reúne los requisitos exigidos concordantemente por los artículos 52 de la Ley de Expropiación Forzosa y 56 de su Reglamento, al estar debidamente motivada mediante la remisión al Real Decreto 2422/1978, de 25 de agosto, según el cual las obras que se realicen con el fin de suprimir un paso a nivel o mejorar sus condiciones y sistemas de protección se regirán por lo dispuesto en el Decreto 2037/1959, de 12 noviembre, cuyo artículo 1º establece el carácter urgente, a los efectos de aplicación del artículo 52 de la Ley 16 diciembre 1954 sobre expropiación forzosa, de todas las obras de mejora, ampliación y reforma de los ferrocarriles en explotación, correspondientes a proyectos previa y competentemente autorizados. No cabe duda, pues, que la supresión del paso a nivel en cuestión ha de considerarse una obra urgente, que justifica la declaración llevada a cabo en la Orden Ministerial impugnada, en la que se concreta, en relación con un determinado proyecto, la declaración de urgencia contenida con carácter general en los Decretos antes mencionados, sin que las Comunidades de Propietarios demandantes hayan acreditado que el lugar elegido para la realización del paso elevado sobre la vía férrea fuese inadecuado». (Fundamento 4º).

Pero es claro que en el caso que nos ocupa no hay precepto alguno que permita presumir -sin necesidad de justificación «ad hoc»- que se da situación de urgencia.

Particular interés ofrece, por lo demás, la STS 23 septiembre 1997 en la que, no sólo se subraya el carácter excepcional que tiene la aplicación de este procedimiento expropiatorio de urgencia, sino que subraya otra razón más para tener que andar con cautela a la hora de valorar si, en realidad de verdad, estamos ante una situación de urgencia. He aquí el texto que conviene destacar:

«Esta Sala en variadas Sentencias, de las que son una muestra las dictadas en 3 octubre y 3 diciembre 1992 y 9 marzo 1993, ha establecido de modo uniforme, para que pueda acordarse la urgencia de la ocupación, la necesidad de que "concurran tanto causas de carácter excepcional, que aconsejen acudir a este especial procedimiento, como la incorporación en el acuerdo que la declare de motivación suficiente, con exposición de las circunstancias que justifiquen el acudir a tan excepcional procedimiento, puesto que se trata de un acuerdo que sólo por vía de excepción puede decretarse, cual se infiere del término `excepcional´ que incorpora el artículo 52 de la Ley expropiatoria y de lo dispuesto en el artículo 56 del Reglamento en cuanto exige la debida motivación con la exposición de las circunstancias que justifican el excepcional procedimiento previsto en el artículo 52 de la Ley", lo cual resulta de todo punto lógico y congruente, habida cuenta que la urgencia justifica la desposesión de los bienes y derechos afectados sin el previo requisito del pago del justo precio, a diferencia de lo que sucede en el procedimiento expropiatorio ordinario». (Fundamento 3º).

La exposición que venimos haciendo, con apoyo en citas concretas de alguna de las muchas sentencias que han configurado la nueva línea jurisprudencial permite comprender que la Administración ha de poner exquisito cuidado a la hora de decidir utilizar la vía excepcional de la urgencia en lugar del procedimiento expropiatorio ordinario. Porque es necesario que concurran circunstancias -necesariamente excepcionales- que hagan imposible alcanzar los fines pretendidos por la Administración si se empleara ese procedimiento ordinario. De manera que sólo cuando tal incompatibilidad se dé, debe utilizarse la vía excepcional del artículo 52 LEF. En el bien entendido de que al dar cuenta de esa decisión en la correspondiente declaración de urgencia, la Administración deberá explicitar de forma convincente que se dan las circunstancias que obligan a usar ese procedimiento excepcional.

Y como en el caso objeto de este recurso es esa explicitación convincente la que falta, el único y común motivo invocado por los recurrentes debe ser rechazado."

(STS de 3 de Diciembre de 1998. Sala 3ª, Secc. 6ª. Magistrado Ponente Sr. González Navarro. Art. 10302).

XV. JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

ACTO POLITICO

El examen de los elementos reglados debe complementarse con las técnicas de control de la discrecionalidad y la técnica de control a través de los principios y valores constitucionales.

"Ahora bien, la cuestión tal y como viene planteada no puede resolverse en absoluto afirmando sin más que el acto, cuya naturaleza política es indiscutible, es susceptible de control jurisdiccional cualquiera que sea el ámbito a que afecte y cualquiera que sea el defecto que se impute, sino que se hace necesario examinar estos dos aspectos y así determinar cuál es el principio que se dice quebrantado y resolver si el mismo es o no susceptible de control, así como la esfera de la actividad política en que se encuadra. En el caso de autos el defecto que se imputa al Decreto de convocatoria de elecciones al Parlamento Andaluz no es la disolución anticipada y con ello la limitación del mandato parlamentario, ni que la convocatoria haya sido efectuada por quien estatutariamente carece de competencias para ello, sino que la infracción que se invoca es la de haberse expedido el Decreto de Convocatoria, anticipando con ello el proceso electoral, antes del vigésimo quinto día anterior a la expiración del mandato, lo que dio lugar a su celebración antes de los treinta días siguientes a la expiración del mandato de los

parlamentarios andaluces, ya que éste finalizaba el 22 de junio y la convocatoria lo fue para el 23 del mismo mes.

Centrada así la cuestión ha de determinarse qué aspectos del Decreto objeto de recurso entran en el ámbito de los que son susceptibles de control jurisdiccional o no y si lo es el que acabamos de referir.

Como decíamos al final del fundamento jurídico primero, en primer lugar hemos de destacar que la idea de los elementos reglados por sí sola no resulta suficientemente sólida para asentar un control riguroso de los actos políticos, puesto que el legislador puede obviar ese control con sólo eliminar la regulación de los citados elementos. Del mismo modo no basta la existencia de un elemento reglado para que sin más pueda afirmarse que el acto es susceptible de control, será necesario, además, que concurran otros elementos de conexión con el ámbito administrativo suficientemente relevantes que presuponga un control jurisdiccional, no político, por afectar a derechos de terceros, de tal manera que permitan controlar tal aspecto del acto político y otorguen a aquéllos un interés legítimo en la revocación del acto en cuestión.

Lo anterior determina que la técnica del examen de los elementos reglados debe complementarse con otras tales como las del control de la discrecionalidad que nos enseña que debe prestarse especial atención a la motivación de las decisiones y a comprobar si concurre algún indicio de falta de razonabilidad en la decisión, y la técnica del control de los principios y valores constitucionales, reconociendo el carácter capital de los derechos fundamentales a los que deben sacrificarse, siempre que se dé el principio de proporcionalidad exigible, cualesquiera otros derechos.

Pues bien, en el caso de autos la motivación del acto que se impugna no resulta en absoluto arbitraria, sino que aparece debidamente razonada y fundamentada en el fin principal de facilitar el ejercicio del derecho fundamental reconocido en el artículo 23 de la Constitución, se trate de, sin lesión o merma de otros derechos, facilitar, en atención al momento temporal en que debieran celebrarse las elecciones, el acceso a las urnas de los ciudadanos andaluces con derecho a voto.

En efecto, en el caso que nos ocupa, la cuestión que se plantea afecta a un aspecto meramente formal de la convocatoria electoral, cual es el momento en que se produce ésta y la fecha en que debe tener lugar la votación. En absoluto se limitan o mutilan los derechos de los parlamentarios reduciendo su mandato ni se produce una ampliación del mismo, tampoco se afecta a los derechos de los ciudadanos limitándoles su derecho al voto, ni mucho menos la convocatoria se efectúa por quien carece de competencia para ello, sin que la alegación de los recurrentes en orden a que se les ha causado una limitación en su derecho a presentarse a las elecciones pueda tomarse en consideración pues no se altera el período de campaña ni tampoco la convocatoria puede estimarse como imprevisible, ya que tal posibilidad venía establecida por la Ley 1/1990, de 30 de enero.

De otra parte la convocatoria de elecciones entra en el núcleo esencial de la

actividad política en cuanto afecta a las relaciones con otros órganos estatutarios, no en vano en la convocatoria de elecciones en lo que a la esfera estatal se refiere aparece recogida en el Título V de la Constitución. Del mismo modo debe destacarse que el artículo 34 del Estatuto de Andalucía establece que el Consejo de Gobierno, integrado por el Presidente y los Consejeros, ejerce y ostenta funciones ejecutivas y administrativas, de tal manera que mientras éstas están sujetas por imperativo del artículo 103.1 del Texto Constitucional al control jurisdiccional, el Presidente de la Comunidad, de conformidad con el artículo 35.3 del Estatuto, responde de su gestión ante el Parlamento Autonómico. No se está afirmando con ello que exista una incompatibilidad entre los actos de dirección política del Gobierno y el control jurisdiccional de modo que aquéllos queden sólo sometidos al control parlamentario, no parece que hoy pueda mantenerse una categoría de acto político sustraído absolutamente al control jurisdiccional, no en vano el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que la jurisdicción se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio español en la forma establecida en la Constitución y en las leyes. No puede afirmarse que exista un grupo de actos excluidos absolutamente del control, pero es importante destacar ya que tal control está sujeto a una graduación en función de las circunstancias que constituyen el contexto de ese acto.".

(STS de 3 de Diciembre de 1998. Sala 3ª, Secc. 6ª. Magistrado Ponente Sr. Sieira Míguez. Art. 10027).

XVI. MEDIO AMBIENTE

NATURALEZA JURIDICA DE LA DECLARACION DE IMPACTO AMBIENTAL

El TS entiende que, a la vista del Real Decreto Legislativo 1302/86, se trata de un acto de trámite, por su carácter medial.

"Lo expuesto conduce a entender que nuestro Legislador optó por configurar la DIA como un acto administrativo que, no obstante su esencialidad, participa de la naturaleza jurídica propia de los actos de trámite, o no definitivos, pues su funcionalidad es la de integrarse en el procedimiento sustantivo, como parte de él, para que sea tomado en consideración en el acto que le ponga fin, el cual sin embargo no queda necesariamente determinado -ni en el sentido de la decisión, autorizatoria o denegatoria, ni en el del contenido de las condiciones de protección medioambiental por la conclusión o juicio que en aquélla se haya alcanzado. Su carácter instrumental o medial con respecto a la decisión final, y su eficacia jurídica, no permiten conceptuarla como una resolución definitiva, directamente impugnable en

sede jurisdiccional. Ni tampoco conduce a ello el que la DIA sea el precipitado de unos trámites precedentes (iniciación, consultas, información al titular del proyecto, estudio de impacto medioambiental, información pública, informes) ordenados procedimentalmente, pues todo ello constituyen meras secuencias lógicamente necesarias o convenientes para la formación del juicio en que la DIA consiste, que no transforma su naturaleza jurídica. Ni su enorme trascendencia, también predicable de otros dictámenes, como es obvio. Ni la especialización del órgano que la emite, por la misma razón. Ni su carácter de órgano no consultivo, pues esta nota o elemento no determina por sí sola la naturaleza jurídica de la totalidad de los actos que de él puedan emanar.

Pero la obligada prevención con que ha de contemplarse todo razonamiento que conduzca a un pronunciamiento de inadmisibilidad y, por ello, al no enjuiciamiento de las cuestiones de fondo suscitadas en el proceso, demanda también una reflexión sobre la razonabilidad y compatibilidad constitucional de la conclusión alcanzada.

Nada de ello parece dudoso; lo primero, porque el control jurisdiccional directo de la DIA, no suscitado a través de la impugnación del acto final autorizatorio del proyecto, podría desenvolverse en vano, inútilmente, si tal acto final no hubiera tenido un sentido denegatorio; o versar sobre unas hipotéticas ilegalidades que, sin embargo, hayan sido corregidas en la posterior actuación administrativa; o realizarse desde un prisma no necesario, si las condiciones medioambientales a las que en definitiva se sujetara el proyecto no fueran coincidentes con las que la DIA entendió que debían establecerse; y lo segundo, porque las previsiones de nuestro Ordenamiento Jurídico, entre ellas las atinentes a la tutela cautelar, no hacen necesario, pese a lo argumentado en el proceso, que el control jurisdiccional se anticipe al acto final autorizatorio, y porque siendo así que la revisión jurisdiccional de este último es extensible a todas las partes que lo integren, y por tanto también a las determinaciones medioambientales que en definitiva hubieran resultado, claro es que ninguna situación de indefensión cabe derivar en buena lógica de la conclusión obtenida; en este sentido, no está de más señalar que esa situación de i defensión constitucionalmente proscrita no deriva en el caso de autos, para la parte recurrida, del pronunciamiento que, como ya se intuye, ha de ser alcanzado en este recurso, pues pudo en el recurso contencioso-administrativo que interpuso contra la resolución aprobatoria del proyecto de la presa de Itoiz deducir cualquier motivo de impugnación relacionado con la EIA y con la DIA, y pudo combatir cualquier decisión jurisdiccional que sin razón jurídica hubiera cercenado o desconocido esa facultad; a lo que es de añadir que las cuestiones que la sentencia recurrida en esta casación (véase la transcripción que de su Fundamento de Derecho vigesimoctavo se hace en el antecedente primero de esta sentencia) entiende que afectan a la legalidad del trámite de la EIA y de su precipitado, la DIA, ya fueron, las realmente relevantes (Zonas de Especial Protección de las Aves -ZEPAS- y Zonas de Protección exterior contigua

y periférica de las Reservas Naturales RN-9 de Foz de Iñarbe, RN-10 de Poche de Chinchurrinea y RN-11 de Gaztelu, pues este Tribunal por razones de temporalidad del estudio de impacto ambiental y de corrección con anterioridad a la DIA no considera como tal la extemporaneidad de la consulta al ICONA) analizadas en la Sentencia de esta Sala y Sección de fecha 14 julio 1997 -determinando una de ellas (Zonas de Protección Exterior) el que se confirmara en ese punto la sentencia de instancia-, a la que nos remitimos en cuanto al examen de esas cuestiones.".

(STS de 17 de Noviembre de 1998. Sala 3ª, Secc. 3ª. Magistrado Ponente Sr. Menéndez Pérez. Art. 10522).

XVII. ORGANIZACION

FEDERACIONES DEPORTIVAS

Son asociaciones de carácter privado que ejercen por delegación la potestad disciplinaria deportiva, por lo que carecen de legitimación procesal para recurrir en sede jurisdiccional las resoluciones firmes que dicte el Comité Superior de Disciplina Deportiva.

"Interpretando el régimen jurídico vigente al tiempo en que se dictó la resolución administrativa impugnada en el proceso, constituido, en lo que ahora importa, por la Ley 13/1980, de 31 marzo, General de la Cultura Física y del Deporte, y por el Real Decreto 643/1984, de 28 marzo, sobre Estructuras Federativas, se afirmó: a) que las Federaciones aparecen configuradas como asociaciones de carácter privado, a las que se atribuyen funciones públicas de carácter administrativo (por todas, STC 67/1985, de 24 mayo; b) que una de dichas funciones públicas lo es la sancionadora (STC 8 junio 1989, dictada en recurso extraordinario de revisión, en su fundamento de derecho tercero), y en suma aquellas a las que se refiere el artículo 16 de la Ley 13/1980 (misma STS, en su fundamento de derecho quinto); y c) que al actuar en todos esos casos -los previstos en el precepto que acaba de ser citado tendrán la consideración de Agentes de la Administración (STS 24 junio 1988, fundamento de derecho tercero). En síntesis, "las Federaciones Deportivas Españolas atienden al desarrollo específico de la modalidad deportiva correspondiente, a través del ejercicio de funciones propias y delegadas por la Administración del Estado, bajo la coordinación del Consejo Superior de Deportes" (artículo 1º.2 del Real Decreto 643/1984), comprendiéndose en estas últimas el ejercicio de la potestad disciplinaria (artículo 3º.2 de la Ley citada), se adscribe orgánicamente el Comité Superior de Disciplina Deportiva [artículo 34.2, c) de la misma], ante el cual son re-

curribles los acuerdos que adopten las Federaciones en esa materia (artículo 34.3), sin que contra sus resoluciones quepa recurso administrativo alguno (artículo 37.1).
Las conclusiones interpretativas entonces obtenidas se reafirman explícitamente en el régimen jurídico instaurado por la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, en cuyo artículo 30.2 se dispone que "las Federaciones Deportivas Españolas, además de sus propias atribuciones, ejercen, por delegación, funciones públicas de carácter administrativo, actuando en este caso como agentes colaboradores de la Administración Pública"; añadiendo el artículo 33.1 que "las Federaciones Deportivas Españolas, bajo la coordinación y tutela del Consejo Superior de Deportes ejercerán las siguientes funciones: ... f) ... la potestad disciplinaria ..."; respecto de la cual, el artículo 84.5 dispone que "las resoluciones del Comité Español de Disciplina Deportiva agotan la vía administrativa y se ejecutarán, en su caso, que será responsable de su estricto y efectivo cumplimiento". Previsiones luego recogidas en los artículo 1.1, párrafo segundo, y 3.1. f) del Real Decreto 1835/1991, de 20 diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas, y 67 del Real Decreto 1591/1992, de 23 diciembre, sobre Disciplina Deportiva.
Resulta así, por aplicación del régimen jurídico expuesto, que esas asociaciones de carácter privado que son las Federaciones Deportivas, ejercen por delegación, como función pública de carácter administrativo, bajo la coordinación y tutela del Consejo Superior de Deportes, la potestad disciplinaria deportiva, actuando en este caso como agentes colaboradores de la Administración Pública. Lo cual, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 28.4, b) de la Ley de la Jurisdicción, transcrito al principio, les priva de legitimación procesal para recurrir en sede jurisdiccional la resolución final que en sede administrativa ultima el control de sus propias decisiones dictadas en ejercicio de esa potestad.".

(STS de 5 de Octubre de 1998. Sala 3ª, Secc. 3ª. Magistrado Ponente Sr. Menéndez Pérez. Art. 7731).

XVIII. PERSONAL

SISTEMA DE PROMOCION INTERNA

Es de carácter básico la exigencia de que los aspirantes se encuentren en activo en un grupo de titulación inmediatamente inferior al que se pretende acceder.

"También deben ser examinados conjuntamente el motivo tercero del recurso de doña María Angustias M.S. y demás litisconsortes, y el motivo segundo al amparo del ordinal 4º del artículo 95.1 de la Ley Jurisdiccional,

constituyen un mismo motivo al referirse a la aplicación indebida del artículo 22.1 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, y consiguiente infracción del artículo 14.1 del Real Decreto 118/1991, respecto de la anulación por la sentencia recurrida de la base II, segundo párrafo, cuando permite participar en las pruebas por el Sistema de Promoción Interna a los aspirantes que, entre otros requisitos, se encuentren en activo en «alguno de los grupos inferiores de la función administrativa...». La sentencia de instancia sostiene que ello es contrario tanto al artículo 22.1 de la Ley 30/1984, como al artículo 34.4.1, c) de la Ley 4/1990, en la interpretación que la misma hace de dicha norma, en cuanto en ambos es condición de la promoción interna que tenga lugar exclusivamente de un grupo de titulación a otro inmediatamente superior.

La cuestión planteada ha sido ya resuelta por la Sala en Sentencias de 7 octubre 1997 y 26 junio 1998, que en recursos similares al presente confirmaron la anulación de previsiones análogas contenidas en sendas convocatorias ajustadas a la normativa que se impugna en el presente proceso, por entender que el artículo 22.1 de la Ley 30/1984, según el cual la promoción interna consiste en el ascenso desde Cuerpos o Escalas de un Grupo de titulación a otros del inmediato superior, es un precepto declarado básico en el artículo 1.3 de la misma, y por eso aplicable al personal de todas las Administraciones Públicas, añadiendo dichas sentencias que aunque se admita que con arreglo a la disposición transitoria cuarta de la Ley 30/1984, el personal estatutario no sanitario de las Instituciones de la Seguridad Social debe regirse por la legislación que al respecto se dicte, sin embargo las especialidades que pueden contenerse en esta legislación no pueden alcanzar a vulnerar el sentido y límites de las normas básicas, dictadas al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución, doctrina ésta que no puede ser desvirtuada en el presente caso por la alegación que el Servicio Andaluz de Salud formula en el sentido de que, a su juicio, existe una norma específica sobre la materia que es la Ley 14/1986, General de Sanidad, por lo que debe aplicarse su contenido aunque resulte contradictorio al de la Ley 30/1984, pues aparte de que ello constituye una cuestión nueva, no alegada en la instancia y no susceptible, por tanto, de ser introducida en el proceso a través de la casación, lo cierto es que la pretendida norma específica no es sino el anuncio en el artículo 84 de la citada Ley 14/1986 de un futuro Estatuto-Marco que contendrá la normativa básica aplicable al personal de la Seguridad Social, lo que evidentemente no basta para excluir la aplicación al caso del tan repetido artículo 22.1 de la Ley 30/1984. Por lo demás, el artículo 14.1 del Real Decreto 118/1991, que se refiere a grupos de clasificación «iguales o inferiores», en relación con la provisión de plazas por el Sistema de Promoción Interna, en cuanto norma de fecha posterior a la de la resolución administrativa aquí impugnada, es claro que no podía ser aplicada al caso, ni hubiera podido serlo en la interpretación pretendida por los recurrentes al aceptar la Sala, como ha hecho en las precedentes sentencias y por exigencias del principio de unidad se da al artículo 34.4.1, c) de la Ley

4/1990, todo lo cual comporta la desestimación de los motivos de casación enjuiciados en el presente fundamento de derecho.".

(STS de 22 de Octubre de 1998. Sala 3ª, Secc. 7ª. Magistrado Ponente Sr. Lescure Martín. Art. 9037).

XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

MUTUO ACUERDO Y PROCEDIMIENTO DE LESIVIDAD

La determinación del justiprecio por mutuo acuerdo, engendra un derecho subjetivo del que la Administración no puede desligarse ni revocarlo más que declarándolo lesivo para el interés público.

"Como primer motivo se invoca la infracción del ordenamiento sobre convenios entre la Administración y los particulares; concretamente: artículo 111 del Texto Refundido del Régimen Local (Real Decreto Legislativo 781/1986); 234 del entonces vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo (Real Decreto 1346/1976); 24 LEF; 2.7 de la Ley de Contratos del Estado (Decreto 923/1965; y 8 y 11 del Reglamento de Régimen Interior de la Gerencia Municipal de Urbanismo, aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Madrid, en 30 de septiembre de 1983.

La extensa exposición que, con apoyo legal, jurisprudencial y legal, hace la parte recurrente, pretende -y a juicio de esta Sala consigue- demostrar que no puede compartirse el razonamiento a través del que la sentencia impugnada llega a la conclusión de que «no consta que la Administración se comprometiera claramente (sic) a aceptar las valoraciones presentadas aquí por los aquí recurrentes de los bienes expropiados».

Sin perjuicio de cuanto luego ha de decirse conviene adelantar ya que esto que dice la sentencia pugna abiertamente con el propio tenor literal de la estipulación con los afectados por la ejecución del PERI 18/5, en cuanto que, explícita y claramente, la Administración se compromete a que «en cuanto a las valoraciones expropiatorias se aceptarán las presentadas por los interesados, en cuanto no sean contrarias a derecho».

Ahora bien, como quiera que en los convenios citados no se arbitra un procedimiento concreto para dar cumplimiento a dicho compromiso, la parte que aquí aparece como recurrente sin renunciar en ningún momento a lo pactado, antes bien, reiterando la vigencia de los convenios, se vio embargada en el procedimiento contradictorio para la fijación del justiprecio que prevé la Ley de Expropiación Forzosa.

Tampoco puede entenderse que la citada estipulación tercera queda desvirtuada -como pretende la sentencia- por el hecho de que en el convenio se dejaran a salvo «las acciones correspondientes que se puedan entablar so-

bre aquéllas», entre otras razones porque esta frase se refiere a la posible contradicción con el ordenamiento jurídico de aquellas valoraciones, según resulta de combinar esa estipulación con la cláusula aclaratoria del 2º convenio.

Y es claro que de existir tal contradicción de las valoraciones presentadas por los interesados, la Administración tendría que probarlo y, en su caso, iniciar el correspondiente proceso de lesividad, lo cual no ha verificado, dada la transparencia y licitud de los acuerdos.

Dada la incuestionables naturaleza administrativa del convenio suscrito -en cuanto que está dirigido a la consecución de un fin de interés público cual es la ejecución del planeamiento- el mismo goza de la presunción de legalidad y ejecutividad que ostentan los actos administrativos, vinculando su contenido también a la Administración firmante que, en caso de entender que vulnera el ordenamiento, contaba con unos concretos instrumentos de impugnación, previstos en los artículos 109 y siguientes de la anterior Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 julio 1958, sin que -dada la plena adecuación al derecho de dichos convenios- haya hecho uso de duchas potestades revisoras, únicas a las que lícitamente puede referirse la reserva de acciones, recogida en la sentencia ahora impugnada como fundamento para «no ... tener en cuenta los citados Convenios en relación con la fijación del valor de los bienes expropiados».

En este sentido la STS, de la Sala 3ª (Sección 6ª) de 5 diciembre 1992, en su fundamento tercero dice que la prestación del acuerdo mutuo en el justiprecio de un bien expropiado: «... alcanzó la plena validez y engendró un derecho subjetivo ... a obtener la cantidad fijada como contraprestación a la adquisición de los bienes expropiados, y como tal negocio jurídico es un acto administrativo recogido por la normativa específica de tales actos, la Administración no puede desligarse del convenio ni revocarlo más que declarándolo lesivo para el interés público e impugnándolo ante esta Jurisdicción como establece el art. 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo».

Y todo esto sin olvidar -aunque con lo dicho basta y sobra para demostrar la inconsistencia de la postura de la Administración- que el artículo 1288 del Código Civil dice que «La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiere ocasionado la oscuridad» que, en un convenio como el que nos ocupa, no puede ser otra que la Administración.".

(STS de 17 de Diciembre de 1998. Sala 3ª, Secc. 6ª. Magistrado Ponente Sr. González Navarro. Art. 10219).

XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

CONTROL DE ACTOS Y ACUERDOS DE LAS ENTIDADES LOCALES

No es posible que una normativa autonómica imponga a los Ayuntamientos obligaciones más gravosas que las establecidas en la Ley 7/85, en relación con la remisión de copias o extractos de los actos y acuerdos adoptados por los mismos.

> "La sentencia de instancia, con el argumento de que los artículos impugnados del Decreto 148/1990 violan los artículos 56 y 64 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local 7/1985, de 2 abril, anuló los artículos 1 y 2 de dicha norma, y frente a la sentencia ha interpuesto recurso de apelación la Generalidad Valenciana.
> Dicha apelación debe ser desestimada ya que, en efecto, los artículos impugnados violan preceptos de la Ley estatal 7/1985, de 2 abril, que una es Ley Básica. Todo ello como veremos a continuación.
> El artículo 56.1 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local impone a los Ayuntamientos la obligación de remitir a (...) la Administración de la Comunidad Autónoma respectiva «copia o en su caso, extracto comprensivo de los actos y acuerdos de las mismas». Y añade el precepto que eso habrá de ser «en los plazos y formas que reglamentariamente se dictaminen», de suerte que el precepto permite que por la vía reglamentaria se complete la regulación legal, que en todo caso debe ser respetada. Ahora bien, la remisión a la regulación reglamentaria no incluye la determinación de lo que haya de remitirse, ya que ello está ya previsto por la Ley, a saber, «copia y, en su caso, extracto comprensivo de los actos y acuerdos de las mismas». En consecuencia, tal precepto resulta violado por el artículo 1º del Decreto recurrido, en cuanto éste impone la remisión de una cosa distinta, es decir, no sólo de la copia o extracto del acto o acuerdo, sino un plano de emplazamiento, una expresión gráfica o escrita de las características de la edificación y de la parcela, y copias de los informes técnico y jurídico previos. Esta carga excede de la impuesta en la Ley, y el precepto que la contiene debe por ello ser anulado.
> Ocurre, además, que el núm. 2 del precepto recurrido otorga un plazo de 6 días para que el Ayuntamiento, una vez requerido, notifique el acto con toda esa documentación (sin perjuicio de que pueda hacerlo también antes de ser requerido, pero en todo caso acompañando a la copia o extracto del acuerdo la documentación ya mencionada), de suerte que el señalamiento de ese plazo de 6 días viola el artículo 64 de la Ley 7/1985, que establece un plazo de 20 días para que el Ayuntamiento pueda contestar a la petición de ampliación.
> De la misma manera, el artículo 2 del Decreto que se recurre es disconforme a Derecho por violar el artículo 56.1 de la Ley 7/1985, pues impone algo no exigido en ésta, a saber, que se envíe no sólo copia o extracto del acuerdo de aprobación definitiva de instrumentos urbanísticos sino «copia de las actuaciones».
> Debe, pues, confirmarse la sentencia impugnada.

Aunque debemos consignar que cuando el artículo 56.1 de la Ley 7/1985 impone la remisión de «copia o, en su caso, extracto del acuerdo», no está permitiendo la remisión de cualquier cosa, por difícil que resulte venir en conocimiento del contenido del acuerdo. Porque el artículo 93.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo impone que la resolución contenga «la decisión» que se toma y no puede decirse que la expresión de la decisión sea correcta si no incorpora debidamente los extremos necesarios para saber de qué decisión se trata. Expresiones del acuerdo o de la notificación tales como «se concede la licencia solicitada» o «se concede la licencia a que se refiere el presente expediente» o «se aprueba definitivamente el Estudio de Detalle de que se trata» podrán ser válidas para el Ayuntamiento y para el solicitante de la licencia o el promotor del Estudio de Detalle, (que conocen el expediente) pero en absoluto lo serán para los terceros que lo desconocen, como la Comunidad Autónoma. Así, por ejemplo, la remisión de un acuerdo concediendo una licencia habrá de contener, al menos, qué es lo que se autoriza, siendo ya misión de la Comunidad Autónoma solicitar, si desea más información, los datos complementarios necesarios (artículo 64 de la Ley 7/1985). Sin esa mínima información primera, no comienzan a correr los plazos que establecen los artículo 64 y 65 para que la Comunidad Autónoma pueda impugnar judicialmente los acuerdos de las Corporaciones Locales.

Ahora bien; estas precisiones no añaden nada al artículo 56.1 de la Ley 7/1985, pues ni esas mínimas referencias no puede decirse en absoluto que se haya remitido copia o extracto del acuerdo.

Lo que no es conforme a Derecho es que, en una norma autonómica reglamentaria, se exijan para la primera remisión del acuerdo datos que la Ley estatal sólo permite solicitar por vía de ampliación de la información ni que de esa forma se disminuya el plazo para su remisión.".

(STS de 12 de Noviembre de 1998. Sala 3ª, Secc. 5ª. Magistrado Ponente Sr. Yagüe Gil. Art. 8126).

Tribunal Superior de Justicia (*)

XVI. MEDIO AMBIENTE

Parque Natural de Doñana. Adecuación a Derecho de su revisión excluyendo dos términos municipales. Conceptos de medio ambiente y ordenación del territorio.

Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo el acuerdo del Consejo de Gobierno de Andalucía por el que, a propuesta del Consejero de Obras Públicas y Transportes, se aprueba el Decreto 472/1996, de 22 de octubre de Revisión del Plan Director Territorial de Coordinación de Doñana y su Entorno, formulado por Acuerdo de 20 de febrero de 1996 del Consejo de Gobierno, y se modifica parcialmente el Decreto 87/1993, de 6 de julio.

Con carácter previo al análisis de los argumentos contenidos en las respectivas demandas instando la declaración de nulidad del Decreto impugnado, resulta conveniente hacer referencia, aunque sea sucinta, al marco normativo, ciertamente complejo, con incidencia en el régimen jurídico de Doñana. Así, ciñéndonos a normativa estatal:

A) La figura jurídica del Parque Nacional de Doñana surge como consecuencia de la aprobación del Decreto 2412/1969, de 16 de octubre, que lo crea, modificado por Decreto 3101/1973, de 9 de noviembre. Su particular régimen jurídico se contiene en la Ley 91/1978, de 28 de diciembre, integrándose el Parque Nacional de Doñana en la Red de Parques Nacionales objeto de regulación en la Ley 4/1989, de 27 de mayo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestre, en virtud de los establecido en la Disposición Adicional Primera de esta última norma.

B) La Ley 15/1975, de 2 de mayo, de Espacios Naturales Protegidos, entre cuyas modalidades de protección se incluye la del Parque Nacional, prevé la constitución de un Patronato, cuya composición, en lo que al Parque Nacional de Doñana se refiere, es la citada en el art. 5 de la Ley 91/78, aprobándose su Reglamento de Régimen Interior por acuerdo del Pleno del Patronato de 26 de mayo de 1986.

C) Por Real Decreto 2421/1984, de 12 de diciembre, se aprueba el Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Nacional de Doñana, sustituido, en conformidad con lo establecido en el art. 91.1 de la Ley 4/89, de 27 de marzo,

(*) Subsección preparada por JOSE LUIS RIVERO YSERN

por el aprobado por Real Decreto 1772/1991, de 16 de diciembre y prorrogada su vigencia por Orden de 29 de febrero de 1996.

En el ámbito normativo de la Comunidad Autónoma andaluza referir que:

A) Por Ley 2/1989, de 18 de julio, se aprueba el Inventario de Espacios Naturales protegidos de Andalucía y se establecen las medidas para su protección, incluyendo, entre otros, el Parque Natural "Entorno de Doñana", aprobándose el Reglamento de Régimen Interior de su Junta Rectora por Resolución de 14 de agosto de 1991, de la Agencia de Medio Ambiente.

El Decreto 2/1997, de 7 de enero, modifica la denominación y límites del Parque Natural Entorno de Doñana, que pasa a denominarse Parque Natural de Doñana, y se aprueban el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales y el Plan Rector de Uso y Gestión del mismo, si bien sus Anexos I y II son derogados por la Ley andaluza 8/1999, de 27 de octubre, del Espacio Natural de Doñana.

B) También citar la Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía y el Decreto 77/1994, de 5 de abril, por el que se regula el ejercicio de las competencias de la junta de Andalucía en materia de ordenación del territorio y urbanismo, determinándose los órganos a los que se atribuyen.

Como normativa igualmente autonómica, pero referida al parque Nacional de Doñana, indicar que por Decreto 181/1988, de 3 de mayo, se aprueba definitivamente el Plan Director Territorial de Coordinación de Doñana y su Entorno, cuya previsión se contenía en la Disposición Adicional de la Ley 91/1978, de 28 de diciembre, sobre régimen jurídico del Parque Nacional de Doñana, y se crea la Comisión de Seguimiento y Gestión para el desarrollo del Plan, cuya revisión se acuerda por Decreto 87/1993, de 6 de julio y se aprueba por el Decreto 472/1996, de 22 de octubre, objeto del presente proceso.

Por último señalar que por Decreto 7/1996, de 9 de enero, se acuerda la formulación del Plan de Ordenación del Territorio de la Comarca de la Costa Noroeste de la provincia de Cádiz.

Al margen de cual sea la verdadera naturaleza y función del Plan Director Territorial de Coordinación de Doñana y su Entorno, si la de un instrumento urbanístico, si la propia de un plan incluido dentro de la competencia autonómica de ordenación del territorio, como parece inferirse del texto del art. 3 del Decreto impugnado, si encaja con mayor precisión dentro del ámbito competencial de la materia de medio ambiente o si participa de las características peculiares de la ordenación del territorio y del medio ambiente, al margen, repetimos, de dicha cuestión que será analizada posteriormente, corresponde ahora examinar la viabilidad de los reproches de ilegalidad que los demandantes imputan al acuerdo revisando el Plan Director Territorial de Coordinación, de carácter esencialmente formal, referidos al procedimiento seguido para su aprobación.

En esta línea, las Asociaciones recurrentes señalan que el art. 5 del Decreto 87/1993, de 6 de julio, por el que se acuerda la revisión del Plan Director

Territorial de Coordinación de Doñana y su Entorno dispone que "el plazo para la revisión del Plan Director será de dos años". En la medida en que dicho Decreto entró en vigor el 24 de julio de 1993, fecha de publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía (art. 6º) y no es hasta el 28 de noviembre de 1995 cuando se aprueba el Acta de la Comisión de Redacción de la Revisión del PDTC e incluso su aprobación definitiva no tiene lugar hasta la reunión del Consejo de Gobierno el 22 de octubre de 1996, dicho plazo habría transcurrido con exceso, siendo consecuencia de su inobservancia, al parecer de las Asociaciones demandante, la nulidad de la disposición impugnada, en tanto que el Abogado del Estado reconoce que ello no es motivo de invalidez y la Junta de Andalucía entiende que estaríamos ante una irregularidad no invalidante.

La cuestión así planteada debe residenciarse dentro del ámbito de la actuación extemporánea de las Administraciones Públicas. Partiendo del hecho acreditado del incumplimiento del plazo autoimpuesto por la Administración autonómica, en orden a sus efectos, el art. 63.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, siguiendo el criterio ya establecido en el art. 49 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, señala que "la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo". Con ello se consagra el vicio formal de la extemporaneidad como excepción a la regla general según la cual cualquier infracción del ordenamiento jurídico determina la anulabilidad del acto que haya incurrido en ella. Sólo podría hablarse de causa de anulabilidad del acto cuando el plazo para su dictado fuere esencial, impuesto por su propia naturaleza, extremo, desde luego, no presente en el particular supuesto aquí enjuiciado, máxime cuando estamos ante un procedimiento de revisión o modificación de una disposición de carácter general.

Por la Abogacía del Estado se niega que el Decreto 472/1996, de 22 de octubre del Consejo de Gobierno andaluz recurrido implique una auténtica revisión del Plan Director Territorial de Coordinación de Doñana y su Entorno. Y ello porque entiende que la mera alteración del ámbito territorial de dicho Plan, excluyendo de su inicial ámbito a los municipios gaditanos de Sanlúcar de Barrameda y Trebujena, en absoluto encajaría en el concepto legal y doctrinal de revisión del planeamiento, sino que quedaría incluido en el de la simple modificación, como lo demostraría el hecho de carecer de una Memoria en cuanto documento esencial del proceso de revisión del Plan. De aquí, concluye que el Abogado del Estado, que se ha incumplido el mandato del Consejo de Gobierno contenido en el Decreto 87/1993, de 6 de julio, acordando la revisión del PDTC de Doñana y su entorno y no su mera modificación.

Abordando la cuestión planteada en el fundamento jurídico anterior desde la óptica formal que excluye cualquier análisis de cual sea la verdadera na-

turaleza del Plan Director Territorial de Coordinación de Doñana y su Entorno, lo determine a los efectos que tratamos es que la Disposición Transitoria Cuarta.2 de la Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, señala que "los Planes Directores Territoriales de Coordinación aprobados con anterioridad continúan en vigor a la promulgación de la presente Ley. Su revisión o modificación se someterá a las disposiciones contenidas en esta Ley para los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional". Por revisión de los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional entiende el art. 26 de la Ley 1/94 autonómica, la alteración de los objetivos del Plan, así como de las determinaciones establecidas en el art. 11, apartado 1 b) o c), entre las que se cita "la indicación de las zonas para la ordenación y compatibilización de los usos del territorio y para la protección y mejora del paisaje, de los recursos naturales y del patrimonio histórico y cultural". Existe, por tanto, una identidad sustancial entre los que la normativa propia de la Comunidad Autónoma entiende por revisión del planeamiento y lo que por tal se define en el art. 154.2 del Real Decreto 2159/1978, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento, esto es, entre otros aspectos, la adopción de nuevos criterios respecto de la estructura general y orgánica del territorio a que se refiere el Plan modificado. En tal sentido, la exclusión del ámbito de eficacia del PDTC de Doñana y su Entorno de dos de los municipios que inicialmente lo integraban, implica una alteración del ámbito territorial del PDTC encuadrable dentro del concepto legal de revisión del planeamiento y no en el de simple modificación, pues difícil es de concebir mayor alteración en la regulación afectante a un determinado espacio físico en el que se aplica el instrumento e planeamiento que el de la exclusión del mismo del ámbito de eficacia del Plan.

Por otro lado, en lo que se de refiere a la ausencia de Memoria, y al margen de que tal documento sea exigible no solo en los supuestos de revisión sino también en los de modificación del planeamiento, lo cierto es que su función de documento que incorpora la motivación de la decisión administrativa a fin de evitar la arbitrariedad en el ejercicio de una función profundamente discrecional como es la del planeamiento, la cumple, aunque no se le otorgue dicha denominación, el documento que contiene las conclusiones de Diagnósticos, Objetivos y Estrategias de Actuación, aceptadas por la Comisión de Redacción para la revisión del PDTC de Doñana y su Entorno. Hay pues que constatar la existencia de Memoria, sin que sea este el momento de analizar su contenido, sino exclusivamente de poner de relieve que la normativa que obliga a la elaboración de un documento de tal finalidad y características ha sido observado y no cabe apreciar motivo de nulidad alguno por tal razón.

Continuando con el análisis de los defectos formales, de naturaleza exclusivamente procedimental, que las entidades demandantes imputan al Decreto impugnado, por parte de las Asociaciones recurrentes se invoca el incumplimiento del mandato establecido en el art. 113.2 del Texto Refundi-

do de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, en cuanto que, señalándose en dicho precepto que en la tramitación de los Planes Directores Territoriales de Coordinación deberá asegurarse el trámite de audiencia a la Administración del Estado en aquellos aspectos que sean de su competencia, y quedando afectados el dominio público marítimo-terrestre y el hidrológico, se ha omitido indebidamente el trámite de audiencia a organismos interesados tales como la Dirección General de Costas y las Confederaciones Hidrográficas del Guadalquivir y del Guadiana.

Además, se dice en la demanda, se ha eludido el importante trámite de control de los órganos de participación pública de los Parques Nacional y Natural de Doñana previstos en sus respectivos Reglamentos de Régimen Interior y que son el Pleno del Patronato del Parque Nacional de Doñana y la Junta Rectora del Parque Natural del Entorno de Doñana.

La omisión del preceptivo trámite de audiencia la extienden las Asociaciones demandantes igualmente a la Comisión de Seguimiento y Gestión del PDTC de Doñana y su Entorno creada por el Decreto 181/1988, de 3 de mayo, llegando por último a indicar la Abogacía del Estado que también se ha incumplido el citado trámite respecto al Consejo Consultivo de Andalucía, preceptivo según el art. 16.8.d) de su Ley constitutiva.

Al igual que expusimos en el fundamento jurídico quinto de la presente sentencia, la cuestión de la observancia del esencial trámite de audiencia en el procedimiento de revisión del Plan Director Territorial de Coordinación de Doñana y su Entorno, debe analizarse al margen de cual sea auténtica naturaleza, alcance y contenido.

Como se indica en el Preámbulo del propio Decreto 181/1988, de 3 de mayo, por el que se aprueba definitivamente el PDTC de Doñana y su Entorno, su elaboración se hizo de conformidad con lo previsto en el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/76, de 9 de abril y Reglamento de Planeamiento, en virtud de la competencia exclusiva que a la Comunidad Autónoma de Andalucía atribuye el art. 13.8 de su Estatuto de Autonomía en materia de ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda.

Considerando entonces el PDTC de Doñana y su Entorno como instrumento de planeamiento, es decir, abordando la cuestión exclusivamente desde la perspectiva que se refleja del propio nomen iuris de la norma, dicho Plan Director queda sujeto a las previsiones contenidas en la Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, cuyo art. 1 señala como objeto de la Ley la regulación de los instrumentos y procedimiento necesarios para el ejercicio por la Junta de Andalucía de su competencia en Ordenación del Territorio. De aquí que resulte esencial, en la cuestión que abordamos, la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 1/94, cuyo número 1 establece que "en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía, los instrumentos de ordenación del territorio establecidos en esta Ley sustituyen a los Planes Di-

rectores Territoriales de Coordinación previstos en el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1/1992, de 26 de junio, no siendo de aplicación cuantas disposiciones se opongan a lo dispuesto en la presente ley" y añadiendo el número 2 de la transcrita Disposición Adicional que "los Planes Directores Territoriales de Coordinación aprobados con anterioridad continúan en vigor a la promulgación de la presente Ley. Su revisión o modificación se someterá a las disposiciones contenidas en esta Ley para los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional". Es el art. 27 de la Ley 1/94 el que dispone en su apartado 1º que la revisión de los Planes de Ordenación del Territorio se someterá a las mismas disposiciones establecidas para su elaboración, lo que obliga a remitirse al art. 13 de la norma que tratamos y de cuyo texto se extrae como primera conclusión el que, además de la esencial y preceptiva información pública, se debe dar audiencia a las Administraciones y Entidades Públicas afectadas por razón de su competencia.

Del examen del expediente administrativo se infiere la observancia del trámite de información pública, lo que motivó que las Asociaciones recurrentes formularan alegaciones. Igualmente se ha dado audiencia a las Corporaciones locales afectadas. También dicho trámite se ha respetado respecto al Patronato del Parque Nacional de Doñana, pues a diferencia de lo sostenido en la demanda, al folio 193 del expediente administrativo, obra escrito dirigido al Presidente del Patronato, con el oportuno sello registrando su entrada, confiriendo al citado órgano un plazo de dos meses para que formulara las alegaciones que estimase oportunas y remitiendo el documento de propuesta de alteración del ámbito territorial del PDTC de Doñana y su Entorno, sin que el Patronato formulara alegación alguna al respecto.

Por otro lado, las funciones relativas a informe del planeamiento urbanístico atribuidas a la Comisión de Seguimiento y Gestión para el desarrollo del Plan Director Territorial de Coordinación de Doñana y su Entorno, creada en virtud del Decreto 181/1988, de 3 de mayo, han sido asumidas, según resulta de la Disposición Adicional Cuarta-párrafo 2º del Decreto 77/1994, de 5 de abril, por el que se regula el ejercicio de las competencias de la Junta de Andalucía en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo, por las Comisiones Provinciales de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cádiz, Huelva y Sevilla, resultando del expediente administrativo que sí se ha recabado el informe de las citadas Comisiones Provinciales.

A la que no se ha dado audiencia es a la Junta Receptora del Parque Natural Entorno de Doñana, si bien en este aspecto el Tribunal hace propias las conclusiones que respecto a su innecesariedad se contienen en el informe de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía. Así, el Decreto 11/1990, de 30 de enero, por el que se regulaban las funciones de la Junta Rectora citada, entre las que se encontraba la de informar sobre toda clase de planes y sus modificaciones cuando afectaran al ámbito territorial del Parque Natural, fue declarado nulo por sentencia firme de esta Sala de 11 de diciembre de 1995 (re-

curso 633/90) sin que, desde entonces, norma alguna atribuya específicamente dicha función a la Junta Rectora e incluso pudiéramos añadir que los representantes de entidades y grupos que la conforman ya han tenido oportunidad de formular las alegaciones que considerasen oportunas al integrarse en otros órganos y entidades que sí han sido oídos.

Por último indicar que el art. 16.8.d) de la Ley 8/1993, de creación del Consejo Consultivo de Andalucía prevé la consulta preceptiva de dicho órgano en los expedientes tramitados por la Administración de la Comunidad Autónoma, cuando esta se exija por ley y se refiera, entre otras materias, a la modificación de figuras de planeamiento que tengan por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de zonas verdes o espacios libres previstos en un plan, es decir, en puntuales aspectos de calificación urbanística alejados de al finalidad y objeto de la revisión del PDTC de Doñana y su Entorno.

No se aprecian, por tanto, vicios procedimentales que pudieran determinar la nulidad del Decreto impugnado.

Residenciándolo en el denominado control del ejercicio de la potestad discrecional de ordenación jurídica del territorio atribuida a la Administración autonómica, los demandantes reprochan al Decreto impugnado el que sea resultado de un ejercicio arbitrario de dicha potestad, sobrepasando los límites que el ordenamiento jurídico marca. Así, se dice por los actores que la Administración ha incumplido la previsión contenida en el art. 2º del Decreto 87/1993, de 6 de julio, por el que se acuerda la revisión del PDTC de Doñana y su Entorno de que su revisión tenga por finalidad adaptar el Plan vigente de conformidad con el mandato contenido en el punto nº 20 de la Resolución del Parlamento de Andalucía de 29 y 30 de junio de 1992, así como, añaden las Asociaciones recurrentes, existiría contradicción con otra Resolución del Parlamento de 25 y 26 de julio de 1995, que en su apartado E), punto 11.2 plantea la ampliación del Parque Natural al municipio de Trebujena, incluyendo la zona denominada Codo de la Esparraguera.

También se reprocha a la disposición recurrida la violación del mandato igualmente recogido en el art. 2º del Decreto 87/1993, de que la revisión del PDTC se adapte a las determinaciones de las normas e instrumentos de planificación medio ambiental aprobados con posterioridad, así como el que el Decreto 472/96 justifique la exclusión de los municipios de Sanlúcar de Barrameda y Trebujena del Plan Director porque ambos municipios, junto con los de Chipiona y Rota constituyen un ámbito con características propias y gran dinamismo que aconsejan la formulación de un Plan de ordenación del territorio propio, que sería el Plan de la Comarca de la Costa Noroeste de la provincia de Cádiz, cuando, en realidad, dicho Plan subregional todavía no se ha aprobado, sin que, a juicio siempre de los demandantes, resulte posible jurídicamente derogar una regulación protectora sustituyéndola por el vacío normativo, rompiendo así la prelación en la elaboración de los Planes Subregionales contenida en la Ley 1/94, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Examinando separadamente cada una de las cuestiones que se plantean en el fundamento jurídico precedente debe señalarse que en el Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía nº 185, de 10 de julio de 1992, se publicó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 63.1 del Reglamento de la Cámara, y como Resoluciones relativas al Estado de la Comunidad Autónoma de Andalucía la que con el número 20 suponía que el Parlamento andaluz instaba al Consejo de Gobierno a que adecue los planeamientos urbanísticos y ambientales a las conclusiones de la Comisión Internacional de Expertos para el Desarrollo Socioeconómico del Entorno de Doñana y se impulsen las tareas del grupo de trabajo constituido para la elaboración de un programa operativo para el desarrollo socioeconómico del entorno de Doñana que perfile una adecuada planificación de las actuaciones y determine las diferentes vías de financiación de las inversiones.

En el BOPA nº 105 de 11 de agosto de 1995, se publican las Resoluciones del Pleno del Parlamento Andaluz, consecuencia del Debate General sobre la conservación del Parque Nacional de Doñana, desarrollo de su entorno y las consecuencias de todo tipo, derivadas de la posible gestión por la Junta de Andalucía, en sesión celebrada los días 25 y 26 de julio, y en cuyo apartado E) se insta al Consejo de Gobierno a que, en el marco de sus competencias, actúe directamente, y cuando no las tenga realice las gestiones necesarias, para, como se indica en el apartado 11.22º de las que se contienen, presente dicha Cámara propuesta de ampliación del Parque Nacional de Doñana y del Parque Natural del Entorno incluyendo el Codo de la Esparraguera (Trebujena) y el cinturón de los montes públicos que circunda el Parque Nacional.

Es precisamente el apartamiento del Decreto recurrido de las conclusiones del Comité Internacional de Expertos, al excluir Sanlúcar de Barrameda y Trebujena del PDTC de Doñana y su Entorno lo que, a juicio de los demandantes, determina la inobservancia de la finalidad de la revisión del planeamiento realizada por el Consejo de Gobierno. Y ello porque el Comité de Expertos en su informe dejaba claro que Sanlúcar de Barrameda y Trebujena son parte de Doñana y su Plan Director, haciendo un diagnóstico de las potencialidades y debilidades de Sanlúcar de Barrameda como centro neurálgico del modelo turístico propuesto en la zona, son críticas directas al turismo de masas y al modo de urbanizaciones turísticas, añadiendo propuestas de actividades e inversiones en los citados municipios, muy alejados, por no decir radicalmente contrarios, a lo que a la postre ha resultado con la aprobación, que el Abogado del Estado califica de sospechosamente rápida, de la revisión del PGOU de Sanlúcar de Barrameda, el Plan Parcial, el Proyecto de Urbanización y el Proyecto de Compensación, y que permite la construcción de dos hoteles, mil viviendas, un campo de golf y otros equipamientos deportivos que constituyen típicas manifestaciones del turismo de masas al que se opuso el Comité de Expertos en su informe.

Los citados argumentos no pueden determinar la declaración de nulidad del Decreto impugnado. En primer lugar porque objeto del presente pro-

ceso es única y exclusivamente el Decreto 472/1996, de 22 de octubre, por el que se aprueba la Revisión del PDTC de Doñana y su Entorno. Cualquier consideración en orden a la legalidad o ilegalidad de la resolución por la que se aprueba la Revisión del PGOU de Sanlúcar de Barrameda queda al margen de este recurso y será objeto de análisis, en su caso, en el correspondiente a la concreta impugnación de dicho planeamiento. No cabe predicar la nulidad de una disposición que acuerda la revisión de un instrumento de planeamiento sobre la base de las consecuencias que ello pudiera implicar en otro de naturaleza y finalidad muy distinta y, además, posterior en el tiempo. En lógica jurídica no cabe sostener que el contenido normativo de un Plan General de Ordenación Urbana pueda determinar la nulidad de un Plan Director Territorial de Coordinación, ni desde luego la celeridad con que se apruebe la revisión del primero de los citados ni acentúa la legalidad del que aquí examinamos, al margen de la incidencia que ello tenga en otros planos siempre distintos de aquellos en los que deben moverse los Tribunales de Justicia, que son los de estricta legalidad.

Por otro lado, es cierto que el tantas veces citado Decreto 472/96 trae causa del Decreto 87/1993, de 6 de julio, en el que se indica que la finalidad de la revisión del PDTC es la adaptación del mismo a las Resoluciones del Parlamento andaluz antes referidas y que estas, a su vez, se remiten al informe emitido por la Comisión Internacional de Expertos, pero existe una doble circunstancia que hace que no podamos hablar de nulidad del acuerdo impugnado. Y ello, en primer lugar, como consecuencia de la propia naturaleza jurídica de la Resolución parlamentaria. La determinación de su alcance y eficacia jurídica, aunque referido a las mociones que el Congreso de los Diputados y el Senado pueden aprobar en relación con el Gobierno de la Nación, pero plenamente trasladable a las relaciones Parlamento Andaluz-Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, ha constituido objeto de examen en la sentencia nº 180/91 de la Sala 1ª del Tribunal Constitucional de fecha 23 de septiembre de 1991, donde se indica que solo mediante leyes debidamente promulgadas y publicadas pueden las Cámaras legislativas establecer normas jurídicamente vinculantes para el Gobierno y la Administración. Las mociones (o resoluciones, pues el nomen es indiferente) que las Cámaras legislativas puedan aprobar, revisten una indudable "auctoritas", y su incumplimiento por parte del Ejecutivo puede desencadenar la exigencia de las responsabilidades políticas previstas, con carácter general, en el Tít. VI CE, pero, continúa el máximo interprete de la Constitución, su denominación tradicional de proposiciones no de ley indica que se trata de textos no legislativos, que no altera en absoluto la competencia de la Administración respecto de sus actos. No existe por tanto vinculación jurídica, plano exclusivo en el que no movemos en este proceso, para el Consejo de Gobierno derivado de la Resolución del Parlamento andaluz, sin que, además, exista reproche alguno competencial a la revisión del PDTC pues viene atribuida al mismo por aplicación de la Disposición Adicional Cuarta en relación con el art. 13 de la Ley 1/94, de 11 de enero, de Ordenación del

Territorio y concordantes del Decreto 77/1994, de 5 de abril, por el que se regula el ejercicio de las competencias de la Junta de Andalucía en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo, determinándose los órganos a los que se atribuyen, y todo ello al margen, además, que fue el propio Consejo de Gobierno andaluz, y todo ello al margen, además, que fue el propio Consejo de Gobierno andaluz el que, en acuerdo de 20 de febrero de 1996, cuya impugnación no consta que se hubiera producido, decidió, en el ejercicio de sus competencias, que la revisión se limitase a la modificación del ámbito territorial del Plan Director Territorial de Coordinación de Doñana y su Entorno, siendo este acuerdo publicado en el BOJA nº 35 de 19 de marzo de 1996.

Junto a lo ya expuesto existe otro motivo por el que no podemos calificar de nulo el acuerdo de revisión del Plan Director. La exclusión de los municipios de Sanlúcar de Barrameda y Trebujena del ámbito de aplicación del Plan Director Territorial de Coordinación de Doñana y su Entorno y el Dictamen que sobre estrategias para el desarrollo socioeconómico sostenible del Entorno Doñana elaboró la Comisión Internacional de Expertos, no guarda una relación que permita afirmar la nulidad del primer acuerdo citado por no seguir las recomendaciones contenidas en el citado dictamen. Cuando el Consejo de Gobierno, haciendo uso de una potestad legalmente reconocida, aprueba la revisión del PDTC en los exclusivos términos de sustraer dos municipios del ámbito del instrumento de ordenación del territorio referido, no tiene por qué sujetarse a las conclusiones del dictamen de la Comisión de Expertos pues no deja de ser un informe que, en ningún caso, tiene carácter vinculante. Pero es que, además, los demandantes en ningún caso han acreditado lo que afirman, es decir, que la exclusión de los municipios de Sanlúcar de Barrameda y Trebujena del PDTC suponga apartarse de las recomendaciones contenidas en el Dictamen de expertos. En realidad las imputaciones de que con ello se favorece un turismo de masa contrario a lo recomendado por la citada Comisión Internacional no se hacen, ni pueden hacerse, al acuerdo de revisión del PDTC, sino que ello, en su caso, como puras hipótesis y a los solos efectos dialécticos pues no constituye el objeto de este proceso, será reproche que pueda hacerse al acuerdo de revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Sanlúcar de Barrameda. por último, para cerrar este punto, no corresponde a este Tribunal determinar si son o no acertadas las razones por las cuales, siguiendo las conclusiones del documento de Diagnóstico, Objetivos y Estrategias de Actuación, asumidas por la Comisión de Redacción para la revisión del PDTC de Doñana y su Entorno, se excluye de su ámbito a los tantas veces referidos municipios. Dicha decisión es consecuencia del ejercicio de una potestad administrativa esencialmente discrecional que, ciertamente está sujeta a control judicial y que encuentra uno de sus límites en la arbitrariedad en su uso, pero ninguno de los demandantes ha demostrado mínimamente que el acuerdo recurrido participe de las normas de arbitrariedad o irracionalidad que permitan calificarlo de contrario a Derecho. En definitiva no se ha de-

mostrado que el acuerdo revisor exceda del marco o límites de tolerabilidad propios del ejercicio de una potestad discrecional.

En el último párrafo del fundamento jurídico octavo se hace referencia a que los actores niegan la posibilidad legal de revisión del PDTC de Doñana y su Entorno, excluyendo dos municipios de su ámbito, sin que previamente se apruebe el Plan Subregional correspondiente y que, en el presente caso, es el de la Comarca de la Costa Noroeste de la provincia de Cádiz y ello, se afirma, porque dejaría desprotegida medioambientalmente el territorio excluido e inicialmente protegido y porque iría en contra del principio de prelación en la elaboración de los Planes que establece la Ley andaluza de Ordenación del Territorio.

Al respecto cabe afirmar que la Ley 1/1994, de 11 de enero, se limita a afirmar en su disposición adicional cuarta que los instrumentos de ordenación del territorio establecidos en dicha ley sustituyen a los Planes Directores Territoriales de Coordinación previstos en el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobados por el Real Decreto 1/1992, de 26 de junio y que los aprobados con anterioridad, como el de Doñana y su Entorno, continúan en vigor a la promulgación de la cita normal legal, sometiéndose su revisión o modificación a las disposiciones de la propia Ley para los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional, pero de esta disposición ni de ningún otro precepto se llega a la conclusión, erróneamente sostenida por los recurrentes, de que haya prelación temporal alguna entre la revisión del PDTC de Doñana y la aprobación del Plan Subregional citado anteriormente.

Por otro lado afirmar la desprotección medioambiental que para Sanlúcar de Barrameda y Trebujena supone su exclusión del PDTC de Doñana y su Entorno obliga, en última instancia, determinar cual es la verdadera naturaleza del Plan Director, si el propio de un instrumento de ordenación del territorio o mas bien, o además, el de una norma de protección ambiental, con las consecuencias que lo implica en el ejercicio de competencias constitucionalmente diferenciadas, aspecto que al guardar estrecha relación con la también imputación de los recurrentes de que no se ha respetado el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas establecido en la Constitución, será analizado a continuación de forma unitaria.

Queda finalmente por dilucidar si el Decreto autonómico cuya nulidad se insta incumple la finalidad de la norma creadora del Parque Nacional de Doñana y, en concreto, si viola el sistema competencial establecido en el bloque de constitucionalidad. Así, por los demandantes se afirma que la Ley 91/1978, de 28 de diciembre, sobre régimen jurídico del Parque Nacional de Doñana, cuya disposición final es precisamente la que ordena la aprobación de un Plan Director Territorial de Coordinación de la Comarca de Doñana, en el que estaban incluidos los municipios gaditanos de Sanlúcar de Barrameda y Trebujena que ahora se excluyen, tiene por finalidad proteger valores esencialmente medioambientales, provocando la citada exclusión

una situación de desprotección que no se colma con ningún otro instrumento de idéntica finalidad. Con ello, se dice por los actores, el ejecutivo autonómico no establece ninguna medida adicional de protección que vele por la utilización racional de los recursos naturales, tal y como establece el art. 45.2 CE, sino que, por el contrario, se desprotege, vaciando con dicha derogación parcial y encubierta que la revisión implica, un título competencial como el de aprobación de la legislación básica sobre protección del medio ambiente que el art. 149.1.23ª reserva en favor del Estado, en tanto que el art. 148.1.9ª CE y art. 15.1.7ª del Estatuto de Autonomía solo confieren a la Comunidad Autónoma facultades ejecutivas y de gestión.

Por su parte, la Letrada de la Junta de Andalucía afirma que el título competencial habilitante para la aprobación del Decreto impugnado no es otro que el de ordenación del territorio, asumido como competencia exclusiva sobre dicha materia según establece el art. 13.8 del Estatuto de Autonomía para Andalucía y art. 148.3 CE. Así, el ámbito de protección del medio ambiente, como uno de los posibles frentes de actuación legal sobre un mismo territorio, tiene lugar con la aprobación por Decreto 2/1997, de 7 de enero, de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales y Rector de Uso y Gestión de Doñana, además del Plan Especial de Protección del Medio Físico de la Provincia de Cádiz, aprobado por Resolución de 7 de julio de 1996 y que todavía parte del término municipal de Sanlúcar de Barrameda se incluya en el Parque Natural de Doñana (antes del Entorno de Doñana). El otro frente de actuación posible sería el de ordenación del territorio mediante, en su día la aprobación del PDTC y ahora su revisión, si bien la necesaria elaboración de un PDTC para Doñana y su Entorno se incluyó en una ley medio ambiental como es la Ley 91/78 por la única razón de que en aquellas fechas era el único instrumento legal posible para la ordenación territorial y ambiental al no existir normativa específica, en la actualidad aprobada tanto por el legislador estatal como por el autonómico.

La resolución de las cuestiones planteadas en el fundamento jurídico precedente pasa por determinar si el Plan Director Territorial de Coordinación de Doñana y su Entorno, aprobado por Decreto 181/1988, de 3 de mayo de la autoridad autonómica, y en la actualidad, como consecuencia del Decreto recurrido que lo revisa, denominado Plan de Ordenación del Territorio de Doñana, constituye, por su contenido normativo, una disposición dictada en el marco de la competencia de ordenación del territorio o si, por el contrario nos encontramos ante una norma fundamentalmente medio ambiental que encajaría mas propiamente en dicho título competencial.

La situación nos lleva a un paso previo, cual es la eliminación de las materias que comprenden los títulos competenciales de ordenación del territorio y medio ambiente, aspecto nada fácil dada la amplitud e interrelación de ambos. Así, la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 4 de julio de 1991, al analizar la cuestionada constitucionalidad de la Ley de Costas señalaba que: "Sobre el concepto mismo de ordenación del territorio son escasas las precisiones que se encuentran en nuestra doctrina. La STC 77/84

(f. j. 2º) se limita a afirmar que «tiene por objeto la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que pueda destinarse el suelo o espacio físico territorial», a lo que agregaba la STC 56/86 (que en concreto se refiere a la competencia sobre urbanismo, pero en términos perfectamente aplicables a la de ordenación territorial) que esa competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas no puede impedir al Estado el ejercicio de sus propias competencias exclusivas (f. j. 3º). Una consecuencia esta última por lo demás perfectamente obvia, pues como sucede en todos aquellos casos en los que la titularidad competencial se establece por referencia a una «política» (v. gr.: protección del medio ambiente, protección del usuario, etc.), y no por sectores concretos del ordenamiento de la actividad pública, tal competencia no puede ser entendida en términos tales que la sola incardinación del fin perseguido por la norma (o por el acto concreto) en tal política permita desconocer la competencia que a otras instancias corresponde si la misma norma o acto son contemplados desde otras perspectivas. De otra parte, y como también es obvio, la ordenación del territorio es, en nuestro sistema constitucional, un título competencial específico que tampoco puede ser ignorado, reduciéndolo a la simple capacidad de planificar, desde el punto de vista de su incidencia en el territorio, las actuaciones que por otros títulos ha de llevar a cabo el ente titular de aquella competencia, sin que de ésta se derive consecuencia alguna para la actuación de otros entes públicos sobre el mismo territorio.

La ordenación del territorio es, efectivamente, más una política que una concreta técnica y una política, además, de enorme amplitud. La Carta Europea de Ordenación del Territorio, aprobada por la CEMAT (Conferencia Europea de Ministros de Ordenación del Territorio) el 23-5-83 la define como «expresión espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de toda sociedad».

Esa enorme amplitud de su ámbito propio evidencia que quien asume, como competencia propia, la ordenación del territorio, ha de tomar en cuenta, para llevarla a cabo la incidencia territorial de todas las actuaciones de los poderes públicos, a fin de garantizar de ese modo el mejor uso de los recursos del suelo y del subsuelo, del aire y del agua y el equilibrio entre las distintas partes del territorio mismo. Cuando todas esas actuaciones sobre un mismo territorio corresponden a una sola Administración, o en términos más generales, a un sólo ente público, la ordenación del territorio planteará siempre problemas de organización, pero no originará más problemas jurídicos en sentido estricto que aquellos que surjan de la relación entre las potestades de la Administración (o los poderes del ente público) y los derechos de los particulares. Este supuesto se da raras veces, sin embargo, en la realidad. La idea de «ordenación» (o de «planificación», que es un término utilizado en otras lenguas europeas) del territorio nació justamente de la necesidad de coordinar o armonizar, desde el punto de vista de su proyección territorial, los planes de actuación de distintas Administraciones. cuando la función ordenadora se atribuye a una sola de estas Administraciones,

o, como entre nosotros sucede, a entes dotados de autonomía política constitucionalmente garantizada, esa atribución no puede entenderse en términos tan absolutos que elimine o destruya las competencias que la propia Constitución reserva al Estado, aunque el uso que ésta haga de ellas condicione necesariamente la ordenación del territorio."

Y es que el deslinde entre ordenación del territorio, medio ambiente y urbanismo es difícil, porque en muchos casos los objetivos están compartidos. Aunque la ordenación del territorio sea una competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, no obstante son diversos los títulos competenciales del Estado que inciden directamente en la ordenación del territorio. Pensemos en las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13ª CE), en las obras públicas de interés general o cuya realización afecta a mas de una Comunidad Autónoma (art. 149.1.24ª CE), puertos, aeropuertos, ferrocarriles, aprovechamientos hidráulicos, Patrimonio cultural, defensa nacional o la propia legislación básica en medio ambiente. Precisamente la multiplicidad de elementos y factores que hay que tener en cuenta para abordar la ordenación del suelo es lo que convierte el ejercicio de dicha competencia en un reto multidisciplinar y multicompetencial, donde la jerarquización, la cooperación y la coordinación, son piezas claves para lograr el éxito ante el difícil reto de ordenar el territorio y donde el instrumento jurídico por excelencia para la consecución de los objetivos de cada una de estas realidades es el Plan, nivel intermedio entre la ley y el acto administrativo aplicativo a la misma.

Pero si compleja resulta la tarea de definir la materia "ordenación del territorio", tampoco queda exenta de esa dificultad la definición de la materia "medio ambiente". A tal fin cabe traer a colación la sentencia nº 102/1995, de 26 de junio, del Pleno del Tribunal Constitucional, que en sus fundamentos jurídicos cuarto a sexto señala lo siguiente: "Que sea el medio ambiente resulta más difícil de discernir con la exactitud y el rigor que exigen las categorías jurídicas, aun cuando esa dificultad no pueda eximirnos de intentarlo en la medida necesaria para encuadrar la ley en tela de juicio y analizar luego individualmente los preceptos impugnados" (referidos a la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre). "Como principios no resulta ocioso insistir en el hecho inconcuso de que la CE, como las demás, utiliza palabras, expresiones o conceptos sin ocuparse de definirlos, por no ser misión suya y cuyo significado hay que extraer del sustrato cultural donde confluyen vectores semánticos ante todo y jurídicos en definitiva, con un contenido real procedente a su vez de distintos saberes y también de la experiencia. Este es el caso del medio ambiente que gramaticalmente comienza con una redundancia y que, en el lenguaje forense, ha de calificarse como concepto jurídico indeterminado con un talante pluridimensional y por tanto, interdisciplinar (STC 64/82). Una primera indagación semántica, según el sentido propio de las palabras utilizadas por la CE y los Estatutos, nos lleva al Diccionario

de la Real Academia Española, donde algunas acepciones de la palabra "medio" lo definen como el conjunto de circunstancias culturales, económicas y sociales en que vive una persona o grupo humano. Siendo tal el significado gramatical, no resulta sin embargo suficiente por si mismo para perfilar, el concepto jurídico que, por el momento, no comprende tantos elementos y excluye, en principio, el componente social.

A su vez, el "ambiente" comprende las condiciones o circunstancias de un lugar que parecen favorables o no para las personas, animales o cosas que en el están. Como síntesis, el "medio ambiente" consiste en el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida. Las personas aceptan o rechazan esas posibilidades, las utilizan mal o bien, en virtud de la libertad humana. El medio no determina a los seres humanos, pero los condiciona. Se afirma por ello, que el hombre no tiene medio sino mundo, a diferencia del animal. No obstante, en la CE y en otros textos el medio, el ambiente o el medio ambiente ("environment", "environnement", "Umwelt") es, en pocas palabras, el entorno vital del hombre en un régimen de armonía, que auna lo útil y lo grato. En una descomposición factorial analítica comprende una serie de elementos o agentes geológicos, climáticos, químicos, biológicos y sociales que rodean a los seres vivos y actúan sobre ellos para bien o para mal, condicionando su existencia, su identidad, su desarrollo y mas de una vez su extinción, desaparición o consumición. El ambiente, por otra parte, es un concepto esencialmente antropocéntrico y relativo. No hay ni puede haber una idea abstracta, intemporal y utópica del medio, fuera del tiempo y del espacio. Es siempre una concepción concreta, perteneciente al hoy y operante aquí.

Una vez utilizado para desentrañar el concepto jurídico indeterminado del medio ambiente su componente semántico, queda otro camino para indagar cual sea su contenido, camino que no puede ser otro sino el ordenamiento jurídico, desde donde se llega escalando hasta el nivel constitucional, que a su vez le da su luz propia. Aunque a veces se hable de la CE y del ordenamiento, separándolos aparentemente al juntarlos, la realidad es que componen una estructura inescindible y, por tanto, que la una y el otro se hallan interrelacionados hasta formar una unidad alejada de cualquier dicotomía abstracta. Esto resulta patente en el esquema constitucional de distribución de competencias entre las Comunidades Autónomas y el Estado en el trance de configurar los títulos que habilitan respectivamente su actuación en cualesquiera de los sectores y materias. Así ocurre con el medio ambiente y, por ello, como no se trata de un concepto creado de la nada, "ex nihilo", conviene saber cual fuera su contenido en aquel momento histórico, 1978. La respuesta vendrá dada, al menos parcialmente, por las normas preconstitucionales al respecto, sin que tengan un valor interpretativo vinculante para un juicio de constitucionalidad aun cuando resulten útiles como orientación objetiva.

La expresión medio ambiente aparece por primera vez en el Reglamento (independiente) de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas (D

2414/61, de 30 noviembre). En la misma década son objeto de protección las poblaciones con altos niveles de contaminación atmosférica o de perturbaciones por ruidos o vibraciones (D 2107/68, de 16 agosto), adoptándose medidas para evitar la producida por partículas sólidas en suspensión en los gases vertidos al exterior por fábricas de cemento (D 2861/68 de 7 noviembre) y abordándose los problemas de la que tiene un origen industrial (OM 17 enero 1969), sin olvidar el tema del saneamiento. La Ley 38/1972 de 22 diciembre, incorpora ya a su título por primera vez la palabra "ambiente" en solitario, ambiente atmosférico (art. 1,1 y 2) y en la misma línea terminológica le sigue la Ley de Minas 22/73 de 21 julio. Por su parte, la Ley 15/1975 de 15 mayo, sobre espacios naturales protegidos, antecesora de su homónima, impugnada en este proceso, no alude explícitamente al medio, al ambiente o al medio ambiente, pero proclama como finalidad suya "contribuir a la conservación de la naturaleza" (art. 1,1 y 4). A su vez el urbanismo, por su propia esencia, que consiste en la ordenación del suelo, guarda desde siempre una relación muy estrecha con lo que se ha dado en llamar medio ambiente, como puso de manifiesto la segunda Ley del Suelo, sucesora de la promulgada en 1956 (Texto Refundido RD 1346/76 de 9 abril). En la construcción piramidal del planeamiento urbanístico, todos los Planes de Ordenación debían contener medidas para la protección del medio ambiente, [arts. 7 y 12]).

Hasta aquí el grupo normativo anterior a la Constitución sobre la materia. Una vez promulgada [y como consecuencia de la incorporación de España a la Comunidad Europea] ya la Ley de Aguas 29/85 de 2 agosto, prevé que en el otorgamiento de concesiones y autorizaciones a su amparo se considerara la posible incidencia ecológica desfavorable (art. 69). A su vez, la producción, gestión, almacenamiento, tratamiento, recuperación y eliminación de residuos tóxicos y peligrosos, sólidos, pastosos, líquidos o gaseosos son objeto de la Ley 20/86 de 14 mayo, cuya regulación pretende garantizar la protección de la salud humana, la defensa del medio ambiente y la preservación de los recursos naturales (arts. 1 y 2), algunos de ellos cuya enumeración no hace al caso aquí y ahora, exigiéndose para la autorización de industrias o actividades relacionadas con esta materia (arts. 1,1, 2, 3,2 y 4,1). A la evaluación de tal impacto se refiere el RD Leg. 1302/86 de 28 junio, con carácter básico, con el fin de adaptar nuestro ordenamiento al Decreto de las Comunidades Europeas, en cuya senda le siguen las Leyes valenciana y canaria de 1989 y 1990, la última de las cuales cambia lo ambiental por lo ecológico (estando recurrida aquí). Por su parte, la Ley 20/86 de 14 mayo, establece el régimen básico necesario para que la producción y gestión de residuos tóxicos y peligrosos se garantice la defensa del medio ambiente y la preservación e los recursos naturales (art. 1,1). en el ámbito urbanístico la nueva Ley reguladora (Texto Refundido, RD Leg. 1/92 de 26 junio), nada innova en esta materia y recoge textualmente lo dicho en los preceptos pertinentes de la anterior, conocida ya. Finalmente, no cabe omitir la dimen-

sión represiva que, por exigencia constitucional (art. 45,3 CE), puede corresponder a la potestad sancionadora de las Administraciones públicas, algunos de cuyos aspectos regula esta Ley 4/89, como habrá ocasión de ver más adelante y al "ius puniendi" del Estado, donde se refleja el máximo reproche social y, en consecuencia, la reacción es también más intensa. En el CP han sido tipificados, a partir de 1983, los delitos contra el medio ambiente (art. 347 bis).

La CE, en su art. 45, nos brinda algunos de los elementos del medio ambiente, los recursos naturales, aun cuando tampoco los enumere o defina. Es una noción tan vieja como el hombre, dotada de una sugestiva, aparente y falsa sencillez, derivada de su mismo objetividad, mientras que el supraconcepto en el cual se insertan es un recién llegado, complejo y propicio a lo subjetivo, problemático en suma. Sin embargo de lo dicho, hay dos bienes de la naturaleza, el aire o la atmósfera y el agua, a cuyo carácter de recurso vital y escaso hemos reconocido (STC 227/88) con una posición peculiar, en un primer plano. La pesca marítima o ciertos minerales fueron ya incluidos en este catálogo de recursos naturales, alguno como el carbón muy ligado al medio ambiente desde la misma actividad de su extracción (SSTC 147/91 y 25/89), así como la agricultura de montaña (STC 144/85). No solo la fauna, sino también la flora forman parte de este conjunto cuyo soporte físico es el suelo (y el subsuelo) que puede ser visto y regulado desde distintas perspectivas, como la ecológica, la dasocrática o forestal, la hidrológica, la minera o extractiva, la cinegética y la urbanística, a título de ejemplo y sin ánimo exhaustivo, que en su dimensión constitucional dan contenido a distintos títulos habilitantes para el reparto de distintas competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Por otra parte, ligado a todo lo ya inventariado está el paisaje, noción estética, cuyos ingredientes son naturales -la tierra, la campiña, el valle, la sierra, el mar- y culturales, históricos, con una referencia visual, el panorama o la vista, que a finales del pasado siglo obtiene la consideración de recurso, apreciado antes como tal por las aristocracias, generalizado hoy como bien colectivo, democratizado en suma y que, por ello, ha de incorporarse al concepto constitucional del medio ambiente como reflejan muchos de sus Estatutos de Autonomía que luego se dirán. En definitiva, la tierra, el suelo, el espacio natural, como patrimonio de la Humanidad, produce unos rendimientos o "rentas", los recursos, que son sus elementos y cuyo conjunto forma un sistema, dentro del cual pueden aislarse intelectualmente, por abstracción, otros subsistemas en disminución gradual, hasta la célula y el átomo.

En consecuencia, una primera aproximación nos permite una mirada descriptiva, en la cual predominen los componentes sobre el conjunto y que, en cierto modo, nos desvela una vez mas cómo los árboles no dejan ver el bosque. Así, el medio ambiente como objeto de conocimiento desde una perspectiva jurídica, estaría compuesto por los recursos naturales, concepto menos preciso hoy que otrora por obra de la investigación científica cuyo

avance ha hecho posible, por ejemplo, el aprovechamiento de los residuos y basuras, antes desechables, con el soporte físico donde nacen, se desarrollan y mueren. La flora y la fauna, los animales y los vegetales o plantas, los minerales, los tres "reinos" clásicos de la Naturaleza con mayúsculas, en el escenario que suponen el suelo y el agua, el espacio natural. Sin embargo, ya desde su aparición en nuestro ordenamiento jurídico el año 1916, sin saberlo, se incorporan otros elementos que no son naturaleza sino Historia, los monumentos, así como el paisaje, que no es solo una realidad objetiva sino un modo de mirar, distinta en cada época y cada cultura. El Estatuto de Autonomía de Madrid ofrece una fórmula especialmente valiosa por su inserción en el bloque de la constitucionalidad, formula donde se incluye la aspiración al equilibrio ecológico y se enumeran los componentes mas importantes: el aire, las aguas, los espacios naturales, la flora, la fauna y los testimonios culturales (art. 27,11). En esa tendencia se sitúa la exposición de motivos de la Ley 4/89, cuyos principios inspiradores están centrados en la idea rectora de la conservación de la naturaleza, entendida esta no sólo como "el medio en el que se desenvuelven los procesos ecológicos esenciales y los sistemas vitales básicos", sino también "como el conjunto de recursos indispensables para la misma". Sin embargo, este concepto descriptivo resulta insuficiente para explicar la fenomenología o el comportamiento en el mundo del Derecho y muy especialmente dos de sus efectos: el carácter transversal de la competencia en su configuración constitucional y, paralelamente, que lo medioambiental se convierta en el ingrediente indispensable para sazonar las demás políticas sectoriales.

Un paso mas en el camino de la síntesis, extrayendo de lo anterior su componente dinámico, donde subyace la idea de "sistema" o de "conjunto", pondrá de manifiesto que el medio ambiente no puede reducirse a la mera suma o yuxtaposición de los recursos naturales y su base física, sino que es el entramado complejo de las relaciones de todos esos elementos que, por sí mismos, tienen existencia propia y anterior, pero cuya interconexión les dota de un significado transcendente, más allá del individual de cada uno. Se trata de un concepto dinámico, en el espacio y en el tiempo. En tal sentido ha sido configurado, desde una perspectiva netamente jurídicas y con eficacia inmediata en tal ámbito, como "la asociación de elementos cuyas relaciones mutuas determinan el ámbito y las condiciones de vida, reales o ideales de las personas y de las sociedades" (Programa de las Comunidades Europeas en materia de medio ambiente, Comunicación de la Comisión al Consejo, JOC 26 mayo 1972). Lo dicho nos lleva de la mano a la ecología, concepto joven (1869) y también interdisciplinar, que ha propiciado una cierta unidad de tratamiento a viejos saberes dispersos, desde la geografía en todos sus aspectos pero en especial su vertiente humana, hasta ciencias naturales, dando un nombre nuevo a cosas muy antiguas. Aun cuando en principio se dedicara al estudio de las relaciones de una especie en concreto con su medio y, en un paso adelante, al conjunto de toda la comunidad de seres vivos confluyentes en un área dada y en unas condiciones determi-

nadas, hoy por hoy tiene como objeto los seres vivos desde el punto de vista de sus relaciones entre sí y con el ambiente, que se condensa a su vez en el concepto de ecosistema (1935), cuyo ámbito comprende no sólo el rural sino también el urbano".

En definitiva, y como indica igualmente el TC en sentencia de Pleno de 13 de febrero de 1997, la acusada interrelación entre uno y otro título competencial (ordenación del territorio y medio ambiente), requiere en cada caso un detenido examen no sólo de la finalidad de las normas, sino también y muy especialmente del contenido concreto de las mismas.

Orientados por la doctrina constitucional expuesta en el fundamento anterior, el contenido del PDTC de Doñana y su Entorno fue publicado en el BOJA nº 32 de 30 de marzo de 1993, en ejecución de la sentencia de 28 de octubre de 1992 de esta Sala (recurso nº 3255/88). Consta de una Memoria General que comprende el objeto, contenido documental y ámbito territorial del PDTC y tres partes. La primera de ellas, bajo el epígrafe de "Síntesis de información y diagnóstico", comprende una Descripción general del Area, el Diagnóstico de los principales problemas socioterritoriales y una Síntesis de la problemática socieconómica local. La segunda parte, titulada "Descripción y justificación de las determinaciones del Plan", comprende los Objetivos y criterios generales del Plan Director, la Descripción y justificación de la ordenación de usos del territorio y los criterios de intervención, el Plan en el proceso de configuración social y territorial del Area y las Bases jurídico administrativas del PDTC. La tercera y última de las partes contiene las "Determinaciones sustantivas del Plan Director", subdivididas en una Introducción, Normas Generales, Directrices de ordenación de usos del territorio, Directrices de ordenación del sistema urbano y de los sistemas de infraestructuras básicos, Directrices de desarrollo y ejecución del Plan, Señalamiento de Areas sujetas a la legislación sectorial y específica, Normas de aplicación directa y Programa de Actuación.

Pues bien, al margen de que al definir el objeto del PDTC se manifieste que la aprobación del mismo es consecuencia del ejercicio de las competencias urbanísticas de la Comunidad Autónoma y su elaboración se realizó en términos del entonces Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, sin que en ningún caso fuera objeto de un recurso contencioso-administrativo donde se cuestionara la competencia de los órganos competentes de la Comunidad Autónoma e incluso del hecho de que ni las Asociaciones demandantes ni la Abogacía del Estado concreten que aspectos, determinaciones, directrices o normas del PDTC que ahora se revisa constituyen regulación afectante o encuadrable en el título competencial del medio ambiente, al margen, repetimos, de estas significativas omisiones, lo de todo punto determinante es que examinando el contenido del PDTC que ahora se revisa no se advierte que sus normas contengan determinaciones que hagan suponer que dicho instrumento normativo regule aspectos esencialmente medio ambientales, impropios de un Plan que se califica de ordenación del territorio. El que contenga directrices relativas a los instrumentos de gestión

de Espacios Naturales Protegidos con la finalidad precisamente de consolidar una gestión y conservación de la naturaleza en el conjunto de espacios de alto interés naturalístico del entorno de Doñana, no significa que las mismas participen de una naturaleza jurídica tal que se superpongan o desplacen a las normas contenidas en los instrumentos propios de regulación medio ambiental que tanto la legislación estatal como la andaluza prevén. El que coincida una norma propia de la materia de ordenación del territorio en aspectos que pueden calificarse de medio ambientales no significa, como se deduce de la doctrina constitucional expuesta, que exista desvío en el ejercicio competencial pues esto sólo es predicable de aquellos supuestos en los cuales la competencia estatal se vacíe, elimine o destruya como consecuencia del ejercicio extralimitado de la propia Comunidad Autónoma. Por el contrario aquí, tanto las denominadas directrices como lo que se califica como normas de aplicación directa relativas a los espacios y elementos protegidos, en ningún caso impiden o dificultan que el Estado ejercite su competencia en materia de medio ambiente a través precisamente del instrumento del que el mismo se ha dotado y que no es otro que el Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Nacional de Doñana, aprobado por Real Decreto de 16 de diciembre de 1991 y prorrogado por Orden Ministerial de 29 de febrero de 1996. No puede afirmarse, por consiguiente, que el PDTC de Doñana y su Entorno tenga una naturaleza, finalidad o contenido normativo distinto o contrario al propio de la materia denominada "ordenación del territorio", competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma andaluza, sin que la Revisión del mismo, excluyendo de su ámbito a los municipios de Sanlúcar de Barrameda y Trebujena suponga vaciamiento de la competencia propia estatal en materia de medio ambiente que implique la desprotección medio ambiental de sendos términos municipales. No se aprecia definitiva norma o causa legal alguna, en los términos planteados por las partes demandantes, que deba conllevar a la declaración de nulidad del Decreto recurrido, con la consiguiente desestimación del presente recurso contencioso-administrativo.

(St. de 9 de Diciembre de 1999. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Sr. Vázquez García).

CRONICA PARLAMENTARIA

Crónica Parlamentaria

LA LEY DE CAJAS DE AHORROS DE ANDALUCIA

Manuel Medina Guerrero

La V Legislatura está a punto de clausurarse con la aprobación de una de las Leyes que, desde que fuera anunciada en el discurso de investidura, estaba llamada a convertirse en elemento central de la actividad legislativa de este período: La Ley 15/1999, de 16 de diciembre, de Cajas de Ahorros de Andalucía. Pues, en efecto, a nadie se le oculta la indudable relevancia que, para el desarrollo económico y social, tiene dotar de un marco legislativo estable a este transcendente sector del mercado financiero. De hecho, casi todas las Comunidades Autónomas –y algunas desde hacía largo tiempo- ya se habían provisto de las respectivas Leyes reguladoras de las Cajas de Ahorros; circunstancia que no venía sino a hacer más palpable el vacío de la legislación andaluza al respecto y lo apremiante de su superación. Y, sin embargo, la morosidad de nuestro legislador también reportaba algunas ventajas: de un lado, se contaba con la experiencia –en ocasiones, dilatada- proporcionada por la legislación de las restantes CCAA, lo que permitía seleccionar y asumir las alternativas que, en la práctica, hubieran resultado más eficaces; y, en segundo término, pero no por ello menos importante, se disponía de un marco jurídico de contornos tanto más depurados y seguros que los que se ofrecían a los primeros Parlamentos autonómicos que abordaron la materia, habida cuenta de que el Tribunal Constitucional ya había tenido ocasión de precisar un concepto tan evanescente como el de "bases", en el que necesariamente ha de encuadrarse la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas al respecto (art. 149.1.11ª CE).

Pero el Ejecutivo autonómico no se limitó a reproducir o a adaptar a las peculiaridades andaluzas aquellas fórmulas que, acordes obviamente con las normas básicas fijadas por el Estado, ya habían sido adoptadas por otras Comunidades Autónomas. Muy por el contrario, el Proyecto de Ley incorporaba una novedad de hondo calado –la Entidad Financiera Común-, que, junto con

otros aspectos transcendentes –que, asimismo, son objeto de un análisis específico líneas abajo- y otras cuestiones de naturaleza más episódica –como las relativas a Cajasur o a la reelección de los miembros de los órganos de gobierno-, vino a concentrar buena parte de la controversia en sede parlamentaria. El texto definitivamente aprobado, por las razones que veremos sin dilación, prescinde de la referida innovación y de alguna otra relevante medida prevista en el Proyecto, como la creación del Instituto Andaluz de Finanzas, por lo que, salvando tal vez el tratamiento más detallado que reciben algunas cuestiones, se trata de una Ley que no difiere en lo esencial de las más recientemente aprobadas por otras Comunidades Autónomas.

La Ley 15/1999 se halla estructurada en nueve Títulos, dedicándose el primero de ellos ("Disposiciones Generales"), entre otros aspectos, a definir la naturaleza jurídica de las Cajas, apuntar los fines de interés público a los que deben encauzar sus actuaciones y fijar su ámbito de aplicación. Sobre este particular se determina, en relación con las Cajas que tengan su domicilio social en Andalucía, su sujeción a la Ley "tanto en sus aspectos de organización como en lo relativo a las actividades que desarrollen en Andalucía" (art. 1.2); mientras que, respecto de las domiciliadas en otras Comunidades Autónomas, se dispone la aplicación de la Ley, "en los términos establecidos en la misma, a las actividades que desarrollen en Andalucía" (art. 1.3). Consiguientemente, tan sólo a las primeras citadas resultan de aplicación los Títulos que abordan materias de organización, a saber: el Título II, relativo a los procedimientos de fundación, fusión, disolución y modificación de los Estatutos de las Cajas; el Título V, que regula los órganos de gobierno –los cuales, en virtud de la normativa básica estatal, son la Asamblea General, el Consejo de Administración y la Comisión de Control-, así como la figura del "Director general o asimilado" (art. 87); el Título VII, donde se contiene la normativa acerca de la Federación de Cajas de Ahorros de Andalucía; y, en fin, el Título VIII, que aborda el tratamiento del Defensor del Cliente. Por el contrario, se aplican a todas las Cajas en relación con las actividades que desarrollen en nuestra Comunidad los siguientes Títulos: el tercero, regulador del "Registro de Cajas de Ahorros de Andalucía", en la medida en que se prevé que en su sección segunda se inscriban aquellas Cajas que, "sin estar domiciliadas en Andalucía, tengan oficinas abiertas en este territorio" (art. 21.3); el Título IV, que trata sobre el régimen económico y el control de las Cajas; el Título VI, dedicado a la obra social, y en el que descuella la exigencia de que las Cajas que, aun no estando domiciliadas en Andalucía, cuenten con oficinas en su territorio destinen para inversiones en la Comunidad Autónoma, "como mínimo, la parte de su presupuesto anual de obra social proporcional a los recursos ajenos captados en Andalucía con respec-

to a los recursos totales de la entidad" (art. 88.2); y, por último, el Título IX, que afronta el tratamiento del "régimen sancionador" (1).

Una vez esbozados los pilares fundamentales estructuradores de la Ley 15/1999, procede abordar de modo específico el examen de los aspectos más relevantes del texto elaborado por el Ejecutivo y las vicisitudes que atravesaron durante su tramitación parlamentaria.

I. LOS GRUPOS REPRESENTADOS EN LA ASAMBLEA GENERAL Y LOS PORCENTAJES DE REPRESENTACION ATRIBUIDOS

La regulación de la composición de los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros ha centrado, indudablemente, buena parte del debate parlamentario en la mayoría de las Comunidades Autónomas. E, incluso, ha sido precisamente esta materia la que ha generado mayores controversias de índole competencial, como lo acreditan las reiteradas ocasiones en que el Tribunal Constitucional ha tenido que pronunciarse acerca del alcance de las bases estatales en la materia y la adecuación de la normativa autonómica a las mismas (2). Deslinde de las pertinentes esferas competenciales que, en lo esencial, ha gravitado en torno al carácter básico del art. 2.3 de la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de regulación de las normas básicas sobre órganos rectores de las Cajas de Ahorros (en adelante, LORCA), según el cual en la Asamblea General estarán representados los siguientes grupos: a) las Corporaciones Municipales, con una participación del 40% de los consejeros generales; b) los impositores, con un porcentaje del 44%; c) las personas o entidades fundadoras de las Cajas, con un 11%; y, finalmente, d) los empleados, a los que se asigna una participación del 5% de los consejeros generales.

Pues bien, a este respecto el Proyecto de Ley, profundizando en la democratización de los órganos de gobierno de las Cajas que había inspirado a la LORCA (3), optó por aumentar el número de los grupos representados, in-

(1) En lo que concierne al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas respecto de las funciones de disciplina, inspección y sanción de las Cajas, consúltese las SSTC 49/1988, fundamento jurídico 29º, y 96/1996, fundamentos jurídicos 5º-16º.

(2) Véanse las SSTC 48/1988, 49/1988, 239/1992 y 60/1993.

(3) Así lo sostuvo la Consejera de Economía y Hacienda al defender el Proyecto en el debate de totalidad: "Al ampliar la participación de los órganos de gobierno de las cajas de la Junta de Andalucía, se avanza un paso más en la aplicación del principio de democratización de los órga-

corporando una representación propia de la Junta de Andalucía cuya designación se atribuía, por partes iguales, al Consejo de Gobierno y al Parlamento (4). Obviamente, la inclusión de un nuevo grupo exigió la redistribución de los porcentajes, que se efectuó del siguiente modo: a) las Corporaciones Municipales: 35%; b) los impositores: 28%; c) la Junta de Andalucía: 21%; d) las personas o entidades fundadoras: 9%; y e) los empleados de la Caja de Ahorros: 7%. Esta regulación de la composición de los órganos concitó, de inmediato, el rechazo de los Grupos Parlamentarios Popular e Izquierda Unida, que tuvieron la ocasión de hacer explícito en el Pleno con motivo del debate suscitado a raíz de las enmiendas a la totalidad formuladas al Proyecto por ambos Grupos. Las discrepancias del Grupo Popular traían causa, en primer término, de un reproche general que se vertía al conjunto del Proyecto, a saber, el adolecer de un exceso de intervencionismo público que menoscababa la autonomía e independencia de las Cajas de Ahorro, ínsitas a su naturaleza de entidades privadas de carácter empresarial (5). Más concretamente, su portavoz, el Sr. Sanz Cabello, criticó de dicha regulación que consagrase el control de la mayoría por parte del sector público (56%), produciéndose así la ruptura del equilibrio mínimo entre los grupos exigido por la jurisprudencia constitucional; todo ello, además, agravado por la circunstancia de que la mitad de los representantes de la Comunidad Autónoma fuese designado por el Ejecutivo, lo que, sencillamente, no tenía antecedente en ninguna de las numerosas Leyes autonómicas existentes (6). Por su parte, el Sr. Ríos Carrégalo, portavoz del Grupo Parlamentario Izquierda Unida –que, lejos de oponerse a la mayoritaria presencia del sector público, había defendido en el texto alternativo que el

nos de gobierno recogidos en la LORCA. De esta forma, se afianza la gran línea de orientación definida en la LORCA, que reforzó la participación ciudadana a través de la entrada en los órganos de gobierno de representantes designados por los máximos órganos de carácter territorial democráticamente elegidos" (*DSPA* 120/V Legislatura, de 24 de marzo de 1999, pág. 6.913).

(4) En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley se explicaba del siguiente modo la razón de esta fórmula de nombramiento de los representantes autonómicos: "En aras a evitar una posible concentración de dicha representación autonómica, se opta por su escisión en dos bloques diferenciados, cuya designación corresponde, respectivamente, al ejecutivo y al legislativo autonómicos, contemplándose, en este último caso, la aplicación de un criterio de proporcionalidad entre los diversos grupos políticos representados en el Parlamento de Andalucía" (*BOPA*, núm. 282, de 22 de diciembre de 1998, pág. 16.230).

(5) El Tribunal Constitucional ha rehusado abordar abierta y exhaustivamente el análisis de la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorros (especialmente, STC 49/1988, fundamentos jurídicos 4º a 12º), si bien ha negado categóricamente su carácter de ente público a los efectos del recurso de amparo (STC 18/1984, fundamentos jurídicos 2º a 4º).

(6) *DSPA* 120/V Legislatura, págs. 6.916 y 6.931.

porcentaje de la Administración Pública se elevase al 60%-, mostró asimismo su oposición a que el Consejo de Gobierno nombrase a parte de los representantes de la Comunidad Autónoma, llegando a considerar que esta regulación incurría claramente en inconstitucionalidad (7).

A lo largo de su tramitación parlamentaria, en la que, como es sabido, se pretendió facilitar en la medida de lo posible el máximo apoyo a la Ley, no hubo gran dificultad en modificar el Proyecto en lo relativo al nombramiento de los Consejeros Generales representantes de la Junta de Andalucía, que, en el texto definitivo, pasan todos ellos a ser designados por el Parlamento "atendiendo a la proporcionalidad con la que estén representados los grupos políticos en la Cámara" (art. 61). Por el contrario, no experimentó cambio alguno el número de los grupos representados ni el porcentaje atribuido a cada uno de ellos (art. 57.2). No parece, sin embargo, que se proyecte duda de inconstitucionalidad alguna sobre este último precepto, a la luz de la ya abundante y consolidada doctrina constitucional recaída sobre el alcance de la competencia estatal sobre las bases de ordenación del crédito y la banca (art. 149.1.11ª CE) en relación con la competencia exclusiva autonómica sobre las Cajas de Ahorros (art. 18.1.3ª EAA).

Así es, en efecto. En primer término, el Tribunal Constitucional viene confirmando reiteradamente que las CCAA están facultadas para ampliar el elenco de los grupos establecido en el art. 2.3 de la LORCA, toda vez que este precepto, atendiendo a la finalidad democratizadora de las Cajas de Ahorros que esta Ley estatal persigue, debe considerarse «básico en cuanto establece los diversos grupos sociales que deben estar representados en la Asamblea General, siempre que su enumeración no se considere exhaustiva...» (STC 49/1988, fundamento jurídico 18º) (8). La LORCA, pues, a este respecto, viene a determinar los grupos, categorías o sectores que, necesariamente, han de estar representados, resultando por ende indisponibles para las CCAA, pero nada impide que éstas añadan la participación de otros posibles grupos, siempre y cuando representen, según exige el art. 2.1 de la LORCA, "intereses

(7) Así, refiriéndose a la enmienda a la totalidad presentada por su Grupo, el Sr. Ríos Carrégalo afirmó: "...suprime la monolítica e inconstitucional representación del Ejecutivo andaluz en los órganos de gobierno que quebrantan la proporcionalidad de la voluntad popular, de manera absolutamente innecesaria, encargando a un mismo centro decisor la designación de quien viene a gestionar o a aquel que posteriormente controla e inspeccionará. Eso, a nuestro entender, y ya lo hemos dicho, informe Enterría, eso, si no raya la inconstitucionalidad, es porque es directamente inconstitucional *(sic)*" (*DSPA* 120/V Legislatura, pág. 6.922).

(8) Véanse también las SSTC 48/1988, FJ 17; 239/1992, FJ 3º y 60/1993, FJ 3º.

sociales y colectivos del ámbito de actuación de las Cajas de Ahorro"; carácter representativo que, manifiestamente, tiene la Junta de Andalucía. En suma, de acuerdo con la competencia para desarrollar las bases del Estado, las CCAA gozan de un elevado margen de maniobra para integrar en la Asamblea representantes de otros intereses sociales, resultándoles, sin embargo, únicamente vedado la incorporación de personas físicas a título individual (en especial, SSTC 48/1988, FJ 17º y 49/1988, FJ 18º).

Aceptada la eventualidad de que las CCAA, en función de sus concretas peculiaridades, puedan ampliar el elenco establecido en el art. 2.3 de la LORCA, va de suyo que los específicos porcentajes allí fijados no pueden vincular rígidamente al legislador autonómico. De hecho, como tajantemente afirmó el Tribunal Constitucional tan pronto como tuvo ocasión para ello, únicamente merecen la catalogación de básicas «las normas que garanticen una representación efectiva de determinados grupos sociales y un equilibrio razonable entre ellos» (STC 48/1988, FJ 17º). A partir de esta aseveración, el criterio del "equilibrio razonable" ha pasado a constituir el elemento central del *test* conforme al cual proceder al examen de la corrección constitucional de las disposiciones autonómicas que fijan los pertinentes porcentajes de participación de los diferentes grupos. Ahora bien, importa subrayar que la línea jurisprudencial tiende, con toda claridad, a evitar un control intenso de la actividad del legislador, mostrando una evidente "autocontención" en lo relativo a las facultades revisoras que sobre el particular atañen al juez constitucional. Éste, de una parte, y a fin de satisfacer el aludido "equilibrio razonable", ha venido a reconocer el carácter de básicas a aquellas normas destinadas a prevenir «que un grupo alcance un domino decisivo en la asamblea en perjuicio de los otros», o que exijan «que las representaciones correspondientes sean significativas», pudiendo las Cortes, «para alcanzar esos objetivos, fijar mínimos o mínimos y máximos o acudir a otras medidas que estime apropiadas» (STC 49/1988, FJ 18º). Y dado que el legislador estatal no ha introducido modificación alguna en la LORCA con la finalidad de precisar dichas medidas de carácter básico, las únicas restricciones a cuya luz se analiza, estrictamente, la constitucionalidad de las disposiciones autonómicas la constituyen las exigencias genéricas recién citadas de que no se consagre un "dominio excesivo" de un grupo y de que sean todas las "representaciones significativas". De tal modo que justamente allí donde el Tribunal Constitucional constata que no se atribuye a un solo grupo una situación de predominio frente a los demás, o que no se priva a ningún grupo de una presencia significativa, aunque sea minoritaria, da por concluida su tarea de control de la actividad del legislador autonómico. Así sintetizaría la STC 60/1993, en su fundamento jurídico 5º, la doctrina vertida sobre el particular: «En realidad lo que el Abogado del Esta-

do trata de plantear ante este Tribunal es "la proporcionalidad de los porcentajes de participación atribuidos a cada grupo", cuestión que, como afirma la STC 239/1992, es ajena a este Tribunal al que no le corresponde "enjuiciar si el límite porcentual fijado es o no el más acertado o el más adecuado a la finalidad perseguida" (fundamento jurídico 4º). Ello sería entrar en un enjuiciamiento de oportunidad que "supone discutir una opción tomada por el legislador que, aunque pueda ser discutible, no resulta arbitraria ni irracional" (STC 49/1998)». Y, en consonancia con la tendencia al *self-restraint* que, razonablemente, está inspirando las resoluciones del juez constitucional en la materia, en la mencionada STC 60/1993 no vio atisbo alguno de desborde competencial en la decisión de la Ley de la Asamblea Regional de Cantabria 1/1990 consistente en atribuir el 63 por ciento de los puestos y votos en la Asamblea General a la representación de las Administraciones Territoriales; porcentaje que supera apreciablemente el 56 por ciento establecido en la Ley andaluza (9).

II. EL OBJETIVO ESENCIAL DEL PROYECTO DE LOGRAR UNA DIMENSION ADECUADA DE LAS CAJAS ANDALUZAS: LA REGULACION DE LAS FUSIONES Y LA FRUSTRADA IMPLANTACION DE LA ENTIDAD FINANCIERA COMUN

Pero si algún asunto merece tildarse de "protagonista" a lo largo de la tramitación de la Ley que nos ocupa, éste es, sin duda alguna, el relativo al objetivo del Ejecutivo de facilitar una dimensión más competitiva de las entidades andaluzas, con la pretensión final -más o menos abiertamente confesada por éste, o, cuando menos, denunciada por un sector de la oposición- de allanar el camino a la futura constitución de una "Caja única".

Ciertamente, tal y como reconoció la Consejera de Economía y Hacienda en el debate de totalidad del Proyecto de Ley, en la consecución del fortalecimiento de las Cajas andaluzas -en puridad la *ratio* última de la Ley- cobraba una singular importancia "la búsqueda de la dimensión más adecuada para el cumplimiento de sus fines" (10). Así lo exigía, de una parte, el proceso de globalización de los mercados y de las entidades financieras, que había causado

(9) Tampoco consideró que transgrediese la exigencia del "equilibrio razonable" la Ley de la Asamblea Regional de Murcia 7/1988, que había reducido del 44% al 20% la representación de los impositores, en tanto que había aumentado del 11% al 35% la de las personas o entidades fundadoras (STC 239/1992).

(10) *DSPA* 120/V Legislatura,24 de marzo de 1999, pág. 6.912.

un rápido crecimiento de los grupos de inversores institucionales, los cuales estaban adquiriendo posiciones dominantes en los mercados de valores. Pero, sobre todo, así lo reclamaba perentoriamente la puesta en marcha de la Unión Monetaria Europea. De un lado, la existencia de una política cambiaria común en todos los Estados de la Unión, con las subsiguientes liberalización de las operaciones y ampliación del campo de actuación de las entidades, agudiza la competencia entre ellas. Y, de otra parte, la implantación de una política monetaria común, en última instancia, "produce una mayor integración de las entidades financieras, sea cual fuere el país de origen, y genera economías de escala en función de la dimensión, lo que supone un incentivo a la concentración en entidades mayores que el que existía cuando el ámbito de actuación era el nacional" (11).

Pues bien, a nadie se le oculta que la vía de las fusiones constituye el cauce ordinario o natural –por así llamarlo- para fomentar la aludida competitividad de las Cajas en un mercado más abierto, especialmente en el ámbito europeo. Y, sin embargo, escaso era el margen de maniobra normativo disponible para el legislador autonómico en orden a potenciar un rápido proceso de fusiones mediante el establecimiento de un régimen jurídico carente de requisitos rigurosos o razonablemente prescindibles. No debe olvidarse, en efecto, que la jurisprudencia constitucional ya había comprimido notablemente la libertad de configuración política de las Comunidades Autónomas al respecto, afectando a alguna cuestión en absoluto baladí. Así, en primer término, para comenzar con el supuesto menos relevante, el Tribunal Constitucional, en la STC 48/1988, había considerado inexcusable, en cuanto básico, el informe del Banco de España para tramitar todo proyecto de fusión (12). Por consiguiente, tal y como recoge –como no podía ser de otra manera- el art. 14.1 de la Ley, la autorización de "cualquier fusión en que intervenga alguna Caja de Ahorros con domicilio social en Andalucía" –autorización que corresponde al Consejo de Gobierno a propuesta de la Consejería de Economía y Hacienda- sólo será posible "previo informe del Banco de España".

Aunque, palmariamente, el mayor obstáculo que el marco normativo estatal planteaba a las fusiones residía en la exigencia contenida en el art. 12.2

(11) *DSPA* 120/V Legislatura, pág. 6.911.

(12) Según se afirma en su fundamento jurídico 12º: «...no cabe olvidar que entre las funciones de alta dirección que la legislación estatal atribuye al Banco de España en relación con las Cajas de Ahorro figura la intervención en los expedientes sobre creación, fusión o liquidación de las mismas, por lo que ha de considerarse básico el preceptivo informe del referido Banco, que con carácter general aparece previsto en la mencionada legislación».

de la LORCA. De acuerdo con este precepto, frente a la regla de que los acuerdos de la Asamblea General se adoptan por mayoría simple de votos de los concurrentes, para algunos casos concretos –entre los que se incluyen los supuestos de fusión- se requiere "en todo caso, la asistencia de la mayoría de los miembros, siendo necesario, además, como mínimo, el voto favorable de los dos tercios de los asistentes". Una disposición cuyo alcance de norma básica quedó delimitado en la STC 49/1988 en los siguientes términos: «El párrafo primero del apartado 2º, relativo a los quórum de asistencia y de voto, es también básico, ya que garantiza la eficacia del funcionamiento de la Asamblea, al exigir un quórum reforzado para la adopción de ciertos acuerdos de especial importancia. No ha de entenderse, sin embargo, que este carácter básico suponga que la legislación comunitaria no pueda reforzar esos quórum, siempre que respete los fijados en este precepto de la LORCA, que han de considerarse como mínimos y no como rígidamente obligatorios» (fundamento jurídico 24º). En atención a lo dicho, las posibilidades de actuación del legislador autonómico, lejos de permitirle la suavización del aludido quórum de asistencia y de la muy cualificada mayoría de votación, se circunscriben a acordar su fortalecimiento –y, por ende, a dificultar todo proyecto de fusión-, puesto que los mismos se conciben como unos mínimos infranqueables. Bien a las claras se puso de manifiesto la virtualidad de estos "mínimos" en la STC 61/1993 a propósito de la Ley del Parlamento de Canarias 13/1990, cuyo artículo 39, núms. 3 y 4, había omitido los reiterados quórum y mayoría cualificada a los supuestos de fusión, toda vez que el Tribunal Constitucional entendió que ello entrañaba «una flagrante vulneración de la norma básica estatal», declarando la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los preceptos mencionados (fundamento jurídico 5º). Y, en fin, igual suerte corrió el art. 14.2 de la Ley aragonesa 1/1991, que para los casos de absorción había requerido el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros del Consejo de Administración de la entidad absorbente y la mayoría simple de su Asamblea. Una vez ratificado que la absorción se configura como un supuesto de fusión, se hacía inevitable la declaración de inconstitucionalidad de la disposición por ignorar el «mínimo indispensable para el legislador autonómico» (STC 62/1993, fundamento jurídico 2º). En resumidas cuentas, la asistencia de la mayoría de los miembros de la Asamblea y el voto favorable de los dos tercios de los asistentes constituía la opción menos rigurosa por la que podía inclinarse el Parlamento andaluz, y es, obviamente, la que se ha consagrado en la Ley (art. 13.1 en relación con el art. 68.4).

Siendo así las cosas, resultaba evidente que, en el plano estrictamente jurídico, apenas quedaba margen de maniobra para incentivar las fusiones de las Cajas facilitando el proceso de toma de decisiones al respecto. Como no

podía ser de otro modo, la regulación de las fusiones acometida en la Ley, tal y como se cuidó de subrayar la Consejera de Economía y Hacienda en el debate de totalidad, se inspiraba en "el más absoluto respeto a las decisiones de los órganos de gobierno de las cajas de ahorros", puesto que "tanto la iniciativa como la decisión de llevar a cabo una fusión corresponden a sus órganos de gobierno, en tanto que el Gobierno andaluz será el responsable de garantizar la protección de los intereses sociales, de acuerdo con lo previsto en esta norma a través de la autorización de la misma" (13). En este inesquivable marco de respeto a la autonomía de las Cajas en punto a las fusiones, la tarea del ejecutivo autonómico sobre el particular había de incardinarse, y transcribimos textualmente unas manifestaciones del Presidente de la Junta, a "dar el impulso político necesario para que, sin prisas, pero sin pausas, llevemos a cabo un proceso de fusión de todas las cajas que desemboque en una sola caja de ahorros potente, bien dimensionada y capaz de ser competitiva" (14).

Sobre la base de que los proyectos de fusión debían ser autónomamente acordados por las propias Cajas, circunscribiéndose la Junta a "impulsar" políticamente el proceso, para dotar a éstas de las dosis de competitividad deseables el Proyecto de Ley se decantó por introducir una figura que, lisa y llanamente, no tenía parangón en ninguna de las numerosas leyes autonómicas reguladoras de la materia y que, sin duda, constituía la principal innovación de dicho texto: La Entidad Financiera Común de las Cajas Andaluzas, o, como sería también profusamente denominada tanto en los medios como en sede parlamentaria, en expresión que haría fortuna, la "Caja de cajas". La novedosa entidad aparecía regulada en el Proyecto de Ley en el Título VII ("De las entidades asociativas de las Cajas de Ahorros") inmediatamente después de la Federación de Cajas de Ahorros de Andalucía; figura ésta tradicional, prevista asimismo en la LORCA, y que naturalmente no podía dejarse de regular en la Ley autonómica. Sea como fuere, a pesar de que la Federación estaba llamada a coexistir con la entidad asociativa de nuevo cuño, se optó por imponer a las Cajas su participación en aquélla (art. 91.1), por más que la normativa básica estatal en modo alguno exigiera la adopción de esta fórmula (15).

---

(13) *DSPA* 120/V Legislatura, pág. 6.912.

(14) Declaraciones del Presidente de la Junta que fueron leídas por la Consejera de Economía y Hacienda en el debate de totalidad del Proyecto de Ley (*DSPA* 120/V Legislatura, pág. 6.928).

(15) Antes al contrario, el art. 31.1 de la LORCA lo que prevé es el carácter potestativo de las federaciones de ámbito territorial. No obstante, el Tribunal Constitucional al abordar el examen de la constitucionalidad del art. 49 de la Ley del Parlamento de Galicia 7/1985, que contemplaba la federación obligatoria, no apreció que adoleciera de defectos de tal índole. Según razonó

Con todo, para el Ejecutivo, tal y como se reconocía explícitamente en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, la intensa cooperación que reclamaba el reto de la Unión Monetaria Europea distaba mucho de lograrse con el solo mecanismo de la Federación, razón por la cual se entendía imprescindible la constitución de la Entidad Financiera Común (16). Tres eran los artículos con que el Proyecto configuraba sus rasgos esenciales. Se trataba de una entidad de participación obligatoria para las Cajas (art. 100.1), cuyas funciones genéricas consistían, según lo dispuesto en el art. 101, en potenciar y estimular su acción conjunta en los más diferentes ámbitos (acometer proyectos financieros y empresariales, promover inversiones, impulsar la creación de obras sociales, etc.) En lo concerniente a sus órganos de gobierno (art. 102), el Proyecto prácticamente se ceñía a enumerar la existencia de la Asamblea General, el Consejo de Administración y la Comisión de Control, precisando respecto de la primera que estaría "integrada por representantes de las Cajas miembros, nombrados por éstas en función de su participación en la Entidad, y por representantes de la Junta de Andalucía".

El modo en que se regulaba la novedosa entidad e, incluso, la propia institución en sí misma considerada fueron objeto de severas críticas por parte del Grupo Parlamentario Popular ya en el debate de totalidad. Por lo que hace a lo primero, se reprochó la extrema parquedad de que adolecía el Proyecto en

---

en el fundamento jurídico 24º de la STC 48/1988: «Ahora bien, dada la finalidad que la norma estatal atribuye a estas federaciones, que es la de unificar la representación de las Cajas de Ahorro ante los poderes públicos y la colaboración con ellos, ha de entenderse que la norma que permite dicha agrupación va dirigida tanto a las Cajas como a la Comunidad Autónoma a la que pertenecen. Por ello, no puede considerarse inconstitucional que para conseguir las finalidades que se concretan en el art. 49 de la LG, que exceden del ámbito de cada una de las Cajas e inciden en la actuación de la Junta de Galicia en relación con las inversiones básicas destinadas a las obras benéfico-sociales realizadas por ellas en el ámbito territorial de la Comunidad gallega, ésta establezca con carácter obligatorio la agrupación en una federación de las Cajas de Ahorro con domicilio social en Galicia».

(16) "Aun cuando las Cajas Andaluzas –decía la Exposición de Motivos– vienen colaborando en el seno de la Federación de Cajas de Ahorros de Andalucía, existen sólidas razones que avalan la intensificación de dicha cooperación. Al respecto pueden traerse a colación argumentos como la identidad de su naturaleza institucional, la existencia de una vocación territorial compartida o la necesidad de disponer de una capacidad de actuación de una dimensión dada ante proyectos determinados. La perspectiva casi inmediata de la formación de un gran espacio europeo asentado en la realización de la Unión Monetaria Europea y las exigencias derivadas del mismo no hacen sino reforzar la conveniencia de las estrategias de cooperación. Con objeto de impulsar decididamente la cooperación material, la Ley establece la creación de una nueva organización consistente en una entidad financiera común, que se considera el mecanismo más adecuado para alcanzar los fines propuestos" (*BOPA*, núm. 282, de 22 de diciembre de 1998, pág. 16.230).

la definición de su régimen jurídico, que dejaba un amplísimo margen de maniobra para el desarrollo reglamentario (17). Una deficiencia del Proyecto que se pretendería subsanar a lo largo de su tramitación parlamentaria, como lo acredita especialmente el Dictamen de la Comisión, que, además de ampliar los preceptos iniciales, incorporó otros cuatro artículos que precisaban la composición y funciones de los órganos de la "Caja de cajas" (18).

Mucho mayor calado presentaban –o, al menos, mucha mayor incidencia terminarían mostrando en la práctica- las argumentaciones de dicho Grupo que se dirigían, directamente, contra la propia existencia de la reiterada institución, consistentes en la inconstitucionalidad de la misma. En primer término, y apoyándose de un modo sustancial en las consideraciones vertidas acerca del Proyecto por el Banco de España en el trámite de audiencia, el Portavoz del Grupo Popular, Sr. Sanz Cabello, le imputó la vulneración del orden constitucional de competencias, en la medida en que infringía las bases estatales (19); pero, además de ésta, otras pretendidas lesiones de la Constitución, como las vulneraciones del derecho de asociación o de la libertad de empresa, planearon constantemente sobre el Proyecto de Ley a lo largo de su entera tramitación parlamentaria, llegando a protagonizar el debate final del mismo (20). Ciertamente, las aludidas impugnaciones de índole constitucional distaban mucho de ser irrebatibles, pero tuvieron, como veremos de inmediato, una elevada eficacia disuasoria. Las tachas de inconstitucionalidad mencionadas no eran, desde luego, palmarias en lo concerniente a la presunta conculcación de las bases estatales, toda vez que de la LORCA no se desprende en modo alguno que las entidades asociativas en ella contenidas constituyan un *numerus clausus* rígido, absolutamente indisponible para el legislador

(17) *DSPA* 120/V Legislatura, pág. 6.916.

(18) Véase *BOPA* núm. 389, de 26 de noviembre de 1999, pág. 23.145 y ss.

(19) En este sentido, sostuvo lo siguiente el Portavoz del Grupo Popular en el debate de totalidad: "Y así se lo ha advertido el año pasado, Señora Consejera, respecto a la entidad financiera común, el propio Banco de España, al resaltar como altamente cuestionable, desde un punto de vista jurídico, esta iniciativa e indicar que esta iniciativa se excede en el marco legal de las entidades financieras y en las propias competencias de la Junta de Andalucía, indicando que la LORCA agota el diseño básico de los órganos confederados de las cajas, no pudiendo añadirse al mismo instituciones de nueva planta, cuya naturaleza y funciones se solapen con aquellas propias de la CECA o de la respectiva federación, o con las de ambas simultáneamente, como es el caso de la entidad financiera común" (*DSPA* 120/V Legislatura, pág. 6.916).

(20) Véase la intervención del Sr. Sanz Cabello en el mencionado debate (*DSPA* 146/V Legislatura, 1 de diciembre de 1999, pág. 8.664).

autonómico; antes al contrario, la jurisprudencia constitucional, al examinar el alcance básico o no de las diferentes prescripciones de la LORCA, muestra la tendencia a reconocer que sólo tienen tal naturaleza entendidas como imposiciones mínimas, más allá de las cuales deben las Comunidades Autónomas gozar de cierto margen de maniobra a fin de evitar que las competencias del Estado *ex* art. 149.1.11ª CE vacíen de contenido la facultad autonómica para desarrollar las bases estatales (21). Tampoco la doctrina constitucional ya vertida sobre las Cajas de Ahorros prestaba muchos apoyos a la aducida quiebra de la libertad de empresa, habida cuenta de que, con base en su carácter atípico y en el interés público que rodea su gestión, el Tribunal Constitucional prácticamente había situado a las Cajas extramuros del ámbito materialmente protegido por el art. 38 de la Constitución (22).

Así, pues, la más fundada duda de constitucionalidad que planteaba el Proyecto respecto de la "Caja de cajas" atañía al derecho de asociación, y más concretamente a la alegada vulneración de la vertiente negativa de la libertad de asociación resultante del carácter obligatorio de la participación de las Cajas en la Entidad Financiera Común (23). A fin de superar este escollo, y elu-

(21) La Consejera de Economía y Hacienda, en el debate de totalidad, se hizo eco de las opiniones de los Servicios Jurídicos de la Junta y del Consejo Consultivo proclives a admitir que la creación de la Entidad Financiera Común no contradecía las bases estatales (*DSPA*, 120/V Legislatura, pág. 6.926).

(22) Así, refiriéndose al art. 38 CE, se afirma lo que sigue en el fundamento jurídico 12º de la STC 49/1988: «Conviene también recordar que dicho precepto se refiere a empresas privadas, es decir, a organizaciones que tienen una finalidad de lucro, y garantiza en últimos términos la existencia de una economía de mercado. Pero las Cajas no pueden tener aquella finalidad ni persiguen distribuir beneficios, sino que el excedente de sus rendimientos lo han de dedicar a obra social, con lo que de nuevo vuelve a aparecer el interés público en su gestión y su carácter atípico, pues se trataría, en todo caso, de entidades sin fin de lucro, lo que ciertamente no responde al concepto tradicional de empresa».

(23) Con todo, no puede dejar de reseñarse que, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –de acuerdo con cuya doctrina deben interpretarse nuestros derechos fundamentales (art. 10.2 CE)-, sólo se integran plenamente en el ámbito de cobertura del art. 11 del Convenio –el que consagra la libertad de asociación- aquellas organizaciones en las que predomine el carácter de Derecho Privado. Como tampoco puede soslayarse la línea jurisprudencial abierta con la STC 107/1996, relativa a las Cámaras de Comercio, en virtud de la cual puede ser constitucionalmente lícita la obligada participación en las mismas: «...la adscripción obligatoria a estas Corporaciones Públicas, en cuanto tratamiento excepcional respecto del principio de libertad, debe encontrar suficiente justificación, ya sea en disposiciones constitucionales, ya sea en las características de los fines de interés público que persigan, de las que resulte, cuando menos, la dificultad de obtener tales fines sin recurrir a la adscripción forzosa a un ente corporativo» (fundamento jurídico 4º). Véase sobre el particular, Medina Guerrero/Huelin Martínez de Velasco: "Jurisprudencia

dir así la amenaza de la interposición de un recurso de inconstitucionalidad con la subsiguiente suspensión de la eficacia de la futura Ley (24), en Comisión el Grupo Socialista había planteado una transaccional conforme a la cual la integración de las Cajas en la Entidad Financiera Común pasaría a tener carácter voluntario; transaccional que el Grupo Izquierda Unida se mostró dispuesto a apoyar (25). No hubo, sin embargo, ocasión para ello; toda vez que el Grupo Popular no autorizó su tramitación, incumpliéndose así el requisito de que ésta debe contar con el acuerdo unánime de los grupos. En estas circunstancias, el Grupo Parlamentario Socialista optó por sumarse a las enmiendas del Grupo Popular tendentes a suprimir de la Ley la Entidad Financiera Común, aunque no dejó de poner de manifiesto la voluntad de implantarla en el futuro (26).

III. LA CREACION DEL INSTITUTO ANDALUZ DE FINANZAS

Pero no sería la Entidad Financiera Común la única de las previsiones del Ejecutivo que no superaría la criba del trámite parlamentario, quedando en última instancia al margen del texto definitivo de la Ley de Cajas de Ahorros. Otro tanto sucedió igualmente con el Instituto Andaluz de Finanzas, aunque, del modo que ahora veremos, no ha dejado por ello de incorporarse al ordenamiento jurídico.

En efecto, la Disposición Adicional Segunda del Proyecto de Ley procedía a la creación del referido Instituto, "como empresa de la Junta de Anda-

---

del Tribunal Constitucional en procesos de control de constitucionalidad de normas con valor de ley (septiembre de 1995-julio de 1996)", en *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley. Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, págs. 312-318.

(24) Riesgo de suspensión de la eficacia de la Ley que haría explícito el Portavoz del Grupo Popular en el debate final del Proyecto (*DSPA* 146/V Legislatura, pág. 8.666).

(25) *DSPA* 146/V Legislatura, pág. 8.663.

(26) En efecto, el Sr. Asenjo Martínez, al explicar el cambio de voto de su Grupo, tuvo ocasión de anunciar: "Seguimos pensando que es un órgano importante que se creará con una ley específica que presentaremos en la próxima legislatura cuando los andaluces nos vuelvan a dar su confianza, pero quisiera explicar que hemos hecho un esfuerzo de consenso en este tema, de aproximación, pero sabemos también que era el punto a través del cual el PP quería bloquear la Ley de Cajas de Andalucía. Por lo tanto, preferimos esperar a próximos meses, hacer una ley específica, para evitar el filibusterismo que el PP ha autorizado en el trámite de esta ley impidiendo las transaccionales. Por lo tanto, renunciamos ahora a esto, pero mantenemos la conveniencia futura de hacer una ley específica sobre esto" (*DSPA*, 146/V Legislatura, pág. 8.674).

lucía de las previstas en el artículo 6.1 b) de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía", con la finalidad de servir de "principal instrumento de la política del Gobierno y la Administración de la Junta de Andalucía en materia financiera". A tal objeto, la citada Disposición Adicional Segunda le asignaba, sin carácter exhaustivo, diversas funciones en este ámbito, de entre las cuales ha de destacarse aquella que concierne directamente a la materia "cajas de ahorros", a saber, la contenida en la letra e) del apartado 3: "Ejercer las funciones que correspondan a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de control, inspección y disciplina de las entidades financieras, cuando se le atribuyan". Digna de mención es, asimismo, la circunstancia de que, exceptuando precisamente la recién transcrita función en relación con las entidades financieras (27), se dispusiese que sus actividades se regirían por el ordenamiento jurídico privado. Y, en fin, para terminar ya este somero esbozo de su régimen jurídico, se previó que el personal a su servicio se rigiese por las normas de derecho laboral.

Ciertamente, no era de todo punto novedosa la inserción de una entidad de semejante índole en el entramado institucional relativo a las Cajas de Ahorros. De hecho, mediante Decreto 132/1992, de 20 de julio, la Generalidad valenciana había puesto en marcha un Instituto Valenciano de Finanzas –entidad de Derecho Público adscrita a la Consejería de Economía y Hacienda- que asumió atribuciones al respecto, singularmente las funciones de control, inspección y disciplina de las entidades financieras. De ahí que, precisamente, una de las finalidades primordiales de la Ley 4/1997, de 16 de junio, de modificación de la Ley 1/1990, de 22 de febrero, sobre Cajas de Ahorros, consistiese en actualizar y ajustar este texto legislativo al nuevo organismo competente. Baste la transcripción del apartado primero de la Disposición Adicional Primera de la Ley 4/1997 para calibrar el papel central que juega el Instituto en este ámbito: "Las referencias a la Consejería de Economía y Hacienda que aparecen en la Ley 1/1990, de Cajas de Ahorros, se entenderán hechas al Instituto Valenciano de Finanzas".

Sea como fuere, lo cierto es que a la Disposición Adicional Segunda del Proyecto mostraron su oposición, en el debate de totalidad, los portavoces de los Grupos Parlamentarios Popular e Izquierda Unida, aunque ambas se fundamentaron en motivos bien diferentes. Para el primero, la regulación del Instituto Andaluz de Finanzas se apoyaba en un título competencial diferente al que justificaba la Ley de Cajas de Ahorros, razón por lo cual sugirió que se ex-

(27) Excepcionalmente, también quedaban sujetas a las normas del Derecho Administrativo las funciones que desempeñase en materia de mediación de seguros privados.

cluyese del Proyecto (28). Una objeción de fondo fue, por el contrario, la que esgrimió el Sr. Ríos Carrégalo en contra del régimen jurídico del Instituto. A su juicio, éste no encerraba sino el "intento manifiesto de privatización de la Consejería de Economía y Hacienda", con lo que, a la postre, no se pretendía más que "hacer escapar al control de este Parlamento toda la política financiera de la Junta de Andalucía, y además con personal laboral, cuando son tareas propias de funcionarios, y con criterios además de empresa privada" (29).

El destino del Instituto Andaluz de Finanzas ha terminado siguiendo la línea apuntada por el Portavoz del Grupo Popular, puesto que, a raíz de una enmienda presentada por el propio Grupo Parlamentario Socialista al proyecto de "Ley de acompañamiento" (30), el contenido de la Disposición Adicional Segunda del Proyecto de la Ley de Cajas ha pasado a constituir el art. 35 de la Ley 17/1999, de 28 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas.

(28) *DSPA* 120/V Legislatura, pág. 6.916.

(29) *DSPA* 120/V Legislatura, pág. 6.920.

(30) En la justificación de la enmienda, además de mencionarse la competencia exclusiva en materia de cajas de ahorros, se basa la misma en otros títulos competenciales de alcance más general, a saber: en la competencia de desarrollo legislativo y ejecución en materia de "ordenación del crédito, la banca y los seguros" (art. 15.3ª EAA), y en la competencia exclusiva que, en el marco de lo dispuesto en los arts. 38, 131 y 149.1.11 y 13 CE, reconoce el Estatuto sobre las materias "fomento y planificación de la actividad económica en Andalucía" y "sector público económico de la Comunidad Autónoma" (art. 18.1 1ª y 2ª EAA). Véase *BOPA*, núm. 391, de 3 de diciembre de 1999, pág. 23.385.

DOCUMENTOS

Notas sobre la Ley 15/1999, de 16 de diciembre, de Cajas de Ahorros de Andalucía

Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz

Como se sabe, el día 28 de diciembre de 1999 se publicó en el BOJA la Ley de Cajas de Ahorros de Andalucía, cuya elaboración parlamentaria había venido acompañado de un no pequeño debate político y social. Pero la controversia no concluyó en dicha fecha: el anuncio de la interposición de un recurso de inconstitucionalidad por el Gobierno de la Nación -21 de enero de 2000- tuvo el inmediato efecto de que, aún *post mortem* del trámite legislativo, e incluso una vez extinguido el propio Parlamento autor de la norma, las espadas hayan seguido en alto.

A exponer con toda síntesis la situación jurídica al respecto es a lo que se dedican las presentes y muy elementales notas.

Vaya primero que nada una lamentación, a saber: haber reducido toda la discusión a lo concerniente a una única entidad -Cajasur: esto es, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba -y a una persona física- su Presidente, con veintiséis años de antigüedad en el cargo- resulta muy simplificador. Porque lo cierto es que los temas abordados por la Ley son (o eran) muchos otros y de mucha mayor enjundia. No podía ser de otro modo si se tiene en cuenta todo lo siguiente:

1) En el Art. 149.1 de la Constitución -materias de competencia *exclusiva* del Estado- hay dos títulos relevantes ahora: el del apartado 11 [Bases de la ordenación del crédito, banco y seguros] y el más general del apartado 13 [Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica].

Con prescindencia de las dificultades que haya que sortear para adaptar el concepto de *Bases* a la realidad de lo que en la doctrina germánica, en frase feliz y ya no tan reciente, se conoce, entre la tipología de las formas políticas, Estado administrativo, con prescindencia de ello, digo, lo más cierto es que, aun estando ambas materias -crédito y economía- en relación recíproca de *species* y *genus*, la labor de delimitación y coordinación entre el alcance de uno y otro campo es todo menos sencilla. Y, desde luego, es un hecho que, en nuestra interpretación constitucional, no se aplica (casi) nunca la regla de que lo específico vale más que lo genérico.

2) Pero, e su vez, y ya en el interior del ámbito cubierto de manera directa por el apartado 11, sucede que, dentro de la noción objetiva de *crédito,* hay y actúan sujetos diferentes de los bancos -la *banca,* por recoger la voz tradicional, que es la de la Constitución-. Entre esos sujetos están, de manera muy destacada, las Cajas de Ahorros.

El Estatuto de Autonomía de Andalucía dedica a esos sujetos un título específico y en apariencia de alcande competencial más amplio: es el Art. 18.1, regla 3ª, que califica a los correspondientes poderes *como exclusivos,* aunque en seguida esa afirmación se enmienda y atenúa: los poderes sólo existen "de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general y la política monetaria del Estado -hoy, de las instituciones de Europa- y en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y 149.1.11 y 13 de la Constitución".

Es pues un tercer título competencial, que, a su vez, si se le compara con el del crédito, está con él en relación de especie a género. Pero de nuevo debe hacerse, en punto a los reglas de la interposición jurídica, la misma salvedad del punto anterior.

3) Por supuesto que esa singularidad competencial relativa a estas entidades no es ajena a razones de orden sustantivo. Las Cajas de Ahorro son en efecto unos sujetos que, dentro del complejo mundo de los personas jurídicas, tienen unos rasgos muy propios. Y muy contradictorio. Primero, porque nunca han dejado del todo de ser entidades de beneficencia, y el ánimo de lùcro les continúa estando al margen; pero he aquí que su hábitat de actuación no es otro que el del capitalismo financiero más brutal e inhumano, en el que la competencia entre unos y otros es feroz e ignora cualquier atisbo de misericordia. Segundo, porque jamás han sido entidades públicas en sentido estricto, aun cuando en algunos casos la iniciativa de crearlas fue de un Ayuntamiento o una Diputación; pero sin embargo sucede que se parte muchas veces de la base contraria, porque sólo así tendría sentido que la (futura) privatización pudiese constituir un tema de debate real. Tercero, porque incluso después de haberse introducido la figura de los cuotas participativas, les falta algo tan elemental como los propietarios -o el capital-; pero lo más cierto es que entre las Cajas las hay más y menos saneadas y más y menos grandes. Y cuarto, porque se dice por doquier que son entes *territoriales;* aunque ocurre que en cada ciudad mediana de España están presentes y visibles también las Cajas de fuera de la región. *Et sic st coetera.*

El Tribunal Constitucional, en su famosa Sentencia 49/1988, de 22 de marzo, sobre la Ley -del Estado- 31/1985, de 2 de agosto, de regulación de las

normas básicas sobre órganos rectores de las Cajas de Ahorros, intentó abordar el peliagudo asunto de la determinación de las hechuras de estas entidades. Aunque, con sentido común, lo hizo sobre todo mediante expresiones de naturaleza negativa: las Cajas no son propiamente ni fundaciones ni empresas, aunque tampoco dejan de tener rasgos de una cosa y de otra. Así:

- Las Cajas, cualquiera que fuere su origen, son entes de carácter social (F.J.4)

- Es propio de toda fundación la vinculación de una masa de bienes a unos fines establecidos por el fundador o fundadores. Pues bien, resulta evidente que, en la actualidad, en las Cajas, con uno u otro origen, no se da ninguna de esas dos cosas: la mayor parte de los recursos de que disponen no proceden del fundador, sino que son recursos ajenos; y los fines que persiguen no son principalmente benéficos o benéfico-sociales, sino los propios de una entidad de crédito. En pocas palabras: las Cajas no se pueden identificar con las fundaciones en el sentido del Art. 34 de la Constitución (F.J.6).

- Más abajo se introduce al respecto una matización: sin negar que las Cajas tengan un cierto carácter fundacional o puedan calificarse dogmáticamente de fundaciones a los efectos de encajarlos en una de las figuras jurídicas reconocidas por nuestro derecho, lo cierto es que son, en todo caso, fundaciones de carácter muy peculiar, en las que domina su condición de entidades de crédito, que es lo que les da su fisonomía actual (F.J.11).

- Las Cajas son en la actualidad entidades de crédito y se dedican a una actividad de especial delicadeza y riesgo no sólo para quienes la realizan sino para quienes operan con ellas y para la estabilidad económica en general. Quiénes sean los que toman los decisiones relativas a esa actividad y cómo se tomen, es decir, la organización de la entidad, no es cuestión que quepa aislar de la actividad misma. Ahora bien, en la atípica institución que es la Caja de Ahorros no resulta posible que quienes tomen esas decisiones sean los que asumen el riesgo de la gestión de la empresa, o sea, sus propietarios, puesto que -y esa es la frase clave- por naturaleza carece de propietarios (F.J.12).

- Se trata, en todo caso, de entidades sin fin de lucro, lo que ciertamente no responde al concreto tradicional de empresa (F.J.12).

- El Art. 129.2 de la Constitución, que emplaza a los poderes públicos a promover la participación en la empresa, sólo resulta aplicable a nuestro caso

con muchas cautelas. Y es que en efecto las Cajas sólo se pueden entender como empresas con importantes matizaciones.

Todo ello, en cuanto al cuerpo de estas entidades.

4) De todo lo anterior se desprende que haya sido natural que, en España, todos los legisladores (del centro y de la periferia, de babor o de estribor) no hayan visto obstáculo jurídico alguno a la hora de entrar a regular quienes y en que cuantía debían ocupar la dirigencia de estas entidades. Nadie ha pensado que ahí pudiera haber una expropiación.

Corno si de una *res nullius* se tratase -y de hecho lo era-, la Ley del Estado de 1985 dispuso un régimen de acceso al poder en tales entidades que consistía en la yuxtaposición, cada vez en una cuantía, de las que, desde los célebres análisis del gran Max Weber, constituyen el conjunto de precisas legitimidades imaginables. Así, se arbitró en el Art. 2.3 que en la Asamblea General de cada entidad estuviesen presentes, y con no poco peso, los impositores -como si fuese una empresa en régimen de autogestión-, pero también. los empleados -cual si se tratase de una Sociedad Anónima Laboral-. Pero sucedía además que no era procedente olvidarse del todo de quienes, aun sin haber sido nunca propietarios, sí que habían jugado el papel fundacional en la vida de la entidad, si es que acaso resultasen identificables hoy. Y, en fin, como cuarta cosa, se respaldaba la presencia directa del poder político en el interior de la Caja, aunque no el estatal ni el autonómico, sino precisamente el municipal.

El citado Art. 2.3, que ennobleció a todos esos títulos de legitimación con el calificativo de **representación de intereses colectivos,** mencionó, con sus *cuotas* correspondientes, a los siguientes grupos:

a) Corporaciones municipales en cuyo término tenga abierta oficina la entidad: 40 por ciento.

b) Impositores: 44 por ciento.

c) Fundadores: 11 por ciento.

d) Empleados: 5 por ciento.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de marzo de 1988, que ya conocemos, dio por bueno el principio elegido por el legislador, aunque en seguida sentó importantes correctivos acerca de los límites del poder estatal para fijar las *bases* del asunto: la enumeración de grupos no puede tenerse por agotadora; y por supuesto los porcentajes no han de ser rígidos (F.J.18).

La tal doctrina jurisprudencial era, pues, una invitación, o incluso un estímulo, para que los Parlamentos autonómicos entrasen en el tema. Les quedaba un amplísimo campo de actuación. No sólo en el plano de lo organizativo, sino también, aun con todos los matices que se quieran, en otros dos temas que son básicos para la suerte del territorio y de la economía de cada Comunidad Autónoma. Tales como en concreto el mapa de entidades que deban existir, o subsistir, sobre todo en aquellos lugares donde los sentimientos provinciales siguen estando vivos; y, en segundo lugar, el grado de vinculación entre la actividad de las Cajas y determinados objetivos estratégicos, o que se consideren como tales, de colocación de sus activos, aunque, por supuesto, con cuidado: empleando para ello instrumentos jurídicos modernos y menos *unplugged* que los famosos coeficientes de inversión de la época del desarrollismo.

Las primeras Comunidades Autónomas que aprobaron normas *generales* en la materia fueron Cataluña (Ley 15/1985, de 1 de julio) y Galicia (Ley 7/1985, de 15 de julio). Ahora bien, ninguna de las demás se quedó atrás a la hora de dictar disposiciones más o menos específicas. Así en el caso de Andalucía, la historia tiene ya diecisiete años. Dentro de ella merece destacarse todo lo siguiente:

- Decreto 25/1983, de 9 de febrero, por el que se regulan los competencias de nuestra Comunidad Autónoma sobre dichos sujetos.

- Orden de la Consejería de Economía y Planificación de 12 de enero de 1984, por la que se regula la expansión de las Cajas de Ahorros andaluzas.

- Orden de la misma autorización de 20 de marzo del mismo año, derogando parcialmente a la anterior.

- Orden de la Consejería de Economía e Industria de 22 de julio de 1985, por la que se delegan determinadas competencias en la Dirección General de Política Financiera.

- Sobre todo, Decreto 99/1986, de 28 de mayo, por el que se desarrolla para nuestra región la Ley -del Estado- 31/1985, de 2 de agosto, ya varias veces citada en este texto, de regulación de las normas básicas sobre órganos rectores de las Cajas de Ahorros; disposición que a su vez luego se modificó por Decreto 299/1988, de 11 de octubre.

- Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de 8 de octubre de 1986, por la que se regulan los criterios a seguir a efectos de designación de Consejeros Generales en representación de las Corporaciones Municipales.

- Orden de la Consejería de Hacienda de 21 de octubre de 1987, de desarrollo del Decreto general de 1986.

Pero estas letras introductorias están siendo ya demasiado extensas. Con todo lo expuesto, vayamos ya sin más a nuestro tema mayor: el contenido de la Ley de 16 de diciembre de 1999, sobre las Cajas de Ahorros de Andalucía.

Con todo, conviene comenzar por anticipar algunas cosas. Tales como señala la manifestación de la vocación del legislador territorial por las definiciones, así sea de espinoso el asunto (Art. 2.1: "Las Cajas de Ahorros domiciliadas en Andalucía, con o sin Monte de Piedad, son entidades de crédito de naturaleza fundacional y de carácter social, sin ánimo de lucro ...") y por calificar como *fines de interés público* un conjunto de cometidos que, sin embargo, y por poder resultar muy rentables en sí mismos, en muy buena medida coinciden con lo que también serían los objetivos y los anhelos de una entidad de crédito de las bancarias (Art. 3.1: "el fomento del empleo, el apoyo a los sectores productivos, la protección y mejora del medio ambiente, el patrimonio cultural e histórico y la investigación", todo ello a realizar en pos de "contribuir al desarrollo social y económico de Andalucía, así como su equilibrio territorial").

II. AMBITO DE APLICACION

Como es evidente, la Ley tiene que ocuparse primero que nada en la delimitación de su propio ámbito, así en lo vertical (relaciones con el campo reservado a las bases del Estado) como en lo horizontal (distribución de poderes entre unas Comunidades Autónomas y otras). Esto segundo resulta especialmente relevante -y nada fácil, por cierto-, supuesto que, como ya se ha dicho, las Cajas españolas hace ya tiempo que pueden expandirse, y de hecho se han expandido, fuera de sus dominios originarios. Y es sabido que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia tantas veces citada [49/1988, de 22 de marzo], sentó al efecto doctrina: en materia organizativa, el punto de conexión está en el domicilio social; y para las actividades, lo relevante será por contra el lugar donde se realicen. Son dos formas diferentes -una permanente, otra circunstancial- de apreciar el dato de la territorialidad.

La Ley de Andalucía, en su Exposición de Motivos, alude a ello. Es, dentro del punto 1, lo siguiente:

> "Las Cajas de Ahorros se rigen en su organización por su estatuto personal determinado por su domicilio social, por lo que la competencia de la Comunidad Autónoma se extiende a todo lo relati-

> vo a la capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución, extinción y demás extremos derivados de la aplicación de la Ley personal.
>
> Por lo que se refiere al aspecto externo o actividad, las Cajas se rigen por el principio de territorialidad que conlleva que tales actividades queden sometidos a la competencia de la Comunidad Autónoma en que se realicen".

La plasmación normativa de ello está en el Art. 1 *(Objeto y ámbito de aplicación),* que en sus tres párrafos dice lo siguiente

> "1. La presente Ley tiene por objeto la regulación de las Cajas de Ahorros, tanto en sus aspectos de organización como en los relativos a las actividades que desarrollen.
>
> 2. Estarán sometidas a la presente Ley las Cajas de Ahorros que tengan su domicilio social en Andalucía, tanto en sus aspectos de organización como en lo relativo a las actividades que desarrollen en Andalucía.
>
> 3. La presente Ley será, asimismo, de aplicación, en los términos establecidos en la misma, a las actividades que desarrollen en Andalucía las Cajas de Ahorros que tengan su domicilio social en otras Comunidades Autónomas.

El Art. 2 (*Naturaleza y régimen jurídico*), en su apartado 2, realiza la siguiente puntualización:

> "2. Las Cajas de Ahorros domiciliadas en Andalucía se regirán por lo previsto en la presente Ley y demás normativa que resulte de aplicación a las Cajas de Ahorros, en particular, y a las entidades de crédito, en general, aplicándoseles con carácter supletorio, en lo que proceda, la normativa propia de las fundaciones".

Todo ello, pues, en cuanto al alcance, subjetivo y territorial, de la Ley de 1999.

Añadamos que esa diferencia de régimen tiene una particular proyección en lo que hace a la normativa sobre la obra social -ya no benéfico-social, por supuesto- (Art. 88). Para las Cajas con domicilio en Andalucía, se prescribe

que "destinarán anualmente (...) *la totalidad* de los excedentes que no hayan de integrar sus reservas a la dotación de un fondo" y ello con destino a financiar actuaciones "que favorezcan el desarrollo socioeconómico de Andalucía" (apartado 1). Por su lado,"las Cajas de Ahorros no domiciliadas en Andalucía que cuenten con oficinas en su territorio efectuarán inversiones o gastos en obra social en la Comunidad Autónoma, destinado a tales efectos, como mínimo, la parte de su presupuesto anual de obra social proporcional a los recursos ajenos captados en Andalucía con respecto a los recursos totales de la entidad, con la misma finalidad establecida en el apartado anterior" (apartado 2).

En fin, es relevante añadir que la inducida dualidad de regímenes materiales también alcanza a lo que tiene que ver con la concreta extensión del poder sancionador, según el Art. 110.1. Frente al segundo tipo de Cajas, sucede que sólo caben las oportunas reacciones si las infracciones cometidas son justo de las especialmente mencionados en dicha norma.

III. ORGANOS

Estructuralmente, la Ley de Andalucía, en su Art. 42 y en su Título V, sigue de cerca la huella estatal en punto a los órganos colegiados que han de existir: Asamblea General, Consejo de Administración y Comisión de Control. Y, como órganos unipersonales, están también los mismos el Presidente -ejecutivo o no- (Arts. 77 a 80) y el Director General (Art. 87).

Pero hay novedades. Y de cierta importancia. Sobre todo, en el Art. 57.2, en orden a la composición de la Asamblea General. Los grupos son (en parte) otros y los porcentajes también. En los siguientes términos concretos:

> "La Asamblea General estará integrada por los Consejeros Generales designados o elegidos por cada uno de los siguientes grupos, en la proporción que se indica a continuación:
>
> a) Las Corporaciones Municipales en cuyo término tenga oficina abierta de Caja de Ahorros: Treinta y cinco por ciento.
>
> b) Los impositores de la Caja de Ahorros: Veintiocho por ciento.
>
> c) La Junta de Andalucía: Veintiuno por ciento.
>
> d) Las personas o entidades fundadoras de la Caja de Ahorros: Nueve por ciento.

e) Los empleados de la Caja de Ahorros: Siete por ciento".

El Art. 72, por su lado, acerca de la composición del Consejo de Administración, prescribe que habrá diecisiete miembros, "debiendo existir en el mismo representantes de Corporaciones Municipales, impositores, Junta de Andalucía, personas o entidades fundadoras y personal de la Caja de Ahorros".

Un precepto similar se encuentra, en fin, el Art. 82 para la Comisión de Control.

El Art. 45 contiene una regla general en punto a los criterios para determinar el ajuste de de composición de los órganos de gobierno.

Añadamos ahora tan sólo que, en punto a la "representación directa propia de la Comunidad Autónoma, la Exposición de Motivos la justifica en coherencia con el desarrollo autonómico del Estado español". El Art. 61 prevé al respecto la designación parlamentario "atendiendo a la proporcionalidad con la que estén representados los grupos políticos en la Cámara".

La regulación de los órganos de dirección de las Cajas de Ahorros resulta muy prolija: ocupa la parte mayor de la Ley. No es cuestión ahora de exponerla con detalle y de cotejar cada uno de sus extremos con la normativa básica a la que, por hipótesis, debe ajustarse siempre. Destaquemos tan sólo los preceptos en pro de la oxigenación de las entidades que se contienen en el Art. 47.2: la reelección de una persona en los órganos de gobierno es posible sólo "por otro período igual y único"; además, "la duración del mandato no podrá superar los ocho años, sea cual fuere la representación que ostenten". Diríase algo escrito por Francisco Madero en San Luis Potosí.

IV. MAPA

Según resulta conocido, en Andalucía hay seis Cajas de Ahorros. Las que enumera la Disposición Adicional Segunda: la de Córdoba -Caja Sur-, el Monte de Huelva y Sevilla, la de Granada -la General-, la Provincial de Jaén, la Caja San Fernando, y, en fin, Unicaja. Sería inapropiado afirmar que la división provincial ha dejado de jugar papel alguno al respecto, aunque lo cierto es que, tras las fusiones y los retoques de los últimos años, la misma se encuentra muy difuminada.

Decir que entre los impulsores de la Ley de 1999 había muchos partidarios de hacer una Caja única es revelar el secreto de Polichinela. Al final, y

como se sabe, tales propósitos tuvieron que inmolarse en aras del consenso parlamentario. Pero a la Ley no se ha terminado de ir el apetito de concentración, que está muy visible en dos puntos: a) En la regulación de las fusiones -Arts. 11 a 15-; y b) En la constitución de una Federación de Cajas de Ahorros entre cuyas funciones, según el Art. 92, está la consistente en "orientar las inversiones de las Cajas de Ahorros, de acuerdo con las normas generales sobre inversión regional" -b)-.

La Exposición de Motivos, en el punto 3, también deja translucir la insatisfacción final del legislador. El grado de cooperación alcanzado debe ir a más:

> "Mediante la regulación de la Federación de Cajas de Ahorros de Andalucía que realiza el Título VII, la Ley aspira a potenciar la cooperación entre las Cajas andaluzas, entendida como instrumento para su mejor desarrollo y el más eficaz cumplimiento de su función al servicio de la economía regional. Las Cajas de Ahorros españolas cuentan con una dilatada experiencia en el terreno de la cooperación, uno de los pilares básicos de su funcionamiento y una de las claves de su consolidación y avance dentro del sistema financiero nacional. Aun cuando las Cajas andaluzas vienen colaborando en el seno de la Federación de Cajas de Ahorros de Andalucía, existen sólidas razones que avalan la intensificación de dicha cooperación. Al respecto pueden traerse a colación argumentos como la identidad de su naturaleza institucional, la existencia de una vocación territorio compartida o la necesidad de disponer de una capacidad de actuación de una dimensión dada ante proyectos determinados. La perspectiva casi inmediata de la formación de un gran espacio europeo asentado en la realización de la Unión Monetaria Europea y las exigencias derivadas del mismo no hacen sino reforzar la conveniencia de las estrategias de cooperación."

Así pues, de momento, lo que puede decirse es sólo una cosa: que la Ley de 1999 no ha operado por sí ninguna modificación en el *status* existente.

V. INTERVENCION DE LA COMUNIDAD AUTONOMA EN LA ACTIVIDAD DE LAS CAJAS

En los últimos años se ha desatado en varias Comunidades Autónomas la propensión a intervenir con cierta intensidad en la fijación del destino de los

activos de sus Cajas. La Ley andaluza de 1999 no ha querido quedarse atrás, aunque es de indicar que se le nota al respecto cierta falta de determinación.

El Art. 88, que abre el Título dedicado a la *obra social,* tiene luego un contenido que sin embargo parece aspirar a ir más allá. El apartado 3 indica que "la Consejería de Economía y Hacienda establecerá las directrices a seguir en materia de obra social y otros fines-?-", aunque en seguida se apresura a puntualizar que ello se hará "dentro del más absoluto respeto a la libertad de las Cajas de Ahorros para la elección de las inversiones concretas".

También son de destacar los preceptos sobre transparencia del mercado y protección a la clientela que se contienen en los Arts. 31 a 34, de contenido parecido al del precepto correlativo -Art. 48.2- de la Ley (del Estado) 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Y, en fin, mencionemos también la regulación de la figura del Defensor del Cliente que se contiene, siempre dentro de la Ley de Andalucía, en los Arts. 102 a 109.

VI. SUPERVISION Y SANCIONES

Como nadie ignora, a las Cajas de Ahorros -andaluzas o no- también les alcanza la temida Ley 26/1988, de 26 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, ya citada. Y tampoco están a salvo de los poderes supervisores y represivos del Banco de España (Art. 43).

Ello no obstante, es sabido que el Art. 42 de dicha Ley contiene una cláusula de respeto de las competencias de las Comunidades Autónomas cuanto la entidad destinataria de las mismas sean justo las Cajas de Ahorros. Competencias, primero, legislativas, en orden a "la posibilidad de tipificación por los Comunidades Autónomas, como muy graves, graves o leves, de otras infracciones de sus propias normas en materia de ordenación y disciplina" (apartado 1). Y competencias también ejecutivas, que llegan incluso hasta la posibilidad de imponer los sanciones más severas, salvo que se trate por razón de la materia del reducto último de poderes en manos del Banco de España ("infracciones de normas de carácter monetario o que afecten a la solvencia de los entidades", y ello en la medida en que el adecuado funcionamiento del sistema monetario o crediticio nacional aconseje el ejercicio uniforme de dicha potestad: apartado 2).

En ese nicho de poderes se mueve la Ley de Andalucía de 1999, pese a haber llamado a la Comunidad Autónoma a estar también dentro de las Ca-

jas, como hemos visto. La ley comienza por hacer una proclamación general de los facultades de la Junta en el Art. 4. La terminología es rancia -*protectorado*-, pero debe elogiarse que se haya incluido la positivación expresa de los móviles que han de acompañar el uso de las correspondientes potestades. Dice así esa norma:

> "La Consejería de Economía y Hacienda, conforme a lo previsto en la normativa que resulte de aplicación, ejercerá el protectorado y control público de las Cajas de Ahorros de acuerdo con los siguientes principios:
>
> La mejora del nivel socioeconómico de Andalucía, estimulando las acciones de las Cajas de Ahorros dirigidas a este fin.
>
> El cumplimiento de la función económico-social de las Cajas de Ahorros, y de la realización por éstas de una adecuada política de administración y de inversión del ahorro.
>
> La cooperación entre las Cajas de Ahorros domiciliadas en Andalucía.
>
> La garantía de los principios de democratización, independencia, eficacia y transparencia en la configuración y funcionamiento de sus órganos de gobierno.
>
> La protección de la independencia, solvencia, estabilidad y prestigio de las Cajas de Ahorros.
>
> La defensa de los derechos e intereses legítimos de sus clientes.
>
> La vigilancia del cumplimiento por las Cajas de Ahorros de las normas de ordenación y disciplina de las entidades de crédito".

El Art. 35 *(Competencia)* insiste en la mismo idea: "De acuerdo con las bases sobre ordenación del crédito y la banca, corresponde a la Consejería de Economía y Hacienda, en el ámbito de los competencias de la Comunidad Autónoma, el control de las Cajas de Ahorros conforme a lo establecido en este capítulo". Y el Art. 36 contiene la proclamación de todo un poder inspector general, aunque es de notar que ya aparece la primera muestra explícita de consideración hacia el Banco de España: "La Consejería de Economía y Hacienda ejercerá las funciones de inspección de las Cajas de Ahorros con domicilio social en Andalucía, y de las domiciliadas en otras Comunidades Au-

tónomas respecto de las actividades realizadas en Andalucía, sin perjuicio de las funciones que corresponden al Banco de España". En fin, es de advertirse que la Disposición Final Primera *(Competencias de otros órganos o entidades)* reproduce esa cautela e incluso le da un alcance general: "Lo previsto en la presente Ley se entiende sin perjuicio de las competencias que puedan corresponder a órganos o entidades estatales o al Banco de España, de acuerdo con la normativa que resulte de aplicación".

La regulación concreta contenida el respecto de las infracciones y sanciones en la Ley de Andalucía es muy detallada, como corresponde a una materia tan sensible para el Estado de Derecho y en la cual los exigencias del principio de legalidad son particularmente elevadas. Con el carácter sintético que es propio de estas notas, digamos tan sólo lo siguiente:

1) La tipificación de los ilícitos -Arts. 112 a 116- sigue muy de cerca lo dispuesto en los preceptos correlativos de la citada Ley del Estado de 1988.

2) En lo que concierne al cuadro de sanciones, la Ley de Andalucía también obedece a los esquemas de dicha norma: las responsabilidades de las personas físicas culpables -que las hay- coexisten con las reprensiones que se pueden imponer a los entidades.

3) El Art. 41 regula los supuestos de hecho en los que puede proceder intervenir o incluso sustituir a los miembros de los órganos de gobierno de las Cajas -medidas no propiamente sancionadoras, como se sabe- "cuando así lo aconsejen situaciones de grave irregularidad administrativo o económica que ponga en peligro la efectividad de sus recursos propios o su estabilidad, liquidez o solvencia". Hay también una reserva expresa en favor de "las atribuciones que corresponden al Banco de España y a los órganos de la Administración del Estado".

VII. REFERENCIA A LAS CAJAS DE AHORROS FUNDADAS POR LA IGLESIA CATOLICA

En fin, y aunque sólo sea para recoger en este breve texto académico lo que está -y cómo- en el debate político y periodístico, habrá que transcribir lo dispuesto específicamente para Cajasur, sin citarla, por supuesto, en la Disposición Adicional Primera. Es lo siguiente:

> "1. En caso de Cajas de Ahorros domiciliadas en Andalucía cuyos Estatutos a la entrada en vigor de la Ley 31/1985, de 2 de agosto,

recojan como entidad fundadora a la Iglesia Católica, el nombramiento y duración del ejercicio del cargo de los representantes de esta entidad en los órganos de gobierno se regirán por lo que estuviera establecido en dichos Estatutos en fecha 17 de enero de 1985, debiendo existir, en todo caso, al menos, un representante de cada uno de los otros grupos que componen dichos órganos.

2. Excepto en lo referente al nombramiento y duración del mandato a que se refiere el apartado anterior, la composición, competencias, funcionamiento, representación y demás circunstancias que afectan a los órganos de gobierno se regirán por lo previsto en el Título V de la presente Ley.

3. En todo caso, la aplicación del apartado 1 de la presente disposición deberá respetar la proporcionalidad de la representación de cada grupo, previsto en los artículos 57.2, 72.2, 82.1 y 45 de la presente Ley".

Es de notar que la Ley del Estado de 1985 también tiene un precepto sobre ese tema (Disposición Adicional Segunda).

Vistas las cosas desde fuera de los dos bandos, sorprende la incandescencia que ha alcanzado en ese punto el debate. Será que en España, y desde luego en Andalucía, hemos estado al margen de los anteriores encontronazos entre güelfos y gibelinos. A finales del Siglo XI, cuando el Papa Gregorio VII, el gran Hildebrando, puso sobre la mesa el tema de las investiduras, su interlocutor laico era alguien tan ajeno a nosotros como el titular del Sacro Imperio Romano de la Nación Alemana. Doscientos años después, al surgir el tema de si los bienes de la iglesia debían tributar, la estructura del poder temporal había empezado a cambiar y por eso el infeliz Bonifacio VII a quien tuvo enfrente fue al Rey de Francia, el célebre Felipe IV *le Bel*, aún descendiente de Hugo Capeto. Y muchos siglos más tarde, en la forja de la unidad italiana s reprodujo la historia: el par de Pío IX no fue otro que Víctor Manuel. Una vez más, no alguien de nuestro país.

Será, digo, que los andaluces nos quedamos con ganas de haber participado de manera activa y directa en tan interesantes disputas. Porque si no, no se explica que muchos de los análisis que se están haciendo acerca de una Ley tan interesante y tan amplia se ciñan al único tema de la Caja de Córdoba. Sobre todo, cuando el texto cuya interpretación constituye el objeto de la controversia, bien lejos ya de la importantísima Donación de Constantino, es tan sólo un simple acuerdo internacional entre muchos: el suscrito por España con el Vaticano en 1979.

Ley 8/1999, de 27 de octubre, del Espacio Natural de Doñana: conflicto en el paraíso

Jesús Jordano Fraga
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. LA SITUACION DE PARTIDA. BREVE HISTORIA NORMATIVA DEL PARQUE NACIONAL DE DOÑANA. II: SÍNTESIS DE LA LEY 8/1999, DE 27 DE OCTUBRE, DEL ESPACIO NATURAL DE DOÑANA. UNA SINGULAR LEY SINGULAR. III. LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA ESTA SINGULAR LEY SINGULAR O LOS MOTIVOS QUE PERMITEN DUDAR FUNDADAMENTE DE SU CONSTITUCIONALIDAD. A) La Ley 8/1999, del espacio Natural de Doñana y la jurisprudencia constitucional sobre la distribución de competencias en materia de medio ambiente y espacios naturales protegidos. La singular creación autonómica y su colisión con la legislación básica estatal. B) La Ley 8/1999, del espacio Natural de Doñana y la legislación básica estatal: De nuevo el problema de la participación obviada por una declaración legislativa. C) La Ley 8/1999, del espacio Natural de Doñana norma en fraude de Constitución.

I. LA SITUACION DE PARTIDA. BREVE HISTORIA NORMATIVA DEL PARQUE NACIONAL DE DOÑANA (1)

Doñana este paraíso y símbolo del conservacionismo mundial no se merece los desencuentros de los que vamos a dar cuenta. En un contexto más amplio, la Ley 8/1999, del espacio Natural de Doñana no es más que una de las

(1) La bibliografía en materia de espacios naturales protegidos imprescindible viene constituida por los estudios de: LOPEZ RAMON, *La conservación de la naturaleza: los espacios naturales protegidos, Bolonia-Zaragoza*, 1980 y LOPEZ RAMON (Dir), *Régimen jurídico de los espacios naturales protegidos*, Ed. Kronos, Zaragoza 1995; ARIÑO ORTIZ & DE LA CUETARA, *La protección jurídica de los espacios naturales.*, Madrid, CEOTMA, 1982; MACHADO CARRILLO (ed), *Los parques nacionales: Aspectos jurídicos y administrativos*, Ministerio de Agricultura Pesca y Alimentación, ICONA, Madrid 1988; PALUZIE i MIR, *Los espacios naturales protegibles*, UPC, Barcelona 1990; MARTIN MATEO, *Tratado de Derecho ambiental*, Volumen III, *Recursos Naturales*, Trivium, Madrid 1997, Capítulo XXXII, "Espacios Naturales Protegidos", págs. 309-405.

fases cumbres del desencuentro entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Andalucía. Un desencuentro que transciende al parecer del plano puramente normativo. Pero la primera reflexión obligada debe partir de la realidad: la realidad es Doñana y sus singulares valores ecológicos. La realidad es que en la Unión Europea Doñana es un milagro: un verdadero oasis de naturaleza que a todos nos obliga. Y esta premisa jamás debiera ser olvidada.

La historia jurídica de Doñana es fácil de reconstruir; la obra jurídica humana no ha estado ciertamente a la altura de la obra de la naturaleza. Sin perjuicio de precedentes anteriores (2), fue el Decreto número 214 de 16 de octubre de 1969 (3), dictado en aplicación de la Ley de montes de 8 de junio de 1957 (artículos 78 y 79), el que procedió a la creación del Parque Nacional. Más tarde fue la Ley de 28 de diciembre de 1978 la que, en aplicación de la Ley de Espacios naturales protegidos de 2 de mayo de 1975, estableció un régimen jurídico especial que tiene como una de sus más destacadas notas la determinación de distintos niveles de protección. Se fijaron los linderos del Parque Nacional y zonas exteriores sometidas a protección especial, las llamadas zonas de protección o preparque definidas en el artículo 3º; las zonas de influencia a efectos de aguas superficiales y las de protección en relación con las aguas subterráneas. El Reglamento de régimen interior del Patronato se aprobaría años más tarde, por Acuerdo de 26 de mayo de 1986, en desarrollo de la ley de 1978 (4). Hasta aquí llega la historia pacífica porque tras la Ley estatal 4/1989, de 27 de marzo comenzaría la conflictividad competencial en la que la Ley del Parlamento que analizamos ejercerá de detonante último como examinaremos más adelante.

Desde la creación en 1989 del Parque Natural de Doñana autonómico (anterior Parque Natural del Entorno de Doñana) las tensiones en Estado y Comunidad Autónoma no ha cesado. No es el primer Parque Nacional donde

(2) Los antecedentes cercanos del Parque Nacional deben remontarse al año 1963, en el que se adquirió por el Fondo Mundial para la Naturaleza 6.700 hectáreas de terreno en el Coto que fueron cedidas al Consejo Superior de Investigaciones Científicas bajo la fórmula de venta favorecida. En 1964, el CSIC creó la Estación Biológica del Guadalquivir. Posteriormente, el Fondo mundial constituyó su Delegación en España -ADENA- y en mayo de 1969 compró 3.214 hectáreas de marisma creando la Reserva del Guadiamar, también administrada por el CSIC. De esta forma nació la Reserva Biológica de Doñana. Sobre el Parque Nacional de Doñana puede verse el libro de RODRIGUEZ JIMENEZ, *Parque Nacional de Doñana*, Rodillo, Madrid 1990.

(3) Esta norma fue dictada en virtud de los artículos 78 y 79 de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957 y de los correlativos del Reglamento de Montes de 22 de febrero de 1962.

(4) B.O.E. núm. 242, de 9 de octubre de 1986.

esto ha ocurrido. En Cataluña llegaron a convivir en el Parque Nacional de Aigües Tortes i Estany de Sant Maurici dos órganos administrativos de gestión estatal y autonómico al propio tiempo. El conflicto, por razones que a nadie se nos escapan, se resolvió con la salida de la Red nacional de dicho Parque. Previamente, la Ley Catalana 7/1988 de 30 de marzo había procedido a la *sobredeclaración* (5). Con este precedente de coherencia gestado durante el anterior Gobierno y mayoría parlamentaria socialista es difícil mantener cualquier cosa en el marco de este extraño federalismo ambiental asimétrico (6). La Ley 41/1997 intentó remediar este extraño federalismo asimétrico mediante su mitigación al establecer su disposición adicional cuarta que a los demás efectos es todo un Parque Nacional lo que supone su vinculación al Plan Director de la Red de Parques Nacionales (art. 22 bis Ley 41/1997). La disposición adicional cuarta de esta Ley integra en la Red de Parques Nacionales Aigües Tortes, pero manteniendo "sin embargo, el actual régimen de gestión y organización en los términos establecidos por la normativa autonómica". Que coherencia!!!! (7), ahora del Gobierno y mayoría parlamentaria Popular con el esquema de la Ley 41/1997.

La historia se repite por reciente que sea esta. La Ley andaluza es Aigües Tortes II.

II: SINTESIS DE LA LEY 8/1999, DE 27 DE OCTUBRE DEL ESPACIO NATURAL DE DOÑANA. UNA SINGULAR LEY SINGULAR

La Ley 8/1999, del Espacio Natural de Doñana, de 27 de octubre (8) consta de 56 artículos, dos disposiciones transitorias, una disposición deroga-

(5) PALUZIE i MIR, *Los espacios naturales protegibles, cit.*, pág. 86.

(6) De hecho, el argumento del agravio comparativo nacionalista es manejado por el Portavoz del Grupo Parlamentario andalucista DELL´OLMO GARCIA en el debate final Debate final del Proyecto de Ley en Sesión Plenaria celebrada el miércoles 13 de octubre de 1999, Diario de Sesiones, núm. 138, V Legislatura, págs. 8.072-8.073.

(7) Dicha disposición ha sido recurrida (o todos moros o todos cristianos) por las Cortes de Aragón. El recurso ha sido admitido a trámite por providencia de 18 de febrero de 1998. Cataluña actuará en este recurso como codemandado lo que ha sido admitido por Auto de 30 de junio de 1998, RTC 1998/155 AUTO.

(8) B.O.J.A núm. 137, de 25 de noviembre. Los elementos fundamentales de su tramitación parlamentaria han sido los siguientes: Debate de totalidad del Proyecto de Ley 5/99, PL-0001680,

toria y una disposición final. Este conjunto se ordena en seis Títulos incluido el preliminar. Desde este punto de vista descriptivo la Ley 8/1999, del Espacio Natural de Doñana, una síntesis de sus contenidos pasa por los siguientes elementos:

1.- El establecimiento del régimen jurídico del Espacio Natural de Doñana como medida adicional de protección desde los principios inspiradores de preservación, desarrollo sostenible y gestión unitaria de los territorios que constituyen el Espacio Natural de Doñana (9).

2.- La atribución de la gestión a la Administración ambiental de la Junta de Andalucía sin perjuicio de la participación del Estado (10). Administración y gestión realizada a través del Equipo de Gestión (11). El Director del Espacio Natural a quien corresponde la dirección y coordinación es nombrado de conformidad con la normativa reguladora de la Función Pública de Andalucía (12). Establecimiento y regulación de un Consejo de Participación (13).

3.- Regulación del Area de Influencia Socioeconómica inicialmente comprendida por los municipios radicados en todo o en parte dentro los límites del Espacio Natural de Doñana (14).

---

del Espacio Natural de Doñana, Diario de Sesiones, núm.. 124, V Legislatura, año 1999, Sesión Plenaria núm. 71 celebrada el miércoles 28 de abril; Enmiendas al articulado formuladas al Proyecto de Ley 5/99, PL-0001680, "B.O.P.A.", núm. 363, Quinta Legislatura, 10 de septiembre; Informe de la Ponencia sobre el Proyecto de Ley 5/99, PL-0001680, del Espacio Natural de Doñana, "B.O.P.A.", núm. 365, Quinta Legislatura, Sevilla, 17 de septiembre; Dictamen de la Comisión de Medio Ambiente sobre el Proyecto de Ley 5/99, PL-0001680 y enmiendas que se mantienen a dicho Proyecto de Ley, "B.O.P.A.", núm. 373, Quinta Legislatura, Sevilla, 8 de octubre; Debate final del Proyecto de Ley en Sesión Plenaria celebrada el miércoles 13 de octubre de 1999, Diario de Sesiones, núm. 138, V Legislatura; Aprobación por el Pleno sesión celebrada los días 13 y 14 de octubre de 1999, "B.O.P.A.", núm. 378, 22 de octubre. Debe destacarse la altura del debate por parte de todos los parlamentarios intervinientes, cosa que como andaluces nos debe hacer sentir orgullosos. El interés de los debates, con altura jurídica destacable hace que la consulta de la información allí esparcida y expresada sea ineludible para quien quiera adentrarse en la entrañas de esta Ley.

(9) Cfr. arts. 1 y 2 de la Ley 8/1999, del Espacio Natural de Doñana.

(10) Cfr. art. 3 de la Ley 8/1999, del Espacio Natural de Doñana.

(11) Cfr. arts. 10, 11 y 13 de la Ley 8/1999, del Espacio Natural de Doñana.

(12) Cfr. arts. 11 y 12 de la Ley 8/1999, del Espacio Natural de Doñana.

(13) Cfr. arts. 14 a 16 de la Ley 8/1999, del Espacio Natural de Doñana.

(14) Cfr. arts. 6 a 9 de la Ley 8/1999, del Espacio Natural de Doñana.

4.- Regulación de los instrumentos de planificación (PORN y PRUG) y establecimiento de prohibiciones en relación con los recursos en sentido amplio del Espacio (15). Como novedad se regula con rango de Ley la figura del Plan de Desarrollo sostenible.

5.- Establecimiento de un régimen sancionador propio del Espacio Natural de Doñana (16).

La Ley 8/1999, del Espacio Natural de Doñana es ciertamente una Ley singular con todos los problemas que esto plantea (17).

---

(15) Cfr. arts. 18 a 37 de la Ley 8/1999, del Espacio Natural de Doñana.

(16) Cfr. arts. 40 a 56 de la Ley 8/1999, del Espacio Natural de Doñana.

(17) La crítica doctrinal frente a las leyes singulares o de caso único es contundente: por ejemplo, PARADA VAZQUEZ con dos importantes argumentos: 1) La quiebra del principio de garantía judicial efectiva y de predeterminación legal del juez que consagra el art. 24 CE. A esto se añade la ausencia de garantías previas como la audiencia; 2) La infracción del principio de igualdad que produciría la admisión de un estatuto disminuido de garantías para los expropiados legislativamente (*Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas*, "R.A.P.", núm. 100-102 vol. II, 1983, especialmente, págs. 1159-1160 y 1166). Criticando el fenómeno véase ARIÑO ORTIZ, *Leyes singulares, Leyes de caso único*, "R.A.P.", núm. 118, enero-abril 1989, págs. 84-85; GARCIA de ENTERRIA, *Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas, "R.A.P."*, núm. 141, septiembre-diciembre 1996, pág. 149. No obstante la opinión doctrinal no es unánime MONTILLA MARTOS, desde la admisibilidad de la figura de las leyes singulares ha estudiado los límites de la figura en nuestro sistema constitucional como garantías autónomas frente a la actuación singular del legislador. Según MONTILLA MARTOS estos límites son 1)el principio de igualdad; 2) el sistema constitucional de división de poderes y, 3) la reserva de generalidad de las leyes de desarrollo de los derechos fundamentales (*Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Ed. Civitas, Madrid 1994, págs. 155-213).Específicamente respecto de una ley medida (acto administrativo) declarativo de un espacio protegido se muestra partidario de la técnica CIRIANO VELA, *El concepto de Ley en el Derecho español actual (A propósito de la Ley 1/91 del Parlamento balear. sobre "espacios naturales y régimen urbanístico d la áreas de especial protección" ¿Un ejemplo de Ley singular?*, en *Régimen jurídico de los espacios naturales protegidos, cit.*., págs. 151-164. Aunque esta posición favorable parece "someterse" a condiciones que hoy por hoy no se cumplen -el autor las considera "deseables"-(recurso de amparo directo, audiencia de los grupos afectados). En contra, específicamente en materia de espacios de naturales protegidos véanse GARRIDO FALLA, *Sobre la posible inconstitucionalidad de la Ley 1/1991, del Parlamento de las Islas Baleares (La reserva del ejecutivo)*, "R.A.P." núm. 126, septiembre-diciembre 1991, págs. 513-532; LOPEZ RAMON, *Introducción al régimen jurídico de los espacios naturales protegidos en Régimen jurídico de los espacios naturales protegidos, cit.*, págs. 27-28; PEREZ MORENO, *Los espacios Naturales protegidos*, en esta Revista, núm. 10, abril-mayo-junio 1992 pp 11-26; PEREZ DE ANDRES -desde la idea de reserva constitucional de administración-, *Las tensiones originadas por la nueva ordenación de los espacios naturales protegidos*, en esta Revista, núm. 16, octubre-noviembre-diciembre, págs. 79-116 y en la Revista Electrónica de Derecho Ambiental, núm. 0, http://www.cica.es/aliens/gimadus. Pero el TC admite leyes singu-

Pero su singularidad va mas allá. Crea una figura de protección única -dice la exposición de motivos de la Ley que "se crea una figura que es nueva y única"-. Lo cual es altamente discutible por la incorporación de un régimen especial aislado del territorio. Obsérvese que su ámbito de aplicación se restringe al territorio que constituye el Espacio Natural de Doñana y su Area de Influencia Socioeconómica a éste en principio restringida (18). Desde este punto de vista es difícil justificar por qué el valor es divergente por ejemplo a efectos de las cuantías de la multas de 10.000.001 pesetas a 50.000.000 de pesetas años en el art. 41. 1 de la Ley 4/1989, a 150 veces más una peseta el Salario Mínimo interprofesional a mil veces en art. 48 de la Ley 8/1999, del Espacio Natural de Doñana (unos setenta y tantos millones de pesetas) (19). Llama la atención la referencia a dicho salario ¿Y si deja de existir como se propone hoy en determinadas economías europeas como forma de lucha contra el desempleo? Hasta metafóricamente esta forma de cuantificación resulta inadecuada pues confronta o parece confrontar naturaleza y sustento económico humano pues los animales no poseen salario mínimo interprofesional. Por cierto, las normas de embargo de la LEC no pueden entenderse derogadas por la Ley del Espacio Natural de Doñana.

El enclavismo puede resultar técnico-jurídicamente problemático respecto de actuaciones que deterioren Doñana más allá de sus límites administrativos. El desastre de Aznalcóllar fuera de sus límites ha demostrado como las aves de Doñana van a comer fuera del Parque donde puede existir contaminación. El enclavismo de la Ley andaluza no es sensato. Desde un punto de vista material la singularidad de un régimen sancionador divergente puede ser discutida. La extensión del espacio por unificación con el Parque Natural de

lares, y específicamente para la protección de la naturaleza. La última vez que ha hecho esto es en la STC 28/1998 de 13 de febrero de 1997 en relación con la Ley 371984, de 14 de marzo de Ordenación y Protección de Areas naturales de Interés Especial y 3/1984, de 31 de mayo de Declaración de Es Trenc-Salobrar de Campos como Area Natural de Interés Especial ambas del Parlamento de las Islas Baleares (B.O.E. núm. 63, de 14 de marzo, RTC 2871997).

(18) Cfr. arts. 4 y 7.2 de la Ley 8/1999, del Espacio Natural de Doñana.

(19) Plantea el régimen singular problemas respecto a la divergencia de régimen sancionador existente en todo territorio nacional, problema estudiado por nosotros a cuyo tratamiento nos remitimos, véase nuestro libro *Nulidad de los Actos Administrativo y derechos Fundamentales*, Ed. Marcial Pons, Madrid 1997, págs. 39-46. Existe una sentencia del Tribunal Constitucional examinando el problema de divergencia sancionadora específicamente en materia de espacios naturales protegidos. Es la STC 156/1995, de 26 de octubre sobre la Ley del Parlamento Vasco de Protección y Ordenación de la Reserva de la Biosfera de Urdabai (*Jurisprudencia Constitucional*, T. XLIII, págs. 270-289.

Doñana hace discutible la instauración de un régimen sancionador más riguroso. La realidad de un Parque Natural será valorada de forma distinta en un mismo ámbito territorial (nuestra Comunidad Autónoma). También la realidad de un Parque Nacional (que como veremos subsiste) será valorada de distinta de forma (frente a Sierra Nevada). En realidad la norma Andaluza cumple las deficiencias congénitas de una Ley de declaración denunciadas por LOPEZ RAMON: la instauración de un régimen diferenciado de la legislación general (20). Deficiencias que obedecen a la admisibilidad por el TC de este tipo de Leyes.

Y contiene normas cuya entrada en vigor efectiva no queda condicionada al transcurso de un periodo de tiempo cierto (seis meses, dieciocho meses, un año). La vigencia de la Disposición derogatoria Ley 8/1999, del espacio Natural de Doñana "queda condicionada a la efectiva constitución y *funcionamiento* del órgano de participación y a la aprobación de los instrumentos de planificación que se establecen en la presente Ley" Sic! Y esta ocurrente manera de proceder se establece en la Disposición derogatoria *in fine* de la Ley 8/1999, del Espacio Natural de Doñana. Aunque obviamente la efectiva constitución de dichos órganos condiciona algo más pues a órganos creados por esta Ley se atribuyen competencias sancionadoras (por ejemplo, art. 52 a) de la Ley 8/1999, del Espacio Natural de Doñana (21). Obviamente solo serían aplicables las ya tipificadas en la legislación estatal o autonómica por órganos legalmente competentes existentes (ex Disposición Transitoria primera de la Ley 8/1999, del Espacio Natural de Doñana. Problema jurídico de altura es el *quid iuris* respecto de las infracciones que se cometan en zonas declaradas ex novo (22) por la Ley 8/1999, del Espacio Natural de Doñana antes de la efec-

(20) *Introducción al régimen jurídico de los espacios naturales protegidos* en *Régimen jurídico de los espacios naturales protegidos, cit.*, pág. 28. También CHAMORRO GONZALEZ, *La declaración de los espacios naturales y la sentencia del Tribunal Constitucional 163/1995, de 8 de noviembre*, en esta Revista, núm. 27, julio-agosto-septiembre, 1996, págs. 180 y 185.

(21) De hecho, la redacción confusa de la Ley, que emplea la dicción "esta disposición" con lo cual no es claro si se refiere a la disposición derogatoria o a la Ley entera hace pensar a la Parlamentaria del Grupo Popular MARTIN OVANDO que la Ley se refiere a esto último, cosa que considera disparatado pues ¿qué es "efectivo funcionamiento"?, ¿quién lo determina? ¿cuándo se considera que se cumple la condición legal? Cfr. Debate final del Proyecto de Ley en Sesión Plenaria celebrada el miércoles 13 de octubre de 1999, Diario de Sesiones, núm. 138, V Legislatura, pág. 8076.

(22) Manejamos información oficiosa respecto a la no correspondencia del Espacio Natural de Doñana con los Parques Nacional y Natural preexistentes. Esta información no está contrastada dada nuestra carencia de formación y conocimientos en interpretación de cartografía y conocimiento del terreno.

tiva constitución de los órganos establecidos en dicha Ley. Dicho problema se nos antoja teórico porque el Tribunal Constitucional sin duda suspenderá su aplicación por causa del recurso ante él anunciado por el Consejo de Ministros. Oficiosamente se explica tal extraña forma de vigencia como un intento de desbloqueo del conflicto. Algo así como un órdago. Extraño modo de desbloqueo este que consiste en agregar gasolina al fuego. La potestad legislativa autonómica no es un instrumento político de negociación (23).

Formalmente no ha procedido a la derogación de la legislación estatal pero materialmente (como, por ejemplo, hacia el Proyecto de Ley de Protección Ambiental de Andalucía) por contradicción plena sí se opera dicho efecto. Obsérvese que por lo que respecta al nombramiento del Director la contradicción es absoluta. No se trata de un desplazamiento de la norma estatal sino de una colisión directa, cosa que oportunamente ha sido denunciado por el Consejo Consultivo de Andalucía (24). Esta colisión sólo tiene una vía de salida: una Sentencia del TC (que la propia Ley andaluza ilegítimamente pretende anticipar). Y de esa futura sentencia sólo puede quedar viva una norma. Cabe sospechar que la disposición derogatoria puede estar refiriéndose a normas estatales. Lo cual clama al cielo. Andalucía derogando implícitamente normas estatales. Esto es obvio si se pone en relación con la Disposición Transitoria segunda (25). Este galimatías lo crea la propia Ley andaluza al crear un espacio sobre otro. Puestos a derogar ¿por qué no derogar leyes de Dinamarca?

De hecho no es claro que el Parque Nacional haya dejado de existir, porque el legislador andaluz tiene buen cuidado de no proceder a su derogación expresa. Y de hecho no se sabe si es como estrategia de cobertura, acto fallido, o proceder escasamente sistemático que la Ley que comentamos parece dejar vivo el Parque Nacional: al menos en los mapas aparece "Parque Natural y Nacional de Doñana". Curiosa Ley que no respeta sus propias denominaciones. Pero también el art. 5.3 establece que "se incorporaran, igualmente las ampliaciones que se produzcan del

(23) Denuncia expresada de forma contundente por la parlamentaria del Grupo Popular MARTIN OVANDO, Diario de Sesiones, núm. 124, V Legislatura, año 1999, Sesión Plenaria núm. 71 celebrada el miércoles 28 de abril, pág. 722 y Debate final del Proyecto de Ley en Sesión Plenaria celebrada el miércoles 13 de octubre de 1999, Diario de Sesiones, núm. 138, V Legislatura, pág. 8.077.

(24) Nuestra fuente a falta de la publicación del Dictamen es Diario de Sesiones, núm.. 124, V Legislatura, año 1999, Sesión Plenaria núm. 71 celebrada el miércoles 28 de abril, pág. 7.223.

(25) Normas estatales sólo se aplican transitoriamente hasta la entrada en vigor del nuevo planeamiento dictado por la Comunidad Autónoma.

Parque Nacional de Doñana". En qué quedamos ¿Parque Nacional de Doñana *haberlo haylo*, como las meigas? Ciertamente resulta esquizofrénico y extraño que el legislador acepte de hecho el modelo Aigües Tortes. Dicho de otro modo: hay dos posibilidades interpretativas igualmente indeseables:

1) Se crea un nuevo espacio que deroga implícitamente la legislación estatal (un desplazamiento en realidad derogación/laminación) dejando de existir Doñana. *No more Doñana (National).* Los órganos creados dejan sin efecto los existentes y los límites dibujados por absorción sustituyen los preexistentes. Por eso se habla de gestión única o integral del Espacio Natural de Doñana desde la idea de la competencia exclusiva en materia gestión. Opción que no se comprende porque en teoría es respetando la legislación básica; y la legislación básica como veremos hoy dice otra cosa. Se respeta la legislación básica según "yo" (Parlamento de Andalucía) la entiendo.

2) Se crea un nuevo espacio desapareciendo sólo uno de ellos (el Parque Natural de Doñana). Subsisten ambos órganos gestores y de colaboración. Subsisten los límites del Parque Nacional (por eso figura en el Mapa; por eso se incorporan al nuevo espacio los límites que se modifiquen de Doñana). Desde la idea de respeto (al menos formal al Derecho básico). Aigües *Tortas* tenemos. Ha nacido el espacio protegido del mundo más coordinado con dos órganos de coordinación (Patronato y gemelo autonómico) y Dos Directores-Conservadores tomando decisiones sobre gran parte del mismo espacio!!!!!!! Parece que el modelo de la Ley es el primero. El segundo es impensable que voluntariamente se seleccione sin perjuicio de los acontecimientos lo produzcan ¿Pero cabe racionalmente en cabeza sensata que se haya optado por dicho modelo?

Pero además, en esto hay una contradicción destacable al crear un espacio único sobre dos existentes de los que uno subsiste (el Parque Nacional) se unifica el régimen de gestión sobre productos sobre los que la Comunidad Autónoma de Andalucía no posee la misma posición por singular sea esta (Parques Nacionales y Parques Naturales). Se produce de esta forma fraudulenta mediante dicho artificio una invasión por *sobrevaloración* de la propia posición sobre el Parque Nacional.

III. LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA ESTA SINGULAR LEY SINGULAR O LOS MOTIVOS QUE PERMITEN DUDAR FUNDADAMENTE DE CONSTITUCIONALIDAD

A) La Ley 8/1999, del espacio Natural de Doñana y la jurisprudencia constitucional de competencias en materia de medio ambiente y espacios na-

turales protegidos. La singular creación autonómica y su colisión con la legislación básica estatal.

La doctrina del TC sobre la distribución de competencias en materia de medio ambiente es ciertamente compleja y errática (26). Pero fue la STC 102/1995, de 26 de junio (27), una de las causantes del giro jurisprudencial copernicano, y desde luego, el factor decisivo en el devenir jurídico-administrativo de Doñana. Como es sabido la STC 102/1995, de 26 de junio ha dado lugar a las leyes 40/1997 y 41/1997, de 5 de noviembre (28), de reforma y modificación de la Ley 4/1989, de 27 de marzo. Ya MARTIN MATEO criticó la STC 102/1995 en este punto estimando que su mandato hermenéutico *pro* autonómico no podrá ser cumplido sin mediar una Ley que concrete que es lo que ha de entenderse por gestión ambiental. Dando cuenta del proyecto y de la Ley, mostraba su escepticismo dado que el modelo presupone la buena voluntad de las partes. El art. 23 ter fue modificado en el proceso de tramitación

(26) Sobre la distribución de competencias en materia de medio ambiente véanse los estudios de SEVILLA MERINO, *Las competencias en materia de protección del medio ambiente*, "R.E.V.L.", núm. 220, 1983, págs. 633-662; LARUMBE BIURRUM, *Medio ambiente y Comunidad Autónoma*, "R.V.A.P." núm. 8, 1984, págs. 9-71; QUINTANA LOPEZ, *La distribución de competencias en la protección del medio ambiente. Referencia especial a las actividades mineras*, "R.E.A.L.A." núms. 235-236, julio-diciembre 1987, págs. 533-572; SANCHEZ BLANCO, *Distribución constitucional de competencias en materia de recursos naturales.(Aguas, montes, minas)*, en *Estudios sobre la Constitución Española*, Homenaje al Profesor García de ENTERRIA, Tomo IV, Editorial Cívitas S.A., 1991, págs. 3567-3670; GUCHILLO FOIX, *Las Competencias de la Generalitat de Catalunya en materia de medio ambiente*, Libro Homenaje a VILLAR PALASI, editorial Cívitas, Madrid 1989, págs. 247-271; RICO GOMEZ, *Las competencias autonómicas de desarrollo legislativo en materia de protección del medio ambiente y espacios naturales protegidos*, "R.A.P". núm. 127, enero-abril 1992, págs. 325-336; LOPEZ MENUDO, *Planteamiento constitucional del medio ambiente. Distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas* en AA.VV, *Protección Administrativa del medio ambiente*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1994, págs. 9-63; CANALS AMETLLER, *La polémica jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de espacios naturales protegidos: Competencias estatales versus competencias Autonómicas (Comentario a la STC 102/1995, de 26 de junio en relación con las SSTC 156/1995, de 26 de octubre y 163/1995, de 8 de noviembre)*, "R.A.P." núm. 142, enero-abril 1997, págs. 305-351; POMED SANCHEZ, *La protección del medio ambiente como función estructural del Estado en el seno de la Unión Europea: entrecruzamientos competenciales*, "R.E.D.A.", núm. 98, abril-junio 1998, págs. 165-190; y el nuestro, *Integración y desintegración en la construcción del federalismo ambiental: La STS 13/1998, de 22 de enero, o la razonable afirmación de competencias «ejecutivas» en «materia ambiental» fuera de las anormalidades*, "REDA" núm. 101, enero-marzo 1999, págs. 103-115.

(27) BJC 171/1995, págs. 5-53.

(28) B.O.E. núm. 266, de 6 de noviembre. Por Real Decreto 1803/1999, de 26 de noviembre, se ha aprobado el Plan Director de la Red de Parques Nacionales (B.O.E. de 13 de diciembre de 1999).

parlamentaria y ahora dispone que el Director-Conservador será nombrado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente previo acuerdo de la Comisión mixta de Gestión. El problema apuntado por MARTIN MATEO es de órdago ¿y si no hay acuerdo, *quid iuris*? (29). Problemas similares ocasionó la jurisprudencia de la Corte Costituzionale en Italia (Sentencias núms. 1029 y 1031/1988). Y es que como señala SIMONCINI en el interior de un Parque Nacional localizado y creado desde el Estado es extremadamente difícil hipotetizar una disciplina autónoma concurrente ejercitada por las *Regioni* (30).

De hecho, la Junta de Andalucía ha recurrido la Ley 40/1997 y el R.D. 1760/1998, de 31 de julio. El 26 de enero de 1999 fue admitido a trámite este último conflicto de competencias. Este dato no puede ser perdido de vista: la Ley 8/1999, del Espacio Natural de Doñana, de 27 de octubre ha nacido en el seno de un conflicto político y jurídico. Y ciertamente esto le hace a nuestro juicio perder gran parte de legitimidad. La Ley 8/1999, del espacio Natural de Doñana, desde este punto de vista, supone un ejercicio de la competencia legislativa autonómica anticipatoria de la resolución del conflicto constitucional. Lejos de esperar a la resolución por el TC de los conflictos planteados, Andalucía ha dictado una ley anticipatoria de un fallo que sólo corresponde al TC (31). Esto puede ser enjuiciado desde muchos puntos de vista (político, de oportunidad, etc.). Desde un punto de vista jurídico creemos que es un ejemplo indeseable de infracción de los principios de lealtad y cooperación ¿o es que se puede llegar más lejos? La Ley Andaluza contradice directamente preceptos básicos estatales. Esto no es sólo legislar sobre una materia en conflicto como sostuvo MARIN RITE en el debate final parlamentario lo que sería legítimo desde la jurisprudencia constitucional. Hay un salto cualitativo es un conflicto de competencias por vía hecho sea cual sea el modelo interpretativo que antes hemos dibujado. Las cláusulas "sin perjuicio del derecho básico estatal" algunas de aquellas introducidas por enmienda del Grupo Popular en la tramitación de la Ley son puros sarcasmos. Estos es más que interpretar legítimamente el alcance de la propia competencia legislativa; es

(29) MARTIN MATEO, *Tratado de Derecho ambiental*, Volumen III, *Recursos Naturales*, *cit.*, pág. 358.

(30) *Ambiente e protezione della natura*, CEDAM, Padova 1996, págs. 278-281.

(31) MARTIN OVANDO denunció la contradicción con la legislación básica estatal y la pendencia del fallo del TC. A ello contesto MARIN RITE que estábamos ante un supuesto de "política autonómica avanzada". Debate final del Proyecto de Ley en Sesión Plenaria celebrada el miércoles 13 de octubre de 1999, Diario de Sesiones, núm. 138, V Legislatura, pág. 7.224-7.226.

anticipar el fallo del TC. De admitirse tal forma de proceder estamos dinamitando el Estado de Derecho autonómico constitucional. Se crearía un peligrosísimo precedente de la "justicia constitucional" por la mano. La Ley 41/1997 podrá ser o no conforme al esquema de distribución de competencias: admitimos que esto puede entrar dentro del terreno de lo jurídico y por tanto de lo discutible (32). La Ley de Espacio Natural de Doñana es diferente. Sea esta o no (que es lo que nosotros creemos) conforme con dicho esquema debe ser declarada inconstitucional por infracción del principio lealtad de cooperación. Y es que como recuerda PEREZ DE ANDRES la cooperación es un deber jurídico constitucional del que se desprenden obligaciones para la conducta de las instancias de gobierno (y para los poderes legislativos añadiríamos nosotros); es como dice PEREZ DE ANDRES un deber justiciable cuya transgresión puede hacerse valer ante el propio TC (33).

Obsérvese que hasta al intérprete más *pro* autonómico MARRERO GARCIA-ROJO, desde su impecable formación jurídica condiciona conforme a la jurisprudencia constitucional sus planteamientos al efectivo traspaso de funciones y servicios (34) supeditando al inicio de dicho proceso las posibilidades de actuación de la Comunidad Autónoma. El golpe de mano de la Ley que comentamos es, por estas razones, vía de hecho autonómico-inconstitucional y como tal deberá ser declarada.

La STC 102/1995 exactamente declaró la inconstitucionalidad de los arts. 21.3 y 4 y 22.1 de la Ley 4/1989, "en la medida en que atribuye exclusivamente al Estado la gestión de los Parques Nacionales". Literalmente su F.J. núm. 22 justificaba esta decisión del siguiente modo:

---

(32) Una sentencia del TC a la vista de la disposición adicional cuarta de la Ley 41/1997 y "de la posición singular de algunas CCAA podría en hipótesis respaldar el modelo competencia de gestión. Lo que no creemos posible; o no queremos creer posible es que otros argumentos que hacen fundadamente dudar de la constitucionalidad de la Ley Andaluza que se van ir exponiendo a lo largo de este estudio no prosperen en su día. Dicho sea paso, el TC es el máximo intérprete de la Constitución y al él corresponde la última palabra. Y estando de acuerdo o no con sus fallos nuestro deber es acatarlos como no puede ser de otra manera en un Estado de Derecho constitucional.

(33) En su impresionante libro *La Ordenación del Territorio en el Estado de las Autonomías*, Ed. Marcial Pons, Madrid 1998, pág. 715.

(34) MARRERO GARCIA-ROJO en *Alcance de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de junio de 1995 en relación con la gestión del Parque Nacional de Doñana*, en esta Revista, núm. 24, octubre-noviembre-diciembre 1995, págs. 140 y 147.

22. "Sin embargo, no vale la misma respuesta para la gestión de los Parques Nacionales, que la Ley atribuye en exclusiva, aun cuando sus funciones en esta materia no se agoten en la declaración de interés general de ese espacio natural que le haga merecedor de protección, pues la norma, tal y como aparece diseñada, desconoce paladinamente la competencia de las Comunidades Autónomas para ejecutar lo legislado sobre protección de medio ambiente **y la posición singular de algunas de ellas, con una competencia exclusiva sobre los espacios naturales protegidos.** No hace falta insistir en el contenido del concepto de gestión, que se utiliza como sinónimo de administración y en la concepción constitucional de las potestades públicas sobre la materia cuyo ejercicio en este ámbito se configura como competencia normal o habitual de las Comunidades Autónomas y que sólo residualmente, en ciertos supuestos límite que no es necesario concretar ahora, **aunque uno sea este**, pueda participar en ella en el Estado. No es admisible en cambio la exclusión de las Comunidades Autónomas en cuyo territorio esté enclavado el Parque Nacional, como hace el texto en tela de juicio. Desde esta perspectiva ha de predicarse la inconstitucionalidad parcial del primer párrafo del artículo 22 en cuanto atribuye la gestión exclusivamente al Estado, si que esa tacha se comunique al siguiente precepto. En efecto el artículo 23 diseña un Patronato para cada uno de los Parques Nacionales con las funciones de proponer, informar o vigilar y en ningún caso decisorias, **en la línea de coparticipación sugerida más atrás**, donde estarán presentes todas las Administraciones implicadas o comprometidas. No son órganos gestores sino colaboradores, pero su estructura plural con funciones adjetivas o secundarias respeta la participación de las Comunidades Autónomas".

La sentencia ha sido tachada no sin razón de oscura e imprecisa (MARTIN MATEO). Y desde luego admite varias lecturas (35). Estado y Comunidad

(35) Una lectura pro autonomista es la realizada por MARRERO GARCIA-ROJO en *Alcance de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de junio de 1995 en relación con la gestión del Parque Nacional de Doñana*, en esta Revista, núm. 24, octubre-noviembre-diciembre 1995, págs. 121-147. Su estudio es de innegable interés. Debe reconocerse que la idea inicial de la intervención sobre Doñana -desfigurada y aumentada por el Proyecto de Ley y su tramitación parlamentaria- es de MARRERO GARCIA-ROJO jurista de sólida formación. Básicamente sus ideas pueden sintetizarse sobre los siguientes ejes: 1) el sistema de reparto competencial en materia de Parques Nacionales se concreta en la atribución al Estado de la normativa básica en la materia, correspondiendo el desarrollo legislativo y la ejecución de la totalidad del orden normativo, estatal o autonómico, a las Comunidades Autónomas, incluyendo la gestión de los mismos si bien es posible la reserva estatal de determinados actos de ejecución configurándolos como básicos pero siempre con carácter excepcional (*op. cit.*, págs. 136, 138-139); 2) de la titularidad autonómica de la competencia de

Autónoma por vía legislativa han dado forma a esas diversas lecturas. Nuestra interpretación es la siguiente.

-Las competencias de gestión de los Parques Nacionales no son ni exclusivas del Estado ni de las Comunidades Autónomas. La Sentencia 102/1995 declara la inconstitucionalidad en cuanto que atribuye la gestión exclusiva de los Parques Nacionales al Estado. De ello se deduce que no toda gestión del Estado está prohibida sino la gestión y administración en exclusiva. De ahí que si es inconstitucional el modelo originario de la ley 4/1989 lo sea también el modelo "vuelta de tortilla" de la Ley 8/1999, del Espacio Natural de Doñana que relega al Estado en inversión posicional a la presencia participativa (36). Participación no es a coparticipación que el modelo que la Constitución demanda como reconoce expresamente la STC 102/1995. A todas estas convendría recordar varias cosas. La jurisprudencia constitucional ha optado por un modelo que no está en la Constitución milimétricamente definido porque esto es imposible por naturaleza. Supone meramente una interpretación posible. Deducir un sistema de distribución de competencias de la parquedad constitucional o estatutaria es una ilusión reservada para ingenuos. ¿Como sería posible en la realidad tal operación desde la parquedad de los textos o sus directas contradicciones? ¿Es que omisiones en los Estatutos han deparado idéntica marginación para las CCAA?

Fuera de este contexto que puede funcionar como orejera conviene recordar que en el derecho comparado existen modelos como por el que ha optado el TC, pero también modelos de gestión estatal exclusiva en clásicos estados federales como el originario en Estados Unidos (37); originario porque la idea de crear Parques Nacionales es *genuinamente americana.* Quiero decir con esto que debemos ser conscientes de que estamos construyendo un modelo que no es el único existente. Y que decir de los

gestión se deriva la titularidad autonómica de la competencia para la aprobación definitiva de los Planes (PORN y PRUG) (*op. cit.*, págs. 140-141); igualmente el nombramiento y la autorganización del Parque (*op. cit.*, págs. 143-143. Reconociendo la altura de su construcción y la agudeza de sus razonamientos discrepamos de sus conclusiones por las razones que se expresan en el texto.

(36) Modelo sugerido como línea a seguir por MARRERO GARCIA-ROJO en *Alcance de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de junio de 1995 en relación con la gestión del Parque Nacional de Doñana, cit., pág.* 146.

(37) Al respecto véase MARTIN MATEO, *Tratado de Derecho ambiental,* Volumen III, *Recursos Naturales,* pág. 354.

criterios de la UICN con especial énfasis en el Gobierno Nacional en cuanto a creación y gestión "en manos de la máxima autoridad competente de la Nación con jurisdicción sobre la zona" (38).

-la doctrina constitucional de la urgencia o excepcionalidad de la gestión del Estado (39) o la gestión normal de la CCAA tiene su excepción en materia de Parques Nacionales: pero ello no sólo alcanza la declaración y poco más como sugiere MARRERO GARCIA-ROJO. Existen actos de gestión exclusivos en manos del Estado como la creación de una red de Parques Nacionales (por eso se declara la constitucionalidad completa de la disposición adicional primera); incluso un plan nacional de ordenación de los recursos naturales (40) que según el TC la constitución no veda (F.J. núm. 13); y la gestión no exclusiva -toda la gestión de los parques nacionales- Así debe interpretarse la frase que hemos destacado en negrilla **"aunque uno sea este"** (refiriéndose a los Parques Nacionales). De ello se deduce que la gestión coparticipada de los parques nacionales fuera de las anormalidades es constitucional como excepción a la doctrina general del Tribunal Constitucional. La lectura pro autonomista ha obviado esta importante matización de la STC 102/1995. Una matización que deslegitima de base dichas construcciones. Lo que se sugiere es que la doctrina del TC sobre la distribución de competencias en materia de medio ambiente y espacios naturales protegidos, doctrina reafirmada por la más reciente STC 195/1998, de 1 de octubre de 1998 (41), F.J. núms. 3 y 4, Pleno, Ponente VIVER PI-SUNYER, experimenta inflexiones cuando de Parques Nacionales se trata.

-La competencia para legislar sobre la gestión e incluso organización está también en manos del Estado ex 149.1.23 CE: Por ejemplo la regula-

(38) MARTIN MATEO, pág. 353.

(39) Criticando tal vez de forma pasional y despiadada -y con algún exceso verbal del que aquí públicamente nos retractamos- véase nuestro estudio antes citado *Integración y desintegración en la construcción del federalismo ambiental...* De las ideas de fondo no nos retractamos.

(40) A todas estas habría que preguntarse por el significado del plan nacional de ordenación de los recursos naturales que la Constitución no veda. Ni por asomo está pensando la Ley 4/1989 en esta figura. Figura desprestigiada porque su homólogo urbanístico jamás llegó a producirse; y el homólogo hidrológico va camino de ello. Si es una figura que no existe de modo expreso en la Ley entontes es un *obiter dicta* sobre algo inexistente *ad exemplum* ¿o plan nacional es sinónimo de estatal?

(41) B.O.E. núm. 260, de 30 de octubre. RTC 1998/1995.

ción de su patronato en la Ley 4/1989 es salvada *in integrum* por la STC 102/1995 (FJ núm. 22). De ahí que la regulación yuxtapuesta sobre el nuevo espacio creando un Consejo de Participación 14 a 16 de la Ley 8/1999, de 27 de octubre deba reputarse directamente inconstitucional. Es inconstitucional el cambio de denominación y la deslegalización reglamentaria sobre la forma de designación frente al modelo paritario del art. 23 bis de la Ley 41/1997 de 5 de noviembre. En cualquier caso resulta cuando menos sorprendente que sea la Comunidad Autónoma la que organice la coordinación: dice textualmente el art. 14 de la Ley andaluza que se crea "el Consejo de Participación como órgano de colaboración y coparticipación entre las Administraciones implicadas donde se ha de hacer efectiva la coordinación interadministrativa exigida constitucionalmente". Esto es Derecho público ficción: la coordinación autonómica frente al hermano menor "Estado Central" -siguiendo la terminología nacionalista al uso-. Obsérvese que por mucha posición singular que tenga la Comunidad Autónoma de Andalucía desde su competencia exclusiva en materia de espacios naturales protegidos reconocida en su Estatuto ello no afecta a la constitucionalidad de la regulación del Patronato que por *sobreposición* desconoce la Ley 8/1999, del Espacio Natural de Doñana. Coordinación autonómica frente al propio F.J. núm. 31 de la STC 102/1995; 32/1983, 80/1985, 111/1984, 144/1985, etc. El patronato no es órgano ejecutivo y la regulación no se agota en lo básico en un Parque Nacional donde está presente con intensidad el interés general de la Nación (42).

-La contradicción con la legislación básica por derivación se extiende a la regulación de la planificación ambiental. Si la gestión es exclusiva de la Comunidad Autónoma a ello sigue la planificación (art. 19.2 de la Ley 8/1999, del Espacio Natural de Doñana para el PORN y art. 30 para el PRUG). Frente a ello la Ley estatal 41/1997 establece ciertamente la aprobación por la comunidad Autónoma de los PRUG pero se condiciona al acuerdo favorable de Comisión Mixta de Gestión. En cuanto a los PORN la regla insípida es la Administración competente ex art. 4.1 de la Ley 4/1989 (por insípida no fue objeto de total aclaración por la STC 102/1995, si bien establece la regla general derivada de la doctrina general del TC en la materia y de la exposición de motivos de la Ley 4/1989)

(42) En contra MARRERO GARCIA-ROJO en *Alcance de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de junio de 1995 en relación con la gestión del Parque Nacional de Doñana*, cit., págs. 142-144 (especialmente esta última desde la idea de autorganización y competencia autonómica material siempre que se respeten las bases.

"Serán ellas, por tanto, quienes hayan de elaborar y aprobar con rango legal (sic, toma reserva de Administración!)) o reglamentario, los Planes de Ordenación cuando tengan sumidos el desarrollo legislativo y l a ejecución"(F.J. núm. 13 de la STC 102/1995).

La doctrina interpreta que la competencia es de las Comunidades Autónomas (PEREZ DE ANDRES (43), MARRERO GARCIA-ROJO.

¿Pero también en el caso de los PORN de los Parques Nacionales? Antes del STC 102/1995 no cabían dudas al respecto ya que siendo de gestión exclusiva del Estado pero participada era claro que seguía la regla. Todo depende de la interpretación que se haga de la STC 102/1995. Admitimos que son posibles diversas interpretaciones. La nuestra es que en el caso exclusivo de *todos* los Parques Nacionales estamos ante una competencia compartida y ello haría necesario fórmulas de colaboración y procedimiento ¿O es se reserva lo menor para los Parques Nacionales los PRUG y se abandonan lo mayor los PORN? Solo una timidez o descuido pueden justificar este olvido por parte la Ley 41/1997. Tal vez la cesión se resuelve desde el nuevo Plan Director de la Red de Parques Nacional antes mencionado. Pero lo cierto es que la omisión los entrega a la CCAA de no mediar una norma que articule la colaboración porque a la luz de la jurisprudencia constitucional (44) ya no es posible la competencia excluyente del Estado para la aprobación de los PORN en los Parques Nacionales. Otra interpretación sería extraña, pues pasaría por

(43) En su excelente estudio *Hacia la racionalización del uso de los recursos naturales: La planificación ambiental*, "R.D.U." núm. 165, 1998, Año XXII, pág. 143-188.

(44) Esta como dice PEREZ DE ANDRES es la tónica general, el gran vacío normativo por falta de articulación de los mecanismos indispensable para darles cumplimiento. En los PRUG se habría adoptado uno de los modelos posibles según PEREZ DE ANDRES, esto es, la codecisión y creación de un órgano mixto -en el esquema por él propuesto-: aunque como señala el autor son posibles otras alternativas como un procedimiento de actuación conjunta pero articulado en fases sucesivas, aprobación por tramos, sucesiva o aditiva (*La Ordenación del Territorio en el Estado de las Autonomías, cit.*, págs. 716). Debe destacarse el gran mérito del tratamiento conjunto de la colaboración y coordinación realizada por PEREZ DE ANDRES al que remitimos *in integrum* al lector por la audacia en el tratamiento de los problemas reales de nuestro Estado Autonómico. Siguiendo el esquema propuesto por PEREZ DE ANDRES, en nuestra opinión, los PRUG no serían ejemplo de procedimiento de actuación conjunta porque la aprobación de las CCAA se asemeja más a la mera promulgación que a una fase sucesiva donde quepan introducir variaciones. Pues el resultado está anticipado por una fase que se asemeja a un informe o propuesta preceptiva y vinculante. Así debe entenderse el "previo acuerdo favorable de la comisión mixta de gestión encargada de su elaboración" del nuevo 19.3 Ley 4/1989 en su redacción dada por la Ley 41/1997 respecto de los PRUG en Parques Nacionales.

entender que el Estado se reserva los PORN en los parques nacionales a su competencia exclusiva pero no lo los PRUG, lo que ciertamente tiene escasa racionalidad.

Entonces los PORN se han entregado a las CCAA en los Parques Nacionales no supraautonómicos. Y obsérvese el sin sentido, pues los PRUG se subordinan a PORN (art. 5 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo). Este efecto denunciado sólo es mitigado en parte por el carácter de dicho Plan Director de Directrices de Ordenación. Se trata de compensar como dice PEREZ DE ANDRES (45) el efecto de la STC 102/1995. Pero el planteamiento de la Ley 41/1997 no es coherente porque si la gestión es coparticipada o compartida no se comprende porque dicho planteamiento no se extiende a los PORN. Estrategia de cobertura tal vez, pero incoherente con el planteamiento. El Estado ha aceptado más de lo que la STC exigía. Dicho de otro modo habría que preguntar al legislador de 1997: en qué quedamos ¿es no competente coparticipadamente el Estado? Porque si lo es lo debiera ser a todos los efectos, no sólo en esto sino en la gestión coparticipada de Aigües Tortes que excluye la antes aludida disposición adicional cuarta de la Ley 41/1997.

Creemos que la Ley 8/1999, del Espacio Natural de Doñana vulnera de modo flagrante las competencias estatales. La declaración de los Parques Nacionales es un acto legislativo reservado a las Cortes Generales y dicha solución cuenta con el respaldo expreso de la STC 102/1995. La creación de la nueva figura desdibuja torticeramente esta competencia estatal; los límites de Doñana están reservados a lo que disponga el Estado: **Si a contrario, cuando el Estado invade la competencia de declaración hay inconstitucionalidad la consecuencia lógica de la invasión por la Ley Andaluza no puede ser otra que idéntica declaración de inconstitucionalidad (argumento ex STC 195/1998, de 1 de octubre de 1998, F.J. núm. 4, Pleno, Ponente VIVER PI-SUNYER).**

De nuevo otro motivo que por sí sólo justificaría la inconstitucionalidad de la Ley completa. Y van dos.

Admitir la posibilidad de sobredeclaración por Ley Autonómica, sin perjuicio de lo que se dirá después, supone admitir que un Parlamento Autonómico puede redibujar el interés general de la Nación. Literalmente, como dice el F.J. núm. 21 de la STC 103/1995, el Parque Nacional como figura de es-

(45) *Hacia la racionalización del uso de los recursos naturales: La planificación ambiental*, cit., pág. 160.

pacio protegido es signo distintivo que identifica un país y que con él se identifica:

> "La característica que sirve para definirlos **pone de manifiesto simultáneamente la concurrencia de un interés general para el conjunto de la Nación**, cuya fuerza expansiva transciende su importancia local hasta infiltrarse, diluirse y perderse en la trama y urdidumbre de la estructura ecológica de la península o de los archipiélagos...Cualquiera que fuere la naturaleza intrínseca de las leyes con un objeto singular o un sujeto individualizado, es lo cierto que la declaración de que un determinado espacio natural reviste las características para ser considerado Parque Nacional **no se agota con tal declaración sino que conlleva el sometimiento a un régimen jurídico especial para una protección más intensa**. No repugna, por tanto, al orden constitucional de competencias que pueda corresponder al Estado como titular de ese interés general de la Nación, la creación de tales Parques, para la cual además se reconoce una facultad de propuesta a las Comunidades Autónomas..."

Hemos destacado en negrilla esta importante matización realizada por la STC 102/1995. La competencia estatal dada la presencia del interés general de la Nación no se agota en la mera declaración del Parque Nacional sino que se extiende al establecimiento de su régimen jurídico. La Ley 8/1999, del Espacio Natural de Doñana se yuxtapone sobre la competencia Estatal en dos momentos: el de la declaración (por sobredeclaración) y en el establecimiento del régimen jurídico. En este segundo momento siempre de acuerdo con la doctrina general sí sería posible la intervención de las CCAA desarrollando derecho básico o dictando normas adicionales de protección (en principio, pues pueden existir límites como la presencia de materias de competencia exclusiva estatal en tal régimen jurídico, como por ejemplo, un precepto con rango de Ley Orgánica que tipificara delitos o faltas). No aclara ciertamente hasta donde llega la competencia del Estado en el establecimiento del régimen jurídico. Creo que aquí se ve de forma paladina el grave problema de la jurisprudencia constitucional sobre la distribución de competencias en materia de medio ambiente. La aplicación de la regla general lleva a resultados absurdos. Explicaremos esto con más detalle.

El TC interpreta el art. 149.1.23 CE hoy como un supuesto de concurrencia articulada en tres fases básico + desarrollo + medidas adicionales de protección. Este es el esquema normal sin excepción con la salvedad de la especialidad ambiental. Pero dicho esquema puede ser inapropiado para todos los casos. Si la gestión de los Parques Nacionales es coparticipada, limitar la

competencia legislativa estatal a lo básico es disfuncional. Tal vez a esto se refiera el TC cuando dice que la competencia estatal no se limita a la declaración y que puede establecer su régimen jurídico. Y ojo, que la Ley 91/1978, de 27 de marzo, del Parque Nacional de Doñana no está derogada. Esta norma que establece su régimen jurídico sólo puede ser derogada obviamente por la instancia normativa que la emanó y la derogación por contradicción **sólo** lo es respecto de la Ley 4/1989 y 41/1997: la disposición final de la Ley 41/1997 alude a estas normas de régimen jurídico como normas vivas dando pautas de actualización. Y estas normas son constitucionalmente posibles de acuerdo con la STC 102/1995. Curiosamente la exposición de motivos de la Ley 8/1999, del Espacio Natural de Doñana no contempla la Ley 91/1978, de 27 de marzo, del Parque Nacional de Doñana como hito fundamental en la historia de Doñana. Pues le guste o no al Parlamento de Andalucía esta norma legítimamente constitucional sigue viva. La disposición derogatoria de la Ley 4/1989 no fue recurrida. Tampoco lo han sido las normas reguladoras de régimen jurídico de los Parques Nacionales (y obviamente no lo pudo ser de forma directa la Ley de Doñana). Y el fallo de la STC 102/1995 como hemos visto salvo giro jurisprudencial de 180º las blinda fuera de toda discusión (46).

Si el término legislación básica se interpretara como antes de la STC 102/1995 (entendía el TC que el deber de dejar espacio era menor pudiendo elaborar normas detalladas sin que por esto fueran inconstitucionales) ciertamente no se plantearían problemas. Porque en el supuesto examinado ¿quién debe regular el Patronato? Si estamos ante un supuesto de coparticipación con interés general de la Nación en presencia no parece lógico que al Estado correspondan estrictamente las Bases y todo lo demás a la Comunidad Autónoma. El panorama se complica por la mezcla de conceptos básico-ejecución-gestión ¿los supuestos de ejecución normativa reglamentaria como la planificación ambiental estatal que la constitución no veda tienen entonces el límite liliputiense de lo básico? Evidentemente no. Hasta a esto llega el TC cuando afirma aquí sin llegar al giro global (se excluye el exceso que no deja lugar al desarrollo autonómico como se decía en la STC de la Ley de Costas) que

(46) Por esta razón discrepamos de la metodología de MARRERO GARCIA-ROJO de modelo de interpretación de qué es lo básico porque puede suponer poner en cuestión lo incuestionable siendo para nosotros irrelevante el que la Ley de Doñana fuera dictada desde la del 1975. La derogación no se presume ni se deriva. El engarce la Ley de Doñana es la Ley 4/1989 y la propia STC 102/1995. La única operación obligada es su confrontación con el grupo normativo. Sólo como criterio general -lo cual es tautológico- puede ser aceptada la metodología partiendo de la premisa que la soberanía de lo básico no corresponde a otro intérprete que al máximo de la Constitución, esto es, el TC (Cfr. *Alcance de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de junio de 1995 en relación con la gestión del Parque Nacional de Doñana, cit., págs.* 137-138).

"en materia de medio ambiente el deber estatal de dejar un margen de desarrollo de la legislación básica por la normativa autonómica es menor que en otros ámbitos" (STC 102/1995), F.J. núm. 31.

Idéntica consideración cabe realizar sobre el régimen jurídico material no organizativo de los Parques Nacionales. No son extraños en Derecho ambiental los supuestos de aplicación por parte del Estado de Derecho ambiental autonómico como derecho vigente en el territorio de la Comunidad Autónoma. Este es el caso de actividades listadas ex novo en EIA por la legislación autonómica cuando el órgano sustantivo es estatal. Este esquema sobre Parques Nacionales ciertamente sería constitucionalmente posible. Otra cosa es que sea racional extender tal modelo sobre espacios limitados por naturaleza y con fuerte presencia del interés general de la Nación. Sugerimos que la jurisprudencia anterior a la STC 102/1995 o la propia de la STC 102/1995 correctamente entendida es más racional al menos respecto de los Parques Nacionales. O bien la propia STC 102/1995 si interpretamos que la competencia estatal para regular el régimen jurídico de los Parques Nacionales no limitada a la mera declaración tiene un alcance en el sentido aquí expresado. Y piénsese que en un supuesto de coparticipación, el Estado podría legítimamente desarrollar reglamentariamente dicho régimen jurídico para hacerlo aplicable: esto es claro, por ejemplo, respecto de la organización inserta en dicho régimen jurídico. Podría llegarse así al absurdo de un régimen jurídico inaplicable por falta de desarrollo reglamentario si se vedara toda intervención del Estado. El ambiente que se pretende proteger tardaría en regularse por etapas haciendo de facto inadministrables los valores naturales conectados con el interés general de Nación. Y esto no es una hipótesis sino la realidad cuando se trata de organización; o de régimen sancionador "enclavista" donde normas básicas aunque "tengan más desarrollo que en otros ámbitos" no cumplirían los mandatos de tipicidad o gradación constitucionalmente exigidos por la propia jurisprudencia del TC. *De esto estamos hablando.*

Pero en todo esto vuela una sombra de modo recurrente que no sé si se ha tenido debidamente en cuenta. El dinero. Los dineros. ¿Quién paga esto? Según el nuevo art. 22.3 de la Ley 4/1989 en la redacción dada por la Ley 41/1997

> "Los Parques Nacionales serán financiados con cargo a los Presupuestos Generales del Estado y, previo acuerdo con las Comunidades Autónomas afectadas, con las aportaciones de los recursos presupuestarios que estas realicen"

Todos conocemos que la disponibilidad del gasto público no configura en favor del Estado un título competencial autónomo que pueda desconocer, desplazar, o limitar las competencias materiales que correspondan a las Comunidades Autónomas (47) (STC 179/1985, 96/1990, 237/1992 y la propia STC 102/1995). Esto solo es admisible en competencias compartidas como medio ambiente (STC 102/1995, F.J. núm. 33). Es el caso de los Parques Nacionales. Pero esto ¿seguirá siendo así si la competencia de gestión es exclusiva de las Comunidades Autónomas? Precisamente una de las observaciones no contestadas en el Debate parlamentario de la Ley fue donde estaba el dinero. Decía MARTIN OVANDO

> "actualmente se financia con cargo a los presupuestos Generales del Estado y con esta Ley ustedes atribuyen la gestión de Doñana a la Comunidad Autónoma, y resulta que eso no les va a suponer ninguna modificación presupuestaria, ningún tipo de gastos. Pues aviados vamos con Doñana en sus manos (48)"

Pero MARIN RITE no contestó esta observación. Sea cual sea el resultado del conflicto que plantèa la Ley es obvio que si lo es en sentido *pro* autonómico determinará un cambio sobre el régimen de financiación. Pero obsérvese que existe un elemento simbiótico de competencia estatal, no por el gasto público. Si la STC 102/1995 tuviera la visión proautonómica que algunos intérpretes han querido en ella ver; o el propio legislador andaluz no se comprende como los Parques Nacionales son al propio tiempo de gestión exclusiva de las Comunidades Autónomas pero su financiación es Estatal predominantemente.

Las aporías surgen de la construcción por excepción de una regla general poco sensata. En el ámbito de la gestión sucede otro tanto. Este caso debido a la construcción excepcional de la gestión estatal desde las anormalidades. Insertar supuestos de gestión por excepción obliga al TC a piruetas dialécticas gimnástico-jurídicas ciertamente extrañas y antiestéticas. Un buen colega abogado administrativista de pura cepa suele divertirse argumentando con lo mantenido por los Letrados de la Administración en materia de personal en

(47) Véase en este sentido AYMERICH CANO examinando la jurisprudencia constitucional en la materia, *Ayudas públicas y Estado Autonómico*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de A Coruña, A Coruña 1994, págs. 413-425.

(48) Debate final del Proyecto de Ley en Sesión Plenaria celebrada el miércoles 13 de octubre de 1999, Diario de Sesiones, núm. 138, V Legislatura, pág. 7.223.

diversas ocasiones. Los Letrados se retuercen al contestar a sus escritos. Esto pasa cuando los sustentos no son coherentes.

B) La Ley 8/1999, del espacio Natural de Doñana y la legislación básica estatal: de nuevo el problema de la participación obviada por una declaración legislativa.

Como es sabido, los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales se sitúan en el esquema diseñado por la Ley 4/1989, de 27 de marzo en una posición central respecto de las técnicas de protección espacial. El art. 15 exige "la previa elaboración y aprobación del correspondiente Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de la zona", a la declaración de los Parques y Reservas. La cuestión es de suma importancia porque en función del art. 6 de la Ley 4/1989 éste es el momento de la participación:

> "El procedimiento de elaboración de los Planes incluirá necesariamente trámites de audiencia a los interesados, información pública y consulta de los intereses sociales e institucionales afectados y de las asociaciones que persigan el logro de los principios del art. 2 de la presente ley".

Sin embargo, este régimen de previa elaboración y aprobación admite excepciones. El art. 15.2 de la Ley 4/1989 establece que "excepcionalmente, podrán declararse Parques y Reservas sin la previa aprobación del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales, cuando existan razones que lo justifiquen y que se harán constar expresamente en la norma que lo declare", si bien en este supuesto, el precepto ordena que se tramite en el plazo de un año a contar desde la declaración del Parque o Reserva el correspondiente Plan de Ordenación.

El problema se ha planteado ya en la jurisprudencia constitucional como consecuencia de la declaración masiva de espacios, precisamente por una ley autonómica, en concreto, la Ley 2/1989 de 18 de julio, por la que se aprueba el Inventario de los Espacios Naturales Protegidos, y se establecen medidas adicionales para su protección, de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Dicha Ley procedió a una declaración masiva de espacios protegidos (art. 5,6 y 7) al amparo de su disposición adicional 1ª, que se limitaba a declarar la aplicación de la excepción al régimen de previa aprobación, "dada la urgencia de adopción de medidas tendentes a la protección de los espacios naturales de Andalucía" (49). Expresión mas que motivadora puramente volitiva.

(49) *Vid.*, en este sentido, PEREZ MORENO, *Los espacios naturales protegidos*, Academia Sevillana del Notariado, Homenaje a Angel OLAVARRIA TELLEZ, Tomo IV, EDERSA, Madrid 1992, págs. 212-214.

Este modo de operar antes de la Ley 4/1989 era plenamente admisible y contaba con el respaldo de la jurisprudencia del TS (50). Pero a la vista de las exigencias de participación en la planificación ambiental contemplada por el art. 6 de la Ley 4/1989 con carácter básico permitían dudar de la constitucionalidad de tal proceder (PEREZ MORENO, PEREZ DE ANDRES, CHAMORRO GONZALEZ).

La Sala de lo contencioso-administrativo de Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía resolvió plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto de los arts. 5, 6 y 7 de la Ley andaluza 2/1989 a propósito de un recurso contra el Decreto de creación de las Juntas Rectoras de los espacios

(50) La vieja regulación de la Ley de montes quizá sí hubiese permitido la declaración sin participación. La STS de 24 de septiembre de 1980, Ar 3449 (Sala 4ª, Ponente MARTIN MARTIN), declaró en el recurso interpuesto por "Marismas del G., S.A." contra el Decreto núm. 2412/1969 de 16 de octubre sobre la creación del Parque de Doñana que no "cabía alegar la falta de audiencia a los interesados en la fase de elaboración de la declaración de Parque Nacional como fundamento de una nulidad de la disposición, pues si bien pudieron ser oídos, su presencia en el expediente o procedimiento de elaboración no era necesaria, pues de lo que se trataba era de una declaración de Parque Nacional - como se dejó suficientemente justificada en este caso- que implica declaración de utilidad pública a los efectos subsiguientes, que sí exigen ya la presencia inexcusable de los interesados afectados...".

Tampoco era ineludible la participación, a juicio del T. S., bajo el régimen de la Ley 15/1975 de 2 de mayo, de Espacios Naturales Protegidos y su Reglamento de desarrollo. En STS de 9 de mayo de 1991, Ar 4269 (Sala 3ª, sección quinta, Ponente BARRIO IGLESIAS), rechazó que la omisión del trámite de audiencia a los propietarios de los islotes de Montaña Clara y Alegranza obligara a la anulación del Decreto 89/1986 de 9 de mayo sobre declaración de Parque Natural de los islotes del norte de Lanzarote y de los riscos de Famara, con la consiguiente retroacción de actuaciones al tiempo de cometerse las infracciones procedimentales. La razón que esgrimió el T.S. en el fundamento de Derecho segundo de esta Sentencia fue "la sola circunstancia de no estar previsto el trámite ni en el procedimiento general de elaboración de disposiciones de carácter general, ni en el concreto de declaración de parques naturales".., "sin que por otra parte pueda estimarse como preceptivo en una interpretación del art. 105.a) de la Constitución Española". Esta interpretación restrictiva ha sido superada y hoy el Tribunal Supremo afirma la plena vigencia del art. 105. a) CE. Esta doctrina revalorizadora de la participación surge a partir de la sentencia de la Sala especial de revisión del TS de 19 de mayo de 1988, Ar. 5060 y ha sido confirmada por una constante línea jurisprudencial (STS de 10 de mayo, 16 de junio, 7 de julio 25 de septiembre y 19 de octubre de 1989) que proclama que los conceptos jurídicos indeterminados que contemplaba el art. 130.4 de la LPA de 1958 no permiten margen alguno de discrecionalidad, y se orienta a favor del trámite de audiencia a las entidades asociativas legalmente constituidas, a las que les esté encomendada la defensa de intereses generales o corporativos, principio solo mediatizado por la concurrencia de los conceptos jurídicos indeterminados del precepto (1. Que la realización del trámite sea posible. 2. Que la índole de la disposición así lo aconseje) y sometidos a control jurisdiccional, de tal modo que la omisión injustificada del trámite de audiencia en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales, constituye un vicio esencial determinante de su nulidad de pleno Derecho.

naturales protegidos declarados por esta Ley. El asunto fue resuelto por el TC en su STC de 8 de noviembre de 1995, declarando la constitucionalidad de la Ley de Inventario si bien con un importante voto particular formulado por JIMENEZ de PARGA (51).

La cuestión fundamental a la vista de esta jurisprudencia es si la Ley de Espacio Natural de Doñana cumple estos estándar de jurisprudencia constitucional estudiada. Frente a la Ley de Inventario la Ley el espacio Natural de Doñana no contiene ningún precepto justificador de la excepción. Sólo en la exposición de motivos se aluden de forma genérica a la pérdida de biodiversidad desde la creación del Parque Nacional; a la necesidad de ordenación del desarrollo socioeconómico de la zona. Por otro lado, por dura que sea la siguiente consideración, no puede dejar de hacerse. Destrucción de la biodiversidad es el desastre del Aznalcóllar; o la exclusión del ámbito del Plan Director Territorial de Coordinación de Doñana de determinados municipios (Sanlúcar de Barrameda y Trebujena) que han hecho posible procesos urbanizadores a las puertas de Doñana frente al criterio del Defensor del Pueblo, asociaciones ecologistas y el Ministerio de Medio Ambiente (52). ¿Se puede ir contra los actos propios? ¿se puede invocar la urgencia por el sujeto que ha contribuido a su creación? ¿Es que la motivación es una carga formal y no material o sustancial? ¿O es que la urgencia sólo se refiere a la consecución de la gestión exclusiva del Parque Nacional?

Pero frente a la Ley de Inventario no se justifica la excepcionalidad de modo expreso frente a la regla en concreto de Derecho Básico. La regla de Derecho básico es calificada por la STC 102/1995 como inexcusable y determinante incluso de su validez: debe haber una constancia expresa (F.J. núm. 17). En la Ley del Espacio Natural de Doñana hay omisión de justificación en concreto y de forma expresa de la aplicación de excepción la regla de Derecho básico estatal declarada conforme a la Constitución.

---

(51) Para una magnifica síntesis y análisis del problema en la jurisprudencia del TC véase CANALS AMETLLER, *La polémica jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de espacios naturales protegidos: Competencias estatales versus competencias Autonómicas, cit.*, págs. 341-344 y CHAMORRO GONZALEZ, *La declaración de los espacios naturales y la sentencia del Tribunal Constitucional 163/1995, de 8 de noviembre*, en esta Revista, núm. 27, julio-agosto-septiembre, 1996, págs. 173-186.

(52) Exclusión operada por decisión del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma que el TSJ de Andalucía ha declarado conforme al ordenamiento jurídico (Diario "El Mundo", jueves, 16 de diciembre de 1999, pág. 9 (Andalucía).

Pero ¿cuál es la razón de esta omisión? Estamos ante un defecto de técnica legislativa, ante un olvido o una omisión involuntaria. Podría pensarse que la previa existencia de los espacios podría avalar la no aplicación de la regla. Pero no creemos que esta interpretación sea factible. En primer término, porque el Espacio creado no es una mera suma sino un salto cualitativo, tan cualitativo que crea un régimen jurídico singular y diferenciado del resto. En segundo término, porque la *ratio* del precepto básico es la posibilidad de participación *ex ante* (STC 102/1995, F.J. núm. 13 y STC 163/1995, F.J. núm. 6). En el caso estudiado existe la agravante de reincidencia por lo que refiere al Parque Natural de Doñana salvado por la campana en la STC 163/1995, de 8 de noviembre. La Ley del Espacio Natural de Doñana muestra como la jurisprudencia blanda lejos de evitar conflictos los potencia. El legislador andaluz (y otros) ante esta jurisprudencia blanda ha obviado (no pasa nada!) el art. 149.1. 23 CE.

De nuevo, y van tres, creemos que este defecto que denunciamos por sí sólo justificaría la inconstitucionalidad completa de la Ley del Espacio Natural de Doñana. La coherencia con la previa jurisprudencia del TC así lo demanda.

C) La Ley 8/1999, del espacio Natural de Doñana norma en fraude de Constitución.

Nadie puede discutir que la Comunidad Autónoma de Andalucía tenga competencia para crear nuevas figuras de protección. Esto es un ejemplo casi académico de norma adicional de protección (como los Parques Periurbanos de la Ley 2/1989 Andaluza de Inventario, de 18 de julio). Ahora bien la Ley 8/1999, del Espacio Natural de Doñana, de 27 de octubre no es eso: -*No es esto, no es esto,* como dijera ORTEGA-. Y es que procede a la creación de un espacio sobre dos existentes, uno de los cuales, el Parque Nacional de Doñana, como hemos visto no es de su gestión y administración exclusiva de acuerdo con la STC 102/1995. En terminología mercantilista, se abría producido una fusión por absorción dejando sin efecto el régimen jurídico vigente del espacio absorbido. Una verdadera "coordinación" por laminación. La maniobra se nos antoja ingeniería jurídica, por decirlo suavemente, tosca. Creo que volvemos a un ejemplo de libro, en este caso de acto en fraude de Ley

Art. 6.3 Cc

"Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir".

En este caso es un acto legislativo -ley medida o acto administrativo con forma de Ley- al amparo del 149. 1 23 CE *in fine* "normas adicionales de protección" y los preceptos del Estatuto de Autonomía que atribuyen competencia exclusiva en materia de espacios naturales protegidos para burlar el propio art. 149.1. 23 CE y la legislación básica dictada con base al mismo (la Ley 41/1997). No se dicta una norma para crear un espacio nuevo para proteger mejor el medio ambiente natural. Dejando a un lado motivaciones políticas denunciadas en el Parlamento de Andalucía, es claro que se crea el espacio para conseguir la gestión única de Doñana cosa que el TC ya excluido en su STC 102/1995. El Tribunal Constitucional deberá establecer la constitucionalidad o no de la Ley 40/1997, pero a nuestro juicio por todas las razones que se han ido desglosando a lo largo de este pequeño estudio sólo tiene una opción sería y sensata: previa su suspensión, declarar la inconstitucionalidad de la Ley 8/1999, del Espacio Natural de Doñana, de 27 de octubre como acto legislativo *en fraude de Constitución* por contradicción con el art. 149.1.23 CE.

No deja de ser una paradoja que en la materia de medio ambiente donde nació el principio de colaboración (STC 4 de noviembre de 1982) sea donde más intensamente se expresen los desencuentros. El conflicto ciertamente está servido. El Consejo de Ministros en su última reunión de 1999 acordó recurrir ante el TC la Ley por considerar invadida la competencia estatal para regular los parques nacionales (53): pero ¿Cómo explicarle esto a un lince?

(53) En fase de corrección de pruebas tenemos noticia de la admisión a trámite por el TC del recurso de inconstitucionalidad presentado, acordando la suspensión de la vigencia y aplicación de la Ley del Espacio Natural de Doñana (Diario *El Mundo*, Viernes 11 de febrero de 2000, pág. 6, "Andalucía").

Notas sobre la reforma de la Ley de Aguas

Concepción Horgué Baena

Sumario: I. INTRODUCCION. II.LA PROTECCION DEL DOMINIO PUBLICO HIDRAULICO. 1. La autorización de vertidos. 2. Los caudales ecológicos o demandas ambientales. 3. La nueva configuración del deslinde de cauces públicos. III. LAS OBRAS HIDRAULICAS. 1. Concepto de obra hidráulica y titularidad. 2. Formas de gestión de las obras públicas hidráulicas. IV. LA FIGURA DE LA CESION DE DERECHOS AL USO DEL AGUA. 1. El contrato de cesión de derechos al uso privativo del agua. 2. Los centros de intercambio de derechos al uso del agua.

I. INTRODUCCION

La Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas estableció el nuevo marco jurídico de las aguas continentales en España, derogando la vetusta Ley de Aguas de 1879. Ciertamente, se habían producido transformaciones profundas en la sociedad a las que la Ley de 1879 no daba respuesta satisfactoria y que demandaban una nueva regulación general de las aguas. De un lado, se imponía constitucionalmente adecuar la Administración hidráulica al nuevo modelo de la organización territorial del Estado pero, también, de otro, establecer una regulación acorde con la necesaria utilización racional de los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente. En este sentido, la Ley de Aguas de 1985 (LAg) ha tenido como ejes sustantivos o principales de su regulación la necesidad de adecuar la disponibilidad del recurso a la creciente y cada vez más diversa demanda del agua pero sin detrimento de su calidad y de su valor medioambiental. En este cometido no ha sido rupturista sino, al contrario, profundamente respetuosa con nuestra tradición jurídica, siendo posible encontrar en buena parte de sus previsiones su entronque con la Ley anterior, de la que aprovechó -en palabras de su Exposición de Motivos- "los indudables aciertos de la legislación precedente". Quizá los aspectos más innovadores de la Ley de Aguas de 1985, al margen por razones evidentes de la nueva organización de la Administración hidráulica y de sus planteamientos medioambientales, han sido, de una parte, la configuración del agua como un recurso unitario renovable a través del ciclo ecológico, que reclama una gestión también unitaria,

sin distinguir entre aguas superficiales y subterráneas, para lo cual demanializó estas últimas. De otra parte, asumir la planificación hidrológica como la pieza basilar en la gestión y protección del recurso, con tal amplitud que, entre otras cuestiones, los aspectos fundamentales del establecimiento y explotación de todos los aprovechamientos de las aguas están en función de lo que establezcan los distintos planes de cuenca (1).

Puede afirmarse que la aplicación efectiva de Ley de Aguas ha atravesado muchas dificultades, por diversas razones de muy distinta entidad. En primer lugar, hay que reconocer que su aplicación, pese a la pronta aparición de algunas normas reglamentarias de desarrollo, estuvo sometida a cierto impás hasta que no se resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley, en tanto que sus decisiones fundamentales resultaban afectadas (declaración de la demanialidad de las aguas subterráneas, planificación hidrológica o el reparto competencial entre las Administraciones públicas). La Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre, como es sabido, ratificó las decisiones básicas de la Ley, salvo algunas cuestiones de índole competencial. Sin embargo, no acabaron con ello las dificultades para su aplicación práctica, por el propio alcance que la Ley otorgaba a la planificación hidráulica.

El tratamiento dado por la Ley Aguas a la planificación, como fórmula necesaria para la gestión y protección del recurso, ha sido una de sus apuestas más importantes y valiosas, porque en sí misma determina la necesaria visión integral a la que debe responder toda actuación sobre el dominio público hidráulico, aportando la dosis de previsión ineludible con la que abordar su gestión y protección, además de flexibilizar o adecuar las reglas jurídicas a la realidad de cada cuenca. Pero también ha supuesto una de las grandes servidumbres de la Ley, dada la imbricación tan amplia entre sus determinaciones normativas y las previsiones de los instrumentos de planificación. Resultaba claro, y así se puso de relieve desde diversos sectores, que la real y efectiva aplicación de la Ley de Aguas dependía sobremanera de la aprobación de los planes hidrológicos; pero también que el contenido que éstos debían observar se-

(1) Sobre el régimen jurídico de las aguas, y en calidad de síntesis remito a las obras: BERMEJO VERA, J. *Constitución y planificación hidrológica.* Civitas, Madrid, 1995; DEL SAZ CORDERO, S. *Aguas subterráneas, aguas públicas. El nuevo Derecho de aguas.* Marcial Pons, Madrid, 1990; GALLEGO ANABITARTE, A.-MENENDEZ REXACH, A.-DIEZ LEMA, J.M., *El Derecho de aguas en España.* Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Madrid, 1986; GONZALEZ PEREZ, Y OTROS, *Comentarios a la Ley de Aguas.* Civitas, Madrid, 1987; MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S. *Derecho de aguas.* Civitas, Madrid, 1997

gún la propia Ley hacía muy compleja y dificultosa su elaboración (2). De esta forma, durante largos años tras la aprobación de la Ley su aplicación ha estado muy condicionada a este problema, pudiendo afirmarse que muchas de sus prescripciones quedaban en una situación de provisionalidad solo solventada, al fin, por la aprobación, por Real Decreto 1664/1998, de 24 de julio, de los diez Planes Hidrológicos de las cuencas intercomunitarias, además del Plan Hidrológico de las cuencas intracomunitarias de Cataluña. Pues bien, cuando parecía que la situación de provisionalidad tenía visos de superarse y las prescripciones de la Ley de Aguas de 1985 podían desplegar toda su operatividad al contar con su complemento ineludible, los referidos instrumentos de planificación, se anunció su reforma, dándose curso a la tramitación de un Proyecto de Ley con este objeto en mayo de 1999 (3). Esta reforma ha visto la luz recientemente por Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de Modificación de la Ley 29/1985 de Aguas.

Las razones de la reforma así como sus objetivos se describen en su Exposición de Motivos. Entre las primeras, se apunta a la existencia de problemas prácticos en la gestión del agua que es preciso resolver, como la ausencia de instrumentos eficaces para afrontar las nuevas y crecientes demandas, o de mecanismos suficientes para garantizar la protección del dominio público hidráulico, especialmente la calidad de las aguas, y por último se alude a la ausencia de una regulación específica de las obras hidráulicas. Para hacer frente al primer problema, la Exposición de Motivos señala la búsqueda de soluciones que, con independencia de la mejor reasignación de los recursos disponibles a través de los mecanismos de planificación, permitan incrementar la producción del agua y potenciar la eficiencia en su utilización; desde la primera óptica se dota de rango legal al régimen jurídico de los procedimientos de desalación y reutilización; desde la segunda, se flexibiliza el régimen concesional a través de la introducción del régimen de cesión de los derechos al uso del agua, y se instrumentan políticas de ahorro, como la obligación general de medir los consumos de agua o la fijación de consumos de referencia para regadíos.

(2) En este sentido, entre otros, *vid.*: EMBID IRUJO, A. *La planificación hidrológica y política hidráulica, Civitas, Madrid,* 1999 y *El nuevo Derecho de aguas: las obras hidráulicas y su financiación.* Civitas, Madrid, 1998. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho de aguas.* Civitas, Madrid, 1997, y recientemente en "Acotaciones sobre el "nuevo" derecho de aguas". *REDA,* núm. 101, 1999, págs. 75 y ss; ORTIZ DE TENA, M.C. *La planificación hidrológica.* Marcial Pons, Madrid, 1994.

(3) Ciertamente, la intención de reformar la Ley de Aguas data de momentos anteriores, pues en mayo de 1997 se hizo oficial un borrador de Anteproyecto de Ley de Modificación que no tuvo continuación.

Desde los planteamientos ambientales, se apunta la necesaria articulación de mecanismos jurídicos que garanticen el buen estado ecológico de los bienes del dominio público hidráulico, entre los cuales se señalan, de un lado, la regulación más estricta de las autorizaciones de vertidos, de otro, el reconocimiento de los caudales ecológicos como restricción general a todos los sistemas de explotación. A fin de dotar de un marco general regulador de las obras hidráulicas se introduce un nuevo título dedicado a esta modalidad singular y específica de obra pública.

Por último, la Exposición de Motivos anuncia las modificaciones en la Ley tendentes a potenciar la participación y responsabilidad de los diferentes protagonistas en la gestión del agua, para lo cual se potencian las Comunidades de Usuarios, se aumenta el carácter participativo de las Confederaciones Hidrográficas y se disponen cauces para fomentar la colaboración entre las distintas Administraciones públicas competentes. Además, la Ley de Modificación aprovecha la ocasión para reflejar las declaraciones de la Sentencia 227/1988 del Tribunal Constitucional en orden a la distribución de competencias entre las Administraciones públicas en materia de aguas.

La reforma se realiza mediante un artículo único que, respetando la estructura de la Ley de Aguas de 1985, introduce las modificaciones a su articulado. Desde una primera lectura se comprueba que entre los preceptos que directamente resultan afectados y los añadidos, la modificación afecta a casi una cuarta parte de la Ley. Siquiera sea por el alcance indicado la reforma de la Ley es de gran calado, por lo que un comentario exhaustivo de la misma implicaría prácticamente aludir a todo el Derecho de aguas. Por ello, este comentario no pretende más que realizar un apunte, desde una impronta inicial y sin más pretensiones, que oriente sobre las principales innovaciones en la materia. En este sentido, nos ha parecido de especial interés la nueva regulación de las siguientes materias. En primer lugar, la establecida para potenciar la protección del dominio público hidráulico como bien medioambiental, por cuanto parece superar la perspectiva estricta de la calidad de las aguas. En segundo lugar, la regulación de la obra hidráulica, por los que implica de codificación en el mismo texto legal que regula el recurso del régimen de las obras necesarias para su protección y aprovechamiento. Y en tercer lugar, la figura de la cesión de derechos al uso del agua, por constituir a nuestro juicio la innovación más trascendente desde la visión que aporta nuestro Derecho tradicional de aguas.

II. LA PROTECCION DEL DOMINIO PUBLICO HIDRAULICO

La Ley de Aguas mostraba claramente su sensibilidad por las cuestiones medioambientales, y declaró que la ordenación de las aguas debía hacer compatible la gestión del recurso con la conservación y protección del medio ambiente y la restauración de la naturaleza (4). Sus planteamientos ambientales se concretaban específicamente en lo relacionado con la tutela de la calidad de las aguas. En este sentido, la Ley abordaba el tema de la calidad de las aguas desde un tratamiento global, tanto desde la perspectiva de determinados niveles de pureza que el agua debe cumplir para permitir su utilización, como de cualidad a preservar frente a aquellas actividades que puedan degradar sus condiciones naturales. Y así, los objetivos de la tutela de la calidad de las aguas se dirigían de un lado a conseguir y mantener un adecuado nivel de calidad de las aguas y prevenir, de otro, su contaminación mediante la regulación de los vertidos. Sin embargo estos objetivos debían concretarse en los planes hidrológicos de cuenca, detallando los objetivos de calidad que deban alcanzarse en cada tramo de río en función de los usos previstos para las aguas y las líneas de actuación para conseguirlos; entre ellas, la ordenación de los vertidos de aguas residuales y programas de eliminación de la contaminación producida por sustancias de especial toxicidad, persistencia y bioacumulación. Sorprende pues que se halla esperado la aprobación de los Planes Hidrológicos, que han tardado más de trece años, para evidenciar, según la Exposición de Motivos de la Ley de Modificación, que es preciso profundizar y perfeccionar los mecanismos de protección del dominio hidráulico contemplados en la Ley de Aguas. Si ello es así, desde luego sea bien recibida.

Ante todo, la idea fundamental que preside la reforma en materia de protección del dominio público hidráulico es la de que el agua es un recurso natural y como tal un bien medioambiental en sí mismo. En este sentido, el tratamiento normativo adoptado parece entrever que la protección debe superar la estricta visión de la adecuada calidad del agua, y dirigir sus previsiones a lograr un objetivo más amplio: el buen estado ecológico de todos los bienes que integran el dominio público hidráulico. No solo pues del componente líquido, las aguas continentales, sino también de todos los bienes que integran el dominio público, esto es, principalmente lo cauces, los lechos y los acuíferos. Además, no solo la calidad a fines de su utilización, sino también como bien

(4) Sobre los planteamientos ambientales de la Ley de Aguas, y especialmente acerca de la tutela de la calidad de las aguas *vid.*: DELGADO PIQUERAS, F. *Derecho de aguas y medio ambiente.* Tecnos, Madrid, 1992; EMBID IRUJO, A. *La calidad de las aguas.* Civitas, Madrid, 1994.

medioambiental en sí mismo, como ecosistema hídrico. A su vez, la tutela ambiental condiciona la actuación en los cauces privados, al establecerse en el nuevo art. 5.2 LAg que el dominio privado de los cauces por los que ocasionalmente discurran aguas pluviales no autoriza para hacer labores o realizar obras que puedan alterar su calidad en perjuicio del interés público o de tercero. Se ha declarado, asimismo, la protección de las aguas subterráneas frente a los riesgos de contaminación como la causa que justifica el establecimiento de perímetros de protección de acuíferos o unidades hidrogeológicas, siendo ésta una medida autónoma e independiente de las que se establecen en caso de sobreexplotación o riesgo de la misma de los recursos hidráulicos subterráneos, conforme a la nueva redacción del art. 53 LAg.

Como objetivos generales de la tutela del dominio público hidráulico se establecen ahora los siguientes –art. 84 LAg-: a) prevenir el deterioro del estado ecológico y la contaminación de las aguas para alcanzar un buen estado general; b) establecer programas de calidad en cada cuenca hidrográfica; c) impedir la acumulación de compuestos tóxicos o peligrosos en el subsuelo capaces de contaminar las aguas subterráneas; c) evitar cualquier otra acumulación que pueda ser causa de degradación del dominio público hidráulico y e) recuperar los sistemas acuáticos asociados al dominio público hidráulico.

En la línea indicada, y siguiendo las orientaciones a las que se encamina la política europea sobre aguas, se ha sustituido el objetivo de la consecución y mantenimiento de un nivel adecuado de la calidad de las aguas por otros conceptos: estado ecológico y buen estado general, si bien no se definen (5).

(5) Al respecto, se está tramitando una Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la Política de Aguas: Propuesta de Directiva 97/C 184/02 COM (97) presentada por la Comisión el 15 de abril de 1997; la última versión de la misma puede encontrarse en Documento 597PC0049. En esta Propuesta se contiene en el artículo dedicado a las definiciones, los conceptos a los que parece aludir el nuevo artículo 84 LAg. Y así, por estado ecológico se entiende "una expresión de la calidad de la estructura y funcionamiento de los ecosistemas acuáticos asociados a las aguas superficiales. Tiene en cuenta la naturaleza fisoquímica del agua y los sedimentos, las características del flujo del agua y la estructura física de la masa de agua, pero se centra en la condición de los elementos biológicos del ecosistema"; y por buen estado de las aguas "el estado alcanzado por una masa de agua cuando tanto su estado ecológico como su estado químico son, al menos, "buenos"". Sobre el contenido de esta Propuesta de Directiva *vid.:* SANCHEZ BLANCO, A. "La Ley de Aguas española de 1985 y la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas por la que se establece un nuevo marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas". *REDA*, núm. 96, 1997, págs. 509 y ss; FANLO LORA, A. "La evolución del Derecho comunitario europeo sobre el agua", en *El nuevo Derecho de Aguas. ob. cit.*, págs. 75 y ss.

Sí se define otro concepto, que aunque no se corresponde en sus términos con alguno los anteriores, es el que a la postre parece ser determinante de la filosofía que inspira la reforma: el buen estado ecológico. Ello se aprecia nítidamente en la nueva redacción que se da al art. 38.1 LAg en el que se definen los objetivos de la planificación hidrológica, al que se ha añadido, como cabecera de tales objetivos, el conseguir el buen estado ecológico del dominio público hidráulico. La introducción del concepto de buen estado ecológico, que procede del Derecho comunitario, es de mayor alcance que el de calidad de las aguas, aunque evidentemente lo asume e integra. Por este se entiende, a tenor del nuevo art. 92.2 LAg, aquél que se determina a partir de indicadores de calidad biológica, físico-químicos e hidromorfológicos, *inherentes a las condiciones naturales de cualquier sistema hídrico.* Parece pues que en línea de tendencia o principio la tutela del dominio hidráulico debe dirigirse a prevenir el deterioro y mantener las condiciones naturales de estos ecosistemas. Y decimos como línea de tendencia o principio porque si se asumiera que el estado natural es un valor absoluto a preservar y mantener quedaría prohibida cualquier acción sobre el medio hídrico que pudiera alterarlo, algo que la Ley de Modificación no hace, manteniéndose en los términos realistas de la Ley de Aguas de 1985 de permitir los vertidos, si bien con los controles y condicionamientos que se instrumentan a través de la autorización de vertidos. Es más, en el texto comunitario del que traen causa estos nuevos conceptos el buen estado ecológico no se corresponde con el estado ecológico natural, sino con el estado alcanzado por una masa de agua cuando la influencia de la actividad humana es significativa, aunque mantiene un ecosistema rico, equilibrado y sostenible.

1. La autorización de vertidos

Con la orientación realista señalada, la nueva redacción del art. 89 LAg preserva la teleología de su homónimo, al prohibir con carácter general toda actividad susceptible de provocar la contaminación o degradación del dominio público, sin perjuicio de la realización de vertidos previamente autorizados. En el régimen de los vertidos es donde se concreta básicamente el calado proteccionista de la reforma, al establecer una regulación mucho más estricta de las condiciones a las que se somete esta actividad. En primer lugar, en términos mucho más amplios, el nuevo art. 92 prohibe, salvo autorización, el vertido directo o indirecto de aguas y de productos residuales susceptibles de contaminar las aguas continentales o cualquier otro elemento del dominio público hidráulico; considerando vertidos los que se realicen en las aguas continentales así como en el dominio público hidráulico, cualquiera que sea el procedimiento o la técnica utilizada. En segundo lugar, define claramente cuál es la finalidad de la autorización de vertido: la consecución del buen es-

tado ecológico de las aguas, de acuerdo con las normas de calidad, los objetivos medioambientales y las características de emisión e inmisión que se establezcan reglamentariamente, pudiendo concretarse para cada cuenca por el respectivo plan hidrológico. Y en tercer lugar[1], por la rigurosa disciplina a la que se somete la autorización de vertido en cuanto a su otorgamiento y renovación, al régimen específico de revisión, y a las medidas dispuestas en caso de incumplimiento de sus condiciones. Asimismo se intensifican y amplían las medidas que pueden adoptarse en caso de vertidos no autorizados.

En cuanto a su otorgamiento, el nuevo art. 93 LAg dispone que las autorizaciones establecerán las condiciones en que deben realizarse, en la forma que reglamentariamente se determine; en todo caso[2], deberán especificar las instalaciones de depuración necesarias y los elementos de control de su funcionamiento, acreditar ante la Administración hidráulica competente la adecuación de las mismas a las normas y objetivos de calidad de las aguas, así como los límites cuantitativos y cualitativos que se impongan a la composición del afluente y el importe del canon de control de vertido. En los supuestos de vertidos a realizar por las Entidades Locales, la solicitud deberá contener, en todo caso, el plan de saneamiento y control de vertidos a colectores municipales, estando obligadas también a informar a la Administración hidráulica sobre la existencia de vertidos en los colectores locales de sustancias tóxicas y peligrosas conforme a la normativa de la calidad de las aguas. Por último, se mantiene la regla, contenida ahora en el art. 92.3 LAg de que las autorizaciones puedan establecer plazos y programas para la progresiva adecuación de las características de los vertidos a los límites que en ella se fijen. Debe señalarse que se mantiene inalterada la exigencia de que cuando el vertido pueda dar lugar a la infiltración o almacenamiento de sustancias susceptibles de contaminar los acuíferos o las aguas subterráneas, el solicitante debe aportar un estudio hidrogeológico sobre su afección, y sólo podrá autorizarse si se demostrase su inocuidad.

Una de las principales innovaciones en la materia consiste en la fijación de un plazo máximo de vigencia de la autorización, que se cifra en cinco años, si bien se permite su renovación sucesiva siempre que se cumplan las normas de calidad y objetivos ambientales exigibles en cada momento –art. 93.2 LAg-. Aunque este precepto establece que en caso contrario las autorizaciones de vertido podrán ser modificadas o revocadas, esta última consecuencia no tiene lógica alguna, pues la revocación es una medida ante un incumplimiento

[1] La autorización de vertido se somete a una disciplina más rigurosa.

[2] Las solicitudes (ver).

de las condiciones de la autorización y presupone su vigencia, por lo que a los fines de su renovación la medida no puede ser otra que la denegación de la misma si se verifica que al solicitarse no se cumplen las exigencias medioambientales del momento. En cualquier caso, la fijación de un plazo máximo a la autorización y la posibilidad de renovación de la misma se dirigen a asegurar la adecuación constante de las condiciones del vertido a las normas de calidad y objetivos ambientales que se establezcan.

Esta misma finalidad inspira el nuevo régimen de revisión de las autorizaciones de vertido, dispuesta en el art. 96 LAg. En este precepto se consideran causas de revisión de una autorización además, como anteriormente se recogía, de los cambios de circunstancias que, de existir anteriormente, habrían justificado su denegación o su otorgamiento en términos distintos, la adecuación del vertido a las normas y objetivos de calidad de las aguas que sean aplicables en cada momento y, en particular, a las que para cada río, tramo de río, acuífero o masa de agua dispongan los planes hidrológicos de cuenca. Se trata pues de un supuesto claro de inadecuación sobrevenida de la autorización del vertido a las normas que determinan su validez y, en consecuencia, como prevé el art. 261 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico no da lugar a indemnización. Además de esta causa, se faculta al particular a solicitar la revisión de su autorización cuando se produzca una mejora en las características del vertido, pues lógicamente esta mejora puede determinar una reducción en su beneficio del canon de vertido, que se articula en función, entre otros componente, de las características y grado de contaminación. Las facultades de revisión de las autorizaciones corresponden ahora al Organismo de cuenca, tanto si de su ejercicio resulta la modificación de sus condiciones como su misma extinción, habiéndose suprimido la exigencia de que ésta última solo podía decretarla el Gobierno o el Ejecutivo de la Comunidad Autónoma en función de la clase de cuenca. El precepto, por último, regula la posibilidad de la modificación con carácter general de las condiciones de vertido por parte de los Organismos de cuenca siempre que concurran circunstancias excepcionales como de sequía o situaciones hidrológicas extremas, y a fin de garantizar los objetivos de calidad.

El régimen de revocación de las autorizaciones de vertido se recoge en el nuevo art. 97 LAg. Esta es una medida ante casos de incumplimiento de sus condiciones que extingue la autorización, y que es independiente de las posibles sanciones, de determinación de responsabilidad por daños, y de la caducidad de la concesión de aguas si se hubiesen ocasionados daños muy graves en el dominio público hidráulico y el incumplimiento fuese de especial relevancia. En el mismo precepto se contienen las medidas que puede adoptar el Organismo de cuenca ante los vertidos no autorizados. En estos casos además

de proceder a exigir responsabilidad por daños en su caso o de actuar su potestad sancionadora, se establece que pueda liquidar el canon de control de vertido. Esta previsión última viene a corregir la paradoja, derivada de la anterior redacción del art. 105, LAg- de que únicamente estaban gravados con este canon los vertidos autorizados; en esta dirección el nuevo art. 105 LAg- declara sujeto pasivo del canon de control de vertido quienes lo lleven a cabo, estén o no autorizados. Como medida complementaria se dispone que podrá acordarse la iniciación del procedimiento de autorización de vertido, cuando éste sea susceptible de legalización, o de caducidad de la concesión de aguas de la que fuese titular el autor del vertido ilegal en los supuestos de daños muy graves al dominio público.

Por último, se mantienen inalterados, de una parte, el art. 95 LAg, que configura la autorización de vertido como condición de eficacia de aquellas otras que hubieran de obtener para su establecimiento, modificación o traslado las instalaciones o industrias que originen o puedan originar vertidos. De otra, el art. 99 LAg que recoge la facultad del Organismo de cuenca de hacerse cargo directa o indirectamente, por razones de interés general y con carácter temporal, de las instalaciones de depuración de aguas residuales, siempre que no fuese procedente la paralización de las actividades que producen el vertido y se derivasen graves inconvenientes del incumplimiento de las condiciones autorizadas. Asimismo, se mantienen en los mismos términos las previsiones contenidas en la Ley de 1985 de diversas fórmulas de gestión, eliminación y tratamiento de vertidos: constitución de Comunidades de Usuarios a estos fines –art. 82 LAg-, e incluso empresas de vertidos –art. 100 LAg-.

2. Los caudales ecológicos o demandas ambientales

Otra cuestión directamente relacionada con la protección ambiental del recurso hídrico son los caudales ecológicos. Por tales se entienden aquellos caudales mínimos que, en condiciones normales, deben circular por los cauces o hallarse en las masas de aguas y acuíferos por razones de protección ambiental. En esta figura está implícita la consideración de que la calidad y cantidad de los recursos hídricos son factores interdependientes, y, por tanto, la protección del medio ambiente requiere mantener cierta cantidad constante de agua en los cauces y acuíferos, por debajo de la cual la degradación ecológica y de su entorno se considera inevitable. Es pues una medida de gran calado a los fines de preservar el recurso como bien ambiental en sí mismo (6).

(6) Sobre la conveniencia de los caudales ecológicos, vid. SANCHEZ MORON, M. "Ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente en el Anteproyecto de Plan Hidrológico Nacional". *RAP*, núm. 131, 1993, págs. 35 y ss.; EMBID IRUJO,A. "Usos del agua e impacto ambiental: evaluación de impacto ambiental y caudal ecológico". *RAP*, núm. 134, 1994, págs. 109 y ss.

Aunque esta figura no estaba prevista en la Ley de Aguas de 1985, su creación no es fruto de la reforma. Se preveía en la Orden de 24 de septiembre de 1992, que aprobó las Instrucciones Técnicas Complementarias para la elaboración de los planes hidrológicos de cuenca, y era una de las medidas que contenía el Anteproyecto del Plan Hidrológico Nacional. En este texto se ordenaba a los planes de cuenca fijar los criterios de determinación de las dotaciones necesarias para el mantenimiento de los caudales mínimos, de forma que se aparecía como un uso que debía situarse necesariamente en segundo lugar en el orden de preferencia de los aprovechamientos que éstos tenían que fijar, tras el abastecimiento de poblaciones. Aunque la tramitación del Plan Hidrológico Nacional se relegó, al optarse finalmente por aprobar previamente los Planes de cuenca, éstos han seguido esta orientación. De esta forma, el Real Decreto 1664/1998 ha recogido los caudales mínimos o ecológicos como contenido de los Planes de Cuenca que aprueba, con la especificación de que éstos no tendrán en ningún caso el carácter de un uso más de las aguas a los efectos del art. 57 LAg., sino que deben considerarse como una restricción que se impone con carácter general a todos los sistemas de explotación de los recursos.

En este sentido, el alcance de la Ley de Modificación en esta cuestión no es otro que sancionar legalmente las previsiones del Real Decreto 1664/1998 sobre el carácter de restricción general a los aprovechamientos de los caudales ecológicos o ambientales, en el nuevo apartado 7 del art. 57 LAg; asimismo, siguiendo la orientación contenida en los planes, establece que tales caudales únicamente podrán verse afectados en tanto sea necesaria el agua para el abastecimiento de poblaciones, por razones que no requieren mayor explicación. Con todo, la cobertura legal que se otorga a estas previsiones no es baladí, dada la complejidad de determinar en estos momentos cuál sea el contenido normativo de los planes y, sobre todo, porque en cualquier caso éste no puede contravenir lo dispuesto en la Ley.

3. La nueva configuración del deslinde de cauces públicos

La nueva configuración del deslinde de cauces puede considerarse también como un instrumento de fortalecimiento de las potestades de protección que sobre el dominio público hidráulico corresponden a la Administración. Ha sido tradicional que la normativa de aguas atribuyera a la Administración el deslinde de los cauces públicos, esto es, la potestad de fijación unilateral de los límites físicos de los cauces, al margen de los modos privados de deslinde. En este sentido, corresponde a la Administración verificar sobre la realidad natural donde se manifiestan los caracteres que determinan, según la Ley, la

identidad de un bien como cauce público, estableciendo así su extensión y límites sobre el terreno. Se evidencia así el alcance que el deslinde cumple respecto a los bienes del llamado dominio público natural, en cuanto la Ley los determina por categorías en base a las condiciones naturales que describe (7).

Sin embargo, esta potestad de determinación unilateral de los confines de los bienes públicos, ha tenido una configuración muy precisa en nuestro Derecho que respondía al propio entendimiento de los poderes de autotutela de la Administración pública, por relación a la potestad jurisdiccional. En este sentido, ha sido una constante en nuestro Derecho circunscribir la potestad de deslinde al ámbito de tutela posesoria, en la medida que la Administración no podía, por la fuerza de sus actos, incidir en los derechos de propiedad de los particulares. Los derechos civiles, particularmente el derecho de propiedad, se reservan al conocimiento de los Tribunales ordinarios, por lo que la Administración no tiene potestad para hacer pronunciamientos de esta naturaleza. Como manifestación específica del entendimiento de las relaciones Administración/ Jurisdicción ordinaria se muestra la protección dispensada a los derechos inscritos en el Registro de la Propiedad: al estar los derechos inscritos bajo la salvaguarda de los Tribunales ordinarios, la Administración no podrá desconocerlos con ocasión del deslinde, debiendo respetar la situación jurídica publicada en el asiento registral. El deslinde de los cauces públicos ha respondido hasta el momento a estas coordenadas jurídicas.

La configuración que ahora se da al deslinde de cauces públicos rompe con esta configuración tradicional, en la línea que iniciara en nuestro Derecho la Ley 22/1988 de Costas. Ahora, conforme al nuevo art. 87LAg el acto administrativo que aprueba el deslinde de cauces públicos declara la titularidad y posesión del Estado, sin que puedan oponerse derechos privados aunque cuenten con la protección del Registro de la Propiedad. La Ley de Aguas convierte la resolución del deslinde en título jurídico de propiedad y posesión sobre el cauce y le otorga la fuerza de rectificar las situaciones jurídicas contrarias a su condición pública, especialmente las inscripciones registrales contradictorias. A estos fines, la Ley remite a un futuro reglamento la forma y condiciones para proceder a esta rectificación registral de los derechos inscritos y, en su caso, a la inmatriculación de los bienes a favor del Estado. De este modo, y por la vía de la legislación sectorial (costas, vías pecuarias y ahora aguas),

(7) Para una exposición detallada de la configuración tradicional del deslinde administrativo como potestad de autotutela de la Administración, así como la novedosa configuración que le otorgó la Ley de Costas de 1988, *vid.* nuestro trabajo *El deslinde de costas.* Tecnos, Madrid, 1995.

se está produciendo una redefinición de la institución del deslinde administrativo, al menos el que se proyecta sobre el dominio público "natural".

Ciertamente en materia de cauces públicos no creemos que la nueva regulación lleve a la polémica que en su día generó la Ley de Costas, por diversas razones fácilmente comprensibles: de una parte, porque esta configuración fue revalidada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 149/1991 sobre la Ley de Costas; de otra parte, por cuanto la presión urbanística y el interés económico que presentan las costas no es equiparable con el que pueda suscitar los terrenos integrantes de los cauces públicos; por último, porque los derechos adquiridos o las situaciones jurídicas preexistentes de los particulares se había planteado con más crudeza en el ámbito de las costas, toda vez que se habían reconocido la existencia de enclaves privados y además la Ley de Costas había producido una ampliación de los bienes que ahora integran el demanio marítimo-terrestre.

En cualquier caso, no puede desconocerse que pueden darse en la realidad situaciones jurídicas de particulares amparadas en el Registro de la Propiedad o incluso por sentencia firme. La Ley de Aguas, como no podía ser menos, parece asumirlo, al establecer que en todo caso los titulares de derechos inscritos podrán ejercer las acciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos, siendo susceptibles de anotación preventiva la correspondiente reclamación judicial. Sin embargo, a diferencia de la normativa de costas, no se dispone de ninguna medida tendente a adecuar estas posibles titularidades privadas, en el caso de resultar legítimas, a la nueva situación, ninguna medida compensatoria. En nuestra opinión, habría que situar la cuestión en sede de expropiación legislativa, de forma que para los supuestos en que se sancione la legitimidad de titularidades privadas sobre terrenos de los cauces, se disponga la correspondiente compensación, sin merma eso sí de la naturaleza demanial que en todo caso deben ostentar estos bienes públicos.

III. LAS OBRAS HIDRAULICAS

Según su Exposición de Motivos, uno de los objetivos de la Ley de Modificación es el establecimiento de una regulación específica de la obra hidráulica al asumir que esta materia carecía de regulación en la Ley de Aguas vigente (8). Con

(8) La doctrina había puesto de manifiesto los problemas existentes por la falta de un ordenamiento común o general sobre obras hidráulicas y la necesidad de abordar una regulación ins-

ello, la Ley quiere hacer frente a esta significativa laguna legal y equiparar con ello esta modalidad singular y especifica de obra pública a otro tipo de obras públicas que cuentan con una regulación específica y, conformar además, junto a las innovaciones legales sobre nuevas formas de financiación y ejecución de obras hidráulicas, el marco general regulador de este tipo de obras. Dicha regulación se contiene en el nuevo Título VIII, añadido a la Ley de Aguas, con la rúbrica "De las obras hidráulicas", integrado por los artículos 114 al 120.

1. Concepto de obra hidráulica y titularidad

A definir qué se entiende por obra hidráulica, a los efectos de la Ley, se dirige el art. 114 LAg, delimitándola por dos elementos: uno objetivo, la construcción de bienes de naturaleza inmueble; el otro finalista, el destino de estos bienes. En este sentido, para que la construcción del bien inmueble sea reputada obra hidráulica debe tener la siguiente afección finalista: la captación, extracción, desalación, almacenamiento, regulación, conducción, control y aprovechamiento de las aguas, así como la reutilización de las aprovechadas y las que tengan por objeto la recarga artificial de acuíferos, la actuación sobre cauces, corrección del régimen de corrientes y la protección sobre avenidas, así como aquellas actuaciones necesarias para la protección del dominio público. A efectos ejemplificativos, el mismo precepto señala las siguientes obras hidráulicas: presas, embalses, canales de acequias, azudes, conducciones, y depósitos de abastecimiento a poblaciones, instalaciones de desalación, captación y bombeo, alcantarillado, colectores de aguas pluviales y residuales, instalaciones de saneamiento, depuración y tratamiento, estaciones de aforo, piezómetros, redes de control de calidad, diques y obras de encauzamiento y defensa contra avenidas. Como puede comprobarse, cualquier obra relacionada con la obtención, aprovechamiento y control de las aguas así como las dirigidas a proteger el dominio público hidráulico u otros bienes frente a avenidas entra de lleno en la noción de obra hidráulica (9).

---

titucional de la figura. Sobre la materia, entre otros, *vid.*: MARTIN-RETORTILLO, *Aguas públicas y obras hidráulicas. Estudios jurídico-administrativos*, Madrid, tecnos, 1966; EMBID IRUJO, A (Coordinador), *Las obras hidráulicas.* Civitas, Madrid, 1995 y *El nuevo Derecho de Aguas: las obras hidráulicas y su financiación.* Civitas, Madrid, 1998.

(9) En este sentido, A.EMBID IRUJO había postulado por la conveniencia de un concepto amplio de obra hidráulica en el que entrara cualquier obra relacionada con el aprovechamiento del agua, incluso las obras destinadas al saneamiento, depuración o tratamiento de las aguas residuales o las agrarias que guarden relación con la utilización del recurso, de suerte que solo quedasen al margen aquél tipo de obras en las que el agua es un elemento accesorio, en "Régimen jurídico de las obras hidráulicas, Planteamientos generales", en *Las obras hidráulicas. ob. cit.*, pág. 76.

Esta definición tan amplia que realiza de la obra hidráulica obliga a la Ley a reconocer que pueden ser de titularidad pública o privada en el art. 115.1LAg. Estas últimas no se especifican en positivo, por lo que habrá que deducirlas por exclusión, en la medida que la Ley únicamente señala cuáles sean las obras de titularidad pública. Tampoco se establece nada sobre su régimen jurídico, a excepción de la acertada previsión de que no podrá iniciarse una obra hidráulica, con independencia de quien sea su titular, que comporte la concesión de nuevos usos del agua, sin que previamente se obtenga el correspondiente título administrativo para su aprovechamiento, salvo en casos de declaración de emergencia o de situaciones hidrológicas extremas. Por tanto, habrá que estar a la regulación dispuesta sobre el aprovechamiento de las aguas a las que sirvan estas posibles obras privadas, como es el caso de la captación o alumbramiento de aguas subterráneas, o de las aguas pluviales que discurran por una propiedad privada, o al régimen para la construcción de obras de defensa, etc. Sin embargo, debe tenerse presente que las obras construidas por el concesionario dentro del dominio público hidráulico para la explotación del aprovechamiento revierten libre de cargas y gratuitamente a la Administración competente al extinguirse la concesión, según el nuevo art. 51.4 LAg, por lo que difícilmente en estos casos pueda hablarse de obras de titularidad privada más allá del marco del derecho concesional.

Las disposiciones de la Ley se dirigen básicamente, como adelantara su Exposición de Motivos, a disciplinar la obra hidráulica de titularidad publica. Estas se delimitan, en el art. 15.2, LAg por su finalidad -garantizar la protección, control y aprovechamiento de las aguas continentales y del dominio público hidráulico- y por referencia a la competencia propia de las siguientes Administraciones públicas: la Administración General del Estado, las Confederaciones Hidrográficas, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales. En este sentido, la delimitación de cuáles sean obras públicas hidráulicas se aparta de la que estableciera la Ley de Obras Públicas de 1877, al no vincularse su destino al uso o aprovechamiento general, lo cual, además deja imprejuzgada la cuestión de cuál sea el régimen de tal titularidad pública, demanial o patrimonial.

En principio podría deducirse que la obra será de titularidad de la Administración que ostente la competencia material a la que sirve la obra hidráulica, de suerte que la competencia para realizar la obra aparecería como derivada de las atribuciones de cada Administración en materia de aguas. La Ley, sin embargo, lo que hace es delimitar a qué Administración corresponde la competencia para realizar la obra en sí, de forma que la misma se añade a

las que sobre el recurso tengan atribuidas. En este sentido, la distribución descansa propiamente en los títulos competenciales en materia de obra pública señalados en la Constitución –art. 149.1.24 y art. 148.4- en función del interés respectivo, y no tanto en los títulos relacionados con el agua. En este sentido, son de competencia de la Administración General del Estado las obras hidráulicas de interés general; de las Confederaciones Hidrográficas las que, en el ámbito de las competencias de la Administración General, se realicen a cargo de sus fondos propios; el resto de las obras públicas son de competencia de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, de acuerdo con las previsiones de las normas que las rigen. Y aunque no se específica claramente, la competencia para realizarla lleva implícita la responsabilidad de su financiación

Como es lógico, las previsiones de la Ley de Aguas se centran en las obras hidráulicas de competencia estatal, esto es, las de interés general. Para saber cuáles sean éstas hay que acudir al nuevo art. 44 LAg, en el que se señalan las vías de declaración de una obra hidráulica como de interés general, junto a aquellas que ya tienen tal calificación por disposición expresa de la Ley. Estas últimas son las señaladas en el apartado 1 del art. 44 LAg, que conjuga varios criterios: por su localización; por su finalidad, y dentro de algunas de estas, por ser de interés supraautonómico. Y así, se declaran como de interés general las obras hidráulicas que, dentro de las cuencas intercomunitarias: sean necesarias para la regulación y reconducción del recurso al objeto de garantizar el aprovechamiento y disponibilidad del agua en toda la cuenca; sean necesarias para el control, protección y defensa del dominio público hidráulico, o de prevención de avenidas vinculadas a las anteriores; las obras de corrección hidrológico-forestal y las de potabilización, desalación o de abastecimiento de poblaciones que afecten a más de una Comunidad Autónoma. De esta forma, y por exclusión, se recoge claramente que dentro de las cuencas intercomunitarias pueden realizarse obras de competencia de otras Administraciones, como por ejemplo las de aprovechamiento que no sean de regulación o encauzamiento, o las de desalación o abastecimiento que no afecten a más de una Comunidad Autónoma. Asimismo, tampoco el dato de que la obra a realizar se ubique en una cuenca intracomunitaria va a ser determinante por sí solo para que la competencia no sea de la Administración General del Estado, pues la declaración de una obra hidráulica como de interés general puede establecerse por ley o, en los supuestos del art. 44.3 LAg. y a solicitud de la Comunidad Autónoma, por Real Decreto. Se confirma pues que la distribución competencial sobre obras públicas hidráulicas no se asienta en los mismos criterios que, con carácter general, rigen para los recursos y aprovechamientos hidráulicos.

En cuanto al procedimiento para la declaración de una obra hidráulica de interés general, el art. 120 LAg establece las siguientes prescripciones. La iniciativa corresponde al Ministerio de Medio Ambiente, de oficio o a instancia de las Comunidades Autónomas, de las Entidades Locales, de las Comunidades de Usuarios u organizaciones representativas de los mismos o del resto de los Departamentos ministeriales que tuvieran interés en ello. En el expediente deberá figurar además del proyecto de la obra de que se trate, una propuesta de financiación de su construcción y explotación, así como un estudio sobre los cánones y tarifas a satisfacer por los beneficiarios; y deberá darse audiencia en todo caso a las Comunidades Autónomas y Entidades Locales afectadas. La declaración, según los casos, se efectuará por Real Decreto o por ley. No se especifica si se requiere una declaración para cada obra o puede abarcar a más de una, aunque el singular que utiliza el art. 120 LAg parece inducir a lo primero. Lo que sí dispone el art. 44.4 LAg es que de tratarse de obras de trasvase de recursos entre distintas cuencas, la declaración de las mismas como de interés general únicamente puede realizarse por la ley que apruebe o modifique el Plan Hidrológico Nacional. Tampoco se aclara si declarada la obra pública de interés general, ésta deba incluirse en el plan hidrológico correspondiente si no lo estuviese, aunque es evidente que ello sea así por la relevancia que la Ley otorga a este instrumento en la ordenación y gestión del recurso, al que la obra sirve.

La declaración de interés general de una obra hidráulica, bien a través del procedimiento anterior o por la concreción en el plan hidrológico correspondiente de cuáles van realizarse de las previstas en el art. 44.1 LAg, comporta una serie de efectos jurídicos, tanto sustantivos como de orden competencial. Entre los primeros, puede señalarse, según el art. 119.1 LAg, que la aprobación del proyecto de la obra llevará implícita la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los bienes y adquisición de derechos, a los fines de expropiación forzosa y ocupación temporal; o, conforme al art. 117.4 LAg, que los terrenos reservados en los planes hidrológicos para la realización de estas obras, así como los estrictamente necesarios para su posible ampliación, tendrán la clasificación y calificación que según la legislación urbanística aplicable sea la adecuada para garantizar y preservar su funcionalidad, la protección del dominio público hidráulico y su compatibilidad con los usos del agua y las demandas medioambientales. Se impone pues que dicha clasificación y calificación sea recogida en los instrumentos generales de ordenación y planeamiento urbanístico; asimismo, se establece la necesaria modificación del planeamiento urbanístico municipal si fuere incompatible con las nuevas obras de interés general que van a realizarse, una vez que se haya comunicado a la Entidad Local afectada la aprobación del proyecto de tales obras, art. 116.3 LAg.

Entre las prescripciones de orden competencial, pueden resaltarse, de un lado, la no sujeción a licencia de las obras de interés general incluidas en la planificación ni a cualquier otro acto de control preventivo municipal, así como, de otro lado, la prohibición de que su ejecución pueda ser suspendida por los órganos urbanísticos, siempre que se ajusten al proyecto debidamente aprobado y se haya cumplido tanto la comunicación vista anteriormente como el trámite de informe previo. En relación a esto último, no queda claro a qué informe previo se refiere: ¿al que debe realizar la Comunidad Autónoma a los planes, programas y acciones elaborados por los Organismos de cuenca en el ámbito de sus competencias previsto en el nuevo art. 23.3 LAg?, ¿se está aludiendo a la participación de los municipios prevista en art. 58 de la Ley de Régimen Local en relación a los planes generales de obras públicas que les afecten?, o ¿ambos?

Por último, la competencia que sobre ordenación del territorio y urbanismo ostentan otras Administraciones resulta condicionada directamente, al exigir el art. 117.3 LAg la evacuación de informe del Ministerio de Medio Ambiente antes de la aprobación inicial de cualquier instrumento de esta naturaleza si afectan a los terrenos destinados a las obras públicas de interés general previstas en la planificación hidráulica, siempre que se trate de cuencas intercomunitarias. Este informe es, además, vinculante en lo que afecte a tales obras y a la protección y utilización del dominio público hidráulico, debiéndose entender positivo si no se emitiera y notificara en el plazo de dos meses.

2. Formas de gestión de las obras públicas hidráulicas

La Ley de Modificación establece previsiones sobre las formas de gestión de las obras públicas hidráulicas de competencia de la Administración General del Estado y, en su caso de las Confederaciones Hidrográficas. Las cuales vienen a sumarse, como ya adelantara la Exposición de Motivos, a las nuevas formas de financiación y ejecución de obras hidráulicas previstas por la Ley 13/1996, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social. En este sentido, parece que La Ley pretende acotar el marco general regulador de la gestión de estas obras públicas en ambas normas.

Las distintas posibilidades en la gestión de las obras públicas de competencia de la Administración General del Estado parecen acomodarse, del juego combinado de ambas Leyes, al siguiente esquema.

a Gestión directa. Pueden entenderse como manifestaciones de esta modalidad de gestión:

- Gestión realizada por los órganos competentes del Ministerio de Medio Ambiente o a través de las Confederaciones Hidrográficas, art. 115.3 LAg.
- Mediante la constitución de sociedades estatales, de las previstas en el art. 6.1.a del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, que tengan por objeto la construcción, explotación o ejecución de obra pública hidráulica, conforme a lo dispuesto en el art. 158 de La Ley 13/1996. En este sentido, su constitución debe ser autorizada por el Consejo de Ministros, y sus relaciones con la Administración General del Estado deben regularse por convenio. Aunque la gestión de la obra hidráulica por estas sociedades mercantiles se entiende como gestión directa o por medio propio de la Administración, no impide que puedan contratar con terceros la construcción de las mismas; a estos contratos se les aplica la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas en lo referente a la publicidad, procedimiento de licitación y formas de adjudicación, siendo además el orden contencioso-administrativo el competente para conocer de las cuestiones que se susciten en relación a la preparación y adjudicación de los mismos (10).
- También consideramos que puede calificarse de gestión directa las realizadas al amparo de un convenio específico de encomienda de gestión con otras Administraciones públicas o Corporaciones públicas. Esta fórmula puede utilizarse para los siguientes casos: encomienda de gestión a las Comunidades Autónomas para la construcción y explotación de obras de interés general, art. 115.3 LAg; encomienda de gestión para la explotación y el mantenimiento de las obras hidráulicas que les afecten a las Comunidades de Usuarios o a las Comunidades Generales o Juntas Centrales de Usuarios, debiendo recoger el convenio las condiciones de la encomienda y, en particular, su régimen económico financiero, art. 115.7LAg.

b Gestión indirecta. Fuera de los supuestos anteriores, puede estimarse que la Administración debe acudir al régimen contractual para la construcción de la obra, para lo cual cuenta con dos posibilidades:

- La general del contrato de obra, regulada en la Ley 13/95 de Contratos de las Administraciones Públicas. La Ley de Modificación no

(10) Sobre las sociedades previstas en la Ley 13/1996 y su aplicación en el ámbito de las obras públicas hidráulicas *vid.* AZOFRA VEGAS, F. "La financiación privada de infraestructuras públicas". *REDA*, núm. 96, 1997, págs. 543 y ss, donde se da cuenta de la creación de algunas sociedades con estos fines y su régimen.

alude en ningún momento al contrato administrativo de obras como una de las posibles vías para construir una obra hidráulica, lo que no puede significar que esta posibilidad esté vedada. Pero, desde luego, evidencia la opción clara del legislador por potenciar la figura siguiente de manera que, de recabar la colaboración de sujetos privados, sea a los fines de que con ello se consiga financiar dicha construcción.

- La específica del contrato de concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas, cuyo régimen jurídico se establece en el art. 173 de la Ley 13/1996. Esta figura contractual persigue la financiación privada de las obras hidráulicas, en la medida que se singulariza porque la contraprestación del concesionario consiste en el derecho a percibir una tarifa por la explotación de la obra, sin perjuicio de que pueda recibir también en ciertos casos una compensación por parte de la Administración hidráulica.
- En el ámbito de esta figura concesional el art. 115.7 LAg, último párrafo, establece una particularidad, la de que las Comunidades de Usuarios y las Juntas Centrales de Usuarios puedan ser beneficiarios directos de concesiones de construcción y/o explotación cuando se trate de obras hidráulicas que les afecten. En este sentido, podría entenderse que se está estableciendo una modalidad de adjudicación directa del contrato de concesión, al eliminarse en estos supuestos la concurrencia de otros interesados, si bien el régimen de ésta seguiría siendo el establecido en el art. 173 de la Ley 13/1996. Sin embargo, para este supuesto el art. 115.7LAg no se remite a la regulación de esta modalidad contractual, sino que se prevé que será un convenio específico, entre la Administración General del Estado y tales Corporaciones, el que regule cada obra y fije, en su caso, las ayudas públicas asociadas a cada operación. Como puede comprobarse, esta regulación supone una clara excepción a la aplicación de la Ley de Contratos, e incluso a la figura contractual prevista en la Ley 13/1996. Por ello, podría cuestionarse incluso su encaje en una forma de gestión indirecta, pues poco se diferencia según lo señalado antes con lo previsto para la encomienda de gestión que con estas Entidades pueda convenirse. La única sutil diferencia que se aprecia es que la encomienda parece ceñirse a la explotación y conservación, mientras que para la concesión se alude a la construcción y/o explotación de la obra hidráulica.

Si la forma de gestión elegida es la concesión de construcción y explotación, o la del convenio de gestión suscrito con un tercero, el art. 115.8 LAg es-

tablece que las cantidades aportadas por la Administración General del Estado o por las Confederaciones Hidrográficas tendrán la consideración de gastos de funcionamiento y conservación a los efectos del cálculo de las exacciones que deban satisfacer los beneficiarios de estas obras públicas en aplicación del art. 106 LAg. Aunque el precepto, de forma bastante oscura, alude a terceros a los que se le haya atribuido por convenio la gestión de la obra, éstos a nuestro juicio no pueden ser otros que las Entidades o Corporaciones públicas, o a lo más las sociedades estatales, a las que nos hemos referido, sin que esta mención dé lugar a interpretar que es posible que la Administración pueda utilizar el convenio con particulares o sujetos privados con esta finalidad.

Finalmente, debe señalarse que la Ley deja imprejuzgada las formas de gestión de las obras públicas de competencia de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales, como no podía ser de otro modo; si bien se dispone que para la realización y financiación de obras públicas podrán celebrarse convenios entre las distintas Administraciones.

IV. LA FIGURA DE LA CESION DE DERECHOS AL USO DEL AGUA

La introducción de la figura de la cesión de derechos al uso del agua quizá sea el aspecto más llamativo de la reforma legislativa, si atendemos a la novedad que supone en nuestro ordenamiento. Y por la polémica suscitada durante la tramitación de la Ley de Modificación parece ser también el más cuestionado: conceptos como privatización del agua o "mercado del agua" se han enfrentado al de eficiencia en el empleo del agua o flexibilización del régimen concesional a la hora de enjuiciar el alcance o significación jurídica de la nueva figura. Pero al margen de cuál sea la valoración que a cada uno merezca, lo cierto es que por primera vez en nuestra normativa se reconoce y regula *el derecho a disponer del derecho al uso del agua* y, por tanto, como cualquier nueva institución jurídica, se requiere cierto tiempo para saber si cumplirá o no la finalidad que aduce el legislador para justificar su introducción, cual es la de optimizar socialmente los usos de un recurso tan escaso como es el agua, de lo que dependerá su arraigo en nuestra cultura jurídica (11).

(11) Debe advertirse que el término "mercado del agua" es confuso porque no se utiliza siempre con el mismo contenido, es más, las valoraciones que se realizan en torno a su implantación en nuestro Derecho dependen mucho del alcance que cada autor le da, en la medida que existen diferentes fórmulas arbitradas en distintos países en relación a la admisión de transacciones de los derechos del agua, que van desde la total disponibilidad del agua por parte de los particulares has-

La regulación de la cesión del derecho al uso del agua se establece básicamente en el nuevo art. 61.bis LAg, inserto pues en la Sección 1ª -"La Concesión de aguas en general"- del Capítulo III del Título IV, lo que muestra la intención del legislador de conformar la figura como una facultad propia de la titularidad del uso privativo, sin que se requiera como presupuesto la concurrencia de circunstancias anómalas o excepcionales, como podría haberse inducido de la sistemática inicialmente adoptada en el Proyecto de Ley de Modificación donde la figura aparecía en el nuevo art. 56.bis. De esta forma, se hace patente el carácter normal que adquiere la posibilidad de disponer del recurso por quienes sean titulares de su aprovechamiento; lo cual contrasta con la justificación última que aduce la Exposición de Motivos para introducir la cesión de derechos al uso del agua como una de las soluciones posibles al problema, recurrente siempre, "de la intensísima sequía". Ahora bien, la libre disponibilidad del derecho al uso privativo del agua, en el sentido de no exigir la concurrencia de situaciones anormales o excepcionales, se enmarca en una serie de prescripciones que determinan el ámbito en el que puede desenvolverse, que no es otro que el del contrato de cesión, así como los requisitos para que éste despliegue sus efectos propios entre las partes como ante la Administración hidráulica, destacando la necesaria autorización de ésta. Junto al régimen dispuesto para este contrato la Ley establece también la regulación de otra figura relacionada: los centros de intercambio de derechos al uso del agua.

1. El contrato de cesión de derechos al uso privativo del agua

La transmisión de derechos al uso del agua, en que la cesión consiste, se prevé en la Ley como consecuencia de un contrato entre privados, cuyo ám-

ta la fórmula de transacciones intervenidas o realizadas directamente por la Administración. A título de ejemplo, para A. EMBID IRUJO resulta positivo arbitrar la posibilidad de pactos o convenios entre particulares sobre los derechos del agua, siempre que la Administración tuviera una intervención activa, al considerar que ello lograría flexibilizar la reasignación de recursos, como un método menos costoso, social y económicamente que las posibilidades hasta ahora de expropiación forzosa de los derechos al que abocan las medidas de modificación de concesiones sobre el agua, en "La evolución del Derecho de aguas y las características de la actual problemática del agua", en *El nuevo Derecho de Aguas ob.. cit.*, págs. 53 y 54. Para S. MARTIN-RETORTILLO, ob. la transacción de estos derechos no debe arbitrarse en ningún caso para supuestos de normalidad, admitiéndola sólo en circunstancias excepcionales y con carácter no permanente, en casos particularizados y siempre autorizadas por la Administración, en "Acotaciones sobre el "nuevo derecho de aguas". *ob. cit.*, pág. 15. Y, por último, puede señalarse a G. ARIÑO ORTIZ, como el mejor exponente de la posición que postula una liberalización del agua en la que el Estado debe limitarse a garantizar el funcionamiento correcto del mercado evitando posiciones de abuso, de forma que los derechos del agua fuesen libremente disponibles por los particulares como bien económico y por tanto sin más condicionamientos que el juego de la oferta y la demanda (sin perjuicio de un servicio universal), en *Principios de Derecho público económico.* Comares, Granada, 1999, págs. 753 y ss.

bito y requisitos vienen predeterminados en el añadido art. 61.bis LAg. Y así, en cuanto a su ámbito subjetivo, únicamente pueden realizarlo concesionarios o titulares de derechos privativos al uso del agua correspondientes a la misma cuenca hidrográfica, siempre que el cesionario sea titular de un derecho de igual o superior rango al del cedente según el orden de preferencia establecido en el plan hidrológico de cuenca o, en su defecto, en la prelación de usos establecida en el art. 58 LAg. Tales determinaciones sobre el cesionario acotan, con acierto a nuestro juicio, el ámbito lícito de la facultad de disponer del derecho al uso del agua. De un lado, la exigencia de que debe ser también titular de un derecho de aprovechamiento cierra el paso a la posible cesión de estos derechos a terceros ajenos a los usuarios del agua, evitando así que aparezcan intermediarios y con ello una perniciosa especulación de un recurso tan escaso y necesario. De otro lado, se subordina la transmisión del derecho a que se destine el agua a un uso de igual o mayor relevancia según las prioridades que corresponde decidir a la planificación, pues no puede olvidarse que este es el instrumento sobre el que la Ley de Aguas hace descansar la reasignación de los recursos disponibles.

Por lo que respecta a su ámbito objetivo, el contrato de cesión podrá establecer la transferencia de la totalidad o parte de los derechos de uso del cedente, con los siguientes límites: en primer lugar, el volumen anual a ceder no podrá superar al realmente utilizado por el cedente; en segundo lugar, no podrán cederse derechos de uso privativo de carácter no consuntivo para usos que no tengan tal carácter; y por último, lógicamente, no cabe cesión de un caudal superior al que se tiene derecho. Finalmente, en cuanto a su ámbito de vigencia, el precepto comentado no va más allá de señalar que la cesión es de carácter temporal, dejando a las partes la fijación de este aspecto, dentro claro es de la propia duración de la titularidad del cedente, como confirma el art. 51.6 LAg. La libre disponibilidad por las partes del plazo de la cesión plantea, a nuestro juicio, un grave inconveniente, pues no puede desconocerse que si se estipulase la duración de la cesión por el mismo plazo que resta para la extinción del derecho del cedente, su concesión de aguas, no tiene ningún sentido que esta última titularidad se mantenga. Es más, puede evidenciar que el cedente ya no necesita del derecho al uso del agua, por lo que lo propio sería que la Administración extinguiera su concesión y fuese ella la que directamente dispusiera del agua para una necesidad real. En este sentido, creemos que debiera haberse fijado algún condicionante respecto al plazo de la cesión, siquiera de forma proporcional al tiempo de vigencia del derecho al uso privativo del cedente.

Una cuestión espinosa de la regulación de este singular contrato es la posibilidad, reconocida en el apartado 5 del art. 61.bis LAg, de que las partes fi-

jen libremente un precio por la cesión de los derechos de uso del agua. Un precio o compensación económica que es independiente de las exacciones económicas que corresponda abonar al cesionario de acuerdo con la legislación vigente por la utilización, para la realización material de las cesiones, de instalaciones o infraestructuras hidráulicas de titularidad de la Administración hidráulica o explotadas por ésta como claramente establece el apartado 8 del precepto. E independiente también de cualquier otra contraprestación que debiera abonarse por la utilización de infraestructuras hidráulicas de titularidad de un tercero. Si tenemos en cuenta este dato y que el cesionario se subroga en las obligaciones del cedente ante el Organismo de cuenca respecto al uso del agua objeto de la transmisión, queda patente que el negocio jurídico puede ser altamente lucrativo para este último. Si a ello unimos las consideraciones señaladas en cuanto a que nada impide que la cesión se efectúe por el mismo plazo de vigencia del derecho del cedente, puede resultar que a éste le sea más rentable trasmitir sus derechos sobre el agua que realizar la actividad para la que la necesitaba y, por ello, abrir las puertas a una nada deseable especulación del recurso. El medio con que cuenta la Administración para evitarlo es la posibilidad arbitrada en la Ley de que llegue a fijarse reglamentariamente el importe máximo de la compensación económica por la cesión. Ni que decir tiene que en ello está el que la figura no se utilice con fines perversos, pues incluso el derecho de adquisición preferente con que cuenta la Administración sería inoperante si el precio fijado por las partes fuese desproporcionado.

Para que el contrato de cesión surta efectos el art. 61.bis LAg exige un requisito: la autorización administrativa del Organismo de cuenca. Aunque la norma refiere dicho requisito a la eficacia del contrato entre las partes, parece más propiamente un requisito para la perfección del contrato habida cuenta que sin la autorización el cesionario realmente no adquiere nada, pues no podrá hacer valer los derechos cedidos ante la Administración hidráulica. De esta forma, en verdad, la transferencia de los derechos al uso privativo del agua requiere el concurso de la voluntad de la Administración, como *conditio iuris* que forma parte del presupuesto de hecho requerido para desencadenar los efectos jurídicos del contrato. Ello explica el que no genere indemnización alguna la denegación de la autorización, pues hasta ese momento no parece haber otra cosa que el compromiso de las partes a poner en práctica la cesión en el momento que sea autorizada por la Administración. En esta idea parece abundar el apartado 10 del precepto al establecer que el Organismo de cuenca deberá inscribir los contratos de cesión en el Registro de Aguas, y posteriormente podrán inscribirse en el Registro de la Propiedad; por tanto, sólo si existe contrato autorizado podrá el cesionario verse favorecido por la protec-

ción que tales instrumentos de publicidad de los derechos arbitran. En conclusión, para que este contrato sea fuente de obligaciones se requiere el consentimiento tanto de los usuarios involucrados como de la propia Administración hidráulica, si bien esta última únicamente puede otorgar o denegar su consentimiento, sin incidir en los términos fijados por los usuarios, siempre que los contratos se ajusten a la Ley.

Para el cumplimiento de este requisito, el apartado 2 del art. 61.bis LAg dispone la necesaria formalización del contrato de cesión por escrito, que deberá recoger las determinaciones contenidas en los apartados 7 y 5, y su traslado, en el plazo de quince días, tanto a las Comunidades de usuarios a las que pertenezcan las partes como al propio Organismo de cuenca. Pero lo más llamativo, en nuestra opinión, es el régimen dispuesto para la autorización de la cesión, que al cabo permite la adquisición por un usuario de derechos privativos sobre el agua, por su clara separación con el régimen de la concesión de aguas. Es sabido que la concesión de agua, único título para adquirir derechos privativos sobre el agua hasta ahora, es siempre un acto formal, y de otorgamiento discrecional por la Administración hidráulica (12). Por contra, la autorización de la cesión solo puede denegarse por los motivos tasados del art. 61.bis, apartado 3, claro está siempre que respete el ámbito fijado por la Ley, y se entenderá concedida por el transcurso del plazo para resolver, de un mes si los usuarios pertenecen a la misma Comunidad o de dos si forman parte de Comunidades de Usuarios distintas, según el apartado 2 del precepto. Se hacen evidentes las facilidades dispuestas por el legislador para evitar cualquier traba a la utilización de la figura.

La eficacia principal del contrato consiste en la transmisión del derecho al uso privativo del cedente al cesionario, en los términos fijados. Sin embargo, a diferencia de la figura tradicional de cesión de derechos, e incluso de cesión de obligaciones, la cesión regulada en el art. 61.bis LAg no extingue la relación jurídica entre el cedente y la Administración, habida cuenta que la titularidad privativa originaria que enmarca los derechos cedidos permanece, si bien modulada por el contrato. Desde esta perspectiva, la regulación de la cesión de estos derechos aparece presidida por dos notas que ligan la titularidad originaria de la que trae causa y la que surge de ella tras la cesión: la primera, la temporalidad de la transferencia de los derechos y, por ello, parece que los derechos cedidos revierten a la titularidad originaria transcurrido el plazo; la

(12) Sobre esta figura y sus caracteres sustantivos *vid.* LOPEZ MENUDO, F. "La concesión de aguas públicas y sus posibles modificaciones". *REDA*, núm. 77, 1993, págs. 95 y ss.

segunda, el dato de que la primera titularidad responde de la regularidad de la segunda, por cuanto el incumplimiento de las exigencias dispuestas en el art. 61.bis LAg es causa para acordar la caducidad de la titularidad del cedente, según su apartado 9. Es más, según el art. 51.6 LAg en todo caso la extinción del derecho al uso privativo del cedente implicará automáticamente la caducidad del contrato de cesión, lo que viene a corroborar la convivencia y estrecha relación entre ambas titularidades.

Por ello, la nueva figura del contrato de cesión despliega efectos trilaterales o a tres bandas: de un lado, origina una relación jurídica entre el cedente y cesionario, estrictamente privada, que enmarca los derechos y obligaciones estipuladas en el contrato; a su vez, la eficacia principal de ésta es originar una relación jurídica entre el cesionario y la Administración hidráulica, por cuanto durante el plazo señalado el cesionario se habrá subrogado en la posición del cedente ante el Organismo de cuenca, de forma que podrá hacer valer ante ésta el derecho cedido pero también, como señala el apartado 4 del precepto, responderá de las obligaciones conexas que corresponden al cedente respecto al uso del agua; y por último, el contrato de cesión aunque no la extingue sí modifica la relación jurídica entre el cedente y la Administración, pues habrá detraído de su contenido, durante la vigencia del contrato, los derechos transferidos, y con ello las obligaciones inherentes. Al hecho de que la relación jurídica entre el cedente y la Administración hidráulica se ve modulada por la cesión responde la previsión del art. 61.bis LAg, apartado 6, de que los caudales cedidos se computarán como de uso efectivo de la concesión del cedente a los efectos de evitar la caducidad de la misma; igualmente la nueva redacción del art. 59.2 LAg excepciona en estos casos la regla de que el agua concedida no pueda ser aplicada a usos distintos.

Con todo, el dato de que la cesión no implica la extinción de la titularidad originaria al uso privativo del agua, y la ligazón entre ambas titularidades, puede hacer surgir problemas de orden interpretativo, si tenemos en cuenta, por ejemplo, las posibles incidencias de la concesión o titularidad originaria: ¿la modificación o revisión de ésta qué consecuencias arroja sobre los derechos cedidos? ¿extingue la cesión la caducidad de la concesión por incumplimiento del concesionario-cedente?; o a la inversa, ¿la extinción anticipada del derecho cedido, por ejemplo por incumplimiento del cesionario de sus obligaciones, determina que revierta a la titularidad del cedente? Como puede observarse, la figura plantea muchos interrogantes.

Hasta aquí la eficacia propia de este contrato, pues se establece expresamente que la autorización al mismo en ningún caso implicará la autorización

para el uso o construcción de las instalaciones o infraestructuras necesarias para la realización material de la cesión, según el apartado 8 del precepto. En estos casos, se exige que a la solicitud de autorización del contrato deba acompañarse la solicitud para la utilización o construcción de tales obras, aunque la resolución de esta última será independiente de la decisión que el Organismo de cuenca adopte sobre la primera. Tal independencia es acertada si se entiende como la necesidad de los dos permisos, y para sentar que a la autorización para el uso o construcción de instalaciones o infraestructuras no se aplican los plazos ni el sentido positivo del silencio señalados para la autorización del contrato de cesión. Pero no lo debe ser, en nuestra opinión, en cuanto a la íntima conexión de sentido que ambas autorizaciones deben tener, toda vez que no se comprende el otorgamiento de la autorización del contrato de cesión si no se va a autorizar el uso o construcción de las obras necesarias, y menos aún a la inversa. Quizá hubiese sido más acertado establecer que en estos supuestos, por lo demás los más frecuentes, deberían tramitarse conjuntamente ambas solicitudes a resolver en una única autorización y bajo el régimen del silencio negativo.

Finalmente, señalar que se establece un régimen excepcional para cuando la transferencia de derechos afecten a distintas cuencas hidrográficas. En este caso, el apartado 14 dispone que sólo se podrán usar infraestructuras que interconecten territorios de distintos planes hidrológicos de cuenca para las cesiones si se han previsto en el Plan Hidrológico Nacional o en las leyes singulares de cada trasvase. Igualmente, la competencia para autorizar la cesión así como el uso de tales infraestructuras corresponde al Ministerio de Medio Ambiente, entendiéndose desestimada la autorización del contrato de cesión una vez transcurrido los plazos previstos.

2. Los centros de intercambio de derechos al uso del agua

En principio, las cesiones o transferencias de los derechos al uso del agua se enmarcan en el seno de un contrato entre usuarios que requiere de una autorización de la Administración. No obstante, conforme al apartado 11 del art. 61 bis LAg, este régimen puede desaparecer cuando se den las situaciones reguladas en los artículos 53, 54 y 56 de la Ley y en aquellas otras análogas que puedan establecerse reglamentariamente. En estos supuestos, que evocan situaciones de necesidad, anormalidad o riesgo en la disponibilidad del recurso de diversa intensidad se habilita a la Administración hidráulica para intervenir de forma más incisiva en la disposición de los derechos, no ya autorizando la cesión, sino organizando y mediando en las transferencias. Para ello se prevé la constitución por acuerdo del Consejo de Ministros de un foro específico: los

centros de intercambio de derechos de uso del agua. Aunque nada se especifica, estos centros parece que serán órganos insertos en la estructura de los Organismos de cuenca con una función determinada: realizar ofertas públicas de adquisición de tales derechos para posteriormente cederlos a otros usuarios, mediante el precio que el propio Organismo de cuenca oferte. En este sentido, se impone un principio de separación funcional, pues la contabilidad y registro de estas operaciones deberán realizarse de forma separada respecto al resto de los actos en que intervengan los Organismos de cuenca. En consecuencia, en el supuesto de que se creen, habrá de acudirse a estos centros para las adquisiciones y enajenaciones de derechos al uso del agua, de forma que se excepciona la aplicación del contrato de cesión a realizar entre particulares.

Como puede comprobarse, la figura del contrato de cesión, en los términos vistos anteriormente, no se aplica, sino que se sustituye por la de un negocio jurídico entre un usuario, que adquiere o enajena un derecho al uso del agua, y un Ente público: el Organismo de cuenca, quien fija de antemano los términos de tales transferencias. Ahora bien, tales negocios jurídicos no se van a regir por la normativa de contratos de las Administraciones públicas, pues el precepto únicamente obliga a respetar, en las adquisiciones y enajenaciones de tales derechos, los principios de publicidad y libre concurrencia, remitiendo a un futuro reglamento la regulación del procedimiento y los criterios de selección. Aún así, puede propugnarse que cualquier conflicto que surja en relación a estos negocios jurídicos deba corresponder a la jurisdicción contencioso-administrativa, dado el carácter público del sujeto implicado, del objeto sobre el que versa y de la normativa que lo regula.

Con todo, del precepto parece deducirse que el papel del Organismo de cuenca es la de un mero intermediario en la transferencia de los derechos al uso del agua, si bien con carácter necesario, toda vez que la adquisición de los mismos parece afectarse a su posterior enajenación. Sin embargo, si se tiene en cuenta los supuestos sobre los que se asienta la creación de centros de intercambios, que no son otros que los previstos en los artículos 53, 54 y 56 LAg, y su funcionalidad última, cuál es excepcionar la libre disponibilidad del derecho al uso del agua entre particulares, debe admitirse sin fisuras que el Organismo de cuenca pueda utilizar esta figura como un medio más para hacer frente a tales situaciones, y decidir no enajenar los derechos adquiridos en la oferta pública, rescatando los caudales de todo uso privativo.

CRONICA DE LAS JORNADAS SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ORDENACION URBANISTICA DE ANDALUCIA

Lucía Alarcón Sotomayor
Area de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba

I.- Los días 1, 2 y 3 de diciembre del pasado año se celebraron en el Palacio de Congresos de Córdoba unas Jornadas sobre el Anteproyecto de Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Córdoba en virtud del convenio suscrito a tal efecto con la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía. La iniciativa partió de la misma Consejería, concretamente de la Dirección General de Ordenación del Territorio y Urbanismo que, tras contar ya con un borrador muy estudiado, quiso someterlo a un sosegado debate universitario de Profesores de Derecho Administrativo. Esta forma de proceder fue ensalzada por el moderador, Prof Dr. D. Lorenzo Martín-Retortillo y por los demás participantes. Por sí sola merece y justifica también esta crónica. En este tiempo de "legislación motorizada" y a menudo irreflexiva, cuando algunos parecen creer que desempeñan mejor una función pública mientras más páginas de los Boletines Oficiales llenen con sus ocurrencias y cuando con todo ello sufren gravemente los intereses públicos y privados dañando las más elementales exigencias de seguridad jurídica, no se puede menos que alabar el proceso de elaboración de la futura Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía.

La Alcaldesa de Córdoba, Ilma. Sra. Dña. Rosa Aguilar, dio la bienvenida a la ciudad y deseó que las Jornadas contribuyeran a hacer un Urbanismo al servicio de las personas y de la convivencia, antes que a cualquier otro interés. El marco que ofrece Córdoba, dijo, invita a ello.

El Ilmo. Sr. Verdú Valencia, Viceconsejero de Obras Públicas y Transportes, inauguró las Jornadas recordando que la elaboración de esta Ley es no sólo legítimo ejercicio de las competencias de la Comunidad Autónoma sino prácticamente un deber tras la STC 61/1997. Resumió el complejo proceso de redacción del texto presentado a debate, con participación de muy diversos

sectores interesados y, particularmente, de las Administraciones locales. En ese proceso destacó el minucioso y concienzudo trabajo de la Dirección General de Ordenación del territorio y Urbanismo con el impulso de su titular, la Ilma Sra. Dña. Josefina Cruz Villalón, y el del equipo redactor del primer borrador, compuesto por Profesores de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III y dirigido por el catedrático Luciano Parejo Alfonso.

II.- En la primera sesión de trabajo se incluyeron dos ponencias generales, seguidas de un coloquio igualmente dedicado a abordar en su conjunto los aspectos más sobresalientes del Anteproyecto.

A) En la primera ponencia, el Prof. Dr. Parejo Alfonso, ofreció una visión general del Anteproyecto de Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía. A su juicio, las características más sobresalientes del texto podrían reducirse a tres: a) Ley continuista en la medida de lo posible, de manera que sólo se pretenden introducir las innovaciones consideradas verdaderamente necesarias o las adecuadas para atender a las peculiaridades de Andalucía; b) Ley circunscrita a la ordenación urbanística que respeta la regulación y el ámbito establecido por otras Leyes para la ordenación del territorio y demás sectores de intervención administrativa próximos o conexos pero diferentes; y c) Ley respetuosa del marco establecido por la legislación estatal y, en particular, por Ley 6/1998, sin perjuicio de que la Comunidad Autónoma ejerza y agote legítimamente sus competencias hasta establecer su propio modelo de política urbanística.

La Ley comienza con unas reglas generales en la línea tradicional de nuestra legislación urbanística desde 1956, estableciéndose una ordenación que no sólo se refiere al suelo y vuelo sino que presta ya también especial atención al subsuelo. La actividad urbanística se sigue concibiendo como una función pública estableciendo, incluso, una enumeración de las actividades que necesariamente han de realizarse por la Administración de forma directa.

La ordenación urbanística se configura, según el Prof. Parejo, como un sistema de lógica municipal que mantiene en lo esencial la tipología clásica del planeamiento, completada con las tradicionales Ordenanzas municipales de policía y con las nuevas Normativas Directoras que lo simplifican y flexibilizan. La figura clave es el Plan General, que ha de ordenar íntegramente todo el territorio municipal conteniendo dos tipos de determinaciones: de una parte, las relativas a la ordenación estructural en las que la competencia autonómica encuentra su campo más adecuado y, de otra, las atinentes a la ordenación pormenorizada de competencia municipal. En cuanto al régimen urbanístico del suelo, la clave, como no podría ser de otra forma, es su clasifica-

ción en urbano, urbanizable y no urbanizable. Y a este respecto el texto matiza el carácter puramente residual del suelo urbanizable, siendo posible su definición positiva.

Por lo que respecta a la ejecución del planeamiento el borrador se esfuerza en deslindar la actividad pública de la actividad privada y establece el contenido irrenunciable de la actividad administrativa de ejecución, al mismo tiempo que flexibiliza sus formas de gestión. Se distingue entre la ejecución mediante obras públicas ordinarias y la actuación por unidades de ejecución, regulándose los tres sistemas tradicionales de actuación (expropiación, cooperación y compensación) con algunas novedades para agilizar el procedimiento, sobre todo en el sistema de compensación.

Para acabar, el Dr. Parejo enfatizó, analizando ya la regulación de la disciplina urbanística, el esfuerzo realizado para cumplir rigurosamente la exigencia constitucional de tipificación legal de infracciones y sanciones.

B) La segunda ponencia, "El Anteproyecto de Ley andaluza en el contexto general de la legislación urbanística", fue desarrollada por el Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Valencia, Prof. Dr. D. José María Baño León. Punto de partida de su exposición fue la afirmación de que el Anteproyecto estudiado es respetuoso con el *status quo* del urbanismo tradicional español que, en sus líneas esenciales sigue respondiendo a las bases sentadas en la Ley del Suelo de 1956. Ello no impide reconocer una cierta evolución, y reconsideración de aquél sistema que también se deja sentir en el borrador andaluz. Al respecto se refirió a tres perspectivas, claves o focos de esa reconsideración.

En primer lugar, la perspectiva de la dimensión económica del urbanismo, con un debate, muy intenso en el último decenio, sobre las consecuencias -favorables o perturbadoras- de la profunda intervención administrativa en el mercado del suelo y de la vivienda, debate en el que mucho tienen que decir y han dicho los economistas, pero que no pueden desdeñar los juristas y que no se debe rehuir aquí al analizar un texto en el que hay indudables opciones de ese género. Refiriéndose a un aspecto más concreto, dijo que pretender regular el mercado del suelo con los patrimonios públicos es ingenuo y, en la mayoría de los casos, conduce a un completo fracaso. Como mínimo debe saludarse con satisfacción la realista flexibilización del régimen de estos patrimonios.

El segundo foco de debate y reconsideración está en la distribución de competencias. En cuanto a las legislativas, punto de partida necesario es la po-

lémica STC 61/1997 y la Ley estatal 6/1998. A este respectó afirmó que el Anteproyecto respeta escrupulosamente ese marco, particularmente en cuanto a los derechos de los propietarios y las valoraciones. Por otra parte, en cuanto a las competencias de las Administraciones locales y sus relaciones con las de la Administración andaluza, la Ley, que en su Exposición de Motivos declara desarrollar el principio de subsidiariedad y la asignación de competencias a los Ayuntamientos, no siempre concreta en su articulado tales ideas o, al menos, no siempre tiene suficientemente en cuenta que el municipio es la pieza esencial del urbanismo.

En tercer lugar, la misma aplicación de la legislación urbanística desde 1956 ha deparado una rica experiencia que ha puesto de relieve ciertos defectos o insuficiencias que la nueva ornada de Leyes sobre la materia, y en particular la comentada, tratan de superar con mayor o menor voluntad y acierto. En este orden de cosas, se refirió a la excesiva rigidez de los planes, sobre todo de los Planes Generales, que se ha convertido en un factor de distorsión para el adecuado desarrollo de la actividad urbanística y de la acción pública. Excesivamente compleja consideró la regulación que, en general, tienen los sistemas de ejecución, reconociendo, no obstante, que algunos pasos se daban a este respecto en el Anteproyecto andaluz. En este punto se refirió a la experiencia valenciana afirmando que había tenido resultados muy favorables. Finalmente, subrayó como uno de los mayores aciertos del texto estudiado en sus correcciones sobre la legislación urbanística anterior la profundización en un urbanismo de conservación, frente a la exclusiva preocupación inicial por el urbanismo de ensanche, que logrará mantener nuestro modelo de ciudad europeo frente al norteamericano. La regulación de la ruina es un buen exponente de esta acertada tendencia.

Terminó el Prof. Baño con dos interesantes consideraciones. En la primera expuso su opinión favorable a reducir la clasificación del suelo urbanizable a las simples categorías de ordenado y no ordenado. En la segunda planteó la conveniencia de reducir la excesiva discrecionalidad que en algunos aspectos concede la Ley a la potestad reglamentaria.

C) En el coloquio posterior, el Prof. Dr. Angel Menéndez Rexach, Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, reflexionó en general sobre la posible falta de ambición de la Ley en algunos aspectos. Abordando cuestiones más específicas, indicó la necesidad de diferenciar entre el deber de conservación y el deber de rehabilitación. Asimismo consideró insuficiente la regulación legal del subsuelo, aspecto este último que mereció también las intervenciones en la misma línea de los Profs. Drs. José Cuesta, de la Universidad de Jaén, y Belén Noguera, de la de Barcelona. Tomó la palabra el Prof.

Dr. Julio Ponce, de la misma Universidad barcelonesa, para destacar el acierto de art. 3.1, b) del Anteproyecto que señala como uno de los fines de la actividad urbanística "conseguir un desarrollo cohesionado en términos sociales, económicos..." lo que debe entenderse en contra de la tendencia a un urbanismo de segregación y de guetos.

Por último el Prof. Dr. D. Alfonso Pérez Moreno, Catedrático de la Universidad de Sevilla, manifestó la necesidad de conectar mejor la futura Ley andaluza con la Ley estatal 6/1998 y de armonizarla real y profundamente con sus principios, pues existen a su juicio algunas contradicciones con esa legislación estatal y, en cualquier caso, un claro problema de deslinde de competencias no resuelto bien por el Anteproyecto.

III.- A) El jueves día 2 tuvo lugar la segunda sesión que se inició con la ponencia del Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, Prof. Dr. Angel Menéndez Rexach, sobre "Ordenación urbanística y Régimen del suelo en el Anteproyecto de Ley".

Para el Prof. Menéndez Rexach esta parte del Anteproyecto merece un juicio claramente favorable. Y, en concreto, consideró un acierto que se centre en la ordenación urbanística -sin incluir la ordenación del territorio- entendiendo el urbanismo como la ordenación concreta realizada a nivel municipal. Pero, dicho esto, analizó algunos aspectos más discutibles en los que sería oportuno modificar o completar la redacción actual.

Se refirió a las novedosas Normativas Directoras que pueden tener, según el Anteproyecto, contenidos y funciones muy heterogéneas: a) podrán ser normas reglamentarias (cuando señalen estándares), b) normas subsidiarias de aplicación directa en defecto de planeamiento o, c) simples recomendaciones sin contenido normativo (cuando establezcan soluciones-tipo). Este contenido tan heterogéneo puede ser fuente de dificultades por lo que convendría afinar más este aspecto de la regulación.

El Planeamiento de desarrollo presenta una novedad importante cual es la aplicación del plan parcial al suelo no consolidado para instrumentar operaciones de reurbanización. Pero el Prof. Menéndez, sin embargo, no ve en el Anteproyecto criterios claros para la aprobación definitiva del Plan General considerando que la Ley debería ser mucho más precisa y ambiciosa.

En cuanto al régimen del suelo, el Anteproyecto -que mantiene las tres categorías de la legislación estatal, no siguiendo la tendencia de rescatar el tér-

mino de "suelo rústico"- presenta como única posible fricción con la Ley 6/1998 la exigencia de justificación de la condición de suelo urbanizable (artículo 46. 1) ya que la Ley estatal ha establecido la famosa presunción del carácter residual de este tipo de suelo en virtud de la cual el suelo urbanizable no tiene porque justificarse: habrá que justificar únicamente la categoría de suelo no urbanizable que destruye la presunción de que todo el suelo se puede urbanizar.

También cuestionó el criterio para calificar el suelo urbano como no consolidado porque su aprovechamiento objetivo sea significativamente superior al existente, criterio que resultaba artificioso y que aconsejaba modificar.

Por lo demás, se mantiene el criterio del TRLS de 1992 de que los terrenos que integran Sistemas Generales puedan quedar fuera de la clasificación del suelo, lo que el Dr. Menéndez Rexach consideró muy acertado.

B) El Prof. Dr. D. Federico Romero, de la Universidad de Málaga. abrió el coloquio celebrando la introducción de la figura de las Normativas Directoras pero puntualizando que no se deben utilizar como instrumento sustitutivo y alternativo de los Planes Generales. Deberían aprovecharse, según su opinión, para establecer los criterios que fijen el sentido de "lo supramunicipal" porque así lo exige la seguridad jurídica.

Respecto a la necesidad impuesta por la Ley de justificar el suelo urbanizable y su eventual contradicción con la legislación estatal, el Prof. Parejo Alfonso señaló que tal justificación puede y debe entenderse simplemente referida a la parte o tipo de suelo urbanizable de que se trate (ordenado, sectorizado o no sectorizado) y no a la propia existencia y calificación de suelo urbanizable.

Que la Ley 6/1998 y el Anteproyecto andaluz atienden a concepciones ideológicas diferentes y que ello tiene un reflejo jurídico preocupante, fue la opinión expuesta por el Prof. Dr. Pérez Moreno que , incluso, expresó sus dudas e intranquilidad por la situación final en que pueden quedar las fuentes del Derecho Urbanístico en la Comunidad Autónoma. Los problemas no los plantearán sólo las relaciones entre la Ley estatal y la autonómica sino, ya en otro orden de cosas, la posición en el conjunto de planes de las Normativas Directoras.

El Dr. Baño León recomendó que los convenios urbanísticos fueran objeto de una regulación más amplia y en capítulo separado, no dentro del pla-

neamiento, porque no sólo afectan a esa faceta del urbanismo. Además la Ley no debe remitir al reglamento esa regulación ni ningún aspecto relevante de los convenios, sino contenerla ella misma o dejarla al libre acuerdo de las partes).

Por otra parte, el Profesor Cosculluela Montaner criticó la línea ya tradicional de un urbanismo excesivamente técnico y complejo, pensado casi exclusivamente para grandes ciudades, línea en la que sigue este Anteproyecto. Incluso la supresión de las Normas Subsidiarias profundizará en esa inadecuación a las necesidades y capacidad de gestión de los pequeños municipios pues, en su opinión, no quedará paliada suficientemente por las Normas Directoras cuyo sentido y finalidades esenciales son otros.

Los Profs. López González y Jordano Fraga abogaron porque el Anteproyecto haga alguna referencia al reconocimiento de la acción popular en materia de urbanismo, aunque su consagración se desprende todavía de la legislación estatal, en concreto, del artículo 304 del TRLS de 1992.

El Prof. Dr. Juan Manuel Trayter Jiménez, de la Universidad de Barcelona, tomó la palabra para referirse a dos aspectos de la aprobación de los planes. En primer lugar, se ocupó de la aprobación por silencio administrativo para afirmar que la Ley andaluza debería ser más explícita y aclarar si efectivamente se puede producir y con qué límites tras la reforma de la Ley 30/1992 introducida por la Ley 4/1999. En segundo lugar, desarrolló las posibilidades de control de la Administración regional sobre los Planes Generales elevados por los Ayuntamientos. Comenzó por recordar la jurisprudencia actual que, como en Italia, donde tiene su origen, permite controlar todos los aspectos reglados y los discrecionales de interés supramunicipal. El Anteproyecto aborda la cuestión sin excesiva claridad. Por una parte, considera a la Comunidad Autónoma como última responsable de la ordenación estructural y al Ayuntamiento del resto. Pero, luego, cuando se regula la aprobación definitiva de los planes, se dice que "el órgano que deba resolver sobre la aprobación definitiva examinará el expediente y el proyecto del instrumento de planeamiento *en todos sus aspectos*", lo que permitiría pensar que se pueden controlar también los de la ordenación no estructural. En cualquier caso, la redacción supone una reducción de la autonomía municipal respecto a la situación presente. Frente a ello propuso que se consagrara una solución similar a la de la Ley urbanística italiana según la cual la Región puede controlar cuestiones de legalidad, cumplimiento de las previsiones de los planes territoriales de coordinación (similares a las Normativas Directoras), la racional y coordinada ordenación de las obras e instalaciones de interés supramunicipal, y lo necesario pa-

ra la protección del paisaje, los complejos históricos, ambientales... Al menos, sugirió, que sean las Normativas Directoras las que fijen qué debe entenderse por intereses supramunicipales.

El Profesor Martín Valdivia, de la Universidad de Jaén, mostró su inquietud, en contra de la opinión del ponente, ante el tratamiento dado a la calificación de los terrenos necesarios para los sistemas generales previendo que la indefinición legal sea aprovechada por los Ayuntamientos para su calificación generalizada como suelo no urbanizable.

IV.- A) La cuarta ponencia "Ejecución del planeamiento y Expropiación forzosa por razón de urbanismo" fue desarrollada por el Prof. Dr. D. Antonio Jiménez-Blanco y Carrillo de Albornoz, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Jaén. El Profesor Jiménez-Blanco comenzó por advertir que la Ley utiliza un amplísimo concepto de "ejecución del planeamiento" incluyendo en su regulación la edificación y el deber de conservación, lo que no contribuye mucho a su claridad.

Se trata de una Ley muy ideologizada, pero todas las leyes de urbanismo lo son necesariamente. El Anteproyecto se caracteriza, entre otras cosas, por contraponer nítidamente lo público y lo privado en preceptos diversos y darles un tratamiento radicalmente diverso, como puso de relieve con cita de varios de sus preceptos. En ese sentido, afirmó, es marcadamente *hegeliano* y no *kantiano.*

Como proclama la propia Exposición de Motivos, la Ley es continuista del régimen anterior de la ejecución del planeamiento señalando la simplificación y flexibilización de los diversos sistemas, que siguen siendo los tradicionales (expropiación, cooperación y compensación) como uno de sus objetivos y características de su regulación, en la que también destacó la revitalización de la reparcelación aplicable a cualquiera de los tres sistemas.

Entrando ya en el análisis de los Títulos IV ("Ejecución del Planeamiento de ordenación urbanística") y V ("Expropiación forzosa por razón de urbanismo") señaló cuatro centros de atención y caracteres fundamentales. En primer lugar, la preocupación por el "factor tiempo". A este respecto, la Ley regula la organización temporal de la ejecución del planeamiento como algo vital, aunque también aquí con un tratamiento muy diferente del incumplimiento de los plazos según sea imputable a los particulares o a la propia Administración. En segundo lugar, contrapuso en la regulación de la ejecución urbanística el "bilateralismo" y el "unilateralismo". Al igual que nuestra Ley de

1956 y las posteriores, en el Anteproyecto analizado predomina claramente el "unilateralismo" si bien se regula el convenio urbanístico en diferentes artículos, alguno de los cuales (como el artículo 142, "Ordenación del sistema mediante convenio urbanístico para la gestión") contempla el convenio como vía de escape de los tres sistemas de actuación tradicionales y no como un sistema propio e independiente. En tercer lugar, el régimen de valoraciones. En cuanto a ello dijo que la Ley no ha sido capaz de unificar los criterios de valoración siendo muy deseable que se establezca m mecanismo de conversión justo y universal. Y en cuarto lugar, se refirió a los espacios que gozan de cierta extraterritorialidad, como las áreas de gestión integrada y las actuaciones públicas en suelo no urbanizable. Con respecto a estas últimas, la Ley tradicionalmente ha dejado fuera de la ejecución al suelo no urbanizable. El Anteproyecto, sin embargo, ha introducido como novedad importante la posibilidad de que los hábitats rurales diseminados sean objeto de ejecución del planeamiento.

Críticamente el Profesor Jiménez-Blanco aludió, para terminar, a la "segunda juventud de las tasas", a la actual "época de la *tasificación*", que también se deja sentir en el urbanismo, y que, en su opinión, urge superar.

B) En el coloquio que siguió a la ponencia, el Prof. Dr. Federico Romero señaló que le parece muy peligrosa la regulación que hace la Ley de la obra pública ordinaria como modo de gestión ya que tal posibilidad puede provocar situaciones injustas. Sería conveniente establecer unos criterios más rigurosos que podrían ser fijados quizás por las Normativas Directoras.

Por el contrario, este mismo modo de ejecución mediante obras públicas ordinarias fue considerado muy interesante por el Prof. Menéndez Rexach aconsejando que la regulación se complete con la posibilidad de que los Ayuntamientos repercutan el coste de la ejecución en los beneficiarios a través de contribuciones especiales. Para ello la Ley debería regular los elementos esenciales de tales tributos.

El sistema de compensación fue analizado por el Prof. Dr. José Cuesta que elogió el propósito del Anteproyecto de acabar con la "tiranía de las minorías" en las Juntas de compensación, reduciendo la exigencia de unanimidad a mayoría absoluta en algunos casos. Además propuso que la imposibilidad de constituir la Junta de compensación cuando exista un solo propietario debería matizarse, al modo en que ya lo hace la legislación catalana, en el supuesto de que el promotor sea persona diferente del único propietario.

El Prof. Dr. Estanislao Arana, de la Universidad de Granada, se pronunció en el sentido de recomendar una regulación más detallada de las sociedades de gestión urbanística, dada su importancia real y los problemas que están planteando. Convendría, por lo menos, que la Ley aclarara si pueden o no ejecutar por sí mismas las obras pues algunas leyes, como la canaria, excluyen expresamente esta posibilidad.

El Prof. Martín Valdivia consideró deficiente la regulación legal de la expropiación forzosa para constituir patrimonios públicos del suelo, criticando especialmente el art. 76 (relativo a la "disposición sobre los bienes de los patrimonios públicos de suelo"). En su opinión, además de infringirse el art. 280.1 del TRLS del 992 (declarado válido por la STC 61/1997), se permite y estimula la especulación realizada por la propia Administración, aunque se condene radicalmente la realizada por los sujetos privados. Replicó, primero, el ponente Dr. Jiménez-Blanco para quien un cierto grado de especulación es esencial al mercado, que no podrá funcionar si aquella se erradica por completo. Afirmó, incluso, que emplear esta palabra de "especulación" como arma arrojadiza en esta materia priva de objetividad y de serenidad a los debates. Por su parte, el Dr. Parejo Alfonso cuestionó que exista realmente vulneración del art. 280 del TRLS de 1992.

La Directora General de Ordenación del Territorio y Urbanismo, Josefina Cruz Villalón, cerró el debate contestando a algunas de las cuestiones suscitadas y, en especial, a la de tratarse de una Ley "ideologizada". Afirmó al respecto que considera bueno que el Anteproyecto tenga una clara orientación política, que es inconcebible que sea de otra forma y que las competencias de la Comunidad Autónoma en la materia permiten y hasta obligan a diseñar una política propia, de manera que ella se sentiría orgullosa de que efectivamente se haya reflejado correcta y congruentemente una cierta ideología.

V.- A) La intervención administrativa en la edificación y uso del suelo, la protección de la legalidad urbanística, y las infracciones y sanciones constituyeron el objeto de la sesión vespertina con la quinta ponencia desarrollada por el Prof. Dr. Luis Cosculluela Montaner, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense.

Aclaró en primer lugar el Prof. Cosculluela que el Título VI de la Ley regula una actividad, la edificación, en la que se produce un cambio radical de perspectiva; si en los títulos anteriores la Ley ha regulado el ejercicio de funciones públicas, aunque sea con gran participación de sujetos privados, ahora se aborda una actividad sustancialmente privada que es simplemente intervenida por la Administración.

El Anteproyecto proclama la competencia municipal universal en materia de intervención sobre la edificación con la única limitación del control de la Junta de Andalucía para los actos más relevantes o los supuestos más graves. En la línea más tradicional, la técnica de intervención es la licencia, con un protagonismo exclusivo en cuanto a los controles preventivos. Pero a este respecto el ponente consideró que podría barajarse la posibilidad de utilizar otras modalidades como es en particular la de la simple comunicación previa que simplifica los trámites. En particular, sería adecuada para obras menores y en ese sentido ha avanzado ya la legislación catalana.

En el procedimiento de otorgamiento de licencias (artículo 176), Cosculluela no ve afán de simplificación, sino que es tan complejo como siempre y, a veces, incluso, se acomoda mal a las Leyes 30/1992 y 4/1999 que han pretendido simplificar los procedimientos.

Se ocupó después del capítulo dedicado a la "Protección de la legalidad urbanística". En particular, analizó el art. 185 que, junto a la medida cautelar de suspensión de las obras o acto sin licencia, permite ordenar el cese del suministro de cualesquiera servicios públicos. Para el ponente es necesario reconsiderar esta posibilidad en cuanto puede afectar a relaciones entre dos sujetos privados respecto de la cual las competencias de la Comunidad Autónoma son como mínimo discutibles.

Se planteó también el acierto y la legalidad de la solución del art. 189.3 que establece para varios supuestos relativamente amplios una potestad administrativa de protección de la legalidad urbanística sin plazo de prescripción. Frente a ello estimó preferible fijar extensos plazos de prescripción en vez de negar pura y simplemente el juego de esta causa extintiva.

Destacó el gran esfuerzo por tipificar las infracciones, aunque todavía podían mejorarse los tipos en algún aspecto. Igualmente debería mejorarse la regulación de los responsables y reforzar, en su caso, la responsabilidad disciplinaria exigida a los funcionarios por infracciones urbanísticas que, hasta ahora, no ha tenido virtualidad práctica.

El Profesor Cosculluela concluyó preguntándose si la Ley no se habrá extralimitado al establecer entre las sanciones accesorias (artículo 213) algunas -como la prohibición de contratar con cualquier Administración, incluida la del Estado- para las que, en principio, no tiene competencia.

B) Ya en el debate, los Profs. Drs. Jordano Fraga y Rivero Ysern, de la Universidad de Sevilla, de acuerdo con lo expuesto en la ponencia, criticaron la

falta de plazo de prescripción del art. 189.3 del Anteproyecto por entender, entre otras cosas, que daña la seguridad jurídica. Además, Jordano dijo que el Título VII del Texto no había tenido suficientemente en cuenta la legislación penal y su tipificación de los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo, con los que no concordaba.

El Profesor Rivero planteó además la cuestión de qué sucede cuando es la propia Administración la que infringe el orden urbanístico y, en especial, si puede sufrir las sanciones administrativas. A este respecto el Prof. Vera Jurado, de la Universidad de Málaga, contestó que, con independencia de que el problema en abstracto es complicado y de que es difícil saber cuál es la solución preferible en teoría, del Anteproyecto presentado parece deducirse una respuesta positiva, es decir, que sí se pueden imponer sanciones administrativas a las Administraciones por la comisión de infracciones urbanísticas.

Intervino el Dr. Rebollo Puig para referirse a los siguientes aspectos: a) podría dejarse abierta la posibilidad de que en algunos casos la orden de ejecución no eximiera del deber de obtener licencia o, al menos, del de realizar una previa comunicación; b) es dudosa la adecuación del art. 176.e) *in fine* ("en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo las licencias en contra de la legislación o de la ordenación urbanística") a las Leyes 30/92 y 4/99; c) es conveniente reconsiderar las diversas previsiones del Anteproyecto respecto a las multas coercitivas; d) también debe reconsiderarse el tratamiento dado al concurso de las infracciones urbanísticas con las penales y con otras infracciones administrativas.

VI.- La Tercera Sesión comenzó el viernes día 3 con la Ponencia "Relación con otras Leyes Sectoriales", que corrió a cargo de tres Profesores de la Universidad de Sevilla.

A) El Profesor Dr. Antonio Alfonso Pérez de Andrés se ocupó de la adecuación del Anteproyecto a la Ley andaluza 1/1994 de Ordenación del Territorio. Tras recordar que todavía no se ha aprobado ningún Plan de Ordenación del Territorio, aunque alguno tiene su tramitación avanzada, resaltó el gran esfuerzo realizado en la futura Ley de Ordenación Urbanística para diferenciar y armonizar la actuación administrativa que regula con la de ordenación del territorio, lo que se manifiesta por lo pronto en numerosas referencias a los planes de ordenación territorial cuya superior jerarquía respeta y refuerza. No obstante, puntualizó que esa superior jerarquía debía de quedar más clara en relación con la novedosa figura de las Normativas Directoras para la Ordenación Urbanística cuya vinculación por los Planes Subregionales

podría consagrarse expresamente. En igual sentido propuso que la llamada "ordenación pormenorizada", y no sólo la "ordenación estructural" de los PGOU, hubiera de justificar su adecuación a la ordenación territorial.

Valoró como una mejora notable sobre lo previsto en la Ley 1/1994 que el Anteproyecto incluya la posibilidad de planes especiales de desarrollo de los planes regionales. Aun así, destacó algunos problemas. De un lado, cuestionó el acierto de exigir para su aprobación los informes favorables de los Municipios afectados. De otro, manifestó que, por incluirse en esta futura Ley en vez de en la 1/1994, no quedará del todo clara la posición de estos específicos planes especiales ni su carácter vinculante para los planes generales de urbanismo.

En relación a las técnicas de cooperación y coordinación sugirió que se hiciera alguna referencia en el Anteproyecto a los Programas de Actuación conjunta entre Administración estatal y autonómica que ha introducido la Ley 4/1999 y que pueden ser de gran utilidad para las grandes obras de infraestructura. También propuso que se aclarara que las áreas de gestión integrada pueden ser declaradas directamente por los Planes Subregionales, no sólo por los PGOU. Todavía respecto de las relaciones interadministrativas, propuso que el artículo sobre "actos promovidos por Administraciones públicas", que es una transcripción autonómica del art. 244.2 del Texto Refundido estatal de 1992, incluya una llamada de atención sobre la forma en que el Consejo de Gobierno debe ejercer las competencias que allí se le reconocen de manera que se destaque expresamente el deber de ponderar todos los intereses públicos y competencias en juego, hasta optar por la solución que mejor los armonice y sea más respetuosa con todo ello.

El Profesor Pérez de Andrés señaló que uno de los efectos más positivos que podrían producir los Planes de Ordenación del territorio es que, a través de ellos y si así se estableciera en esta Ley, se objetivaran los intereses supramunicipales y que ello fuese determinante para que la Comunidad Autónoma apruebe definitivamente o no un Plan General municipal. De esa manera, si se consagrara esa idea, como propuso, la Administración regional no podría invocar un supuesto interés supramunicipal para denegar tal aprobación si ello no encuentra reflejo en el Plan Subregional para tal zona. Con ello se ganaría en seguridad y se garantizaría la autonomía local.

Por lo que se refiere a la adaptación de los planes de urbanismo a los de ordenación del territorio posteriores apuntó distintas medidas de simplificación y para garantizar la mayor eficacia de los últimos. Consideró inconve-

niente que la Administración autonómica tenga que declarar formalmente, tal y como prevé el Anteproyecto, la necesidad de adaptación y que sólo desde entonces se cuenten los plazos para una posible subrogación regional ante la inactividad municipal. Por otra parte, dado que puede transcurrir un periodo de tiempo largo hasta que se consiga efectivamente adaptar los planes de urbanismo a los de ordenación territorial, sugirió que se estableciera algún mecanismo de eficacia de las directrices y recomendaciones de los planes de ordenación del territorio, similar a lo previsto en el Derecho comunitario sobre eficacia directa de las Directivas no traspuestas. Asimismo indicó que los planes de ordenación del territorio no sólo tienen relevancia y normas de directa aplicación para el suelo no urbanizable sino también, aunque en menor medida, para el urbanizable, lo que no encontraba reflejo en el Anteproyecto analizado que más bien parecía partir de la idea contraria.

B) La Profesora Dra. Concepción Barrero se ocupó inmediatamente de la conexión del Anteproyecto con la legislación estatal y autonómica de Patrimonio Histórico. Comenzó por resaltar que el Anteproyecto de Ley asume como uno de sus grandes objetivos la conservación del Patrimonio Cultural. No obstante, tal objetivo no comporta que esta Ley urbanística incluya un tratamiento singularizado ni una normativa completa de los conjuntos históricos. Al contrario, aunque hay numerosas referencias a ello, más bien se opta, dentro de las dos grandes alternativas a este respecto, por mantener la misma solución que ya se refleja en el Derecho estatal (con la Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico Español) y en el autonómico (con la Ley 1/1991 de Patrimonio Histórico de Andalucía) de establecer ese régimen protector en una específica legislación sectorial. Aunque esta misma opción es la mayoritariamente seguida en las Comunidades Autónomas, normalmente sus Leyes urbanísticas tienen más referencias al régimen del patrimonio histórico que este Anteproyecto andaluz en el que, por otra parte, no se ha empleado una terminología uniforme (unas veces se habla de patrimonio arquitectónico, otras cultural, otras histórico, otras artístico, otras histórico-artístico, otras se utilizan varias de estas calificaciones para referirlas a centros, valores...) lo que puede tener consecuencias jurídicas, sobre todo en cuanto al sometimiento o no a la legislación específica de patrimonio histórico. Utilizar esos términos con más precisión fue su primera recomendación para mejorar el texto final de la Ley.

La Profesora Barrero advirtió que, en caso de aprobarse la Ley con la redacción que ahora mismo presenta, se afectaría a lo previsto por la Ley estatal de 1985 en dos materias. La primera, en relación a los Planes especiales porque el texto analizado los configura en todo caso como planes de desarrollo

de otros planes superiores, de manera que veta la posibilidad de planes especiales autónomos, mientras que el art. 20.1 de la Ley estatal de Patrimonio Histórico sienta la regla inversa para los planes especiales de protección de manera que la obligación municipal de redactarlos no queda condicionada a la previa aprobación de un plan superior al que desarrollar. Aunque reconoció que ya otras Leyes autonómicas habían caminado en la misma dirección en que ahora lo hace Andalucía, recordó que, en general, la solución de la Ley estatal había sido considerada un acierto. La segunda se producía en relación a los supuestos de ruina inminente ya que el art. 24.3 de la Ley estatal permite en ciertos casos excepcionales realizar algunas demoliciones con autorización de la Administración de cultura, mientras que el Anteproyecto andaluz (como ya lo ha hecho antes la legislación de Navarra) prohíbe sin ninguna excepción tales demoliciones para el "patrimonio catalogado o declarado de interés histórico o artístico".

Si el legislador andaluz se cree competente para introducir estas modificaciones indirectas de la legislación estatal de patrimonio histórico, tal vez sería conveniente aprovechar la ocasión para afectar o completar también la regla del art. 21.3 *in fine* de la Ley 16/1985 según la cual, para la conservación de los conjuntos históricos, "en todo caso, se mantendrán las alineaciones urbanísticas existentes". El artículo es problemático e injustificado en muchos casos en los que las alineaciones originarias o históricas ya se vieron modificadas en épocas recientes. Por ello se optó por una interpretación matizada que, presidida por la finalidad de la norma, la limitó a los casos de alineación histórica sin que se considerase prohibida la posibilidad de modificar las alineaciones cuando la trama urbana original no se mantuviese. Pero esa razonable interpretación finalista ha sido rechazada por la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1999 por entender que, ante un precepto tan claro y terminante, no cabe nada más que su interpretación literal.

Propuso también que la futura Ley prestara específica atención a los "entornos", es decir, aquellos espacios que carecen en sí mismos de un valor digno de preservación pero que coadyuvan a la protección de otras áreas que sí la tienen y que, por ello, presentan un valor instrumental. Por lo menos, convendría reflexionar sobre la conveniencia de alterar la regulación que sobre tales espacios contiene la Ley del Patrimonio Histórico de Andalucía según la cual los entornos los delimita la Consejería de Cultura y tendrán el mismo régimen que los bienes propiamente declarados de interés. Sugirió, en contra, que esta uniformidad de régimen puede muchas veces no estar justificada y que quizá sería preferible que fuesen los planes urbanísticos los que concretamente delimitasen estos espacios y establecieran las medidas de protección

pertinentes en cada caso. Por último, se refirió a la oportunidad de adaptar la Ley andaluza de Patrimonio Histórico a esta futura legislación urbanística pues toda aquélla, recordó, está plagada de remisiones o referencias a la legislación urbanística estatal vigente cuando se aprobó.

C) El Prof. Dr. Jesús Jordano Fraga trató de la conexión del Anteproyecto con la legislación ambiental andaluza. Comenzó por recordar la importancia actual de la protección ambiental que plasma la misma Constitución y que informa todas las políticas comunitarias, para afirmar de seguido que el Anteproyecto no le presta toda la atención que merece. Así se refleja, en su opinión, a lo largo del articulado, desde su art. 3.2 que enumera los objetivos de la ordenación urbanística colocando en último lugar la protección del medio ambiente. Quizá por ello el Anteproyecto adolece de una cierta "descoordinación omisiva" con la legislación ambiental andaluza. Primer ejemplo de ello consideró la falta de referencia a la necesidad de evaluación de impacto ambiental para la aprobación de planes urbanísticos. La consagra, de todas formas, la Ley de 18 de mayo de 1994 de Protección Ambiental de Andalucía (Anexo I, número 20) para el planeamiento urbano, las normas subsidiarias o las que las sustituyan. Pero la omisión de este trámite en una Ley urbanística puede inducir a confusión y, a la postre, resultar peligrosa. Sobre todo porque lo previsto para la "tramitación de los instrumentos de planeamiento" en el art. 32 de este Anteproyecto no concuerda bien con el Decreto andaluz 292/1995, de 12 de diciembre, que aprueba el Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental. Según aquel art. 32, la Evaluación de Impacto Ambiental (que habría que incluir en la referencia genérica de su apartado 2 a "los informes, dictámenes u otro tipo de pronunciamientos de los órganos y entidades administrativos gestores de intereses públicos afectados, previstos legalmente como preceptivos") habrá de realizarse cuando el plan ya cuente con aprobación inicial. Pero, de conformidad con el art. 30 del referido Decreto 292/1995, hay una "Declaración Previa" elaborada por la Administración ambiental y, en virtud del art. 40 del mismo Decreto, tras la aprobación provisional, la "Declaración de Impacto Ambiental". Claro está que la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía podrá modificar o derogar parcialmente aquella norma reglamentaria. Pero es posible que tampoco haya sido esa la intención, que no se haya reparado en la modificación que entraña y que, de aprobarse con la redacción actual, se generen dudas y confusión.

Con igual intención de poner de relieve ciertas discordancias o, al menos, descoordinación omisiva con la legislación ambiental, afirmó que no es tenida en cuenta la existencia de los planes de ordenación de recursos naturales (PORN) que tienen primacía sobre cualquier instrumento de ordenación te-

rritorial. En concreto, propuso que se impidiera la aprobación de planes especiales cuando ya exista un PORN para evitar solapamientos pues ambos tienen el mismo objeto. También se ocupó de la relación con otras Leyes y, con mayor detenimiento, con la Ley forestal andaluza de 15 de junio de 1992. En especial se ocupó de su art. 8 que impone a los Ayuntamientos solicitar informe de la Administración forestal cuando en la elaboración del planeamiento urbanístico prevean alterar la clasificación de terrenos forestales para su conversión en suelo urbanizable y que, caso de discrepancia con tal informe, atribuye al Consejo de Gobierno la resolución. También esto, en su opinión, debería encontrar algún reflejo en la Ley urbanística aunque sólo sea con una finalidad aclaratoria o pedagógica.

Al margen ya de lo estrictamente ambiental, Jordano pidió que la Ley tuviera también en cuenta las necesidades de la Protección Civil. Algo avanza al respecto la Ley estatal 6/1998 cuando incluye a los "riesgos naturales" como justificación de la calificación del suelo como no urbanizable. Pero la Ley andaluza debería dar más pasos en esa dirección y, tal como ya establece el Derecho francés, incorporar prevenciones sobre catástrofes naturales así como previsiones sobre reducción de espacios ocupados en zonas de riesgo.

D) En el coloquio posterior, el Prof. Dr. Diego Vera Jurado, de la Universidad de Málaga, abundó en la conveniencia de reflejar expresamente la necesidad de los estudios de impacto ambiental y de tener en cuenta sus resultados, lo que debería aparecer expresamente como un requisito obligatorio de la elaboración y aprobación de los Planes Generales.

La Profesora Dra. Concepción Horgué, de la Universidad de Sevilla, se ocupó específicamente de las previsiones del Anteproyecto respecto al régimen del litoral, concluyendo en una valoración positiva por la preocupación y acierto que a este respecto presentaba.

Las exposiciones de los tres ponentes llevaron al Prof. Dr. Pérez Moreno a plantear, de un lado, el problema de la vigencia y eficacia real de lo que pudiéramos llamar el "Derecho novedoso", refiriéndose en concreto al preocupante "desuso y olvido" que parece sufrir el Derecho ambiental y, de otro lado, el problema de la distribución de competencias que subyace en las relaciones entre el Anteproyecto y otras legislaciones sectoriales, problema que sólo podrá resolverse si todas las Administraciones involucradas llegan a constituir verdaderamente un sistema y no una simple pluralidad yuxtapuesta. Precisamente estos problemas laten sin una solución satisfactoria en el Anteproyecto presentado.

Frente a las opiniones de los Profs. Pérez de Andrés y Trayter Jiménez, que habían defendido la conveniencia de definir el interés supramunicipal con más precisión y de utilizar para ello las Normativas Directoras, el Prof. Dr. López Benítez consideró que este interés supramunicipal es, como el interés general, un concepto jurídico indeterminado con ciertos matices discrecionales irreductibles y dinámicos que no se pueden reglar absolutamente ni encerrar del todo en la apreciación que de ellos se haga en un momento determinado al aprobar alguna norma.

El Prof de la Universidad de Granada, Dr. Rafael Barranco, cerró este coloquio señalando, en contra de algunas de las opiniones expresadas, que la futura Ley andaluza no puede ni debe entrar a regular todos los aspectos que guardan alguna relación con el urbanismo ni convertirse en la protectora de todos los valores implicados, como si no hubiera otras Leyes sectoriales o como si pretendiera integrarlas. Ni eso es posible, ni es correcto desde el punto de vista de técnica legislativa, ni contribuiría de por sí a mejorar la protección de esos valores. En particular ejemplificó esas consideraciones respecto a las relaciones del urbanismo con la ordenación del territorio y el medio ambiente que, en su opinión, exceden de la regulación que debe contener la Ley aquí estudiada.

VII.- La última sesión de trabajo estaba dedicada a la organización del urbanismo con especial consideración de las relaciones entre la Administración autonómica y las Administraciones locales en el Anteproyecto de Ley.

A) La ponencia correspondió al Prof. Dr. José Luis Rivero Ysern, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla.

Comenzó diciendo que la Exposición de Motivos presenta el marco competencias interadministrativo bajo los principios de subsidiariedad y concurrencia, avanzando en la asignación de competencias a los municipios andaluces y desarrollando los instrumentos de concertación interadministrativa para posibilitar el ejercicio compartido de competencias cuando a ello haya lugar. Pero aunque esto es lo que proclama la Exposición de Motivos, cosa diferente es que después de examinar el texto podamos considerarlos real y efectivamente plasmados en su articulado como ya, respecto a muchos aspectos relevantes, se ha puesto de relieve en otras intervenciones.

En el Título I, la Ley lleva a sus últimas consecuencias la necesidad de ensamblaje de la ordenación urbanística con la ordenación del territorio reglando aspectos propios de la discrecionalidad técnica de las Administracio-

nes municipales. Así, se pormenoriza excesivamente el contenido posible de los Planes Generales y se regula con demasiada amplitud la finalidad y determinaciones de las Normativas Directoras.

En cuanto a la competencia para aprobar definitivamente los Planes Generales sigue sin corresponder en ningún caso al Ayuntamiento, dando a la Comunidad Autónoma amplias posibilidades para rechazar tal aprobación, y por otro lado la Ley vacía de contenido a las Ordenanzas municipales de policía.

El Anteproyecto introduce como novedad, según el ponente, la regulación de la inspección (artículo 183) en el marco de los principios de colaboración y cooperación entre Administración autonómica y local y no en el marco del principio de coordinación, no incorporando la posibilidad prevista por el artículo 59 de la Ley de Bases del Régimen Local de que la Administración autonómica se atribuya competencias para realizar labores de coordinación.

A modo de conclusión el Profesor Rivero señaló que la Ley no otorga a la Administración local la participación y presencia que reclama en una materia como el urbanismo. No existe animadversión del legislador autonómico hacia lo local sino mera desconfianza, justificada por el actual sistema de impugnación de actos y acuerdos locales que es demasiado complejo y difuso. Así, la Administración autonómica prefiere limitar las competencias locales o realizar un control previo antes que acudir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para impugnar los acuerdos locales. Sería conveniente, por tanto, empezar por reformar esta vía impugnatoria porque, probablemente, si existiera un control judicial eficaz, las Comunidades Autónomas no tendrían recelos ni excusas para negar a las Administraciones locales las competencias que merecen en materia de urbanismo y en otras en que se plantean dificultades similares.

B) Los Profs. Drs. Eloísa Carbonell Porras (Universidad Complutense) y Federico Castillo Blanco (Universidad de Granada), iniciaron el debate mostrando su preocupación por el nulo papel que la Ley confiere a las Diputaciones Provinciales. Insistió el Prof. Castillo en que no se trata de una simple opción política legítima, sino de la posible vulneración de la garantía constitucional de la autonomía de la provincia que, además, encuentra especial refuerzo en el Estatuto de Andalucía.

Para el Prof. Pérez Moreno la Ley es centralista, no sólo por todas las competencias de intervención y control que confiere a la Comunidad Autónoma sino, además, porque no respeta el círculo de intereses locales que diseña el

artículo 2 de la Ley de Bases del Régimen Local, porque no establece competencias en favor de las Diputaciones Provinciales, y porque no tiene en cuenta las posibilidades y problemas específicos de las entidades supramunicipales, concretamente de las áreas metropolitanas que son importantísimas en Andalucía, citando como ejemplo la bahía gaditana.

De acuerdo con el ponente se mostró el Dr. Barranco al reconocer el desfase existente entre la declaración de principios de la Exposición de Motivos sobre distribución de competencias y la regulación posterior de la Ley. El articulado debería plasmar más fielmente aquellos principios e incluso apuntó, en contra de otras opiniones anteriores, que no existen razones para negar en todo caso la competencia de aprobación de los Planes Generales a los municipios de cierta entidad.

Según el Prof. Rebollo la Ley, en lo que se refiere a las relaciones entre Administración autonómica y local, es equilibrada y responsable, otorgando competencias a la Comunidad autónoma cuando ello es imprescindible para garantizar los intereses generales supramunicipales. Así pues, el problema no es que el Anteproyecto sea centralista sino que no es nada provincialista cuando, precisamente, una de las características de Andalucía es el arraigo de las provincias y del sentimiento provincial. Sin modificar la Ley en lo esencial, cabría, por lo menos, realizar referencias concretas a la función de colaboración y auxilio de las Diputaciones Provinciales que paliaran este defecto o déficit provincial que actualmente presenta el Anteproyecto de manera tan palmaria.

La Directora General, Ilma. Sr. Josefina Cruz Villalón, intervino para decir que de ninguna forma el Anteproyecto se había redactado con la intención de disminuir las competencias municipales ni de recortar lo más mínimo la autonomía local que, muy al contrario, se había querido reforzar. Afirmó además que en las alegaciones hechas por Ayuntamientos, Diputaciones y Federación Andaluza de Municipios no se reflejaba ninguna preocupación por el supuesto carácter centralista del texto y que, más bien, había habido algunas voces que se habían pronunciando pidiendo en algunos aspectos una mayor presencia de la Administración andaluza.

El Moderador de las Jornadas, Prof. Dr. D. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, cerró esta última sesión con una reflexión general en la que, tras aludir a la experiencia de Alemania -donde la competencia legislativa sobre urbanismo es federal-, subrayó la necesidad de que la Leyes autonómicas en general y la andaluza de Ordenación Urbanística en particular conecten armoniosa-

mente con la ley estatal 6/1998 pues, a su juicio, será perjudicial para todos que la Comunidad Autónoma emprenda su propio camino sin engarzar perfectamente su regulación con esos mínimos a que ha quedado reducida la legislación urbanística estatal.

VIII.- Como codirector de las Jornadas, el Prof. Dr. López Benítez dirigió unas palabras de despedida en las que afirmó que los tres días de intensas sesiones hablan permitido recuperar el sentido tradicional de la Academia como foro de debate, y deseó, además, que puedan servir en el futuro para crear una Ley perfecta, que es el ideal de todo jurista.

La Clausura corrió a cargo del Rector Mgco. de la Universidad de Córdoba, Excmo. Sr. D. Eugenio Domínguez Vílchez, y del Consejero de, Obras Públicas y Transportes, Excmo. Sr. D. Francisco Vallejo Serrano que se mostró muy agradecido por la ayuda que una Institución tan vieja como la Universidad había prestado a otra Institución tan joven como la Junta de Andalucía con poca experiencia en hacer leyes del alcance y la complejidad de la futura de Ordenación Urbanística. Sin duda, dijo, el Texto Legal definitivo tendrá en cuenta las opiniones aquí manifestadas.

IX.- Ojalá que todo ello sirva realmente para conseguir que la futura Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía se aproxime al ideal de perfección del que habló el Prof. López Benítez. Ése ha sido el propósito que guió a los asistentes, al que quisimos contribuir todos los que, de una u otra forma, hemos colaborado ilusionadamente en su desarrollo y el que, en mi modesta opinión, se logró con creces. Pero, además, sirvió también para poner de relieve las posibilidades de la colaboración entre instituciones y para estrechar lazos entre las Universidades andaluzas y otras Universidades españolas, entre sus Profesores y una Dirección General esforzada en cumplir su elevada función sin regatear el más generoso esfuerzo de su titular y de sus técnicos. La Universidad, por esa vía, sale también beneficiada.

Para los Ayudantes, Becarios de Investigación y demás personal universitario en formación que pudimos ser testigos de todo ello ha sido, además, fuente inagotable de enseñanzas. No sólo aprendimos Derecho sino también el estilo y el valor del ordenado diálogo intelectual en el más grato ambiente universitario. Si no es "desviación de poder" utilizar esta crónica para algo más que dar cuenta de los hechos, permítaseme expresar el agradecimiento por la lección que las Jornadas en sí mismas han supuesto para nosotros. Al menos sí es un hecho, y como tal puede reflejarse aquí, que los que hemos tenido en ellas una primera oportunidad de compartir con Profesores y funcionarios

cualificados una experiencia de este género, la guardaremos entre nuestros mejores recuerdos como un magnífico estímulo para el trabajo que debemos a la feliz iniciativa de la Directora General de Ordenación del Territorio y Urbanismo y a la respuesta de los Profesores convocados.

Lucía Alarcón Sotomayor
AREA DE DERECHO ADMINISTRATIVO
Universidad de Córdoba

RESEÑA LEGISLATIVA

RESEÑA LEGISLATIVA

Disposiciones de las Comunidades Europeas Año 1999 (*)

I. ASUNTOS GENERALES, FINANCIEROS E INSTITUCIONALES

CCEE-1076 **Reglamento interno** del Consejo general del **Banco Central Europeo.**
DOCE L 75 de 20.03.1999

CCEE-1077 Decisión nº 1999/126/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1998, relativa al **programa estadístico comunitario** 1998-2002.
DOCE L 42 de 16.02.99

CCEE-1078 **Acuerdo interinstitucional,** de 22 de diciembre de 1998, relativo a las directrices comunes sobre la calidad de la **redacción de la legislación comunitaria.**
DOCE C 73 de 17.03.1999

II. UNION ADUANERA, LIBRE CIRCULACION DE MERCANCIAS Y POLITICA COMERCIAL

III. AGRICULTURA

CCEE-1079 Reglamento nº 481/1999/CE de la Comisión, de 4 de marzo de 1999, por el que se establecen las normas generales de gestión de los **programas de promoción** de determinados **productos agrícolas.**
DOCE L 57 de 05.03.1999

CCEE-1080 Reglamento nº 561/1999/CE de la Comisión, de 15 de marzo de 1999, relativo a la apertura de una **licitación** permanente pa-

(*) Subsección preparada por Lucía MILLAN MORO. Comprende disposiciones generales publicadas en el DOCE, series L y C, durante el primer trimestre de 1999.

ra la puesta a la venta del **aceite de oliva** en poder del organismo de intervención español.
DOCE L 69 de 16.03.1999

CCEE-1081 Reglamento nº 534/1999/CE de la Comisión, de 11 de marzo de 1999, por el que se fijan los límites de financiación de las medidas para la **mejora de la calidad** de la **producción oleícola** para el ciclo de producción 1999/2000.
DOCE L 63 de 12.03.1999

CCEE-1082 Reglamento nº 150/1999/CE del Consejo, de 19 de enero de 1999, que modifica el Reglamento nº 2262/84/CEE por el que se prevén **medidas especiales** en el sector del **aceite de oliva.**
DOCE L 18 de 23.01.99

CCEE-1083 Reglamento nº 640/1999/CE de la Comisión, de 25 de marzo de 1999, por el que se modifica el Reglamento nº 2815/98/CE relativo a las **normas comerciales** del **aceite de oliva.**
DOCE L 82 de 26.03.1999

CCEE-1084 Reglamento nº 609/1999/CE de la Comisión, de 19 de marzo de 1999, relativo a las condiciones de concesión de la **ayuda** a los **productores de lúpulo.**
DOCE L 75 de 20.03.1999

CCEE-1085 Reglamento nº 258/1999/CE de la Comisión, de 3 de febrero de 1999, que deroga el Reglamento nº 913/97/CE por el que se adoptan **medidas excepcionales de a**poyo al mercado de la **carne de porcino en España.**
DOCE L 30 de 04.02.99

CCEE-1086 Decisión nº 1999/128/CE de la Comisión, de 28 de enero de 1999, por la que se deroga la Decisión 98/339/CE relativa a determinadas medidas de **protección** contra la **peste porcina clásica en España.**
DOCE L 41 de 16.02.99

CCEE-1087 Decisión 1999/165/CE de la Comisión, de 19 de febrero de 1999, por la que se aprueban las condiciones de utilización del **símbolo gráfico** en los **productos agrícolas de calidad** específicos de las **islas Canarias.**
DOCE L 55 de 03.03.1999

CCEE-1088 Decisión 1999/186/CE de la Comisión, de 3 de febrero de 1999, por la que se excluyen de la financiación comunitaria determinados gastos efectuados por los Estados miembros con relación a la sección de Garantía del **Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola.**
DOCE L 61 de 10.03.1999

CCEE-1089 Decisión 1999/187/CE de la Comisión, de 3 de febrero de 1999, sobre la liquidación de las cuentas presentadas por los Estados miembros con relación a los gastos de 1995 de la sección de Garantía del **Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola.**
DOCE L 61 de 10.03.1999

IV. PESCA

CCEE-1090 Reglamento nº 308/1999/CE del Consejo, de 8 de febrero de 1999, que modifica el Reglamento nº 850/98/CE para la **conservación de los recursos pesqueros** a través de medidas técnicas de protección de los juveniles de organismos marinos.
DOCE L 38 de 12.02.99

CCEE-1091 Decisión 1999/27/CE del Consejo, de 17 de diciembre de 1998, sobre una medida específica para fomentar la **reconversión de determinadas actividades de pesca** y por la que se modifica la Decisión 97/292/CE
DOCE L 8 de 14.01.99

V. LIBRE CIRCULACION DE LOS TRABAJADORES Y POLITICA SOCIAL

CCEE-1092 Reglamento nº 307/1999/CE del Consejo, de 8 de febrero de 1999, por el que se modifica el Reglamento nº 1408/71/CE relativo a la aplicación de los regímenes de **seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena**, a **los trabajadores por cuenta propia** y **a sus familias** que se desplazan dentro de la Comunidad, y el Reglamento nº 574/72/CEE por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento nº 1408/71 /CEE con vistas a ampliarlos para que cubran a los **estudiantes.**
DOCE L 38 de 12.02.99

CCEE-1093 Resolución del Consejo, de 22 de febrero de 1999, sobre las **Directrices para el empleo** en 1999.
DOCE C 69 de 12.03.1999

VI. DERECHO DE ESTABLECIMIENTO Y LIBRE PRESTACION DE SERVICIOS

CCEE-1094 Reglamento nº 323/1999/CE del Consejo, de 8 de febrero de 1999, por el que se modifica el Reglamento nº 2299/89/CEE relativo a un **código de conducta para los sistemas informatizados de reserva (SIR).**
DOCE L 40 de 13.02.99

CCEE-1095 Decisión nº 128/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 1998, relativa a la introducción coordinada de un **sistema de comunicaciones móviles e inalámbricas de tercera generación** (UMTS) en la Comunidad.
DOCE L 17 de 22.01.99

CCEE-1096 Decisión nº 276/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de enero de 1998, por la que se aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor **seguridad en la utilización de Internet** mediante la **lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales.**
DOCE L 33 de 06.02.99

VII. POLITICA DE TRANSPORTES

VIII. POLITICA DE LA COMPETENCIA

CCEE-1097 Reglamento nº 659/1999/CE del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del **artículo 93 del Tratado CE.**
DOCE L 83 de 27.03.1999

IX. FISCALIDAD

X. POLITICA ECONOMICA Y MONETARIA Y LIBRE CIRCULACION DE CAPITALES

CCEE-1098 **Reglamento interno** del Consejo general del **Banco Central Europeo.**
DOCE L 75 de 20.03.1999

CCEE-1099 Reglamento nº 423/1999/CE del Consejo, de 22 de febrero de 1999, por la que se modifica el Reglamento nº 975/98/CE, relativo a los valores nominales y las especificaciones técnicas de las monedas en **euros** destinadas a la circulación.
DOCE L 52 de 27.02.99

CCEE-1100 Decisión 1999/33/CE del Banco Central Europeo, de 7 de julio de 1998, sobre las denominaciones, especificaciones, reproducción, canje y retirada de los billetes de banco denominados en **euro** (BCE/1998/6).
DOCE L 8 de 14.01.99

CCEE-1101 Recomendación del Banco Central Europeo, de 7 de julio de 1998, sobre la adopción de medidas para intensificar la protección legal de los billetes y las monedas denominados en **euros** (BCE/1998/7).
DOCE C 11 de 15.01.99

XI. RELACIONES EXTERIORES Y COOPERACION AL DESARROLLO

CCEE-1102 Decisión 1999/194/CE del Consejo, de 22 de febrero de 1999, relativa a la celebración del **Acuerdo marco de cooperación** entre la **Comunidad Económica Europea (sic) y las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá**
DOCE L 63 de 12.03.1999

CCEE-1103 Decisión 1999/224/CE del Consejo, de 22 de febrero de 1999, relativa a la conclusión del **Acuerdo de cooperación científica y técnica** entre la **Comunidad Europea y el Estado de Israel.**
(DOCE L 83 de 27.03.1999)

XII. ENERGIA

CCEE-1104 Decisión 1999/21/CE, Euratom del Consejo, de 14 de diciembre de 1998, por la que se aprueba **un programa marco plurianual de actividades en el sector de la energía** (1998-2002) y medidas afines.
DOCE L 7 de 13.01.99

CCEE-1105 Decisión 1999/22/CE del Consejo, de 14 de diciembre de 1998, por la que se aprueba un **programa plurianual de estudios, análisis, previsiones** y otras tareas en el sector de la **energía** (1998-2002).
DOCE L 7 de 13.01.99

CCEE-1106 Decisión 1999/23/CE del Consejo, de 14 de diciembre de 1998, por la que se aprueba un **programa plurianual** destinado a fomentar la **cooperación internacional en el sector de la energía** (1998-2002).
DOCE L 7 de 13.01.99

CCEE-1107 Decisión 1999/24/CE del Consejo, de 14 de diciembre de 1998, por la que se aprueba un **programa plurianual** de medidas tecnológicas para el fomento de la utilización limpia y eficiente de los **combustibles sólidos** (1998-2002).
DOCE L 7 de 13.01.99

CCEE-1108 Decisión 1999/175/Euratom del Consejo, de 25 de enero de 1999, por la que se aprueba un **programa (Euratom)** de investigación y formación en el ámbito de la **energía nuclear** (1998-2002).
DOCE L 64 de 12.03.1999

CCEE-1109 Decisión 1999/176/Euratom del Consejo, de 25 de enero de 1999, por la que se aprueba un **programa específico** de investigación y formación que deberá realizar el **Centro Común de Investigación** mediante acciones directas para la Comunidad Europea de la Energía Atómica (1998-2002).
DOCE L 64 de 12.03.1999

CCEE-1110 Recomendación 1999/28/CE de la Comisión, de 14 de diciembre de 1998, sobre la mejora de los procedimientos de autorización de **redes transeuropeas de energía.**
DOCE L 8 de 14.01.99

XIII. POLITICA INDUSTRIAL Y MERCADO INTERIOR

CCEE-1111 Directiva 1999/9/CE de la Comisión, de 26 de febrero de 1999, que modifica la Directiva 97/17/CE por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 92/75/CEE del Consejo en lo que respecta al **etiquetado energético de los lavavajillas** domésticos.
DOCE L 56 de 04.03.1999

CCEE-1112 Directiva 1999/13/CE del Consejo, de 11 de marzo de 1999, relativa a la limitación de las emisiones de compuestos orgánicos volátiles debidas al uso de **disolventes orgánicos** en determinadas actividades e instalaciones.
DOCE L 85 de 29.03.1999

CCEE-1113 Decisión 1999/177/CE de la Comisión, de 8 de febrero de 1999, por la que se establecen las condiciones para la **no aplicación a las cajas de plástico y a las paletas de plástico** de los niveles de **concentración de metales pesados** fijados en la Directiva 94/62/CE relativa a los envases y residuos de envases.
DOCE L 56 de 04.03.1999

XIV. POLITICA REGIONAL Y COORDINACION DE LOS INSTRUMENTOS ESTRUCTURALES

CCEE-1114 Decisión 1999/186/CE de la Comisión, de 3 de febrero de 1999, por la que se excluyen de la financiación comunitaria determinados gastos efectuados por los Estados miembros con relación a la sección de Garantía del **Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola.**
DOCE L 61 de 10.03.1999

CCEE-1115 Decisión 1999/187/CE de la Comisión, de 3 de febrero de 1999, sobre la liquidación de las cuentas presentadas por los Estados miembros con relación a los gastos de 1995 de la sección de Garantía del **Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola.**
DOCE L 61 de 10.03.1999

XV. PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE, DEL CONSUMIDOR Y DE LA SALUD

CCEE-1116 Decisión 1999/10/CE de la Comisión, de 18 de diciembre de 1998, por la que se establecen los criterios ecológicos para la concesión de la **etiqueta ecológica** comunitaria a las **pinturas y barnices.**
DOCE L 5 de 09.01.99

CCEE-1117 Decisión 1999/178/CE de la Comisión, de 17 de febrero de 1999, por la que se establecen los criterios ecológicos para la concesión de la **etiqueta ecológica** comunitaria a los **productos textiles.**
DOCE L 57 de 05.03.1999

CCEE-1118 Decisión 1999/179/CE de la Comisión, de 17 de febrero de 1999, por la que se establecen los criterios ecológicos para la concesión de la **etiqueta ecológica** comunitaria al **calzado.**
DOCE L 57 de 05.03.1999

CCEE-1119 Directiva 1999/13/CE del Consejo, de 11 de marzo de 1999, relativa a la limitación de las emisiones de compuestos orgánicos volátiles debidas al uso de **disolventes orgánicos** en determinadas actividades e instalaciones.
DOCE L 85 de 29.03.1999

CCEE-1120 Resolución del Consejo, de 15 de diciembre de 1998, sobre una **estrategia forestal para la Unión Europea.**
DOCE C 56 de 26.02.99

CCEE-1121 Decisión nº 283/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de enero de 1998, por la que se establece un **marco general para las actividades comunitarias** en favor de los **consumidores.**
DOCE L 34 de 09.02.99

CCEE-1122 CCEE-1122 Resolución del Consejo, de 19 de enero de 1999, sobre la dimensión relativa a los **consumidores en la sociedad de la información.**
DOCE C 23 de 28.01.99

CCEE-1123 CCEE-1123 Decisión nº 372/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de febrero de 1999, por la que se aprueba

un programa de acción comunitaria relativo a la **prevención de lesiones** en el marco de la acción en el ámbito de la **salud pública** (1999-2003).
DOCE L 46 de 20.02.99

XVI. INFORMACION, EDUCACION Y CULTURA, POLITICA DE LA JUVENTUD

CCEE-1124 Decisión nº 477/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de febrero de 1999, que modifica la Decisión no 719/96/CE por la que se aprueba un **programa de apoyo comunitario a las actividades artísticas y culturales de dimensión europea (Calidoscopio)**
DOCE L 57 de 05.03.1999

CCEE-1125 Decisión nº 476/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de febrero de 1999, por la que se modifica la Decisión no 2085/97/CE por la que establece un **programa de apoyo, que incluye la traducción, en el ámbito del libro y de la lectura (Ariane)**
DOCE L 57 de 05.03.1999

CCEE-1126 Resolución del Consejo y de los Ministros responsables de la Juventud reunidos en el seno del Consejo, de 8 de febrero de 1999, relativa a la **participación de los jóvenes.**
DOCE C 42 de 17.02.99

XVII. CIENCIA, INVESTIGACION Y DESARROLLO TECNOLOGICO, PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

CCEE-1127 Decisión nº 182/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de diciembre de 1998, relativa al **quinto programa marco de la Comunidad Europea para acciones de investigación, demostración y desarrollo tecnológicos** (1998-2002).
DOCE L 26 de 01.02.99

CCEE-1128 Decisión 1999/65/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1998, relativa a las **normas de participación** de empresas, centros de investigación y universidades, y a las normas de difusión de los resultados de la investigación para la **ejecución del quinto programa marco de la Comunidad Europea** (1998-2002).
DOCE L 26 de 01.02.99

CCEE-1129 Decisión 1999/167/CE del Consejo, de 25 de enero de 1999, por la que se aprueba un **programa específico de investigación, demostración y desarrollo tecnológicos** sobre "Calidad de la vida y gestión de los recursos vivos" (1998-2002).
DOCE L 64 de 12.03.1999

CCEE-1130 Decisión 1999/168/CE del Consejo, de 25 de enero de 1999, por la que se aprueba un **programa específico de investigación, demostración y desarrollo tecnológicos** sobre "La sociedad de la información fácilmente accesible a los usuarios" (1998-2002).
DOCE L 64 de 12.03.1999

CCEE-1131 Decisión 1999/169/CE del Consejo, de 25 de enero de 1999, por la que se aprueba un **programa específico de investigación, demostración y desarrollo tecnológicos** sobre "Crecimiento competitivo y sostenible" (1998-2002).
DOCE L 64 de 12.03.1999

CCEE-1132 Decisión 1999/170/CE del Consejo, de 25 de enero de 1999, por la que se aprueba un **programa específico de investigación, demostración y desarrollo tecnológicos** sobre "Energía, medio ambiente y desarrollo sostenible" (1998-2002).
DOCE L 64 de 12.03.1999

CCEE-1133 Decisión 1999/171/CE del Consejo, de 25 de enero de 1999, por la que se aprueba un **programa específico de investigación, demostración y desarrollo tecnológicos** sobre "Consolidación del papel internacional de la investigación comunitaria" (1998-2002).
DOCE L 64 de 12.03.1999

CCEE-1134 Decisión 1999/172/CE del Consejo, de 25 de enero de 1999, por la que se aprueba un **programa específico de investigación, demostración y desarrollo tecnológicos** para fomentar la innovación y facilitar la participación de las pequeñas y medianas empresas (1998-2002).
DOCE L 64 de 12.03.1999

CCEE-1135 Decisión 1999/173/CE del Consejo, de 25 de enero de 1999, por la que se aprueba un **programa específico de investigación, demostración y desarrollo tecnológicos** para el incremento del potencial humano de investigación y de la base de conocimientos socioeconómicos (1998-2002).
DOCE L 64 de 12.03.1999

CCEE-1136 Decisión 1999/174/CE del Consejo, de 25 de enero de 1999, por la que se adopta un **programa específico de investigación y desarrollo tecnológico**, incluida la demostración, que deberá realizar el Centro Común de Investigación mediante acciones directas para la Comunidad Europea (1998-2002).
DOCE L 64 de 12.03.1999

CCEE-1137 Decisión 1999/175/Euratom del Consejo, de 25 de enero de 1999, por la que se aprueba un **programa (Euratom)** de investigación y formación en el ámbito de la **energía nuclear** (1998-2002).
DOCE L 64 de 12.03.1999

CCEE-1138 Decisión 1999/176/Euratom del Consejo, de 25 de enero de 1999, por la que se aprueba un **programa específico de investigación** y formación que deberá realizar el **Centro Común de Investigación** mediante acciones directas para la Comunidad Europea de la Energía Atómica (1998-2002).
DOCE L 64 de 12.03.1999

XVIII. DERECHO DE EMPRESAS

XIX. CIUDADANIA DE LA UNION

XX. POLITICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMUN

CCEE-1139 Decisión 1999/193/PESC del Consejo, de 9 de marzo de 1999, por la que se modifica la Decisión 94/942/PESC relativa a la Acción común, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo J.3 del Tratado de la Unión Europea, referente al **control de las exportaciones de productos de doble uso**.
DOCE L 73 de 19.03.1999

XXI. ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

Legislación del Estado (*)

I. AGRICULTURA

EST-98 Real Decreto 2286/1998, de 23 de octubre (Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación). Se modifica el Real Decreto 1695/1995, de 20 de octubre, por el que se establece un régimen de ayudas destinado a fomentar el **cese anticipado en la actividad agraria**.
BOE núm. 255, de 24 de octubre de 1998.

II. COMUNIDADES AUTONOMAS

EST-99 Ley Orgánica 1/1999, de 5 de enero. Reforma de la Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía del **Principado de Asturias**.
BOE núm. 7, de 8 de enero de 1999.

EST-100 Ley Orgánica 2/1999, de 7 de enero. Reforma de la Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de **La Rioja**.
BOE núm. 7, de 8 de enero de 1999.

EST-101 Ley Orgánica 3/1999, de 8 de enero. Reforma de la Ley Orgánica 2/1983, de Estatuto de Autonomía de las **Illes Balears**.
BOE núm. 8, de 9 de enero de 1999.

EST-102 Ley Orgánica 4/1999, de 8 de enero. Reforma de la Ley Orgánica 4/1983, de Estatuto de Autonomía de **Castilla y León**.
BOE núm. 8, de 9 de enero de 1999.

III. CULTURA

EST-103 Real Decreto 426/1999, de 12 de marzo (Ministerio de Educación y Cultura). **Archivo General de la Guerra Civil Española**.
BOE núm. 62, de 13 de marzo de 1999.

(*) Subsección preparada por ANTONIO JIMENEZ BLANCO. Comprende las Disposiciones Generales Publicadas en el B.O.E. durante el cuarto trimestre de 1998 y primer trimestre de 1999.

IV. DEFENSA

EST-104 Ley 33/1998, de 5 de octubre. Prohibición total de **minas antipersonas** y armas de efecto similar.
BOE núm. 239, de 6 de octubre de 1998.

EST-105 Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre. Régimen Disciplinario de las **Fuerzas Armadas**.
BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 1998.

V. ECONOMIA

EST-106 Real Decreto-Ley 14/1998, de 9 de octubre. Adhesión de España a diversos acuerdos del **Fondo Monetario Internacional**.
BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1998.

EST-107 Ley 37/1998, de 16 de noviembre. Reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del **Mercado de Valores**.
BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1998.

EST-108 Ley 1/1999, de 5 de enero. Reguladora de las **Entidades de Capital-Riesgo** y de sus sociedades gestoras.
BOE núm. 5, de 6 de enero de 1999.

VI. ENERGIA

EST-109 Ley 34/1998, de 7 de octubre. Sector de **hidrocarburos**.
BOE núm. 241, de 8 de octubre de 1998.

VII. GOBIERNO Y ADMINISTRACION

EST-110 Ley 4/1999, de 13 de enero. Modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del **Procedimiento Administrativo Común**.
BOE núm. 12, de 14 de enero de 1999.

VIII. HACIENDA

EST-111 Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero (Ministerio de Economía y Hacienda). Se aprueba el Reglamento del **Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.**
BOE núm. 34, de 9 de febrero de 1999.

EST-112 Real Decreto 326/1999, de 26 de febrero (Ministerio de Economía y Hacienda). Se aprueba el Reglamento del **Impuesto sobre la Renta de no Residentes.**
BOE núm. 50, de 27 de febrero de 1999.

IX. INTERIOR

EST-113 Real Decreto-Ley 2/1999, de 29 de enero. Se modifica la Ley 23/1992, de 30 de julio, de **Seguridad Privada.**
BOE núm. 26, de 30 de enero de 1999.

X. JUSTICIA

EST-114 Ley Orgánica 7/1998, de 5 de octubre. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del **Código Penal**, por la que suprimen las penas de prisión y multa para los supuestos de no cumplimiento del servicio militar obligatorio y prestación social sustitutoria y se rebajan las penas de inhabilitación para dichos supuestos.
BOE núm. 239, de 6 de octubre de 1998.

EST-115 Ley 36/1998, de 10 de noviembre. Se modifica el art. 14 apartados primero y tercero de la **Ley de Enjuiciamiento Criminal.**
BOE núm. 270, de 11 de noviembre de 1998.

EST-116 Ley 38/1998, de 27 de noviembre. Se modifica la composición de la Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las **Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual.**
BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 1998.

EST-117 Ley 2/1999, de 11 de enero. Modificación de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de **Demarcación y de Planta Judicial.**
BOE núm. 11, de 13 de enero de 1999.

EST-118 Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero. Se modifica la **Ley de Enjuiciamiento Criminal** en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves.
BOE núm. 12, de 14 de enero de 1999.

XI. MEDIO AMBIENTE

EST-119 Real Decreto 2116/1998, de 2 de octubre (Ministerio de Medio Ambiente). Se modifica el Real Decreto 509/1996, de 15 de marzo, de desarrollo del Real Decreto Ley 11/1995, de 28 de diciembre, por el que se establecen las normas aplicables al tratamientos de las **aguas residuales urbanas**.
BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999.

EST-120 Ley 3/1999, de 11 de enero. Se crea el **Parque Nacional de Sierra Nevada**.
BOE núm. 11, de 13 de enero de 1999.

XII. SANIDAD

EST-121 Real Decreto-Ley 1/1999, de 8 de enero. Normas sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las **Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social**.
BOE núm. 8, de 9 de enero de 1999.

EST-122 Real Decreto-Ley 3/1999, de 26 de febrero. Sobre pago de las indemnizaciones derivadas de la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 26 de septiembre de 1997, a los afectados por el **síndrome tóxico**.
BOE núm. 50, de 27 de febrero de 1999.

XIII. TELECOMUNICACIONES

EST-123 Real Decreto 2169/1998, de 9 de octubre (Ministerio de Fomento). Se aprueba el Plan Técnico Nacional de la **Televisión Digital Terrenal**.
BOE núm. 248, de 16 de octubre de 1998.

XIV. TRABAJO

EST-124 Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre. Medidas urgentes para la **mejora del mercado de trabajo** en relación con el trabajo a tiempo parcial, y el fomento de su estabilidad.
BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 1998.

EST-125 Real Decreto-Ley 16/1998, de 4 de diciembre. Se financia el **acuerdo interprofesional sobre formación continua** en la Comunidad Autónoma del País Vasco.
BOE núm. 293, de 8 de diciembre de 1998.

XV. TRANSPORTES

EST-126 Real decreto 2115/1998, de 2 de octubre (Ministerio de la Presidencia). Se dictan normas sobre **transporte de mercancías peligrosas** por carretera.
BOE núm. 248, de 16 de octubre de 1998.

EST-127 Ley 35/1998, de 27 de octubre. Se crea el Colegio Oficial de **Pilotos de la Aviación Comercial**.
BOE núm. 258, de 28 de octubre de 1998.

Disposiciones generales de las Comunidades Autónomas (*)

I. ACADEMIAS

VAL-20 Ley 7/1998, de 16 de septiembre (Presidencia de la Generalidad Valenciana). Creación de la **Academia Valenciana de la lengua.**
BOE núm. 252, de 21 de octubre
DOGV núm. 3334, de 21 de septiembre

II. ADMINISTRACION AUTONOMICA

MAD-33 Ley 15/1998, de 23 de octubre (Presidencia de la Comunidad de Madrid). Modifica los artículos 39.1 y 44 de la Ley de 13 de diciembre de 1983, de **Gobierno y Administración.**
BOE núm. 31, de 5 de febrero
BOM núm. 258, de 30 de octubre

NAV-25 Ley Foral 16/1998, de 19 de noviembre (Presidencia del Gobierno de Navarra). Modifica el capítulo II del título IX del Decreto Foral Legislativo de 24 de julio de 1987, que aprueba el texto articulado de la Ley Foral reguladora de la **Administración de la Comunidad Foral y sus organismos autónomos.**
BOE núm. 6, de 7 de enero
BON núm. 142, de 27 de noviembre.

(*) Subsección preparada por CONCEPCION BARRERO RODRIGUEZ y JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE. Comprende las Leyes de las Comunidades Autónomas publicadas en el BOE en el último trimestre de 1998 (X-XII) y el primer trimestre de 1999 (I-III). Aunque viene siendo habitual reiniciar la numeración de las disposiciones al comienzo de cada año, dado que este número de la Revista da cuenta de las disposiciones de un semestre que comprende el primer trimestre del año 1999, se ha preferido mantener una numeración correlativa de las disposiciones para evitar disfuncionalidades. En el próximo número de esta Revista se reiniciará dicha numeración.

III. ADMINISTRACION LOCAL

CAN-14 Ley 3/1999, de 4 de febrero (Presidencia del Gobierno de Canarias). **Fondo Canario de Financiación Municipal.**
BOE núm. 46, de 23 de febrero
BO. Canarias núm. 18, de 10 de febrero

CAT-22 Ley 22/1998, de 30 de diciembre (Presidencia de la Generalidad de Cataluña). **Carta Municipal de Barcelona.**
BOE núm. 28, de 2 de febrero
DOGC núm. 2801, de 8 de enero

CAT-23 Ley 13/1998, de 19 de noviembre (Presidencia de la Generalidad de Cataluña). Modifica la Ley de 15 de abril de 1987, de régimen local, en relación con los **requisitos exigidos para constituir municipios nuevos.**
BOE núm. 10, de 12 de enero
DOGC núm. 2777, de 1 de diciembre

NAV-26 Ley Foral 18/1998, de 19 de noviembre (Presidencia del Gobierno de Navarra). Modificación parcial de la Ley Foral de 10 de marzo de 1995, reguladora de las **Haciendas Locales.**
BOE núm. 6, de 7 de enero
BON núm. 142, de 27 de noviembre.

IV. AGRICULTURA, GANADERIA Y PESCA

CAS-14 Ley 1/1999, de 4 de febrero (Presidencia de la Junta de Castilla y León). Ordenación de los **Recursos Agropecuarios Locales y la Tasa por Aprovechamiento de los Pastos, Hierbas y Rastrojeras.**
BOE núm. 66, de 18 de marzo
BO. Castilla y León núm. 29, de 12 de febrero

VAL-21 Ley 9/1998, de 25 de diciembre (Presidencia de la Generalidad Valenciana). **Pesca marítima.**
BOE núm. 18, de 21 de enero
DOGV núm. 3395, de 17 de diciembre

AST-8 Ley 3/1998, de 11 de diciembre (Presidencia del Principado de Asturias). **Pesca fluvial.**

BOE núm. 18, de 21 de enero
BOPA núm. 291, de 18 de diciembre

NAV-27 Ley Foral 14/1998, de 6 de octubre (Presidencia del Gobierno de Navarra). Modifica el apartado 2 del artículo 4 del texto refundido de las disposiciones de rango legal sobre **financiación agraria**.
BOE núm. 6, de 7 de enero
BON núm. 122, de 12 de octubre

V. ANIMALES

RIO-14 Ley 1/1999, de 10 de febrero (Presidencia de la Comunidad Autónoma de la Rioja). **Tasas por inspecciones y controles sanitarios de carnes frescas y otros productos de origen animal.**
BOE núm. 49, de 26 de febrero
BO. la Rioja núm. 19, de 13 de febrero

BAL-15 Ley 8/1998, de 23 de noviembre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares). **Tasas por inspecciones y controles sanitarios de animales y sus productos.**
BOE núm. 30, de 4 de febrero
BO. Illes Balears núm. 154, de 3 de diciembre

CAT-24 Ley 18/1998, de 28 de diciembre (Presidencia de la Generalidad de Cataluña). Modifica la Ley de 4 de marzo de 1988, de **Protección de los Animales.**
BOE núm. 25, de 29 de enero
DOGC 2801, de 8 de enero

VI. CAJAS DE AHORRO

DRC-14 Ley 2/1999, de 18 de febrero (Presidencia de la Diputación Regional de Cantabria). Modifica la Ley de 12 de marzo de 1990, de regulación de los **órganos rectores de las Cajas de Ahorro** con sede social en Cantabria.
BOE núm. 61, de 12 de marzo
BOC núm. 2 (extraordinario), de 19 de febrero

MUR-11 Ley 3/1998, de 1 de julio (Presidencia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia). **Cajas de Ahorro.**

BOE núm. 52, de 2 de marzo
BO. Región de Murcia núm. 168, de 23 de julio

VII. COMERCIO

MUR-12 Ley 10/1998, de 21 de diciembre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia). Régimen del **comercio minorista.**
BOE núm. 60, de 11 de marzo
BO. Región de Murcia núm. 9, de 13 de enero

CMN-12 Ley 7/1998, de 15 de octubre (Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La mancha). **Comercio minorista.**
BOE núm. 13, de 15 de enero
DO. Castilla La-Mancha núm. 52, de 6 de noviembre

VIII. CONSUMO

CAS-15 Ley 11/1998, de 5 de diciembre (Presidencia de la Junta de Castilla y León). **Defensa de los Consumidores y Usuarios.**
BOE núm. 16, de 19 de enero
BO. Castilla y León núm. 236, de 10 de diciembre

IX. COOPERATIVAS

GAL-4 Ley 5/1998, de 18 de diciembre (Presidencia de la Junta de Galicia). **Cooperativas.**
BOE núm. 72, de 25 de marzo
DOG núm. 251, de 30 de diciembre

ARA-14 Ley 9/1998, de 22 de diciembre (Presidencia de la Diputación General de Aragón) **Cooperativas.**
BOE núm. 23, de 27 de enero
BOA núm. 151, de 31 de diciembre

X. CORPORACIONES DE DERECHO PUBLICO

CAT-25 Ley 12/1998, de 5 de noviembre (Presidencia de la Generalidad de Cataluña). Creación del **Colegio de Publicitarios y Relaciones Públicas.**

BOE núm. 298, de 14 de diciembre
DOGC, núm. 2769, de 19 de noviembre

RIO-15 Ley 2/1999, de 8 de marzo (Presidencia de la Comunidad Autónoma de la Rioja). Creación del **Colegio Profesional de Protésicos Dentales.**
BOE núm. 68, de 20 de marzo
BO. la Rioja núm. 30, de 11 de marzo

MUR-13 Ley 2/1998, de 28 de abril (Presidencia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia). **Creación del Colegio Profesional de Ingenieros Técnicos en Informática.**
BOE núm. 52, de 2 de marzo
BO. Región de Murcia núm. 106, de 11 de mayo

MUR-14 Ley 1/1998, de 28 de abril (Presidencia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia). Creación del **Colegio Profesional de Ingenieros en Informática.**
BOE núm. 52, de 2 de marzo
BO. Región de Murcia núm. 106, de 11 de mayo

BAL-16 Ley 10/1998, de 14 de diciembre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares). **Colegios Profesionales.**
BOE núm. 30, de 4 de febrero
BO. Illes Balears núm. 161, de 19 de diciembre

CAS-16 Ley 12/1998, de 5 de diciembre (Presidencia de la Junta de Castilla y León). Creación del **Consejo de Colegios Profesionales de Diplomados de Enfermería.**
BOE núm. 16, de 19 de enero
BO. Castilla y León núm. 236, de 10 de diciembre

CAT-26 Ley 14/1998, de 19 de noviembre (Presidencia de la Generalidad de Cataluña). Modifica la Ley de 13 de junio de 1985, de creación del **Colegio Oficial de Bibliotecarios y Documentalistas de Cataluña.**
BOE núm. 10, de 12 de enero
DOGC núm 2777, de 1 de diciembre

GAL-5 Ley 4/1998, de 30 de junio (Presidencia de la Junta de Galicia). **Colegios Oficiales de Protésicos dentales.**
BOE núm. 7, de 8 de enero
DOG núm. 127, de 3 de julio

GAL-6 Ley 3/1998, de 30 de junio (Presidencia de la Junta de Galicia). **Colegios Oficiales de Fisioterapeutas.**
BOE núm. 7, de 8 de enero
DOG núm. 127, de 3 de julio

NAV-28 Ley Foral 17/1998, de 19 de noviembre (Presidencia del Gobierno de Navarra). **Cámaras Oficiales de Comercio e Industria.**
BOE núm. 6, de 7 de enero
BON núm. 142, de 27 de noviembre

XI. ECONOMIA

RIO-16 Ley 12/1998, de 17 de diciembre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de la Rioja). **Medidas fiscales y administrativas.**
BOE núm. 311, de 29 de diciembre
BO. de la Rioja núm. 156, de 29 de diciembre

GAL-7 Ley 7/1998, de 30 de diciembre (Presidencia de la Junta de Galicia). **Medidas tributarias, de régimen presupuestario, función pública y gestión.**
BOE núm. 72, de 25 de marzo
DOG núm. 252, de 31 de diciembre

DRC-15 Ley 13/1998, de 23 de diciembre (Presidencia de la Diputación Regional de Cantabria). **Medidas Fiscales y Administrativas.**
BOE núm. 61, de 12 de marzo
BOC núm. 260, de 30 de diciembre

BAL-17 Ley 14/1998, de 23 de diciembre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares). **Medidas tributarias y administrativas.**
BOE núm. 48, de 25 de febrero
BO. Illes Balears núm. 166, de 31 de diciembre

CAN-15 Ley 2/1999, de 4 de febrero (Presidencia del Gobierno de Canarias). **Medidas urgentes económicas, de orden social y relativas al personal y a la organización administrativa** para el ejercicio 1999.
BOE núm. 46, de 23 de febrero
BO. Canarias núm. 17, de 8 de febrero

VAL-22 Ley 10/1998, de 28 de diciembre (Presidencia de la Generalidad Valenciana). **Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalidad Valenciana.**
BOE núm. 34, de 9 de febrero
DO. Generalidad Valenciana núm. 3404, de 31 de diciembre

CAS-17 Ley 13/1998, de 23 de diciembre (Presidencia de la Junta de Castilla y León). **Medidas Económicas, Fiscales y Administrativas.**
BOE núm. 31, de 5 de febrero
BO. Castilla y León núm. 249, de 30 de diciembre

CAT-27 Ley 25/1998, de 31 de diciembre (Presidencia de la Generalidad de Cataluña). **Medidas administrativas, fiscales y de adaptación al euro.**
BOE núm. 28, de 2 de febrero
DOGC núm. 2797, de 31 de diciembre

ARA-15 Ley 12/1998, de 22 de diciembre (Presidencia de la Diputación General de Aragón) **Medidas Tributarias, Financieras y Administrativas.**
BOE núm. 23, de 27 de enero
BOA núm. 151, de 31 de diciembre

GAL-8 Ley 2/1998, de 8 de abril (Presidencia de la Junta de Galicia). **Medidas tributarias, de régimen presupuestario, función pública, organización y gestión.**
BOE núm. 7, de 8 de enero
DOG núm. 68, de 9 de abril

XII. EDUCACION

BAL-18 Ley 9/1998, de 14 de diciembre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares). **Consejos Escolares.**
BOE núm. 30, de 4 de febrero
BO. Illes Balears núm. 161, de 19 de diciembre

MUR-15 Ley 6/1998, de 30 de noviembre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia). **Consejos Escolares.**
BOE núm. 52, de 2 de marzo
BO. Región de Murcia núm. 288, de 15 de diciembre

XIII. ESTADISTICA

CAT-28 Ley 23/1998, de 30 de diciembre (Presidencia de la Generalidad de Cataluña). **Estadística.**
BOE núm. 28, de 2 de febrero
DOGC núm. 2801, de 8 de enero

NAV-29 Ley Foral 19/1998, de 19 de noviembre (Presidencia del Gobierno de Navarra). **Plan de Estadística de Navarra 1999-2002.**
BOE núm. 6, de 7 de enero
BON núm. 142, de 27 de noviembre

XIV. FUNDACIONES

VAL-23 Ley 8/1998, de 9 de diciembre (Presidencia de la Generalidad Valenciana). **Fundaciones.**
BOE núm. 18, de 21 de enero
DOGV núm. 3391, de 11 de diciembre

XV. HACIENDA

RIO-17 Ley 11/1998, de 12 de diciembre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de la Rioja). **Presupuestos Generales** para 1999.
BOE núm. 311, de 29 de diciembre
BO. de la Rioja núm. 156, de 29 de diciembre

VAL-24 Ley 11/1998, de 29 de diciembre (Presidencia de la Generalidad Valenciana). **Presupuestos Generales** para 1999.
BOE núm. 72, de 25 de marzo
DOGV núm. 3404, de 31 de diciembre

GAL-9 Ley 6/1998, de 29 de diciembre (Presidencia de la Junta de Galicia). **Presupuestos Generales** para 1999.
BOE núm. 72, de 25 de marzo
DOG núm. 252, de 31 de diciembre

DRC-16 Ley 12/1998, de 23 de diciembre (Presidencia de la Diputación Regional de Cantabria). **Presupuestos Generales** para 1999.

BOE núm. 61, de 12 de marzo
BOC núm. 3 (extraordinario), de 30 de diciembre

MUR-16 Ley 7/1998, de 4 de diciembre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia). Modifica la Ley de 5 de abril de 1990, que regula la **Hacienda Pública** de la Región de Murcia y adecua determinadas disposiciones tributarias a la normativa estatal.
BOE núm. 60, de 11 de marzo
BO. Región de Murcia núm. 282, de 5 de diciembre

BAL-19 Ley 15/1998, de 28 de diciembre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares). **Presupuestos Generales** para 1999.
BOE núm. 48, de 25 de febrero
BO. Illes Balears núm. 167 (extraordinario), de 31 de diciembre

AST-9 Ley 4/1998, de 28 de diciembre (Presidencia del Principado de Asturias). Modifica el artículo 36 del **Texto Refundido del régimen económico y presupuestario**, aprobado por Decreto Legislativo de 25 de junio de 1998.
BOE núm. 35, de 10 de febrero
BOPA, núm. 6, de 9 de enero

CMN-13 Ley 9/1998, de 16 de diciembre (Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha). **Presupuestos Generales** para 1999.
BOE núm. 34, de 9 de febrero
DO. Castilla-La Mancha núm. 64, de 31 de diciembre

CAS-18 Ley 14/1998, de 23 de diciembre (Presidencia de la Junta de Castilla y León). **Presupuestos Generales** para 1999.
BOE núm. 31, de 5 de febrero
BO. Castilla y León núm. 249, de 30 de diciembre

BAL-20 Ley 11/1998, de 14 de diciembre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares). **Tasas.**
BOE núm. 31, de 5 de febrero
BO. Illes Balears núm. 163, de 24 de diciembre

ARA-16 Ley 11/1998, de 22 de diciembre (Presidencia de la Diputación General de Aragón). **Presupuestos Generales** para 1999.

BOE núm. 29, de 3 de febrero
BOA núm. 151, de 31 de diciembre

NAV-30 Ley Foral 23/1998, de 30 de diciembre (Presidencia del Gobierno de Navarra). **Modificaciones tributarias.**
BOE núm. 28, de 2 de febrero
BON núm. 157 (extraordinario), de 31 de diciembre

NAV-31 Ley Foral 23/1998, de 30 de diciembre (Presidencia del Gobierno de Navarra). **Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas**
BOE núm. 28, de 2 de febrero
BON núm. 157 (extraordinario), de 31 de diciembre

CAT-29 Ley 20/1998, de 29 de diciembre (Presidencia de la Generalidad de Cataluña). **Presupuestos Generales** para 1999.
BOE núm. 28, de 2 de febrero
DOGC núm. 2797, de 31 de diciembre

NAV-32 Ley Foral 21/1998, de 30 de diciembre (Presidencia del Gobierno de Navarra). **Presupuestos Generales** para 1999.
BOE núm. 24, de 28 de enero
BON núm. 157 (extraordinario), de 31 de diciembre

NAV-33 Ley Foral 20/1998, de 14 de diciembre (Presidencia del Gobierno de Navarra). **Cuentas Generales** de 1997.
BOE núm. 24, de 28 de enero
BON núm. 152, de 21 de diciembre

ARA-17 Ley 10/1998, de 22 de diciembre (Presidencia de la Diputación General de Aragón) **Tasas y precios públicos.**
BOE núm. 23, de 27 de enero
BOA núm. 151, de 31 de diciembre

CAN-16 Ley 11/1998, de 23 de diciembre (Presidencia del Gobierno de Canarias). **Presupuestos Generales** para 1999.
BOE núm. 19, de 22 de enero
BO. de Canarias núm. 163, de 30 de diciembre

EXT-19 Ley 11/1998, de 16 de diciembre (Presidencia de la Junta de Extremadura). **Presupuestos Generales** para 1999.

BOE núm. 18, de 21 de enero
DOE núm. 2 (extraordinario), de 30 de diciembre

GAL-10 Ley 1/1998, de 7 de abril (Presidencia de la Junta de Galicia). **Presupuestos Generales** para 1998.
BOE núm. 8, de 9 de enero
DOG núm. 68, de 9 de abril

XVI. JUVENTUD

CAT-30 Ley 24/1998, de 31 de diciembre (Presidencia de la Generalidad de Cataluña). Modifica la Ley de 26 de junio de 1986, de creación del **Consejo Nacional de la Juventud de Cataluña.**
BOE núm. 28, de 2 de febrero
DOGC núm. 2801, de 8 de enero

XVII. LEGISLACION CIVIL

ARA-18 Ley 1/999, de 24 de febrero (Presidencia de la Diputación General de Aragón). Régimen de las **sucesiones por causa de muerte.**
BOE núm. 72, de 25 de marzo
BOA núm. 26, de 4 de marzo

EXT-17 Ley 2/1999, de 19 de febrero (Presidencia de la Junta de Castilla y León). Regula el **depósito del importe de los de contratos de arrendamiento y de suministro y servicios que afecten a fincas urbanas.**
BOE núm. 66, de 18 de marzo
BO. Castilla y León núm. 40, de 1 de marzo

CAT-31 Ley 19/1998, de 28 de diciembre (Presidencia de la Generalidad de Cataluña). **Situaciones convivenciales de ayuda mutua.**
BOE núm. 35, de 10 de febrero
DOGC núm. 2801, de 8 de enero

XVIII. LEGISLACION ELECTORAL

MAD-34 Ley 12/1998, de 9 de julio (Presidencia de la Comunidad de Madrid). Modificación parcial de la **Ley Electoral** de la Comunidad, de 16 de diciembre de 1986.

BOE núm. 281, de 24 de noviembre
BO. Comunidad de Madrid, núm. 164, de 13 de julio

CMN-14 Ley 8/1998, de 19 de noviembre (Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La mancha). Modificación parcial de la Ley de 23 de diciembre de 1986, que regula **elecciones a Diputados.**
BOE núm. 13, de 15 de enero
DO. Castilla La-Mancha núm. 57, de 4 de diciembre

NAV-34 Ley Foral 13/1998, de 6 de octubre (Presidencia del Gobierno de Navarra). Modifica la Ley Foral de 17 de noviembre de 1986, reguladora de las **elecciones.**
BOE núm. 6, de 7 de enero
BON núm. 122, de 12 de octubre

XIX. MEDIO AMBIENTE

DRC-17 Ley 1/1999, de 18 de febrero (Presidencia de la Diputación Regional de Cantabria). Declaración de **Parque Natural de Collados del Asón.**
BOE núm. 61, de 12 de marzo
BOC núm. 2 (extraordinario), de 19 de febrero

CAN-17 Ley 1/1999, de 29 de enero (Presidencia del Gobierno de Canarias). **Residuos.**
BOE núm. 46, de 23 de febrero
BO. Canarias núm. 16, de 5 de febrero

XX. ORDENACION DEL TERRITORIO, URBANISMO Y VIVIENDA

BAL-21 Ley 6/1998, de 23 de octubre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares). **Medidas cautelares hasta la aprobación de las directrices de ordenación territorial.**
BOE núm. 275, de 17 de noviembre
BO. Illes Balears núm. 136, de 24 de octubre

NAV-35 Ley Foral 24/1998, de 30 de diciembre (Presidencia del Gobierno de Navarra). **Medidas urgentes en materia de aprovechamiento urbanístico.**

BOE núm. 28, de 2 de febrero
BON núm. 157 (extraordinario), de 31 de diciembre

CAS-20 Ley 10/1998, de 5 de diciembre (Presidencia de la Junta de Castilla y León). **Ordenación de Territorio.**
BOE núm. 16, de 19 de enero
BO. Castilla y León núm. 236, de 10 de diciembre

XXI. PATRIMONIO HISTORICO-ARTISTICO

DRC-18 Ley 11/1998, de 23 de octubre (Presidencia de la Diputación Regional de Cantabria). **Patrimonio cultural.**
BOE núm. 10, de 12 de enero
BO. Cantabria núm. 240, de 2 de diciembre

XXII. POLICIAS AUTONOMICAS

CAT-32 Ley 21/1998, de 29 de diciembre (Presidencia de la Generalidad de Cataluña). Modifica los artículos 68 y 69 de la Ley de 11 julio de 1994 de la Policía de la Generalidad, «**Mossos d'Esquadra**», en relación con el régimen sancionador.
BOE núm. 28, de 2 de febrero
DOGC núm. 2799, de 5 de enero

XXIII. POLICIAS LOCALES

MUR-17 Ley 4/1998, de 22 de julio (Presidencia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia). **Policías Locales.**
BOE núm. 52, de 2 de marzo
BO. Región de Murcia núm. 169, de 24 de julio

XIV. PUERTOS Y AEROPUERTOS

CAT-33 Ley 11/1998, de 5 de noviembre (Presidencia de la Generalidad de Cataluña). **Helipuertos** de Cataluña.
BOE núm. 298, de 14 de diciembre
DOGC, núm. 2769, de 19 de noviembre

XXV. SANIDAD

BAL-22 Ley 12/1998, de 21 de Diciembre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares). **Ordenación farmacéutica.**
BOE núm. 31, de 5 de febrero
BO. Illes Balears núm. 165, de 29 de diciembre

XXVI. SERVICIOS SOCIALES

GAL-11 Ley 1/1999, de 5 de febrero (Presidencia de la Junta de Galicia). Modifica la Ley de 2 de octubre de 1991 de medidas básicas para la **inserción social.**
BOE núm. 72, de 25 de marzo
DOG núm. 36, de 26 de febrero

MAD-35 Ley 16/1998, de 27 de octubre (Presidencia de la Comunidad de Madrid). Creación del **Instituto de Realojamiento e integración social.**
BOE núm. 56, de 6 de marzo
BOM núm. 258, de 30 de octubre

AST-10 Ley 2/1998, de 26 de noviembre (Presidencia del Principado de Asturias). Modifica la Ley de 5 de abril de 1991, de **asistencia y protección de ancianos.**
BOE núm. 10, de 12 de enero
BOPA núm. 279, de 2 de diciembre

XXVII. TELECOMUNICACIONES

CAT-34 Ley 17/1998, de 28 de diciembre (Presidencia de la Generalidad de Cataluña). Modifica la Ley de 28 de diciembre de 1993, que crea el **Centro de Telecomunicaciones de la Generalidad de Cataluña.**
BOE núm. 25, de 29 de enero
DOGC 2801, de 8 de enero

XVIII. TRANSPORTES Y CARRETERAS

MAD-36 Ley 14/1998, de 9 de julio (Presidencia de la Comunidad de Madrid). Modifica los arts. 30.1 y 31.1 de la Ley 3/1991, de 7 de marzo de 1991, reguladora de **carreteras.**

BOE núm. 281, de 24 de noviembre
BO. Comunidad de Madrid, núm. 167, de 16 de julio

MAD-37 Ley 13/1998, de 9 de julio (Presidencia de la Comunidad de Madrid). Autoriza al Consejero de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes para disponer de bienes inmuebles por cuantía superior a 500 millones de pesetas, como pago de la compensación que corresponda abonar al concesionario con motivo de la **extinción de la concesión administrativa ferroviaria** de Vicálvaro a Morata de Tajuña.
BOE núm. 281, de 24 de noviembre
BO. Comunidad de Madrid, núm. 167, de 16 de julio

BAL-23 Ley 5/1998, de 23 de octubre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares). **Consejo Balear de Transportes Terrestres y Comité Balear del Transporte por Carretera.**
BOE núm. 275, de 17 de noviembre
BO. Illes Balears núm. 136, de 24 de octubre

ARA-19 Ley 14/1998, de 30 de diciembre (Presidencia de la Diputación General de Aragón). Normas reguladoras de los **transportes urbanos.**
BOE núm. 31, de 5 de febrero
BOA núm. 2, de 8 de enero

BAL-24 Ley 13/1998, de 23 de diciembre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares). **Atribución de competencias a los Consejos Insulares en materia de transportes terrestres.**
BOE núm. 31, de 5 de febrero
BO. Illes Balears núm. 166, de 31 de diciembre

ARA-20 Ley 8/1998, de 17 de diciembre (Presidencia de la Diputación General de Aragón) **Carreteras.**
BOE núm. 23, de 27 de enero
BOA núm. 150, de 30 de diciembre

XXIX. UNIVERSIDADES

MUR-10 Ley 5/1998, de 3 de agosto (Presidencia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia). Creación de la **Universidad Politécnica de Cartagena.**

BOE núm. 52, de 2 de marzo
BO. Región de Murcia núm. 182, de 8 de agosto

CAT-35 Ley 16/1998, de 28 de diciembre (Presidencia de la Generalidad de Cataluña). **Consejos Sociales de las Universidades Públicas de Cataluña.**
BOE núm. 25, de 29 de enero
DOGC núm. 2799, de 5 de enero

CAT-36 Ley 15/1998, de 28 de diciembre (Presidencia de la Generalidad de Cataluña). **Consejo Interuniversitario de Cataluña.**
BOE núm. 25, de 29 de enero
DOGC 2799, de 5 de enero

NAV-24 Ley Foral 19/1998, de 1 de diciembre (Presidencia del Gobierno de Navarra). **Retribuciones del Profesorado universitario.**
BOE núm. 24, de 28 de enero
BON núm. 147, de 9 de diciembre

DRC-19 Ley 10/1998, de 21 de septiembre (Presidencia de la Diputación Regional de Cantabria). **Regulación del Consejo Social de la Universidad de Cantabria.**
BOE núm. 10, de 12 de enero
BO. Cantabria núm. 202, de 9 de octubre

Disposiciones generales de la Junta de Andalucía (*)

I. ACADEMIAS

AND-58 Decreto 228/1998, de 3 de noviembre (Consejería de Educación y Ciencia). Creación de la **Academia de Ciencias, Artes y Letras de Huelva.**
BOJA núm. 127, de 7 de noviembre.

II. ADMINISTRACION CONSULTIVA

AND-59 Decreto 187/1998, de 29 de septiembre (Consejería de Presidencia). **Modificación del Reglamento orgánico del Consejo Consultivo de Andalucía**, aprobado por Decreto de 19 de Abril de 1994.
BOJA núm. 121, de 24 de octubre.

III. ADMINISTRACION LOCAL

AND-60 Orden de 2 de febrero de 1999 (Consejería de Gobernación y Justicia). Desarrolla parcialmente el Decreto 101/1997, de 25 de marzo, **de Patronatos Provinciales para la Mejora de los Equipamientos Locales.**
BOJA núm. 25, de 27 de febrero.

AND-61 Orden de 5 de marzo de 1999 (Consejería de Gobernación y Justicia). Distribución de las **transferencias a los Ayuntamientos andaluces para la nivelación de los servicios municipales.**
BOJA núm. 37, de 27 de marzo.

(*) Subsección preparada por CONCEPCION BARRERO RODRIGUEZ y JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE. Comprende una selección de las Disposiciones Generales de la Junta de Andalucía publicadas en el BOJA durante el último trimestre de 1998 (X-XII) y el primer trimestre de 1999 (I-III).

AND-62 Orden de 5 de marzo de 1999 (Consejería de Gobernación y Justicia). Distribución de la **aportación de la Comunidad Autónoma a los Planes Provinciales de obras y servicios** para 1999.
BOJA núm. 37, de 27 de marzo.

IV. AGRICULTURA, GANADERIA, PESCA Y CAZA

AND-63 Decreto 261/1998, de 15 de diciembre (Consejería de la Presidencia). Zonas vulnerables a la **contaminación por nitratos** procedentes de fuentes agrarias en la Comunidad Autónoma de Andalucía.
BOJA núm. 5, de 12 de enero.

AND-64 Decreto 281/1998, de 22 de diciembre (Consejería de Agricultura y Pesca). Creación del **Consejo Andaluz de Calidad Agroalimentaria.**
BOJA núm. 7, de 16 de enero.

V. CAJAS DE AHORRO

AND-65 Decreto 248/1998, de 1 de diciembre (Consejería de Economía y Hacienda). Regulación de aspectos complementarios de los **procesos electorales a órganos rectores de las Cajas de Ahorro** de Andalucía.
BOJA núm. 139, de 5 de diciembre.

VI. COLEGIOS PROFESIONALES

AND-66 Ley 7/1998, de 14 de diciembre (Presidencia de la Junta de Andalucía). Creación del **Colegio Profesional de protésicos dentales** de Andalucía.
BOJA núm. 148, de 29 de diciembre.

AND-67 Ley 8/1998, de 14 de diciembre (Presidencia de la Junta de Andalucía). Creación del **Colegio Profesional de Fisioterapeutas** de Andalucía.
BOJA núm. 148, de 29 de diciembre.

AND-68 Ley 9/1998, de 14 de diciembre (Presidencia de la Junta de Andalucía). Creación del **Colegio Profesional de Podólogos** de Andalucía.
BOJA núm. 148, de 29 de diciembre.

AND-69 Decreto 268/1998, de 15 de diciembre (Consejería de Gobernación y Justicia). Creación del **Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local.**
BOJA núm. 5, de 12 de enero.

VII. COMERCIO

AND-70 Orden de 10 de septiembre de 1998 (Consejería de Trabajo e Industria). Reglamento de régimen interno de la **Comisión Asesora de Comercio Interior de Andalucía.**
BOJA núm. 115, de 10 de octubre.

VIII. DEPORTE

AND-71 Ley 6/1998, de 14 de diciembre (Presidencia de la Junta de Andalucía). Del **Deporte.**
BOJA núm. 148, de 29 de diciembre.

IX. DERECHOS HUMANOS

AND-72 Decreto 173/1998, de 1 de septiembre (Consejería de Presidencia) Creación **del Comité Andaluz para el cincuentenario de la Declaración Universal de Derecho Humanos.**
BOJA núm. 115, de 10 de octubre.

X. ECONOMIA

AND-73 Ley 11/1998, de 28 de diciembre (Presidencia de la Junta de Andalucía). **Medidas en materia de Hacienda Pública, contratación, expropiación e intervención económica.**
BOJA núm. 149, de 31 de diciembre.

XI. EDUCACION

AND-74 Decreto 257/1998, de 10 de diciembre (Consejería de Educación y Ciencia). **Creación y supresión de Centros Docentes** Públicos en la Comunidad Autónoma Andaluza.
BOJA núm. 142, de 15 de diciembre.

AND-75 Orden de 11 de diciembre de 1998 (Consejería de Educación y Ciencia). Normas para la aplicación del **régimen de conciertos educativos** a partir del curso académico 1999-2000.
BOJA núm. 146, de 24 de diciembre.

XII. ESTADISTICA

AND-76 Ley 4/1998, de 1 de octubre (Presidencia de la Junta de Andalucía). Aprobación del **Plan estadístico de Andalucía 1998-2001.**
BOJA núm. 117, de 15 de octubre.

AND-77 Decreto 10/1999, de 19 de enero (Consejería de Economía y Hacienda). Aprobación de los **programas estadísticos de la Comunidad Autónoma de Andalucía correspondientes al primer ciclo del Plan Estadístico de Andalucía.**
BOJA núm. 20, de 16 de febrero.

XIII. FERIAS Y ESPECTACULOS

AND-78 Decreto 183/1998, de 16 de septiembre (Consejería de Gobernación y Justicia). Creación y regulación de **Consejo de Asuntos Taurinos de Andalucía.**
BOJA núm. 115, de 10 de octubre.

XIV. HACIENDA

AND-79 Decreto 237/1998, de 24 de noviembre (Consejería de Economía y Hacienda). Eliminación de los valores nominales unitarios de la **Deuda Pública** anotada de la Junta de Andalucía y conversión de las tendencias constituidas por valores del mismo código valor en tendencias de saldos nominales.
BOJA núm. 136, de 28 de noviembre.

AND-80 Ley 10/1998, de 28 de diciembre (Presidencia de la Junta de Andalucía). **Presupuestos para 1999.**
BOJA núm. 149, de 31 de diciembre.

AND-81 Decreto 1/1999, de 12 de enero (Consejería de Economía y Hacienda). Condiciones para la **emisión de Deuda pública anotada en euros.**
BOJA núm. 6, de 14 de enero.

XV. JUVENTUD

AND-82 Decreto 258/1998, de 15 de diciembre (Consejería de Presidencia). Creación y composición de los **Consejos Provinciales de jóvenes.**
BOJA núm. 3, de 7 de enero.

XVI. MEDIO AMBIENTE

AND-83 Orden de 23 de noviembre de 1998 (Consejería de Medio ambiente). **Reglamento tipo de régimen interior de las Juntas Rectoras de los Parques Naturales** de Andalucía.
BOJA núm. 146, de 24 de diciembre.

AND-84 Decreto 12/1999, de 26 de enero (Consejería de Medio Ambiente). **Entidades Colaboradoras en materia de protección ambiental.**
BOJA núm. 25, de 27 de febrero.

AND-85 Decreto 14/1999, de 26 de enero (Consejería de Medio Ambiente). Modificación del Decreto 57/1995, de 7 de marzo, de creación del **Consejo Andaluz de Medio Ambiente.**
BOJA núm. 25, de 27 de Febrero.

AND-86 **AND- 86** Decreto 53/1999, de 2 de marzo (Consejería de Medio Ambiente). Normas para la aplicación del Reglamento CEE 1836/93, de 29 de junio, sobre adhesión voluntaria al **sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales.**
BOJA núm. 35, de 23 de marzo.

XVII. ORDENACION DEL TERRITORIO, URBANISMO Y VIVIENDA

AND-87 Decreto 251/1998, de 10 de diciembre (Consejería de Obras Públicas y Transportes). Régimen de **ayudas en materia de vivienda y suelo.**
BOJA núm. 142, de 15 de diciembre.

AND-88 Decreto 259/1998, de 15 de diciembre (Consejería de Obras Públicas y Transportes). Formulación del **Plan Andaluz de Vivienda y Suelo** para el periodo 1999-2002.
BOJA núm. 5, de 12 de enero.

XVIII. PATRIMONIO

AND-89 Decreto 192/1998, de 6 de octubre (Consejería de Agricultura y Pesca). Régimen de **disposición de bienes del Instituto Andaluz de Reforma Agraria.**
BOJA núm. 115, de 10 de octubre.

AND-90 Decreto 9/1999, de 19 de enero (Consejería de la Presidencia). **Régimen presupuestario, financiero, de control y contable de las empresas de la Junta de Andalucía.**
BOJA núm. 13, de 30 de enero.

XIX. SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO

AND-91 Orden de 8 de marzo de 1999 (Consejería de Trabajo e Industria). Creación de los **Registros provinciales de Delegados de Prevención de riesgos laborales.**
BOJA núm. 38, de 30 de marzo.

AND-92 Orden de 8 de marzo de 1999 (Consejería de Trabajo e Industria). Creación del **Registro Andaluz de servicios de Prevención y de personas o entidades autorizadas para efectuar auditorías o evaluaciones de los sistemas de prevención de riesgos laborales.**
BOJA núm. 38, de 30 de marzo.

XX. SERVICIOS SOCIALES

AND-93 Ley 5/1998, de 23 de noviembre (Presidencia de la Junta de Andalucía). Uso en Andalucía de **perros guía** por personas con disfunciones visuales.
BOJA núm. 141, de 12 de diciembre.

XXI. TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

AND-94 Decreto 283/1998, de 29 de diciembre (Consejería de Asuntos Sociales). **Ayudas económicas complementarias** de carácter extraordinario a favor de ancianos y enfermos o inválidos incapacitados para el trabajo, beneficiarios de ayudas periódicas individualizadas, y a favor de las personas con minusvalías beneficiarias del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos.
BOJA núm. 149, de 31 de diciembre.

AND-95 Decreto 284/1998, de 29 de diciembre (Consejería de Asuntos Sociales). **Ayudas económicas** complementarias en favor de pensionistas por jubilación e invalidez, en sus modalidades no contributivas.
BOJA núm. 149, de 31 de diciembre.

AND-96 Decreto 62/1999, de 9 de marzo (Consejería de Asuntos Sociales). Modificación del Decreto 284/1998, de 29 de diciembre, de **ayudas económicas complementarias en favor de pensionistas por jubilación e invalidez**, en sus modalidades no contributivas.
BOJA núm. 30, de 11 de marzo.

AND-97 Decreto 11/1999, de 26 de enero (Consejería de Trabajo e Industria). Incentivos a la creación de empleo mediante la **reducción de la jornada laboral** a 35 horas semanales y/o la **reorganización del tiempo de trabajo**.
BOJA núm. 16, de 6 de febrero.

XXII. TURISMO

AND-98 Decreto 15/1999, de 2 de febrero (Consejería de Trabajo e Industria). Regulación del uso, participación y gestión de la **Red de Residencias de Tiempo Libre** pertenecientes a la Administración de la Junta de Andalucía.
BOJA núm. 29, de 9 de marzo.

XXIII. ZONA MARITIMO TERRESTRE

AND-99 Decreto 194/1998, de 13 de octubre (Consejería de Salud). Reglamento sobre **vigilancia higiénico-sanitaria de las aguas y zonas de baño de carácter marítimo**.
BOJA núm. 122, de 27 de octubre.

AND-100 Decreto 54/1999, de 2 de marzo (Consejería de la Presidencia). Declaración y clasificación de los **tipos de zonas en las aguas del litoral y las cuencas hidrográficas intracomunitarias.**
BOJA núm. 35, de 23 de marzo.

INDICE ANALITICO

Academias: **VAL-20; AND-58**
Aceite de oliva, licitación, **CCEE-1080**
Aceite de oliva, medidas especiales, **CCEE-1082**
Aceite de oliva, normas comerciales, **CCEE-1083**
Acuerdo cooperación CEE-Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, **CCEE-1102**
Acuerdo cooperación CE-Israel, **CCEE-1103**
Acuerdo interinstitucional redacción legislación comunitaria, **CCEE-1078**
Acuerdo interprofesional sobre formación continua: **EST-125**
Administración autonómica: **MAD-33; NAV-25**
Administración consultiva: **AND-59**
Administración local: **CAN-14; CAT-22; CAT-23; AND-60; AND-61; AND-62**
Agricultura: **CAS-14; NAV-27; AND-63; AND-64**
Aguas residuales urbanas: **EST-119**
Animales: **CAT-24**; Arrendamientos: **CAS-19**
Archivo General de la Guerra Española: **EST-103**
Art. 93 TCE, CCEE-1097
Ayuda productores de lúpulo, **CCEE-1084**

Cajas de Ahorro: **DRC-14; MUR-11; AND-65**
Cámaras Oficiales de Comercio e Industria: **NAV-28**
Carreteras: **MAD-36; ARA 20**
Castilla y León: **EST-102**
Cese anticipado en la actividad agraria: **EST-98**
Código Penal: **EST-114**
Códigos de conducta para sistemas informatizados de reserva, **CCEE-1094**
Colegios Profesionales: **CAT-25; RIO-15; MUR-13; MUR-14; BAL-16-CAS-16; CAT-26; GAL-5; AND-66; AND-67; AND-68; AND-69**
Comercio: **MUR-12; CMN-12; AND-70**
Concentración metales pesados en cajas de plástico, **CCEE-1113**
Consejos Escolares: **BAL-18; MUR-15**
Conservación recursos pesquemos, **CCEE-1090**
Consumidores en la sociedad de la información, **CCEE-1122**
Control exportaciones de productos de doble uso, **CCEE-1139**
Cooperativas: **GAL-4-ARA-14**

Defensa de los consumidores: **CAS 15**
Demarcación y de Planta Judicial: **EST-117**

Deporte: **AND-71**
Derechos Humanos: **AND-72**
Directrices empleo, **CCEE-1093**
Disolventes orgánicos, **CCEE-1112, CCEE-1119**

Educación: **AND-74; AND-75**
Elecciones autonómicas: **MAD-34; CMN-14; NAV-34**
Entidades de Capital-Riesgo: **EST-108**
Estadística: **CAT-28; NAV-29; AND-76; AND-77**
Estrategia forestal UE, **CCEE-1120**
Etiqueta ecológica, **CCEE-1116, CCEE-1117, CCEE-1118**
Etiquetado energético, **CCEE-1111**
Euro, **CCEE-1099, CCEE-1100, CCEE-1101**

Familia: **CAT-31**
FEOGA, **CCEE-1088, CCEE-1089, CCEE-1114, CCEE-1115**
Ferias y espectáculos: **AND-78**
Ferrocarriles: **MAD-37**
Fondo Monetario Internacional: **EST-106**
Fuerzas Armadas: **EST-105**
Fundaciones: **VAL-23**

Haciendas autonómicas: **MUR-16; AST-9; AND-79; AND-81; AND-89: AND-90**
Haciendas Locales: **NAV-26**
Helipuertos: **CAT-33**
Hidrocarburos: **EST-109**

Illes Balears: **EST-101**
Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: **EST-111**
Impuesto sobre la Renta de no Residentes: **EST-112**
Impuestos: **NAV-30; NAV-31**
Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social: **EST-121**

Jornada laboral: **AND-97**
Juventud: **CAT-30; AND-82**

La Rioja: **EST-100**
Ley de Enjuiciamiento Criminal: **EST-115**
Ley de Enjuiciamiento Criminal: **EST-118**

Marco general actividades comunitarias para consumidores, **CCEE-1121**

Medidas excepcionales carne de porcino en España, **CCEE-1085**
Medio Ambiente: **AND-84; AND-85; AND-86**
Mejora calidad producción oleícola, **CCEE-1081**
Mejora del mercado de trabajo: **EST-124**
Menores: **ARA-129**
Mercado de Valores: **EST-107**
Minas antipersonas: **EST-104**

Ordenación del territorio: **BAL-21; CAS-20**
Ordenación económica: **RIO-16; GAL-7; DRC-15; BAL-17; CAN-15; VAL-22; CAS-17; CAT-27; ARA-15; GAL-8; AND-73**
Ordenación farmacéutica: **BAL-22**

Parque Nacional de Sierra Nevada: **EST-120**
Parques Naturales: **DRC-17; AND-83**
Participación de los jóvenes, **CCEE-1126**
Patrimonio cultural: **DRC-18**
Pensiones: **AND-95; AND-96**
Pesca: **VAL-21; AST-8**
Pilotos de la Aviación Comercial: **EST-127**
Policías autonómicas: **CAT-32**
Policías locales: **MUR-17**
Presupuestos: **RIO-17; VAL-24; GAL-9; DRC-16; BAL-19; CMN-13; CAS-18; ARA-16; CAT-29; NAV-32; NAV-33; CAN-16; EXT-19; GAL-10; AND-80**
Prevención de lesiones en salud pública, **CCEE-1123**
Principado de Asturias: **EST-99**
Procedimiento Administrativo Común: **EST-110**
Programa apoyo actividades artísticas y culturales (Caleidoscopio), **CCEE-1124**
Programa de apoyo ámbito libro y lectura (Ariane), **CCEE-1125**
Programa específico CCI, **CCEE-1109**
Programa específico I+D, **CCEE-1129, CCEE-1130, CCEE-1131, CCEE-1132, CCEE-1133, CCEE-1134, CCEE-1135, CCEE-1136**
Programa específico investigación **CCI, CCEE-1138**
Programa estadístico comunitario, **CCEE-1077**
Programa Euratom energía nuclear, **CCEE-1108**
Programa Euratom energía nuclear, **CCEE-113 7**
Programa marco plurianual sector energía, **CCEE-1104, CCEE-1105, CCEE-1106**
Programa plurianual residuos sólidos, **CCEE-1107**
Programas promoción productos agrícolas, **CCEE-1079**
Protección peste porcina clásica en España, **CCEE-1086**
Protección social y servicios sociales: **GAL-11; MAD-25; AST-10; AND-93; AND-94**

Quinto Programa I+D, **CCEE-1127, CCEE-1128,**

Reconversión actividades de pesca, **CCEE-1091**
Redes transeuropeas energía, **CCEE-1110**
Reglamento interno BCE, **CCEE-1076, CCEE-1098**
Residuos: **CAN-17**

Seguridad e higiene en el trabajo: **AND-91; AND-92**
Seguridad Privada: **EST-113**
Seguridad social trabajadores cuenta ajena, cuenta propia, familias, estudiantes, **CCEE-1092**
Seguridad utilización Internet y lucha contra contenidos ilícitos y nocivos en redes mundiales, **CCEE-1096**
Símbolo gráfico productos de calidad Islas Canarias, **CCEE-1087**
Síndrome tóxico: **EST-122**
Sistema de comunicaciones móviles e inalámbricas de tercera generación, CCEE-1095 Sucesiones: **ARA-18**

Tasas y precios públicos: **RIO-14; BAL-15; BAL-20; ARA-17**
Televisión Digital Terrenal: **EST: 123**
Transporte de mercancías peligrosas: **EST-126**
Transportes por carreteras: **BAL-23; BAL-24**
Transportes urbanos: **ARA-19**
Turismo: **AND-98**

Universidades: **MUR-1O; CAT-35; CAT-36; NAV-24; DRC-19**

Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual: **EST-116**
Vivienda: **AND-87; AND-88**

Zona marítimo-terrestre: **AND-99; AND-100**

NOTICIAS DE LA ADMINISTRACION AUTONOMICA

INFORMES*

La Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de bienes de las Entidades Locales de Andalucía

I. REFLEXIONES GENERALES

El Boletín Oficial del Estado, nº 265 de 5 de noviembre publica la Ley a que nos referimos en el encabezamiento de este Informe. Había sido publicada previamente en el BOJA, nº 124, de 26 de octubre, fecha ésta clave para su entrada en vigor prevista en su Disposición final tercera para una vez transcurrido un mes desde su publicación en éste último Boletín. Como en otras ocasiones nos proponemos dar cuenta de la propia existencia de esta nueva Ley, de sus virtualidades y principales carencias en una primera aproximación compatible con la necesaria brevedad que nos imponen las características de esta Sección de la Revista.

Antes de plantear reflexiones respecto de su contenido se impone alguna en cuanto a su carácter. Nos encontramos ante una Ley cuya tramitación parlamentaria y publicación han pasado prácticamente inadvertidas a la opinión pública. Que sepamos, los medios de comunicación no le han dedicado ni mucho menos la atención que a otras Leyes coetáneas que han sido noticia en primero o segundo plano en estos últimos tiempos. Esto nos pone de manifiesto el carácter estrictamente técnico de una norma, que ha nacido en la preocupación cotidiana de la gestión administrativa, lejos de la confrontación política de relumbrón ante los medios de comunicación. Y esto nos crea una cierta inquietud, pues de entrada, no aparece muy clara la justificación misma de la Ley.

Naturalmente se ha intentado justificarla en la Exposición de Motivos. Y a este respecto se aducen varias razones de peso desigual. En primer lugar, y como razón más de fondo, se justifica la Ley por su entronque en un proceso de creación del régimen local andaluz, a golpes de lo que fuera demandando la experiencia. En este sentido la Ley de que nos estamos ocupando sería el eslabón siguiente a la de Demarcación Municipal de Andalucía (1994), prece-

* Esta Sección ha sido elaborada bajo la dirección de José Ignacio Morillo-Velarde Pérez.

dida, a su vez, por la Ley de Diputaciones (1987) y de la Ley de Organización territorial de Andalucía que se remonta a 1983, en los primeros momentos de la andadura de nuestra Comunidad Autónoma. Hablar así de un proceso reflexivo y coherente de construcción del régimen local andaluz puede ser válido como planteamiento teórico a posteriori, para justificar lo que se quiera, pero resulta bastante poco creíble por lo dilatado del proceso y la falta de un hilo conductor claro que sirva de elemento identificador del mismo, a lo que indudablemente contribuye el que después de varias Leyes que regulan aspectos parciales de la organización local, se produzca un salto tan amplio a una materia relevante, pero alejada de la temática abordada con anterioridad. Acaso las sinuosidades de la vida política están conduciendo el proceso de referencia por derroteros imprevisibles para quien lo contempla desde fuera de las estructuras político-administrativas y únicamente a través de las páginas del Boletín Oficial.

Pero por desgracia la desazón no termina ahí. La Ley continua su justificación expresando los objetivos que se pretende conseguir con ella. En este sentido la Ley se propone:

Actualizar determinadas materias relacionadas con los bienes y el patrimonio de las entidades locales mediante la utilización de figuras procedentes del derecho privado, de dudosa aplicación en el vigente ordenamiento público; en este sentido cabría destacar la regulación que se hace de la permuta de cosa futura, de la aportación a las sociedades municipales de bienes patrimoniales e incluso concesiones administrativas, del desahucio administrativo.

Adaptar las facultades de disposición del patrimonio a los nuevos modos y figuras del mercado inmobiliario.

Innovar algunos aspectos, ya que, además de contener el régimen jurídico sobre los patrimonios de las entidades locales, extiende su regulación a los de sus organismos autónomos y sociedades mercantiles.

Dar respuesta a antiguos y graves problemas existentes en un número elevado de entidades locales de imposible solución sin este tratamiento legislativo, y que al afectar normalmente a sectores socialmente desfavorecidos o a terceras personas actuantes de buena fe justifican plenamente el carácter excepcional de la disposición.

Se comprende que terminada la lectura de los objetivos de la Ley la desazón se agudice severamente. En efecto, analizados los dos primeros no es fá-

cil saber muy bien qué añade el que se expone en segundo lugar al que le precede y encima se abunda en la duda acerca de la falta de necesidad de esta Ley para dar cobertura a la utilización de las técnicas del derecho privado que se mencionan. Más bien sale reforzado el convencimiento de que efectivamente tal era posible en el contexto anterior, si tenemos en cuenta la remisión a éste sector del ordenamiento que realiza el art. 80. 2 de la. Ley 7/1984, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL). Pero admitiendo que con ella se sale de una duda, no por ello se despejan los nubarrones sobre la Ley 7/1999, de 29 de septiembre. El que parecía un objetivo claro enunciado en el tercer apartado -regulación de los patrimonios de los organismos autónomos y sociedades mercantiles de las entidades locales- no se encuentra regulado en el texto de la Ley. Hay, es verdad, alusiones a estos patrimonios (arts. 52 y 58, etc...) pero no puede decirse que se haya hecho una verdadera regulación de ellos. Tal vez en tanto que bienes locales en sentido amplio, baste con la aplicación genérica e la Ley, pero nos tememos que ello no sea suficiente.

Por si todo esto fuera poco, el nivel de confusión sube de grado con el último de los párrafos citados que contiene uno de los objetivos de la Ley. Cuanto en él se expresa puede aplicarse a la Disposición transitoria primera pero afirmado como objetivo de la Ley y, en especial, de una Ley de este tipo no puede menos que dejar perplejo a cualquiera y produce la extraña sensación de que la Ley a la que, de suyo, corresponde un alto contenido institucional no tiene otra razón de ser que la de servir de solución esas situaciones por muy atendibles que sean. La Ley estaría arropando una situación coyuntural, probablemente cargada de doctrina y desgranando algunos de nuestros conceptos fundamentales en relación con los bienes públicos: dominio público, bienes patrimoniales, bienes comunales, etc. A la vista de lo dicho, la justificación de la Ley es bastante relativa. No queremos discutirla pero no queda muy clara a partir de la Exposición de Motivos.

II. CLASIFICACION DE LOS BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES

En la clasificación de los bienes de las Entidades Locales la Ley no introduce ninguna modificación. Es indudable que la norma está condicionada por la legislación de carácter básico que posiblemente no admita ningún cambio. De ahí que se mueva dentro del esquema habitual de la legislación sobre bienes y, más en concreto, de la legislación sobre bienes locales, que distingue los de dominio público de los patrimoniales, incluyendo los comunales entre los primeros, opción que, como es sabido, sigue la LBRL. Sin embargo, a la hora

de delimitar su concepto, especialmente el de los bienes patrimoniales, era exigible un esfuerzo mayor. En efecto, esta Ley posterior a la STC 166/1998, de 15 de julio no puede mantener ya la misma definición meramente negativa de los mismos, limitándose a repetir la literalidad de las normas básicas a que desarrolla. Pues si en ellas era lícito definir los bienes patrimoniales sobre la vieja caracterización de su falta de afectación a un uso o servicio público, por más que en cuanto definición ésta sea bastante pobre, hacer lo mismo tras la sentencia aludida no puede menos que plantear una grave contradicción como es la que se desprende de la relación del art. 2. 3. y el 74. El primero define los bienes patrimoniales como los que no están destinados directamente al uso público o afectados a un servicio público, el segundo exceptúa de la regla de la embargabilidad los bienes patrimoniales afectados a un servicio público, la contradicción es, pues, evidente ya que es inevitable admitir la existencia, al menos, de bienes patrimoniales afectados a servicios públicos.

De rechazo lo mismo puede decirse del concepto de bien demanial. La mencionada sentencia constitucional, además de importantes acontecimientos legislativos recientes, rompen con la ecuación afectación de bienes de titularidad pública a uso o servicio público y régimen demanial. Tal vez por ello no aparece el término afectar ni afectación en el art. 2, supliéndose por el más genérico y doctrinalmente no comprometido de destinar o destino. En cualquier caso no parece que se esté usando un concepto alternativo. Simplemente el momento no es el mejor, desde el punto de vista doctrinal para regular esta materia, aunque naturalmente estas consideraciones no deben ser determinantes para el legislador.

III. EL CONCEPTO DE AFECTACION

Estas reflexiones nos llevan de la mano a una de las carencias de la Ley que nos parece importante, nos referimos a la falta de regulación de la afectación y desafectación de los bienes demaniales. Es cierto que se trata de un concepto doctrinal confuso, y más aún en la actualidad, pero ello no ha impedido que otras normas establezcan regulaciones más o menos acertadas sobre materia análoga como en su día ocurriera con la Ley 4/1986, de 5 de mayo, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma. Hoy esta regulación es más necesaria, si cabe, como estamos viendo, pues la afectación no puede considerarse por sí misma criterio único de la demanialidad. Se hace, pues, preciso matizar de qué manera la afectación supone la demanialización de los bienes patrimoniales, distinguiendo, quizá, una afectación perfecta en cuanto reúne aspectos formales y materiales a través de la que se pretenda el efecto de-

manializador y una afectación simplemente material que no debe confundírsela con la tradicional afectación fáctica, aunque naturalmente guarde estrecha relación con ella, en virtud de la cual se destina un bien patrimonial a un servicio público de lo que, entre otros, se puede seguir el efecto de la inembargabilidad de esos bienes. Tal vez la situación a que se refiere el apartado b) del art. 5 pueda servir de punto de arranque para construir esta nueva forma de afectación, aunque como situación estable sin la connotación de fase previa a la demanialización que del mismo precepto se infiere. De ello derivaría también otro efecto importante: la posibilidad de depurar el dominio público local de bienes cuyo carácter demanial sólo tiene explicación en una tradición histórica hoy no justificada, pues carece de sentido excluir de la titularidad que proporciona el derecho de propiedad, por ejemplo los inmuebles donde se desarrollan los servicios públicos, incluidas las propias casas consistoriales, cuando se admite como hace el TC en la sentencia aludida la posibilidad de bienes patrimoniales afectados a servicios públicos.

Para cerrar este apartado conviene destacar la carencia que supone no regular la desafectación fáctica. El que esta figura haya desaparecido de la legislación estatal sobre bienes locales no es motivo suficiente que lo justifique. Una regulación análoga a la que establece la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma, salvando sus deficiencias técnicas y quizá ampliando un poco el plazo hubiera sido bueno para ajustar la verdad jurídica a la realidad de las cosas que, en definitiva, es la función que cumple esta técnica.

Junto a la carencia a que se acaba de aludir, la referencia a la escueta regulación de las mutaciones demaniales. Acaso por los problemas que plantea la afectación no se emplea este término para definirla sino el de destino, pero sin advertir que por este camino realmente se está desvirtuando por completo el propio concepto de mutación demanial, pues tal como se le formula el cambio puede abarcar también lo que tradicionalmente ha sido la desafectación de los bienes de dominio público. Este temor parece acrecentarse a la vista del primero de los supuestos enunciados: alteración del uso o servicio al que estuviere destinado el bien, de difícil interpretación si no es la más sencilla del cambio de un uso público o servicio público por otro diferente, interpretación tan obvia que redunda con el propio concepto de mutación demanial, pero que interpretada de otra manera fácilmente rebasa el clásico concepto de mutación demanial. El segundo de los supuestos más bien parece apuntar a las llamadas mutaciones demaniales subjetivas, pues de otra manera carece de sentido. Su función es permitir la transmisión de tales bienes conservando su carácter demanial. Aquí tiene perfecto sentido esta técnica. En el fondo se trata de un supuesto de sucesión administrativa operable sobre bienes demaniales, aunque

regulada ésta en los términos del art. 14 queda poco espacio, no queremos decir que ninguno, para esta fórmula de transferencia de titularidad.

En definitiva, la Ley revela las tensiones que en la actualidad surcan la conceptuación de los bienes públicos, cuando los dogmas tradicionales centrados en el dominio público, la afectación, el carácter negativo y residual de los bienes patrimoniales etc... se encuentran en importante medida desfasados y superados por una realidad plural y asimétrica que se resiste a encerrarse en aquellos viejos marcos. Ciertamente no es misión del legislador reconstruir un escenario conceptual que se encuentra en un estado más que ruinoso, pero conviene no olvidarlo a la hora de interpretar esta Ley.

VI. PRINCIPALES NOVEDADES DE LA NUEVA REGULACION DE LOS BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES EN ANDALUCIA

No puede decirse que, en general la Ley de Bienes de las Entidades Locales sea muy innovativa. La mayor parte de sus aportaciones son bastante de detalle respecto de la regulación que se contiene en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986. Aparte la incorporación del actual entorno contractual de las Administraciones públicas constituido por la Ley 13/1995, de 18 de mayo con sus modificaciones, un haber de la Ley en cuanto que, al menos, clarifica y ayuda, como se observa en los arts. 10 sobre adquisición de bienes o el 16, 20 y 21 acerca de las formas de enajenación, las innovaciones más significativas se centran en la aportación de bienes que se regula en el art. 23, la permuta de cosa futura (art. 25) y la orientación que se ha querido imprimir a la regulación del desahucio administrativo, marcando distancias con la contenida en aquel Reglamento.

La aportación de bienes que regula el art. 23 contiene realmente figuras diversas que creemos debieron regularse separadamente Así junto a lo que efectivamente es una aportación, y así aparece en el primer apartado se contempla la adscripción de bienes demaniales a que se refiere el segundo que, como acertadamente se dice, no supone ninguna forma de transmisión de titularidad y puede hacerse a favor de Entes públicos dependientes de la Entidad local o de otras Administraciones públicas.

Sin embargo la razón de ser del precepto se cifra en posibilitar, fuera de dudas, la aportación de concesiones administrativas a las sociedades mercantiles de capital íntegra o parcialmente de la Entidad Local. La concesión debidamente valorada será además abonada a la entidad local a través del canon

que se fije. La aportación de la concesión demanial podrá revestir la forma de prestación accesoria, retribuida o no, sin integración en el capital social de la empresa. También tendrá la consideración de prestación accesoria retribuida la aportación de bienes demaniales afectos al servicio público municipal que sea objeto de la sociedad mercantil sin que puedan integrarse en el capital de ésta. Realmente se trata de una regulación muy sintética cuya operatividad requiere el correspondiente desarrollo reglamentario que aclare indudables interrogantes que en tan escuetos términos plantea.

La permuta de cosa futura que regula el art. 25 reviste mucha mayor claridad. No creemos que con la remisión del art. 80. 2 de la Ley Reguladora de la Base de Régimen Laboral y la extensa habilitación del art. 1 del Texto Refundido de Disposiciones Vigentes en materia de Régimen Local pudieran abrigarse muchas dudas razonables acerca de la posibilidad de dicha permuta y de las cláusulas necesaria para llevarla a cabo. Pero acaso la previsión del segundo párrafo de este artículo justifique su inclusión en la Ley: Será preciso en todo caso que el permutante preste aval suficiente por el valor del bien, previa tasación pericial del técnico designado por la entidad local correspondiente. La cancelación del aval procederá cuando el bien futuro tenga existencia real y se haya consumado la permuta.

Quizá uno de los aspectos más positivos de la nueva Ley en nuestra opinión está constituido por la regulación del desahucio administrativo. Nos parece muy positivo, de entrada, la separación de la regulación del desahucio de la ocupación de bienes expropiados por las entidades locales, remitiendo la regulación de esta última a sus normas específicas. El desahucio se circunscribe a los supuestos que contempla el art. 68:

Cuando se extinga el derecho de ocupación de los particulares sobre bienes de dominio público, en los supuestos de concesión, autorización o cualquier otro título.

Cuando los bienes hayan sido usurpados u ocupados por los particulares sin título jurídico alguno, clandestinamente o contra la voluntad de la entidad.

No obstante, la recuperación de los bienes patrimoniales sólo podrá ser realizada directamente por la entidad local en el plazo de un año desde que tuvo constancia de la ocupación.

Cuando declaren extinguido el derecho de ocupación de bienes que hayan sido entregados a sus funcionarios y demás personal a su servicio por razón de los puestos de trabajo que desempeñen.

Si antes hemos alabado la separación que la Ley establece entre el desahucio y la expropiación forzosa, ahora hemos de criticar la vinculación que del mismo se hace a la recuperación de oficio. El hecho indudable de que se trate de un procedimiento de ejecución caracterizado por el lanzamiento de un inmueble de un ocupante sin título suficiente no autoriza a identificarlo con el carácter ejecutivo que, sin duda, tiene las resoluciones que declaran la recuperación de oficio. El desahucio tiene en nuestra opinión el espacio jurídico que le otorgan los apartados a y c del texto transcrito.

Otras disposiciones de interés para la Comunidad Autónoma (*)

ADMINISTRACION LOCAL

ORDEN de 22 de diciembre de 1998 (Consejería de Gobernación y Justicia). Régimen de concesión de subvenciones a las Entidades Locales para la financiación de gastos corrientes originados en el Ambito de sus competencias.
BOJA núm. 6, de 14 de enero.

AGRICULTURA, GANADERIA, PESCA Y CAZA

ORDEN de 6 de octubre de 19998 (Consejería de Agricultura y Pesca). Reglamento específico de producción independiente de cítricos.
BOJA núm. 119, de 20 de octubre.

ORDEN de 6 de octubre de 1998 (Consejería de Agricultura y Pesca). Regulación de la actividad marisquera en el Coto de Doñana.
BOJA núm. 119, de 20 de octubre.

ORDEN de 22 de octubre de 1998 (Consejería de Agricultura y Pesca). Presentación de las declaraciones de cultivo del olivar para la campaña 1998-1999 y siguientes.
BOJA núm. 123, de 29 de octubre.

ORDEN de 3 de noviembre de 1998 (Consejería de Educación y Cultura). Acondicionamiento de granos destinados a la siembra y creación del registro de establecimientos autorizados para esta actividad.
BOJA núm. 132, de 19 de noviembre.

ORDEN 19 de noviembre (Consejería de Medio Ambiente). Funciones y acreditación de los guardias de coto de caza en la Comunidad Autónoma de Andalucía.
BOJA núm. 144, de 19 de diciembre.

(*) Correspondiente al cuarto trimestre de 1998 y primer trimestre de 1999.

DECRETO 260/1998, de 15 de diciembre (Consejería de Presidencia). Normativa reguladora de la expedición del carné para la utilización de plaguicidas.
BOJA núm. 3, de 7 de enero.

ORDEN de 18 de diciembre de 1998 (Consejería de Medio Ambiente). Regulación de las vedas y períodos hábiles de pesca continental de la Comunidad Autónoma de Andalucía en la temporada.
BOJA núm. 6, de 14 de enero.

ORDEN de 29 de diciembre de 1998 (Consejería de Agricultura y Pesca). Ayudas a superficies y primas ganaderas.
BOJA núm. 7, de 16 de enero.

ORDEN de 20 de enero (Consejería de Agricultura y Pesca). Autorización de industrias de entramado, centros de compras y operadores en origen de aceitunas para actuar en el régimen de ayudas en la producción de aceituna de mesa.
BOJA núm. 16, de 6 de febrero.

ORDEN de 4 de marzo de 1999 (Consejería de Agricultura y Pesca). Ayudas para la aplicación de Planes de Pesca en el litoral andaluz.
BOJA núm. 33, de 18 de marzo.

COMERCIO

ORDEN de 25 de noviembre de 1998 (Consejería de trabajo e Industria). Calendario de festivos para la apertura de los comercios al público durante 1999.
BOJA núm. 142, de 15 de diciembre.

CONSUMO

ORDEN de 16 de febrero de 1999 (Consejería de Agricultura y Pesca). Aprobación del Reglamento de la denominación de origen del Condado de Huelva y su Consejo Regulador.
BOJA núm. 30, de 11 de marzo.

DEPORTE

ORDEN de 13 de enero de 1999 (Consejerías de Turismo y Deporte y de Educación y Ciencia). Programa deportivo escolar en Andalucía.
BOJA núm. 17, de 9 de febrero.

ORDEN de 14 de enero de 1999 (Consejería de Turismo y Deporte). Reestructuración de los Juegos Deportivos de Andalucía e iniciación al rendimiento deportivo.

BOJA núm. 17, de 9 de febrero.

ECONOMIA

ORDEN de 17 de diciembre de 1998 (Consejería de Trabajo e Industria). Desarrollo de programas de promoción de la economía social.

BOJA núm. 9, de 21 de enero.

ORDEN de 15 de diciembre de 1998 (Consejería de Trabajo e Industria). Normas reguladoras de las ayudas a las empresas que se establezcan en el Parque Tecnológico de Andalucía de Málaga.

BOJA núm. 13, de 30 de enero.

ORDEN de 4 de enero de 1999 (Consejería de Trabajo e Industria). Procedimiento para la tramitación de los expedientes de subvención en las Zonas de Acción Especial.

BOJA núm. 16, de 6 de febrero.

EDUCACION

ORDEN de 15 de octubre de 1998 (Consejería de Educación y Ciencia). Procesos electorales para la renovación y constitución de los Consejos Escolares en los Centros docentes públicos y privados concertados.

BOJA núm. 123, de 29 de octubre.

ORDEN de 30 de octubre de 1998, por la que se aprueban determinados proyectos editoriales para educación infantil, primaria, secundaria obligatoria y bachillerato, y se autoriza el uso de los libros y material curriculares correspondientes, en los Centros docentes, públicos y privados de Andalucía.

BOJA núm. 139, de 5 de diciembre.

ORDEN de 21 de diciembre de 1998 (Consejería de Educación y Ciencia). Ayudas para Centros coordinadores o asociados a Proyectos Educativos Europeos en el marco del Programa Comenius.

BOJA núm. 17, de 9 de febrero.

ORDEN de 22 de diciembre de 1998 (Consejería de Educación y Ciencia). Desarrollo de Programas educativos conjuntos en el marco del Programa Sócrates.

BOJA núm. 17, de 9 de febrero.

ORDEN de 16 de febrero de 1999 (Consejería de Educación y Ciencia). Escolarización y matriculación del alumnado en los Centros docentes públicos y privados concertados, a excepción de los universitarios.
BOJA núm. 24, de 25 de febrero.

ORDEN de 17 de febrero de 1999 (Consejería de Educación y Ciencia). Ayudas para la realización de actividades complementarias extraescolares en los centros docentes públicos no universitarios.
BOJA núm. 33, de 18 de marzo.

ORDEN de 16 de febrero de 1999 (Consejería de Educación y Ciencia). Proyectos editoriales y autorización del uso curricular de libros de enseñanza correspondiente a los Centros públicos y privados concertados de Educación infantil, primaria, secundaria obligatoria y bachillerato.
BOJA núm. 37, de 27 de marzo.

FUNCION PUBLICA

ORDEN de 9 de noviembre de 1998 (Consejería de Gobernación y Justicia). Instrucciones y criterios de actuación en los procedimientos de elecciones sindicales del personal al servicio de la Junta de Andalucía.
BOJA núm. 133, de 21 de noviembre.

HACIENDA

ORDEN de 5 de octubre de 1998 (Consejería de Economía y Hacienda). Cierre del ejercicio presupuestario de 1998.
BOJA núm. 120, de 22 de octubre.

INDUSTRIA

DECRETO 178/1998, de 16 de septiembre (Consejería de Trabajo e Industria). Obligaciones complementarias de seguridad en aparatos ascensores.
BOJA núm. 121, de 24 de octubre.

ORDEN de 29 de diciembre de 1998 (Consejería de Trabajo e Industria). Ayudas para la renovación y mejora de las condiciones de seguridad en los ascensores.
BOJA núm. 16, de 6 de febrero.

MEDIO AMBIENTE

ORDEN de 18 de diciembre de 1998 (Consejería de Medio Ambiente). Fijación de las concentraciones límites en los suelos afectados por el accidente minero de Aznalcóllar.
BOJA núm. 5, de 12 de enero.

SANIDAD

DECRETO 195/1998, de 13 de octubre (Consejería de Salud). Regulación de la prestación ortoprotésica.
BOJA núm. 125, de 3 de noviembre.

ORDEN de 23 de octubre de 1998 (Consejería de Salud). Actualización y desarrollo del sistema de presupuestación y tarifación de convenios y conciertos para la prestación de asistencia sanitaria en centros hospitalarios.
BOJA núm. 128, de 10 de noviembre.

DECRETO 23/1999, de 23 de febrero (Consejería de Salud). Reglamento sanitario de las piscinas de uso colectivo.
BOJA núm. 36, de 25 de marzo.

SERVICIOS SOCIALES

ORDEN de 3 de noviembre de 1998 (Consejería de Asuntos Sociales). Regulación de la admisión de solicitud de adopción de menores tutelados por la Junta de Andalucía.
BOJA núm. 134, de 24 de noviembre.

ORDEN de 8 de enero de 1999 (Consejería de Asuntos Sociales). Regulación y convocatoria de subvenciones en materia de asuntos sociales.
BOJA núm. 11, de 26 de enero.

ORDEN de 8 de enero de 1999 (Consejería de Asuntos Sociales). Regulación de la cooperación con las Diputaciones y los Ayuntamientos andaluces en materia de servicios sociales comunitarios.
BOJA núm. 11, de 26 de enero.

TRANSPORTE

ORDEN de 15 de diciembre de 1998 (Consejería de Obras Públicas y Transportes). Revisión de las tarifas y reglas de aplicación de los servicios públicos regulares de transporte de viajeros por carretera.

BOJA núm. 145, de 22 de diciembre.

ZONA MARITIMO TERRESTRE

ORDEN de 23 de febrero de 1999 (Consejería de Turismo y Deporte). Procedimiento general de concesión de ayudas para equipamiento de playas en Andalucía.

BOJA núm. 38, de 30 de marzo.

NOTICIA DE REVISTAS AUTONOMICAS

Noticia de Revistas Autonómicas (*)

(1) § Comunidades Autónomas, Derecho autonómico, Distribución de competencias.

BENARDI GIL, Xavier, *Los nuevos poderes de las Comunidades Autónomas sobre los puertos de interés general*, "RVAP", núm. 52, septiembre-diciembre 1998, págs. 101-143.

Partiendo de un completo estudio de los datos primarios de la evolución (distribución constitucional y estatutaria de competencias en la materia) analiza BENARDI GIL la reforma operada como consecuencia del Acuerdo PP-CiU de Investidura y Gobernabilidad. En su opinión la reforma no ha cumplido plenamente dichos acuerdos, en particular, la transferencia de la gestión de los puertos de interés general. No obstante lo cual, la Ley de Puertos, 62/1997, de 26 de noviembre ha operado mutaciones de gran calado no sólo referentes al nombramiento de autoridades, sino a la determinación de tarifas y cánones, la disminución de competencias y funciones del Ente Público Puertos del Estado y el correlativo aumento de las funciones correspondientes a las autoridades portuarias(art. 37). Culmina este estudio realizando una crítica sobre el camino elegido para dar cumplimiento a la reforma "pactada", una verdadera transferencia encubierta de competencias en vez de utilizar los mecanismos previstos en la CE (mediante Ley Orgánica de transferencia o delegación, acaso reforzada con una Ley marco del art. 150 1 CE, o bien mediante una modificación constitucional o estatutaria). El último acto en la materia, la STC 40/1998, de 19 de febrero ha "convalidado" la vía utilizada dejando inalterada la cuestión de los problemas apuntados por la doctrina de la "huida del Derecho constitucional".

HIMSWORTH, C.M.G., *Los procesos de descentralización y sus impactos en las administraciones locales (análisis de la experiencia escocesa)*, "RVAP", núm. 52, septiembre-diciembre 1998, págs. 195-215.

El más reputado especialista en la materia es el autor del estudio. No debe olvidarse que HIMSWORTH es autor (junto con C.R. MUNRO) de los primeros y pioneros comentarios a la *Scotland Act* de 1998, W. Green/Sweet & Maxwell, Edinburg 1999, publicación obviamente posterior al estudio que recensionamos. Pero volviendo a este artículo debe destacarse su utilidad más allá del tema que aborda. Su lectura proporciona las claves últimas de la evolución del Régimen Local británico. También sirve para constatar que los problemas de la Administración Local son desgraciadamente universales.

---

(1) Sección a cargo de Jesús JORDANO FRAGA.

URRETAVIZCAYA AÑORGA, Iñaki, *Hacia la homogeneidad institucional autonómica a la luz de las recientes reformas estatutarias*, "RVAP", núm. 52, septiembre-diciembre 1998, págs. 265-305.

Este interesante estudio de Derecho autonómico "comparado" pasa revista a la homogeneidad en la estructuración institucional autonómica (Parlamento, Presidente de las CCAA, Gobierno de las CCAA , y sistema de relaciones entre las asambleas y ejecutivos autonómicos). Termina el estudio analizando las últimas reformas en la materia y mostrando su escepticismo por unas reformas, que aunque valora positivamente, no considera suficientes para revitalizar la vida parlamentaria autonómica enferma de partitocracia.

MAURI I MAJOS, Joan, *La distribución de competencias en materia de función pública*, "A (RCDP) ", núm. 24, febrero 1999, págs. 37-63. vid (2).

BARREDA, Mikel & GALOFRE, María, *La legitimación de las decisiones legislativas en los parlamentos de Cataluña, Euskadi y Galicia (1990-1995)*, "A (RCDP) ", núm. 24, febrero 1999, págs. 169-188.

Los autores hacen un sugestivo repaso a la actividad parlamentaria de la "tres" comunidades históricas durante la última legislatura. El estudio está pleno de estadísticas de interés sobre la producción normativa centrando su análisis en la legitimación de la actividad parlamentaria observando interesantes claves de su evolución.

(2) § Administraciones Públicas/ Función Pública.

RUIZ OJEDA, Alberto, *Realidad y régimen jurídico-financiero de la provisión de obras y dotaciones públicas mediante empresa mixta en el ámbito local: la reversión de activos y la remuneración del socio privado*, "REALA " núm. 278, septiembre-diciembre 1998, págs. 101-170.

En este extenso estudio se aborda con rigor el régimen jurídico de las empresas mixtas locales. El análisis es integral y realista: y es que no se limita a los aspectos jurídico-administrativos, sino que se extiende a aspectos presupuestarios y financiero-contables. Pero el verdadero interés del estudio es que lejos de ser estrictamente teórico aborda el problema desde los problemas reales y, sobre todo, desde el examen de la patología funcional de la figura. Así, por ejemplo, son analizados en este estudio: los problemas relativos a la valoración de las aportaciones no dinerarias realizadas por la entidad local y el problema del control administrativo de la actuación societaria; el equilibrio económico-financiero de la empresa mixta; y la remuneración del socio privado-contratista. Concluye el autor, no sin razón que esta modalidad gestora se ha visto contaminada por los vicios y defectos de las empresas públicas puras con el consiguiente problema de asignación de riesgos. Cree igualmente con acierto que el equilibrio económico financiero debe conseguirse ejercicio a ejercicio y que deben esta-

blecerse correctamente los presupuestos de la relación entre los socios y la vida de la sociedad; debe evitarse la manipulación que puede suponer la valoración de las aportaciones no dinerarias y es asimismo imprescindible la disciplina contable a fin de evitar espejismos patrimoniales.

CATALAN SENDER Jesús, *Los informes de los Secretarios de las Corporaciones Locales. Evolución legislativa, doctrina y jurisprudencia,* "REALA " núm. 278, septiembre-diciembre 1998, págs. 171-196.

Especial "Función pública, "A (RCDP) ", núm. 24, febrero 1999, con estudios de:

SANCHEZ MORON, Miguel, *Reflexiones sobre las vinculaciones constitucionales en materia de empleo público,* "A (RCDP) ", núm. 24, febrero 1999, págs. 11-36.

Reflexiona SANCHEZ MORON sobre el futuro de la función pública desde los problemas que plantea la retirada del Estado, la privatización y la propia crisis social de la función pública. Examina después las alternativas desde una perspectiva constitucional: sistema monista estatutario; sistema dual, y privatización o laboralización. Desde esa perspectiva constitucional defiende SANCHEZ MORON el carácter abierto también en esta materia de nuestra Constitución: desde esta perspectiva para el autor la identificación entre funcionario (arts. 103.3 y 149.1.18 CE) y régimen estatutario no es inevitable para el conjunto o la mayoría de los empleados públicos. Tampoco considera que el régimen laboral sea en sí mismo contrario a la imparcialidad. La verdadera amenaza para la imparcialidad es, según el autor, la libre designación.

MAURI I MAJOS, Joan, *La distribución de competencias en materia de función pública,* "A (RCDP) ", núm. 24, febrero 1999, págs. 37-63.

En este estudio se aborda la crucial cuestión del alcance o determinación de lo básico en la materia. Para ello se hace un recorrido por nuestra Constitución, estatutos de autonomía y jurisprudencia constitucional (en esto último especialmente exhaustivo). En su opinión debe profundizarse en la distinción entre principios básicos de ordenación de la burocracia pública y los instrumentos de planificación , ordenación y gestión del personal de las administraciones públicas. Desde estas premisas el autor realiza un listado de lo que en función pública debe ser básico adaptado a lo que su opinión debe ser el Estado autonómico.

STEVENS Anne, *Etica y Códigos de conducta: cuestiones actuales en la función pública británica,* "A (RCDP) ", núm. 24, febrero 1999, págs. 65-79.

FEREZ FERNANDEZ, Manuel, *Reflexiones en torno a los principales cambios producidos en la función pública norteamericana (1978-1998): mito y realidad,* "A (RCDP) ", núm. 24, febrero 1999, págs. 81-118.

RODRIGUEZ PONTON, Francisco José, *Gobierno, Política y Administración: elementos de debate para las administraciones independientes,* "A (RCDP) ", núm. 24, febrero 1999, págs. 189-232.

Versa este estudio sobre el creciente fenómeno de las administraciones independientes. De particular interés son las reflexiones que se hacen sobre la causas y elementos justificativos de la creación de las administraciones independientes. Termina reflexionado sobre el alcance limitado de la independencia (más bien neutralización) y sobre la propia desconfianza hacia el actual sistema que las Administraciones Independientes representan.

AYUSO RUIZ-TOLEDO, Mariano, *El Pacto Local en la Ley de Bases de Régimen Local: atribuciones del Alcalde y del Pleno Municipal,* "RVEA", núm. 26 1999, págs. 237-262.

Realiza AYUSO RUIZ-TOLEDO una exhaustiva síntesis del entonces proyecto de modificación de la LRBRL, proyecto que como es sabido ha dado lugar a la Ley 11/1999, de 21 de abril. Estas reformas en fase de proyecto son valoradas positivamente por el autor que califica la reforma como una profundización en el modelo presidencialista.

VIVANCOS COMES, Mariano, *La territorialización del Pacto Local,* "RVEA", núm. 26 1999, págs. 237-262.

Este estudio de innegable interés pone al lector al día porque se refiere a la plasmación del Pacto Local en el ámbito valenciano. El estudio está pleno de datos de interés e informaciones de primera mano como las referentes a las propuestas en el seno de la FVMP.

SALANOVA ALCALDE Ramón, *La Ley 7/199, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón,* "RArAP", núm. 11, junio 1999, págs. 385-400.

(3) § Potestad Reglamentaria, Acto, Procedimiento administrativo y Contratación. Control Jurisdiccional de las Administraciones Públicas.

HOYO RODRIGO José, *Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común,* "RVEA", núm. 26 1999, págs. 337-345.

Brevísima y descriptiva síntesis de las innovaciones introducidas por la Ley 4/1999.

AYMERICH CANO, Carlos I., *Entes instrumentais e dereito comunitario da contratación pública: O concepto de "organismo de dereito público"*, "REGAP ", núm. 20, septiembre-diciembre 1998, págs. 181-199.

GIMENO FELIU, Jose María, *Reversión por incumplimiento en el contrato de donación entre Administraciones Públicas*, "RArAP", núm. 11, junio 1999, págs. 105-130.

Se estudia en este artículo la naturaleza jurídica de la donación entre Administraciones Públicas como contrato administrativo especial debiendo someter su régimen a las prescripciones del Derecho administrativo y sólo supletoriamente a las del Derecho civil. De ello deriva directas consecuencias relativas a la formalización del contrato (basta el documento administrativo) y a la interpretación del clausulado en manos del donante. De gran interés es el estudio de la incidencia del fin público en el contrato de donación entre Administraciones Públicas: para el autor en atención a criterios de autointegración es posible la reversión de lo donado por incumplimiento. Todas estas conclusiones están avaladas por un extenso examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *La reforma del procedimiento administrativo y del régimen procesal contencioso-administrativo: presupuestos y objetivos*, "RArAP", núm. 11, junio 1999, págs. 403-418.

El lector tiene aquí una excelente síntesis de las innovaciones introducidas por las leyes 29/1998, de 13 de julio y 4/1999 , de 13 de enero. La síntesis posee el indudable interés de contener numerosas confidencias explicativas del origen, causa y finalidad de las reformas introducidas.

(4) § Hacienda pública, Bienes, expropiación y responsabilidad.

CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, José Luis, *El privilegio de inembargabilidad ante el Tribunal Constitucional (un comentario a la STC 166/1998, de 15 de julio)*, "REALA " núm. 278, septiembre-diciembre 1998, págs. 11-29.

Hace un recorrido CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR por la jurisprudencia constitucional que ha hecho posible llegar a la STC 166/1998 (SSTC 32/1982, 61/1984, 107/1992), para continuar sobre las bases doctrinales inspiradoras del giro jurisprudencial (fundamentalmente la crítica a la inembargabilidad realizada por GARCIA DE ENTERRIA). El certero comentario finaliza cuestionando elementos estructurales del fallo: el débil criterio de la afectación por inseguro y la cuestionable extensión del privilegio de la inembargabilidad a los recursos financieros de la Administración Local.

POMED SANCHEZ, Luis, *Significado histórico de las singularidades procesales en materia de expropiaciones agrarias: el recurso de reversión ante la Sala de lo social del Tribunal Supremo,* "RArAP", núm. 11, junio 1999, págs. 57-104.

Estudia POMED la larga evolución de singularidad del art. 97 de la LEF al que denomina con acierto "un incoherente «caballo de Troya» normativo". Para ello realiza una exégesis amplia que hunde sus raíces en el Derecho agrario de la segunda república pasando a estudiar la pervivencia del recurso en el Derecho del Estado franquista. Culmina el estudio con la STC 224/1993 y la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa como "final del dislate" al derogar los arts. 114 y 249 LRDA en su disposición derogatoria segunda.

(5) § Modalidades administrativas de Intervención (Policía, Fomento, Servicio público, Actividad sancionadora, Arbitral y Planificadora).

PEMAN GAVIN, Ignacio, *Dificultades para una delimitación sustantiva del concepto de sanción. Pautas para un replanteamiento de la cuestión,* "RArAP", núm. 11, junio 1999, págs. 131-202.

Es parte este trabajo del libro del autor El sistema sancionador Español (Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas), CEDECS Editorial. El acierto del mismo es indudable: pocos campos hay tan necesitados de atención dogmática como este. En este generoso aperitivo de la magna obra anunciada, PEMAN GAVIN se rebela contra un concepto de sanción sustantivo y amplísimo . En su opinión el concepto de sanción debe ser objeto de forma análoga al concepto de pena, de modo que se considere que a partir de unos determinados requisitos sustantivos, tiene un carácter legal o formal. Examina finalmente la finalidad represora de la sanción como criterio delimitador del concepto realizando interesantes puntualizaciones sobre su alcance teniendo presente las elaboraciones del Derecho Penal.

(6) § Sectores Administrativos de Intervención. Derecho Administrativo económico (Aguas, Montes, Minas, Costas, Agricultura y pesca, Urbanismo y Ordenación del territorio, Medio ambiente, Energía, Telecomunicaciones, Patrimonio cultural, etc.).

COLOM PASTOR, Bartomeu, *El derecho de los propietarios al reintegro de los gastos de instalación de las redes de suministro de energía eléctrica,* "REALA " núm. 278, septiembre-diciembre 1998, págs. 31-57.

Se estudian en este artículo los grupos normativos eléctricos y urbanístico en relación con los problemas que plantean las normas de los referidos grupos. En particular se desciende sobre el fundamento del derecho al reintegro de los gastos y las clases de suelo y sistema de actuación al que se refiere el derecho al reintegro reconocido en

el art. 122.1a) de la Ley del Suelo. Finaliza el estudio con una propuesta para compatibilizar las normas de los grupos normativos en presencia: obligación de las empresas distribuidoras de ampliar las redes existentes sin perjuicio de las compensaciones derivadas de las tarifas, de los derechos de acometida y de los derechos por las demás actuaciones necesarias para atender los requerimientos de los usuarios; obligación por parte de los propietarios afectados de instalar las redes de energía eléctrica y de sufragar inicialmente los gastos derivados de la instalación, sin perjuicio del derecho al reintegro de los gastos de estas redes con cargo a las empresas distribuidoras.

PEREZ PULIDO, Joan Pere, *La ordenación del subsuelo urbano,* "REALA " núm. 278, septiembre-diciembre 1998, págs. 59-99.

En este interesante artículo se esbozan las líneas esenciales del régimen jurídico del subsuelo urbano: naturaleza jurídica, notas características, legislación sectorial, ordenación urbanística (ámbito competencial, intervención urbanística, etc.). De particular interés el examen que se realiza sobre los aparcamientos subterráneos en dominio público y el aprovechamiento comunal del subsuelo.

MEILAN GIL, José Luis & FERNANDEZ CARBALLAL, Almudena, *A lei do solo de Galicia e a lexilación urbanística do Estado,* "REGAP ", núm. 20, septiembre-diciembre 1998, págs. 13-50.

Realizan MEILAN GIL y FERNANDEZ CARBALLAL un estudio sobre la Ley 1/1997, de 24 de marzo del Suelo de Galicia. Destacan las incoherencias con el grupo normativo estatal, incoherencias que arrancan ya de las propias concepciones ideológicas substrato de las legislaciones estatal y autonómica. Destacan como la Ley 6/1998 influye en la Ley gallega y obliga a modificarla o a interpretarla de conformidad con aquella (lo que trata de resolver la Instrucción 1/1998, de 24 de julio, de la Consejería de Política Territorial, Obras públicas y Vivienda de la Xunta de Galicia, D.O.G de 25 de septiembre). Tras estas consideraciones los autores realizan un recorrido por la Ley del Suelo de Galicia (clasificación del Suelo, régimen jurídico del suelo urbano (derechos y deberes), régimen jurídico del suelo urbanizable, régimen jurídico del suelo rústico para concluir que el apego al Derecho urbanístico estatal crónicamente desusado es la mejor garantía para la consecución de idénticos defectos por parte del Legislador gallego.

GONZALEZ BOTIJA, Fernando, *Los límites del derecho de propiedad en el marco del sistema jurídico de la cuota láctea,* "REGAP ", núm. 20, septiembre-diciembre 1998, págs. 151-177.

AGUIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, Iñaki, *Nuevas perspectivas de la enseñanzas y titulaciones deportivas,* "RVAP" , núm. 52, septiembre-diciembre 1998, págs. 11-32.

BENARDI GIL, Xavier, *Los nuevos poderes de las Comunidades Autónomas sobre los puertos de interés general,* "RVAP", núm. 52, septiembre-diciembre 1998, págs. 101-143. vid. (1).

SARASOLA GORRITI, Silvia, *En torno a la reserva de servicios esenciales en la legislación básica,* "RVAP", núm. 52, septiembre-diciembre 1998, págs. 217-264.

En este completo estudio SARASOLA GORRITI disecciona la institución. Estudia el régimen jurídico de la intervención del municipio en la actividad económica en régimen de libre concurrencia; la reserva de servicios esenciales; los servicios públicos locales; el sentido de la reserva contenido en el art. 86.3 LRBRL; el objeto de la reserva; el procedimiento; los modos de gestión de la actividad reservada y la incidencia del Derecho comunitario sobre la reserva de recursos o servicios esenciales. Concluye la autora que el proceso imparable de liberalización hace pensar que el camino de desreserva emprendido en materia de servicios funerarios es la tendencia imparable.

CERRILLO i MARTINEZ Agustí, *El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente. Análisis de la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, de acceso a la información en materia de medio ambiente,* "A (RCDP) ", núm. 24, febrero 1999, págs. 121-167.

Se desbroza en este artículo -que trae causa de la memoria de licenciatura del autor a la postre publicada como La transparencia administrativa: Unión europea y medio ambiente, Valencia Tirant lo Blanch, 1998- el régimen jurídico de libertad de información relativa al medio ambiente. Llama poderosamente la atención lo exhaustivo del análisis pese a la juventud del autor: la bibliografía manejada es toda la existente en la materia y, sobre todo, posee lo que mi Maestro, el Prof. PEREZ MORENO llama "tercera dimensión". El autor llega a conclusiones propias plenas de interés formulando propuestas de superación de la regulación vigente. A destacar la interpretación sobre la divergencia respecto del régimen general de acceso contenidas en la Ley 38/1995; o la propuesta de introducción de un órgano a imagen y semejanza de la Commission d´Accés aux Documents Administratifs francesa a fin de superar el camino sin salida que supone la denegación y el consiguiente indeseado/desesperante contencioso-administrativo.

NOGUEIRA LOPEZ, Alba, *Repercusións ambientais das canteiras: aproximación xurídica a certas técnicas de control e vías de limitación dos impactos,* "REGAP ", núm. 20, septiembre-diciembre 1998, págs. 201-218.

MARTIN-RETORTILLO BAQUER Sebastián, Mariano Royo Urieta: *«cartas sobre riegos» y la organización del canal imperial de Aragón,* "RArAP", núm. 11, junio 1999, págs. 11-40.

VILLARINO SAMALEA, Gonzalo, *La ruptura de los monopolios locales en materia de telecomunicaciones, La Telecommnications Act (1996) de los Estados Unidos,* REALA " núm. 278, septiembre-diciembre 1998, págs. 199-211.

FERNANDEZ FARRERES Germán, *Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico de la interconexión de la redes de telecomunicaciones,* "RArAP", núm. 11, junio 1999, págs. 41-55.

Realiza FERNANDEZ FARRERES un pormenorizado estudio del problema de la interconexión de redes crucial para una efectiva y real liberalización que evite los monopolios de hecho. Partiendo del concepto jurídico contenido en el anexo de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de telecomunicaciones estudia FERNANDEZ FARRERES los principios jurídicos de la interconexión: obligación de los titulares de redes públicas de facilitar la interconexión con otras redes; acuerdos de interconexión; facultades de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para exigir la efectividad de la interconexión; y precios de la interconexión. A resaltar la paradoja que el autor destaca: la liberalización en este caso ha aumentado los poderes de intervención. Precisamente concluye FERNANDEZ FARRERES que del uso que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones haga de esos poderes depende la propia efectividad de la interconexión de redes.

TEJEDOR BIELSA Julio C., *Deber de conservación, ruina y rehabilitación al servicio de la regeneración de la ciudad,* "RArAP", núm. 11, junio 1999, págs. 203-251.

Este completo estudio aborda en primer término el deber de conservación y la ruina en la legislación estatal : ruina como concepto jurídico indeterminado o «estado de hecho objetivo»; las diversas variedades de ruina (ruina normal técnica, económica y urbanística, ruina inminente; consecuencias del incumplimiento del deber de conservación). Después de este generoso análisis desciende el autor a la regulación autonómica centrándose en los *cases studies* Valenciano, Castellano-Manchego y Aragonés extendiendo dicho análisis a las actuaciones integrales de rehabilitación en dicha legislación urbanística autonómica.

SALERNO Antonella, *Los bancos centrales y la transferencia de la potestad monetaria. El ejemplo del Banco de España,* "RArAP", núm. 11, junio 1999, págs. 439-470.

PALACIO y de MONTEMAYOR, Gloria Emilia, *Régimen Jurídico del turismo rural,* "RArAP", núm. 11, junio 1999, págs. 625-674.

(7) § Varia.

ASTOLA MADARIAGA, Jasone, *Los principios generales del Derecho comunitario y la garantía de los derechos fundamentales,* "RVAP" , núm. 52, septiembre-diciembre 1998, págs. 79-99.

En este estudio se hace exhaustiva revista de los centros de gravedad de la interacción entre derechos fundamentales y Derecho de la Unión Europea. ASTOLA MADARIA tras una introducción de síntesis (derechos fundamentales, CEDH, etc.) pasa a analizar los principios generales del Derecho comunitario como fuente de protección de los derechos fundamentales desde su heterogeneidad (principios derivados del directamente del Derecho originario o principios constitucionales, aquis communautaire, formulados por el TJCE). Estudia así ASTOLA MADARIAGA cual es el valor de estos principios, su rango jerárquico. Obviamente después de escrutar estos datos sólo puede concluir que los tribunales constitucionales tienen un amplio espacio de juego dados los déficits inherentes al insensible Derecho de la Unión europea.

ELOSEGUI ITXASO, María, *Igualdad y diferencia hombre-mujer según el Tribunal Constitucional español,* "RVAP" , núm. 52, septiembre-diciembre 1998, págs. 145-194.

VERVAELE, J.A.E., *Regulación comunitaria y aplicación operacional de los poderes de investigación, obtención y utilización de pruebas en relación a la infracción de intereses financieros de la Comunidad Europea,* "RVAP" , núm. 52, septiembre-diciembre 1998, págs. 307-347.

En este estudio de puro Derecho administrativo europeo VERVAELE desbroza el régimen existente en la materia normalmente en régimen de ejecución indirecta por los Estados miembros, pero con aperturas a poros suplementarios de ejecución directa. Propone VERVAELE después del estudio de la posición de la UE en ambos sistemas un reforzamiento de la articulación normativa que permita un sistema más eficaz donde la protección jurídica que significan las garantías esté presente de forma plena.

GUILLEM CARRAU, Javier, *El régimen agroalimentario del euro,* "RVEA", núm. 26, 1999, págs. 163-179.

Abreviaturas

A (RCDP)	Autonomies (Revista Catalana de Derecho Público)
REALA	Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica
REGAP	Revista Galega de Administración Pública
RArAP	Revista Aragonesa de Administración Pública
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública
RVEA	Revista Valenciana d´Estudis Autonomics
VV.AA	Varios Autores

BIBLIOGRAFIA

RECENSIONES

JORDANO FRAGA, Jesús, *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Instituto Universitario de Derecho Público "García Oviedo", Madrid, 1997.

Se trata de una obra en la que se condensa, por un lado, la teoría de las nulidades de Derecho Administrativo, con un manejo de la jurisprudencia y la doctrina prácticamente exhaustivo, y, por otro, una teoría de los derechos fundamentales, de su valor, de su eficacia, de su relevancia individual y social; todo ello, además, con un amplio estudio doctrinal y jurisprudencial, de lo que da cuenta un índice completo de sentencias y autos del Tribunal Constitucional y del Supremo.

Esos dos grandes presupuestos se ponen en conexión en el art. 62.1.a) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPC). Y con aquellos presupuestos y este artículo JORDANO realiza una construcción acabada y sólida, con la que no sólo se explica la realidad de nuestro Derecho, sino que contribuye a superar ciertas disfunciones o limitaciones a la protección de tales derechos constitucionales. Todo eso tiene lugar en su proyección contencioso-administrativa y constitucional (recurso de amparo), planteando la conexión existente entre ambas.

La solidez de sus propuestas se demuestra incluso en cómo va encontrando reflejo en la reforma, entonces en tramitación parlamentaria, del citado artículo 62.1.a), de la que él ya se hace eco.

Todo ello le lleva a mantener que la nulidad es la mejor forma de proteger los derechos fundamentales. En este aspecto, la obra permanece fiel a las doctrinas clásicas referentes a la diferenciación entre la nulidad y la anulabilidad, doctrinas que han sido recientemente relativizadas por NIETO, SANTAMARIA PASTOR y BELADIEZ ROJO, entre otros autores.

En todo caso, el libro contiene, en su parte final sobre todo, un amplio análisis de la jurisprudencia en diversos campos, donde se manifiestan claramente las tesis del autor. Entre los numerosos ámbitos estudiados (especial atención merece para el práctico del Derecho el dedicado al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración) pueden destacarse, a título de ejemplo, dos. Por un lado, el requisito legal de la necesaria, verdadera y sufi-

ciente motivación de los actos administrativos que "sacrifican" derechos de los administrados. Esta exigencia le lleva incluso a criticar la doctrina jurisprudencial constitucional y contencioso-administrativa que ha admitido, en contra del tenor literal del artículo 89.5 de la LPC y de su antecedente de la LPA de 1958, la llamada motivación *in aliunde* de los actos administrativos, postulando, por el contrario, que en estos supuestos concurre una lesión del derecho fundamental implicado, merecedora de la nulidad del acto administrativo. Por otro, defiende JORDANO que la igualdad en la aplicación de la Ley por la Administración debe predicarse en relación con las actuaciones procedentes de una Administración "con autonomía constitucionalmente reconocida", cualquiera que fuera el organismo o ente de ella dependiente que hubiera dictado el acto, y no en relación con las decisiones de un mismo órgano o entidad administrativa, como sostiene el Tribunal Constitucional. Relativiza de esa manera la personalidad jurídica de los entes instrumentales, las "acotaciones subjetivas restrictivas" del principio de igualdad, en pro de la consecución de una mayor garantía de los derechos fundamentales.

En suma, como resalta el Profesor PEREZ MORENO en el Prólogo, el libro analiza todas las dimensiones de la cuestión hasta superarla críticamente y desembocar en propuestas de gran valor creativo, demostrando así el autor una gran capacidad de penetración en las instituciones y en la percepción de los principios jurídicos más adecuados y operativos en las materias que estudia. Se podrá coincidir o no con sus análisis y soluciones, mas es evidente que esta obra aborda, plantea y ofrece temas y respuestas claves de nuestro ordenamiento jurídico-público que deben considerarse en futuros estudios sobre la materia.

Humberto GOSALBEZ PEQUEÑO

José ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho (tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental).* 1ª edición, Ariel Derecho, Barcelona, 1999, 222 págs.

Las relaciones entre técnica y Derecho se han visto profundamente alteradas a causa del imponente desarrollo tecnológico que vivimos. El Derecho, que en el siglo que nos deja ha sido un motor de aceleración del progreso tecnológico y un valioso acicate para la industria que lo encarna, ha dejado de prestar un apoyo rendido a la técnica para convertirse, antes que nada, en instrumento de racionalidad frente los riesgos que el progreso genera; riesgos que no tienen ya su origen en una naturaleza indómita, sino en la actividad

humana enderezada a conjurar sus peligros y a dominarla. El riesgo es hoy, sin duda, un más significado punto de confluencia entre el Derecho y la técnica. Por ello, la primera misión del Derecho es la gestión y el tratamiento jurídico del riesgo; o lo que es igual, decidir qué riesgos se asumen y cómo se distribuyen. Pero, para poder tomar postura, el Derecho ha de afrontar previamente un problema mucho más complejo: el del conocimiento y la valoración de los riesgos de la técnica.

El conocimiento, la gestión y la valoración jurídica del riesgo son los hilos conductores de la sugerente reflexión que nos propone ESTEVE PARDO. El terreno discursivo de la obra es el Derecho ambiental, por ser el medio ambiente un receptáculo cualificado del riesgo tecnológico en el que el jurista encuentra un rico banco de pruebas. No obstante, las conclusiones y los numerosos aciertos de esta obra son extrapolables con carácter general a todos los ámbitos sociales en los que los riesgos de la técnica están presentes, pues desde un primer momento queda patente que su verdadero objeto no es la materia medioambiental sino las complejas relaciones entre el mundo del Derecho y el mundo de la técnica.

La obra se estructura en seis Capítulos. El primero emprende un análisis histórico de las relaciones entre técnica y Derecho a través del progreso tecnológico, mostrando al fin las consecuencias del actual distanciamiento entre Ciencia y Derecho y la creciente dependencia que éste muestra respecto de aquélla. Los tres poderes del Estado están afectados por esta insuficiencia del Derecho. El Legislativo se ve necesitado de los conocimientos que proporciona el mundo de la técnica por la creciente centralidad de nociones inaccesibles al jurista que fuerzan continuas remisiones normativas a conceptos técnicos. El Ejecutivo, por su parte, se ve desbordado por la notoria incapacidad de la Administración para el control del desarrollo tecnológico y de sus riesgos, que trae como consecuencia una retirada progresiva de la Administración y una correlativa emergencia de sujetos privados y organizaciones especializadas que han irrumpido en ese ámbito. Finalmente, el problema para el Poder judicial es desenvolverse en la incerteza que genera la penetración de conceptos técnicos en el mundo jurídico, que se manifiesta tanto en la determinación previa de los hechos como en la fase decisoria de aplicación del Derecho.

En el contexto de estos problemas y carencias, se hace evidente que el riesgo tecnológico es el aspecto más relevante de la técnica para el Derecho y es, por tanto, la más importante vía de canalización las actuales relaciones entre ambas esferas. Dentro de la tipología de riesgos de la técnica, la noción crucial es la de riesgo jurídicamente inadmisible, que delimita las fronteras del

riesgo tolerado y, en definitiva, encuadra el problema de su distribución en el cuerpo social y el de la responsabilidad.

Los Capítulos segundo y tercero abordan la reacción del Derecho ante la complejidad técnica y el riesgo tecnológico, donde se ha pasado de las tradicionales formas policiales de actuación defensiva frente a los peligros del desarrollo al nuevo concepto jurídico del tratamiento o la gestión integral de riesgos. La insuficiencia de las clásicas medidas correctivas de la Administración, basadas en la unilateralidad y su carácter imperativo, ha determinado el alumbramiento de nuevas soluciones que rompen el esquema tradicional de actuación en el triple plano subjetivo, funcional e instrumental. El plano subjetivo está marcado por la retirada de la Administración y la correlativa privatización del sistema de gestión del riesgo. El plano funcional muestra una evolución de la acción correctiva puntual a una acción integral que pone el acento en la dimensión preventiva. En el plano instrumental, por último, se advierte el afloramiento de técnicas jurídicas novedosas que fuerzan la reconstrucción de categorías jurídicas seculares como la autorización administrativa, el sistema de fuentes o la responsabilidad.

Particularmente destacan los nuevos perfiles de la técnica autorizatoria, que permiten la permanente adaptación de las actividades de riesgo a las cambiantes exigencias técnicas, convirtiendo así la "cláusula técnica de las autorizaciones" en una especia de "cláusula de progreso" que acerca notablemente este instrumento a la técnica concesional. La importancia que ha alcanzado esta sustantivización del elemento técnico en la función autorizatoria es absolutamente capital y tiene hondas consecuencias en la teoría general del procedimiento administrativo, que el propio ESTEVE PARDO ha estudiado monográficamente en su reciente trabajo sobre "La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible" (publicado en la Revista de Administración Pública nº 149).

En el Capítulo cuarto de la obra se aborda lo que sin duda constituye la consecuencia más relevante de esta evolución en el campo de la organización administrativa: la colaboración de personas privadas en la gestión y valoración jurídica de la técnica y del riesgo tecnológico, que tiene su manifestación más neta en los ámbitos de la seguridad y de la calidad industrial. Las limitaciones del aparato administrativo en materia técnico-industrial han provocado el surgimiento de una compleja organización de sujetos especializados, un "para-Estado" de la técnica cada vez más sólido y estructurado, al que la Administración recurre para paliar sus propias carencias. Con ello, la inicial colaboración auxiliar de los particulares en el ámbito técnico-industrial ha desembocado en

una auténtica privatización de las funciones públicas que antaño ejercía la Administración. Se ha producido, así, un salto cualitativo excepcional de estas formas de participación funcional, de modo que su objeto no se limita ya al auxilio técnico en el ejercicio de las funciones de inspección, verificación y control en que se desglosa la acción pública frente a los riesgos tecnológicos, sino que representa el ejercicio directo de dichas funciones y potestades. Con ello se invierte la correlación que informaba los supuestos de colaboración funcional de los particulares en el Derecho Administrativo clásico, pues si lo tradicional de estas fórmulas de colaboración de los particulares era que la Administración retenía en todo caso la competencia decisoria, mientras que el particular se limitaba a ejecutar o a gestionar materialmente, ahora es el particular el que ostenta las competencias decisorias y declarativas, asumiendo la Administración los efectos jurídicos de unas decisiones a cuya motivación técnica no tiene acceso.

Pero lo más llamativo del fenómeno es que estas nuevas fórmulas de participación funcional se emplazan fuera de la actuación vicarial de sujetos privados que obran por delegación o mandato de la Administración y de los supuestos de gestión a título contractual. En la mayoría de estos casos estamos, por el contrario, ante una verdadera descentralización funcional en favor de entidades privadas que reciben directamente del ordenamiento un ámbito de potestad que expresa una capacidad jurídico-pública; una verdadera manifestación del "ejercicio privado de funciones públicas", que no obsta -eso sí- la existencia de técnicas más o menos intensas de control y de tutela que, obviamente, corresponden a la Administración.

Junto a esta manifestación de la colaboración privada en el terreno de las funciones ejecutivas, el autor estudia, en el quinto Capítulo de la obra, el afloramiento de otra fórmula de colaboración de sujetos especializados en el mundo de la técnica que se verifica ahora en el aparentemente más impenetrable ámbito de la función normativa.

El mundo de la técnica ha necesitado siempre patrones de comportamiento que se han desarrollado con una marcada autonomía respecto al mundo de las normas jurídicas. Esa autonomía se ha canalizado a través de potentes organizaciones privadas que configuran hoy un sistema normativo de la técnica, un "para-ordenamiento" de la técnica cuya expresión más acabada es el sistema de normalización industrial. El Derecho encuentra aquí una fuente plena de conocimiento técnico de la que se sirve para arbitrar soluciones jurídicas en un doble plano: el de la fijación de los límites del riesgo tolerable, y el del conocimiento y valoración jurídica de los riesgos. Las normas jurídicas

tienden así a concentrarse en las cuestiones formales y procedimentales, mientras que la regulación de los aspectos materiales aparece bajo el dominio de las llamadas "normas técnicas" que surgen de un singular fenómeno de autorregulación privada protagonizado por las entidades nacionales, europeas e internacionales de normalización industrial. Estas "normas técnicas" nacen con voluntad de aplicación voluntaria en el ámbito convencional y contractual privado; sin embargo, el Derecho público se sirve constantemente de ellas a través de las remisiones que consagran las disposiciones jurídicas, confiriendo a dichas normas -inicialmente privadas- fuerza jurídica vinculante. Tras analizar con especial agudeza la instrumentación de estas remisiones, sus problemas de legitimación y las consecuencias jurídicas que acarrean en el sistema de fuentes del Derecho, ESTEVE PARDO reconduce los efectos de estas cláusulas remisorias al ámbito de la aplicación del Derecho, donde el conocimiento técnico se erige en un elemento privilegiado de concreción del ordenamiento, actuando a modo de dictamen pericial anticipado.

Finalmente, aunque el tratamiento jurídico del riesgo se traduce principalmente en una función preventiva y correctiva, el Derecho también ha de arbitrar soluciones reparadoras ante el riesgo tecnológico, ya que éste es tal por su capacidad potencial de producir daños. Por ello, el autor cierra su reflexión con un Capítulo sobre el sistema de responsabilidad. El régimen aplicable es esencialmente el de la responsabilidad extracontractual civil, pero no el subjetivo o culpabilístico clásico, sino el sistema objetivizado que actualmente rige la responsabilidad por riesgos en los ámbitos del consumo (Ley 22/1994 de responsabilidad civil por productos defectuosos) y del medio ambiente.

Como en todo sistema de responsabilidad por riesgos, en la responsabilidad derivada de la complejidad tecnológica sobresalen dos órdenes de problemas, uno previo y otro posterior al daño: el grado de conocimiento del riesgo por parte de las víctimas y el problema de la imputación del daño. Este último, más delicado, se manifiesta tanto en la determinación del nexo causal como en la fijación de las causas de exoneración del sujeto imputado. El primero de los problemas apuntados conduce al autor a estudiar la especial obligación de información a los ciudadanos por parte de los industriales y fabricantes, destacando la benéfica tendencia inflacionista que vive hoy el ordenamiento en materia de información sobre riesgos tecnológicos. En relación al siempre difícil problema de la imputación del daño, ESTEVE PARDO pone de relieve los avances del ordenamiento y de la jurisprudencia en orden a la inversión de la carga de la prueba y la admisión de la prueba indiciaria, que han

matizado los rigores de la prueba-cargo al constatarse que las dificultades técnicas siempre juegan en contra de la víctima.

En este punto, el autor destaca las importancia creciente que están alcanzando las "normas técnicas" como elemento dirimente de la responsabilidad, por cuanto el deber de diligencia de los posibles causantes del daño depende, en buena medida, de la observancia de pautas y procedimientos técnicos. Pero el papel de las normas técnicas no es sólo dirimente sino que -en muchas ocasiones- su seguimiento puede ser causa exonerante de la responsabilidad, por cuanto los criterios de imputación objetiva que rigen todo sistema de responsabilidad por riesgo tienden a exonerar a aquél que cumple los estándares técnicos. La desaparición del elemento de culpa en la imputación de responsabilidad encierra, así, un innegable valor preventivo. Además, el estado de los conocimientos técnicos puede ser también límite de la responsabilidad a través de la cláusula exoneratoria de los "riesgos del desarrollo" que expresa los riesgos que se asumen por la imposibilidad de prever las consecuencias perniciosas de la técnica. Un último y reciente problema que se cierne sobre el criterio de imputabilidad en este terreno es el de la posible traslación de la responsabilidad a la entidad que tiene a su cargo la realización de controles técnicos, que ya no es la Administración sino los sujetos que colaboran con ella en el ámbito de la inspección y certificación técnico-industrial.

Se comprueba, así, que la ya confusa relación entre técnica y Derecho se ha intensificado notablemente a impulsos de la revolución tecnológica, que coadyuva significativamente al proceso de concentración de recursos y de remodelación de estructuras de gestión que nos aboca hacia un nuevo orden corporativo estrechamente ligado a la esfera de lo público. En este contexto privatizador, la retirada de la Administración no debe suponer una disminución del protagonismo público en la gestión y la valoración jurídica de los riesgos tecnológicos, sino una mutación del papel que tradicionalmente desempeñaba aquélla como protagonista absoluto del eje prevención-corrección del riesgo. Se trata, en definitiva, de desandar parte del camino que media entre el ámbito de la gestión directa y del servicio y el ámbito de la policía. Ahora bien, la actividad policial dirigida a paliar los efectos perniciosos del progreso tecnológico se ve necesitada de un nuevo arsenal de técnicas jurídicas que permitan una efectiva conducción del proceso a la esfera de los intereses públicos. Esta reveladora e incisiva monografía desvela muchas de las claves que han de servir para afrontar cabalmente este nuevo reto del Derecho Administrativo.

Juan Antonio CARRILLO DONAIRE

Santiago MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas (y otros estudios sobre responsabilidad)*, 2º ed., Ed. Civitas, Madrid, 1998, 386 págs

La obra que aquí recensionamos es una segunda edición de la que apareciera en 1992. Al estudio sobre "La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas", que se mantiene sin variaciones, se añaden ahora otros tres, anteriormente objeto de publicación separada en forma de artículos: "Protección diplomática y jurisdicción contencioso-administrativa"; "Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración sanitaria (con algunas reflexiones sobre las funciones actuales de la responsabilidad civil)"; y "La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho comunitario europeo". Como puede comprobarse, se analizan una serie de aspectos parciales en torno al instituto de la responsabilidad pública. Cuestiones todas ellas de gran interés, acrecentado por el magisterio del autor.

I.- El análisis de la responsabilidad civil concurrente de las Administraciones públicas centra las dos terceras partes de la obra. En no pocas ocasiones, en la producción de un daño concurren actuaciones conexas de diversas Administraciones. La tendencia en nuestra jurisprudencia consiste en identificar un patrimonio solvente que responda, sin entrar en mayores consideraciones acerca de si el daño es realmente imputable a la Administración demandada, cuáles son las posibilidades de repetición, o la proporción del daño de la que debe responder la Administración concurrente. Impera, pues, la preocupación por asegurar la protección del particular derivada de la objetividad del sistema. Para el profesor MUÑOZ MACHADO, una solución tal tiene en su haber su simplicidad, tanto desde el punto de vista del perjudicado como del de las técnicas procesales. En el debe, queda sin justificación su principal consecuencia: unas Administraciones cargan con la obligación de indemnizar daños que no han causado, o que no sólo ellas han causado, según los casos.

Una postura tal se explicaba parcialmente en un sistema de relaciones verticales y tutela entre Administración central y local como el preconstitucional. El nuevo marco diseñado por la Constitución de 1978 y la interpretación de las consecuencias del principio de autonomía en ella reconocido llaman a un replanteamiento de esta jurisprudencia. Máxime cuando se han multiplicado las formas de actuar concurrente y aún colegiado interadministrativo, tanto en el nivel infraestatal como en el supraestatal, a raíz del método de Administración indirecta de la Comunidad Europea. Indaga el autor cuáles son las soluciones que pueden propugnarse. El análisis es anterior a la nueva re-

dacción del artículo 140 de la LRJPAC, tras su reforma por la Ley 4/1999, que se ocupa, como es sabido, de la materia.

Del cotejo de las soluciones civiles y comparadas (en concreto, del Derecho francés, en el que, como es sabido, al igual que en nuestro caso, se ha desarrollado un régimen propio de responsabilidad pública al margen del civil, en este caso por vía jurisprudencial) se extrae la siguiente directriz: deben perfeccionarse y perfilarse los criterios de imputabilidad, de manera que ninguna Administración responda de daños que no ha causado. Sólo cuando no es posible identificar a un único sujeto responsable, ni tan siquiera medir la contribución a la producción del daño de cada uno, debe entrar en juego el principio de solidaridad, previendo la correspondiente acción de regreso contra los responsables concurrentes.

Las soluciones aportadas por nuestro TS son objeto de análisis crítico, pues no responden de forma convincente a estos principios. En cuanto a la jurisprudencia civil, viene referida a los supuestos en que se relacionan las actividades de Administración y particular: contratistas, concesionarios, agentes o empleados públicos. Se aplica el régimen de fondo civil basado en la culpa, bien que con tendencia a la objetivación, y se generaliza la regla de la solidaridad que permite a los particulares, a la mínima participación de la Administración, exigirle en primer lugar y de forma directa la totalidad de la indemnización. De esta forma, el régimen resulta fuertemente garantista, más allá, en ocasiones, de lo prescrito por las propias normas administrativas, como ocurre en materia de daños causados por los concesionarios; o respecto de actividades privadas en que se establecen obligaciones de vigilancia más allá de lo legalmente previsto. En cuanto a la jurisprudencia administrativa, el autor pone en evidencia la falta de una jurisprudencia elaborada y matizada.

La confrontación entre el deber ser y el ser llevan a MUÑOZ MACHADO a formular propuestas de reconducción. Es preciso establecer criterios que permitan individualizar al responsable, sin generalizar el recurso al principio de solidaridad, salvo cuando se den dos circunstancias: que dos Administraciones hayan concurrido en la producción del daño; y que no sea posible determinar y cuantificar económicamente la parte del daño que ha causado cada partícipe.

- Respecto de los criterios de individualización, en principio cada Administración dotada de personalidad jurídica responde de los daños por ella causados. No es, pues, posible imputar a una Administración territorial los daños causados por otra, o por instituciones constitucionalmente garantizadas, como

las Universidades o los colegios profesionales, u organismos garantes de la neutralidad y el buen funcionamiento del marco político o económico. Tampoco, en principio, los causados por el resto de entidades instrumentales, si bien en estos casos ha de estarse a los fines y naturaleza del ente en cuestión, en aplicación de la doctrina del "levantamiento del velo de la personalidad". En lo que hace a la responsabilidad por actos de los concesionarios cuando no actúan en el cumplimiento de órdenes de la Administración, establecer la responsabilidad directa y primaria de ésta es una solución injustificada y *contra legem*. En este supuesto, la subsidiariedad es como técnica más afortunada y coherente.

- Agotada esta tarea previa de intentar individualizar al auténtico responsable, en los supuestos en que ello no es posible, debe procederse del siguiente modo: cuando la medida de la participación de cada interviniente pueda cuantificarse económicamente de modo exacto, la deuda debe ser parciaria y exigirse separadamente a cada Administración; cuando sea imposible o difícil evaluar de modo previo a la acción la cuantía de la deuda exigible a cada uno, ha de reconocerse el principio de responsabilidad común y solidaria, sin necesidad de litis consorcio pasivo (si bien la Administración concurrente será llamada al proceso como interesada) y con la posibilidad de interponer con posterioridad una acción de regreso.

El estudio se cierra con un profundo análisis de la compleja cuestión de la responsabilidad conjunta de la Comunidad Europea y los Estados miembros. Como es sabido, el sistema de ejecución del Derecho comunitario se basa en principio de "Administración indirecta". El Juez comunitario ha dejado sentado el principio de separación plena entre los órdenes jurisdiccionales comunitario y nacionales para conocer de demandas de indemnización dirigidas contra la Comunidad y los Estados, respectivamente. Un principio tal entraña arduas dificultades a la hora de acercarse al problema de la responsabilidad concurrente. En estos casos no existe un único tribunal, comunitario o nacional, que pueda pronunciarse sobre la responsabilidad de ambas instancias administrativas y la proporción del daño que es imputable a cada una. Respecto a los daños derivados de la aplicación estatal de normativas comunitarias ilegales, la jurisprudencia comunitaria ha venido manejando de forma implícita una regla de subsidiariedad: sólo en la medida en que las pretensiones no puedan hacerse valer contra el Estado en la vía interna se admite la acción de responsabilidad dirigida contra la Comunidad. En la práctica, esto supone remitir a los demandantes a la vía nacional en todos los casos en que se reclama el pago de una cantidad debida o su devolución, dado que todos los sistemas nacionales conocen de una acción semejante, sobre la cual la propia jurispru-

dencia comunitaria ha venido sentando una serie de requisitos mínimos comunes. Diversos son los casos de auténtica concurrencia, esto es, cuando el daño es imputable a la unión de dos comportamientos ilegales, uno comunitario y otro nacional. La jurisprudencia más reciente evita cualquier alusión a la responsabilidad concurrente. Para MUÑOZ MACHADO ha de procederse de la forma general preconizada: perfeccionando los criterios de imputación y afirmando el principio de solidaridad como garantía última, en los casos en que no sea posible la imputación de la lesión a un único patrimonio público que deba ser declarado singularmente responsable.

II.- En el estudio dedicado a la protección diplomática y jurisdicción contencioso-administrativa, MUÑOZ MACHADO analiza las relaciones entre acto político y responsabilidad, centrándose en las relaciones internacionales y, dentro de ellas, en el ejercicio del derecho de protección diplomática de los nacionales. Como es sabido, el Derecho internacional reconoce una serie de derechos a los extranjeros residentes en otro Estado. En caso de vulneración, el Estado puede formular por vía diplomática una reclamación encaminada a la obtención de una satisfacción. La relación así establecida es exclusivamente interestatal, sin que se reconozca el derecho de las personas a que el Estado ejercite este mecanismo de protección diplomática, ni siquiera a que la satisfacción eventualmente obtenidas les sea posteriormente entregada En Francia, las decisiones atinentes a estas cuestiones no son susceptibles de recurso judicial ni tampoco generan en ningún caso responsabilidad. En España, sin embargo, el marco legislativo abre las mayores posibilidades a este tipo de reclamaciones. Como sabemos, la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 excluyó las cuestiones relacionadas con las relaciones internacionales del ámbito de la jurisdicción, bien que añadiendo una importante precisión: "[...] sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación sí corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa". Asimismo, el art. 40 LRJAE contempló el derecho a indemnización por "[...] la adopción de medidas no fiscalizables en la vía contenciosa.". En la actualidad, la Ley de 1998, en su artículo 2, afirma la competencia de la jurisdicción contenciosa para conocer de las cuestiones relativas a "[...] la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos". Es del requisito de la causalidad del que dependen pues las posibilidades del particular de obtener una indemnización ante la inacción estatal; la acción tardía o insuficiente; o aún ante la ausencia de entrega de la satisfacción obtenida o de su injusto reparto entre los perjudicados. La inexistencia de una obligación estatal de proteger a los nacionales no basta, en opinión del autor, para excluir

a *priori* la posibilidad de participación estatal en la producción del daño, puesto que nuestro sistema de responsabilidad objetivo admite la responsabilidad por el funcionamiento normal. Una posibilidad tal plantea cuestiones complejas en torno a la prueba que precisan de respuestas *ad casum*, evitando maximalismos insoportables financieramente e irrazonables. En los casos en que el Estado español ha recibido una compensación del Estado responsable, el particular debe poder reclamar ante la jurisdicción su entrega íntegra o su reparto equitativo, pues se trata ya de una cuestión no política sino administrativa, que no afecta a las relaciones interestatales, sino a la relación Estado-ciudadano. La vía de la responsabilidad debe encontrarse siempre abierta en estas hipótesis.

III.- El tercero de los estudios gira en torno al tema siempre candente de la responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración sanitaria. Existe una tensión entre el grado de exigencia por parte de los usuarios de la sanidad y la necesidad de no coartar la necesidad de asumir riesgos asociados al avance técnico y a la perentoriedad de las actuaciones médicas, impeliendo a los facultativos a la práctica de una medicina defensiva como medio de evitar eventuales reclamaciones ulteriores. En el orden civil, corresponde al reclamante la prueba de la culpa, salvo en casos en que, por lo desproporcionado del resultado puede hablarse de una presunción de culpa. En el orden administrativo, existen voces que reclaman una matización de la objetividad del sistema de responsabilidad administrativa, arguyendo que no puede asumirse la reparación de los daños físicos causados por el "funcionamiento normal" de los servicios médicos. MUÑOZ MACHADO se muestra contrario a estas posiciones, a partir de una interesante reflexión, de corte general, acerca de la función de aseguramiento de la responsabilidad administrativa. Es más, parte de un estudio estadístico de los datos económicos – fundamental para un balance cabal – de los que resulta la creciente generalización de las pólizas generales de seguro por daños producidos por la sanidad pública. Su coste resulta presupuestariamente asumible. En definitiva, el estudio se configura como una firme defensa de la objetividad del sistema

IV.- Un último estudio es el referido a la responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho comunitario europeo. En él, se analizan las notas fundamentales del régimen de responsabilidad de la Comunidad. No existe, en puridad, un único régimen, sino dos. La distinción se basa en la naturaleza del acto origen del daño. Cuando éste consiste en un actuar material o en un acto con un destinatario singular, la responsabilidad sólo precisa de la concurrencia de ilegalidad, perjuicio cierto y relación de causalidad; cuando se trata de un acto normativo que implica opciones de política eco-

nómica – en realidad, de un acto de alcance general – junto a los requisitos mencionados, se exige la existencia de una "violación suficientemente caracterizada". Se trata de una noción poliédrica que ha sido referida tanto a una especial gravedad y evidencia de la infracción cometida, como, en ocasiones, a un daño singularizado y elevado. Junto al estudio del régimen sustantivo, se analizan una serie de cuestiones procesales, como las relaciones entre la acción de responsabilidad y la de nulidad; las medidas provisionales o los supuestos de responsabilidad concurrente de la Comunidad y de los Estados; este último aspecto es una síntesis de lo analizado con mayor detenimiento en el primer estudio de este volumen. El trabajo no se limita, empero, a la indagación en los presupuestos de la responsabilidad de la Comunidad, sino que anuda reflexiones en torno a la jurisprudencia comunitaria en materia de responsabilidad de los Estados por infracción del Derecho comunitario. Como es sabido, se trata de un principio afirmado de forma expresa y general en 1991, en la Sentencia Francovich/Bonifaci. A partir de 1996, y de la trascendental Sentencia Brasserie du pechêur/Factortame, la jurisprudencia ha ido perfilando el régimen aplicable, emparentándolo de forma expresa con el aplicable a la Comunidad y contribuyendo a la formación de un Derecho común europeo de la responsabilidad pública. De este modo se llega a la siguiente paradoja: el régimen comunitario de la responsabilidad está llamado, de acuerdo con el art. 215, párrafo segundo TCE a inspirarse en los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros, siendo así que en realidad se ha elaborado de forma prácticamente autónoma; dicho régimen pretoriano ha acabado extendiéndose a la responsabilidad de los Estados por infracción del Derecho comunitario; por esta vía, es el Derecho comunitario el que parece llamado a influir en la evolución de los Derechos nacionales de la responsabilidad, tal vez hacia un Derecho común de la responsabilidad de los poderes públicos en la Unión Europea.

Emilio GUICHOT REINA

Lluis PEÑUELAS REXACH (ed.), Raimon CARRASCO, Marc CARRILLO, Salvador DURANY y Joseph MASSAGUER: *Manual jurídico de los Museos. Cuestiones prácticas,* Diputació de Barcelona, Marcial Pons, Barcelona, 1998, 260 págs.

I. Varias son las razones que avalan la recensión de este libro, primera obra que en nuestra doctrina se dedica monográficamente al estudio del ré-

gimen jurídico de los museos. A este aspecto innovativo se añade el enfoque eminentemente práctico de la obra que pretende, desde la perspectiva del Derecho, lograr una aproximación a los principales problemas y necesidades que la gestión diaria de estas instituciones suscita; todo ello, desde un prisma divulgativo que la haga útil, no sólo a juristas, sino también a museólogos y profesionales del sector, no necesariamente peritos en Derecho.

Los museos, que junto a bibliotecas y archivos, constituyen nuestras principales infraestructuras culturales, no han sido objeto de una especial atención por la dogmática jurídica. No obstante el protagonismo que en nuestra sociedad del bienestar y el ocio han adquirido los museos, verdaderos instrumentos de dinamización cultural, económica y social, no existía hasta la fecha ninguna publicación que abordará exclusivamente su régimen jurídico con tal profundidad y sustantividad. A pesar de esa laguna, que esta obra colma en buena parte, han sido y son muchos los interrogantes que nuestra insuficiente y deficitaria ordenación jurídica suscita. En este aspecto, el esfuerzo de su editor el profesor Ll. Peñuelas, que aúna el saber universitario, como profesor titular de Derecho Financiero y Tributario, y la *lex artis*, a resultas de su actividad como Secretario General de la Fundación Gala-Salvador Dalí, han dado el fruto merecido de una obra, que desde el análisis sistemático del jurista universitario ofrece un instrumento imprescindible para la gestión de nuestros museos que muy diversos especialistas, las más de las veces ajenos al derecho, han de acometer.

II. Dos caracteres conforman el hilo conductor que engarza las diversas materias seleccionadas por los autores para ofrecer una respuesta a las principales cuestiones jurídicas que suscita la gestión de nuestras instituciones museísticas. En primer lugar, como el subtítulo de la obra especifica, los autores abordan exclusivamente **cuestiones prácticas** surgidas en la dirección y gobierno de nuestros museos, que requieren una respuesta inmediata pero cuya resolución, en muchos casos, genera un elevado grado de inseguridad jurídica, derivada de la falta de conocimiento del Derecho aplicable y las insuficiencias y deficiencias propias de este sector del ordenamiento jurídico. Para detectar estos problemas el editor se ha servido de su propia experiencia como gestor de museos y de las aportaciones del resto de los autores, cualificados especialistas en las materias respectivas: Derecho constitucional, administrativo, civil, mercantil y tributario. Como es frecuente en este sector del ordenamiento jurídico, el denominado Derecho de la Cultura, son diversas las disciplinas jurídicas que confluyen en su ordenación, pero que requieren un tratamiento conjunto que atienda a las especificidades que el fenómeno cultural suscita desde la perspectiva del derecho.

El tratamiento de las cuestiones jurídicas seleccionadas (derechos fundamentales, organización administrativa, tributación del mecenazgo, derechos de autor, etc.) desde los diferentes sectores del ordenamiento implicados, debe acomodarse a unos principios inspiradores comunes, que se adecúen a la especificidad del fenómeno cultura; entre otros, a título ejemplificativo, destacamos los principios de autonomía, descentralización, pluralismo, participación y respeto por las minorías.

En segundo lugar, destacaremos el carácter fundamentalmente **divulgativo** del libro recensionado, recogiendo de forma clara y accesible los trazos fundamentales y básicos del Derecho aplicable a los museos. Es por ello que los autores no ocultan que sus destinatarios principales son los responsables de instituciones museísticas, estudiantes de museología y asesores legales que trabajan en este sector cultural. En suma, se dirige a un público principalmente lego en derecho, lo que obliga a los autores a una exposición en ocasiones muy básica, que suele iniciarse con la definición de conceptos e instituciones jurídicas fundamentales (como las nociones de personalidad jurídica, responsabilidad civil, contenido fiscal de una factura, propiedad intelectual y derechos de autor), que permitan a este amplio grupo de profesionales el entendimiento de las diversas cuestiones a tratar, ceñidas ya, a la realidad museística.

Destacados los dos rasgos fundamentales de la obra en su conjunto, conviene parar mientes en las cinco **materias seleccionadas** para en conjunto erigir un manual práctico de derecho de museos ("Legislación y formas de organización de los museos. El caso de Cataluña"; "Normas de admisión y comportamiento del público en los museos"; "Museos y Responsabilidad civil"; "Tributación de los museos y del Mecenazgo" y "Aspectos del derecho de propiedad intelectual relacionados con la actividad de los museos").

De las cinco materias referidas, destacar que pese a la heterogeneidad, su elección denota una clara decantación de los autores por un concepto dinámico y divulgativo del museo, que ha dejado de ser un depósito de bienes culturales, para erigirse en una verdadera institución determinante en el diseño de las modernas políticas culturales. En este sentido, el hecho mismo de la selección de materias de interés en la gestión ordinaria de un museo, denota, acorde con las modernas corrientes museológicas, un predominio de la idea de divulgación y valorización del patrimonio cultural, sobre las antaño hegemónicas nociones de conservación e investigación. Muchas materias, tradicionalmente esenciales para la gestión de un museo, concebido como centro de depósito cultural, tales como el depósito de los fondos y su tratamiento técni-

co, son deferidas por otros problemas que giran siempre en torno a la valorización de sus contenidos y la relación con el público visitante. Para los autores, lo decisivo en la vida de nuestros museos es su adecuada organización y autonomía, la respuesta eficiente a las demandas sociales, que convierten al visitante y su satisfacción en la clave de bóveda de todo el sistema museístico y, finalmente, la forma de lograr su mejor financiación y armonizar sus fines divulgativos y lúdicos con los derechos de propiedad intelectual de las obras que exponen.

El primer capítulo aborda la cuestión conceptual y organizativa, desde la óptica exclusiva del derecho autonómico catalán (principalmente: Ley 17/1990, de 2 de noviembre, de Museos de Cataluña y Decreto 35/1992, de desarrollo). Recoge el concepto legal de museo y colección, destacando el papel garantista que a efectos de la identificación jurídica de un museo desempeña la publicidad formal del Registro de Museos de Cataluña, gestionado por el Departamento de Cultura de la Generalidad. A renglón seguido muestra la articulación del sistema museístico catalán público y privado, destacando las peculiaridades organizativas de ambas modalidades de titularidad.

El Capítulo segundo, se dedica a las normas de admisión y comportamiento del público visitante, que se incluyen en la obra pese a "encontrar una menor referencia explícita en el ordenamiento jurídico vigente", que presidido por una visión estática y conservacionista del museo, se preocupa escasamente del público visitante y sus necesidades. El profesor Carrillo muestra la preocupación por armonizar la conservación y sus impuestas medidas de seguridad, con el respeto a la intimidad y a la propia imagen de los visitantes, a los que el autor meritoriamente reconoce derecho a manifestar ante la dirección las quejas derivadas del funcionamiento del museo, a través de la vía formal del Libro de Reclamaciones. Al fin los derechos de los visitantes centran el análisis de nuestra normativa museística, desde un prisma garantista que enfrenta al ciudadano y sus derechos con le eficacia omnímoda del servicio, entendido como una actividad conservadora más que prestacional.

En el tercer Capítulo de la obra, el profesor Durany Pich, aborda las posibles responsabilidades civiles que el Museo deba asumir en el desempeño de sus funciones. Responsabilidades que pueden derivar de muy distintos supuestos relacionados con la compleja actividad que desarrollan los modernos museos, tales como la responsabilidad derivada de los daños ocasionados a los fondos artísticos del museo, y las complejas normas para valorar el daño, o la responsabilidad por daños causados a los visitantes. Otro aspecto esencial abordado en este sede, es la regulación del contrato de seguro de responsabi-

lidad civil suscrito por los museos para cubrir estas posibles contingencias, del que se estudian los problemas derivados de la formación del contrato de seguro como contrato consensual, el contenido básico e imprescindible de éste y el problema de los daños dolosamente causados, generalmente excluidos de cobertura.

El profesor Peñuelas Reixach dedica el Capítulo cuarto a la cuestión tributaria, no sólo de los museos, sino también del mecenazgo en general. La cuestión de la tributación de las instituciones culturales y de sus benefactores o mecenas, es clásica en este sector del Derecho de la Cultura. La tradicional carencia de presupuesto de los programas y actuaciones culturales, que los poderes públicos por sí solos no pueden financiar, ha obligado a los responsables de programas e instituciones culturales, públicas y privadas, a buscar nuevas fuentes de ingresos. Las técnicas de fomento económico han sido tradicionalmente frecuentes en estos ámbitos adoptando las formas de beneficios e incentivos fiscales.

El autor afronta la tributación de los museos, estudiando en primer lugar los diferentes hechos impositivos que su actividad puede suscitar; para en segundo lugar, dedicarse in extenso a los beneficios fiscales que pueden otorgarse a los que deseen colaborar en las finalidades propias de estos centros culturales. En resumen, el autor ha optado por un tratamiento conjunto del problema, que conjuga la tributación del museo por el desarrollo de sus actividades, con los beneficios fiscales que la colaboración en estas actividades pueden generar para los mecenas o benefactores de la institución.

El último capítulo de la obra recensionada se dedica a la compleja relación de la actividad museística y los derechos de propiedad intelectual de los contenidos divulgados en el museo. Esta relación encuentra su apoyatura principal en el concepto de **"exposición pública"** que permite conjugar los intereses de los titulares de derechos morales y económicos sobre la obra y las instituciones museísticas. Conforme a la vigente Ley de Propiedad Intelectual de 1987, los museos adquieren con la propiedad de los originales un derecho de exposición pública sobre la obra, salvo pacto en contrario, siempre que, se trate de originales adquiridos tras la entrada en vigor de la citada ley. Este mismo derecho de exposición pública puede adquirirse a través del correspondiente contrato de cesión de derechos, estipulado con ocasión de la transmisión de la propiedad sobre el original o en otro momento, o bien, a resultas de una sucesión mortis causa. Los derechos de autor condicionan la forma en que los museos llevan a cabo la exposición pública de sus originales, tal y como en detalle expone el profesor Massaguer en la parte final de la obra.

Asimismo el capítulo comentado aborda cuestiones tan relevantes como el acceso a la obra por el autor, el régimen jurídico de las copias artísticas, los productos multimedia y el merchandising de las obras pertenecientes a las colecciones de los museos y de otros elementos relacionados con los mismos.

III. Resulta difícil en una recensión necesariamente breve hacerle justicia a un libro como el que comentamos que reúne la doble característica del interés del tema y su tratamiento en profundidad.

Es obligado señalar sin embargo para cerrar este comentario, que los autores han alcanzado con creces los objetivos propuestos en la realización de la obra. En primer lugar, han logrado seleccionar las cuestiones prácticas de interés en la vida de nuestros modernos museos. El enfoque pragmático otorgado a la obra aconseja prescindir de materias de interés para la dogmática jurídica, como el análisis y enjuiciamiento del concepto legal de museo que consagran nuestras normas estatales y autonómicas o la siempre resbaladiza cuestión competencial derivada del Artículo 149.1.28º in fine, de nuestro texto constitucional, entre otras muchas. En este sentido, la obra guarda un adecuado equilibrio entre el casuismo excesivo y la generalidad inoperante, destacando el enfoque directo que se confiere a algunas materias planteadas al lector en forma de interrogantes, que a buen seguro, se suscitan en su quehacer profesional.

En segundo lugar, los autores han conseguido responder a los principales interrogantes que esta gestión práctica suscita, a través del empleo de una forma divulgativa, accesible y muy bien estructurada.

Pese a la diversidad de las cuestiones y disciplinas abordadas todos los capítulos guardan un hilo conductor tanto en la forma como en el contenido. En lo formal o estilístico, triunfa, como ya hemos destacado, el estilo sencillo, divulgativo y directo, imprescindible para acercar problemas jurídicos a profesionales de otros sectores de la actividad cultural. En el contenido de la obra late una concepción común y moderna del museo que gira en torno al visitante, sus necesidades y exigencias, desde el entendimiento de la actividad museística como un cauce imprescindible en la valorización y disfrute de nuestro patrimonio cultural.

El modo claro y preciso con el que se abordan los problemas y los resultados obtenidos hacen de esta obra un trabajo de obligada referencia a partir de ahora para todos los que quieran ocuparse de los museos, instituciones cen-

trales de nuestro Patrimonio Histórico. Esta monografía abre a la investigación y divulgación jurídica una senda que esperemos puedan afianzar posteriores publicaciones sobre unas instituciones, los museos, que encarnan y materializan nuestra cultura.

Eduardo CARUZ ARCOS

Revista de Estudios
de la Administración
Local y Autonómica

Octubre–Diciembre 1999 Número 278

I. Doctrina

José Luis Carro Fernández-Valmayor
EL PRIVILEGIO DE INEMBARGABILIDAD ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. (UN COMENTARIO DE URGENCIA A LA STC 166/1998, DE 15 DE JULIO)
11

Bartomeo Colom Pastor
EL DERECHO DE LOS PROPIETARIOS AL REINTEGRO DE LOS GASTOS DE INSTALACION DE LAS REDES DE SUMINISTRO DE ENERGIA ELECTRICA
31

Joan Pere López Pulido
LA ORDENACION DEL SUBSUELO URBANO
59

Alberto Ruiz Ojeda
REALIDAD Y REGIMEN JURIDICO-FINANCIERO DE LA PROVISION DE OBRAS Y DOTACIONES PUBLICAS MEDIANTE EMPRESA MIXTA EN EL AMBITO LOCAL: LA REVERSION DE ACTIVOS Y LA REMUNERACION DEL SOCIO PRIVADO
101

Jesús Catalán Sénder
LOS INFORMES DE LOS SECRETARIOS DE LAS CORPORACIONES LOCALES. EVOLUCION LEGISLATIVA, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA
171

II. Crónicas

Gonzalo Villarino Samalea
LA RUPTURA DE LOS MONOPOLIOS LOCALES EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES. LA *TELECOMUNICATIONS ACT (1996)* DE LOS ESTADOS UNIDOS
199

Enrique Páez Penedo
REGLAMENTOS AUTONOMICOS Y CONSELL CONSULTIU
213

III. Jurisprudencia

José Luis Blasco Díaz
NOTAS SOBRE LA ACCION EXTERIOR DE LAS REGIONES ITALIANAS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE COSTITUZIONALE
229

IV. Reseñas de legislación y jurisprudencia

Francisco Javier Fernández González
RESEÑA DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA ADMINISTRACION LOCAL Y AUTONOMICA QUE APARECEN PUBLICADAS EN EL BOE DURANTE EL PRIMER SEMESTRE DE 1998
245

V. Recensiones

H. Bauer
VERWALTUNGSRECHTLICHE UND VERWALTUNSWISSENSCHAFTLICHE ASPEKTE DER GESTALTUNG VON KOOPERATIONSVERTRÄGEN BEI PUBLIC PRIVATE PARTNERSCHIP, KOHLHAMMER VERLAG, 1998
(Recensión: Santiago González-Varas Ibáñez)
303

H. H. Trute
«WECHSELSEITIGE VERZAHNUNGEN ZWISCHEN PRIVATRECHT UND ÖFFENTLICHEM RECHT», *OFFENTLICHES RECHT UND PRIVATRECHT ALS WECHSELSEITIGE A UFFANGOPDNUNGEN*, BADEN BADEN, 1996
(Recensión: Santiago González-Varas Ibáñez)
304

Jesús González Pérez
COMENTARIOS A LA LEY DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA (LEY 29/1998, DE 13 DE JULIO), 3ª ED., MADRID, 1998
(Recensión: Santiago González-Varas Ibáñez)
304

Pierre Esplugas
LE SERVICE PUBLIC. DALLOZ 1998,138 PAGS.
(Recensión: Manuel Martínez Bargueño)
306

Beatriz Setuáin Mendía
EL REGIMEN JURIDICO DE LAS AGUAS RESIDUALES, PERSPECTIVAS DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE ARAGON, SEMINARIO DE DERECHO DEL

AGUA DE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA, CONFEDERACION HIDROGRAFICA DEL EBRO, EGIDO EDITORIAL, ZARAGOZA, 1998, (143 PAGS.)
(Recensión: Isabel Caro-Patón)
310

Fernando Alonso Barahona
INFORMES MUNICIPALES. COMUNIDAD DE MADRID, CONSEJERIA DE MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO REGIONAL. MADRID, 1997 (154 PAGS.)
314

Fernando Alonso Barahona y Nieves Rodríguez Varela
ASESORAMIENTO MUNICIPAL. COMUNIDAD DE MADRID, CONSEJERIA DE MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO REGIONAL. MADRID, 1996 (229 PAGS.)
(Recensión: Arturo González Quinza)
314

VI. SUMARIOS DE OTRAS REVISTAS