

ADMINISTRACIÓN DE ANDALUCÍA

Revista Andaluza de Administración Pública

Nº 54

Abril-Mayo-Junio 2004



UNIVERSIDAD DE SEVILLA
INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Consejo Asesor

Excmos. e Ilmos. Sres.

Manuel F. Clavero Arévalo, Catedrático de Derecho Administrativo

(Presidente)

Saturio Ramos Vicente, Vicerrector de Investigación de la Universidad de Sevilla
Joaquín Castillo Sempere, Director del Instituto Andaluz de Administración Pública

Gregorio Cámara Villar, Catedrático de Derecho Constitucional

Sebastián Cano Fernández, Viceconsejero de Educación y Ciencia

Francisco del Río Muñoz, Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía

Pedro Escribano Collado, Catedrático de Derecho Administrativo

Venancio Gutiérrez Colomina, Secretario del Ayuntamiento de Sevilla

Francisco López Menudo, Catedrático de Derecho Administrativo

Isabel Mateos Guilarte, Directora General de Administración Electrónica y Calidad de los Servicios

Antonio Moreno Andrade, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

Juan Osuna Baena, Director General de la Administración Local

José Ortiz Díaz, Catedrático de Derecho Administrativo

Rafael Puyá Jiménez, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

Eduardo Roca Roca, Catedrático de Derecho Administrativo

Federico Romero Hernández, Secretario del Ayuntamiento de Málaga

José Taboada Castiñeiras, Director General de la Función Pública

José Vallés Ferrer, Catedrático de Política Económica

José Antonio Víboras Jiménez, Letrado Mayor del Parlamento de Andalucía

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, Catedrático de Derecho Administrativo

Manuel Medina Guerrero, Profesor Titular de Derecho Constitucional

Jesús Jordano Fraga, Profesor Titular de Derecho Administrativo

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:

Instituto Andaluz de Administración Pública



Gestión de publicaciones en materias
de Administración Públicas

ISSN:1130-376X- Depósito Legal:SE-812-1990

Talleres: Tecnographic, S.L. Sevilla

Suscripción anual (4 números): 36 euros. (IVA incluido)

Número suelto: 12 euros

Pedidos y suscripciones: Instituto Andaluz de Administración Pública

Servicio de Documentación y Publicaciones

Muñoz Torrero nº 1

41071 SEVILLA

Tlf.: 95 504 24 00 - Fax: 95 504 24 17

www: juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica

Email: publicaciones.iaap@juntadeandalucia.es



SUMARIO

Pág.

ESTUDIOS

<i>Javier García Fernández</i> La Ley del Patrimonio Histórico de 1985: Propuestas para una posible reforma.	11
<i>Íñigo del Guayo Castiella</i> Suelo urbano, planeamiento urbanístico y derecho transitorio en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía.	55
<i>Manuel J. Sarmiento Acosta</i> La insularización de la gestión del agua en Canarias: Los Consejos Insulares de Aguas	89
<i>Sebastián Olmedo Pérez</i> Las transferencias de aprovechamientos urbanísticos	121

JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

La recepción por el Tribunal Supremo de la Doctrina de la Vinculación Negativa de la Ordenanza Local al Principio de Legalidad Sancionadora <i>Francisco Toscano Gil</i>	163
---	-----

NOTAS DE JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. Constitución.- II. Derechos y Libertades.- III. Principios Jurídico Básicos.- IV. Instituciones del Estado.- V. Fuentes. VI. Organización Territorial del Estado.-VII. Economía y Hacienda. <i>(Francisco Escribano López)</i>	193
--	-----

TRIBUNAL SUPREMO Y TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

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 (<i>José I. López González</i>)	201
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (<i>José L. Rivero Ysern</i>)	223

CRÓNICA PARLAMENTARIA

(<i>Manuel Medina Guerrero</i>)	239
-----------------------------------	-----

DOCUMENTOS

La Administración Pública y Naciones Unidas (<i>Jaime Rodríguez Arana</i>)	255
Un nuevo modelo para la valoración de las inversiones de las Administraciones Públicas (<i>Andrés Navarro Galera</i>)	315
Las Cajas de Ahorros Andaluzas: Situación actual y perspectivas futuras (<i>Rosario Cabañete Pozo</i>)	337
El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: ¿un tema completamente resuelto tras la reforma de la Ley Orgánica 19/2003? (<i>M^a del Mar Caraza Cristín</i>)	413

RESEÑA LEGISLATIVA

Disposiciones de las Comunidades Europeas.	465
Disposiciones Estatales.	487
Disposiciones generales de las Comunidades Autónomas.	491
Disposiciones generales de la Junta de Andalucía.	501
Índice Analítico.	507
<i>(Lucía Millán Moro)</i>	
<i>(Antonio Jiménez Blanco)</i>	
<i>(Juan Antonio Carrillo Donaire)</i>	

NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORMES: La Agencia Andaluza de la Energía ¿el retorno ficticio del Derecho administrativo?	517
Otras disposiciones de interés para la Administración Autónoma <i>(José I. Morillo-Velarde Pérez)</i> <i>(Carmen Núñez Lozano)</i>	525

NOTICIA DE REVISTAS AUTONÓMICAS

<i>(Jesús Jordano Fraga)</i>	531
------------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA

RECENSIONES

AA.VV: Estudios sobre la ley de Prevención de Control Integrados de la contaminación. Ed. Aranzadi, Pamplona 2003, 242 págs.

543

ESTUDIOS



La Ley del Patrimonio Histórico de 1985: propuestas para una posible reforma*

Javier García Fernández

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Alicante

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. ¿QUÉ FUNCIÓN DESEMPEÑA HOY LA LEY ESTATAL DEL PATRIMONIO HISTÓRICO? 2. LA CONVIVENCIA LEY ESTATAL Y LEYES AUTONÓMICAS EN MATERIA DE PATRIMONIO HISTÓRICO: EL PUNTO DE INTERSECCIÓN. 3. LAS DISTINTAS OPCIONES REFORMADORAS. 4. LOS CONTENIDOS POSIBLES DE LA REFORMA DE LA LEY. 5. LA MEJORA DE LA ARTICULACIÓN DE LA LEY ESTATAL CON LAS LEYES AUTONÓMICAS. 6. LA REDEFINICIÓN DEL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL. 7. LA FIJACIÓN DE NUEVOS ÁMBITOS MATERIALES DE PROTECCIÓN. 8. LA ADAPTACIÓN DE LA LEY A LOS NUEVOS TRATADOS INTERNACIONALES RECIENTEMENTE ELABORADOS EN FOROS INTERNACIONALES. 9. LOS NUEVOS CAMPOS DE COOPERACIÓN ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. 10. LA ARTICULACIÓN ENTRE LA LEGISLACIÓN PROTECTORA DE LOS BIENES CULTURALES Y LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA. 11. LA REDEFINICIÓN DEL ALCANCE Y DEL CONTENIDO DE LA RESTAURACIÓN MONUMENTAL. 12. LOS PROBLEMAS DE LA GESTIÓN AUTONÓMICA DE LOS ARCHIVOS, BIBLIOTECAS Y MUSEOS DE TITULARIDAD ESTATAL. 13. LA RECONSIDERACIÓN DE LA FUNCIÓN PROTECTORA DE LAS ENTIDADES LOCALES. 14. CONCLUSIONES. 15. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN. ¿QUÉ FUNCIÓN DESEMPEÑA HOY LA LEY ESTATAL DEL PATRIMONIO HISTÓRICO?

Toda ley está sometida a un proceso constante de evolución. El jurista francés Léon Duguit se preguntaba qué quedaba del Código Civil de Napoleón en

* Este artículo constituye la versión escrita de la conferencia de clausura de las "IV Jornadas El Patrimonio Histórico. Balance de la aplicación de la Ley 16/85 de Patrimonio Histórico. Propuesta de futuro", organizadas por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y el Cabildo de Lanzarote. La conferencia se impartió en Arrecife el 14 de marzo de 2003 y se publicarán próximamente en el libro que recoge todos los textos de las Jornadas. Agradezco a los órganos que las impulsaron la posibilidad que me ofrecieron de hacer una reflexión general sobre la vigencia de la Ley del Patrimonio Histórico Español.

1926 pues el contenido de los mandatos normativos del Código no podían ser iguales para dos sociedades tan distintas como era Francia a principios del siglo XIX y ya bien avanzado el siglo XX¹. Aunque el paso del tiempo en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, no es tan extenso como el que apuntaba Duguit para el Código Civil francés, estamos aproximándonos a su vigésimo aniversario y el Derecho español de bienes culturales ha experimentado las suficientes y decisivas transformaciones como para intentar una reflexión acerca de **cómo** está vigente la Ley de 1985 y qué cambios deberían proponerse para ponerla al día. Pero antes de apuntar posibles reformas conviene dilucidar dos cuestiones previas como son la existencia de otras posibles alternativas normativas a la reforma de la Ley y, en segundo lugar, si al fin se opta por la reforma del texto legislativo, qué función desempeña en la actualidad una Ley estatal que coexiste con catorce Leyes autonómicas.

La Constitución ha venido a ordenar la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre varias técnicas distintas. Las más usuales son la de concurrencia de materias, donde el Estado asume la plenitud de competencias sobre una parte de la materia y las Comunidades Autónomas asumen asimismo la plenitud de competencias sobre otras partes de la materia (como ocurre en el Patrimonio Histórico conforme al artículo 149.1.28 de la Constitución) y la técnica de bases estatales/legislación autonómica de desarrollo (como ocurre, por ejemplo, en el medio ambiente, montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias, de acuerdo con el artículo 149.1.23 de la Constitución). Pero la propia Constitución ha previsto procedimientos de distribución más atípicos que son los que aparecen en su artículo 150 (Leyes marco, Leyes orgánicas de transferencias y Leyes de armonización). Todas estas últimas técnicas especiales de transferencia están por aplicarse pues el único caso de aplicación que se ha intentado, la LOAPA, fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en su sentencia 76/1983, de 5 de agosto.

Sin embargo, no debería desdeñarse la posibilidad de reordenar la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Patrimonio Histórico por medio de una Ley de armonización. Conforme al artículo 150.3 de la Constitución, y en la línea interpretativa que apuntó la citada sentencia constitucional 76/1983, de 5 de agosto, la disparidad normativa que encontramos actualmente en materia de categorías de protección, con sus efectos sobre la circulación, transmisibilidad y fiscalidad de

¹ Léon DUGUIT: *Leçons de Droit public général* (1926), Eds. La Mémoire du Droit, París, 2000, pág. 47.

los bienes, de delimitación material de los contenidos, de ordenación de la función pública y de la ejecución de Tratados internacionales y del Derecho comunitario, aconsejan armonizar el interés general, armonización que el Estado ya intentó mediante el proyecto de Ley orgánica enjuiciado en la sentencia/1983, de 5 de agosto, con resultados desalentadores. Hay que señalar, sin embargo, que en el campo del Derecho el ideal no siempre coincide con lo real, de modo que la evidente necesidad de armonización que encontramos sólo debe llevarse a efecto si se logra un acuerdo político con las Comunidades Autónomas pues el modelo funciona hoy por hoy y no se debe entrar en una nueva guerra autonómica que acabe desestabilizando el modelo.

Dicho esto, debemos apuntar también la función que desempeña en la actualidad la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español. Y para ello conviene preguntarse en primer lugar qué se pensaba de esta Ley en el momento en que entró en vigor, esto es, a mediados de 1985. El primer elemento que nos indica cual era el pensamiento estatal sobre la legislación de bienes culturales está en el Preámbulo de la propia Ley. Y aquí encontramos un dato sorprendente pues el modelo de distribución cultural-territorial que contiene el Preámbulo es propio de un Estado unitario quizá porque ese era el modelo de la Ley de 13 de mayo de 1933 a la que venía a sustituir. Es un caso curioso porque leyendo el Preámbulo nadie pensaría que se trata de una Ley que se iba a aplicar en un Estado descentralizado donde la Constitución ya atribuye competencias a las Comunidades Autónomas. Por eso el texto preliminar de la Ley no contiene referencia al campo competencial que, conforme a la Constitución, corresponde a las Comunidades Autónomas.

A partir de esta circunstancia se comprende algún caso de insensibilidad autonómica que emerge en la Ley como es la atribución al Consejo de Ministros de la función de declarar los Bienes de Interés Cultural, lo que posteriormente rectificó la sentencia constitucional 17/1991, de 31 de enero. La sentencia constitucional 17/1991, de 31 de enero, por esto y por la filosofía general que contiene, vino a resituar el tema en sus justos términos constitucionales, especialmente a partir de su definición del Patrimonio Histórico como una competencia concurrente (Fundamento Jurídico tercero). En ese ámbito concurrente, el Estado posee potestad para legislar, especialmente la disciplina jurídica general de la materia, es decir, sobre los principios institucionales que reclaman una definición unitaria.

Y esta disciplina general que compete al Estado y que legitima la vigencia de una Ley estatal del Patrimonio Histórico, se expresa básicamente en cuatro funciones:

- a) desarrollar directamente lo previsto en el artículo 149.1.28 de la Constitución, es decir, la competencia exclusiva del Estado sobre “defensa del patrimonio cultural artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas”;
- b) fijar los principios institucionales comunes, es decir, aportar un concepto jurídico determinado de lo que se entiende por Patrimonio Histórico² ya que se trata de una noción que aparece en los artículos 46, 148.1.16 y 149.1.28, siempre con matices lingüísticos diferentes a causa del empleo de distintos adjetivos o del empleo de los mismos en secuencias diferentes. Sólo la Ley estatal podía aportar una noción jurídica, precisa y vinculante, de lo que es el Patrimonio Histórico, noción que ha de servir de modelo para la legislación autonómica. En este caso, definir jurídicamente qué se entiende por Patrimonio Histórico significaba fijar el contorno material de la noción, señalar su ámbito subjetivo de aplicación y establecer **cómo y cuando** se protegen esos bienes. Es cierto que la legislación vigente hasta que entró en vigor la nueva Ley (concretamente aunque de manera implícita en el artículo 1º de la Ley de 1933 así como en el artículo 1º del Convenio de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, Convenio no afectado por la nueva Ley) aportaba implícitamente una noción de Patrimonio Histórico-artístico pero los supuestos jurídicos de la definición de 1933 eran muy diferentes de los que se podían dar en 1985 por lo que casi era obligado dar una nueva noción jurídica aunque sólo fuera por imperativo de la técnica legislativa;
- c) señalar el cuadro de aplicación de la normativa internacional y comunitaria. Antes de 1985 España había ratificado el citado Convenio de La Haya de 1954, el Convenio Europeo de Londres de 1969 para la Protección del Patrimonio Arqueológico y la Convención de París de 1972 para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural pero había pendientes otros Tratados y sobre todo estábamos integrándonos en lo que entonces eran las Comunidades Europeas. Hacía falta establecer un marco normativo nuevo que pudiera articularse con la normativa internacional y comunitaria sin grandes estridencias;

² Pues la noción jurídica de Patrimonio Histórico vigente al entrar en vigor la Constitución podía ser inadecuada o inconveniente.

- d) además, hacía falta una norma que provisionalmente actuara de norma supletoria para las Comunidades Autónomas hasta tanto ejercitaran, si lo deseaban, sus competencias normativas en Patrimonio Histórico. Es cierto que a la altura de 1985 no era fácil imaginar hasta donde llegaría la voluntad normadora de las Comunidades Autónomas pero ya había algún atisbo (la Ley catalana de Archivos de 1985 más las tres Leyes andaluzas de Bibliotecas, Archivos y Museos de 1983 y 1984) que apuntaba la nueva dirección legisladora. Pero también era cierto que los Estatutos de Autonomía eran, sin excepción, muy rotundos en asignar relevantes competencias a las Comunidades Autónomas lo que aconsejaba, en un gesto de lealtad constitucional, diseñar el nuevo jurídico-estatal dentro del que se podrían ejercer las competencias autonómicas.

Todas estas ideas explican la elaboración de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español. Pero, casi veinticinco años después, ¿de qué manera puede coexistir esta Ley con catorce ordenamientos autonómicos que tienen las características canónicas de todo ordenamiento jurídico³? Para responder a este interrogante conviene indagar como pueden convivir la Ley estatal y las Leyes autonómicas, esto es, cual puede ser el punto de intersección de una y otras.

2. LA CONVIVENCIA LEY ESTATAL Y LEYES AUTONÓMICAS EN MATERIA DE PATRIMONIO HISTÓRICO: EL PUNTO DE INTERSECCIÓN

Recordemos, en primer lugar, cual es la estructura de las Leyes autonómicas vigentes⁴. En general, todas las Leyes autonómicas poseen la misma estructura, y se despliegan, generalmente, a través de ocho materias:

³ Pluralidad de normas, unidad, jerarquía, constituir un sistema, completud, etc. (véase, por ejemplo, Norberto BOBBIO: *Teoría dell'ordinamento giuridico*, G. Giappichelli, Turín, 1960, págs. 22-24).

⁴ Aunque es de sobra conocido, no es impertinente recordar cuales son las Leyes autonómicas generales que disciplinan el Patrimonio Histórico: Ley 4/1990, de 30 de mayo, del Patrimonio Histórico de Castilla – La Mancha; Ley 7/1990, de 3 de julio, del Patrimonio Cultural Vasco; Ley 1/1991, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía; Ley 9/1993, de 30 de septiembre, del Patrimonio Cultural Catalán; Ley 8/1995, de 30 de octubre, del Patrimonio Cultural de Galicia; Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano; Ley 10/1998, de 9 de abril, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid; Ley 11/1998, de 13 de octubre, de Patri-

- a) las categorías de protección y los registros en donde se inscriben los bienes dignos de clasificarse conforme a esas categorías. En todas las Leyes autonómicas encontramos o bien la reproducción de las dos categorías de la Ley estatal o bien dos categorías similares pero denominadas de manera diferente⁵ y a veces aparece una tercera categoría de carácter local como ocurre con los Bienes Culturales de Interés Local de Cataluña, los Bienes Inventariados de Aragón, los Bienes Inventariados de Cantabria, los Bienes incluidos en los Catálogos Urbanísticos de Protección de Asturias, etc.
- b) un plus de protección técnica sobre los bienes que viene a añadirse a lo que ha establecido la Ley estatal. Ejemplos de este plus de protección serían la exigencia de estudios de impacto ambiental en los proyectos que afecten a inmuebles de valor cultural en varias Leyes como la gallega, la valenciana o la asturiana (artículo 32 de la Ley 8/1995, de 30 de octubre, de Galicia, artículo 11 de la Ley 4/1998, de 11 de junio, de la Comunidad Valenciana, y artículo 35 de la Ley 1/2001, de 6 de marzo, del Principado de Asturias), la misma exigencia de evaluación ambiental con informe arqueológico incorporado en la Ley cántabra (artículo 93 de la Ley 11/1998, de 13 de octubre), la inclusión de bienes inmuebles en la categoría de Bienes Inventariados de la Ley extremeña (artículo 17 de la Ley 2/1999, de 29 de marzo) o, en fin, los programas de conservación que deben redactar los propietarios de Bienes Culturales de Interés Nacional de la Ley catalana (artículo 29 de la Ley 9/1993, de 30 de septiembre);
- c) mayor amplitud en la definición de los Patrimonios especiales, tanto en lo que se refiere a la descripción de los Patrimonios regulados en la Ley estatal, que en las Leyes autonómicas aparecen descritos con más detalle y con más extensión, como en la concepción de nuevos Patrimonios especiales no contemplados en la Ley estatal. Ejemplo de lo primero sería la descripción del Patrimonio Arqueológico

monio Cultural de Cantabria; Ley 12/1998, de 21 de diciembre, del Patrimonio Histórico de las Illes Balears; Ley 4/1999, de 15 de marzo, de Patrimonio Histórico y Cultural de Canarias; Ley 2/1999, de 29 de marzo, de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura; Ley 1/2001, de 6 de marzo, del Patrimonio Cultural del Principado de Asturias; y Ley 12/2002, de 11 de julio, de Patrimonio Cultural de Castilla y León. Por ende, no han elaborado Leyes generales de protección del Patrimonio Histórico la Comunidad Foral de Navarra, La Rioja y la Región de Murcia.

⁵ Bienes Culturales Calificados/Bienes Inventariados en la Ley vasca; Bienes Culturales de Interés Nacional/Bienes Catalogados en la Ley catalana; Bienes con inscripción específica en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz/ Bienes con inscripción genérica en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz en la Ley andaluza; etc.

- o del Patrimonio Documental en la Ley vasca, notablemente más amplia que la noción de los mismos en la Ley estatal, o la misma regulación del Patrimonio Arqueológico en la Ley catalana, en la Ley cántabra o en la Ley canaria o, por no alargarnos, la excelente descripción del Patrimonio Etnográfico de la Ley cántabra. Ejemplo de lo segundo sería la cuidadosa regulación del Patrimonio Histórico-Industrial de la Ley asturiana o el tratamiento del Patrimonio Audio-visual e Informático en la Ley valenciana, la referencia explícita a los bienes etnográficos inmateriales de la Ley aragonesa o, en fin, el tratamiento que recibe el Patrimonio Paleontológico en la Ley canaria donde aparece desvinculado del Patrimonio Arqueológico;
- d) la ampliación de la tipología de los bienes inmuebles respecto a los cinco tipos de la Ley estatal (Monumento, Jardín Histórico, Conjunto Histórico, Sitio Histórico y Zona Arqueológica). Además de estos tipos encontramos el Conjunto Etnológico y la Vía Histórica en la Ley castellano-leonesa, el Lugar de Interés Etnológico y la Zona Paleontológica en la Ley balear, la Zona de Interés Etnológico y la Zona Paleontológica en la Ley catalana, etc.;
 - e) la creación de los Sistemas Autonómicos de Archivos, de Bibliotecas y de Museos, cuyo contenido, fines y efectos se desarrolla en las respectivas Leyes de Archivos, de Bibliotecas y de Museos que han aprobado casi todas las Comunidades Autónomas. Así tenemos el Sistema de Archivos y Patrimonio Documental de Cantabria, el Sistema Regional de Bibliotecas de esta misma Comunidad Autónoma y el Sistema Regional de Museos de Cantabria. Otro tanto encontramos en la Región de Murcia⁶, en la Comunidad valenciana, etc.;
 - f) la asunción, por parte de los poderes públicos autonómicos, de medidas de fomento que suelen ser muy similares a las del Estado, especialmente con el denominado uno por ciento cultural. Esta institución suele estar prevista en la propia Ley general (País Vasco, Cataluña, etc.) aunque no falta algún ejemplo de Ley específica (Ley 12/1991, de 14 de noviembre, de Galicia, y Ley 4/1990, de 11 de abril, de la Región de Murcia);
 - g) la tipificación de infracciones y la definición de sanciones para las actuaciones que entren en la competencia de la Comunidad Autónoma. Nada impide aplicar el cuadro de infracciones y sanciones de la Ley estatal pero las Comunidades Autónomas han preferido fijar su propia cuadro;

⁶ En el caso de la Región de Murcia, en Leyes específicas de Archivos, Bibliotecas y Museos pues esta Comunidad Autónoma no ha aprobado una Ley general.

- h) la creación de órganos de gestión o de asesoramiento que cooperan con las Consejerías o Departamentos de Cultura: desde el Centro del Patrimonio Cultural Vasco, el Consejo Asesor del Patrimonio Cultural Catalán o el Consejo del Patrimonio Histórico de Canarias hasta las instituciones consultivas y órganos asesores previstos en casi todas las Leyes autonómicas;
- i) la regulación de los derechos de tanteo y de retracto así como de los deberes de los comerciantes: artículos 26 a 28 de la Ley catalana, artículo 27 de la Ley gallega o artículo 50 de la Ley canaria para los primeros y artículo 29 de la Ley gallega o artículo 41 de la Ley canaria para lo segundo.

Como puede observarse, todas las Leyes autonómicas son muy similares entre sí. La única (y no muy profunda) diferencia reside en las categorías de protección y en la tipología de los bienes inmuebles. El resto es muy parecido entre sí y a su vez es totalmente tributario de la Ley estatal, hasta el extremo de que podemos apuntar que estamos más ante contenidos reglamentarios de la Ley estatal que ante una nueva y plena regulación de amplio contenido innovador.

Por ende, en 2003 la conexión Ley estatal/Leyes autonómicas discurre a través de dos o tres notas características. En primer lugar, hay que constatar que la Ley estatal ha sido desplazada por las Leyes autonómicas en catorce Comunidades Autónomas. Esta afirmación carece de toda dimensión valorativa: con unas pocas excepciones⁷, la Ley del Estado no se aplica en las Comunidades Autónomas porque la norma que se ejecuta es la Ley propia. Y no sólo en las figuras de protección que se aplican sino en otras muchas materias: la clasificación de los inmuebles, las competencias de los Entes locales insulares en Canarias y en las Baleares, los criterios especiales de protección, etc.

En segunda lugar, se debe señalar que esta circunstancia nos lleva a plantear la necesidad de buscar fórmulas y procedimientos de cooperación entre el Estado y las Comunidades, fórmulas que deben ir más allá del Consejo del Patrimonio Histórico que, siendo fundamental para dicha cooperación, es el único instrumento orgánico previsto en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, para articular esta norma con las autonómicas.

⁷ Como puede ser la Administración cultural andaluza que en la actualidad aplica más la Ley estatal que la propia a la hora de declarar las figuras de protección, concretamente los Bienes de Interés Cultural.

En tercer lugar, en fin, conviene pensar como “estatalizar” las categorías de protección presentes en las Leyes autonómicas, y al decir “estatalizar” sólo queremos decir conferir plenos efectos conforme al Derecho estatal a las categorías autonómicas, como ocurre en sentido inverso a la “autonomización” de las categorías estatales que contienen algunas Leyes de las Comunidades Autónomas.

A través de estos puntos como primera conclusión que avanzamos respecto a la conexión Ley estatal/Leyes autonómicas, discurrirá nuestra reflexión sobre el posible contenido de la reforma de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

3. LAS DISTINTAS OPCIONES REFORMADORAS

Antes de proseguir conviene plantearse si al lado de la reforma parcial de la Ley vigente podemos encontrar otras opciones a considerar.

La primera opción sería la alternativa conservadora de no reformar en absoluto el texto legislativo. Evidentemente, es una opción imposible pues desde que entró en vigor la Ley, en 1985, la misma ha sido objeto de siete reformas parciales en 1987, 1988, 1994, 1995, 1998, 2001 y 2003⁸, a lo que se debe añadir la Ley 36/1994, de 23 de diciembre, de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, cuyo anteproyecto se redactó inicialmente como otra reforma de 1985 y que sólo en el último momento, antes de su elevación al Consejo de Ministros, fue transformada en una Ley diferente.

Pero ahora, al cabo de casi veinte años, hay que plantearse una reforma más amplia, que vaya más allá de los cambios coyunturales que han ido produciéndose.

⁸ Mediante la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988; la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989; la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades; la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Otra alternativa sería redactar una nueva Ley estatal. El tema tampoco es descabellado pues del mismo Ministerio que aplica básicamente la Ley 16/1985, de 25 de junio, han emanado, a lo largo de la legislatura 2000-2004, dos nuevas Leyes que vinieron a sustituir a textos legislativos importantes como han sido las nuevas Leyes Orgánica de Universidades y de Fundaciones.

Sin embargo, y recordando precisamente las tensiones sociales producidas durante la preparación y aprobación de la Ley Orgánica de Universidades, me atrevo a señalar que no se debe elaborar una nueva Ley de Patrimonio Histórico y ello por varias razones. Porque la vigente se aprobó en 1985 con amplio consenso parlamentario del que participaron los dos Grupos Parlamentarios mayoritarios: socialista y el de lo que entonces era Alianza Popular. Además, al igual que ha pasado con la Ley universitaria, es probable que se abriera un frente de conflictos y de tensión con muchas Comunidades Autónomas. Y en tercer lugar, porque el modelo general de 1985 sigue siendo, a mi juicio, bueno y útil y es difícil diseñar un cambio general de modelo.

Todo esto nos lleva a la conclusión de que la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, debería ser objeto de una reforma de cierta relevancia y amplitud pero manteniendo parte de los contenidos centrales del texto vigente⁹. ¿Con qué contenido concreto?

4. LOS CONTENIDOS POSIBLES DE LA REFORMA DE LA LEY

Con estos antecedentes, los posibles puntos de reforma de la Ley del Patrimonio Histórico vigente serían, en lo fundamental, los siguientes:

- a) mejorar la articulación de la Ley estatal con las Leyes autonómicas;
- b) redefinir qué es el Patrimonio Histórico Español;
- c) ampliar el contenido material del Patrimonio Histórico;
- d) señalar nuevos ámbitos de protección;
- e) adaptar la Ley a los nuevos Tratados internacionales hechos recientemente, alguno de los cuales han sido incluso ratificados por España;
- f) señalar nuevos campos de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas;

⁹ Entre los partidos parlamentarios españoles, el único que, conforme a nuestra información, ha propugnado una reforma de la Ley vigente es el Partido Socialista Obrero Español que durante la campaña electoral de 2000 publicó un libro muy completo que había sido elaborado a partir de las propuestas de un grupo de trabajo muy extenso.

- g) buscar nuevas fórmulas de articulación entre la legislación protectora de los bienes culturales y la legislación urbanística;
- h) redefinir el alcance y el contenido de la restauración;
- i) aclarar el alcance y el contenido de la gestión autonómica de los Archivos, Bibliotecas y Museos de titularidad estatal;
- j) reconsiderar la función protectora de las Entidades Locales;
- k) efectuar algunas mejoras de técnica legislativa.

5. LA MEJORA DE LA ARTICULACIÓN DE LA LEY ESTATAL CON LAS LEYES AUTONÓMICAS

La coexistencia de las Leyes autonómicas y de la Ley estatal provoca, como mínimo, tres importantes problemas a la hora de ejecutar estas Leyes: la eficacia de las declaraciones autonómicas de las categorías de máximo nivel, los efectos jurídicos de la circulación interna de los bienes muebles que han sido objeto de declaración autonómica en la categoría más elevada y, por último, el desapoderamiento del Estado en el ejercicio de las facultades que dimanen de su competencia de lucha contra la expoliación. Conviene examinar por separado estos tres problemas de articulación legislativa.

a) La eficacia de las declaraciones autonómicas de las categorías de máximo nivel. Cuando la Administración cultural catalana declara un Bien Cultural de Interés Nacional o cuando la Administración cultural cántabra declara un Bien de Interés Cultural aplicando la Ley cántabra y no la Ley estatal se producen, en torno a dicho bien, un conjunto de efectos peculiares y distintos de los que se habrían producido si una u otra Administración cultural hubiera declarado Bien de Interés Cultural conforme a la Ley estatal. Estas declaraciones no sólo no comportan la inexportabilidad del bien declarado sino que, además, si no tienen cien años de antigüedad ni siquiera precisarían autorización administrativa para su exportación. Por otra parte, si su propietario deseara enajenarlos, la Administración General del Estado no podría ejercitar los derechos de tanteo y de retracto ya que las Leyes autonómicas sólo han previsto su ejercicio a favor de la Administración autonómica. Ciertamente tanto la Ley estatal como el Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de Desarrollo Parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, otorgan a la Administración General del Estado el derecho de tanteo para los supuestos de enajenación de los Bienes de Interés Cultural o los Bienes Inventariados (régimen de la Ley estatal) y para los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español que sean objeto de subasta pero aquí se produce la contradicción, según entiendo, de que en los bienes declarados conforme a algu-

na categoría autonómica de protección cuyo propietario los enajene directamente sin acudir a una subasta, la Administración autonómica podría ejercer los derechos de tanteo y de retracto pero no así la Administración General del Estado pues no hay norma que lo habilite y, lo que es peor, el titular de ese bien no tiene el deber de notificar su propósito de enajenación a la Administración General del Estado. Ciertamente que a la Administración General del Estado siempre le queda la posibilidad de la expropiación forzosa pero parece un procedimiento desmesurado y, en ocasiones, difícil si esta Administración le falta información.

Esta laguna debería colmarse introduciendo en la Ley estatal un nuevo apartado al artículo 38 de la Ley en donde se extendiera al Estado el derecho de tanteo y retracto que las Leyes autonómicas atribuyen a sus Administraciones respectivas si bien, en este caso, sería justo mantener el carácter preferente a favor de la Administración autonómica (es decir, el artículo 38.4 al revés).

Por otra parte, la Ley estatal debe establecer un procedimiento de notificación de la intención de exportación de los bienes catalogados por las Leyes autonómicas para convertir la petición de exportación en oferta de venta irrevocable, materia ésta que debe explicarse con cierto detalle. Conforme a las Leyes autonómicas, el traslado de cualquier bien declarado ha de ser notificado a la Administración autonómica competente. Luego, la decisión de exportación definitiva o temporal habrá de ser igualmente notificada entendiéndose que la información relativa a la exportación definitiva conllevaría el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto salvo cuando su propietario declarara que la exportación definitiva lo es por causa de su salida definitiva del territorio nacional en cuya caso no hay *animus* enajenador. Y todo esto puede ocurrir sin que la Administración General del Estado tenga conocimiento de la salida del bien. Adicionalmente, puede ocurrir otra circunstancia: que notificada la exportación, definitiva o temporal, por el titular del bien, la Administración autonómica la autorice expresamente en contra de los criterios, expresos o presuntos, de la Administración General del Estado. Todo esto nos conduce a un sinnúmero de casos que se deberían solventar con un criterio simple: la exportación de los bienes declarados conforme a las Leyes autonómicas que no tengan cien años de antigüedad debe ser notificada a la Administración General del Estado¹⁰ quien considerará esta notificación como

¹⁰ O a la Administración autonómica si tiene atribuida la competencia a los efectos del artículo 47.2 del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de Desarrollo Parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

oferta de venta irrevocable para la aplicación del artículo 50 del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de Desarrollo Parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, o bien prohibirá su exportación a los efectos del artículo 48 del mismo Real Decreto o lo declarará inexportable con los efectos del artículo 51 de la misma disposición reglamentaria. De esta manera, sin que el Estado asumiera la carga de una declaración general de inexportabilidad por ministerio de la Ley, el Estado podría cubrir esta laguna sobre la exportación de bienes declarados conforme a la legislación autonómica. Lógicamente, esta previsión debería incorporarse al Título III de la Ley, quizá como un artículo 33 bis.

b) Los efectos jurídicos de la circulación interna de bienes clasificados conforme a la legislación autonómica. El supuesto de hecho de toda categoría de protección de bienes culturales es la territorialidad, es decir, la Administración de tutela ejerce sus atribuciones en un determinado marco espacial. Los efectos de la declaración de un Bien de Interés Cultural conforme a la Ley del Patrimonio Cultural Valenciano se extienden al territorio de las Provincias que forman la Comunidad Valenciana y, por el principio de territorialidad que contiene cada Estatuto, sólo tienen eficacia en el ámbito territorial de la Comunidad donde se ha producido ese acto jurídico. Dicho de otro modo, ese Bien de Interés Cultural declarado así conforme a la legislación valenciana no tiene ninguna protección fuera del espacio territorial valenciano. A lo sumo, fuera de la Comunidad Valenciana tendría la presunción de ser un bien de los que integran el Patrimonio Histórico Español en los términos del artículo 1.2 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, salvo en el supuesto que con anterioridad a la Ley valenciana ya hubiera sido protegido mediante la declaración de las categorías de la Ley estatal.

Que los bienes a los que la legislación autonómica otorga su tutela no tengan protección especial fuera de su propia Comunidad Autónoma no constituye ningún problema sino que, más bien, es consecuencia de los principios centrales del Estado autonómico pues lo que es digno de protección en una Comunidad Autónoma puede no considerarse de la misma manera en otra Comunidad Autónoma. *A fortiori* en el ordenamiento de bienes culturales pues si la Administración cultural de una Comunidad Autónoma desea dotar de una protección estatal a un bien no tiene más que aplicar la Ley estatal. Por consiguiente, ese no es el problema. El problema surge de la aplicación interterritorial de la legislación autonómica. Veamos un supuesto.

Un ciudadano canario posee un bien cultural mueble de cierta relevancia que ha sido declarado Bien de Interés Cultural por el Gobierno de Canarias

conforme a su Ley 4/1999, de 15 de marzo. De acuerdo con el artículo 23 de esa misma Ley, el bien mueble ha sido inscrito en el Registro Canario de Bienes de Interés Cultural. El propietario de ese bien mueble se traslada a vivir a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, desmonta su domicilio en Canarias y envía todos sus bienes muebles, incluida la obra declarada Bien de Interés Cultural, a su nuevo domicilio de Castilla y León. En esa situación, se pueden dar las siguientes alternativas:

- que solicite la desafectación del Bien de Interés Cultural pero el Gobierno de Canarias, oído el criterio negativo del Consejo Canario del Patrimonio Histórico, deniegue la desafectación. Y el propietario renuncia a la desafectación pero manteniendo el Bien en Castilla y León;
- que solicite de la Administración castellano-leonesa la declaración de Bien de Interés Cultural conforme a la Ley castellano-leonesa 12/2002, de 11 de julio, que así lo acuerde la Junta de Castilla y León, que se inscriba en el correspondiente Registro. Pero cuando el titular del bien solicite la desafectación a la Administración canaria ésta se niegue, con lo que el bien estaría declarado en dos Comunidades Autónomas e inscrito en dos Registros;
- que solicite del Gobierno canario la desafectación del Bien de Interés Cultural y éste así lo acuerde para, a continuación, solicitar de la Administración castellano-leonesa la declaración de Bien de Interés Cultural conforme a la Ley castellano-leonesa 12/2002, de 11 de julio, y encontrarse con una denegación de la Junta de Castilla y León. En tal supuesto, el bien carecería de toda protección jurídica.

A pesar de la casuística alambicada¹¹, este caso se puede dar. Se puede dar un conflicto de leyes si las dos Administraciones mantienen su declaración y subsiguiente inscripción y se puede dar una situación de inaplicación normativa si el bien pierde la declaración de una Comunidad sin lograr la declaración de la otra. Estaríamos ante una quiebra de la comunicación cultural que exige el artículo 149.2 de la Constitución.

Parece por ello razonable que para facilitar esa comunicación cultural, que es un mandato constitucional, la Ley estatal añadiera a su articulado un

¹¹ Alambicada pero no irreal. En el artículo "Intrahistoria de la venta de un goya" de Blanca TORQUEMADA (*ABC*, de 29 de noviembre de 2003) se dice "El cuadro, aunque físicamente llevaba años en la calle Miguel Ángel de Madrid, estaba inventariado en Baleares...". Aunque en este caso no hubo conflicto por el motivo de la ubicación material del bien mueble, la información denota que la circulación de bienes protegidos es más intensa de lo que pudiera parecer.

precepto que señalara un procedimiento para resolver esos conflictos y otros similares que se puedan producir. No se trata de imponer a una Comunidad Autónoma la decisión, en todo caso política, de protección de un determinado bien pero al menos prever un procedimiento de comunicación de oficio y un acomodo de la decisión de desafectación (lógica si el bien no va a volver a estar depositado en la Comunidad de origen) hasta tanto resuelva la Comunidad del nuevo destino.

c) El desapoderamiento del Estado cuando un bien que no está en peligro inminente de ruina o destrucción es digno de protección y la Administración cultural autonómica no le otorga ninguna protección. La Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, atribuye a la Administración General del Estado en su artículo 4 una acción subsidiaria pero muy intensa ante la inactividad autonómica en el caso de que un bien esté en peligro de expoliación. El sentido de esa previsión es acorde con la “primera” redacción de la Ley, es decir, antes de que el Tribunal Constitucional diera su interpretación del artículo 9.2 de la Ley estatal. Y es que, al reservarse el Gobierno de la Nación la declaración de Bien de Interés Cultural y hasta la incoación del expediente de declaración para supuestos de expoliación si hacemos una interpretación sistemática de los artículos 9.2 y 6.b) de la Ley (lo que nunca ocurrió), no hacía falta otorgar a la Administración General del Estado una poderes exorbitantes respecto a la declaración de los Bienes de Interés Cultural. Pero la sentencia constitucional 17/1991, de 31 de enero, ha variado esos supuestos de partida.

La noción de expoliación del artículo 4 de la Ley del Patrimonio Histórico Español tiene alcance reactivo, no preventivo. Cuando se produzca una “acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o alguno de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español o perturbe el cumplimiento de su función social”, el Estado puede interesar a la Comunidad Autónoma competente que adopte con urgencias medidas conducentes a evitar esa expoliación y si el requerimiento es desatendido la Administración General del Estado actuará mediante un procedimiento que ha sido desarrollado en el artículo 57 bis del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de Desarrollo Parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español. Sin embargo, hay actuaciones preventivas que evitarían el riesgo y la acción preventiva más intensa es la declaración de Bien de Interés Cultural o de las categorías específicas de cada Ley autonómica. ¿Qué ocurre cuando una Administración autonómica se niega a efectuar una declaración de Bien de Interés Cultural? ¿La Administración General del Estado debe esperar pacientemente a que

el bien, que está en principio en buenas condiciones materiales, se degrade lo suficiente para poder aplicar el artículo 4 de la Ley y el artículo 57 bis del Real Decreto de desarrollo parcial? Parece una solución absurda. Por otro lado, una cosa es proteger un bien que está en peligro de expoliación y otra distinta obligar a una Administración autonómica a incluir ese bien en el catálogo de bienes culturales más relevantes que eso es lo que el Registro autonómico de Bienes Culturales u órgano de similar función pues semejante imposición vulneraría la autonomía política de la Comunidad Autónoma.

Resulta de ello que para no forzar la autonomía política de las Comunidades Autónomas y para no obstaculizar la adopción de medidas preventivas de protección que eviten alcanzar el lindero de la expoliación, la Ley reformada debería contemplar, precisamente en el artículo 4, la posibilidad de que en supuestos extraordinarios en los que se produjera una discordancia entre la Administración autonómica y la Administración General del Estado respecto a la declaración de Bien de Interés Cultural, esta última, a través de un procedimiento que pueda asegurar la cooperación (quizá previo examen por el Consejo del Patrimonio Histórico Español y con audiencia del Consejo de Estado) pudiera efectuar una declaración. La Ley debe definir bien esos supuestos extraordinarios precisamente para que la acción administrativa evite toda discrecionalidad pero no se debería renunciar a esa facultad. Por otra parte, el Real Decreto 2434/1982, de 24 de julio, de traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de cultura a la Junta de Galicia (*B.O.E.*, núm. 235, de 1 de octubre de 1982), ya previó que mediante convenio entre la Administración General del Estado y la Junta de Galicia determinados bienes inmuebles adscritos a la competencia de la Comunidad Autónoma serían protegidos directamente por el Estado.

En conclusión, la mejora de la articulación de la Ley estatal con las Leyes autonómicas pasaría por tres puntos: armonizar la eficacia de las declaraciones autonómicas de las categorías de máximo nivel para asegurar una protección similar de los bienes declarados en cualquier parte del territorio nacional; regular los efectos jurídicos de la circulación interna de bienes clasificados conforme a la legislación autonómica si son objeto de un traslado definitivo a otra parte del territorio nacional; y proporcionar al Estado una competencia excepcional cuando un bien que no está en peligro inminente de ruina o destrucción pero, siendo digno de protección, la Administración cultural autonómica no le otorga ninguna protección.

6. LA REDEFINICIÓN DEL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL

Aunque no existe unanimidad en la doctrina, empieza a abrirse camino la idea de que una lectura sistemática de los apartados segundo y tercero del artículo 1 de la Ley 16/1985, de 25 junio, nos conduce a hablar de dos grandes bloques de bienes del Patrimonio Histórico: en un primer bloque tendríamos la masa de bienes dotados de los valores que se señalan en el referido apartado segundo¹² y, en un segundo bloque, los bienes más relevantes de ese primer bloque que “deberán ser inventariados o declarados de interés cultural en los términos previstos en esta Ley” (artículo 1.3). Esta concepción, que presupone que existen bienes del Patrimonio Histórico que lo son por sus cualidades intrínsecas aunque no tienen relevancia suficiente para ser inventariados o declarados de interés cultural, ha sido admitida por el Tribunal Constitucional en su sentencia 181/1998, de 17 de septiembre¹³, cuando declaró:

“Si se atiende a la regulación contenida en la citada ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español, su art. 1, párrafo 2º, comprende en su ámbito los yacimientos y zonas arqueológicas, y si bien es cierto que otorga una especial protección a aquellos que han sido inventariados o declarados de interés cultural, según resulta del párrafo 3º del mismo artículo, en relación con el art. 9 y 14 siguientes de la misma Ley, ello no significa que los bienes no declarados de interés cultural queden extramuros del concepto de Patrimonio Histórico Español” (F. J. 8).

Luego, la Ley estatal ha realizado una doble operación de los bienes del Patrimonio Histórico. Por un lado otorga esa calificación a los bienes dotados de los valores o características materiales que se señalan en el apartado 2 del artículo 1 de la norma legal. Y por otra parte añade a esa calificación inicial una categoría de mayor relevancia que son aquellos bienes inventariados o declarados de interés cultural.

¹² “Los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico”.

¹³ Sentencia 181/1998, de 17 de septiembre. Sala Primera. Recurso de amparo interpuesto contra la sentencia de 3 de junio de 1995 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Ponente: García Manzano. *J. C.*, t. 42, págs. 47-68.

Pero en el ordenamiento español esta calificación legislativa de bienes del patrimonio Histórico se ve perturbada por la calificación adicional que proporcionan las Leyes autonómicas:

- la Ley vasca agrega los bienes de valor urbanístico y social (artículo 2.1);
la Ley de Cataluña señala también los bienes de valor arquitectónico (artículo 1.2) más las colecciones y los ejemplos singulares de zoología, botánica, mineralogía y anatomía, los bienes que constituyen puntos de referencia importantes en la historia y los instrumentos musicales (artículo 18.2);
- la Ley asturiana añade los bienes relacionados con la historia y la cultura de Asturias (artículo 1.2) más los incluidos en los catálogos urbanísticos de protección (artículo 27);
- la Ley de Cantabria cita también a los espacios industriales y mineros (artículo 3.3) y los que definan un aspecto destacado de la identidad cultural de una localidad o de un municipio (artículo 26.1);
- la Ley valenciana incorpora también los bienes del patrimonio audiovisual e informático (artículos 77 y 86);
- la Ley de Aragón atrae a esta noción los bienes de interés antrópico (diferentes de los de interés antropológico) y lingüístico (artículos 2 y 4);
- la Ley canaria contempla igualmente las particularidades lingüísticas del español hablado en Canarias (artículo 2);
- la Ley extremeña aporta los elementos de la arquitectura industrial y el lenguaje (artículo 1.2);
- la Ley balear agrega los bienes de interés histórico-industrial (artículo 1.2, 68 y 69) y los lugares no declarados denominados “espacios de interés arqueológico o paleontológico” (artículos 58 a 64);
- la Ley de Castilla y León también se refiere al patrimonio lingüístico (artículos 1.2, 64 y 65).

De esta manera, la legislación autonómica ha agrandado el ámbito material de lo que constituye el Patrimonio Histórico lo cual, si bien sería exagerado denominarlo inconstitucional, no respeta la función definidora y delimitadora que, según entiendo, debe corresponder casi en exclusiva a la Ley estatal. Quizá convenga extenderse unas líneas en este punto.

¿A qué Patrimonio Histórico se refiere la Constitución? O, dicho de otra manera, ¿qué contenido material tiene el Patrimonio Histórico del que habla la Constitución? Si recordamos, como hemos visto más arriba, que la Consti-

tución utiliza el sustantivo Patrimonio con adjetivos diferentes¹⁴, hemos de convenir que es absolutamente necesario un concepto preciso y determinado de esta noción, concepto que sólo lo puede dar la Ley. Y en concreto la noción de Patrimonio histórico-cultural-artístico-monumental a que se refería la Constitución en 1978 sólo podía venir delimitada por lo que era el Patrimonio histórico-cultural-artístico-monumental en el Derecho entonces vigente, esto es, la noción implícita (pues hemos visto que no era explícita) de la Ley de 13 de mayo de 1933 sobre Defensa, Conservación y Acrecentamiento del Patrimonio Histórico-Artístico y legislación concordante.

Porque esa es una de las más decisivas competencias del Estado en la materia: si el Estado no fija una noción de Patrimonio Histórico, tanto la competencia estatal *ex* artículo 149.1.28 como las competencias autonómicas *ex* artículo 148.16 se ejercerán sin rumbo pues ¿cómo vamos a saber qué bienes tiene que defender el Estado contra la exportación y la expoliación si no tenemos una noción material de estos conceptos? ¿cómo sabemos hasta donde alcanza, en la práctica, la competencia autonómica sobre Patrimonio monumental si no disponemos de una noción material de éste?

Y esto no es una disquisición doctrinal sino que tiene efectos prácticos de cierta importancia. ¿La competencia estatal de lucha contra la expoliación alcanza a proteger un bien del Patrimonio lingüístico tal como lo contemplan algunas Leyes autonómicas pero no la Ley estatal? ¿La competencia estatal de lucha contra la exportación autorizaría al Ministerio de Cultura a impedir la exportación de un bien relevante del Patrimonio Informático cuando se trata de una noción ignorada por la legislación estatal a pesar de estar recogida en la Ley valenciana?

Otro problema adicional sobre la noción material de Patrimonio Histórico viene del ámbito penal. Aclarado, incluso en sede constitucional como hemos visto a través de la sentencia 181/1998, de 17 de septiembre, que forman parte del Patrimonio Histórico los bienes no declarados (*a fortiori*, los bienes enterrados desde el momento en que afloran a la superficie), ¿el canon para atribuir valor histórico, artístico, cultural, monumental, etc., a que se refieren los artículos 321 a 324, más los tipos agravados por razón de tener valor cultural los bienes objeto del delito puede venir del *plus* conceptual que aportan las Leyes autonómicas? Dificilmente puede serlo ya que la legislación penal es

¹⁴ “Histórico, cultural y artístico” en el artículo 46, “monumental” en el artículo 148.1.16, y “cultural, artístico y monumental” en el artículo 149.1.28.

competencia exclusiva del Estado (artículo 149.1.6) por lo que lo que no es delito en Cantabria no podría serlo en la Comunidad Valenciana a pesar de la circunstancia de que la legislación valenciana atribuye valor cultural histórico-cultural a los bienes informáticos. Y el tema no es indiferente pues muchos penalistas señalan los problemas que ha traído la existencia de diferentes niveles de tutela así como la falta de concreción del objeto material del delito.

Y lo mismo puede decirse en el tema de la exportación y de la importación ilícitas, sobre todo para la aplicación de la Convención de 1970 y de la normativa comunitaria.

Todas estas cuestiones no se suscitarían si la Ley estatal fuera la única norma llamada a definir materialmente qué es el Patrimonio Histórico, lo que ahora no ocurre, en contra del fin que se atribuye al artículo 149.1.28 de la Constitución. Pero también es cierto que, más allá de cuestiones conceptuales, es difícil negar a una Comunidad Autónoma que añada un *plus* de protección a los bienes culturales mediante una más amplia delimitación material del concepto del Patrimonio Histórico. Esta colisión normativa, nada teórica como hemos visto, se puede resolver con un doble retoque al artículo 1 de la Ley estatal. Por un lado, agregando los elementos materiales más significativos que después de 1985 han aportado las Leyes autonómicas (Patrimonio Industrial y, más precisamente, el Patrimonio Marítimo y el Aeronáutico, Patrimonio Lingüístico¹⁵, etc.) y, de otro, fijando una cláusula de remisión (que debe ser muy medida) en virtud de la cual, con ciertas condiciones, el contenido material que establezcan las Leyes autonómicas se incorporará al contenido material de la Ley estatal.

Es cierto que, como señaló en su momento Geny, una legislación positiva, tanto si actúa mediante categorías generales o por medio de fórmulas abstractas, jamás englobará todos los casos posibles¹⁶, lo que presupone que cualquier noción cerrada del Patrimonio Histórico será rebasada en unos pocos años por la percepción social que tenderá a valorar bienes que hoy no apreciamos. Pero si reformamos la Ley adaptándola a lo que hoy se valora como

¹⁵ Personalmente no me parece adecuado que las lenguas tengan, a fines tuitivos, la misma consideración que los bienes culturales materiales o que otros inmateriales (como el Misterio de Elche) pero ya que hay Leyes autonómicas que las protegen, creo que la Ley estatal debe sumar todos aquellos contenidos que afloran en las leyes autonómicas.

¹⁶ François GENY: *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, Reus, Madrid, 1925, 2ª ed., pág. 115.

Patrimonio Histórico y, al propio tiempo, le agregamos una remisión cuidadosa a la legislación autonómica, la noción de Patrimonio Histórica podrá adaptarse mejor a los requerimientos sociales.

7. LA FIJACIÓN DE NUEVOS ÁMBITOS MATERIALES DE PROTECCIÓN

Este tema está muy conectado al anterior, relativo a la definición conceptual del Patrimonio Histórico, pero conserva alguna especificidad pues la definición conceptual de lo que el Derecho entiende por Patrimonio Histórico tiene una dimensión exógena ya que su finalidad es delimitar el campo competencial del Estado, definir el marco de aplicación de la Ley penal, señalar lo que no debe ser objeto de exportación o de importación sin autorización administrativa, etc. Por el contrario, la fijación de nuevos ámbitos materiales de protección, aunque toma como punto de partida esa definición conceptual, va más hacia el interior del Patrimonio Histórico, con una dimensión endógena, pues su *telos* no es otro que establecer técnicas jurídicas de protección de determinados bienes de características materiales especiales.

En alguna doctrina se emplea la noción de “Patrimonios especiales” y siempre me ha parecido que es una noción bien escogida a condición de que seamos conscientes de su constante evolución. Por señalar tres nuevos ámbitos de protección que la Ley reformada debería recoger como nuevos Títulos VI bis y ter más una reforma importante del vigente Título VI, hemos de apuntar el Patrimonio Industrial (con diversas subcategorías a las que ahora aludiremos), el Patrimonio Audiovisual e Informático y el Patrimonio Inmaterial, conectado a la regulación actual del Patrimonio Etnográfico.

a) **El Patrimonio Industrial** ha sido objeto en algunas Leyes autonómicas de una extraña conceptualización vinculado al Patrimonio Etnográfico. Así en la Ley 10/1998, de 9 de julio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid, en la Ley 12/2002, de 11 de julio, de Patrimonio Cultural de Castilla y León, y en Ley 3/1999, de 10 de marzo, del Patrimonio Cultural Aragonés, el Patrimonio Industrial se inscribe dentro del Patrimonio Etnográfico. Esta etnologización del Patrimonio Industrial es una aberración pues responde a una concepción agraria de la economía ya que sólo en áreas agrarias, donde se combinan conocimientos artesanales y agrícolas, el Patrimonio Industrial puede examinarse con metodología etnográfica. Además, corresponde a un momento histórico muy alejado de la economía industrial: por poner un ejem-

plo, las cuarenta y una chimeneas industriales que el Ayuntamiento de Barcelona incluyó en 2000 en un plan especial de protección¹⁷, ¿qué conexión guardan con la etnografía que, tal como se entiende, posee una vocación rural muy acentuada?

Ésta es la primera cuestión que se debe solventar la Ley estatal: el Patrimonio Industrial no debe confundirse con el Patrimonio Etnográfico como sugieren las referidas Leyes autonómicas de Aragón, Comunidad de Madrid y Castilla y León. ¿Y con el Patrimonio Arqueológico?

Los primeros textos que han tratado científicamente los restos materiales de origen industrial han utilizado la acepción “arqueología industrial” y así se emplea desde sus orígenes en los primeros años de la segunda mitad del siglo pasado en el Reino Unido. Como dijo uno de los grandes especialistas británicos, Kenneth Hudson, esta expresión comprendía la restos testimoniales de las antiguas maneras de construir y de transportar personas y materiales. Por eso se trataba de una ciencia volcada en el descubrimiento, estudio, clasificación y conservación de los edificios de la edad industrial, edad que comenzaba en torno a 1779, y que utilizaba metodología arqueológica en el descubrimiento de tales inmuebles y demás efectos allí contenidos. Por poner otro ejemplo, otra autora británica, Dianne Newell, describe la arqueología industrial como “el estudio de las huellas físicas del pasado tecnológico y productivo” y esta definición apunta al problema conceptual que provoca una cierta confusión aun cuando sólo sea terminológica. Cuando los historiadores británicos se plantean un enfoque epistemológico alejado de la historia política de las élites y buscan las huellas del pueblo trabajador, emergen restos de la actividad industrial, restos que son hallazgos físicos y se deben estudiar con metodología arqueológica porque, después de todo, no hay mucha diferencia metodológica entre excavar un templo griego y un molino abandonado de finales del siglo XVIII. Cabía también aplicar una metodología meramente estética, como apunta Negri, pero al final predominó la metodología más adecuada y de la metodología se pasó al concepto, de modo que el riquísimo y complejo Patrimonio Industrial acabó no sólo confundido con los hallazgos prehistóricos o las fortalezas medievales sino que acabó siendo reclamado por los arqueólogos como objeto de su conocimiento. Es cierto, como han señalado Ramos, Campos y Martín, que en sus orígenes se planteó la urgencia de conservar lo poco que quedaba de la revolución industrial, y que ello llevó, justificadamente, a una Arqueología de urgencia.

¹⁷ Gabriela C. TORRES. “Gigantes de ladrillo”, *La Vanguardia*, 2 de septiembre de 2003.

El problema, y lo ha visto muy bien la profesora Alonso Ibáñez, es confundir la parte con el todo. Como dice esta autora, “la arqueología industrial ha contribuido a consolidar la noción de patrimonio industrial, debido a su afán en salvar y estudiar los restos de la cultura material que no se identificaban con ‘objetos de arte’ u obras de importancia histórico por su monumentalidad a nivel nacional”. Luego, se puede y se debe distinguir entre el método de esa ciencia (Arqueología Industrial) y el objeto de la misma (el Patrimonio Industrial) aunque hay que agregar que la transversalidad de este Patrimonio determina que haya muchos de sus contenidos que no son susceptibles de investigación arqueológica. Por ende, debemos mantener la noción de Patrimonio Industrial como el conjunto de bienes conectados a la minería, a la metalurgia, a las fábricas y a los molinos, al transporte y a la industria alimentaria (éstos son los grandes apartados que emplea Kenneth Hudson), bienes que son susceptibles de descubrir, identificar y describir con metodología arqueológica... en su parte más significativa.

La consecuencia de esta inicial confusión conceptual y metodológica es que el Patrimonio Industrial es definido y caracterizado por medio de una parte (la metodología y la técnica arqueológicas) y no por el todo. ¿Y qué es el todo? Un Patrimonio transversal o especial en cuya naturaleza conviene detenerse con cierto rigor como ha hecho, por ejemplo, la Ley asturiana en sus artículos 76 a 78 pero sobre el que penden siempre varios peligros como son la ya evocada “etnologización” o también su banalización (por no hablar de los riesgos reales de expoliación).

Además, para no alargarnos demasiado, al Patrimonio Industrial clásico ya se contraponen unas subcategorías cada vez más relevantes como el Patrimonio Naval o el Patrimonio Aeronáutico, con similares características de transversalidad, variedad material y complejidad de gestión.

La conclusión es que la gran complejidad y hasta heterogeneidad que vemos reflejada en la legislación autonómica más otras circunstancias adicionales como es el deber de la Administración General del Estado de conservar su propio Patrimonio Industrial y la recomendable actuación de planes generales de protección, haría aconsejable que la Ley reformada recogiera en unos pocos preceptos las bases conceptuales y de actuación para este tipo de bienes.

b) el Patrimonio Audiovisual e Informático ha aparecido en la Ley del Patrimonio Cultural Valenciano cuyo artículo 86 establece lo siguiente:

“Debido a la específica evolución del patrimonio generado y divulgado a través de medios informáticos, se desarrollarán reglamentariamente los as-

pectos relacionados a su conservación, preservación y utilización, de acuerdo con los aspectos generales de aplicación que establece la presente Ley”.

Como puede observarse, la Ley valenciana ha avanzado poco en términos tanto conceptuales como tuitivos. Pero es una norma que ha tenido la habilidad de entender que se trata de unos bienes culturales aun informes (material y jurídicamente) pero que pronto necesitarán definición y protección. Y en medio de esa difícil protección, lo único que ha hecho la Ley, correctamente, es habilitar reglamentariamente al Gobierno para que avance hasta donde pueda avanzar que no es poco si conectamos este tipo de Patrimonio con el Patrimonio Documental y Archivístico o incluso con el Patrimonio Inmaterial.

En cualquier caso, no sería impertinente que la Ley estatal reformada acertara a avanzar unos pocos pero precisos puntos que delimitaran la futura protección a cargo de los poderes públicos.

c) el Patrimonio Inmaterial es, sin duda, la nueva estrella de los Patrimonios especiales ya que la Conferencia General de la UNESCO ha aprobado en octubre de 2003 la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial. La nueva Convención define al Patrimonio Inmaterial como “*les pratiques, représentations, expressions, connaissances et savoir faire -ainsi que les instruments, objets et espaces culturels que leur sont associés- que les communautés, les groupes et, le cas échéant, les individus reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel*”¹⁸ (artículo 2.1), añadiendo después que este Patrimonio Cultural Inmaterial se manifiesta especialmente en las tradiciones y expresiones orales, incluida la lengua, las artes escénicas, las prácticas sociales y rituales y los acontecimientos festivos, los conocimientos y prácticas relativas a la naturaleza y al universo, y las prácticas conectadas a la artesanía.

Como puede observarse, la noción de Patrimonio Cultural Inmaterial sólo coincide en parte con el concepto usual de Patrimonio Etnográfico tal como lo encontramos, por ejemplo, el artículo 46 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español. De hecho, la noción de la Convención asume todo el concepto tradicionalista de Patrimonio Etnográfico de la legislación española¹⁹ pero lo rebasa para entrar en prácticas y ritos so-

¹⁸ En el momento de redactar este trabajo no existe aún versión española.

¹⁹ “Forman parte del Patrimonio Histórico Español los bienes muebles e inmuebles y los conocimientos y actividades que son o han sido expresión relevante de la *cultura tradicional del pueblo español* en sus aspectos materiales, sociales o espirituales” (artículo 46). El subrayado es nuestro. Esta referencia a lo tradicional se encuentra en Leyes autonómicas como la valenciana (artículo 55), la canaria (artículo 73.1), la asturiana (artículo 69.1), etc.

ciales que se separan (o pueden separarse eventualmente) de la tradición para formar parte de una *Weltstanchaung* contemporánea cuyo pasado resulta irrelevante.

Ahora bien, sin entrar a valorar ahora su acierto o su desacierto, en la legislación autonómica encontramos frecuentemente la referencia a la lengua que forma parte del Patrimonio Cultural Inmaterial (concepción Convención de la UNESCO) sin integrarse, salvo raras excepciones, en el Patrimonio Etnográfico: Ley catalana, Ley aragonesa, Ley canaria o Ley extremeña. Y esta referencia a la lengua nos aproxima a esa dimensión no tradicional del Patrimonio Cultural Inmaterial en la visión que de éste da la Convención.

Ello tiene como consecuencia que la Ley reformada debería plantearse una nueva redacción de su Título VI que permitiera dar el paso que separa el Patrimonio Etnográfico de cuño tradicional hasta el Patrimonio Inmaterial que rebasa el mero historicismo para introducirse en formas de vida coetáneas y vividas de manera permanente aun cuando su raíz sea tradicional.

La conclusión a que nos lleva este apartado es que la Ley reformada debería contemplar los nuevos objetos protegibles que se han ido configurando en España y fuera de España desde que se aprobó la Ley en 1985. De esta manera se alcanzaría, en primer lugar, una mayor coordinación con la legislación autonómica posterior pues no es bueno que haya gran disonancia entre una y otra. En segundo lugar, la Ley del Patrimonio Histórico Español reformada actualizaría su objeto, modernizando al mismo tiempo sus contenidos y con ello marcaría una senda que recorrerían más fácilmente las Leyes autonómicas. Por último, una mejora y ampliación de la definición del objeto de protección apoyaría la actuación del Estado, contribuiría a deslindar mejor los ámbitos competenciales de las Comunidades Autónomas y tendría efectos pedagógicos interesantes entre los ciudadanos. Y con esto no buscamos una modernidad estética sino asegurar la protección de los bienes que forman el Patrimonio Histórico Español ante nuevos problemas que se acabarán produciendo. Pongamos dos ejemplos sencillos: ¿qué naturaleza jurídica tendría el flamenco si llegara a declararse obra maestra del Patrimonio Inmaterial como pretende la Junta de Andalucía? U otro ejemplo: ¿podría exportarse definitivamente desde España un avión fabricado en Estados Unidos en los años cuarenta del siglo XX?

8. LA ADAPTACIÓN DE LA LEY A LOS NUEVOS TRATADOS INTERNACIONALES RECIENTEMENTE ELABORADOS EN FOROS INTERNACIONALES

Cuando la Ley de 1985 entró en vigor España tenía pendiente de ratificar dos Tratados Internacionales conectados con el Patrimonio Histórico (la Convención de la UNESCO de 1970 sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, que España ratificó el mismo año de 1985, y la Convención de la UNESCO de 1972 para la protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, ratificada en 1982). Posteriormente, se han elaborado y, después, ratificado por el Estado español, la Convención del Consejo de Europa de 1985 para la salvaguarda del Patrimonio Arquitectónico de Europa (que se ratificó en 1989), el Convenio de UNIDROIT de 1995 sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente (al que España se adhirió en 2002) y el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (adhesión de España en 1992). En este momento, están pendientes de ratificar por parte de España el Convenio Europeo del Paisaje, del Consejo de Europa, de 2000, la Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de 2001^{19bis}.

Como se ve, después de la aprobación de la Ley de 1985 España ha ratificado o tiene pendiente de ratificar un total de seis Tratados Internacionales de gran relevancia para la protección del Patrimonio Histórico. Y todos estos Convenios inciden mucho o poco en la aplicación de la legislación española (estatal y autonómica). Ya hemos visto como una correcta aplicación de la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial aconsejaría reformar el Título VI de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, y como éste, podríamos señalar muchos ejemplos: desde el mandato genérico que contienen los artículos 2 y 11 de la Convención del Patrimonio Cultural Subacuático de preservar estos bienes hasta la definición jurídica del Patrimonio Subacuático recuperado ilícitamente cuya entrada en territorio nacional se debe impedir (artículo 14) o la definición de actividad subacuática no conforme a la Convención (artículo 15). Y si tomamos el Segundo Protocolo de la Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado creo que no sería equivocado regular con más detenimiento el procedimiento para colocar bajo secuestro los bienes

^{19bis} En el momento de corregir galeradas, el Gobierno ha remitido a las Cortes Generales Comunicación del Patrimonio Cultural Subacuático, y la ya citada Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial de 2003.

culturales que procedan de un territorio ocupado o para indemnizar a los poseedores de buena fe cuyos bienes deban devolverse (obligaciones ambas previstas en el artículo I del Protocolo). No creo que sean provisiones ilusorias dado el saqueo que ha sufrido Irak y dada, asimismo, la presencia de las Fuerzas Armadas españolas dentro del Ejército de ocupación de ese país^{19ter}. Y similares ejemplos podríamos citar respecto al Convenio de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente que probablemente exija regular la indemnización a los poseedores españoles de buena fe cuyos bienes hayan de restituirse por no decir si nuestra legislación procesal civil es la adecuada tanto para ejecutar el Convenio como para evitar una aplicación fraudulenta del mismo.

Quizá todas estas medidas de acomodo a los recientes Tratados Internacionales suscritos por España no tengan que llevarse siempre a la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español. Quizá haya que proceder, desde el punto de la técnica legislativa, como se hizo en 1994 con la Ley de incorporación al ordenamiento español de la Directiva 93/7 sobre restitución de bienes culturales, que se había pensado como un Título nuevo de la Ley de 1985 y acabó siendo una Ley independiente. En todo caso, habrá que efectuar un repaso minucioso de los Convenios suscritos por España o pendientes de adhesión y puntear qué materias obligan a un desarrollo normativo adicional y con qué alcance y rango. Y sin duda que saldrán materias que deberían llevarse a la Ley 16/1985, de 25 de junio.

9. LOS NUEVOS CAMPOS DE COOPERACIÓN ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Ya he señalado más arriba cómo el Preámbulo de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, está redactado como si la norma legislativa a la que precede estuviera destinada a un Estado unitario. Es cierto que el articulado ya se despliega bajo el supuesto de un Estado descentralizado pero la evolución del ordenamiento autonómico de bienes culturales aconsejaría que la sorprendente eclosión de la Administraciones culturales autonómicas (que tampoco vamos a valorar en este trabajo) tuviera un mayor reflejo en la Ley pues la frondosa organización administrativa autonómica debe coordinarse mejor con la del Estado.

La Ley vigente ha levantado toda la coordinación Estado/Comunidades Autónomas sobre un órgano, unos registros y unos procedimientos. El órgano es el Consejo del Patrimonio Histórico cuya existencia está recogida en el ar-

^{19ter} Al corregir galeradas, el Gobierno español ya ha retirado a las tropas del Irak.

título 5.1 de la Ley²⁰, los registros son el Registro General de Bienes de Interés Cultural, el Inventario General de Bienes Muebles, en el Censo de Bienes Integrantes del Patrimonio Documental y el Catálogo Colectivo de Bienes Integrantes del Patrimonio Bibliográfico (artículos 12, 27 y 51 de la Ley y artículos 21 a 39 del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de Desarrollo Parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español), y los procedimientos son los de declaración de Bienes de Interés Cultural y de inclusión en el Inventario, en el Censo y en el Catálogo. En los tres ámbitos la Ley se refiere constantemente a la colaboración Estado/Comunidades Autónomas pero creo que esa colaboración podría enriquecerse.

En primer lugar, al lado del Consejo del Patrimonio Histórico que es, según entiendo, una buena plataforma de cooperación interadministrativa, debería crearse la Conferencia Sectorial de Asuntos Culturales que reuniría al titular del Departamento que gestione la cultura y a los Consejeros autonómicas de similar atribución. Más allá de la orientación política de cada miembro de esta Conferencia Sectorial, la asistencia de todos los responsables políticos del los bienes culturales contribuye al entendimiento, al diálogo político y a un mayor compromiso mutuo en obligaciones y en la resolución de conflictos. Esta materia debería incorporarse a un nuevo artículo 3 de la Ley (pasando el actual 3 a 3 bis). Por otro lado, tampoco proponemos algo exótico pues en Alemania existe la Conferencia Permanente de Ministros de Educación y Asuntos Culturales de los *Länder* cuya Secretaría asegura una buena coordinación horizontal y vertical. Y si en Alemania no es exótica tampoco puedo serlo en España cuando la regulación de las Conferencias Sectoriales ha sido perfeccionada por la reforma de 1999 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reforma adoptada por iniciativa del Gobierno del Presidente Aznar (Ley 4/1999, de 13 de enero). Por otro lado, la idea no es nueva pues la propuso en 1982 el profesor Muñoz Machado en un informe que preparó para la Secretaría General Técnica del Ministerio de Cultura.

En segundo lugar, los registros y los procedimientos se coordinarían mejor si se articularan debidamente la Ley estatal y las Leyes autonómicas como proponemos más arriba. Conforme al mandato del artículo 149.2 de la Constitución, todos los registros mencionados así como los procedimientos conducentes a la inscripción de bienes en los mismos deberían enmarcarse en la función de comunicación cultural, de modo que si el funcionamiento de la Conferencia Sectorial de Asuntos Culturales resultara satisfactorio, podría plante-

²⁰ Y, en su desarrollado, en los artículos 2 a 6 del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de Desarrollo Parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

arse unos años más adelante que los registros y el propio Consejo del Patrimonio Histórico dependieran orgánicamente de la Secretaría de la Conferencia Sectorial. No es una idea para ejecutar en la reforma de la Ley que propugnamos sino una propuesta inserta en un horizonte más lejano. Hoy por hoy no se deben introducir cambios y experimentos aventurados en lo que funciona bien pero esa nueva dependencia orgánica de la Conferencia de Asuntos Culturales quizá contribuyera a integrar políticamente a las Administraciones autonómicas en la intercomunicación cultural.

Finalmente, la Ley debería reformar un precepto, el 35, a fin de sustituir la expresión “Planes Nacionales de Información” por la de “Planes Nacionales de Protección”. Ha habido experiencias en el pasado, como el denominado “Plan de Catedrales” de la legislatura 1996-2000, que se han diseñado y ejecutado con una base normativa endeble pues el citado artículo 35 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, sólo contempla acciones informativas. Entiendo que la Constitución permite ir más allá y pasar de lo informativo a lo ejecutivo máxime cuando, acertadamente, el artículo 3.b) del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de Desarrollo Parcial de la Ley, ha atribuido su elaboración y aprobación al Consejo del Patrimonio Histórico. Un Plan emanado de un órgano de cooperación como es el Consejo del Patrimonio Histórico y que se rigiera por lo previsto en el artículo 7 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre (redacción de 1999), es decir, mediante un acuerdo aprobatorio formalizado, reforzaría la cooperación Estado/Comunidades Autónomas sin merma de la competencia del uno y de las otras. Por otro lado, para acabar este punto, hay que señalar que existen materias particularmente adaptables a estos Planes Nacionales: los itinerarios culturales, los bienes de nueva valoración (Patrimonio Aeronáutico, por ejemplo), o las políticas de protección dimanantes de los Tratados Internacionales (Patrimonio Subacuático y Patrimonio Inmaterial). En todos estos casos, bien por su contigüidad territorial bien porque se trata de nuevos ámbitos de protección que deben iniciarse con cierta homogeneidad, la elaboración y aprobación de un Plan Nacional de Protección contribuiría tanto a la protección como a la coordinación.

10. LA ARTICULACIÓN ENTRE LA LEGISLACIÓN PROTECTORA DE LOS BIENES CULTURALES Y LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA

Este punto resulta particularmente delicado a partir de la sentencia constitucional 61/1997, de 20 de marzo, que limitó extremadamente las competencias del Estado en materia de urbanismo, en tanto que la sentencia consti-

tucional 17/1991, de 31 de enero, reconoció al Estado, *a contrario sensu* de los preceptos declarados constitucionales, relevantes competencias legislativas de contenido materialmente urbanístico. Por eso, como señaló Luciano Parejo en un par de deslumbrantes trabajos, hay una tensión siempre problemática entre un ordenamiento que reconoce plenas competencias normativas al Estado (ordenamiento del Patrimonio Histórico) y un ordenamiento que reconduce la legalidad estatal a las condiciones básicas que garantizan la igualdad entre los españoles (ordenamiento urbanístico). La consecuencia, decía también Parejo, es una clara asimetría entre dos ordenamientos: el urbanístico ofrece pluralismo de soluciones legislativas y el cultural ofrece una única solución material. Y, para cerrar el conflicto, parece que es el ordenamiento del Patrimonio Histórico el que debe prevalecer sobre el urbanístico.

La consecuencia, y se puede ver muy fácilmente en la jurisprudencia de los diversos Tribunales, es una cierta dificultad de acomodar la aplicación de la Ley del Patrimonio Histórico Español de 1985 frente a las determinaciones de la antigua y de la reciente legislación urbanística²¹, especialmente si ésta es autonómica. Para no alargar un punto que ha dado lugar a monografías muy interesantes a las que seguiremos, señalaremos muy sucintamente, y siguiendo la sistemática de la Ley, algunos de los puntos de fricción de ambos ordenamientos y qué preceptos de la vigente Ley de 1985 deberían ser objeto de reforma:

- determinar las consecuencias urbanísticas de la incoación de un expediente de declaración de bien de interés cultural (artículo 11), de la suspensión de un derribo o de una intervención en un inmueble declarado Bien de Interés Cultural o no declarado (artículo 37.1 y 2) para determinar la indemnización correspondiente a los titulares de los mismos;

²¹ Un ejemplo reciente entre muchos. Según informa *La Vanguardia* del 3 de enero de 2004 el Gobierno anterior respondió a una pregunta escrita del Grupo Parlamentario de Convergència i Unió del Congreso de los Diputados que no es procedente retirar el escudo preconstitucional colocado en la sede del Gobierno Militar de Barcelona porque ese inmueble está inscrito en el Catálogo del Patrimonio Arquitectónico-Artístico de Barcelona, es decir, está inscrito en un catálogo municipal, por lo que sería de aplicación lo previsto en la Ley 33/1981, de 5 de octubre, del Escudo de España. Ahora bien, la Disposición Transitoria Segunda de dicha Ley establece: "Se mantendrán los escudos existentes en aquellos edificios declarados monumentos histórico-artísticos...", expresión esta última que empleaba el artículo 14 de la ley vigente en 1981 (la de 1933) para denominar a los inmuebles declarados. Luego el Gobierno dio una respuesta equivocada a dicho Grupo (que probablemente no se ha enterado de que le han dado gato por liebre) pero más allá del dolo de la respuesta (no es lo mismo declarado por el Gobierno que inscrito en un catálogo municipal), la respuesta expresa bien la dificultad de hacer coincidir las categorías urbanísticas y las que emanan de la legislación cultural, salvo en el caso previsto en la Ley asturiana.

- cómo resolver la negativa de la Administración municipal a redactar un Plan Especial de Protección en el área declarada Conjunto Histórico, Sitio Histórico o Zona Arqueológica (artículo 20.1);
- cómo resolver la emisión de informe desfavorable de la Administración cultural a la decisión de redactar dicho Plan Especial de Protección en el área declarada Conjunto Histórico, Sitio Histórico o Zona Arqueológica (artículo 20.1);
- aclarar qué clase de silencio administrativo es el que se refiere dicho artículo 20.1;
- determinar las consecuencias urbanísticas de la suspensión del otorgamiento de licencias o de la ejecución de las ya otorgadas al incoarse expediente de declaración de Conjunto Histórico, de Sitio Histórico o de Zona Arqueológica (artículo 20.3) a efectos de la correspondiente responsabilidad patrimonial;
- en ese mismo artículo 20.3 de la Ley aclarar el significado preciso del término “resolución favorable” y determinar en qué momento del procedimiento se emite;
- explicar la conexión entre los Catálogos urbanísticos y la declaración de interés cultural de los bienes inmuebles (artículo 21.1);
- aclarar las consecuencias que tiene sobre la Administración urbanística la orden emanada de la Administración cultural de suspender las obras de demolición o de cambio de uso en inmuebles integrantes del Patrimonio Histórico Español no declarados de interés cultural (artículo 25), es decir, los efectos de la negativa de la Administración urbanística a aprobar un plan especial.

Éstos son unos pocos ejemplos de los que citan Alonso Ibáñez, Parejo y Tomás Ramón Fernández, que sin duda deben plantearse a la hora de reformar la Ley.

11. LA REDEFINICIÓN DEL ALCANCE Y DEL CONTENIDO DE LA RESTAURACIÓN MONUMENTAL

Cuando se aprobó la Ley 16/1985, de 25 de junio, el tema de la restauración monumental no pasaba de ser un motivo teórico de debate: no habían llegado aún las restauraciones del Teatro Romano de Sagunto y del claustro de San Jerónimos el Real o las murallas de Tossa del Mar. En aquel momento, el artículo 39 de la Ley no ofrecía dudas acerca de su aplicabilidad: en el nuevo Derecho español de bienes culturales, Ruskin había ganado otra batalla a Viollet-le-Duc.

Pero más allá de la jurisprudencia que se ha ido produciendo, lo cierto es que, como señaló Lorenzo Martín-Retortillo, este artículo 39.2 contiene una terminología que carece de precisión y es, además, intercambiable. Además, a partir de unos conceptos indeterminados, la Ley aplica efectos muy rígidos que contrastan, apunta también Lorenzo Martín-Retortillo, con la flexibilidad del artículo 21.2 y 3 de la misma Ley que al regular los Planes de protección de los Conjuntos permite excepcionalmente remodelaciones urbanas así como las sustituciones de inmuebles. A partir de ahí, autores como Muñoz Machado han señalado que ese precepto tiene efectos indeseados porque impide el uso y hasta la recuperación de ruinas y no aporta criterios claros acerca de la distinción entre monumentos y ruinas. Incluso se señala el carácter “ideológico” de la posición “conservacionista” frente a la corriente de la “restauración estilística” que se considera tan legítima como la otra.

El resultado es que, como denotan las sentencias relativas al Teatro Romano de Sagunto, al claustro de San Jerónimo el Real y a las murallas de Tossa del Mar, estamos ante una materia regulada no sin polémica doctrinal y aplicada con una práctica controvertida. El tema aconseja, como mínimo, dos cosas: seguir debatiendo el alcance de la prohibición contenida en el artículo 39.2 de la Ley pero dando intervención a arquitectos y técnicos de la restauración y, en segundo lugar, redactar con más precisión dicho precepto sea cual sea la dirección que se adopte.

12. LOS PROBLEMAS DE LA GESTIÓN AUTONÓMICA DE LOS ARCHIVOS, BIBLIOTECAS Y MUSEOS DE TITULARIDAD ESTATAL

Pocas veces podemos encontrar en una Constitución una regulación tan “reglamentaria” u “ordenancista” como la que contiene el inciso final del artículo 149.1.28 del texto constitucional español que prevé la transferencia a las Comunidades Autónomas de la gestión de los centros de depósito cultural de titularidad estatal. En aplicación de esta previsión constitucional, el Real Decreto 1676/1980, de 31 de julio, de traspaso de la gestión de Bibliotecas públicas de titularidad estatal radicadas en Cataluña (*B.O.E.*, núm. 210, de 1 de septiembre de 1980), inauguró un modelo de traspaso que, conforme al Convenio firmado entre ambas Administraciones para ejecutar dicho Real Decreto (publicado por Resolución del Secretario General Técnico del Ministerio de Cultura de 16 de abril de 1982 [*B.O.E.*, núm. 100, de 27 de abril de 1982]), se fundaba en el cuasi-nudo traslado de toda la gestión a la Administración autonómica y donde la Administración General del Estado²² se reservaba el apo-

²² Obviamente este término es posterior pues procede de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

yo económico-financiero para lo que no constituyera mantenimiento y conservación ordinarios y la autorización ministerial para algunos supuestos de salida de fondos pero sin prever la menor intervención a título de cooperación aun cuando fuera a través de un órgano consultivo o patronato. A partir de aquí, todas las Comunidades Autónomas fueron recibiendo la gestión de los Archivos, Bibliotecas y Museos de titularidad estatal hasta la situación actual en que la Administración General del Estado gestiona unos pocos centros.

En general, este tipo de transferencia es poco satisfactorio para ambas Administraciones. La Administración General del Estado ha perdido control pero no obligaciones ni cargas presupuestarias. La Administración autonómica tiene indudable poder de decisión pero sabe que no es la titular de esos centros. Habría que llegar a una nueva fórmula que satisficiera por igual a ambas Administraciones pues ambas tienen competencias a las que no deben renunciar.

Este modelo es tanto más incomprensible cuanto que había precedentes alentadores a partir del Real Decreto 2210/1979, de 7 de septiembre, de transferencia de competencias a la Generalidad de Cataluña en materia de agricultura, cultura, sanidad y trabajo (*B.O.E.*, núm. 227, de 21 de septiembre de 1979), sobre creación de Patronatos de composición paritaria, en este caso para las Bibliotecas Públicas Provinciales de las cuatro Provincias catalanas (sin embargo, cuando se publicó el citado Real Decreto 1676/1980, de 31 de julio, por el que se aprobaba el Acuerdo de la Comisión Mixta de transferencias, ese Patronato paritario había desaparecido) y el también citado Convenio firmado entre ambas Administraciones para ejecutar dicho Real Decreto, publicado por Resolución del Secretario General Técnico del Ministerio de Cultura de 16 de abril de 1982, que en el anexo correspondiente al Museo Nacional Arqueológico de Tarragona se preveía la posibilidad de que se creara un Patronato en el que estuvieran representadas ambas Administraciones.

Pero lo que no se hace por Ley muchas veces se incumple o no se ejecuta. Por eso sería conveniente llevar a la Ley reformada, concretamente a un artículo 66 bis, la previsión de que los Archivos, Bibliotecas y Museos de titularidad estatal y gestión autonómica contarán, de Derecho necesario, con un Patronato nombrado por mitades por ambas Administraciones y cuya Presidencia será turnada cada cierto número de años entre vocales de ambas procedencias. Para que estos Patronatos no se conviertan en órganos inoperantes (como ocurre actualmente en algunos de los que se han constituido en ciertos Museos Nacionales), el propio artículo 66 bis nuevo debería señalar sus principales atribuciones que deben abarcar, entre otras, informar sobre el nombramiento de Director, la ordenación de la colección, el movimiento exterior de las piezas, etc.

13. LA RECONSIDERACIÓN DE LA FUNCIÓN PROTECTORA DE LAS ENTIDADES LOCALES

El profesor Parejo ha sido uno de los pocos autores contemporáneos que ha señalado la marginación que sufren las Entidades Locales en general²³ y, en concreto, los Ayuntamientos en el ámbito del Patrimonio Histórico:

“El panorama actual de la administración local, que ha experimentado una notable transformación, no justifica, siquiera sea con carácter general y en los términos radicales e indiscriminados de su actuación, el tópico de la incapacidad gestora y financiera de su Administración”,

y agrega:

“La apreciación de la incapacidad municipal en materia de patrimonio histórico contrasta con la capacidad de dicha instancia nada menos que en la gestión urbanística, que no cede en complejidad y coste a la de dicho patrimonio. La responsabilidad municipal en la ordenación urbanística en la que ha de insertarse la protección del patrimonio artístico y de cuyas soluciones y mecanismos puede beneficiarse sin duda esta última, así como la inmediatez de la instancia local a las circunstancias y al tejido social correspondiente, abonan sin duda una mayor intervención de ésta en la gestión del interés cultural, sin perjuicio de que a la autonómica siga correspondiendo el protagonismo”.

Estas dos citas son muy expresivas de una realidad que los ya numerosos manuales y tratados de Derecho municipal vienen también a reflejar pues en ninguno de los publicados después de la Ley de Régimen Local vigente, salvo una curiosa excepción, ha dedicado el menor espacio a las competencias locales en esta materia. Y la excepción, permítasenos emplear el tópico, confirma esta regla pues el gran *Tratado de Derecho Municipal* que dirigió y publicó el profesor Muñoz Machado en 1988 contenía un buen capítulo de Margarita Beladiez sobre la protección de inmuebles históricos pero la segunda edición, aparecida el 2002, lo ha suprimido.

Sin embargo, en los Municipios de cierta importancia los Catálogos municipales son un instrumento interesante (aunque quizá poco eficaz como se

²³ Salvo en las Comunidades Autónomas insulares y en las Comunidades comarcalizadas, como Aragón, donde los Consejos Insulares, los Cabildos y los Consejos Regionales han recibido importantes competencias en materia de Patrimonio Histórico.

vio no hace muchos años en Madrid con el inmueble denominado “La Pagoda” de Fisac) y al lado de esta función tenemos las más especializadas como son la técnica de transferencia de aprovechamientos urbanísticos para contribuir a la distribución del deber de conservación de los particulares y para potenciar la intervención de la Administración en la conservación (como ha estudiado, entre otros autores, María Jesús García García), la rehabilitación y el control del entorno. Además, pasando de lo urbanístico a la gestión de los centros de depósito cultural hay que señalar las grandes posibilidades de creación de estos centros, especialmente Museos, que tienen las Entidades Locales²⁴. Igualmente significativa es la participación de las Entidades Locales en la recuperación y conservación del Patrimonio Arqueológico y en el mantenimiento del Patrimonio Etnográfico y, en general, en la difusión de los bienes culturales²⁵.

Esa potencialidad de las Entidades Locales no tiene reflejo en la escueta letra e) del artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local, ni tampoco en el artículo 7 de la Ley del Patrimonio Histórico, por mucho que este último precepto se prolongue a través de los artículos 20 y 37.3. Resulta necesario redactar nuevamente el artículo 7 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, para legitimar actuaciones municipales (y provinciales) más amplias en todos los campos del Patrimonio Histórico y para permitir que las Administraciones General del Estado y Autonómica pueden delegar en la Administración Local algunas actuaciones. Y dada la competencia estatal sobre el régimen local quizá sería necesario precisar la eficacia de la catalogación municipal de inmuebles a efectos tributarios, lo que a su vez aconsejaría retocar el artículo 63.2.b) de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales.

14. CONCLUSIONES

La vida de una sociedad determinada es, en nuestros días, tan dinámica que es difícil que una ley dictada para regular aspectos esenciales de su exis-

²⁴ De hecho, como se ve en la inigualada *Historia y guía de los Museos de España* de Juan Antonio GAYA NUÑO (Espasa-Calpe, Madrid, 1955), una parte significativa de los Museos españoles es de creación municipal o provincial o conjunta de ambas instituciones.

²⁵ Un ejemplo de esta actuación difusora que tan bien pueden desempeñar las Entidades Locales son las Jornadas sobre el Patrimonio Histórico que hace años organiza el Cabildo de Lanzarote junto, en los primeros años, al Cabildo de Fuerteventura.

tencia política, económica o cultural pueda mantenerse inalterada mucho tiempo. La Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, tendrá dentro de poco veinte años de vigencia. En estos veinte años el panorama jurídico de los bienes culturales españoles ha experimentado muy profundo cambios: de la nada se ha pasado a catorce Leyes autonómicas de protección general más un número relevante de Leyes de Archivos, Bibliotecas, Museos o Parques Culturales. Además, la dinámica protectora de estos bienes ha variado en sus aspectos jurídicos y técnicos. Por eso puede ser útil, si no necesario, plantearse una reforma de cierta profundidad de la Ley 16/1985, de 25 de junio.

Pero esta reforma, de algunos de cuyos puntos hemos avanzado algunas ideas, debe efectuarse de acuerdo con tres principios que me sirven para finalizar este trabajo:

Primero. Debería evitarse la tentación de redactar una nueva Ley. A lo largo de la legislatura 2000-2004 las Cortes Generales, a impulso del Gobierno, entraron en un frenesí legislador con tintes de contrarreforma: desde la Ley de Reforma Universitaria hasta la Ley General Tributaria han sido sustituidas por otras normas legislativas de no mejor calidad o finalidad. La Ley del Patrimonio Histórico Español debe tener una vida larga, como la tuvo la de 1933, pero debe ser reformada en lo que resulte necesario.

Segundo. Antes de determinar los contenidos concretos de la reforma, sería necesario un cierto debate sobre la función de la Ley estatal en un mundo de Leyes autonómicas. Como se desprende de lo escrito en este trabajo, probablemente hay margen suficiente para una Ley ordinaria del Estado pero se deberían explorar otras posibilidades: Ley ordinaria con elementos básicos, Ley de bases, Ley de armonización, etc.

Tercero. La Ley de 1985 se aprobó con buen consenso entre el Gobierno del Presidente González y los Grupos Parlamentarios Socialista y Popular (lo que no impidió al Gobierno y al Parlamento de Galicia recurrir por inconstitucional la Ley). Tenga quien tenga la mayoría parlamentaria en las próximas elecciones, el Gobierno no debería llevar el proyecto de ley al Congreso sin haberlo pactado con el principal partido de la oposición y, a ser posible, con los Gobiernos de las Comunidades Autónomas. La reforma de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, no puede ser un motivo de confrontación sino de entendimiento entre Gobierno y oposición.

15. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Las primeras valoraciones de la aplicación de la Ley del Patrimonio Histórico Español de 1985 las encontramos en el trabajo de Alfredo PÉREZ DE ARMIÑÁN Y DE LA SERNA “Una década de aplicación de la Ley del Patrimonio Histórico Español”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 1, 1997, págs. 33-51, y en el de Javier GARCÍA FERNÁNDEZ: “La protección jurídica del Patrimonio Cultural. Nuevas cuestiones y nuevos sujetos a los diez años de la Ley del Patrimonio Histórico Español”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 1, 1997, págs. 53-74. También hay interesantes trabajos en el vol. col. *Ciclo de reuniones Patrimonio y Sociedad. Diez años de aplicación de la Ley del Patrimonio Histórico Español*, Hispania Nostra, Madrid, 1997.

La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y la función de las distintas Leyes previstas en el artículo 150 de la Constitución está bien descrita en Eliseo AJA: *El Estado Autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Alianza Ed., Madrid, 2003, 2ª ed., págs. 121-134. Hay unas brillantes consideraciones sobre el empleo de la leyes de armonización en el reciente trabajo de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA “El sistema autonómico español: formación y balance”, *Revista de Occidente*, núm. 271, diciembre 2003, págs. 5-20.

2. Sobre la distribución de competencias en materia de Patrimonio Histórico es fundamental el trabajo de Alfredo PÉREZ DE ARMIÑÁN Y DE LA SERNA *Las competencias del Estado sobre el Patrimonio Histórico Español en la Constitución de 1978*, Civitas, Madrid, 1997. Aunque anterior a la Ley de 1985 y a las Leyes autonómicas merece recordarse el informe de Santiago MUÑOZ MACHADO *La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de cultura*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Cultura, Madrid, 1982. Es también muy completa la aportación de Juan Manuel ALEGRE ÁVILA *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico. La configuración dogmática de la propiedad histórica en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1994, t. II, págs. 637-784.

3. El libro elaborado por el Partido Socialista Obrero Español que se cita es *Un futuro para la memoria. Sobre la administración y el disfrute del Patrimonio Histórico Español*, Ed. Visor, Madrid, 2000.

4. Sobre las categorías empleadas en las Leyes autonómicas, puede consultarse el artículo de Carlos LÓPEZ BRAVO: “Los bienes culturales en el Derecho estatal y autonómico de España”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 3,

1999, págs. 11-32. También tiene interés el trabajo de Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ: “El régimen jurídico de protección del Patrimonio Histórico en la legislación autonómica”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 3, 1999, págs. 33-85. Además debe mencionarse también el valioso estudio de Concepción BARRERO RODRÍGUEZ “Las diferentes categorías de protección del Patrimonio Histórico en la Legislación Autonómica. Su articulación”, en la obra col. *I Jornadas El Patrimonio Históricas Español. El Patrimonio Inmobiliario*, Servicio de Publicaciones del Cabildo de Fuerteventura, Puerto del Rosario, 1999, págs. 75-101.

Acerca de la circulación interna de bienes culturales en España, véase: Concepción BARRERO RODRÍGUEZ: *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, Instituto García Oviedo de la Universidad de Sevilla – Civitas, Madrid, 1990, págs. 635-638; María del Rosario ALONSO IBÁÑEZ: *El Patrimonio Histórico. Destino público y valor cultural*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo – Civitas, Madrid, 1992, págs. 296-320; Juan Manuel ALEGRE ÁVILA: *op. cit.*, t II, págs. 199-269; y María Teresa CARRANCHO HERRERO: *La circulación de bienes culturales muebles*, Universidad de Burgos – Dykinson, Madrid, 2001.

Sobre la noción de expoliación, Juan Manuel ALEGRE ÁVILA: *op. cit.*, t II, págs. 772-775.

5. Sobre la tramitación de la Ley de 1985, Juan Manuel ALEGRE ÁVILA: *op. cit.*, t I, págs. 286-307.

El tema del alcance penal de los conceptos utilizados en la Ley estatal está muy bien abordado por Jesús GARCÍA CALDERÓN en *El problema sistemático de los delitos contra el Patrimonio Histórico y la utilización de los conceptos contenidos en la Ley de Patrimonio histórico Español. Propuestas de reforma legislativa*, Fiscalía General del Estado, Madrid, 1997. Sobre la delimitación material de los bienes del Patrimonio Histórico a fin de tipificar los daños penales hay una extensa bibliografía de la que podemos seleccionar los siguientes trabajos: Cristina GUIASOLA LERMA: *Delitos contra el Patrimonio Cultural. Artículos 321 a 324 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 383-409; Felipe RENART GARCÍA: *El delito de daños al patrimonio cultural español. Análisis del art. 323 del Código Penal de 1995*, Comares, Granada, 2002, págs. 238-264; Alicia RODRÍGUEZ NÚÑEZ: “La protección del Patrimonio Cultural en el Código Penal de 1995”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 2, 1998, págs. 133-161; y Jesús GARCÍA CALDERÓN: “La protección penal del Patrimonio Arqueológico”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 7, 2003, págs. 99-123.

Sobre la exportación de bienes culturales, José Luis ÁLVAREZ ÁLVAREZ: *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español*, Civitas, Madrid, 1989, págs. 343-441; Concepción BARRERO RODRÍGUEZ: *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico* cit., págs. 617-635; María del Rosario ALONSO IBÁÑEZ: *El Patrimonio Histórico. Destino público y valor cultural* cit., págs. 320-348; Juan Manuel ALEGRE ÁVILA: *op. cit.*, t II, págs. 271-342; María Teresa CARRANCHO HERREIRO: *op. cit.*, págs. 135-172; y Luis MARTÍN REBOLLO: *El Comercio del Arte y la Unión Europea*, Fundación Universidad Empresa – Civitas, Madrid, 1994.

6. La noción de “Patrimonios especiales” aparece en el Derecho español del Patrimonio Histórico en la temprana obra de Piedad GARCÍA-ESCUDEIRO y Benigno PENDÁS *El nuevo régimen jurídico del Patrimonio Histórico Español*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1986, págs. 189-211.

La cita de Kenneth HUDSON procede de su *Archeologia dell'industria* (trad. al italiano de B. Granata), Newton Compton Editori, Roma, 1979, pág. 9. El trabajo de Sabatino MOSCATI citado es la “Presentazione” a Kenneth HUDSON: *Archeologia...* cit., pág. 7. El trabajo de Dianne NEWELL al que se alude es “La arqueología industrial”, *Debats*, núm. 13, septiembre 1985, pág. 38, y el de Antonello NEGRI es “Historia del arte y cultura de la industria. Líneas de investigación posibles”, *Debats*, núm. 13, septiembre 1985, págs. 42-47. La cita de María Dolores RAMOS, Concepción CAMPOS y Miguel Ángel MARTÍN corresponde a la “Introducción” de la obra, dirigida por ellos mismos, *Arqueología Industrial (Notas para un debate)*, Universidad de Málaga, Málaga, 1992, pág. 11. María del Rosario ALONSO IBÁÑEZ ha publicado varias y excelentes monografías sobre el Patrimonio Industrial: “El Patrimonio histórico industrial: instrumentos jurídicos de protección y revalorización”, *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 28, octubre-diciembre 1996, págs. 61-84; “Patrimonio Industrial. Notas a su insatisfactoria protección jurídica”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 3, 1999, págs. 257-260; y “Aspectos normativos del Patrimonio Industrial. La Ley del Principado de Asturias 1/2001, de 6 de marzo, de Patrimonio Cultural”, *Revista Jurídica de Asturias*, núm. 25, 2001, págs. 111-129. La cita procede concretamente de “Patrimonio Industrial. Notas a su insatisfactoria protección jurídica” cit., pág. 65. Sobre esta materia conviene citar el trabajo de Eusebi CASANELLES I RAHOLA: “Por un nuevo marco legal del Patrimonio: el caso del patrimonio industrial”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 1, 1997, págs. 193-198.

Sobre el Patrimonio Naval y, por extensión, el Patrimonio Arqueológico Subacuático, debe citarse el artículo de Javier BARCELONA LLOP: “Notas sobre el régimen internacional de las intervenciones arqueológicas submarinas”,

Patrimonio Cultural y Derecho, núm. 6, 2002, págs. 47-72; el de José María Aristóteles MAGÁN PERALES: “El patrimonio arqueológico subacuático: actuación legislativa española e internacional”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 6, 2002, págs. 73-96, así como el de Luis LAFUENTE BATANERO: “Líneas de actuación para una eficaz protección del Patrimonio Arqueológico Subacuático”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 7, 2003, págs. 79-97. Y sobre el Patrimonio Aeronáutico, Luis UTRILLA NAVARRO “El acervo aeronáutico español: su naturaleza y conservación”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 4, 2000, págs. 221-237, así como Javier GARCÍA FERNÁNDEZ: “El Patrimonio Cultural Aeronáutico: perfiles materiales y jurídicos”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 7, 2003, págs. 261-273. El de carácter militar está muy bien estudiado en Leticia AZCUE BREA “Los bienes históricos Aeronáuticos en el contexto del Patrimonio Histórico militar”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 1, 1997, págs. 185-198, así como en JAVIER GARCÍA FERNÁNDEZ: “El Patrimonio Aeronáutico militar”, *Aena Arte*, núm. 16, verano 2004, págs. 27-35.

Sobre el Patrimonio Informático hay un precursor trabajo de Margarita VÁZQUEZ DE PARGA “Los documentos electrónicos y la memoria de la contemporaneidad”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 1, 1997, págs. 199-211.

Y respecto al Patrimonio Inmaterial, como categoría separada del Patrimonio Etnográfico aun no hay bibliografía adaptada a la nueva Convención de la UNESCO pero se pueden citar los siguientes trabajos preparatorios: Janet BLAKE: *Developing a new Standard-setting Instrument for the Safeguarding of Intangible Cultural Heritage. Elements for consideration*, UNESCO, París, 2002, 2ª ed. (hay también una versión francesa); Wim van ZANTEN (dir.): *Glossaire Patrimoine Culturel Immatériel/Glossary Intangible Cultural Heritage*, Netherlands National Comisión for UNESCO, La Haya, 2002; así como el artículo de Javier PÉREZ DE CUELLAR: “Defensa de lo inmaterial”, *El País*, 12 de marzo de 2003.

7. Sobre los Tratados internacionales que regulan la protección del Patrimonio Histórico hay un buen artículo que compendia todo el tema de María Gemma PRIETO: “Derecho Internacional y Bienes Culturales”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 2, 1998, págs. 9-20.

8. Sobre los instrumentos de coordinación y, en especial, el Consejo del Patrimonio Histórico Español, hay un único y muy completo trabajo de su Secretario, Luis LAFUENTE BATANERO: “El Consejo del Patrimonio Histórico”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 2, 1998, págs. 21-53. El trabajo citado de Santiago MUÑOZ MACHADO es *La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de cultura* cit., págs. 96-100.

9. Los trabajos de Luciano PAREJO citados son, en primer lugar, “Urbanismo y Patrimonio Histórico”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 2, 1998, págs. 55-79. Y, en segundo lugar, “Los conflictos de competencias entre las Administraciones Públicas en la ordenación de los Conjuntos Históricos y en las Zonas Arqueológicas”, en la obra col. *II Jornadas El Patrimonio Histórico. Conjuntos Históricos y Zonas Arqueológicas*, Cabildo de Lanzarote, Arrecife, 2002, págs. 125-147. Sobre la conexión (y desconexión) entre ordenamiento de bienes culturales y ordenamiento urbanístico se deben citar, además, dos trabajos de María del Rosario ALONSO IBÁÑEZ: *Los espacios culturales en la ordenación urbanística*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo – Marcial Pons, Madrid, 1994; y “La identificación de los espacios culturales en el ordenamiento español y la necesidad de integrar su tratamiento en el marco de la ordenación territorial”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 1, 1997, págs. 101-119. Sobre la conexión legislación de bienes culturales/legislación urbanística hay también interesantes consideraciones en Concepción BARRERO RODRÍGUEZ: *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico* cit., págs. 559-615; y Juan Manuel ALEGRE ÁVILA: *op. cit.*, t II, págs. 112-198. Recientemente se han publicado dos informes sobre un caso de colisión entre el Derecho del Patrimonio Histórico y la legislación urbanística, debidos a Carlos Manuel TRUJILLO MORALES, jefe de la Asesoría Jurídica del Cabildo Insular de Gran Canaria: “La compatibilidad del proyecto de ejecución de rehabilitación del Teatro Pérez Galdós con el régimen de protección a que está sometido el inmueble: Bien de Interés Cultural, con categoría de Monumento, también protegido a través del planeamiento urbanístico”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 0, octubre de 2002, págs. 102-123; e “Informe jurídico en relación con el expediente administrativo que se está tramitando por el Cabildo Insular de Gran Canaria para la desafectación parcial o modificación, en su caso, de la delimitación del Monumento Teatro Pérez Galdós, sito dentro del conjunto histórico Vegueta-Triana, en el término municipal de Las Palmas de Gran Canaria”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 3, octubre de 2003, págs. 161-173.

10. El trabajo de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO que citamos es “Los conceptos de consolidación, rehabilitación y restauración en la Ley del Patrimonio Histórico Español”, en la obra col. *I Jornadas El Patrimonio Histórico Español. El Patrimonio Inmobiliario* cit., págs. 29-47. También encontramos un panorama muy completo en el estudio de José María ABAD LICERAS “El problema de la conservación y restauración de los inmuebles culturales: los criterios de intervención previstos en la legislación estatal española”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 4, 2000, págs. 111-136. Y con prolongación al ordenamiento autonómico es muy útil también el trabajo de Carlos LÓPEZ BRAVO

“Regulación jurídica de los proyectos de conservación y restauración de bienes culturales”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 5, 2001, págs. 217-228.

Sobre el caso del Teatro Romano de Sagunto, el opúsculo de Santiago MUÑOZ MACHADO al que nos referimos es *La resurrección de las ruinas (el caso del Teatro Romano de Sagunto)*, Civitas, Madrid, 2002. Acerca de la jurisprudencia de los casos citados, Concepción BARRERO RODRÍGUEZ y Eduardo CARUZ ARCOS: “La intervención en los bienes inmuebles del Patrimonio Histórico. La interpretación del artículo 39.2 de la Ley del Patrimonio Histórico por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2000. La ilegalidad del Proyecto de Restauración y Rehabilitación del Teatro Romano de Sagunto”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 5, 2001, págs. 313-324; Juan Manuel ALEGRE ÁVILA: “Reconstrucciones de monumentos e interpretación legal”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 116, octubre-diciembre 2002, págs. 591-597. El mismo Eduardo CARUZ ARCOS ha publicado un comentario jurisprudencial sobre todas estas sentencias: “La doctrina del Tribunal Supremo sobre la intervención en los bienes inmuebles del Patrimonio Histórico Español (Análisis de las Sentencias de 16 de octubre de 2000, 12 de marzo y 18 de diciembre de 2002)”, *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 49, enero-marzo, 2003, págs. 113-133. Finalmente, sobre el Museo del Prado, Concepción BARRERO RODRÍGUEZ: “La ampliación del Museo del Prado. La Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2002”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 7, 2003, págs. 299-309.

Sobre la rehabilitación y restauración de bienes culturales hay en castellano dos excelentes trabajos: Ignacio GONZÁLEZ-VARAS: *Conservación de bienes culturales. Teoría, historia, principios y normas*, Cátedra, Madrid, 1999; así como Ascensión HERNÁNDEZ MARTÍNEZ: *Documentos para la Historia de la Restauración*, Departamento de Historia del Arte de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1999.

11. Sobre el régimen jurídico de los Archivos, Bibliotecas y Museos de titularidad estatal y de gestión transferida véase el artículo de Enrique LINDE PANIAGUA: “Los museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 2, 1998, págs. 81-90. En sentido opuesto, el estudio de Javier GARCÍA FERNÁNDEZ “El régimen jurídico de los archivos, bibliotecas y museos de titularidad estatal conforme a la Constitución”, *Patrimonio Cultural y Derecho*, núm. 3, 1999, págs. 179-199.

12. Las dos citas de Luciano PAREJO proceden de su trabajo “Urbanismo y Patrimonio Histórico” cit. La primera frase está en la pág. 66 y la segunda

aparece en la pág. 67. El trabajo de Margarita BELÁÍDEZ que se cita es “Régimen especial de protección de los inmuebles del Patrimonio Histórico español” en Santiago MUÑOZ MACHADO (dir.): *Tratado de Derecho Municipal*, Civitas, Madrid, 1988, t. II, págs. 2059-2082. La obra de María Jesús GARCÍA GARCÍA es *La Conservación de los Inmuebles Históricos a través de Técnicas Urbanísticas y Rehabilitadoras*, Aranzadi, Elcano, 2000, especialmente págs. 114-222. La obra más completa sobre la posición de la Administración Local ante la protección de los bienes culturales es la de José María ABAD LICERAS *Administraciones Locales y Patrimonio Histórico*, Montecorvo, Madrid, 2003. También ha tratado este tema Santiago GONZÁLEZ-VARAS: *La Rehabilitación Urbanística*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

Suelo urbano, planeamiento urbanístico y derecho transitorio en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía¹

Íñigo del Guayo Castiella

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Almería

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. EL SUELO URBANO Y LAS REGLAS DE LÓGICA; III. PLANEAMIENTO Y SUELO URBANO; IV. PLANEAMIENTO, SUELO URBANO Y DERECHO TRANSITORIO: 1.- Clasificación y categorización del suelo urbano, planeamiento y derecho transitorio; 2.- Breve referencia a la naturaleza de las Delimitaciones de Suelo Urbano; 3.- La aplicación inmediata e íntegra de la clasificación de suelo urbano contenida en la LOUA; 4.- Vigencia y ejecutividad de los planes e instrumentos vigentes; 5.- Nuevas Delimitaciones de Suelo Urbano en municipios sin planeamiento; 6.- Planes urbanísticos aprobados inicialmente; V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El presente estudio aborda tres cuestiones distintas, pero relacionadas entre sí, de manera que el análisis del concepto de suelo urbano se hace desde

¹ Abreviaturas utilizadas: Art.: artículo; BOE: Boletín Oficial del Estado; BOJA: Boletín Oficial de la Junta de Andalucía; BOP: Boletín Oficial de la Provincia; CCAA: Comunidades Autónomas; DSU(s): Delimitación(es) de Suelo Urbano; DT(s): Disposición(es) Transitoria(s); ED(s): Estudio(s) de Detalle; FJ: Fundamento Jurídico; ISG: Instrucción núm. 1/2003, de marzo de 2003, de la Secretaría General de Ordenación del Territorio y Urbanismo en relación con la entrada en vigor de y aplicación de la LOUA; LAS: Ley núm. 1/1997, de 18 de junio, por la que se adoptan con carácter urgente y transitorio en Andalucía disposiciones en materia de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana; LOUA: Ley núm. 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación urbanística de Andalucía; LRJPAC: Ley núm. 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; LRSV: Ley núm. 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones; NNSS: Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal; PE(s): Plan(es) Especial(es); PGOU(s): Plan(es) General(es) de Ordenación Urbanística; POI(s): Plan(es) de Ordenación Intermunicipal; PPO(s): Plan(es) Parcial(es) de Ordenación; PS(s): Plan(es) de Sectorización; RPU: Reglamento de Planeamiento, aprobado mediante Real Decreto núm. 2159/1978, de 23 de junio; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; TC:

la consideración que ese tipo de suelo tiene en el planeamiento urbanístico y ambos aspectos, a su vez, son considerados a partir del tratamiento que el derecho transitorio de la LOUA otorga tanto al suelo urbano como al planeamiento.

La LOUA entró en vigor el 20 de enero de 2003² y algunas de las cuestiones que planteaba el derecho transitorio son ya derecho histórico, pero hay que reconocer que en España, por distintas características propias de la vida nacional, el derecho histórico (incluyendo el derecho positivo derogado) suele gozar de larga vida, pues tanto las Administraciones Públicas como, sobre todo, los tribunales de justicia, han de enjuiciar situaciones generadas por unas normas que ya no están vigentes o cuya vigencia se ideó para permitir un tránsito justo y no traumático de un sistema jurídico a otro. Por lo demás, el derecho transitorio de la LOUA tiene una especial vocación de futuro, pues no se impone propiamente un plazo máximo para llevar a cabo la adaptación de los instrumentos de planeamiento a la ley, de manera que las previsiones del derecho transitorio adquieren actualidad de modo recurrente³. Los problemas interpretativos de la LOUA son muchos y variados, y más aún los que suscita el derecho transitorio, en particular las DTs que afectan más directamente al suelo urbano⁴, y de algunos de esos problemas voy a ocuparme en estas páginas.

II. EL SUELO URBANO Y LAS REGLAS DE LA LÓGICA

La clasificación del suelo es un presupuesto imprescindible o premisa indispensable para la igualación de las condiciones básicas del ejercicio del de-

Tribunal Constitucional; TRLS: Real Decreto Legislativo núm. 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana; TRLS76: Real Decreto núm. 1346/1976, de 9 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación urbana.

² Fue publicada BOJA núm. 154, de 31 de diciembre de 2002 y BOE núm. 12, de 14 de enero de 2003. Para su entrada en vigor se toma en consideración la publicación en el BOJA, con una *vacatio legis* de 20 días.

³ Vid. Fernández Fernández, G.-R., *Los instrumentos de ordenación urbanística. El planeamiento general y las normativas directoras de ordenación urbanística*, en Guayo Castiella, I. del y Martínez García, S., «Derecho Urbanístico de Andalucía», ed. Marcial Pons, Madrid 2003, pp. 101-121, particularmente p. 120.

⁴ DTs 1^a a 5^a y 7^a.

recho de propiedad y, por tanto, pertenece también a la competencia del Estado⁵, cuya norma clasifica el suelo, a los efectos exclusivos de la LRSV⁶ (es decir, como presupuesto de esa igualdad), en urbano, urbanizable y no urbanizable (o clases equivalentes reguladas por la legislación urbanística autonómica)⁷, de acuerdo, en el caso del suelo urbano, con unos criterios de tipo material, pues para la LRSV es suelo urbano, en primer lugar, el suelo ya *transformado* por contar, como mínimo, con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica⁸ (cuatro servicios que, tradicionalmente en nuestro Derecho, han servido para determinar cuándo un suelo está urbanizado); en segundo lugar, es suelo urbano aquel suelo que esté *consolidado* por la edificación en la forma y características que establezca la legislación urbanística (autonómica)⁹; y, en tercer lugar, forman parte del suelo urbano los terrenos que hayan sido urbanizados en ejecución y de acuerdo con el planeamiento¹⁰. En relación con los dos primeros criterios conviene aclarar, en primer lugar, que la presencia de los cuatro servicios mencionados no significa que el suelo esté *urbanizado*, sino *transformado*, un matiz importante, pues, por una parte, sólo a las CCAA corresponde determinar cuándo un suelo ha de considerarse urbanizado y, por otra, la LOUA viene a corroborar que la existencia de esos servicios no significa que el suelo esté urbanizado¹¹; y, en segundo lugar, conviene aclarar que la expresión *consolidado por la edificación* no debe conducir al error de pensar que esos terrenos forman parte ni del llamado suelo urbano consolidado ni del no consolidado, dos categorías de suelo urbano al que me

⁵ SSTC núm. 61/1997, de 20 de marzo y núm. 164/2001, de 11 de julio. La segunda afirma, en concreto, lo siguiente: «el art. 7 de la LRSV tiene perfecto encaje en la competencia del Estado *ex art.* 149, 1, 1, de la CE, en los términos ya expresados en la STC núm. 61/1997, FFJJ núms. 14, b y 15, a. Entonces amparamos la clasificación tripartita del suelo por su carácter instrumental respecto de la regulación de las condiciones básicas del ejercicio del derecho de propiedad urbana. Y añadimos también entonces que del simple establecimiento de una clasificación tripartita del suelo no podía deducirse la prefiguración por el legislador estatal de un concreto modelo urbanístico». *Vid.*, también, el FJ núm. 13 de la STC núm. 164/2001, de 11 de julio.

⁶ Art. 8 LRSV.

⁷ Art. 7 LRSV.

⁸ Art. 8, letra a, primera frase, LRSV.

⁹ Art. 8, letra a, segunda frase, de la LRSV.

¹⁰ Art. 8, letra b, de la LRSV.

¹¹ Art. 45, 2, letra A, *a contrario sensu*.

refiero a continuación, sin perjuicio de que adelante que el que la LRSV llama *suelo urbano por estar consolidado por la edificación*¹² es una categoría de suelo urbano que responde normalmente al fenómeno del crecimiento de la actividad de edificación sin una urbanización suficiente y de que, por tanto, normalmente será un suelo urbano no consolidado por la urbanización (pero no necesariamente, al menos desde un punto de vista conceptual).

La LRSV¹³ distingue tres clases de suelo y, dentro del suelo urbano, distingue dos categorías básicas: el suelo consolidado por la urbanización y el suelo urbano que carece de urbanización consolidada, una distinción que la LRSV ni impone a las CCAA –las cuales pueden acogerla o no– ni determina cuándo se está ante una u otra categoría (sólo al legislador autonómico corresponde tal cosa), pero sí de gran relevancia para la configuración del estatuto jurídico de la propiedad del suelo urbano, pues la LRSV sí establece deberes distintos en función de que el suelo urbano esté consolidado por la urbanización o ante un suelo urbano que carece de urbanización consolidada.

La LOUA¹⁴ acude a similares criterios materiales que la LRSV para definir el suelo urbano y añade un criterio formal, cual es que el suelo urbano es aquel que esté adscrito a esta clase de suelo por el PGOU o el POI, pero téngase en cuenta que hay una vinculación del planeador a una determinada realidad física que no se puede ignorar, y el planeador, por tanto, no podrá dejar de clasificar como urbano el suelo que reúna las características señaladas por las normas y la distinción entre dos tipos de suelo urbano –consolidado y no consolidado– ha de moverse también dentro de los límites de la realidad¹⁵; y téngase igualmente presente que hay también suelo urbano en municipios que carecen de planeamiento general, es decir, de PGOU o de POI.

¹² Art. 8, a, segunda frase, LRSV.

¹³ Arts. 7 y 14 LRSV. La distinción no invade las competencias urbanísticas de las CCAA, pues, como ha afirmado la STC núm. 164/2001, de 11 de julio (FJ núm. 19), «sirve, exclusivamente, para definir las facultades y deberes urbanísticos de los propietarios. Del art. 14 LRSV no resulta un deber de distinguir e incluir en el planeamiento esas dos categorías. Menos aún contiene el art. 14 LRSV criterios concretos sobre cuándo el suelo urbano debe considerarse consolidado por la urbanización y cuándo no. En estos términos es claro que la regulación estrictamente patrimonial del art. 14 LRSV en nada limita ni condiciona las competencias urbanísticas de las Comunidades Autónomas».

¹⁴ Art. 45 LOUA.

¹⁵ FJ núm. 20 de la STC núm. 164/2001, de 11 de julio.

Integran el suelo urbano, en primer lugar, los suelos que formen parte de un núcleo de población existente o sean susceptibles de incorporarse a él en ejecución del PGOU (ó, en su caso, del POI) y que, unos y otros, estén dotados, como mínimo, de los servicios urbanísticos de acceso rodado por vía urbana, abastecimiento de agua, saneamiento y suministro de energía eléctrica en baja tensión¹⁶; en segundo lugar pertenecen al suelo urbano los terrenos que están consolidado por la edificación al menos en las dos terceras partes del espacio apto para la edificación según la ordenación que el planeamiento general proponga y han de estar también integrados en la malla urbana en condiciones de conectar con los cuatro servicios urbanísticos señalados¹⁷; en tercer lugar, la LOUA clasifica como suelo urbano, en paralelismo con lo señalado por la LRSV, el transformado y urbanizado de acuerdo con el planeamiento urbanístico, añadiendo algo que resulta implícito en la LRSV, cual es que la transformación y la urbanización se lleven a cabo *de conformidad* con las determinaciones de ese plan¹⁸. De acuerdo con las tres características mencionadas, podría pensarse que en la LOUA el suelo urbano (al menos un tipo de suelo urbano) es el suelo que se reputa urbanizado porque dispone de esos cuatro servicios, pero esto no es así, algo que se percibe claramente cuando se consideran las cuatro ideas siguientes:

a) en primer lugar, cuando la LOUA introduce la distinción entre el suelo urbano consolidado y el suelo urbano no consolidado afirma que el suelo urbano consolidado está formado por los terrenos que tienen alguna de las tres características mencionadas *y están urbanizados o tienen la condición de solar*,¹⁹ de donde se colige que un terreno no se considera urbanizado porque tenga esos cuatro servicios, aunque sí se considera urbano por esa razón;

b) en segundo lugar, no hay equiparación entre solar y suelo urbano consolidado, aunque la LOUA parezca identificar ambas cosas en algún momento; la LOUA²⁰ dice que tienen la condición de solar, a los efectos de la Ley, las

¹⁶ Art. 45, 1, letra a, LOUA. Se trata de una definición similar a la del art. 8, letra a, primera frase, de la LRSV, pero adviértanse las tres siguientes diferencias: en primer lugar, que el acceso rodado lo ha de ser «por vía urbana»; en segundo lugar, que habla de saneamiento en lugar de «evacuación de aguas»; y, en tercer lugar, que el suministro de energía eléctrica lo ha de ser «en baja tensión».

¹⁷ Art. 45, 1, letra b, LOUA, en relación con el art. 8, letra a, segunda frase, LRSV.

¹⁸ Art. 45, 1, letra c, LOUA, en relación con el art. 8, letra b, LRSV.

¹⁹ Art. 45, 2, letra A, LOUA.

²⁰ Art. 148, 4, LOUA.

parcelas de suelo urbano que estén dotadas de los servicios y características que determine la ordenación urbanística, y como mínimo de acceso rodado por vía urbana pavimentada, suministro de agua potable y energía eléctrica con caudal y potencia suficiente para la edificación, construcción e instalación prevista, evacuación de aguas residuales a la red pública y que tengan señaladas alineaciones y rasantes, si existiera planeamiento²¹; el solar está ya completamente urbanizado y nada es ya necesario realizar en él para proceder a la edificación, y en esto se diferencia de la parcela, pues en las parcelas resta aún alguna obra para que se transformen en solares²²; podría pensarse que la secuencia lógica es la siguiente: i) el suelo es urbano cuando dispone de acceso rodado por vía urbana, abastecimiento de agua, saneamiento y suministro de energía eléctrica en baja tensión²³, es decir cuando existen en él los servicios urbanísticos mínimos para que el suelo sea considerado como urbano; ii) si, además, el acceso está pavimentado, el suministro de agua y de electricidad tienen caudal y potencia suficiente para la edificación, construcción e instalación previstas, si la evacuación de agua es a la red pública y si –habiéndose planeado– tiene señalados alineaciones y rasantes, entonces, ese suelo está urbanizado (en sentido estricto), tiene urbanización consolidada y, al mismo tiempo, es un solar edificable; iii) el concepto de solar, por tanto, coincide con el concepto de suelo consolidado y con el de urbanización consolidada y, por tanto, en la expresión *cuando estén urbanizados o tengan la condición de solares*, la preposición «o» no establecería una disyuntiva, sino una equivalencia; todo sería así más fácil de entender, pero hay un argumento que hace que esa secuencia lógica quiebre, pues cuando se lleva hasta el final el resultado es que crece indebidamente el número de terrenos que han de considerarse como suelo urbano no consolidado a costa del descenso del número de terrenos que han de considerarse como suelo urbano consolidado, con los perjuicios que tal cosa supone para los propietarios de esos terrenos; en efecto, si se identifica el suelo urbano consolidado con el concepto de solar, entonces todo suelo que precise de alguna operación de mejora, renovación o rehabilitación, para que el suelo adquiera la condición de solar, debería ser considerado como suelo urbano no consolidado; sin embargo, sería esa una consecuencia no querida ni por el autor de la LRSV ni por el autor de la LOUA; para el autor de la LRSV –norma que contiene, recuérdese, las condiciones básicas para la

²¹ De modo similar al concepto de solar que establecían el art. 82 del TRLS76 y el art. 14 del TRLS.

²² Art. 149, 2, LOUA.

²³ Art. 45, 1, letra a, LOUA.

garantía de la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad- uno de los deberes de los propietarios de suelo urbano consolidado por la urbanización es completar a su costa la urbanización necesaria para que los terrenos alcancen –si aún no la tuvieran- la condición de solar²⁴; ese deber debe corresponderse normalmente con un derecho, el derecho del propietario de suelo urbano consolidado para completar la urbanización y que el terreno adquiera la condición de solar y, por tanto, el derecho a que su suelo no sea categorizado como urbano no consolidado por el mero hecho de que tenga que llevar a cabo algunas operaciones urbanizadoras; podría pensarse, en la lógica de las Sentencias constitucionales que han abordado las competencias estatales y autonómicas sobre la materia, que la LRSV no está imponiendo a las CCAA ni que identifiquen suelo consolidado con solar ni lo contrario, de manera que la LRSV, en este punto, estaría limitándose a imponer un deber a los propietarios de suelo urbano consolidado (correlativo con un derecho), siempre que la legislación autonómica no identifique suelo consolidado con solar, pues cuando la norma autonómica identifica ambos conceptos, ni existe el deber ni el derecho a completar la urbanización para que el terreno adquiera la condición de solar; pues bien, tanto si se niega que, en ese caso, el deber impuesto por la LRSV no implica un correlativo derecho, como si se acepta que la LRSV no puede imponer a las CCAA que acojan la distinción entre suelo consolidado y solar, lo cierto es que la LOUA no contiene en realidad tal identificación, sino que, muy al contrario, admite expresamente que se lleven a cabo en el suelo urbano consolidado operaciones de urbanización para que los terrenos adquieran la condición de solar. Entre otros lugares en que eso se dice así, está el art. 98, 4, LOUA, que dispone lo siguiente:

«En suelo urbano consolidado, cuando las obras de urbanización necesarias y preceptivas para la edificación de los solares se refieran a la mera reparación, renovación o mejora en obras o servicios ya existentes, la definición de los detalles técnicos de las mismas podrá integrarse en el proyecto de edificación como obras complementarias».

El precepto transcrito demuestra que no se puede identificar suelo consolidado con solar e ilustra acerca de que el suelo urbano pertenece a la categoría del no consolidado cuando la mejora o renovación ha de ser llevada a cabo mediante una actuación integrada de reforma interior, pero no cuando la urbanización requiere una simple mejora o renovación, pues, en ese caso, el suelo urbano pertenece a la categoría del suelo urbano consolidado. En definitiva, no es lo mismo

²⁴ Art. 14, 1, LRSV.

que un terreno esté consolidado por la urbanización que tenga la condición de solar, si bien todo terreno que tenga la condición de solar ha de entenderse comprendido dentro del suelo urbano consolidado por la urbanización²⁵.

Otro argumento adicional en contra de la identificación en la LOUA del suelo urbano consolidado y el terreno que tiene la naturaleza de solar lo proporciona el art. 56 LOUA²⁶, un precepto que sujeta el régimen jurídico del suelo urbano consolidado al régimen jurídico del suelo urbano no consolidado no incluido en unidades de ejecución (salvo en materia de cesiones y aprovechamiento urbanístico), donde se permite la edificación aun cuando la parcela correspondiente no tenga todavía la condición de solar, cuando, entre otras condiciones, se asuma el compromiso de proceder a la realización simultánea de la urbanización y la edificación.

En consecuencia cuando la LOUA dice que es suelo urbano consolidado el que esté urbanizado o tenga la condición de solar²⁷ no puede estar estableciendo una equivalencia, sino una disyuntiva.

c) en tercer lugar, el suelo urbano no consolidado puede disponer de los cuatro servicios mencionados como criterio para considerar que el suelo es urbano y ser todavía reputado como suelo urbano no consolidado, de donde se colige que si la presencia de esos servicios no es suficiente para considerar que ese suelo está urbanizado, mucho menos lo será para considerar que tiene urbanización consolidada; piénsese, además, que se incluyen dentro del suelo urbano no consolidado por carecer de urbanización consolidada no sólo los terrenos que carecen de los servicios mencionados, sino también aquellos que carecen de determinadas infraestructuras y dotaciones básicas²⁸; en la LRSV y

²⁵ En la ley urbanística catalana hay una expresa, clara y contundente distinción entre suelo urbano consolidado, solar y suelo urbano no consolidado: arts. 25 a 31 de la Ley núm. 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo (BOE núm. 92, de 17 de abril de 2002). En el ordenamiento urbanístico canario hay una identificación entre suelo urbano consolidado y solar: Villar Rojas, F.J., *El derecho de propiedad del suelo*, en «Derecho Urbanístico de Canarias», Instituto de Estudios Canarios, Santa Cruz de Tenerife 2003, pp. 65-96. La afirmación está en p. 90, aunque parece un tanto contradictoria con el hecho que incluya dentro del suelo urbano consolidado los terrenos «localizados en ámbitos en los que quedan pendientes algunas obras de urbanización cuya culminación no precisa equidistribución, ni cesiones».

²⁶ En relación con el art. 55, 2, letra B, párrafo segundo, LOUA.

²⁷ Art. 45, 2, letra A, LOUA.

²⁸ Art. 45, 2, letra B, letra a, 1, LOUA.

en la LOUA no hay correlación sustantiva entre los preceptos que definen qué terrenos deben ser incluidos dentro del suelo urbano con los preceptos que definen las dos categorías de suelo urbano; unos y otros se mueven en dos planos distintos; en efecto, tanto la LRSV como la LOUA mandan que el planeamiento incluya dentro del suelo urbano aquellos terrenos que dispongan de cuatro servicios²⁹, pero eso no significa que los terrenos que tengan tales servicios deban ser considerados como suelo urbano consolidado por la urbanización³⁰; dicho de otra forma, el art. 45, 1, letra a, LOUA (suelo urbano por contar con los cuatro servicios) no es correlativo con el art. 45, 2, letra A, LOUA (suelo urbano consolidado), pues el carácter consolidado del suelo urbano no deriva de cualquier grado de urbanización, sino de una urbanización cualificada;

d) en cuarto y último lugar, no hay identificación entre suelo urbano consolidado y suelo urbanizado por la sencilla razón que el suelo urbano no consolidado está también urbanizado aunque, podríamos decir, de modo insuficiente³¹.

A la vista de esas cuatro ideas uno se pregunta acerca de los defectos de que adolece el art. 45 LOUA, defectos que generan confusión en el lector. ¿Qué es lo que falla en ese artículo? Uno de los problemas que ofrece este precepto es que no nos dice ni qué entiende por suelo urbanizado ni –en puridad– por suelo urbano consolidado, aunque sí describa el urbano no consolidado, pero lo que verdaderamente falla en el art. 45 son las más elementales reglas de la lógica, pues la urbanización, que es la propiedad del género *suelo urbano*, es empleada también para definir una de las especies, concretamente la especie *suelo urbano consolidado*, dentro del género *suelo urbano*.

De todo lo anterior estamos autorizados a concluir que el suelo urbano consolidado es, en la LOUA, una categoría residual, bien que sin la misma claridad y rotundidad con la cual el autor de la LRSV otorgó al urbanizable un carácter residual respecto del no urbanizable. En efecto, la LOUA considera que forman parte del suelo urbano consolidado los terrenos que están urbanizados o tienen la condición de solares, siempre que no hayan de conside-

²⁹ Art. 8, letra a, LRSV y art. 45, 1, letra a, LOUA.

³⁰ Una categoría de suelo urbano contemplada en el art. 14, 1, LRSV y que define el art. 45, 2, letra A, LOUA.

³¹ Art. 45, 2, letra B, letra a, LOUA.

rarse comprendidos dentro de la categoría de suelo urbano no consolidado³². Si, por un lado, no puede decirse que el consolidado sea el suelo urbanizado, y si, por otro lado, tampoco puede decirse que el consolidado sea identificable con el concepto de solar, entonces no hay en la LOUA ninguna definición de suelo urbano consolidado, y se trata de una categoría residual, de manera que es suelo urbano consolidado el que no haya de reputarse como suelo urbano no consolidado.

De acuerdo con la LOUA, los terrenos deben incluirse dentro de la categoría de suelo urbano no consolidado cuando concurren en ellos alguna de las dos circunstancias siguientes³³:

En primer lugar, si los terrenos carecen de urbanización consolidada³⁴; a su vez, se entiende que los terrenos carecen de urbanización consolidada por alguna de las dos circunstancias siguientes:

a) si la urbanización no tiene todos los servicios, infraestructuras y dotaciones públicos precisos, o si unos u otras no tienen la proporción o las características adecuadas para servir a la edificación que sobre ellos exista o se haya de construir³⁵;

b) si la urbanización precisa renovación, mejora o rehabilitación que deba ser realizada mediante actuaciones integradas de reforma interior, incluyendo las actuaciones dirigidas a establecer dotaciones³⁶. A este respecto, una de las finalidades de los PEs es establecer la ordenación detallada de las áreas urbanas sujetas a actuaciones u operaciones integradas de reforma interior, para su renovación, mejora, rehabilitación o colmatación³⁷.

En segundo lugar, es suelo urbano no consolidado cuando el aprovechamiento objetivo otorgado por el planeamiento a los terrenos que forman par-

³² Art. 45, 2 de la LOUA.

³³ Art. 45 LOUA.

³⁴ Art. 45, 2, letra B, letra a, LOUA.

³⁵ Art. 45, 2, letra B, letra a, 1, LOUA.

³⁶ Art. 45, 2, letra B, letra a, 2, LOUA.

³⁷ Art. 14, 1, letra c, LOUA.

te de áreas homogéneas de edificación (continuas o discontinuas) sea considerablemente superior al existente, siempre que la ejecución requiera el incremento o mejora de los servicios públicos y de urbanización existentes³⁸.

Si bien se mira, todas las circunstancias por las cuales un suelo urbano no se considera consolidado por la LOUA tienen que ver con el grado de urbanización, pues la segunda de esas dos circunstancias no determina que el suelo urbano sea no consolidado sólo por el hecho de que el planeamiento atribuya a los terrenos un aprovechamiento objetivo considerablemente superior al existente, sino cuando, además, la ejecución de ese planeamiento requiere una mejora o incremento de la urbanización (dado que, por lo demás, los servicios públicos a que se está refiriendo el art. 45, 2, letra B, letra b, de la LOUA, deben ser, lógicamente, los cuatro servicios cuya presencia hace que el suelo se considere urbano).

La distinción entre suelo urbano consolidado y suelo urbano no consolidado tiene una especial trascendencia en materia de cesiones obligatorias y gratuitas, pues los propietarios de suelo de la primera categoría no tienen deber de cesión alguno, mientras que los propietarios de suelo de la segunda categoría sí tienen deberes de cesión. A pesar de que se tiene la impresión de que la categoría de suelo urbano no consolidado por tener los terrenos un aprovechamiento objetivo considerablemente superior al existente, busca, en el fondo, imponer determinados deberes de cesión sobre los propietarios de un suelo que debería ser clasificado como urbano consolidado, lo cierto es que la LOUA ha tenido cuidado en añadir que, junto a ese mayor aprovechamiento, debe ser precisa una mejora de la urbanización, de donde se sigue que este supuesto no es, en principio, equiparable al que contemplaba una ley vasca de 1998, que imponía determinados deberes de cesión sobre los propietarios de suelo urbano consolidado, una previsión que fue reputada inconstitucional por la STC núm. 54/2002, de 27 de febrero, si bien algunas afirmaciones del TC podrían avalar, en cierta manera, la inconstitucionalidad de algún apartado del art. 45, 2, letra B, de la LOUA, puesto en relación con el art. 51, letra C, letras d y e, también de la LOUA.

Otra categorización relevante en materia de suelo urbano no consolidado es la que distingue entre el que está incluido en unidades de ejecución y el que no está incluido en unidades de ejecución³⁹, distinción de la que se deri-

³⁸ Art. 45, 2, letra B, letra b, LOUA.

³⁹ Art. 55, 1 y 2, respectivamente, LOUA.

van algunas diferencias en el régimen jurídico aplicable⁴⁰. Una última distinción es entre el suelo urbano no consolidado incluido en áreas de reparto y el suelo urbano no consolidado excluido de áreas de reparto, relevante para el cálculo de los porcentajes de aprovechamiento que corresponde al propietario y de los porcentajes de cesión al Municipio⁴¹.

III. PLANEAMIENTO Y SUELO URBANO

La LOUA contempla como instrumentos de planeamiento que afectan a la ordenación urbanística del suelo urbano unos instrumentos de planeamiento general (PGOUs y POIs) y unos planes de desarrollo (PPOs, PEs y EDs).

En relación con el suelo urbano, los PGOUs proceden, en todos los municipios, a clasificar la totalidad del suelo en alguna de las clases y categorías de suelo previstas en la LOUA (dentro de las cuales se encuentran la categoría de suelo urbano consolidado y la de no consolidado)⁴², así como los usos, densidades y edificabilidades globales para las distintas zonas de suelo urbano y para los sectores de suelo urbano no consolidado⁴³. El PGOU establece asimismo la ordenación pormenorizada, con algunas determinaciones preceptivas en relación con el suelo urbano consolidado, que son las siguientes⁴⁴: a) la ordenación urbanística detallada; b) el trazado pormenorizado de la trama urbana; c) espacios públicos; y d) dotaciones comunitarias; estas cuatro determinaciones completan la ordenación estructural que también contiene el

⁴⁰ Sobre los derechos y deberes de los propietarios de suelo urbano, y sobre el régimen jurídico de dicho suelo, me permito remitir a mi trabajo *El Régimen urbanístico de la propiedad del suelo. Régimen jurídico del suelo urbano y urbanizable*, en Guayo Castiella, I. del y Martínez García, S., «Derecho Urbanístico de Andalucía», ed. Marcial Pons, Madrid 2003, pp. 142-212, particularmente pp. 170-189.

⁴¹ Arts. 55, 2, letra A, y 58, LOUA.

⁴² Art. 10, 1, letra A, letra a, y art. 44, ambos de la LOUA. De acuerdo con el segundo precepto citado, algunos terrenos destinados a sistemas generales –aquellos que por su naturaleza, entidad u objeto tengan carácter o interés supramunicipal o singular– pueden ser excluidos de tal clasificación (sin perjuicio de su adscripción a alguna de las tres clases de suelo a efectos de su valoración y obtención).

⁴³ Art. 10, 1, letra A, letra d, LOUA.

⁴⁴ Art. 10, 2, letra A, LOUA.

PGOU; la ordenación del suelo urbano consolidado debe igualmente determinar los usos pormenorizados y las ordenanzas de edificación, de manera que se legitime directamente la actividad de ejecución sin necesidad de planeamiento de desarrollo⁴⁵.

Por su parte, en el suelo urbano no consolidado, el PGOU procede a la delimitación de las áreas de reforma interior (sujetas, por tanto, a su ordenación detallada), con definición de sus objetivos y asignación de usos, densidades y edificabilidades globales para cada área. Asimismo, el PGOU delimita las áreas de reparto que deban definirse y se determinarán sus aprovechamientos medios⁴⁶.

Con carácter potestativo, el PGOU puede incluir las mismas determinaciones preceptivas propias del suelo urbano consolidado en todo o en parte del suelo urbano no consolidado, para hacer posible la actividad de ejecución sin ulterior planeamiento de desarrollo⁴⁷; cuando el PGOU proceda a la ordenación detallada del urbano no consolidado, el Plan contendrá también el plazo de ejecución de las distintas áreas o sectores⁴⁸; si el PGOU no fija la ordenación detallada de sectores en suelo urbano no consolidado o en áreas de reforma interior, puede, sin embargo, potestativamente, fijar un plazo máximo para que se proceda a la ordenación detallada de esos sectores ó áreas y, si se han delimitado, para la ejecución de las unidades de ejecución⁴⁹.

Cuando el PGOU no contiene la ordenación detallada para la ejecución integrada de sectores enteros en suelo urbano no consolidado, tal ordenación corresponde a los PPOs⁵⁰, instrumento por el cual puede también procederse

⁴⁵ En suelo urbano consolidado, el PGOU es el instrumento de planeamiento que legitima la actividad de ejecución: art. 96, 1, letra a, LOUA.

⁴⁶ Art. 10, 2, letra A, letra b. las mismas determinaciones sobre suelo urbano de un PGOU pueden incluirse en un POI, por cuanto la ordenación pormenorizada de suelo urbano perteneciente a dos o varios municipios –sobre todo, el suelo urbano no consolidado periférico– puede resultar adecuada para el cumplimiento de su objeto específico: Art. 11, 3, LOUA, en relación, sobre todo, con el art. 17, 4, LOUA.

⁴⁷ Art. 10, 2, letra B, LOUA. Cuando incluye esas determinaciones, el PGOU se convierte en el instrumento que legitima la actuación en el suelo urbano no consolidado: art. 96, 1, letra b.

⁴⁸ Art. 18, 3, letra a, LOUA.

⁴⁹ Art. 18, 2, letra b, LOUA, en relación con el art. 55, 1, LOUA.

⁵⁰ Art. 13, 1, letra a, LOUA.

a modificar –para su mejora- la ordenación pormenorizada potestativa del PGOU de sectores enteros del suelo urbano no consolidado (respetando la ordenación estructural, y los criterios y las directrices del PGOU, sin que pueda afectar negativamente a la funcionalidad del sector o a la ordenación de su entorno)⁵¹.

Dado que el suelo urbano puede tener la consideración de no consolidado porque la urbanización precise una renovación, mejora o rehabilitación que haya de realizarse mediante actuaciones integradas de reforma interior, incluyendo las actuaciones dirigidas a establecer dotaciones⁵², entonces un cauce adecuado para el establecimiento de la ordenación pormenorizada de ese suelo sería un PE, como la propia norma andaluza dice expresamente⁵³, pues entre las finalidades de los PEs se encuentran las siguientes, específicamente relativas al suelo urbano, teniendo en cuenta, además, que los PEs pueden modificar el PGOU en sus determinaciones pormenorizadas potestativas (como son las propias del suelo urbano no consolidado)⁵⁴: a) establecimiento de dotaciones⁵⁵; b) conservación, protección y mejora del medio urbano, especialmente el portador de valores urbanísticos, arquitectónicos, históricos o culturales⁵⁶; y c) la ordenación detallada de las áreas urbanas sujetas a actuaciones u operaciones integradas de reforma interior, para la renovación, mejora, rehabilitación o colmatación de esas áreas⁵⁷. De estas tres finalidades que, en su caso, pueden tener los PEs, las dos primeras pueden perseguirse tanto en desarrollo de un PGOU como en su ausencia⁵⁸, mientras que la tercera finalidad sólo puede llevarse a cabo en desarrollo de un PGOU⁵⁹. Es ra-

⁵¹ Art. 13, 1, letra b, LOUA.

⁵² Art. 45, 2, letra B, letra a, 2, LOUA.

⁵³ Art. 17, 1 y 5; y art. 96, 1, letra b, LOUA.

⁵⁴ Art. 14, 3, LOUA.

⁵⁵ Art. 14, 1, letra a, LOUA.

⁵⁶ Art. 14, 1, letra b, LOUA.

⁵⁷ Art. 14, 1, letra c, LOUA.

⁵⁸ Art. 14, 1, letras a y b, LOUA, en relación con el art. 14, 2, letras a y b, LOUA.

⁵⁹ Art. 14, 1, letra c, LOUA, en relación con el art. 14, 2, letras a y b, LOUA.

zorable que esto sea así, pues parece lógico que una ordenación detallada del suelo urbano no consolidado tenga que integrarse en la ordenación urbanística más amplia del PGOU, a diferencia del mero establecimiento de una dotación o de la protección de un edificio o de un conjunto histórico-artístico. No se olvide que los PEs pueden tener cualesquiera otras finalidades análogas, pero que habrán siempre de hacerse en desarrollo de un PGOU⁶⁰. Adicionalmente, la LOUA admite que el instrumento legitimador de la actividad de ejecución en el suelo urbano no consolidado, cuando lo sea por estar incluidos esos terrenos en áreas de reforma interior⁶¹, sea el Estudio de Detalle, lo cual refuerza la nueva naturaleza que este instrumento tiene en Andalucía, como instrumento propio del planeamiento de desarrollo⁶². Los Estudios de Detalle se aprueban siempre en desarrollo de otro planeamiento previo (PGOU, PPOs o PEs) para completar sus determinaciones en áreas de suelos urbanos de ámbito reducido⁶³, y en el caso de las áreas de reforma interior, la LOUA parece estar admitiendo que el Estudio de Detalle se apruebe como instrumento legitimador de la actuación en suelo urbano no consolidado, como una alternativa al PGOU, al PPO y al PE⁶⁴.

Sea cual sea el instrumento que contenga la ordenación del suelo urbano no consolidado (PGOU, PPO o, en su caso, PE), habrá de sujetarse a las reglas sustantivas y estándares de ordenación de la LOUA⁶⁵ si bien se admiten ciertas exenciones, según se prevea reglamentariamente⁶⁶.

En el suelo urbano las unidades de ejecución pueden ser discontinuas, siempre que en ellas se garantice la equidistribución⁶⁷, y, específicamente pa-

⁶⁰ Art. 14, 1, letra h, LOUA, en relación con el art. 14, 2, letra a, LOUA.

⁶¹ A las que se refiere el art. 45, 2, letra B, letra a, 2, LOUA.

⁶² Art. 15 LOUA.

⁶³ Art. 15, 1, LOUA.

⁶⁴ Art. 96, 1, letra b, LOUA.

⁶⁵ Art. 17, 1, LOUA.

⁶⁶ Art. 17, 2, LOUA.

⁶⁷ Art. 105, 2, LOUA.

ra el suelo urbano no consolidado se prevé que el efecto de la delimitación de unidades de ejecución se circunscriba a la fijación de un ámbito de sujeción al pago de cuotas y como referencia para la fijación, a su vez, de la base imponible de las contribuciones especiales⁶⁸. También se admite la delimitación de unidades de ejecución que incluyan terrenos pertenecientes al suelo urbano no consolidado y al urbanizable⁶⁹.

IV. PLANEAMIENTO, SUELO URBANO Y DERECHO TRANSITORIO

1. Clasificación y categorización del suelo urbano, planeamiento y derecho transitorio:

La LOUA consagra la distinción entre suelo urbano consolidado y no consolidado, si bien esa clasificación estaba ya en la LRSV, pero sin que tales categorías de suelo urbano tuviesen necesariamente que ser acogidas por la normativa urbanística andaluza, algo que finalmente sí ocurrió en Andalucía. La LOUA persigue determinados objetivos y para alcanzarlos diseña, entre otras cosas, diversos instrumentos de planeamiento (básicamente, un planeamiento general y otro de desarrollo), que han de recoger las distintas categorías de suelo. Como la mayoría de las normas, la LOUA se ve en la necesidad de abordar diversos aspectos de derecho transitorio, que se suscitan por el hecho de que la LOUA entra en vigor en un determinado momento, con nuevas previsiones que han de operar a partir de la existencia de un planeamiento y de una actividad de ejecución diseñados de acuerdo con una normativa preexistente y más o menos diferente a la nueva, y el legislador decidió que las determinaciones contenidas en sus Títulos II (régimen urbanístico del suelo), III (instrumentos de intervención en el mercado de suelo), VI (disciplina urbanística) y VII (infracciones urbanísticas y sanciones) fuesen de aplicación íntegra, inmediata y directa⁷⁰. Esta declaración supuso que las previsiones de la LOUA en esos cuatro ámbitos se impusieron, desde su entrada en vigor, sobre todo el planeamiento urbanístico vigente en ese momento, pero la LOUA no procede a derogar esos planes, sino que, por el contrario, proclama expresa-

⁶⁸ Art. 105, 5, LOUA.

⁶⁹ Art. 105, 4, LOUA.

⁷⁰ DT 1^a, 1, párrafo 1^o, LOUA.

mente su vigencia⁷¹; para cohonestar la aplicación inmediata y directa de determinadas previsiones con la proclamación de la vigencia de los planes, dispone la LOUA que las normas contenidas en el planeamiento vigente que fueran contradictorias con las normas de la LOUA de aplicación inmediata y directa serán inaplicables y todas las demás normas del planeamiento vigente en el momento de entrada en vigor de la LOUA se interpretarán de conformidad con la LOUA⁷². De estas dos reglas se desprende, por un lado, que sólo son inaplicables las previsiones de los planes urbanísticos que sean contradictorias con las normas de directa e inmediata aplicación de la LOUA, y, por otro lado, que todas las determinaciones de los instrumentos de planeamiento vigentes en el momento de entrada en vigor de la LOUA han de interpretarse de conformidad con la LOUA, ya sean determinaciones relacionadas con las normas de la LOUA de aplicación inmediata y directa, ya sean determinaciones relativas a otros aspectos del urbanismo. Esta regla de interpretación *conforme a la LOUA* de todo el planeamiento vigente en el momento de entrada en vigor de la ley explica, por ejemplo, que la LOUA determine que todas las unidades de ejecución ya delimitadas se equiparan a las unidades de ejecución previstas en la LOUA y que el aprovechamiento tipo ya fijado sea, a todos los efectos, el aprovechamiento medio, pues aunque los preceptos relativos a la ejecución del planeamiento (Título IV) no han sido declarados de inmediata y directa aplicación, la mencionada regla de interpretación rige en todas las materias urbanísticas.

Aborda igualmente la LOUA otros cinco problemas de derecho transitorio con especial relevancia sobre el planeamiento y el suelo urbano: a) la adaptación de los planes a la LOUA⁷³; b) los planes e instrumentos en curso de ejecución⁷⁴; c) los planes en curso de aprobación⁷⁵; d) los planes que no hubiesen sido aprobados inicialmente⁷⁶; y e) la ordenación urbanística en los municipios sin planeamiento general⁷⁷. Un problema no abordado expresamen-

⁷¹ DT 1^a, 1, párrafo 1^o, y DT 2^a, 1, ambas de la LOUA.

⁷² DT 2^a, 1, LOUA.

⁷³ DT 2^a, 2, LOUA.

⁷⁴ DT 3^a LOUA.

⁷⁵ DT 4^a LOUA.

⁷⁶ DT 5^a LOUA.

⁷⁷ DT 7^a LOUA.

te por la LOUA es el de la equivalencia entre los planes e instrumentos de planeamiento anteriores a la LOUA y los nuevos planes e instrumentos diseñados en la nueva ley: en este sentido, sí ha de tenerse presente que, en varias ocasiones, la LOUA equipara las NNSS a los PGOUs⁷⁸. Antes de afrontar la relación entre la LOUA y el planeamiento relativo al suelo urbano, pongo de manifiesto que los planes que se estuviesen ya ejecutando pudieron seguir siendo ejecutados de conformidad con la normativa anterior, sin perjuicio de la aplicación inmediata del Título II, sobre el régimen urbanístico del suelo, siempre que se cumpliesen determinadas condiciones⁷⁹. En este sentido, por ejemplo, un suelo urbano que, de acuerdo con los nuevos criterios de la LOUA hubiese de ser considerado como no consolidado, no podrá ser objeto de ejecución de acuerdo con el planeamiento vigente en el momento de entrada en vigor de la LOUA, si no se cumplen, respecto de ese suelo, todas las exigencias propias del régimen jurídico que la LOUA diseña para esa categoría de suelo.

2. Breve referencia a la naturaleza de las Delimitaciones de Suelo Urbano:

Dado que algunos de los problemas asociados a la comprensión del derecho transitorio están ligados, a su vez, a las DSUs, incluyo a continuación una breve referencia a su origen y naturaleza.

Los Proyectos de DSU estaban contemplados, inicialmente, en el art. 81 TRLS76, para los municipios carentes de planeamiento general, para que determinasen el suelo que había de tener la condición de urbano, como una mera operación de deslinde, sin ningún carácter normativo o de ordenación; con posterioridad, el art. 3 y los arts. 101 a 103 del RPU parecieron darle un carácter de instrumento de ordenación o planeamiento⁸⁰, y con tal carácter normativo o de ordenación pasó al art. 81 TRLS, que permitía que el Proyecto de DSU contuviese alineaciones del sistema viario existente, completando con las que fueren procedentes las insuficiencias de dicho sistema, así como la reglamentación de las condiciones de la edificación, mediante las correspondientes ordenanzas. La mejor doctrina, empero, ha negado siempre la naturaleza

⁷⁸ DT 4^a, 3, y DT 5^a, ambas de la LOUA.

⁷⁹ DT 3^a LOUA.

⁸⁰ Las DSUs están también contempladas en el Real Decreto-Ley núm. 16/1981, de 16 de octubre, de adaptación de Planes Generales de Ordenación Urbana (BOE núm. 253, de 22 de octubre de 1981): arts. 2, 2 y 3; y 3, con una eficacia meramente supletoria en Andalucía.

normativa del Proyecto de DSU⁸¹. Declarado nulo el art. 81 TRLS por la STC núm. 61/1997, de 20 de marzo⁸², por su carácter supletorio de la legislación autonómica, pasó al ordenamiento andaluz en virtud de la LAS.

En las disposiciones sustantivas de la LOUA, la DSU, sencillamente, no existe, no está contemplada y, por tanto, no es un instrumento de planeamiento general ni tampoco tiene la naturaleza del planeamiento de desarrollo; por tanto, no es un instrumento para la ordenación urbanística⁸³, pues ha de entenderse que los instrumentos de planeamiento son sólo aquellos que enumera el Capítulo II de la LOUA –ya sean instrumentos de planeamiento general, ya sean planes de desarrollo–, con carácter de enumeración *numerus clausus*. Como tales, las DSUs no están mencionadas –insisto– en ningún lugar de la LOUA, salvo, precisamente, en las DTs 1^a, 2^a y 7^a, lo cual pone de manifiesto que el derecho más transitorio entre todo el derecho transitorio de la LOUA es el relativo a las DSUs, en la medida en que son instrumentos llamados, de alguna manera, a desaparecer y a ser sustituidas por un

⁸¹ Fernández Rodríguez, T.-R., *Manual de Derecho Urbanístico*, Abella El Consultor, Madrid 2000, pp. 77-78; en el mismo sentido, Jalvo Mínguez, J. y Santos Diez, R., *Planeamiento urbanístico*, en «Manual de Urbanismo», INAP, Madrid 2001, pp. 97-231. La idea está en p. 182.

⁸² Así como la DT 8^a TRLS; FJ 42: la impugnación se «dirige contra la Disposición transitoria octava relativa al suelo urbano en Planes sin adaptar por imponer como básico no sólo una necesaria aprobación de la delimitación del suelo urbano, sino las reglas a que ésta deba someterse. En cuanto al primer punto, debe precisarse que el Estado puede, desde luego, disponer que las prescripciones básicas sean atendidas desde el momento de la entrada en vigor de la ley (como hace, v. gr., la Disposición transitoria primera del TRLS). Lo que no puede, sin embargo, es introducirse en las técnicas o instrumentos concretos a través de los cuales deba articularse esa efectividad, como pretende el primer párrafo de la Disposición aquí impugnada, al señalar que ‘requerirá la aprobación de la delimitación del suelo urbano’. Igual conclusión se alcanza respecto de la determinación de las concretas reglas a las que habrá de someterse la aprobación de la delimitación del suelo urbano, pues es éste un tema que escapa también a las competencias estatales, máxime si tenemos en cuenta que los preceptos a los que se remite [expresamente, art. 10, a); implícitamente, 118.3, a), TRLS, entre otros] no tienen carácter básico ni pueden tenerlo. Obligado es concluir, pues, en la inconstitucionalidad por incompetencia de la Disposición transitoria octava».

⁸³ Así lo expresa la ISG (p. 8): «La LOUA establece que el PGOU es la única figura de ordenación general de la totalidad del Municipio. Por tanto, no está considerando a la DSU como tal figura, sino que orienta hacia su sustitución por un PGOU». Esta instrucción se aplica en cumplimiento de la DT 2^a, 2, Párrafo 3, LOUA, que dice lo siguiente: «La Consejería competente en materia de urbanismo, con la finalidad de contribuir a una adecuada adaptación de los planes a esta legislación, podrá aprobar instrucciones orientativas sobre el contenido, plazos y alcance de dichas adaptaciones».

PGOU⁸⁴, sin perjuicio de que destaquemos, por un lado, que las DSUs contempladas en las DTs pueden tener cierto carácter normativo y, por otro lado, que no se trata de instrumentos preexistentes a la LOUA que la propia LOUA congele, pues, en primer lugar, las DSUs existentes conservan su vigencia hasta su revisión o su total cumplimiento o ejecución⁸⁵; en segundo lugar, pueden los municipios que cuenten con un PGOU, unas NNSS o una DSU o a la entrada en vigor de la LOUA aprobar una DSU de suelo urbano consolidado⁸⁶; y, en tercer lugar, se contempla la aprobación de una DSU en aquellos municipios que, a la entrada en vigor de la LOUA, carezcan de planeamiento general⁸⁷. En resumidas cuentas, hemos de analizar dos tipos de DSUs: en primer lugar, las que se aprueban en municipios que ya contasen, en el momento de entrada en vigor de la LOUA, de un PGOU, unas NNSS o una DSU; y, en segundo lugar, las que se aprueben para municipios que no contasen, en el momento de entrada en vigor de la LOUA, de planeamiento general.

⁸⁴ La ISG dice que la LOUA «orienta hacia su sustitución por un PGOU» (p.8). También afirma que las nuevas DSUs contempladas en la DT 7ª se aprobarán con carácter previo a la adaptación a la LOUA (se entiende, con carácter previo a la aprobación de un PGOU) (p. 2).

⁸⁵ DT 2ª, 1, Primer párrafo. Dice, al final, «conforme a las previsiones de ésta», y ha de reputarse que se trata de una deficiente redacción, pues parece que está diciendo conforme a las previsiones de la LOUA, lo cual, si fuese cierto, sería contradictorio con otras previsiones de derecho transitorio de la LOUA, que contemplan la ejecución de los planes de acuerdo con las previsiones de la normativa urbanística vigente en el momento de entrada en vigor de la LOUA.

⁸⁶ DT 1ª, 1, 1ª, letra a, párrafo 2º, LOUA.

⁸⁷ DT 7ª LOUA. Otros ordenamientos urbanísticos sí procedieron a congelar la figura de la DSU. Así, la Ley núm. 8/1985, de 4 de diciembre, de la Comunidad de Madrid dejó sin efectos las DSUs reguladas por el Real Decreto-Ley núm. 16/1981. Por su parte, la Ley núm. 9/1999, de 14 de mayo, de Ordenación del Territorio de Canarias (Boletín Oficial de Canarias, núm. 61, de 14 de mayo de 1999) contenía una DT 6ª que disponía lo siguiente: «Municipios sin planeamiento general. En los municipios que no cuenten con planeamiento general de ordenación, registrarán, mientras no se apruebe éste, las siguientes reglas: a) Se aplicará inmediatamente la presente Ley; b) La totalidad del término municipal se clasificará exclusivamente en suelo urbano y rústico. Integrarán el suelo urbano los terrenos así clasificados en virtud de un Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano aprobado definitivamente con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley. Todos los demás terrenos pertenecerán al suelo rústico de Protección Territorial, salvo los de Espacio Natural Protegido, que se clasificarán como suelo rústico de protección natural y, en su caso, los sectores de suelo urbanizable estratégico (...).» El Decreto Legislativo núm. 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias (Boletín Oficial de Canarias, núm. 60, de 15 de mayo de 2000), deroga aquella Ley, y contiene una DT 6ª en todo igual a la de la ley derogada, pero, lógicamente, la DSU considerada es aquella que hubiese sido aprobada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley núm. 9/1999.

Hay varias previsiones en el propio derecho transitorio de la LOUA y en el derecho estatal supletorio (vigente y derogado), que otorgan a las DSU un tratamiento parecido al de los instrumentos de planeamiento propiamente dichos, es decir, que gozan de un cierto carácter normativo⁸⁸, y esta circunstancia ha de ser tenida en cuenta a la hora de interpretar y aplicar el derecho transitorio de la LOUA.

3. La aplicación inmediata e íntegra de la clasificación de suelo urbano contenida en la LOUA:

De acuerdo con la norma urbanística andaluza, desde la entrada en vigor de la LOUA es de aplicación íntegra, inmediata y directa, entre otros, el Título II de la LOUA, relativo al régimen urbanístico del suelo y, en consecuencia, tiene la consideración de suelo urbano consolidado el que cumpla con las condiciones indicadas en la LOUA, cuando se cumplan estas tres condiciones: i) que el municipio disponga de PGOU, NNSS o DSU; ii) cuente con ordenación pormenorizada que permita la edificación y iii) que la ejecución no requiera la delimitación de unidades de ejecución; el resto del suelo clasificado como urbano a la entrada en vigor de la LOUA tiene la consideración de suelo urbano no consolidado⁸⁹.

Si el PGOu o las NNSS en vigor ya distinguían entre suelo urbano consolidado y no consolidado, se presume que esa delimitación se adapta al régimen urbanístico establecido por la LOUA, una presunción que es *iuris tantum* y que es independiente de que ambas categorías de suelo urbano deban delimitarse en el necesario proceso de adaptación del Plan a la Ley (o, con carácter previo en su caso, mediante la formulación de una DSU de suelo consolidado)⁹⁰.

Cabe destacar que hay en la DT 1^a, 1, 1^a, a, una inversión del carácter residual del suelo urbano consolidado respecto del no consolidado, un carácter que puede deducirse de la propia LOUA⁹¹ y que la ISG acepta, pues en su peculiar interpretación aclaratoria del derecho transitorio viene a decir lo con-

⁸⁸ Por ejemplo, la DT 1^a, 1, 1^a, letra a, LOUA.

⁸⁹ DT 1^a, 1, 1^a, letra a, primer párrafo, LOUA.

⁹⁰ ISG, p. 2.

⁹¹ Art. 45, 2, letra A, LOUA.

trario, que esa DT es decir, que mientras no se proceda a elaborar una DSU del suelo consolidado, tal categoría de suelo es residual respecto del suelo no consolidado, como claramente se aprecia de la lectura del párrafo siguiente:

«En el resto de los casos del planeamiento ya aprobado, en los que no se han delimitado estas categorías de suelo urbano, a los efectos de la aplicación de los contenidos de la Ley en las actuaciones de desarrollo y ejecución del plan, mientras no se produzca esta delimitación por los procedimientos descritos, la interpretación debe ser ajustada a lo dispuesto en la disposición transitoria primera 1.1^a.a) considerándose integrados en el suelo urbano no consolidado los suelos de las Unidades de Ejecución y los que con claridad y de forma justificada cumplan lo señalado en el artículo 45.2.B.a) y b). En este sentido, es conveniente una aplicación asimilable y homogénea en toda Andalucía sobre las condiciones derivadas del artículo 45.2.A»⁹².

Son tres los requisitos exigidos para que el suelo tenga la condición de suelo urbano consolidado, que se exigen de modo acumulativo y no alternativo. El primero es, como sabemos, que el municipio cuente con PGOU, NNSS y DSUs, de donde se desprende que el autor de la LOUA está otorgando de alguna manera a las DSUs mencionadas en la DT 1^a, 1, 1^a, letra a, unos efectos equivalentes a los instrumentos de planeamiento propiamente dichos, al vincular la clasificación del suelo dentro de la categoría de suelo urbano a la existencia de un PGOU, unas NNSS o unas DSUs. La segunda condición –relativa a que el suelo cuente con una ordenación pormenorizada que permita la edificación– es, de algún modo, tautológica, pues de acuerdo con el derecho anterior a la LOUA tanto el PGOU como las NNSS⁹³ debían contener la ordenación pormenorizada del suelo urbano, salvo que se tratase de áreas remitidas a planeamiento especial, es decir, fundamentalmente, a Planes Especiales de Reforma Interior⁹⁴. Puede decirse, por tanto, en principio, que será suelo urbano consolidado de acuerdo con la LOUA todo aquel suelo urbano para cuya ordenación pormenorizada el planeamiento en vigor no haya remitido a un PE (de esta forma volveríamos al carácter residual que el consolidado tiene respecto del no consolidado en el art. 45 LOUA), pero adviértase que esta regla no rige a la inversa, pues no todo suelo para cuya ordenación se haya

⁹² ISG, p. 2.

⁹³ Arts. 72, 3, letra A, letra b y f; y art. 77, letra a, TRLS, respectivamente.

⁹⁴ Arts. 84, 2, letra c, TRLS y art. 85 TRLS.

previsto un planeamiento de desarrollo, como un PE, ha de considerarse como suelo urbano no consolidado, como por ejemplo, en los PEs cuyo objeto sea la ordenación de recintos y conjuntos histórico-artísticos⁹⁵. Adviértase, sin embargo, que el concepto de suelo urbano no consolidado de la LOUA es más amplio que el concepto de suelo urbano que precisa una actuación integrada de reforma interior y que, por tanto, puede que haya otros suelos urbanos no consolidados en el municipio. De todas maneras, al referirse la LOUA a que el suelo será urbano consolidado cuando cuente con «ordenación pormenorizada que permita la edificación», parece estar dando a entender que identifica los terrenos que integran el suelo urbano consolidado con los terrenos que tengan la condición de solar, pero ya hemos visto que tal cosa ni es ni puede ser así, pues en ningún caso puede interpretarse que cuando el suelo urbano requiera algunas obras para completar la urbanización ese suelo no pueda considerarse como suelo urbano consolidado, por aplicación tanto del art. 14 LRSV como de los art. 56 y 98, 4, LOUA.

Además de proporcionar criterios para la aplicación de la clasificación y categorización del suelo urbano en el planeamiento existente (PGOUs, NNSS o DSUs), añade la LOUA que el municipio podrá redactar una DSU del suelo consolidado, «sin perjuicio» de la aplicación directa de la nueva clasificación y categorización del suelo urbano de la LOUA⁹⁶. La expresión «sin perjuicio» de la DT 1ª, 1, 1ª, letra a, segundo párrafo, significa que dado que la definición de suelo urbano se encuentra en el Título III de la LOUA, y dado que ese Título es de aplicación íntegra, inmediata y directa, entonces la fijación de los límites del suelo urbano consolidado o la modificación, en su caso, de la DSU existente –que debe contraerse a fijar el suelo urbano consolidado dentro del suelo urbano- debe hacerse de acuerdo con los criterios del art. 45 LOUA. He de señalar que al prever que mediante una DSU se proceda exclusivamente a la delimitación del urbano consolidado, el autor de la LOUA parece olvidar algunas determinaciones sustantivas –no de derecho transitorio- de la LOUA,

⁹⁵ Art. 14, 1, letra b, LOUA. En este sentido, la ISG, p. 3, dice lo siguiente: «Se entiende oportuno aclarar que en algunos casos en que el Plan General, o la Norma Subsidiaria, prevé algún planeamiento de desarrollo, no necesariamente está estableciendo la categoría de suelo urbano no consolidado. Es, por ejemplo, el caso en el que determina la necesidad de redactar un Plan Especial para la protección e intervención en los centros históricos; no debe considerarse el conjunto de éste como no consolidado, sino exclusivamente las zonas o ámbitos para los que, en su caso, se delimite una Unidad de Ejecución o cumplan de forma clara con lo señalado en el artículo 45.2.B.a) y b)».

⁹⁶ DT 1ª, 1, 1ª, letra a, segundo párrafo, LOUA.

como la que obliga a que el PGOU identifique como sectores las superficies de suelo urbano no consolidado que tengan una situación periférica o aislada o constituyan vacíos relevantes y resulten idóneas para su ordenación mediante PPOs⁹⁷. Esa DSU es aprobada por el municipio, tras el trámite de información pública por el plazo de veinte días, y el acuerdo de aprobación será publicado en el BOP y comunicado a la Consejería competente en materia de urbanismo, junto con un ejemplar del documento⁹⁸. ¿Qué naturaleza tiene esta DSU? Parece que esta DSU no pasa de ser una mera delimitación del suelo urbano consolidado, sin ningún elemento de ordenación y, por supuesto, son distintas de las DSUs contempladas en la DT 7ª de la LOUA, pues estas últimas, dice la ISG, son «más amplias que las contempladas en la última parte de la disposición transitoria primera 1.1ª.a»⁹⁹. Que esta DSU de suelo urbano consolidado contemplado en la LOUA¹⁰⁰ deba ser objeto de publicación en el BOP no debe conducir a pensar que esa DSU sea una norma jurídica (una disposición normativa), como lo son todos los planes urbanísticos, pues la propia LRJPAC¹⁰¹ contempla la publicación como uno de los posible modos para que un acto administrativo sea eficaz, precisamente en aquellos casos en que así lo establezcan las normas reguladoras. Ahora bien, dado que las DSUs existentes a la entrada en vigor de la LOUA habían sido elaboradas (normalmente), de acuerdo con el art. 81 TRLS (vigente en Andalucía también después de 1997, por obra de la LAS), y dado que ese precepto permitía que las DSUs contuviesen elementos de ordenación urbanística, ha de interpretarse que las modificaciones de esas DSUs que se lleven a cabo después de la entrada en vigor de la LOUA pueden contener elementos de ordenación, porque esas DSUs conservan su vigencia y ejecutividad y porque la LOUA declara que es de inmediata y directa aplicación (entre otras cuestiones) la nueva clasificación del suelo, pero no la parte relativa a la ordenación urbanística (Título I), que es donde se habla de los instrumentos de ordenación. En esta DSU parece igualmente quebrar el carácter residual del suelo urbano consolidado respecto del no consolidado, pues la LOUA permite que se haga una DSU de suelo consolidado, sin mencionar, sin embargo, si los terrenos urbanos que queden fuera de esa DSU deberán ser reputados necesariamente como no consolidados.

⁹⁷ Art. 17, 4, LOUA.

⁹⁸ DT 1ª, 1, 1ª, letra a, segundo párrafo, LOUA.

⁹⁹ ISG, p. 2.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ Art. 60 LRJPAC.

Ha de subrayarse que sólo y todos los municipios que dispusiesen de PGOU, NNSS o DSU en el momento de entrada en vigor de la LOUA pudieron – puede aún- redactar con carácter potestativo una DSU, que delimite específicamente el suelo urbano consolidado, y se ha de destacar que es también un derecho de esos municipios; desde esta segunda perspectiva, hay que tomar con reservas la siguiente afirmación de la ISG, a propósito de las DSUs existentes en el momento de entrada en vigor de la LOUA¹⁰²:

«En resumen, no pueden formularse modificaciones de las DSUs sino lo que procede es fomentar su sustitución por un PGOU».

La reserva con que ha de leerse esa afirmación deriva de que difícilmente podría una ISG, que se aprueba además con carácter orientativo, modificar de forma tan drástica la literalidad de la LOUA, donde, como se sabe, se admite que las DSUs existentes a la entrada en vigor de la LOUA pueden ser objeto de modificación¹⁰³, precisamente para señalar, dentro del perímetro de suelo urbano señalado por la DSU existente, qué terrenos tienen la consideración de suelo urbano consolidado, sin perjuicio, por supuesto, de que al hacer tal cosa se tengan en cuenta, exclusivamente, los criterios señalados en la LOUA¹⁰⁴, pues el Título II de la LOUA es, desde su entrada en vigor, de aplicación íntegra, inmediata y directa¹⁰⁵.

En todo caso, ha de tenerse presente que, al derivar de una imposición legislativa hecha con carácter general, las alteraciones que en la clasificación y categorización del suelo derivan de la aplicación inmediata y directa del Título II de la LOUA no dan derecho a indemnización a favor de los propietarios de suelo, es decir, que no es aplicable el art. 41 LRSV.

4. Vigencia y ejecutividad de los planes e instrumentos vigentes:

Los Planes e instrumentos vigentes en el momento de entrada en vigor de la LOUA y, específicamente, todos los PGOUs, NNSS o DSUs, que fuesen eje-

¹⁰² ISG, p. 8.

¹⁰³ DT 1ª, 1, 1ª, letra a, párrafo 2º, LOUA.

¹⁰⁴ Los del art. 45, 2, letra A, LOUA, que expresan qué terrenos han de considerarse integrados en el suelo urbano consolidado.

¹⁰⁵ DT 1ª, 1, LOUA.

cutivos en ese momento, conservan su vigencia y ejecutividad, sin perjuicio, por supuesto, de la aplicación de la nueva clasificación de suelo urbano¹⁰⁶, pero los municipios pueden aprobar adaptaciones totales o parciales de los Planes y restantes instrumentos, es decir, también de las DSUs¹⁰⁷, lo cual corrobora que los municipios que disponían de una DSU en el momento de entrada en vigor de la LOUA pueden proceder a aprobar una modificación en forma, eso sí, de una DSU del suelo consolidado. Al suelo clasificado como urbano por las DSUs existentes en el momento de entrada en vigor de la LOUA le es de aplicación el régimen que la LOUA establece para esta clase de suelo y, por tanto, debe tenerse en cuenta las dos categorías de suelo urbano y, en consecuencia, lo señalado en los arts. 55 y 56 sobre el régimen de estas dos categorías de suelo urbano; para la aplicación del régimen del suelo urbano no consolidado se tendrá en cuenta el art. 55, 2, LOUA, dado que lo habitual es que no se hayan previsto unidades de ejecución y, en todo caso, no existen áreas de reparto¹⁰⁸, pero se entiende que si, frente a lo que se considera habitual, se han fijado unidades de ejecución, entonces el régimen aplicable será el del art. 55, 1, LOUA, donde se contiene el régimen jurídico del suelo urbano no consolidado para el que la ordenación urbanística fije o prevea unidades de ejecución. A la luz de estas previsiones ha de acogerse igualmente con reservas la ISG cuando afirma que no será de aplicación a las DSUs vigentes el régimen de innovación que la Ley contempla para los instrumentos de planeamiento¹⁰⁹; la reserva deriva de que la propia LOUA admite que las DSU se modifiquen y se adapten y, además, no se trata de aplicar a las DSUs las reglas de innovación del planeamiento propiamente dichas, sino, simplemente, las normas de adaptación a la LOUA, que es algo distinto.

5. Nuevas Delimitaciones de Suelo Urbano en municipios sin planeamiento general:

En los municipios que al tiempo de entrada en vigor de la LOUA no contasen aún con planeamiento general, el suelo se entiende clasificado en urbano y no urbanizable, e integran el suelo no urbanizable todos los terrenos que no deban clasificarse como suelo urbano en aplicación de los criterios esta-

¹⁰⁶ DT 2ª, 1, LOUA. *Vid.*, en el mismo sentido, la ISG, p. 8.

¹⁰⁷ DT 2ª, 2, Párrafo 1, LOUA.

¹⁰⁸ ISG, p. 8.

¹⁰⁹ ISG, p. 8.

blecidos en el art. 45 LOUA¹¹⁰. En tales municipios el perímetro del suelo urbano, con distinción del no consolidado, se señalará mediante un Proyecto de DSU, que podrá contener, además, la determinación de las alineaciones del viario existente y de las que sean precisas para corregir sus deficiencias o insuficiencias o para completarlo¹¹¹; el Proyecto de DSU se aprueba inicialmente por el Ayuntamiento Pleno y, previa información pública por al menos veinte días, definitivamente por la Consejería competente en materia de urbanismo; es aplicable a su aprobación definitiva lo dispuesto en la LOUA para los planes de ordenación urbanística¹¹².

Tanto si se defiende que las DSUs vigentes en el momento de entrada en vigor de la LOUA son verdaderos planes urbanísticos que contienen ordenación urbanística, como si se niega su carácter de instrumento de planeamiento, esta DT 7ª no se aplica a los municipios que tuviesen ya una DSU en el momento de entrada en vigor de la LOUA, pues a tales municipios se les aplica la DT 1ª, 1, 1ª, letra a, segundo párrafo, cuyo contenido ya he analizado. La ISG aclara que cuando las DSUs aprobadas en municipios sin planeamiento general contienen determinaciones para corregir las deficiencias o insuficiencias del viario, estamos ante unas «propuestas de ordenación y gestión»¹¹³, lo

¹¹⁰ DT 7ª, párrafo primero, LOUA, a la que remite la DT 1ª, 1, 1ª, letra e, LOUA. En los municipios que carezcan de planeamiento general el suelo que no tenga la condición de urbano tendrá la consideración de no urbanizable (art. 11 LRSV). Esta previsión fue impugnada ante el TC, que impuso mediante la STC núm. 164/2001, de 11 de julio, una interpretación conforme con la CE, con las siguientes palabras: «Las reglas de la hermenéutica también permiten concluir que la referencia al “planeamiento general” ha de entenderse hecha -de forma similar a como dijimos en el FJ 8 respecto del término “planeamiento”- a cualquier instrumento de ordenación urbanística que cumple la tarea de clasificación del suelo, llámese ese instrumento de clasificación “plan” (general o no), “proyecto de ordenación”, o de cualquier otra forma. De este modo sería posible -conforme a la regulación urbanística de cada Comunidad Autónoma- la existencia de suelo susceptible de transformación o urbanización en virtud de instrumentos de ordenación urbanística distintos de los planes generales. Así interpretado, el art. 11 LRSV es conforme con el orden constitucional de competencias».

¹¹¹ DT 7ª, párrafo segundo, frases primera y segunda, LOUA.

¹¹² DT 7ª, segundo párrafo, frases tercera y cuarta, LOUA. Concretamente, corresponde la aprobación a la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo, de acuerdo con el art. 13, 2, letra b, del Decreto núm. 193/2003, de 1 de julio, por el que se regula el ejercicio de las competencias de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo (BOJA núm. 133, de 14 de julio de 2003).

¹¹³ ISG, p. 9.

cual parece aceptar el carácter de planeamiento, al menos de las DSUs que lleven a cabo, tras la LOUA, los municipios que careciesen de planeamiento en el momento de entrada en vigor de la ley, frente a lo que la propia ISG ha afirmado en otro lugar.

En este supuesto, la aprobación definitiva corresponde a la Consejería, precisamente porque se trata de elaborar una DSU en un municipio que no la tenía y porque, además, se permite que la DSU contenga determinaciones no contempladas en la mera modificación de la DSU existente¹¹⁴. Quiero reiterar que la DSU contemplada en la DT 1ª, 1, 1ª, letra a, segundo párrafo (que fija el suelo consolidado) es distinta de la DSU contemplada en la DT 7ª, como lo pone de manifiesto la propia terminología, pues en la DT 7ª se habla de *Proyecto de DSU*, una terminología idéntica a la utilizada en el derecho anterior para referirse a esta figura. De alguna manera la DSU contemplada en la DT 1ª, 1, 1ª, letra a, segundo párrafo, no es, propiamente, una DSU –en el sentido tradicional que esta expresión ha tenido en derecho español–, sino, más sencillamente, una mera fijación de los límites del suelo urbano consolidado. También la ISG advierte esa diferencia entre unas DSUs y otras, pues las que se formulan para municipios sin planeamiento son, dice, «más amplias»¹¹⁵.

¿Cuál es la razón a que obedece el distinto tratamiento que reciben las DSUs en el derecho transitorio? ¿Por qué de acuerdo con la LOUA un municipio que dispusiese ya de una DSU en el momento de entrada en vigor de la LOUA puede sólo modificar la DSU existente para señalar el suelo consolidado –aunque ya hemos visto que, en puridad, puede contener previsiones adicionales de ordenación–, mientras que el municipio que no dispusiese de ningún planeamiento general en el momento de entrada en vigor de la LOUA puede hacer una DSU, con delimitación del suelo urbano no consolidado, y con determinaciones adicionales? En primer lugar, he de decir que la previsión de la DT 7ª no es, en realidad de verdad, una previsión de derecho transitorio, sino que debería haberse incluido en la parte sustantiva de la LOUA. Da la impresión de que a última hora el legislador tuvo en cuenta que Andalucía no es única, sino que hay una gran variedad de situaciones y, en particular, que existen pequeños municipios en la Andalucía oriental, sobre todo de montaña, que no necesitan un PGOU, sino más sencillamente una DSU. Esto lo explica casi todo, pues, en efecto, la DT 7ª no es una verdadera transi-

¹¹⁴ DT 1ª, 1, 1ª, letra a, segundo párrafo, LOUA.

¹¹⁵ ISG, p. 2.

toria, dado que no atiende a ninguna situación derivada de un planeamiento preexistente, sino a todo lo contrario, es decir, a la situación de los municipios que no tenían ningún planeamiento general ni ninguna DSU (si se niega que la expresión planeamiento general incluya a las DSUs).

Puede existir, a mi juicio, una explicación adicional del distinto tratamiento que las DSUs reciben en el derecho transitorio de la LOUA, una explicación de índole más teórica que práctica, y para cuya comprensión ha de recordarse que el suelo urbano consolidado tiene en la LOUA un cierto carácter residual respecto del suelo urbano no consolidado. El PGOU contemplado en la LOUA habrá de pronunciarse siempre tanto sobre qué terrenos forman parte del suelo urbano consolidado y qué suelos forman parte del suelo urbano no consolidado, pero surge la duda relativa a si en los dos tipos de DSUs contempladas en la LOUA (DSUs en municipios que ya tuviesen PGOU, NNSS o DSU en el momento de entrada en vigor de la LOUA y DSUs en municipios que careciesen de planeamiento general en el momento de entrada en vigor de la LOUA) deben también determinarse siempre y en todo caso qué terrenos, dentro del suelo urbano, forman parte del suelo urbano consolidado y cuáles del suelo urbano no consolidado, es decir, si debe existir un pronunciamiento expreso de la DSU sobre la naturaleza de todos los terrenos delimitados dentro del suelo urbano. Esta parece ser la respuesta si no correcta, al menos la que mayor seguridad jurídica proporciona al propio municipio y a los propietarios. Se plantea, como digo, otra opción, y esta sería si basta, como parece desprenderse de alguna disposición transitoria de la normativa andaluza¹¹⁶, que el municipio delimite qué suelo urbano es suelo urbano no consolidado, siendo todos los demás terrenos parte del suelo urbano consolidado o si, por el contrario –como se infiere de alguna otra previsión normativa¹¹⁷–, debe determinar qué terrenos forman parte del suelo urbano consolidado, siendo todos los demás terrenos parte del suelo urbano no consolidado. En cualquiera de esos dos casos surge la duda, adicionalmente, relativa a si los terrenos no clasificados expresamente como suelo urbano consolidado o como suelo urbano no consolidado, respectivamente, tendrán siempre y necesariamente la condición de suelo urbano no consolidado y consolidado, también respectivamente, es decir, la duda relativa a si la determinación de una u otra categoría de suelo tiene efectos residuales sobre la otra categoría no expresamente determinada. Estas dudas han de resolverse a la luz de lite-

¹¹⁶ DT 7^a, LOUA.

¹¹⁷ DT 1^a, 1, 1^a, letra a, segundo párrafo, LOUA.

ralidad de la norma y también a la luz de los principios inspiradores del ordenamiento urbanístico, y, en particular, a la luz del principio de no indemnizabilidad de las determinaciones del planeador y, por el contrario, de la indemnizabilidad de las variaciones del planeamiento en determinadas circunstancias; se ha de tener presente que si se determina expresamente sólo el suelo no consolidado, un intento posterior del municipio de considerar como no consolidado el suelo urbano que no fue en su día incluido dentro del no consolidado, habría de reputarse como una variación del planeamiento que da derecho a indemnización; inversamente, la solución no sería la misma, pues si lo que se determina expresamente es el suelo consolidado, el suelo no consolidado que lo es porque no fue en su día categorizado como consolidado, podría sujetarse al régimen jurídico del consolidado, siempre, por supuesto, que, de acuerdo con los criterios de la LOUA¹¹⁸, no haya de ser considerado, en todo caso, como no consolidado; en ese supuesto, no habría que indemnizar al propietario, pues desde el punto de vista del aprovechamiento urbanístico la situación del suelo consolidado es mejor que la del no consolidado.

Si se acepta el carácter residual del consolidado respecto del no consolidado puede igualmente aceptarse que existiendo en los municipios que dispusiesen de una DSU en el momento de ser aprobada la LOUA un suelo urbano, sin distinción entre consolidado y no consolidado, si la LOUA no hubiese permitido que en esos municipios los Ayuntamientos procediesen a realizar una DSU con la determinación del suelo urbano consolidado, surgiría el riesgo de que todo el suelo clasificado como urbano fuese reputado como suelo urbano consolidado, por aplicación de la regla residual. Se trata sólo, como digo, de una posibilidad o de un riesgo inherente a la propia literalidad de la LOUA, no de una consecuencia ineluctable derivada del modo en que está redactado el precepto que define el suelo urbano consolidado¹¹⁹. A la luz de lo anterior, si se acepta el carácter residual del consolidado respecto del no consolidado, parece que hubiese sido más correcto que la LOUA permitiese a los municipios que dispusiesen de una DSU a la entrada en vigor de la LOUA que determinasen no tanto qué suelo es consolidado cuanto qué terrenos, dentro del suelo urbano, tienen la condición de suelo urbano no consolidado, pues si se acepta el carácter residual del suelo urbano consolidado, el resto de suelo urbano que los municipios no hubiesen clasificado como urbano no consolidado, habrían de reputarse, necesariamente, como consolidado. Al permi-

¹¹⁸ Art. 45, 2, letra B, LOUA.

¹¹⁹ Art. 45, 2, letra A, LOUA.

tir, por el contrario, que el municipio determine mediante una DSU el suelo que ha de reputarse consolidado podría estar aceptándose que el resto del suelo urbano pueda ser considerado como consolidado o como no consolidado, en función, por supuesto de los criterios del art. 45 LOUA. En este sentido, la DT 1ª, 1, 1ª, letra a, primer párrafo, termina con una afirmación rotunda: «El resto del suelo clasificado como urbano a la entrada en vigor de esta Ley tendrá la consideración de suelo urbano no consolidado»; sin embargo, esa afirmación se contiene antes del párrafo que permite que los municipios fijen el suelo urbano consolidado mediante una DSU, y surge la duda relativa a si los terrenos que no sean clasificados como suelo urbano consolidado por esa DSU tienen necesariamente que ser considerados como suelo urbano no consolidado. Por el contrario, la LOUA permite a los municipios que no dispusieran de planeamiento general en el momento de entrada en vigor de la LOUA, que elaboren, *ex novo*, una DSU, en la que se determina todo el perímetro del suelo urbano, con expresa indicación de cuál es el suelo no consolidado, de donde se sigue que el resto del suelo urbano es consolidado, siempre que se acepte el carácter residual del segundo respecto del primero, aunque la ISG ha interpretado –no porque lo imponga estrictamente la LOUA, sino en aras de la seguridad jurídica- que esas DSUs han de categorizar tanto el consolidado como el no consolidado¹²⁰. Es posible que en el caso de los municipios que ya dispusiesen de una DSU a la entrada en vigor de la LOUA, el legislador haya querido ser respetuoso con los derechos adquiridos por los propietarios de suelo urbano, de manera que la modificación de la DSU implique sólo la determinación de qué suelo está consolidado, sin que haya de reputarse que, necesariamente, todo el suelo urbano restante tenga la condición de urbano no consolidado.

En todo caso, en los municipios que no dispongan de planeamiento general es aplicable el art. 57, 2, LOUA, que contiene tres reglas que han de observarse en los actos de construcción o edificación e instalación que se realicen en terrenos adscribibles a la clase de suelo urbano.

6. Planes urbanísticos aprobados inicialmente:

Los planes que hubiesen sido aprobados inicialmente en el momento de entrada en vigor de la LOUA continúan tramitándose de conformidad con el derecho anterior a la LOUA, pero deben ajustarse completamente a lo dispuesto en la LOUA sobre el régimen urbanístico del suelo y la actividad de

¹²⁰ ISG, p. 9.

ejecución; esta última previsión, implica que se otorga eficacia inmediata y directa al Título IV de la LOUA, en el caso de esos planes aprobados sólo inicialmente. La ISG prevé que en esos casos la Resolución que recaiga sobre estos PGOU debe incluir una serie de apartados¹²¹, algunos de los cuales afectan al suelo urbano¹²², como la que establece que los Ayuntamientos deben aprobar en el plazo de seis meses, tras la tramitación correspondiente, una DSU de suelo consolidado. Si los planes no contienen la distinción entre las categorías de consolidado y no consolidado, con independencia de que la Resolución de aprobación definitiva señale la vigencia de la aplicación de esta distinción, los Ayuntamientos deberán complementarlos mediante la redacción y tramitación de una DSU de suelo consolidado. De algún modo, el autor de la ISG está asimilando la situación de los municipios que tuvieran aprobado inicialmente su planeamiento con la de los municipios que ya dispusiesen de planeamiento o de una DSU, pues remite a la DT 1^a en lugar de a la DT 7^a, pero, a mi juicio, si el municipio no tuviese planeamiento alguno, podría, transitoriamente, proceder a aprobar la DSU contemplada en la DT 7^a.

V. CONCLUSIONES

El derecho transitorio plantea siempre numerosos problemas, particularmente en un ordenamiento como el urbanístico de Andalucía, donde no siempre la LOUA goza de la suficiente claridad en su forma de expresarse y de coherencia entre unas y otras determinaciones.

Uno de los puntos donde la LOUA se mueve en el límite de la constitucionalidad, a la luz de las condiciones básicas estatales que garantizan la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad –tal y como se contienen en la LRSV– es, sin duda, el concepto de suelo urbano no consolidado, en la medida en que la oscuridad con la cual está definida esta categoría podría esconder, en ocasiones, un intento de integrar en esa categoría terrenos que, en puridad, habrían de considerarse íntegramente urbanizados, y, por tanto clasificados como suelo urbano consolidado, de donde, en su caso, podría derivarse la imposición de deberes sobre determinados propietarios –como, singularmente, los deberes de cesión–, no sólo que van más allá de los previstos por la LRSV para los propietarios de suelo urbano consolidado por la urbanización, sino que vulnerarían las condiciones básicas estatales.

¹²¹ ISG, p. 5.

¹²² Anexo A de la ISG.

He tratado en la primera parte de distinguir entre suelo urbano, suelo urbanizado, suelo consolidado, suelo no consolidado, terrenos que disponen de determinados servicios y solar, pues al violar el art. 45 las reglas de la lógica, esos conceptos están confusamente abordados. He tratado también de demostrar por qué en la LOUA el suelo urbano consolidado es una categoría residual respecto del suelo urbano no consolidado y conviene que no se altere indebidamente –por vía del derecho transitorio– el cierto carácter residual que puede detectarse en las previsiones sustantivas de la LOUA del suelo urbano consolidado respecto del suelo urbano no consolidado y que ese carácter se tenga en cuenta a la hora de aplicar, en la práctica, las DTs de la LOUA. A pesar de que algunos preceptos de la LOUA pudiesen dar pie a pensar que el suelo urbano consolidado es equivalente al concepto de terreno que tiene la naturaleza de solar edificable, tal cosa no es verdaderamente así, pues de otra forma, y entre otras consecuencias perniciosas de una tal asimilación, se estaría integrando dentro del suelo urbano no consolidado un conjunto de terrenos que gozan ya de urbanización, pero que requiere una simple mejora o reparación.

Al ya de por sí delicuescente tratamiento del suelo urbano en los preceptos consagrados a su definición y al modo en que ha de ser contemplado en el planeamiento, la LOUA añade unas previsiones de derecho transitorio que generan numerosas dudas, algunas de las cuales han sido correctamente aclaradas por la ISG y otras, sin embargo, han sido indebidamente ampliadas. Entre las cuestiones conflictivas destaca la aplicación inmediata y directa de la distinción entre suelo urbano consolidado y suelo urbano no consolidado en relación con las DSUs contempladas en dos de las Disposiciones Transitorias, una relativa a municipios que contasen ya con PGOU, NNSS o DSUs y otra relativa a municipios que no contasen con planeamiento general; una parte de esas dudas se resolvería si se aceptase que la delimitación del suelo urbano consolidado contemplado en la primera de esas DTs no es, propiamente, una de las DSU que el derecho urbanístico español ha venido regulando desde 1976, pero ha de subrayarse que dado que las DSUs existentes a la entrada en vigor de la LOUA habían sido elaboradas (normalmente), de acuerdo con el art. 81 TRLS (vigente en Andalucía también después de 1997, por obra de la LAS), y dado que ese precepto permitía que las DSUs contuviesen elementos de ordenación urbanística, ha de interpretarse que las modificaciones de las DSUs que se lleven a cabo después de la entrada en vigor de la LOUA, de acuerdo con la DT 1ª, 1, 1ª, letra a, segundo párrafo, pueden contener elementos de ordenación, porque esas DSUs conservan su vigencia y ejecutividad y porque la LOUA declara que es de inmediata y directa aplicación (entre otras cuestiones) la nueva clasificación del suelo, pero no la parte relativa a la ordenación urbanística (Título I), que es donde se habla de los instrumentos de ordenación o planeamiento.

La insularización de la gestión del agua en Canarias: Los Consejos Insulares de aguas

Dr. Manuel J. Sarmiento Acosta

Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

SUMARIO: I. EL DERECHO DE AGUAS DE CANARIAS EN EL ESTADO AUTONÓMICO: PRINCIPIOS FUNDAMENTALES. II. SOBRE EL CONCEPTO DE CUENCA HIDROGRÁFICA Y SUS REPERCUSIONES EN EL ÁMBITO CANARIO. III. LOS PRINCIPIOS DE LA LEGISLACIÓN DE AGUAS DE CANARIAS. IV. LOS CONSEJOS INSULARES DE AGUAS. 4.1. Determinaciones previas. 4.2. Concepto y naturaleza. 4.3. Organización. 4.4. Competencias. V. ORGANISMOS DE CUENCA Y CONSEJOS INSULARES: DIFERENCIAS. VI. CONSIDERACIONES FINALES. VII. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

I. EL DERECHO DE AGUAS DE CANARIAS EN EL ESTADO AUTONÓMICO: PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Debido a las particulares condiciones geográficas, geológicas y climáticas, en el Archipiélago Canario se fue formando un Derecho especial de aguas en orden a adaptar las normas hidráulicas generales, dictadas teniendo en cuenta fundamentalmente los problemas más significativos que tenía el sector en el continente, pero que, en realidad, no respondían a las demandas y necesidades, en ocasiones, francamente dramáticas, de Canarias. A efectos de este estudio no interesa historiar todo este largo, problemático y fecundo proceso¹,

¹ Todo este proceso ya lo hemos analizado suficientemente en otro lugar. Véase, M.J. SARMIENTO ACOSTA, *El Derecho de Aguas de Canarias*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2002, particularmente, pp. 21- 81, donde se comprueba cómo, poco a poco, y para hacer frente a necesidades que fueron surgiendo, se plasma una singularidad, que, en el momento de aprobarse la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, por las Cortes Generales, era indiscutible, con plena carta de naturaleza normativa, jurisprudencial y doctrinal. Por eso, la *disposición adicional tercera* de la mencionada Ley de aguas nacional, estableció: “*Esta Ley no producirá efectos derogatorios respecto de la legislación que actualmente se aplica en el territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias, que subsistirá en tanto ésta no dicte su propia legislación.*”

sino situarnos en la línea de salida marcada por la Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978 (CE, en adelante), para extraer de ésta y de otras normas elaboradas y aprobadas con posterioridad, las consecuencias que, en el terreno jurídico e institucional, condicionan al agua en Canarias.

Y, en efecto, la CE vino a introducir elementos cualitativamente significativos a la hora de regular las aguas, porque, si, de un lado, el artículo 132.2 califica como bienes de dominio público estatal “*los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental*”²; de otro, posibilita una distribución territorial del poder, como se ha plasmado con la constitución del *Estado autonómico*, que, en el área que tratamos, debe partir de forma inexcusable de lo dispuesto en los artículos 149.1. 22^a y 148. 1.10^{a3}. Es claro que las disposi-

“Serán de aplicación, en todo caso, en dicha Comunidad Autónoma, a partir de la entrada en vigor de su nueva legislación, los artículos de esta Ley que definen el dominio público hidráulico estatal y aquellos que supongan una modificación o derogación de las disposiciones contenidas en el Código Civil” En consecuencia, son aplicables al Archipiélago Canario los artículos que definen el dominio público. Esta norma se mantuvo en la modificación de la ley, llevada a cabo por medio de la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, con alguna matización relativa a las obras públicas de interés general en Canarias. En concreto, se añade un nuevo apartado 2, y la redacción quedó así. “1. Esta Ley no producirá efectos derogatorios respecto de la legislación que actualmente se aplica en el territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias, que subsistirá en tanto ésta no dicte otras normas. A partir de la entrada en vigor de esta Ley, los artículos que definen el dominio público estatal y aquellos que supongan una modificación o derogación de las disposiciones contenidas en el Código Civil, serán de aplicación en Canarias, de acuerdo con la singularidad que le confiere su derecho especial.

2. Las actuaciones en obras de interés general en Canarias comprenderán la desalación, reutilización o cualquier otro tipo de obra hidráulica, que por su dimensión o interés público o social, suponga una iniciativa esencial para el mantenimiento de adecuados niveles de disponibilidad del agua en las diferentes islas. Dichas actuaciones serán propuestas por la Administración de la Comunidad Autónoma y su ejecución convenida con la Administración General del Estado.” El Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio, incurrió inicialmente en un error u omisión, ya que el Gobierno no fue muy cuidadoso en su labor, y no recogió la citada disposición adicional tercera; algo que se subsanó con una corrección de errores que incluía esta norma en la disposición adicional novena. Es claro que, aunque se ha aprobado la legislación específica sobre aguas por el Parlamento de Canarias, esta disposición mantiene su valor y virtualidad, ya que en el futuro puede modificarse o sustituirse la legislación canaria.

² Debe recordarse que la aspiración de que las aguas fueran declaradas de dominio público se encontraba viva en el momento en que se elaboró la Constitución Española, porque ya había muchos especialistas que abogaban por esta consideración. Se intentó, pues, que las “aguas continentales” se incluyeran dentro de la lista de bienes que dominio público, pero al final no se logró. (Véanse, por ejemplo, los comentarios de L. MARTÍN RETORTILLO, que formó parte de la Comisión Constitucional del Senado en las, entonces, nuevas Cortes democráticas y constituyentes, *Materiales para una Constitución*, Madrid, Akal Ed., 1984, pp. 328- 334).

³ El artículo 149.1.22^a establece: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias (...) La legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos

ciones constitucionales marcaron “un salto de escala”, un auténtico aldabonazo en una materia en la cual la legislación se encontraba obsoleta de manera evidente, y, desde luego, muy superada por la realidad socioeconómica y los avances científicos y técnicos. La Sociedad de la última parte del siglo XX poco tenía que ver con la que existía cuando se aprobó la Ley de Aguas de 1866-1879⁴. Por eso, desde hacía décadas, se venía abogando por una reforma integral de la normativa de aguas, lo cual se hizo por medio de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, Ley que incorpora importantes modificaciones que tratan de responder a las exigencias derivadas de la CE, y, lo que no es menos relevante, a las necesidades de una Sociedad marcadamente industrial y urbana, muy diferente a la decimonónica que sirvió de contexto sociológico a la Ley de Aguas de 1866- 1879. En apretada síntesis, podemos decir que la Ley de Aguas de 1985:

cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma, y la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial” Por otro lado, el artículo 148.1.10^a, dispone: “Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: (...) Los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma; las aguas minerales y termales”.

Sobre la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, vid. S. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, “Competencias constitucionales y autonómicas en materia de aguas”, *RAP* núm. 128, 1992, pp. 23 y ss, y A. EMBID IRUJO, “Las competencias constitucionales y estatutarias sobre las aguas continentales. Planteamiento normativo y realidad jurídica” *REDC* núm. 37, 1993, pp. 37 y ss. También puede verse un estudio más reciente de I.CARO- PATÓN CARMONA y B-F. MACERA, *El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de protección ambiental y aguas*, Universidad de Valladolid, 2002, pp.59 y ss.Para el caso concreto de Canarias, A. NIETO GARCÍA, “La legislación de aguas de Canarias”, en el vol colectivo dir por A. EMBID IRUJO, *Legislación del agua en las Comunidades Autónomas*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 101- 119.

⁴ Inicialmente, la Ley de Aguas de 3 de agosto de 1866 fue un ambicioso intento en orden a codificar la regulación de las aguas continentales y marítimas. Con la Restauración de Cánovas del Castillo, se aprueba la Ley de 13 de junio de 1879, que salvo algunos matices no sustanciales, mantiene lo esencial de la regulación anterior, pero remitiendo las aguas marítimas a la Ley de Puertos de 1880. De todo este proceso da cuenta la investigación realizada por A. GALLEGO ANABITARTE, “El Derecho español de aguas en la Historia y ante el Derecho Comparado”, en el vol colectivo, junto a Á. MENEZDEZ REXACH y J.M. DÍAZ LEMA, *El Derecho de Aguas en España*, Tomo I, Madrid, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, 1986, especialmente, pp.265 y ss.

Hay que advertir que desde bastante tiempo antes de aprobarse la Constitución Española de 1978, voces autorizadas en la materia propugnaban un cambio de la legislación de aguas. L. JORDANA DE POZAS abogada por un cambio (“El derecho español de aguas y la oportunidad de su revisión”, discurso leído en la inauguración del curso 1961-1962, el día 22 de enero de 1962, de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1962, p. 57) en dirección hacia un mayor intervencionismo administrativo en su tutela.

- declara de dominio público la práctica totalidad de las aguas continentales (arts. 1.2 y 2);
- establece, en coherencia con lo anterior, la planificación a la que deberá someterse toda actuación sobre el dominio público hidráulico (art. 1.3);
- regula la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, para lo cual utiliza y define el concepto de “cuenca hidrográfica” (art. 14);
- toma en consideración el valor ecológico del recurso, en sintonía con el artículo 45, CE, y con las nuevas tendencias que realzan la protección del medio ambiente, y que se concretan ya en diversas Constituciones aprobadas a partir de los años setenta y en distintos Convenios e Instrumentos internacionales;
- y, en general, recoge recomendaciones elaboradas en sede internacional, como la Carta Europea del Agua, de 1968, o la Carta del Mar del Plata, de 1977⁵.

Esta Ley, pues, realizó unas modificaciones de gran calado que sitúan al agua en un nuevo contexto jurídico e institucional: la inclusión de la práctica totalidad de las aguas continentales en el dominio público, y la opción decidida por la planificación⁶; y, por ello, su aprobación suscitó fuertes discrepancias que dieron lugar a varios recursos de inconstitucionalidad, que fueron posteriormente resueltos por la trascendental Sentencia núm. 227/1988, de 29 de noviembre, del Tribunal Constitucional (STC)⁷, que, en general, y sal-

⁵ Ahora incluidas en la importante Directiva 2000/60/CE, del Parlamento y del Consejo, de 23 de octubre, por la cual se establece un marco comunitario de actuación en la política del agua, y que afecta a conceptos fundamentales, como el de cuenca hidrográfica, autoridad de cuenca y planificación hidrológica.

⁶ Debe resaltarse que se suprimió, también, la posibilidad de adquirir el derecho a la utilización de aguas privadas por prescripción (art. 50.2), y que, en conclusión, las aguas privadas estrictamente consideradas constituyen una especie de “residuo” dentro del contexto de todas las aguas. Ahora bien, en el caso de Canarias, el predominio de las aguas privadas es manifiesto, incluso hoy después de las capitales transformaciones legislativas que, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, se han producido en las dos últimas décadas.

⁷ Sin lugar a dudas una de las Sentencias más importantes que ha dictado el Tribunal Constitucional en su papel de “intérprete supremo de la Constitución”, como se encarga de precisar el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Como ha dicho uno de los más relevantes expertos en Derecho de Aguas, A. EMBID IRUJO, la STC 227/1988, de 29 de noviembre, tiene trascendencia en múltiples aspectos de la teoría de las fuentes, el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas o el medio am-

vo extremos muy específicos, poco relevantes en la economía general de la Ley, confirmó la constitucionalidad de las decisiones básicas consagradas en la Ley de Aguas de 1985.

II. SOBRE EL CONCEPTO DE CUENCA HIDROGRÁFICA Y SUS REPERCUSIONES EN EL ÁMBITO CANARIO

Para comprender cabalmente la operatividad del vigente marco normativo definido por el Parlamento autónomo de Canarias, debemos dilucidar con carácter previo un concepto determinante y fundamental, y que es el de “cuenca hidrográfica”. Este concepto es sin duda uno de los más relevantes que utiliza el legislador nacional en orden a repartir o distribuir las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Se destina a materializar el *principio de unidad de gestión* del agua, recogido, asimismo, en la Ley (art. 1), y obedece a motivos serios y consolidados⁸, ya que el agua es única y no puede ser dividida en su gestión, como sí puede hacerse con otras materias. Por este motivo el artículo 14 de la Ley de Aguas nacional estableció que “*se entiende por cuenca hidrográfica el territorio en que las aguas fluyen al mar a través de una red de cauces secundarios que convergen en un cauce principal único. La cuenca hidrográfica, como unidad de gestión del recurso, se considera indivisible*”

El Tribunal Constitucional, en la referida S. 227/1988, declaró que “el criterio de la cuenca hidrográfica como unidad de gestión permite una adminis-

biente (Vid. “Evolución del derecho y de la política del agua en España”, en la obra por él mismo dirigida, *El Derecho de Aguas en Iberoamérica y en España: cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*. Tomo I, Madrid, 1.ª ed. Civitas, 2002, p. 22, nota 8.). Vid., asimismo, F. DELGADO PIQUERAS, “La distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de aguas: la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 1988”, *RAP* núm. 118, 1989. Cfr. la STC 243/1993, de 15 de julio (intervención autonómica en el procedimiento de otorgamiento de concesiones de aprovechamientos hidroeléctricos, previo al acto de otorgamiento); STC 161/1996, de 17 de octubre (participación de las Comunidades Autónomas en los órganos de gobierno de las correspondientes Confederaciones Hidrográficas); SSTC 15/1998, de 22 de enero, y 110/1998, de 21 de mayo (las facultades autonómicas en materia de pesca y tutela de ecosistemas fluviales deben instrumentarse a través de informes que preceden a las decisiones de los Organismos de Cuenca); y STC 166/2000, de 15 de junio (con apoyo en la competencia medioambiental no pueden establecerse prohibiciones generales de actividad sobre un espacio en el cual se proyectan otros títulos competenciales concurrentes como lo es el art. 149.1.22 CE, impidiendo su ejercicio y cerrando el paso a posibles fórmulas de colaboración.)

⁸ S. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, *Derecho de Aguas*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 95-97, y G. ARIÑO ORTIZ y M. SASTRE BECEIRO, *Leyes de Aguas y Política hidráulica en España. Los mercados reguladores del agua*, Granada 1999, p.56.

tración equilibrada de los recursos hidráulicos que la integran, en atención al conjunto de intereses afectados que, cuando la cuenca se extiende al territorio de más de una Comunidad Autónoma, son manifiestamente supracomunitarias. Desde el punto de vista técnico, es claro también que las aguas de una misma cuenca forman un conjunto integrado que debe ser gestionado de forma homogénea”. En consecuencia, para el Tribunal Constitucional español, el concepto de “cuenca hidrográfica” es plenamente constitucional sobre la base de criterios lógicos, técnicos y de experiencia (FJ. 15). De suerte que como, en general, las cuencas no coinciden con los ámbitos territoriales de las Comunidades Autónomas, salvo los casos de Cataluña y Andalucía, es claro que el Estado asume directamente la ordenación de las cuencas intercomunitarias, y las Comunidades Autónomas sólo asumen la gestión de las cuencas hidrográficas comprendidas íntegramente dentro de su territorio. En esta dirección, el Estado gestiona las cuencas hidrográficas que sobrepasan la extensión de una Comunidad Autónoma, por medio de un ente que se denomina “*Organismo de Cuenca*”, único organismo que se encarga de concretar los principios de unidad de gestión, descentralización y participación de los usuarios (art. 13.1, Ley de Aguas). Formalmente, son Organismos autónomos, adscritos al Ministerio de Medio Ambiente (art. 20. 1 de la Ley de Aguas, redactado conforme a la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto), si bien la peculiaridad de su organización estriba en que en ésta están presentes intereses distintos a los generales de la Administración General del Estado, ya que están representadas las Comunidades Autónomas y los Entes locales⁹.

En el caso de las cuencas intracomunitarias, la gestión es desarrollada, no por el Estado, sino por la Comunidad Autónoma en donde esté radicada la aludida cuenca. La Ley de Aguas nacional, aunque estableció unas bases que habrán de ser respetadas y observadas por las Comunidades Autónomas (cfr arts. 13 y 16), no prevé un modelo de organización específico, y ni siquiera prejuzga que deban llamarse “Confederaciones Hidrográficas”. Por consiguiente, es palmario que las Comunidades Autónomas gozan de competencias, y, por ende, de libertad, para configurar el modelo organizativo que juzguen más conveniente o adecuado¹⁰, aunque la disposición adicional cuarta

⁹ En este sentido, A. FANLO LORAS, “Problemática general de los Organismos de cuenca en España”, en el vol colectivo, ya cit. *El Derecho de Aguas en Iberoamérica y en España: cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, Tomo II, pp.360 y ss.

¹⁰ F. LÓPEZ MENUDO, “Los Organismos de Cuenca en la nueva Ley de Aguas”, **REDA** núm. 49, 1986, pp. 51 y 52.

de la Ley atribuye a estas organizaciones autonómicas las funciones de las Confederaciones Hidrográficas supracomunitarias¹¹.

Por lo que afecta a los Archipiélagos Canario y Balear, es diáfano que son expresivos ejemplos de cuencas intracomunitarias, ya que las aguas no discurren por otras Comunidades Autónomas. Ahora bien, ello no significa, según destacó el mismo Tribunal Constitucional (S. 227/1988) que el Estado no tenga competencias, porque las puede ejercer por la vía del artículo 149.3, CE, y, asimismo, es competente en razón del artículo 149.1.1ª y 8ª, CE, para declarar la demanialidad estatal de todas las aguas continentales; criterio de la Ley que también es válido desde el punto de vista constitucional en Canarias (FJ. 17). Por lo que, para el Alto Tribunal, es plenamente conforme con la Constitución lo establecido en la disposición adicional tercera de la Ley de Aguas nacional, que, como ya se ha advertido, se refiere específicamente a Canarias.

III. LOS PRINCIPIOS DE LA LEGISLACIÓN DE AGUAS DE CANARIAS

Desde hacía largas décadas, en Canarias había unas normas particulares que trataban (a veces, de manera claramente insuficiente) de regular las aguas del Archipiélago. Con la aprobación de la Constitución, la creación del Estado autonómico, y, en concreto, la promulgación del Estatuto de Autonomía para Canarias (Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto) y de la denominada LOTRACA (Ley Orgánica 11/1982, de 10 de agosto, de Transferencias Complementarias a Canarias), Canarias asumió competencias exclusivas sobre esta materia, y adquirió de esta forma una situación privilegiada, escasamente parangonable con otras Comunidades Autónomas peninsulares (NIETO GARCÍA)¹². Estas competencias fueron confirmadas, frente a algunas dudas que se plantearon, por el Tribunal Constitucional, en la STC núm. 17/1990, de 7 de febrero, y hoy lucen con meridiana claridad en la redacción de los artículos 30.6 y 32.9 del Estatuto de Autonomía de Canarias, después de la modificación sufrida por éste por virtud de la Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre, de reforma del Estatuto de Autonomía¹³.

¹¹ S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho de Aguas*, cit., pp. 493-497.

¹² "Legislación de aguas de Canarias", cit., p. 105.

¹³ El artículo 30.6 del Estatuto establece: "La Comunidad Autónoma de Canarias, de acuerdo con las normas del presente Estatuto, tiene competencia exclusiva en las siguientes materias: (...) Aguas, en todas sus manifestaciones, y su captación, alumbramiento, explotación, transformación y fabricación, distribución y consumo para fines agrícolas, urbanos e industriales; aprovecha-

Así las cosas, el Parlamento de Canarias, después de tomarse cierto tiempo, aprobó la Ley 10/1987, de 5 de mayo, si bien esta norma suscitó un serio conflicto político y jurídico, que, como es obvio, no podemos abordar, ni siquiera brevemente, en este trabajo¹⁴, y tras dos pronunciamientos trascendentales del Tribunal Constitucional (SS núms. 17/1990, de 7 de febrero, y 46/1990, de 15 de marzo)¹⁵, se aprobó la vigente Ley 12/1990, de 26 de julio, de Aguas (LAC, en adelante), que parte, como es natural, de las prescripciones de la Ley de Aguas nacional (cfr art. 2), y establece unos principios a los que debe ajustarse la Comunidad Autónoma de Canarias en el ejercicio de sus competencias. Así, el artículo 4.2 dice:

“ La Comunidad Autónoma de Canarias, en el ejercicio de sus competencias en materia de aguas y con el fin de garantizar la protección (...), se ajustará a los siguientes principios:

1.º) Unidad de gestión, tratamiento integral, economía del agua, desconcentración, descentralización, coordinación, eficacia y participación de los usuarios, todo ello dentro de una adecuada planificación del recurso.

2.º) Respeto de los sistemas hidráulicos y del ciclo hidrológico

3.º) Optimización del rendimiento de los recursos hidráulicos, a través de la movilidad de los caudales en el seno de los sistemas insulares.

4.º) Planificación integral, básicamente insular, que compatibilice la gestión pública y privada del agua con la ordenación del territorio y la conservación, protección y restauración medioambiental.

5.º) La compatibilidad del control público y la iniciativa privada respecto de los aprovechamientos hidráulicos”.

Por tanto, uno de los principios que informa la gestión de las aguas canarias es el de *unidad de gestión y el de tratamiento integral de las aguas* (art. 4.2, 1.º, LAC.). Se trata de un principio muy consolidado en el ámbito internacio-

mientos hidráulicos, canales y regadíos; regulación de recursos hidráulicos de acuerdo con las peculiaridades tradicionales canarias”.

El procedimiento de modificación del Estatuto de Autonomía de Canarias fue muy complicado por una serie de cuestiones que no es posible abordar aquí. Sobre el tema puede consultarse, M. J. SARMIENTO ACOSTA, “Estudio introductorio”, en el vol colectivo, coord por R. LUQUE, *Canarias. Textos Fundamentales para la Autonomía*, Tenerife, Parlamento de Canarias- Fundación Canarias 20, 2003, pp. 863 y ss.

¹⁴ M. J. SARMIENTO ACOSTA, *El Derecho de Aguas de Canarias*, ob cit., pp. 105 y ss.

¹⁵ M.J. SARMIENTO ACOSTA, *ibidem*, pp. 114-125.

nal¹⁶, y que ha sido demandado intensamente por expertos¹⁷, toda vez que permite una gestión más eficaz y racional del recurso. Pero, además, otra de las ideas que se ha consolidado es la de que el *ente u órgano*¹⁸ de gestión tenga como punto de referencia, no una circunscripción político-administrativa concreta – regional, provincial, etc.-, sino una cuenca de un río, que es la más apta para que la Administración hidráulica pueda desarrollar sus competencias eficazmente.

En Canarias, la *cuenca hidrográfica* coincide con la división político-administrativa Isla. Así lo expresa con total claridad el *Preámbulo* de la LAC de 1990, al afirmar que cada isla constituye una “cuenca hidrográfica”, si bien luego matiza: “con notorias diferencias entre unas y otras”. Y, por consiguiente, para cada Isla se erige un ente específico encargado de la gestión y administración de las aguas: el **Consejo Insular de Aguas** (art. 6, d), LAC.).

IV. LOS CONSEJOS INSULARES DE AGUAS

4.1. Determinaciones previas

El ciclo hidrológico de cada Isla necesita un tratamiento jurídico idéntico, pues la Isla, como ya se ha dicho, constituye una cuenca hidrográfica, que requiere, por lo tanto, un ente propio para su gestión. Este ente es el *Consejo Insular de Aguas*, que materializa, según nos dice el *Preámbulo* de la LAC “una *Administración insular, especial y participada por todos los sectores, públicos y privados, que intervengan en su ordenación, aprovechamiento, uso y gestión*”. En conse-

¹⁶ Así se puede comprobar que la Conferencia de las Naciones Unidas de Caracas sobre Derecho y Administración de las Aguas establece como principio básico el de la creación de una autoridad única sobre las aguas, siempre que lo permita el sistema constitucional.

¹⁷ G. ARIÑO ORTIZ y M. SASTRE BECEIRO, *Leyes de Aguas y política hidráulica...*cit. p. 56.

¹⁸ Aunque a veces se confunde, y, por tanto, en el derecho español no hay la precisión deseable sobre estos conceptos técnicos, hay una clara diferencia entre un ente y un órgano. Es claro que en un trabajo de esta naturaleza no podemos desarrollar debidamente esta importante delimitación; véase, para una exposición general, J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo* Volumen I, Madrid, 3.ª ed. Ceura, 2000, pp.364 y ss; también, del mismo autor, “La teoría del órgano en el Derecho administrativo”, REDA, num. 40-41, 1984, pp. 43 y ss, y A. GALLEGRO ANABITARTE, junto con J.A. CHINCHILLA, A. DE MARCOS y B. RODRÍGUEZ-CHAVES, *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de Organización*, Madrid- Barcelona, Marcial Pons, 2001.

cuencia, se crean los Consejos de Tenerife, Gran Canaria, Fuerteventura, Lanzarote, La Gomera, El Hierro y La Palma, pero no se constituyen los de las Islas de Alegranza, La Graciosa, Montaña Clara, Roque del Este y Roque del Oeste, que están agregadas administrativamente a Lanzarote, ni el de la de Lobos, que está agregada a Fuerteventura (art. 2 del Estatuto de Autonomía de Canarias).

Los Consejos Insulares de Aguas estaban también previstos en la anterior Ley de 5 de mayo de 1987, y constituyen unas piezas clave dentro del sistema que articula la LAC de 1990. Sin embargo, su creación se retrasó por varios años, en un claro incumplimiento de lo que estableció la misma Ley en su disposición final, dos, que decía que “*Los Consejos Insulares deberán constituirse en el plazo máximo de un año a partir de la entrada en vigor de Ley*”. Por ello, mientras no se constituyeron los órganos rectores de los Consejos, las competencias atribuidas a los mismos las ejerció la Consejería del Gobierno de Canarias con competencias en materia de aguas (disposición transitoria sexta, LAC.). En cualquier caso, son sin duda una expresión de la Administración descentralizada y participativa que tanto se propugna para la gestión adecuada de las aguas, y están llamados a desempeñar un papel de primer orden, toda vez que la LAC es meridianamente clara al disponer que las competencias de los Cabildos Insulares¹⁹ en materia de aguas se ejercen a través de los Consejos Insulares de Aguas (cfr art. 8. 1, LAC).

4.2. Concepto y naturaleza

El Consejo Insular de Aguas es una entidad de Derecho Público con personalidad jurídica propia y plena autonomía funcional, que se crea en cada Isla a fin de ordenar y gestionar las aguas. Con el Consejo Insular de Aguas, como ya se ha anticipado, se materializa una gestión funcionalmente descentralizada, pero distinta a la que desarrolla un simple Organismo autónomo, ya que también se trata de una Administración participada por los distintos sectores implicados en el agua²⁰.

Desde la perspectiva formal, el artículo 9.2 de la Ley atribuye al Consejo la naturaleza de Organismo autónomo, adscrito a efectos administrativos al

¹⁹ El artículo 8.1, LAC prevé las competencias de los Cabildos, que son: a) conservación y policía de obras hidráulicas; b) administración insular de las aguas terrestres; c) obras hidráulicas, salvo las que se declaren de interés regional o general.

²⁰ Por tanto, dos son las notas que ayudan a comprender la posición de los Consejos: la descentralización de sus funciones y la participación de los sectores afectados en sus órganos.

Cabildo Insular correspondiente, si bien dicha adscripción orgánica en ningún caso afectará a las competencias y funciones que establece la LAC. Al Cabildo Insular, por su parte, le corresponde la elaboración y aprobación inicial y provisional de sus Estatutos, la aprobación del presupuesto, la aprobación provisional del Plan Hidrológico Insular y el nombramiento de sus representantes en los órganos de gobierno del Consejo (art. 8.2, LAC.).

La configuración de los Consejos Insulares de Aguas como Organismos autónomos es similar a la que hace la Ley de Aguas estatal con los Organismos de cuenca (art. 22), cuyos Decretos de constitución los califican como Organismos autónomos de carácter comercial²¹ (calificación que dura hasta la reforma de 1999); sin embargo, la cuestión reviste en Canarias mayor dificultad, toda vez que la adscripción de los Consejos Insulares se hace a los Cabildos Insulares respectivos, y no a la Consejería del Gobierno autónomo correspondiente²², y esta circunstancia es la que propició la denuncia del Consejo Consultivo de Canarias, en el Dictamen núm. 10, de 27 de septiembre de 1989, según la cual es la Comunidad Autónoma la que crea los Consejos Insulares y, en consecuencia, que el régimen que configura y ordena los Organismos autónomos obliga a que éstos sean de naturaleza autonómica, “debiendo –dice– quedar administrativamente adscritos a una Consejería (...), pero no a los Cabildos. Por lo mismo –prosigue–, no es correcto que el Presidente sea el del Cabildo (...) a lo que se opone el hecho de que el Presidente del Cabildo ostenta la representación de la Corporación insular”. El problema se plantea indudablemente por el uso de las categorías e instituciones, pues, en efecto, el Organismo autónomo es un ente meramente instrumental que desarrolla funciones descentralizadamente, y es un ente que se crea por Ley (arts. 61.1 LOFAGE, y 4.3.7 y 10.5 de la Ley 7/1984, de 11 de diciembre, de Hacienda Pú-

²¹ Hasta la reforma de la Ley de Aguas de 1999, los Organismos de Cuenca fueron considerados Organismos autónomos comerciales. El artículo 20 de la Ley de Aguas, de acuerdo con su nueva redacción, los considera, en cambio, Organismos autónomos de los previstos en el artículo 43.1, a) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE); es decir, unos simples entes públicos sujetos al Derecho Administrativo, régimen que se corresponde con los anteriores Organismos autónomos administrativos (A. FANLO LORAS, “Problemática general de los Organismos de Cuenca en España”, cit, p.369.)

²² Vid. F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, “Organización instrumental pública en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración pública”, *Documentación Administrativa* núm. 246-247, septiembre 1996- abril 1997, pp. 393 y ss., así como la bibliografía allí indicada. También en el mismo número de *Documentación Administrativa*, A. PALOMAR OLMEDA, “La organización instrumental pública en el ámbito de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado”, pp. 417 y ss.

blica de la Comunidad Autónoma de Canarias)²³. De manera que la adscripción se hace a la Administración matriz (estatal, autonómica...) correspondiente; Administración que tiene personalidad jurídica propia y distinta a la del referido Organismo autónomo. Ahora bien, al adscribir la Ley de Aguas los Consejos Insulares a los Cabildos Insulares se plantea una fricción, ya que el Cabildo Insular es el órgano de gobierno, administración y representación de la Isla (arts. 8.2 y 23 del Estatuto de Autonomía de Canarias); esto es, la Isla es el ente que ostenta personalidad jurídica propia, y el Cabildo es meramente el órgano de gobierno y administración de ese ente²⁴, lo que inmediatamente plantea el problema de que un Consejo Insular tiene personalidad jurídica en su consideración de Organismo autónomo, y el Cabildo es, por el contrario, simplemente un “órgano”. Sin embargo, frente a las objeciones que hace el Consejo Consultivo de Canarias para rechazar la adscripción al Cabildo, cabe argüir que:

- es perfectamente posible la existencia de un Organismo autónomo local (arts. 145.2 de la Ley de Haciendas Locales, de 28 de diciembre de 1988, modificada recientemente por la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, y 85 a 88 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales), por lo que no constituye ningún obstáculo que el Consejo Insular se adscriba a un ente local²⁵, máxime cuando en el caso del Cabildo se configura, además, como institución de la Comunidad Autónoma de Canarias (arts. 8.2 y 23 del Estatuto de Autonomía de Canarias);
- la adscripción del Consejo Insular al Cabildo Insular correspondiente obedece a una opción que legítimamente hace la LAC de insula-

²³ Los Organismos autónomos son entes con personalidad jurídica propia, distinta de la que ostenta la “Administración matriz”, esto es, la Administración de la que dependen. No existe en ellos una verdadera independencia, sino que su actividad está muy condicionada. El artículo 43.2, LOFAGE, para los que están vinculados a la Administración General del Estado, prevé específicamente que estos Organismos “dependen del Ministerio al que corresponde la dirección estratégica, la evaluación y el control de los resultados (...)”. Sobre este tipo de entes, F.J. JIMÉNEZ DE CISNERO CID, *Los Organismos autónomos en el Derecho Público español: Tipología y régimen jurídico*, Madrid, MAP. 1987.

²⁴ Sobre esta diferenciación, vid. M. J. SARMIENTO ACOSTA, *Las competencias de los Cabildos Insulares*, Las Palmas, Cabildo Insular de Gran Canaria, 1993, pp. 100- 102.

²⁵ Vid. J. L. RIVERO YSERN, *Manual de Derecho Local*, Madrid, 4.ª ed Civitas, 1999, y F. MESTRE DELGADO, “Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión”, en S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Tratado de Derecho Municipal II*, Madrid, 2.ª ed. Civitas, 2003, pp.1456 y ss.

rizar la gestión y, si bien es verdad que en el ámbito estatal los Organismos de cuenca se adscriben administrativamente al Ministerio de Medio Ambiente, no se debe olvidar que se trata de entes que gestionan cuencas que excedan del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma (art. 19 de la Ley 29/1985), de forma que las cuencas que no excedan de una Comunidad Autónoma –las menos, por cierto-, son gobernadas y gestionadas por medio de un modelo que, en ejercicio de sus competencias, implanten las correspondientes Comunidades Autónomas²⁶. Es claro que al considerar la LAC a la Isla como una cuenca hidrográfica (Preámbulo), ésta debe tener un ente de gestión coherente con esta circunstancia – el Consejo Insular-, y al asumir los Cabildos importantes competencias en la materia, por la propia naturaleza del agua que tiene un ámbito estrictamente insular, es congruente que se adscriba el Consejo Insular al Cabildo;

- pero es que la calificación de Organismo autónomo no es quizá del todo feliz si se aplica a la Administración hidráulica. Es más, puede resultar, a veces, un elemento de confusión. Por consiguiente, no se pueden aplicar miméticamente todos los principios y esquemas de los Organismos autónomos a los Organismos de cuenca, ni, por supuesto, a los Consejos Insulares, ya que, como ya hemos puesto de relieve, en el Consejo Insular de Aguas participan los distintos sectores que concurren en el agua²⁷. Esta es la razón por la que algunos autores hablan más específicamente de Administración hidráulica participada²⁸, pues en estos entes se conjugan los principios de gestión burocrática y de participación;
- se puede decir, entonces, que el Consejo es una fórmula organizativa al servicio del ejercicio de las competencias que corresponden al Cabildo, y como tal se adscribe al mismo.

²⁶ F. LÓPEZ MENUDO, cit., pp. 51 y 52.

²⁷ Todo ello es sin perjuicio de la crítica que puede hacerse a la solución plasmada en la Ley, y que ha hecho que algún autor dude de que este modelo pueda propiciar la integración del movimiento participativo deseable (F. LÓPEZ MENUDO, cit., p. 56).

Hay que advertir que no existen representantes de asociaciones ecologistas, ni tampoco miembros del mundo de la ciencia y de la técnica, lo que quizá en el futuro convendría revisar por dos razones. La primera es por el valor ecológico de un recurso como el agua (art. 45, CE); valor que se intensifica en la modificación de la Ley de Aguas nacional llevada a cabo en 1999. La segunda se centra en la necesidad de utilizar o manejar eficazmente los nuevos avances científicos y técnicos en la gestión de los aprovechamientos hidráulicos (Véase en este sentido, A. EMBID IRUJO, “Evolución del Derecho y de la política del agua en España”, cit pp. 44 y 45).

²⁸ S. DEL SAZ CORDERO, *Aguas subterráneas, aguas públicas (el nuevo Derecho de Aguas)*, Madrid, Marcial Pons, 1990, pp. 134 y 135

En cualquier caso, como Organismo autónomo que es, tiene capacidad para adquirir, poseer, regir y administrar los bienes y derechos que constituyen su patrimonio, así como para contratar, obligarse y ejercer ante los Tribunales todo tipo de acciones, sin más limitaciones que las establecidas en las Leyes.

4.3. Organización

Los Consejos Insulares de Aguas son entes de Derecho Público, que como tales se encuentran integrados por un conjunto de órganos de distinta clase y carácter. Unos tienen carácter necesario, mientras otros sólo tienen naturaleza complementaria. Por otra parte, algunos son unipersonales, y otros son colegiados, correspondiendo las competencias más relevantes a estos últimos.

El artículo 12.2, LAC establece que son órganos rectores del Consejo Insular de Aguas: a) la Junta General; b) la Junta de Gobierno, y c) el Presidente; y que cada Consejo Insular nombrará un Gerente.

- La *Junta General* es un órgano colegiado integrado por representantes de distintos sectores. Su composición se determina estatutariamente²⁹. Deberán estar representados el Gobierno de Canarias, el Cabildo Insular respectivo, los Ayuntamientos, los consorcios y empresas públicas y de gestión de servicios públicos que operen en la isla, y cuya actividad esté directamente relacionada con el agua, las entidades concesionarias y titulares de aprovechamientos que resulten de la aplicación de la Ley de Aguas, así como sus respectivas organizaciones, las organizaciones agrarias, y las organizaciones empresariales, sindicales y de consumidores y usuarios (art. 13, LAC.). Por consiguiente, se puede afirmar que, *grosso modo* están representados los sectores más significativos, aunque en distinta proporción, porque, en síntesis, se puede decir que al sector público le corresponde el 50%, al sector privado el 24%, y a los representantes de intereses colectivos el 26%³⁰. A la Junta General le corresponden funciones de

²⁹ Los distintos Estatutos Orgánicos de los Consejos Insulares establecen un número diferente. Los del Consejo de Tenerife establecen 50 Consejeros (art. 7); los del de Gran Canaria también 50 (art.4); igual que sucede con los del Consejo de La Palma, que prevé 50 (art. 7); los de Lanzarote disponen que está compuesta por el Presidente y 34 Consejeros (art. 7); los del de Fuerteventura establecen 34 (art. 7); los del Consejo Insular de La Gomera fijan el número en 36 (art. 7), y los del Consejo Insular de El Hierro rebajan el número a 30 (Véase, M. J. SARMIENTO ACOSTA, *El Derecho de Aguas de Canarias*, ob cit, , pp. 140 y ss., donde se pueden encontrar todos los datos de los citados Estatutos.)

³⁰ Vid nota 27.

trascendencia, como la de controlar la gestión de los órganos directivos del Consejo Insular, elaborar el Plan Hidrológico Insular, así como las directrices generales que se deben seguir en la gestión de los recursos hídricos de la isla, aprobar el proyecto de presupuestos para su remisión al Cabildo Insular correspondiente (art. 16. 1, LAC). A estas funciones los Estatutos han añadido otras, como aprobar los Reglamentos y Ordenanzas, aprobar la plantilla del personal, crear las juntas comarcales y Comisiones sectoriales necesarias, etc.³¹.

- La *Junta de Gobierno* es, también, un órgano colegiado integrado por una representación proporcional de todas las entidades presentes en el Consejo Insular de Aguas. Su composición se determinará estatutariamente (art. 14). Es, por un elemental criterio de lógica institucional, un órgano de menor dimensión que la Junta General al cual se atribuyen competencias de gestión y ejecución; y, en este sentido, el artículo 16.2, LAC, dispone que corresponde a la Junta de Gobierno: a) Elaborar los planes de actuación, b) Elaborar el anteproyecto de Presupuestos del Consejo, c) Concertar, en su caso, las operaciones de crédito necesarias para las finalidades concretas relativas a su gestión, conforme a los acuerdos de la Junta General, d) Las funciones ejecutivas que reglamentariamente se le asignen en el marco de las atribuciones de los Consejos Insulares, e) Aquellas otras que se le encomienden expresamente por la Junta General. No se alude a la delegación, quizá por olvido del legislador; olvido sin duda reprochable, ya que, desde el punto de vista jurídico-formal, una cosa es

³¹ Véase, M. J. SARMIENTO ACOSTA, *El Derecho de Aguas de Canarias*, cit, pp. 143 y ss.

Debe observarse que en el ámbito estatal, como destaca el profesor A. FANLO LORAS (cit, pp. 370 y 371), la estructura organizativa de las Confederaciones hidrográficas aparece fragmentada en dos realidades diferenciadas: la parte burocrática, integrada por el complejo de la Presidencia, y la parte participada por las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los usuarios, y, en consecuencia —dice este autor—, “todos los órganos de gestión en régimen de participación (Asamblea de Usuarios, Comisión de desembalse, Juntas de Explotación y Juntas de obras), tienen funciones meramente consultivas y no decisorias, que corresponden a los órganos de naturaleza burocrática. La posición de la Junta de Gobierno es distinta, puesto que el artículo 26 de la Lag le atribuía un listado de tareas ejecutivas”. Esta diferenciación es consecuencia de que la Ley de aguas de 1985 puso fin a la dualidad organizativa que existía en nuestra Administración hidráulica desde 1958, consecuencia de la dualidad aguas- obras, y de ahí la extraordinaria importancia que tiene el complejo organizativo de la Presidencia, pues en ella se han integrado los antiguos servicios de la Comisaría de Aguas, la Dirección Técnica, la Secretaría General y la Oficina de Planificación Hidrológica. “Esta —dice—, constituye el núcleo de naturaleza burocrática estricta, vinculado jerárquicamente a la Administración General del Estado” (pp. 355 y 358).

la *delegación interorgánica* de competencias (cfr, por ejemplo, art. 13 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, reformada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, LRJAP y PAC.) y otra claramente distinta la *encomienda de gestión*(art. 15, LRJAP y PAC.) Al hablar de forma genérica de aquellas otras funciones que se “encomienden expresamente”, se plantea incluso la duda de si se puede aplicar la delegación; duda que debe ser salvada por la aplicación de las normas generales que habilitan la utilización de esta importante técnica interorgánica. Al igual que acontece con la Junta General, los Estatutos orgánicos de los Consejos les adicionan más funciones, como la de establecer servidumbres y deslindes, aprobar la constitución de Comunidades de Usuarios, de sus Reglamentos y ordenanzas, etc.³².

- *El Presidente* del Consejo Insular de Aguas es el del Cabildo Insular correspondiente (art. 15, LAC) , lo que significa que el nombramiento y relevo de este cargo no es igual que el que se hace en el ámbito de un simple Organismo autónomo, porque necesariamente es el Presidente del Cabildo el que ostenta, asimismo, la presidencia del Consejo Insular de Aguas. La Ley 10/1987, también establecía que el presidente del Cabildo lo era , además, del Consejo. La decisión del legislador autonómico de conferir la presidencia del Consejo Insular de Aguas al Presidente del Cabildo Insular quizá sea una consecuencia de una premisa básica cual es que el Cabildo ejerce sus competencias en materia de aguas a través del Consejo (art. 8.1, LAC.), por lo que ha establecido la presidencia automática de dicho ente. Sin embargo, podrían haberse arbitrado otras fórmulas, como la de atri-

³² Es claro que no podemos detenernos en el análisis detallado de estas funciones. Vid. M. J. SARMIENTO ACOSTA, *El Derecho de Aguas de Canarias*, cit, pp. 144 y ss. Por cierto que, respecto de los Organismos de Cuenca, la modificación de la Ley de aguas de 1999, ha fortalecido las competencias de la Junta de Gobierno (art. 26), al atribuirle hasta nueve nuevas competencias, como las de aprobar los planes de actuación del organismo, acordar operaciones de crédito dentro de los límites que se establezcan reglamentariamente, aprobar zonas de servidumbre, etc. Como refiere A. FANLO LORAS (cit, p.372), tras la reforma de la Ley de 1999, el protagonismo de la junta de Gobierno puede incrementarse considerablemente, según lo ambicioso que sea el desarrollo reglamentario del artículo 26 de la Ley de Aguas.

En cuanto al número de los miembros de la Junta de Gobierno, depende del Consejo Insular en cuestión. Así, la Junta del Consejo de El Hierro tiene 15 miembros, la del de Fuerteventura 16, la del de Gran Canaria 14, igual que la del Consejo de La Gomera; la Junta de Gobierno del Consejo de Lanzarote tiene 16, número igual que la del Consejo de la Palma y la del de Tenerife (Vid. M. J. SARMIENTO ACOSTA, *El Derecho de Aguas de Canarias*, cit p. 150)

buir la presidencia del Consejo al Consejero cabildicio que tuviera las competencias sobre aguas, o bien dejar libertad al Cabildo Insular para nombrar y relevar al Presidente del Consejo, al igual que sucede con los Presidentes o Directores de Organismos autónomos. La LAC no ha perfilado detalladamente las funciones del Presidente. De la lectura del artículo 16.3, LAC puede colegirse que el legislador autonómico traza la figura presidencial otorgándole un carácter más bien representativo, ya que este precepto dispone: “*Corresponde al presidente: a) Ostentar la representación del Consejo, b) Presidir la Junta General y la Junta de Gobierno, c) Cuidar que los acuerdos de los órganos colegiados se ajusten a la legalidad vigente*”. No obstante, los diferentes Estatutos Orgánicos de los Consejos Insulares se encargan de definir más al órgano unipersonal que analizamos, otorgándole en algún caso un perfil más definido o acentuado³³ y así se le confiere: el ejercicio, en caso de urgencia, de todo tipo de acciones ante otras Administraciones y ante los Tribunales de Justicia, dando cuenta de ello posteriormente a la Junta de Gobierno; ejercer, en caso de urgencia, las facultades de los órganos colegiados y dando cuenta inmediata de ello al órgano sustituido, a efectos de su aprobación y ratificación; las que, siendo competencia del Consejo, no están encomendadas a otro órgano; nombrar al Vicepresidente, oída la Junta de Gobierno; nombrar al Gerente, a propuesta de la Junta de Gobierno y con ratificación de la Junta General; conceder autorizaciones y ordenar inscripciones y cancelaciones en el Registro y Catálogo de Aguas; aprobar resoluciones en aplicación de las normas reglamentarias en materia de gestión de aguas y sus cauces; aprobar resoluciones en materia de contratación, gestión patrimonial y expedientes de expropiación, en el marco de los programas del presupuesto anual; aprobar proyectos de obras, estudios, etc.; aprobar las resoluciones que se deben adoptar en materia de personal; ordenar gastos y pagos, o, en fin, ejecutar y controlar los programas de calidad de las aguas (arts. 21.2 del Decreto 115/1992, 7 del Decreto 116/1992, 21.2 del Decreto 242/1993, etc.). Se configura, entonces, al Presidente como un verdadero cargo de gestión y administración, con un protagonismo más que mani-

³³ Como ha destacado A. FANLO LORAS (*Las Confederaciones Hidrográficas y otras Administraciones hidráulicas*, Madrid, Civitas, 1996, p. 353), el *status* jurídico del Presidente de los Consejos no es generalizable “puesto que se observan notables diferencias entre unos y otros estatutos orgánicos”; arguye que las funciones del presidente de Tenerife quedan prácticamente reducidas a las tareas representativas (art. 21 de los Estatutos), dado el reforzamiento de la posición del Gerente en este Consejo.

fiesto, y en coherencia con lo que es habitual en el seno de los órganos colegiados.

- *El Gerente* debe existir en todo Consejo. El artículo 12.3 es palmario en este extremo: “*Cada Consejo Insular nombrará un Gerente*”. Pues bien, el Gerente dirigirá la administración del Consejo, y ejercerá las funciones que el Estatuto Orgánico le confiere. En todo caso se responsabilizará de la preparación de los acuerdos que corresponda adoptar a los órganos directivos del Consejo y de la ejecución de éstos. Será nombrado por el Presidente, en los términos que determine el Estatuto, y asistirá a las sesiones de los órganos del Consejo Insular con voz y sin voto (art. 18, LAC). Se trata de un órgano profesional, retribuido, en el cual se valora la capacidad y cualificación del sujeto. El perfil del Gerente no tiene que ser, por tanto, el de un órgano rector. Por eso el Consejo Consultivo de Canarias, en su momento, denunció la cuestionable configuración que hacía el Anteproyecto del Gerente, puesto que se le conferían funciones decisorias “más propias del Presidente (...) o funciones que exceden las meramente administrativas propias de todo Gerente” (Dictamen núm. 10, de 27 de septiembre de 1989, ya citado). Sin embargo, algunos Estatutos, como el del Consejo Insular de Tenerife, parecen apartarse de esta denuncia del supremo órgano consultivo de la Comunidad Autónoma de Canarias, pues le confieren funciones que desde luego parecen más propias del Presidente o de la Junta de Gobierno, como la de otorgar las concesiones y autorizaciones o declarar su caducidad, aprobar proyectos de obras, etc. (vid art. 24 del Decreto 115/1992). Más correcto técnicamente es hablar de “proponer el otorgamiento de las concesiones y autorizaciones”, “preparar los instrumentos de planeamiento”, o “preparar el presupuesto anual”, como hacen los Estatutos Orgánicos del Consejo Insular de Fuerteventura(art. 23.3 del Decreto 88/1994), del Consejo Insular de La Gomera (art. 22.2 del Decreto 243/1993), o del Consejo Insular de Aguas de Gran Canaria (art. 9 del Decreto 116/1992), entre otros³⁴.

³⁴ Entiende A. FANLO LORAS, en su interesante libro, ya citado, *Las Confederaciones Hidrológicas...*, p.354, que lo que dispone el Estatuto del Consejo Insular de Tenerife, respecto de las funciones del Gerente, sobrepasa claramente lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley, y “sitúan al Gerente del Consejo Insular de Aguas en una posición próxima, aunque no equivalente, a la del Presidente de las Confederaciones Hidrográficas”. Crítica a la que nos adherimos.

Indudablemente, el Gerente es un órgano de gran importancia para el correcto y eficaz funcionamiento del Consejo Insular. No obstante, debido al carácter relativamente reciente de la constitución de los Consejos Insulares, hay entes que todavía no disponen de esta figura, como sucede con el Consejo Insular de Fuerteventura, que todavía en octubre de 2000 carecía de Gerente.

Por otra parte, son órganos necesarios *el Vicepresidente y el Secretario*. Este último realiza las funciones inherentes a su condición, que son, como resulta conocido, las de fe pública administrativa y asesoramiento. Por otro lado, el Vicepresidente es un órgano unipersonal nombrado por el Presidente, oída la Junta de Gobierno, que sustituye al Presidente en los casos de vacante, ausencia o enfermedad. Podrá ejercer las funciones que el presidente le delegue (cfr art. 13, LRJAP y PAC). El Vicepresidente debe pertenecer a la Junta de Gobierno (cfr arts. 21.3 del Decreto 115/1992, 6 del Decreto 116/1992, etc.), y en muchos casos tiene un claro protagonismo, más incluso que el propio Presidente, en la gestión cotidiana del Consejo. Aunque este hecho, obviamente, estará en función de las competencias que efectivamente ejerza.

Por último, es necesario advertir que el artículo 12.4, LAC permite la posibilidad de crear órganos complementarios (*“Además podrán crearse órganos complementarios tales como Juntas Comarcales y Comisiones Sectoriales, en orden al mejor cumplimiento de sus fines”*, dice textualmente el precepto) Esta es una posibilidad que tiene su fundamento, lógico e institucional, aparte del estrictamente jurídico que ya hemos notado, en la necesidad de adaptar el organigrama del Consejo Insular a las necesidades, demandas y características propias de cada Isla, que son distintas, como precisa el mismo Preámbulo de la LAC (*“constituyendo cada isla –dice-, una cuenca hidrográfica, con notorias diferencias entre unas y otras”*), y que se encuentra, también, en las normas que regulan otros entes. Ahora bien, es evidente que esta posibilidad de crear órganos complementarios debe observarse respetando los criterios y normas previstos en el Ordenamiento Jurídico, y, en concreto, en el Derecho de Organización. Por tanto, dicha posibilidad no puede servir, en modo alguno, para crear órganos que entorpezcan o debiliten a los ya existentes, ni que supongan una innecesaria duplicación, ajena a todo criterio de racionalidad, eficiencia y eficacia³⁵.

³⁵ No se puede pasar por alto que el artículo 11.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, dispone que *“no podrán crearse nuevos órganos que supongan duplicación de otros ya existentes si al mismo tiempo no se suprime o restringe debidamente la competencia de éstos”*, o que el artículo 30.2 de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de régimen Jurídico de las Administraciones públicas de Canarias (la llamada “Ley de Cabildos”), modificada también por la Ley autonómica canaria 4/1996, de 5 de noviembre, y por la más reciente Ley 8/2001, de 3 de diciembre, dice que *“la creación de todo órgano administrativo que suponga un incremento del gasto público irá precedida de un estudio económico de los costes de instalación y funcionamiento y del rendimiento de utilidad de sus servicios (...)”*.

4.4. Competencias

Las competencias que tienen los Consejos Insulares son, como las que desarrollan otros entes u órganos, consecuencia de la decisión del legislador de dotarles de la capacidad efectiva para intervenir en el sector del agua. A mayor relevancia corresponde, pues, mayor número de competencias. Dicho en otros términos: la atribución o traslación de competencias es la prueba más clara, seria y objetiva de la importancia real que se le otorga a un ente u órgano. En el caso que analizamos, la atribución competencial es una consecuencia lógica de la premisa de la que parte la LAC: la de ejercer las competencias atribuidas a los Cabildos Insulares a través de los Consejos Insulares de Aguas (art.8.1, último párrafo, LAC.). Estas competencias se encuentran recogidas en el artículo 10, LAC, que conviene reproducir para la comprensión cabal de la posición de los Consejos Insulares en materia de aguas. Este precepto dice:

“Son funciones de los Consejos Insulares de Aguas:

- a) La elaboración de su presupuesto y la administración de su patrimonio.*
- b) La elaboración y aprobación de las ordenanzas que el desarrollo de su actividad pueda precisar.*
- c) La elaboración y aprobación inicial de los Planes y Actuaciones hidrológicas.*
- d) El control de la ejecución del planeamiento hidrológico y, en su caso, la revisión del mismo.*
- e) El otorgamiento de las concesiones, autorizaciones, certificaciones y demás actos relativos a las aguas.*
- f) La custodia del Registro y Catálogo de Aguas insulares y la realización de las inscripciones, cancelaciones o rectificaciones oportunas.*
- g) La gestión y control del dominio público hidráulico, así como de los servicios públicos regulados en esta Ley.*
- h) La policía de aguas y sus cauces.*
- i) La instrucción de todos los expedientes sancionadores y la resolución de los sustanciados por faltas leves y menos graves.*
- j) La ejecución de los programas de calidad de las aguas, así como su control.*
- k) La realización de las obras hidráulicas de responsabilidad de la Comunidad Autónoma en la isla.*
- l) La fijación de los precios del agua y su transporte, en aplicación de lo que reglamentariamente establezca el Gobierno de Canarias*
- m) La participación en la preparación de los planes de ordenación territorial, económicos y demás que puedan estar relacionados con las aguas de la isla.*
- n) La explotación, en su caso, de aprovechamientos de aguas*

- o) *La prestación de toda clase de servicios técnicos relacionados con el cumplimiento de sus fines y, cuando proceda, el asesoramiento a las Administraciones públicas, así como a los particulares*
- p) *En general, todas las labores relativas a la administración de las aguas insulares no reservadas a otros organismos por la presente ley o por las normas generales atributivas de competencia”*

De este desglose se deduce que prácticamente toda la actividad de gestión y ordenación ordinaria corresponde a los Consejos Insulares de Aguas, en coherencia con lo que dispone el artículo 2.A) del Decreto 158/1994, de 21 de julio, de Transferencias de Funciones de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias a los Cabildos Insulares en materia de aguas terrestres y obras hidráulicas. Sin embargo, el artículo 11, LAC prevé dos supuestos en los que las competencias pueden pasar de los Consejos al Gobierno de Canarias. El primer supuesto es cuando el Gobierno de Canarias, a través de sus órganos competentes, ejerce las atribuciones de los Consejos Insulares, “*siempre que así se solicite por los mismos y se acuerde mediante Decreto*”. Es un supuesto en el cual, por las razones que sean³⁶, el Consejo entiende que las funciones se ejercen mejor por el Gobierno de Canarias. Desde un punto de vista jurídico formal, estamos sin duda ante un caso de *delegación intersubjetiva de competencias*, toda vez que se encuentran implicados dos sujetos claramente diferenciados: el Gobierno autónomo de Canarias y un Consejo Insular concreto. Pero, además, frente al régimen ordinario de la delegación intersubjetiva, que es el de tener sentido descendente –por ejemplo, de la Comunidad Autónoma canaria a los Cabildos Insulares³⁷–, lo singular en esta hipótesis es que se produce una delegación intersubjetiva en sentido ascendente, esto es,

³⁶ En realidad, subyace en esta disposición la evidencia de que los Consejos Insulares de Aguas de algunas islas se encuentran con dificultades por la carencia de medios técnicos, materiales y, en general, económicos. Por esta razón se prevé este tipo de delegación. Piénsese, por ejemplo, que hay Consejos que tienen un presupuesto corto. El de La Gomera tiene para el año 2000 un presupuesto de alrededor de 230 millones de pesetas (o su equivalente, en la actualidad, en euros), cantidad irrisoria si se la compara con la que tiene otro Consejo, como el de Gran Canaria, que para el año 2001 tiene un presupuesto, según fuentes periodísticas, de más de mil millones (vid el diario *La Provincia*, de 21 de noviembre de 2000, p. 28).

³⁷ Como las delegaciones que se han producido en el año 1997 en distintas materias (cfr. Decretos 160, 161 y 162, de 11 de julio de 1997, por los cuales se delegaron competencias a los Cabildos Insulares), si bien es verdad que estas delegaciones no tuvieron un desarrollo exitoso, y esa es la causa por la que tuvo que dictarse la Ley 8/2001, de 3 de diciembre, de modificación parcial de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen jurídico de las Administraciones públicas de Canarias; aunque ésta es, como es lógico, otra cuestión que no podemos tratar en este momento.

de abajo –el Consejo Insular- arriba –el Gobierno canario; esta operación traslativa de competencias con carácter ascendente se admite ordinariamente en el ordenamiento por la supuesta incapacidad o insuficiencia del ente inferior para desarrollar con plena satisfacción sus funciones. Y así sucede también en el caso que estudiamos, toda vez que la delegación tiene carácter preventivo o cautelar³⁸.

Se trata, además, de una delegación en la cual se produce un acuerdo entre las partes, ya que primero debe solicitarse mediante acuerdo por el Consejo Insular correspondiente, y luego es el Gobierno autónomo quien, por medio de Decreto, autoriza la referida delegación; Decreto que en sí mismo es un acto administrativo unilateral.

Distinto contenido tiene la previsión del artículo 11.2, LAC, que preceptúa que “el Gobierno de Canarias, previa audiencia del Consejo Insular respectivo y con autorización del Parlamento, en circunstancias excepcionales y por incumplimiento de sus obligaciones, podrá subrogarse temporalmente en todas o parte de las atribuciones de los Consejos Insulares”. Lo previsto en este artículo es un caso de subrogación o sustitución intersubjetiva, que tiene su fundamento en garantizar la legalidad administrativa y evitar la mala administración³⁹ del Consejo Insular. El presupuesto habilitante es el *incumplimiento de las funciones* atribuidas a los Consejos Insulares, concepto jurídico indeterminado, que deberá concretarse en función de las circunstancias específicas que concurran en cada caso. Ahora bien, lo que sí hay que tener en cuenta es que esta causa que permite la subrogación se debe a “circunstancias excepcionales”, por lo que es claro que debe interpretarse restringidamente⁴⁰, y no cabe invocar una mera irregularidad para activar tan enérgico mecanismo.

³⁸ A. GONZÁLEZ SANFIEL, “Delegación y sustitución como garantía del ejercicio de las funciones de los Consejos Insulares de Aguas en la Ley de Aguas Canaria de 1990”, *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, núm. 12, 1992-1993, p. 157.

³⁹ J. J. LAVILLA RUBIRA, voz “Sustitución”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, IV, Madrid, civitas, 1995, p. 6445.

Como dice F. GONZÁLEZ NAVARRO: “la llamada subrogación (...) no es sino uno de los tantos mecanismos cuya justificación y razón de ser es la de garantizar el funcionamiento del sistema” (“Delegación, sustitución y avocación en la nueva legislación local”, en S. MUÑOZ MACHADO (dir.) *Tratado de Derecho Municipal*, vol. I, Madrid, 1.ª ed. Civitas, 1988, p. 262).

⁴⁰ M. J. SARMIENTO ACOSTA, “El nuevo régimen jurídico de las actividades clasificadas y los espectáculos públicos de Canarias”, en F. SOSA WAGNER (coord.) *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 2708.

Por otro lado, la subrogación está sometida a dos requisitos formales que deben observarse, y que son la audiencia al Consejo Insular de Aguas, y la autorización del Parlamento autónomo. La audiencia al Consejo resulta básica en el ejercicio de esta técnica, para oír previamente sus argumentos, y la autorización del Parlamento será, en último extremo, determinante para que el Gobierno decida acordar la sustitución o no. En cualquier caso, hay que tener muy presente que ésta es una potestad reglada, y no discrecional, y, por consiguiente, es plenamente revisable en sede jurisdiccional⁴¹.

V. ORGANISMOS DE CUENCA Y CONSEJOS INSULARES: DIFERENCIAS

De la lectura de la Ley de Aguas nacional y de la LAC, se puede colegir una asimilación entre los Organismos de Cuenca y los Consejos Insulares. La Ley 29/1985, en su *disposición adicional cuarta* establece que “*Las funciones que, de acuerdo con esta Ley, ejerzan los Organismos de cuenca en aquellas que excedan del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, corresponderán a las Administraciones hidráulicas de aquellas Comunidades que en su propio territorio y en virtud de sus estatutos de autonomía, ejerzan competencias sobre el dominio público hidráulico y se trate de cuencas hidrográficas comprendidas íntegramente dentro de su ámbito territorial*”. Por su parte, la LAC, en su artículo 6, d), dispone: “*Las competencias y funciones administrativas de la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de aguas serán ejercidas por: (...) Los Consejos Insulares de Aguas, que ejercerán en cada isla las funciones que la legislación general confía a los organismos de cuenca y las competencias que les otorga la presente Ley*”. No obstante, esta “asimilación” en lo relativo a las funciones no puede inducir a error, y, en consecuencia, no se puede considerar que, estrictamente, los Organismos de Cuenca y los Consejos Insulares son figuras análogas. Porque *asimilación* en esta cuestión no es igual a *identificación*, ya que existen notorias diferencias entre unos y otros entes, a pesar de que ambos tengan la calificación formal de Organismos autónomos (cfr arts. 20.1, Ley 29/1985, modificada por la Ley 46/1999, y. 9.2, LAC.), y ejerzan funciones similares. Hay datos jurídicos que avalan lo que aquí se afirma, porque:

- en primer lugar, los antecedentes u orígenes de unos y otros son notablemente distintos. Los Organismos de Cuenca, con la denominación de Confederaciones Hidrográficas del respectivo río se institu-

⁴¹ Vid. M. J. SARMIENTO ACOSTA, “El nuevo régimen de las actividades...”, cit.

cionalizan por medio del Real Decreto de 5 de marzo de 1926, convertido luego en Decreto-ley de 28 de mayo de 1926⁴², que les confirió un conjunto de funciones, como la formación del plan de aprovechamiento general de las aguas que discurren por el cauce de los ríos a los efectos de su mejor aprovechamiento, la ejecución de obras o la intervención y regulación de todas las obras y aprovechamientos. Las Confederaciones, no obstante, sufrieron distintas vicisitudes, entre las cuales puede destacarse la eliminación de las funciones propiamente “soberanas”, toda vez que fueron desgajadas de estos entes, y atribuidas a las llamadas *Comisarías de Aguas*, por el Decreto de 8 de octubre de 1958 (tramitación y resolución de los expedientes de concesiones y autorizaciones, servidumbres, deslindes y policía de aguas, sus cauces y de la explotación de los aprovechamientos)⁴³. La Ley de Aguas, de 2 de agosto de 1985, concentró de nuevo las funciones de fomento y de policía⁴⁴, y, por consiguiente, les asigna competencias relevantes para elaborar el Plan Hidrológico de Cuenca, para su ulterior aprobación por el Gobierno de la Nación, la administración y control del dominio público hidráulico, la administración y control de los aprovechamientos de interés general, etc. (arts. 21 y 22). Mientras tanto, los Consejos Insulares son figuras nuevas, creadas por la LAC, como es fácilmente deducible de la lectura del *Preámbulo* de esta Ley, así como de sus *disposiciones transitoria sexta y final. Dos*. Esto revela que, en tanto los Organismos de Cuenca tienen una ya larga experiencia, no siempre positiva o elogiable, todo hay que decirlo⁴⁵, los Consejos Insulares carecen, hoy por hoy, de puntos de referencia históricos mínimamente objetivables, y deben, por tanto, luchar para ubicarse adecuadamente en un marco político e institucional nuevo. Se puede afirmar que todavía los Consejos Insulares son una incógnita;

⁴² Cfr. S. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, “Trayectoria y significación de las Confederaciones Hidrográficas”, *RAP*, núm. 25, 1958, pp. 85- 126.

⁴³ F. LÓPEZ MENUDO, “Los Organismos de Cuenca... cit.p. 50.

⁴⁴ R. PARADA, *Derecho Administrativo III. Bienes Públicos. Derecho urbanístico*, Madrid- Barcelona, Marcial Pons, 2002, p.134.

⁴⁵ F. LÓPEZ MENUDO, “Los Organismo de Cuenca...”, cit. pp. 50 y ss; para quien el balance de las Confederaciones, al menos en el momento de aprobarse la Ley de Aguas de 1985, es “francamente negativo”

- en segundo término, debe advertirse que los Organismos de cuenca tienen encomendada la gestión de cuencas supracomunitarias, esto es, de cuencas que exceden del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma. Así de explícito es el artículo 19 de la Ley de Aguas nacional: “ *En las cuencas hidrográficas que excedan el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma se constituirán Organismos de cuenca con las funciones y cometidos que se regulan en esta Ley*”. Algo diametralmente opuesto, desde la perspectiva organizativa, acontece con los Consejos Insulares, porque éstos, en cambio, tienen conferida la administración y gestión de una cuenca que, por imperativo jurídico y, sobre todo, natural, es intracomunitaria, al no exceder del ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias. Es más, por definición ni siquiera comprende toda la Comunidad. Cada isla, como ya se ha indicado, constituye una cuenca hidrográfica. Adviértase, además, que, frente a lo que ordinariamente sucede con las Confederaciones Hidrográficas, que actúan sobre un río, los Consejos Insulares de Aguas, desarrollan sus funciones sobre otro tipo de aguas, porque, en Canarias existe un predominio casi absoluto de aguas subterráneas, con niveles freáticos en descenso y salinidad de los acuíferos próximos al mar⁴⁶; lo cual comporta que la gran mayoría de las aguas son privadas;
- en tercer lugar, la organización de estos entes difiere también de forma considerable. Si en los Organismos de Cuenca existe una organización particularmente compleja que gira en torno a órganos de gobierno (como la Junta de Gobierno y el Presidente), órganos en régimen de participación (como la Asamblea de usuarios, la Comisión de Desembalse, las Juntas de Explotación y las Juntas de Obras), y un órgano de planificación (el Consejo del Agua de la Cuenca) (cfr art. 24, Ley de Aguas); en cambio, los Consejos Insulares tienen una organización más simple, como ya hemos notado, sobre todo porque ni siquiera se ha hecho un uso muy generoso de la posibilidad de constituir órganos complementarios. Asimismo, hay que resaltar que la composición de ambos entes difiere, si bien está inspirada en el principio de participación (cfr arts. 25 de la Ley de Aguas y 13 y 14, LAC), porque los intereses representados y la cuantificación de éstos son claramente distintos;
- en cuarto lugar, e íntimamente vinculado con lo que se acaba de decir, el Presidente del Organismo de Cuenca es nombrado y cesado li-

⁴⁶ A. NIETO GARCÍA, “La legislación de aguas de Canarias”, cit., p. 101.

brenemente por el Gobierno de la Nación, a propuesta del Ministerio de Medio Ambiente (art. 27, Ley de Aguas), lo que no ocurre con el Presidente del Consejo Insular, pues éste, por imperativo legal, es siempre el Presidente del Cabildo respectivo (art. 15, LAC.). Esto, que puede añadir más rigidez, es, sin embargo, una consecuencia del diseño trazado por la LAC, en el cual la insularización de la gestión de las aguas ocupa un papel predominante, y supone que el Cabildo ejerza sus funciones a través de los aludidos entes;

- en quinto lugar, la adscripción de los Consejos Insulares a los Cabildos, y no al Gobierno autónomo, ni a la Consejería de éste que tenga competencias sobre aguas, constituye una clara diferencia con los Organismos de Cuenca, que se adscriben al Ministerio de Medio Ambiente (art. 20.1, Ley de Aguas). Ello significa que el Gobierno de Canarias tiene una posición bien distinta a la que ocupa en este extremo el Gobierno de la nación. En el caso de Canarias, la adscripción es al Cabildo, y es éste el que, mayormente, dispone de los poderes sobre los Consejos de Aguas;
- y, en sexto lugar, aunque no menos importante, el contexto sociológico e, incluso, institucional, en el que ejercen sus competencias los Consejos Insulares y los Organismos de Cuenca es sustancialmente diferente. Hay que tener presente que, al ser ordinariamente las Confederaciones Hidrográficas entes que gestionan las aguas de un río, *lo público* prima sobre lo privado, toda vez que la Ley de Aguas de 1879 calificó ya a todas las aguas superficiales como de dominio público, fuera del cual únicamente quedaban las aguas pluviales y las estancadas que ocupan terrenos privados, dependiendo las subterráneas de la naturaleza del terreno donde fueran alumbradas⁴⁷. Por el contrario, a pesar de los cambios legislativos tan relevantes que se han producido en orden a facilitar la transición de un régimen privado hacia otro de dominio público, lo cierto es que todavía las aguas en Canarias son fundamentalmente privadas; y, en esta dirección se aprecia el poco éxito del régimen transitorio implantado por la LAC. La opción por la inscripción en el Registro de Aguas no es, por así decirlo, “muy popular”; probablemente porque la misma Administración no ha mostrado mucha energía y afán de divulgación sobre este extremo. Ha faltado una labor que, esencialmente, deben desempeñar los poderes públicos, y que no han hecho: *la labor de pedagogía*.

⁴⁷ F. DELGADO PIQUERAS, “El dominio público hidráulico”, en el vol colectivo, dir por M. SÁNCHEZ MORÓN, *Los Bienes Públicos (régimen jurídico)*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 82.

En conclusión, no es posible hacer una identificación pura y simple entre Organismos de Cuenca y Consejos Insulares sin caer en un simplismo intolerable, desde el punto de vista jurídico y científico, puesto que hay diferencias evidentes y sustanciales.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Con el establecimiento del *Estado autonómico*, el Derecho de aguas de Canarias entró en una nueva dimensión, puesto que, por fuerza, debe partir de unos presupuestos radicalmente distintos a los que originaron, justamente, la “especialidad” del Derecho de aguas de Canarias. La declaración que hizo el legislador estatal de que la práctica totalidad de las aguas continentales son de dominio público (art. 2 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, modificada por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre), el relevante papel que se le asigna a la planificación hidrológica, la decidida tendencia de proteger los valores ecológicos, en congruencia con lo que dispone el artículo 45 de la Constitución de 1978, o la descentralización, dibujan un panorama nuevo en el cual el concepto de cuenca hidrográfica (art. 14, Ley 29/1985) desempeña un papel de primer orden para distribuir las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. El Tribunal Constitucional, en la importante Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, ha confirmado la plena constitucionalidad de este concepto, que es, por tanto, operativo y válido para determinar cuándo entra la competencia del Estado, y cuándo lo hace la de la concreta Comunidad Autónoma. En el caso del Archipiélago Canario, ya se ha advertido que, tanto la disposición adicional tercera de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, como la vigente disposición adicional novena del Real Decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio, reconocen la particularidad de esta Comunidad Autónoma. Y en la legislación autonómica, elaborada y aprobada por el Parlamento de Canarias, se establece que cada Isla forma una cuenca hidrográfica. De manera que la *insularización de la gestión* por la cual se optó, tanto en la primera Ley de aguas, de 5 de mayo de 1987, como en la actual, de 26 de julio de 1990, ha supuesto la creación en cada Isla de un Consejo Insular de Aguas⁴⁸, ente de De-

⁴⁸ Como es natural, la relevancia de los Consejos Insulares en la gestión del agua en Canarias es reconocida no sólo por la LAC, sino por las normas desarrolladoras de la referida Ley. Así, el Reglamento de Dominio Público Hidráulico, aprobado por el Decreto 86/2002, de 2 de julio, confiere a los Consejos un destacado protagonismo en las múltiples cuestiones de detalle que este Decreto regula. Así se comprueba en la redacción de los artículos 8.3 (“Los Consejos insulares podrán aprobar ordenanzas que establezcan los procedimientos técnicos de estimación general de los caudales...”), 9.1 (autorización para hacer obras), 11 (elaboración de Catálogos insulares

recho Público, con personalidad jurídica propia con naturaleza de Organismo autónomo, que adscrito al Cabildo Insular correspondiente, ordena y gestiona las aguas de cada cuenca hidrográfica.

La creación de los Consejos Insulares de Aguas supone un cambio trascendental en la gestión de este recurso, sobre todo en una situación de transición de un régimen marcadamente privado, como el que ha imperado durante muchísimas décadas en Canarias, hacia otro de dominio público, como es el que preconiza la Ley. De estos entes depende, pues, la mayor parte de la gestión del líquido elemento, y deben, por tanto, ser dotados de los medios económicos, técnicos y personales suficientes para que sus competencias puedan ser desarrolladas con eficacia, eficiencia y racionalidad.

La calificación formal de “organismo autónomo” de estos Consejos permite al Cabildo Insular al cual están adscritos el desarrollo de las funciones en materia de aguas, como precisa con total claridad el artículo 8.1, LAC. No obstante, el carácter de organismo autónomo no puede confundir ni pasar por alto un dato crucial, y que es que en ellos participan casi todos los sectores implicados en el recurso (sector público, sector privado, e intereses colectivos), si bien es verdad que esta participación debe ser objeto de un riguroso examen, ya que, en Consejos Insulares de algunas Islas, como, por ejemplo, el de La Gomera, es muy problemático articular esta participación, en la medida en que muchos sectores no participan, o no lo hacen de la manera en que la Ley lo impone. Por otro lado, no debe olvidarse tampoco que en las actuales Sociedades, la complejidad de los problemas hidráulicos afecta de manera relevante a otros colectivos, como organizaciones ecologistas, científicas y técnicas. Ignorar el papel que desempeñan estos colectivos, y decir que no se encuentran directamente implicados, es poco prudente y realista, sobre todo en el caso de los científicos y de los técnicos, ya que la preservación de un recurso tan escaso y valioso como es el agua no puede ser dejada exclusivamente en manos de las autoridades formalmente establecidas ni, por supuesto, en las del sector privado, que, por su propia lógica, sólo persigue intereses muy particulares, pero no vela por los intereses generales, sencillamente porque esa no es su función, y carece de motivación.

de cauces); 12.4 (autorización del Consejo para plantar especies arbóreas en zonas de servidumbre), 18 (papel protagónico en la potestad de deslinde), 22 (posibilidad de imponer servidumbres), etc. Aparte, claro está, de las importantes competencias que ejercen a la hora de conceder autorizaciones y concesiones, la gestión del registro de aguas y del catálogo de aguas privadas, etc.

En conclusión, la insularización de la gestión de las aguas en Canarias es una medida muy congruente con las particulares condiciones que definen el Archipiélago. Pero ello trae como resultado que los Consejos Insulares deban desarrollar sus funciones con el adecuado nivel de eficacia, ejerciendo con el debido rigor las potestades administrativas que el Ordenamiento jurídico les atribuye, y asumiendo un protagonismo mayor que el que hasta ahora han tenido, sobre todo en cuestiones relativas al medio ambiente, la distribución de aguas y el control de determinadas cuestiones⁴⁹. Por su parte, es también evidente que debe articularse un severo control⁵⁰ sobre la actividad de los Consejos⁵¹. La Ley descansa, en cuanto a organización administrativa se refiere, en la figura del Consejo Insular de Aguas. Por tanto, se debe vigilar muy de cerca si la participación es verdaderamente tal, o, en cambio, es un mero simulacro que sólo esconde la vieja tendencia de que sólo unos pocos controlen el recurso, si se ejerce el poder sancionador con el rigor adecuado para todos, y no para unos pocos, o si, en fin, los medios técnicos, materiales y personales son los pertinentes o no, y, en consecuencia, que no se tengan que acudir cuando las necesidades lo requieran a esa, también, vieja tendencia, reveladora sin duda de la ineficacia e ineptitud de las organizaciones administrativas, consistente en contratar a expertos externos, o encargar informes coyunturales, etc para salvar el escollo, cuando lo correcto, porque así lo impone la ley, es que el Consejo deba tener la capacidad y cualificación necesaria para hacer esas tareas.

⁴⁹ Es el caso de los denominados “mercados de agua”, que en algunos supuestos no son tan fluidos como una concepción meramente teórica puede hacer creer. Véase el interesante trabajo de investigación de F. AGUILERA KLINK y M. SÁNCHEZ PADRÓN, *Los mercados de agua en Tenerife*, Bilbao, Bakeaz, 2002, donde se aprecian las disfunciones del mercado y los problemas que existen para la plasmación del servicio de transporte del agua.

⁵⁰ En este sentido, M. J. SARMIENTO ACOSTA, *El Derecho de Aguas de Canarias*, cit., pp.159 y 160.

⁵¹ F. AGUILERA KLINK y M. SÁNCHEZ PADRÓN, *Los mercados de agua en Tenerife*, cit., pp. 76 y ss. Es interesante resaltar cómo entre las conclusiones que se consignan en esta investigación (pp.79 y 80), figura la de activar el papel del Consejo de Aguas de Tenerife para velar por la competencia y la transparencia de los mercados de agua en esa Isla. Se parte de la premisa de que “*es imprescindible un marco regulatorio que se cumpla y obligue a suministrar agua en condiciones similares o iguales a aquellas en que lo hace Balten, es decir, con las mismas reglas de juego*”, así como “*un marco regulatorio (sic) que aumente la transparencia de la gestión empresarial, defienda a los pequeños accionistas y a las comunidades de aguas y potencie sus derechos*”, para lo cual “*el Consejo Insular de Aguas tendría que desempeñar aquí un papel destacado para velar*” por el cumplimiento de esa regulación (p. 79).

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- AA.VV. *Régimen jurídico de las aguas subterráneas* (edit por S. DEL SAZ, J.M.^a FORNÉS y M. R. LLAMAS), Madrid, Fundación Marcelino Botín, 2001.
- ARIÑO ORTIZ, G y SASTRE BECEIRO, M., *Leyes de Aguas y política hidráulica en España. Los mercados reguladores del agua*, Granada, 1999.
- BASSOLS COMA, M., “Ordenación del territorio y cuencas hidrográficas”, *RDU*, núm. 80, 1982.
- BENÍTEZ PADILLA, S., *Gran Canaria y sus obras hidráulicas (bases geográficas y realizaciones técnicas)*, Las Palmas, 1958, ed, facsímil de 1992.
- BRIER BRAVO DE LAGUNA, C., “El sector del agua en Canarias: propuestas para una actuación administrativa en la materia”, en *El agua en Canarias, factor polémico. Aspectos históricos, técnicos, económicos, tributarios* Gabinete Económico de la Delegación del Ministerio de Industria en Santa Cruz de Tenerife, marzo de 1981.
- COLOM PIAZUELO, E., “El dominio público hidráulico. Novedades”, en A. EMBID IRUJO (dir.), *La reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1999, de 13 de diciembre)*, 1.^a ed, Madrid, 2000.
- CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M. de la, *El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España*, Madrid, 1989.
- DELGADO PIQUERAS, F., *Derecho de aguas y medio ambiente*, Madrid, 1992.
- EMBED IRUJO, A. (dir.), *Gestión del agua y medio ambiente*, 1.^a ed., Madrid, 1997.
- EMBED IRUJO, A. (dir.) “La evolución del derecho de aguas y las características de la actual problemática del agua”, *El nuevo Derecho de Aguas: las obras hidráulicas y su financiación*, 1.^a ed. Madrid, 1998.
- FANLO LORAS, A., “Dominio público hidráulico y saneamiento de aguas residuales”, en J. ESTEVE PARDO (coord.), *Derecho al medio ambiente y Administración Local*, 1.^a ed., Madrid, 1996.
- FANLO LORAS, A., *Las Confederaciones Hidrográficas y otras Administraciones Hidráulicas*, Madrid, 1996.
- GALLEGO ANABITARTE, A.; MANÉNDEZ REXACH, A; DÍAZ LEMA, J.M. *Derecho de Aguas en España*, vol. I, Madrid, 1986.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.; TOLEDO, J., y ARRIETA, C., *Comentarios a la Ley de Aguas*, Madrid, 1987.
- GUAITA MARTORELL, A., *Derecho Administrativo. Aguas, montes, minas*, 2.^a ed., Madrid, 1986.
- GUIMERÁ PERAZA, M., *Régimen jurídico de las aguas en Canarias*, La Laguna de Tenerife, 1960.
- GUIMERÁ PERAZA, M., *Tres estudios sobre aguas canarias*, Santa Cruz de Tenerife, 1970.
- MARTÍN- RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho de Aguas*, Madrid, 1997.

- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Titularidad y aprovechamiento de las aguas*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y legislación, 1995.
- MORELL OCAÑA, L., “La titularidad de las aguas privadas”, *RAP* núm. 154, 2001.
- MOREU BALLONGA, J.L., *Aguas públicas, aguas privadas*, 1.ª ed., Barcelona, 1996.
- NIETO GARCÍA, A., “Aguas subterráneas: subsuelo árido y subsuelo hídrico”, en A. NIETO GARCÍA (dir.) *Estudios de Derecho Administrativo Especial Canario (Régimen de Aguas) II*, Tenerife, 1968.
- NIETO GARCÍA, A., “Ideas para una reforma del régimen jurídico de las aguas canarias”, en A. NIETO GARCÍA (dir.), *Estudios de Derecho Administrativo Especial Canario (Régimen de Aguas) II*, Tenerife, 1968.
- OROZCO BATISTA, A., *Los alumbramientos de aguas en Canarias. Apuntes para un estudio jurídico*, Tenerife, 1926.
- PÉREZ AFONSO, C., “Principios jurídicos e institucionales de la nueva Ley de Aguas de Canarias”, *REDA*, núm. 58, 1988.
- PÉREZ PÉREZ, E., *La propiedad del agua. Sistema estatal y sistema canario*, 1.ª ed. Madrid, 1998.
- QUINTANA PETRUS, J.M.ª, *Derecho de Aguas. La Ley de Aguas de 1985 y sus Reglamentos*, 2.ª ed. Barcelona, 1992.
- RAMÍREZ SUÁREZ, C., *Estudio histórico, legal y jurisprudencial de las aguas de regadío en Canarias (problemas que se plantean y sus soluciones)*, Las Palmas, 1962.
- RODRÍGUEZ- ARANA MUÑOZ, J., “El Derecho de Aguas en Canarias (situación actual y nuevas perspectivas)”, *Revista Canaria de Administración Pública* núm. 4, 1989.
- RODRÍGUEZ BRITO, W., *El agua en Canarias y el siglo XXI*, Las Palmas, 1995.
- ROSA OLIVERA, L de la, “Antecedentes históricos de los Heredamientos y Comunidades de Aguas en Canarias”, en A. NIETO GARCÍA (dir.) *Estudios de Derecho Administrativo especial Canario (Heredamientos y Comunidades de Aguas) III*, Tenerife, 1969.
- SARMIENTO ACOSTA, M.J., *El Derecho de Aguas de Canarias*, Madrid- Barcelona, 2002.
- SAZ CORDERO, S del, *Aguas subterráneas, aguas públicas (el nuevo Derecho de Aguas)*, Madrid, 1990.
- VILLAR ROJAS, F.J., “El Derecho Transitorio de la Ley de Aguas de Canarias: el inevitable equilibrio entre el dominio público hidráulico y los derechos preexistentes”, *REDA* núm. 83, 1994.

Las transferencias de aprovechamientos urbanísticos

Sebastián Olmedo Pérez

I. LAS TRANSFERENCIAS DE APROVECHAMIENTOS URBANÍSTICOS Y LAS DIFERENTES SUBCATEGORÍAS DEL SUELO URBANO NO CONSOLIDADO

1. Introducción y antecedentes

La Ley 7/2002 de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA) vuelve a dar carta de naturaleza a las Transferencias de Aprovechamientos Urbanísticos (TAU).

La LOUA vuelve a recoger esta técnica urbanística dirigida a incorporar el principio de compensación de beneficios y cargas en el suelo urbano, pero con un alcance restringido con respecto a sus antecedentes (TRLS 1992) y con una regulación deficiente, contenida en el art.62 de la LOUA, que no ayuda a su clarificación conceptual y que sin duda va a dificultar su efectiva implantación.

Que la LOUA contiene una regulación deficiente de las TAU, se pone de manifiesto principalmente en el hecho de que el art.62 de la misma -que es el precepto específico en el que se establece la regulación de esta técnica urbanística- no especifique el ámbito de su aplicación; es decir, en qué clase y categoría de suelo puede presentarse y cuáles son los presupuestos de gestión urbanística para su aplicación.

En efecto, el apartado 1 del art.62 de la LOUA únicamente describe en qué consiste las TAU y sus efectos:

“... los propietarios de una parcela o solar pueden transferir el aprovechamiento subjetivo que les corresponda y no puedan materializar en una u otro, a otras parcelas o solares en situación inversa, es decir, que tengan atribuido un aprovechamiento objetivo superior al que corresponda a sus propietarios. La transferencia determina la justa distribución del aprove-

chamamiento objetivo entre los propietarios intervinientes y legitima su materialización por éstos”.

Como puede comprobarse, este primer apartado del art.62 de la LOUA no especifica en qué clase y categoría de suelo tienen que encontrarse esas parcelas o solares susceptibles de ser objeto de transferencias. Pero tampoco del resto de apartados de ese art.62 se concretan los presupuestos de aplicación desde el punto de vista de gestión urbanística, pues se dedican a regular los requisitos procedimentales para su validez y eficacia.

Además la regulación de la LOUA es deficiente, por incorporar el término de solar, que hace referencia a un concepto de parcela apta para la edificación en el suelo urbano definitivamente consolidado, categoría de suelo urbano en la que es muy dudosa la posibilidad de incorporación de los mecanismos de las TAU.

Por último, es una regulación deficiente, por el encuadre sistemático que realiza la LOUA de las TAU en el Título II de la misma.

A continuación se intenta realizar una aproximación a un estudio sistemático de la completa regulación de las TAU que se deducen de otros preceptos de la LOUA con la finalidad de clarificar su alcance y efectos. De igual modo, el estudio de las TAU pone de manifiesto las diferentes subcategorías del Suelo Urbano No Consolidado, y de las que se deriva un régimen jurídico de derechos y deberes diferenciados.

II. PRESUPUESTOS PARA LA EXISTENCIA DE LAS TRANSFERENCIAS DE APROVECHAMIENTOS URBANÍSTICOS

2.1 La necesaria cobertura en el planeamiento urbanístico

Lo primero que habrá que manifestar, es que **la existencia de las TAU depende de una decisión de planeamiento.**

Según el artículo 62.1 de la LOUA, la técnica de las Transferencias se aplicarán “si así lo previera el instrumento de planeamiento aplicable”.

Por tanto, no es una técnica urbanística de existencia necesaria en ninguna clase de planeamiento, ni siquiera para los municipios de relevancia territorial. Así, no se configura como determinación estructural o pormenoriza-

da de carácter necesaria para el planeamiento general en el art.10 de la LOUA, sino que dependerá de la estrategia de gestión adoptada por el planeamiento para la ejecución de sus previsiones.

La LOUA no predetermina qué clase de instrumento de planeamiento es el legitimado para adoptar la decisión de aplicación de las TAU (“el instrumento de planeamiento aplicable”).

En principio, y desde la redacción literal del art.62.1 de la LOUA, podría interpretarse en un sentido amplio, y entender que se encontrarían legitimados para ello todos los instrumentos de planeamiento urbanístico (“el aplicable”). Pero como podrá comprobarse, esta primera conclusión no es acertada siendo necesario reconducir esta primera interpretación desde criterios finalistas y sistemáticos.

Desde una interpretación finalista, se produce una primera restricción del alcance del art. 62.1 Y es que por el objetivo específico de esta técnica (conseguir dotaciones en el suelo urbano) es preciso reconocer que esta decisión de aplicabilidad de la técnica de las TAU debe estar reservada a los instrumentos de ordenación del suelo urbano no consolidado: el Planeamiento General (Plan General y Plan Intermunicipal) y el Plan Especial de Reforma Interior.

Pero además, habrá que introducir una segunda limitación que impide las posibilidades de que un Plan Especial de forma autónoma, y sin cobertura en las previsiones del Plan General, pueda llegar a establecer directamente la aplicación de las TAU. Y es que, como se verá, la aplicación de las TAU exige la determinación de un aprovechamiento medio, que es una previsión que únicamente pueden establecer los instrumentos de planeamiento general. Por tanto, para que un Plan Especial pueda establecer la aplicación de las TAU a un ámbito debe contar con la previa habilitación del Plan General, único facultado para establecer la determinación previa necesaria para que pueda aplicar las TAU: la delimitación de un área de reparto. Por consiguiente, sólo puede haber TAU allí donde el Plan General lo determine directamente o remita esta decisión al Plan Especial, estableciendo en el propio Plan General, el presupuesto necesario: la delimitación del área de reparto.

2.2 Ámbito de aplicación de las TAU

2.2.1. La necesidad de una previa delimitación de un área de reparto y del establecimiento de un aprovechamiento medio

No obstante la indeterminación del apartado 1 del art.62 de la LOUA sobre el ámbito de aplicación de esta técnica, del mismo puede deducirse (táci-

tamente) que **para que puedan operar las TAU se precisa el establecimiento de un aprovechamiento medio y por tanto de un Área de Reparto.**

Estas determinaciones urbanísticas de planeamiento son necesarias para que puedan existir parcelas susceptibles de ser objeto de transferencias, es decir, que se presente el presupuesto de hecho contemplado en el propio precepto: dos parcelas en situación inversa respecto a un aprovechamiento subjetivo similar, una parcela a la que le corresponda un aprovechamiento subjetivo que no pueda materializar por ausencia completa o incompleta de aprovechamientos reales suficientes, y otra, con un aprovechamiento objetivo superior al subjetivo.

Si no existe área de reparto, no puede determinarse un derecho patrimonializable en función de un aprovechamiento medio, y en consecuencia, no pueden existir parcelas en situación inversa, pues cada parcela sería un ámbito autónomo de atribución de aprovechamientos.

2.2.2. Inexistencia de unidades de ejecución

Conjuntamente con este presupuesto lógico (es decir, la previa existencia de un Área de reparto y determinación del aprovechamiento medio de la misma), para que puedan aplicarse las **Transferencias se requiere de otra condición previa: la inexistencia de unidades de ejecución.** Porque las TAU y las unidades de ejecución cumplen funciones similares (la justa distribución de beneficios y cargas) por lo que si se ejecuta el Plan mediante Unidades de Ejecución no puede aplicarse las TAU, que tienen, así carácter subsidiario.

Si existe unidad de ejecución no procede la aplicación de las TAU sino del sistema de actuación mediante el que se debe ejecutar de forma integrada la ordenación contenida en su ámbito, ya sea el de compensación, cooperación o expropiación.

2.2.3 categoría de suelo: presencia exclusiva en suelo urbano no consolidado

El dato conjunto de los presupuestos anteriormente descritos requeridos para pueda entrar en juego las TAU (la existencia de parcelas con usos lucrativos, su inclusión en Área de Reparto para que pueda tener establecido un aprovechamiento medio, y su exclusión de los ámbitos delimitados de unidades de ejecución) nos permite llegar a otro conclusión, y es que la concurrencia de todos esos presupuestos **sólo puede darse en una clase y categoría de suelo determinada: el suelo urbano no consolidado.**

En efecto, en suelo urbanizable todos los terrenos (excepto, de forma facultativa los Sistemas Generales) deben quedar incluidos en unidades de ejecución. Siempre que el Plan establezca una calificación de uso lucrativo en el suelo urbanizable, ese terreno tiene que pertenecer una unidad de ejecución. Por tanto, **en el suelo urbanizable no es posible aplicar las Transferencias de Aprovechamientos Urbanísticos.**

Las Transferencias sólo pueden aplicarse en suelo urbano, y dentro de esta clase, exclusivamente en la categoría de no consolidado.

Esta conclusión, se ve confirmada por el resto de preceptos de la LOUA que de forma desperdigada aluden a las Transferencias: en concreto, el art.143.2.c y el art.55.2.

Así, el art.143.2 c) de la LOUA alude a las TAU como modo de adquisición de dotaciones públicas en suelos urbanos no consolidados no integrados en Unidades de Ejecución.

Artículo 143. Las actuaciones urbanizadoras no integradas

1. Cuando no esté prevista en el planeamiento urbanístico ni se efectúe por el municipio delimitación de unidades de ejecución, la ejecución del planeamiento, salvo la edificación, se llevará a cabo mediante obras públicas ordinarias, de acuerdo con la legislación que sea aplicable por razón de la Administración Pública actuante.

2. El suelo preciso para las dotaciones se obtendrá en el supuesto previsto en el apartado anterior por:

a) Cesión obligatoria y gratuita, en virtud, en su caso, de reparcelación.

b) Cesión gratuita en virtud de convenio urbanístico.

c) Transferencias de aprovechamiento urbanístico en suelos urbanos no consolidados no integrados en unidades de ejecución.

d) Adquisición por expropiación, compra o permuta.

Y por último, el art.55.2 de la LOUA que regula el régimen del suelo urbano no consolidado no incluido en unidades de ejecución, distinguiendo dos supuestos en atención a la presencia o inexistencia de delimitación de área de reparto.

Este precepto dispone en su apartado A párrafo segundo que las cesiones de suelo son las mismas prescritas "para el suelo urbanizable en el artículo anterior, si bien la de superficie de suelo ya urbanizada precisa para materializar el aprovechamiento lucrativo correspondiente a la participación del Muni-

pio será del diez por ciento del aprovechamiento medio del área correspondiente, o en caso de no estar incluidos los terrenos en ningún área de reparto, del aprovechamiento objetivo que tuvieran asignado..."

En su apartado B, el art.55.2 dispone que los propietarios de esta clase de suelo (urbano no consolidado no incluido en unidad de ejecución) tienen derecho al noventa por ciento del aprovechamiento medio del área de reparto o, "en otro caso, al noventa por ciento del aprovechamiento objetivo".

Por tanto, se comprueba que en este apartado B del art.55.2 que regula el régimen del suelo urbano no consolidado no incluido en unidad de ejecución se establece una subdivisión, en atención a la presencia o no de una determinación del planeamiento general: la delimitación de un área de reparto.

Esta conclusión se ve confirmada y ratificada igualmente en el párrafo segundo de este apartado B, que dispone que para materializar el aprovechamiento "al que alude el párrafo anterior" (que no es otro que el aprovechamiento subjetivo, es decir el 90 % del aprovechamiento medio, o en su caso, del objetivo), podrá autorizarse la edificación aún cuando la parcela correspondiente no tenga todavía la condición de solar", siempre que se cumplan una serie requisitos, entre otros:

- a) La cesión del suelo correspondiente al aprovechamiento urbanístico imputable al Municipio por razón de su participación en las plusvalías y "la adquisición, en su caso, mediante transferencias de aprovechamientos, de los excedentes de aprovechamientos o sus equivalentes económicos."

En consecuencia, las Transferencias de Aprovechamientos Urbanísticos se aplican en el suelo urbano no consolidado no incluido en unidades de ejecución. Pero no en todos los casos de este suelo (urbano no consolidado) en los que no existan unidades de ejecución pueden aplicarse las TAU, de ahí la expresión "en su caso". Sólo es posible aplicar las TAU allí donde existan excedentes de aprovechamiento por encima del aprovechamiento medio. Es decir, cuando se haya determinado un Aprovechamiento Medio, y por tanto un Área de Reparto.

Por tanto, y a modo de resumen, **las TAU de la LOUA únicamente pueden aplicarse (si lo determina el planeamiento) en la categoría de suelo urbano no consolidado siempre que se cuente con la delimitación de un Área de Reparto y no se encuentre en el ámbito de una unidad de ejecución.**

Si no existe delimitación de Área de Reparto, aun tratándose de suelo urbano no consolidado, lo único que se produce es el deber cesión del 10% del aprovechamiento objetivo (es decir el que puede materializarse en la propia parcela), tal como dispone el art.58.2 párrafo segundo. Pero esta cesión del 10% del aprovechamiento objetivo no es una transferencia, porque no existe otra parcela con aprovechamiento nulo, sino que deriva de la misma parcela que lo genera, y por ello esta cesión se instrumenta mediante su compensación económica sustitutiva.

III. LAS DIFERENTES SUBCATEGORÍAS DEL SUELO URBANO NO CONSOLIDADO

Llegado a este punto, resulta necesario destacar una importante matización que incorpora la LOUA respecto al régimen del suelo urbano no consolidado, y que se pone de relieve cuando se aborda el análisis de la regulación de las TAU:

1º. En la LOUA el régimen del suelo urbano no consolidado no es uniforme. De la regulación establecida en el art.55 se pone de manifiesto que existen tres subcategorías de suelo urbano no consolidado con una graduación del alcance de los deberes urbanísticos.

2º. Las Subcategorías del Suelo Urbano No Consolidado son:

1ª. Suelo Urbano No Consolidado incluido en ámbitos de delimitación de Unidad de Ejecución (necesariamente con delimitación de Área de Reparto).

2ª. Suelo Urbano No Consolidado incluido en Área de Reparto y excluido de Unidad de Ejecución.

3ª. Suelo Urbano No Consolidado no incluido en Área de Reparto (y por tanto, sin posibilidad de delimitación de unidad de ejecución).

A cada subcategoría de suelo urbano no consolidado, la LOUA les anuda un régimen propio de derechos y deberes, que constituyen estatutos diferenciados del contenido de propiedad inmobiliaria. El estatuto completo de deberes únicamente se exige para los propietarios del suelo urbano no consolidado incluidos en unidades de ejecución. Pueden existir suelos urbanos no consolidados en los que no se exige el régimen completo de deberes de cesión.

Ahora bien, no podemos identificar inexistencia de unidad de ejecución con inexistencia de Área de reparto. Si no existe unidad de ejecución puede ocurrir que exista o que no exista delimitación de área de reparto. Si existe unidad de ejecución siempre habrá delimitación de Área de reparto.

La regulación general del art.51 LOUA para el suelo urbano no consolidado se complementa con la establecida en el art.55. Este precepto diferencia tres supuestos dentro del urbano no consolidado.

a) Cuando se establezca o se prevea la delimitación de unidades de ejecución en el planeamiento:

Si el planeamiento delimita unidades de ejecución o sin llegar a delimitarlas directamente prevé que así se proceda después bien por el planeamiento de desarrollo (suelo urbano con Plan Parcial o Especial) o por el procedimiento específico en fase de ejecución, el régimen del suelo urbano no consolidado es, según el art.55.1, es el mismo que el del suelo urbanizable ordenado o sectorizado, dependiendo de si tiene o no ordenación detallada (pormenorizada).

Las cesiones de terrenos para este tipo de suelo urbano no consolidado (el de unidades de ejecución) son las referenciadas en el art.54.2 (precepto que establece el régimen del suelo urbanizable ordenado). Por tanto, a nivel de cesiones el régimen del suelo urbano no consolidado incluido en unidad de ejecución es idéntico que el suelo urbanizable ordenado. En concreto estas cesiones de terrenos son:

1. La superficie total de los Sistemas Generales y demás dotacionales de carácter local incluidas en el ámbito de la unidad de ejecución.
2. La superficie de suelo con aprovechamiento lucrativo ya urbanizado para materializar el 10% del aprovechamiento medio del área de reparto que le corresponda a la Administración Urbanística en concepto de participación de la comunidad en la recuperación de plusvalías generadas por la actividad pública de planificación.
3. La superficie de suelo correspondiente a los excedentes de aprovechamiento que tenga la unidad de ejecución respecto del aprovechamiento medio del área de reparto. Esta cesión de suelo no es urbanizada a diferencia de la anterior. Los excesos se podrán destinar a compensar a propietarios afectados por sistemas generales y restantes dotaciones, así como a propietarios de terrenos con un aprovechamiento objetivo inferior al susceptible de apropiación en el

área de reparto, y podrán sustituirse por otros aprovechamientos de igual valor urbanístico, o por su equivalente económico.

b) El régimen del suelo urbano no consolidado no incluido en unidades de ejecución con delimitación de área de reparto.

El régimen urbanístico del suelo urbano no consolidado para el que la ordenación urbanística no prevea la delimitación de unidades de ejecución, es el siguiente:

a) Los propietarios están obligados a cumplimentar los deberes pendientes que corresponden al suelo urbano no consolidado. Ahora bien, así como las cesiones para usos públicos son las mismas prescritas para el suelo urbanizable, en cambio la de superficie de suelo ya urbanizada precisa para materializar el aprovechamiento lucrativo correspondiente a la participación del Municipio será del diez por ciento del aprovechamiento medio del área de reparto correspondiente.

Si la urbanización no está completada, debe de satisfacerse este deber. La LOUA no especifica el modo en el que se procede a cumplimentar este deber cuando no existe unidad de ejecución y las obras afectan a más de un propietario (curiosamente sí se refiere a la posibilidad de delimitar una unidad de ejecución con esta exclusiva finalidad).

b) Los propietarios tienen derecho al noventa por ciento del aprovechamiento medio del área de reparto. Las cesiones del 10% del aprovechamiento de la Administración, se producen mediante cesión material o compensación económica sustitutoria, y la cesión de los excesos respecto al Aprovechamiento Medio se realizan mediante transferencias de aprovechamientos urbanísticos.

La materialización del aprovechamiento mediante la edificación podrá autorizarse aún cuando la parcela correspondiente no tenga todavía la condición de solar, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

1º) La cesión del suelo correspondiente al aprovechamiento urbanístico imputable al Municipio por razón de su participación en las plusvalías y la adquisición, en su caso, mediante transferencias de aprovechamiento, de los excedentes de aprovechamiento o sus equivalentes económicos.

2º) Asunción expresa y formal por el propietario de los compromisos de proceder a la realización simultánea de la urbanización y la edificación y de

formalización de las cesiones aún pendientes, así como de la no ocupación ni utilización de aquella hasta la total terminación de las obras de urbanización, la materialización de las cesiones pendientes y el efectivo funcionamiento de los servicios correspondientes.

3º) Prestación de garantía en cuantía suficiente para cubrir el coste de ejecución de las obras de urbanización comprometidas.

Por tanto, y a modo de conclusión, podemos decir que, **en el suelo urbano no consolidado en el que no se delimite unidad de ejecución pero se encuentre adscrito a un Área de Reparto, las cesiones de terrenos son las mismas que para el caso de que se cuente con esa delimitación de unidad de ejecución. La diferencia entre estos dos supuestos radica en que la cesión de todos los terrenos calificados de uso público no se realiza de forma simultánea cuando no se delimita unidad de ejecución, sino que se produce de forma gradual, a través del juego de las Transferencias de Aprovechamientos Urbanísticos.** De igual modo, la obligación de urbanizar de los terrenos incluidos en el Área de Reparto pero sin unidad de ejecución, tampoco tiene porqué realizarse necesariamente de modo integrada y simultánea en el tiempo.

En estos casos, el deber de ejecutar la urbanización está referido a las obras que afectan a la vía o vías que den frente la parcela, las correspondientes a todas las demás infraestructuras, nuevas o complementarias a las existentes, necesarias para la prestación de los servicios preceptivos, hasta el punto de enlace con las redes que estén en funcionamiento, así como el refuerzo de estas redes, si fuera preciso para la correcta utilización de los servicios públicos (art.55.2.B.b). No se alude a la ejecución de las obras de ajardinamiento y dotación de espacios libres, así como la urbanización de los espacios destinados a equipamientos. No obstante, por aplicación supletoria de las reglas de la parcelación, y pudiéndose entender que son servicios preceptivos, puede reconocerse que pueden repercutirse como costes de urbanización. Tampoco explícita, si se pueden repercutir los costes de indemnización de las edificaciones pero nada imposibilita que puedan entenderse como costes necesarios para la ejecución de las obras de urbanización.

c) El régimen del suelo urbano no consolidado no incluido en unidades de ejecución y sin delimitación de área de reparto.

Si se trata de suelo urbano no consolidado no incluido en Unidad de Ejecución y además no adscrito a Área Reparto alguna, **las cesiones de terrenos a favor de la Administración serán exclusivamente las correspondientes al 10%**

del aprovechamiento real atribuido sin que haya cesión de los excedentes de aprovechamientos, al carecer de determinación de Aprovechamiento Medio, y además, sin que se produzca cesiones para dotaciones (ni de Sistemas Generales ni locales).

Por tanto:

- a) Los propietarios están obligados a cumplimentar los deberes pendientes que corresponden al suelo urbano no consolidado.
- b) Pero no hay cesiones gratuitas para los terrenos calificados de usos públicos. Pese a lo que diga el art.55.2.A no es cierto que las cesiones de suelo son las mismas prescritas para el suelo urbanizable.
- c) Sólo hay cesión de superficie de suelo ya urbanizada precisa para materializar el aprovechamiento lucrativo correspondiente a la participación del Municipio que será del diez por ciento del aprovechamiento objetivo que tuvieron asignado.
- d) Los propietarios tienen derecho al noventa por ciento del aprovechamiento objetivo.

La materialización del aprovechamiento mediante la edificación podrá autorizarse aún cuando la parcela correspondiente no tenga todavía la condición de solar, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- 1º) La cesión del suelo correspondiente al aprovechamiento urbanístico imputable al Municipio por razón de su participación en las plusvalías o sus equivalentes económicos.
- 2º) Asunción expresa y formal por el propietario de los compromisos de proceder a la realización simultánea de la urbanización y la edificación así como de la no ocupación ni utilización de aquélla hasta la total terminación de las obras de urbanización, la materialización de las cesiones pendientes y el efectivo funcionamiento de los servicios correspondientes.
- 3º) Prestación de garantía en cuantía suficiente para cubrir el coste de ejecución de las obras de urbanización comprometidas.

Así cuando en el suelo urbano no consolidado no exista Área de reparto, el 10% de recuperación de plusvalías se aplica sobre el aprovechamiento objetivo, y los propietarios de las parcelas con destinos a usos públicos no tendrán derecho a la distribución de beneficios y cargas, sino a una indemnización a cargo de la Administración, que al no poder ser compensada con excesos, no adquiere las dotaciones de forma gratuita sino de forma onerosa.

Realmente cuando las parcelas del suelo urbano no consolidado excluidas de unidades de ejecución quedan también excluidas de Áreas de Reparto, es como si materialmente cada parcela funcionara en la práctica como un Área de Reparto independiente, de tal forma que el Aprovechamiento Medio coincide con su Aprovechamiento Objetivo (es decir el aprovechamiento lucrativo real), teniendo como obligación el propietario exclusivamente la de ceder el 10%, sin que se produzcan excesos de aprovechamientos sobre el medio, y por tanto sin posibilidad de aplicar Transferencias de Aprovechamientos Urbanísticos para compensar a los propietarios de las parcelas que estando clasificadas como suelo urbano no consolidado se excluyan de unidades de ejecución y de Áreas de Reparto.

El deber de ejecutar la urbanización está igualmente limitado que en el estatuto de deberes anteriormente comentado (a las obras que afectan a la vía o vías que den frente la parcela, las correspondientes a todas las demás infraestructuras, nuevas o complementarias a las existentes, necesarias para la prestación de los servicios preceptivos, hasta el punto de enlace con las redes que estén en funcionamiento, así como el refuerzo de estas redes, si fuera preciso para la correcta utilización de los servicios públicos).

4. EXCLUSIÓN DE LAS TAU EN EL SUELO URBANO CONSOLIDADO: INEXISTENCIA DE DEBERES DE CESIÓN EN ESTA CATEGORÍA DE SUELO

Por el objeto y finalidades propias de las TAU, esta técnica no puede ser aplicada en el suelo urbano consolidado. Como se ha comprobado esta técnica tiene como finalidades hacer efectivo las obligaciones de cesión de suelo y del aprovechamiento urbanístico. La legislación urbanística considera que en el suelo urbano consolidado el proceso de transformación urbanística ha culminado, y si acaso, lo que resulta necesario es completar la urbanización existente para alcanzar la condición de solar.

Por ello, la LOUA siguiendo el régimen de condiciones básicas establecido por la Ley 6/1998 de Reforma del Suelo y Valoraciones no impone como deberes al propietario del suelo urbano consolidado ni el de cesión de suelo para usos públicos ni el de cesión del aprovechamiento.

Desde una interpretación que integre la regulación del art.56 con el art.51.1.D de la LOUA y que además sea compatible con la ley estatal, resulta que el propietario del suelo urbano consolidado tiene la facultad de material-

zar, mediante la edificación, el aprovechamiento urbanístico correspondiente atribuido por el planeamiento, previo cumplimiento de los siguientes deberes:

a) Solicitar y obtener las autorizaciones administrativas preceptivas con carácter previo a cualquier acto de transformación o uso del suelo.

b) Realizar la edificación en las condiciones fijadas por la ordenación urbanística, una vez el suelo tenga la condición de solar, lo que precisa:

c) Completar la urbanización en ese supuesto en el que la parcela no mereciera la condición de solar.

Además, el propietario del suelo urbano una vez ha edificado tiene el deber de conservar, y en su caso rehabilitar, la edificación realizada para que mantenga las condiciones requeridas para el otorgamiento de autorización para su ocupación.

Por tanto, los propietarios del suelo urbano consolidado no tienen deber alguno de ceder aprovechamientos ni suelos para usos públicos.

La posibilidad de que el legislador autonómico pudiera estableciera el deber al propietario del suelo urbano consolidado de la cesión de aprovechamientos urbanísticos ha sido descartada expresamente por el Tribunal Constitucional en el marco de la actual regulación estatal (LRSV 1998) en su Sentencia 54/ 2002, de 27 de febrero que tenía como objeto la Ley del Parlamento Vasco 11/1998.

Esta sentencia recuerda que la STC 164/2001 ya manifestaba que desde la perspectiva del derecho a la igualdad «la inexistencia de deberes de cesión de suelo (en el urbano consolidado) no constituye discriminación alguna entre personas y por circunstancias subjetivas, que es lo prohibido por el art. 14 CE, sino distintas regulaciones abstractas del derecho de propiedad urbano». Y que desde una perspectiva competencial, esta sentencia ya aclaraba que «para la participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas (mediante la regulación de las condiciones básicas de ejercicio del derecho de propiedad) el Estado dispone de un amplio margen de configuración»; y que «el art. 47 CE no impide, en este sentido, que la participación en las plusvalías se centre en determinadas clases de suelo. De esta forma, la hipotética existencia de plusvalías urbanísticas en suelo urbano consolidado, cuya realidad no corresponde dilucidar a este Tribunal, no excluye a priori una norma estatal que alivie de cesiones de aprovechamiento a sus propietarios».

En su fundamento quinto, la STC 54/2002 señala:

Quinto: Sentado lo anterior, basta con la lectura del artículo único, ap. 1, de la Ley del Parlamento Vasco 11/1998 para concluir que contradice las «condiciones básicas» contenidas en el art. 14 LRSV. En efecto, el art. 14.2 c) LRSV, (...) únicamente prevé deberes de cesión de aprovechamiento urbanístico en suelo urbano «no consolidado por la urbanización». En cambio, el art. 14.1 LRSV se limita a establecer, como deberes específicos de los propietarios de terrenos en suelo urbano «consolidado», el de completar a su costa la urbanización hasta que alcancen la condición de solar y el de edificarlos en los plazos establecidos por el planeamiento. Ello implica, como se razonó en el FJ 20 de la TC S 164/2001 que, conforme a dicha norma, los propietarios de suelo urbano «consolidado» no soportan (a diferencia de los propietarios de suelo urbano «no consolidado») deberes de cesión de aprovechamiento urbanístico, ni siquiera en solares o terrenos ya edificados pero sujetos a obras de rehabilitación. (...) Tenemos, así, que la norma de «condiciones básicas» del art. 14.1 LRSV, dentro del amplio margen de configuración de que dispone el Estado y en línea con las determinaciones expresas de sus antecedentes normativos, determina que todos los propietarios de suelo urbano «consolidado» de España patrimonializan el 100 por 100 del aprovechamiento urbanístico correspondiente a cada parcela o solar.

“... en la estructura normativa del art.14 LS98 las cesiones obligatorias de aprovechamientos no son un mínimo superable por cada Comunidad Autónoma sino, justamente, un máximo reducible en cada Comunidad; así resulta claramente del enunciado literal del art.14.2.c) LS98. En este sentido, la exclusión de toda cesión obligatoria de aprovechamiento urbanístico en el suelo urbano consolidado no admite modalización alguna de origen autonómico, Pues si la igualación de todos los propietarios de suelo urbano consolidado reside tanto en los deberes positivos a que se ha hecho referencia como en la inexistencia de deberes de cesión de aprovechamiento urbanístico –y sentado que aquélla es una opción válida, según razonamos en el FJ 4- la imposición de deberes de cesión de aprovechamiento urbanístico por las Comunidades Autónomas frustraría el fin igualador buscado por los arts.149.1.1 CE y 14.1 LS98..”.

La LOUA ha seguido esta doctrina del Tribunal Constitucional y reconoce la legitimación del propietario de una parcela del suelo urbano consolidado para patrimonializar la totalidad del aprovechamiento urbanístico atribuido por el planeamiento a la misma.

Las posibilidades de construir unas TAU de aplicación voluntarias en suelo urbano consolidado (como se hizo por la práctica del urbanismo en el régimen del TRLS76) se ven dificultadas, no sólo por la anterior doctrina del Tribunal Constitucional, que reconoce que en el marco de la actual LRSV todo el aprovechamiento objetivo correspondiente a una parcela o solar en el suelo urbano consolidado corresponde al propietario, sino además por la propia LOUA.

En efecto, la posibilidad de intentar la construcción de una fundamentación similar a las que sirvieron de base al nacimiento de las TAU de principios de los ochenta (es decir, cesiones voluntarias no obligatorias, reparcelaciones voluntarias en el que se establecían dos determinaciones de planeamiento: una edificabilidad media y una máxima condicionada) resulta imposibilitada también por la propia LOUA, pues conforme a la misma, la base de partida de aquella construcción doctrinal de TAU anteriores al TRLS 1992, es decir los incrementos de aprovechamientos sobre la media, se conceptualizan en la ley andaluza como supuestos de suelos urbanos no consolidados y no como consolidados.

Por tanto, en suelo urbano consolidado no es posible aplicar Transferencias de Aprovechamientos ni siquiera con el carácter de voluntarias.

V. ACTUACIONES URBANÍSTICAS SUSCEPTIBLES DE EJECUTARSE MEDIANTE TRANSFERENCIAS DE APROVECHAMIENTOS

Son susceptibles de ejecutarse mediante Transferencias de Aprovechamientos, aquellas actuaciones urbanísticas del suelo urbano no consolidado en las que el Plan de forma justificada decida no delimitar unidades de ejecución, bien por imposibilidad o porque resulte desaconsejable por dificultar la gestión.

Son actuaciones urbanísticas que están presididas por una voluntad municipal de adquirir de forma gratuita las nuevas dotaciones públicas, además evidentemente de recuperar el 10% del aprovechamiento que como Administración Urbanística actuante le corresponde, y de poder repercutir (aunque sólo sea parcialmente) los costes de urbanización.

En principio, existen tres clases de actuaciones urbanísticas posibles en suelo urbano no consolidado, tal como se deduce de una interpretación conjunta de los art.45.2.B y 17 y 10 de la LOUA:

- a) sectores de suelo urbano no consolidado.
- b) áreas de reforma interior.
- c) áreas homogéneas de la edificación en las que se incrementa el aprovechamiento urbanístico.

1. Los Sectores en el Suelo Urbano No Consolidado.

Los Sectores son superficies relevantes de terrenos situadas en la periferia o en el interior de la ciudad, con pocas edificaciones, que son susceptibles de ser ordenados mediante Plan Parcial.

La LOUA parece que descarta la posibilidad de aplicar las TAU en los sectores del suelo urbano no consolidado. El art. 13.1.a) de la LOUA dispone que el Plan Parcial establece la ordenación detallada de sectores enteros en suelo urbano no consolidado (además de los sectores del urbanizable) para su ejecución integrada.

Por tanto, todos los sectores, incluidos los delimitados en el suelo urbano no consolidado, se ejecutan de forma integrada, es decir mediante unidades de ejecución, lo que excluye la aplicación de las TAU (que es una técnica de ejecución subsidiaria respecto a la delimitación de unidades de ejecución).

2. Las Áreas de Reforma Interior.

Las actuaciones integradas de reforma interior (supuesto regulado en el art.45.2.B.a.2) representan una segunda tipología de intervenciones planificadoras en concretas zonas del suelo urbano no consolidado.

Normalmente las áreas de reforma interior serán actuaciones en tejidos urbanos existentes que presentan signos de obsolescencia, sobre todo en suelo anteriormente clasificado como urbano en los que se propone una reforma de la ordenación anterior, y serán sectores las actuaciones sobre terrenos que anteriormente estaban clasificados como urbanizables o no urbanizable. No obstante, también, de forma excepcional, podrán conceptualizarse como áreas de reforma interior, ámbitos que con anterioridad no tengan la clasificación de urbano pero que cuentan con alto nivel de consolidación de la edificación y una urbanización primaria, aunque insuficiente, que precisa de mejoras así como prever un nivel mínimo de dotaciones y en los que difícilmente pueda plantearse su ordenación como sector precisamente por ese alto nivel de consolidación de la edificación.

Existe una diversidad de intervenciones que pueden calificarse de actuaciones integradas de reforma interior: de una parte, cuando la urbanización existente, pese a que puede llegar a contar con todos los elementos infraestructurales, precisa de una renovación (operaciones de sustitución generalizada de las edificaciones y usos existentes para creación nuevos espacios urbanos), de una mejora (operaciones que alternan la sustitución de parte de los tejidos con conservación del resto de las edificaciones) o rehabilitación mediante actuaciones integradas dirigidas al establecimiento de la urbanización precisa y del nivel de dotaciones adecuados a las características de su población.

Pero no basta la simple obsolescencia sino que además su renovación, mejora o rehabilitación se realice mediante actuaciones integradas de reforma interior.

Las áreas de reforma suelen llevar también incrementos de aprovechamientos, y además este incremento suele ser considerable. Difícilmente puede plantearse una reforma interior si se mantienen los aprovechamientos urbanísticos, porque estas actuaciones (de renovación urbana) tienen que partir de unos costes de suelo y urbanización muy superiores a las actuaciones del suelo urbanizable. La diferencia con el supuesto del art.45.2.B.b) de la LOUA, será una cuestión no sólo de la intensidad en la transformación urbana propuesta sino su carácter de integral

Ahora bien, el concepto de actuación integrada no debe asimilarse necesariamente con el de actuación sistemática, esto es, que se incluyan en una unidad de ejecución, pero sí que se incorporen en una ordenación específica e integrada de un ámbito territorial determinado, en definitiva que respondan a una planificación integral.

Las áreas de reforma interior pueden, por tanto, ejecutarse mediante unidades de ejecución o de forma asistemática mediante transferencias de aprovechamientos, sin descartar una solución mixta.

Al tener carácter preferente la delimitación de unidades de ejecución, ésta será la primera opción en la elección de la técnica de ejecución de las áreas de reforma interior. Pero no puede descartarse que para determinadas zonas del área de reforma interior se opte por la aplicación de las TAU, especialmente cuando la delimitación de las unidades presente grandes dificultades de gestión por el nivel de consolidación existente.

La posibilidad de delimitación de unidades de ejecución discontinuas presenta una nueva variable, que exigirá justificar incluso la imposibilidad de

la delimitación de una unidad de ejecución de esta clase para poder aplicar las TAU. En estos casos, lo principal será la imposibilidad de su gestión conjunta, por el número de parcelas ya edificadas, cuya renovación forzada puede dificultar la constitución de Juntas de Compensación.

De ahí que se suele optar por esta técnica de gestión “diferida” que representan las TAU, únicamente cuando el hacerlo en el seno de Unidades de Ejecución sea significativamente más complejo.

Es la actuación asistemática, en cierto modo, una forma de gestión “residual” que se aplica a situaciones urbanas especialmente conflictivas: una microparcelación combinada con una situación de consolidación edificatoria sobre la que el Plan pretenda básicamente su reconocimiento, mejorando aunque sea mínimamente los índices dotacionales y los servicios de infraestructuras. Las TAU en estos casos, tendrán como finalidad principal obtener gratuitamente los suelos de uso público (nuevos viarios, ampliación de los existentes, suelo para espacios libres y equipamientos) ubicándolos generalmente en algunas parcelas vacantes de edificación (para reducir los costes de adquisición). La adquisición de estos terrenos se realizará directamente por la Administración mediante expropiación o bien mediante acuerdos de transferencias entre los particulares. En cualquier caso, si la Administración expropia, recuperará el coste en el proceso de ajuste de aprovechamientos que debe producirse de las parcelas edificables. Al final del proceso esa adquisición de terrenos de usos públicos se realiza de modo gratuito para el Municipios pues se repercute en las parcelas edificables.

Por tanto, en las áreas de reforma interior se plantea la aplicación de las TAU en ámbitos en los que la presencia de la edificación es importante, y en el que la estructura de la propiedad se encuentra fragmentada, y resulta desaconsejable la delimitación de unidades de ejecución, en su doble modalidad, sea continua o discontinua.

3. Las Áreas Homogéneas de Edificación en las que se incrementa el aprovechamiento.

Las Áreas Homogéneas de Edificación con incremento de aprovechamiento, también son actuaciones urbanísticas susceptibles de incorporar la técnica de las TAU.

Ahora bien, no en todas las áreas homogéneas de la edificación en las que se incrementen los aprovechamientos pueden aplicarse las TAU, sino sólo en

las que se haya delimitado un Área de Reparto: Serían aquellas áreas en las que, a parte de incrementarse el aprovechamiento y mejorar la urbanización, se procede a incrementar el nivel de los espacios y dotaciones públicas. Pues si sólo se requiere el incremento o mejora los servicios públicos y de urbanización existentes, no será necesario delimitar área de reparto, y por tanto, aplicar las TAU, salvo que la asignación del incremento del aprovechamiento no sea idéntica para todas las parcelas.

Hay que recordar que por regla general, y por aplicación del art.36.2.a.2ª de la LOUA, toda innovación del planeamiento que proponga un incremento de aprovechamiento urbanístico lucrativo requiere la previsión de nuevos espacios libres y dotaciones públicas como medida compensatoria para mantener la proporción y calidad de las dotaciones.

Por ello, en la mayoría de los casos, los incrementos de aprovechamientos en las Áreas Homogéneas de Edificación exigirán una previsión de mayores espacios libres y dotaciones en proporción a las necesidades derivadas del incremento de población que genera ese incremento considerable del aprovechamiento. En estos casos, lo lógico será que se establezca como mecanismo para su obtención gratuita la aplicación de TAU, delimitándose un Área de Reparto, que permita la obtención gratuita de las nuevas dotaciones requeridas.

Sólo en aquellos casos en los que el incremento de aprovechamiento aun siendo considerable no supone en realidad un incremento del número de viviendas, y por tanto de la población, no será necesario incrementar las dotaciones públicas (aunque sí los servicios de infraestructuras para adaptarlos a los nuevos requerimientos), por ello, en estos casos, será un supuesto de suelo urbano no consolidado sin área de reparto, y por ello, sin posibilidad de aplicar TAU. Un ejemplo, sería cuando en una zona de ordenanzas, la revisión del planeamiento urbanístico permite un incremento de aprovechamiento urbanístico (de las condiciones de la edificación: generalmente la ocupación) sin incrementar el número de viviendas, y evidentemente sin ninguna alteración en el tejido urbano (tanto desde el punto de vista de su transformación como de cambio de usos).

Las áreas de incremento de aprovechamientos en las que se puede aplicar las TAU se diferencia de las áreas de reforma interior no sólo en la intensidad de la transformación de la estructura urbana (mucho menor) sino también, en el carácter no integral de la propuesta de renovación.

La recualificación en algunas zonas puede realizarse mediante la atribución de un incremento del aprovechamiento objetivo, acompañada de pe-

queñas mejoras infraestructuras, sin alteraciones sustanciales en el tejido urbano, salvo para la mejora puntual de accesos y obtención algunos espacios –pequeños- para equipamientos (generalmente de zonas verdes).

Las TAU se aplican a estos supuestos con alto grado de fraccionamiento de la estructura de la propiedad (microparcelación) y de nivel consolidación de la edificación, en los que no se pretende una renovación de la edificación forzada, sino incentivadora por esas mayores posibilidades que ofrece el plan en la materialización de aprovechamientos, permitiendo en una gestión diferida la obtención gratuita de los suelos de cesión y la recuperación de las plusvalías.

6. LA EJECUCIÓN URBANÍSTICA POR TRANSFERENCIAS DE APROVECHAMIENTOS URBANÍSTICOS

6.1 Funciones y Naturaleza jurídica de las Transferencias

Para realizar una aproximación a la figura de las TAU, debemos clarificar cuál es su naturaleza jurídica. Esta debe quedar determinada en atención a las funciones que cumple.

Para ello partimos del apartado 1 del art.62 LOUA en la que se describe su resultado material:

“... La transferencia determina la justa distribución del aprovechamiento objetivo entre los propietarios intervinientes y legitima su materialización por éstos”.

De este primer párrafo, podemos deducir que la TAU tiene como finalidad la justa distribución del aprovechamiento objetivo atribuido por un planeamiento previamente aprobado, legitimando su materialización por los interesados (ahora bien, no es verdad que legitime siempre su materialización por los intervinientes, lo ordinario será que sólo legitime a uno de ellos para materializar el aprovechamiento objetivo, el otro interviniente será compensado económicamente).

Se trata, en definitiva, de una técnica de ejecución del planeamiento, y por ello debería haberse encuadrado desde el punto de vista sistemático en el Título IV de la LOUA, y no en el Título II como se hace.

Las TAU es una técnica de ejecución urbanística que tiene por finalidad procurar el ajuste entre necesario entre el aprovechamiento subjetivo y el objetivo para legitimar la materialización de éste.

Todos los propietarios de parcelas de un área de reparto tienen igual aprovechamiento subjetivo. El derecho a un aprovechamiento patrimonializable es idéntico para todos los propietarios del área de reparto: el 90 % de su Aprovechamiento Medio y es independiente de que el terreno que origine ese derecho pueda edificarse o esté destinado a usos públicos. Pero los aprovechamientos objetivos (los reales, los que realmente pueden edificarse) se sitúan de forma dispar en las parcelas conforme a las decisiones de planeamiento. Todo propietario de un aprovechamiento subjetivo tiene derecho a materializarlo en una parcela edificable o a recibir una compensación económica sustitutiva.

Por tanto, **cuando se aprueba el planeamiento se produce una situación inicial de desajuste y desencuentro de los aprovechamientos urbanísticos reales respecto a los patrimonializables, de forma que el aprovechamiento subjetivo no suele coincidir con el aprovechamiento real de las parcelas.** Por ello, se hace necesario realizar un ajuste entre uno y otro a fin de garantizar el principio de equidistribución y permitir la materialización de las previsiones del plan.

El derecho al aprovechamiento urbanístico aunque es un derecho desvinculado del suelo, tiene como finalidad última su materialización en edificación en aquellas parcelas con los aprovechamientos urbanísticos reales adecuados. **La ejecución urbanística del planeamiento persigue precisamente que las parcelas en las que se puede edificar cuenten efectivamente con todos los aprovechamientos objetivos patrimonializados por aquellos que están legitimados para solicitar la licencia previa a la edificación.** De no tenerlos, se ponen técnicas para lograrlo.

La facultad de promover la transformación urbanística no es sino una manifestación del derecho al aprovechamiento, a su titular se le atribuyen facultades para poder transformar ese derecho al aprovechamiento en edificación mediante el cumplimiento de una serie de deberes. Por tanto, todas las acciones de los titulares y de la Administración irán dirigidas a producir ese ajuste o encuentro entre los aprovechamientos subjetivos y los objetivos para que el derecho al aprovechamiento urbanístico se pueda transformar en el derecho a la edificación.

La Transferencia es un modo para llevar a cabo a esos ajustes o encuentros en la medida que permite el traslado de los aprovechamientos subjetivos hacia las parcelas con aprovechamientos reales excedentarios.

Es una técnica de ejecución urbanística que pretende aplicar criterios de distribución de beneficios y cargas en el suelo urbano no consolidado en ac-

tuaciones urbanísticas en las que no se haya procedido a la delimitación de unidades de ejecución.

Por tanto, se trata de una técnica de ejecución urbanística asistemática. La ejecución asistemática puede darse en el suelo urbano consolidado o en el no consolidado. **En el suelo urbano no consolidado la actuación asistemática es subsidiaria, y sólo puede establecerse cuando no sea posible o conveniente delimitar una unidad de ejecución.**

Con la TAU no se produce una ejecución simultánea del planeamiento, sino de forma progresiva y desfasada en el tiempo. En el seno del área de reparto se realizarán las diversas transferencias de aprovechamientos como actos parciales y sucesivos de ejecución de las previsiones del Plan.

Es una técnica dirigida principalmente a la adquisición gratuita de los suelos con destino a dotaciones públicas a cargo de las parcelas que tengan un aprovechamiento objetivo superior a la media.

Por ello, cumple la finalidad de hacer efectivo tres deberes de los propietarios del suelo urbano no consolidado:

a) el deber de cesión de terrenos calificados con usos públicos.

b) el deber de compensar a la Administración en concepto de recuperación de plusvalías, bien con parte de la parcela con excesos de aprovechamientos, bien en metálico (salvo supuestos de grandes parcelas, difícilmente el aprovechamiento municipal podrá materializarse en parcelas cedidas).

c) el deber de distribución de beneficios y cargas, pero sólo parcialmente, los correspondientes a los excedentes de aprovechamientos (el deber de distribuir los costes de urbanización no queda suficientemente garantizado, sino es con medidas complementarias establecidas por la Administración Urbanística Actuante).

Tiene naturaleza reparcelatoria, aun cuando no se regule en la sección séptima del capítulo I del Título IV. En realidad es una reparcelación (aunque especial) porque va dirigida a cumplir algunas de las finalidades establecidas en el art.100.2 de la LOUA, en concreto: la justa distribución de los beneficios y las cargas derivadas de la ordenación urbanística y de su ejecución (apdo b), la localización del aprovechamiento urbanístico en suelo apto para la edificación conforme al instrumento de planeamiento de que se trate (apdo c), y la

adjudicación al municipio de los terrenos de cesión obligatoria y gratuita y, en su caso, de fincas resultantes constitutivas de parcelas o solares (apdo d).

Cuando se actúa por unidades de ejecución, el necesario ajuste entre los aprovechamientos reales atribuidos a los terrenos y los patrimonializables por sus titulares, se produce en un solo acto para todos los terrenos de la unidad mediante el proyecto de reparcelación contemplado para los sistemas de actuación, y que permiten una redistribución material de las propiedades afectadas sin perjuicio de las compensaciones económicas que procedan por diferencias de adjudicación.

Esta misma función cumplen las transferencias allí donde no se puede ejecutar el Plan por unidades de ejecución, si bien, de forma puntual y faseada en el tiempo. Y en el que las compensaciones económicas sustitutorias del deber de entrega de parcelas edificables tienen un protagonismo mayor ante las dificultades de distribución material. Pero las compensaciones económicas sustitutorias tampoco son ajenas a la reparcelación ordinaria que puede llevarse a cabo en especie o mediante indemnización sustitutoria de adjudicación de suelo (art.100.5 LOUA).

Es una reparcelación especial porque tiene un procedimiento específico y el ámbito concreto de las fincas reparcelables que integran una concreta TAU se determina en el preciso instante en que se formula la propuesta de TAU.

En efecto, la especialidad de las TAU, es que en el seno del Área de Reparto no están predeterminadas ab initio las parcelas objeto de ajustes de aprovechamientos, existiendo múltiples variables de emparejamientos viables, basta que se encuentren en situación inversa con la cuantía necesaria. Ahora bien, una vez producido el emparejamiento, se produce una unión hasta el final.

De hecho, el ámbito concreto de las parcelas objeto de la transferencia puede decirse que constituye una unidad de ejecución discontinua para consumir la compensación de los aprovechamientos y la cesión de terrenos.

6.2 Concepto

La Transferencia de Aprovechamiento Urbanístico en la LOUA es una técnica de ejecución asistemática del suelo urbano no consolidado con delimitación de Área de Reparto por la que se procede al traslado del aprovechamiento subjetivo no materializable sobre una parcela (por tener un aprove-

chamiento objetivo nulo –en el caso de estar destinada a uso público- o tener un aprovechamiento objetivo inferior al patrimonializable) a otra parcela en situación inversa, es decir en el que el aprovechamiento objetivo (el real materializable) es superior al aprovechamiento subjetivo (patrimonializable) de su titular.

El apartado 1 del art.62 de la LOUA describe en qué consiste las TAU y sus efectos:

“... los propietarios de una parcela o solar pueden transferir el aprovechamiento subjetivo que les corresponda y no puedan materializar en una u otro, a otras parcelas o solares en situación inversa, es decir, que tengan atribuido un aprovechamiento objetivo superior al que corresponda a sus propietarios. La transferencia determina la justa distribución del aprovechamiento objetivo entre los propietarios intervinientes y legitima su materialización por éstos”.

Lo que se transfiere es el aprovechamiento subjetivo de imposible materialización en la parcela que lo origina (“los propietarios ... pueden transferir el aprovechamiento subjetivo...”). Y se transfiere a la parcela con excesos de aprovechamientos objetivos por encima del aprovechamiento subjetivo de su titular.

No es objeto de transferencia el aprovechamiento objetivo, que permanece siempre vinculado a la parcela según la calificación del planeamiento. La transferencia del aprovechamiento objetivo de una parcela a otra, no puede realizarse salvo modificación del plan, y el medio para llevarlo a cabo no es la TAU sino el expediente de aprobación de la alteración del instrumento de ordenación.

Para que pueda producirse la Transferencia, se tiene que dar la situación de desajuste: una parcela con aprovechamientos subjetivos que no puedan materializarse en ella por ser superiores a los reales y una parcela con aprovechamientos reales superiores a los subjetivos. El ajuste se consigue con el traslado de los aprovechamientos subjetivos hacia la parcela con aprovechamientos objetivos superiores a los patrimonializables para que aquéllos puedan ser materializados legítimamente.

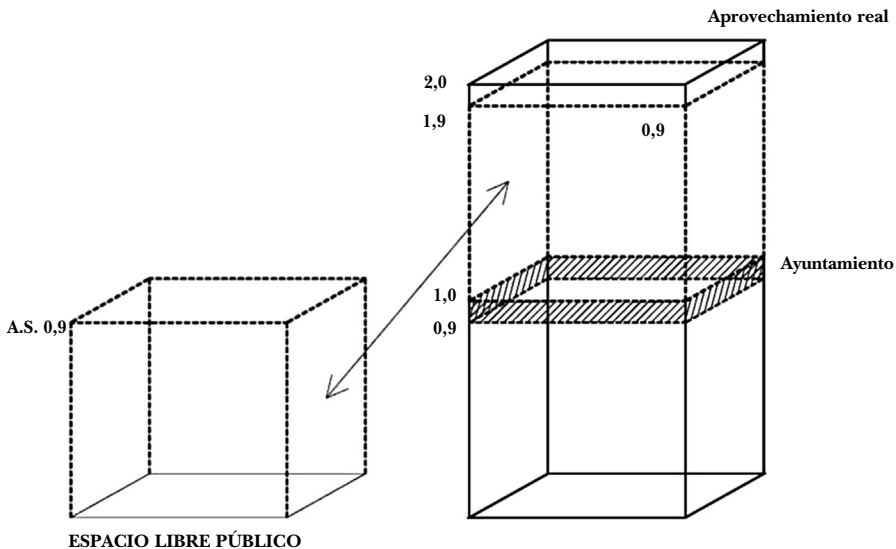
3.3 Situaciones de las parcelas con respecto al aprovechamiento medio y posibilidades de transferencias.

En relación con el aprovechamiento subjetivo atribuido por el planeamiento, la situación de las parcelas y el aprovechamiento objetivo asignado a

ellas, se plantea de forma diversa. Las situaciones de desajuste entre aprovechamiento subjetivo y objetivo se producen en tres casos, pero en sólo dos de ellas pueden plantearse las TAU:

- Situación 1ª. Parcela con aprovechamiento objetivo nulo y Parcela receptora con aprovechamiento objetivo igual o superior al aprovechamiento medio.

Es un supuesto en el que se puede aplicar las transferencias de los aprovechamientos subjetivos no materializables en la parcela (A) con aprovechamientos objetivos nulos (que por definición debe estar calificada con usos con destino públicos), que será la parcela transmitente a la parcela (B) con aprovechamientos objetivos superiores al aprovechamiento medio, que será la parcela receptora. En estos casos, para la validez de las transferencias se requiere la cesión gratuita de la parcela (A) calificada para usos públicos al Ayuntamiento.



Parcela A

Parcela B

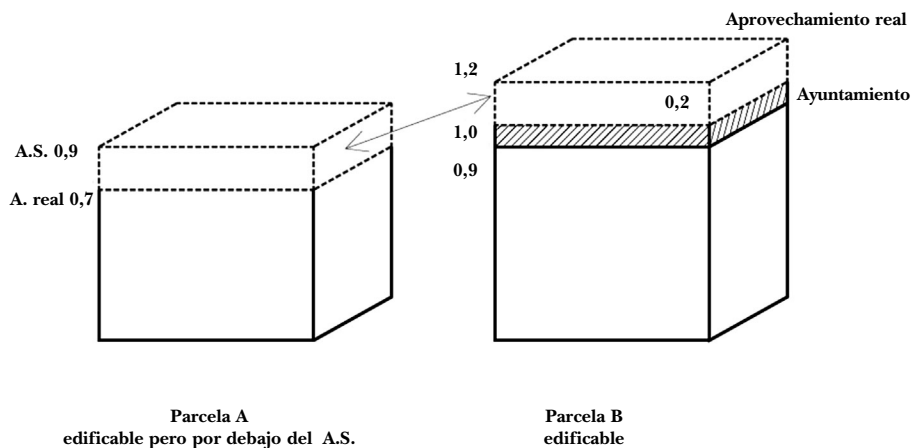
APROVECHAMIENTO OBJETIVO: 0

APROVECHAMIENTO SUBJETIVO: 90% APROVECHAMIENTO M. AR.

- Situación 2ª. Parcela con aprovechamiento objetivo inferior al subjetivo y Parcela receptora con aprovechamiento objetivo superior al aprovechamiento medio.

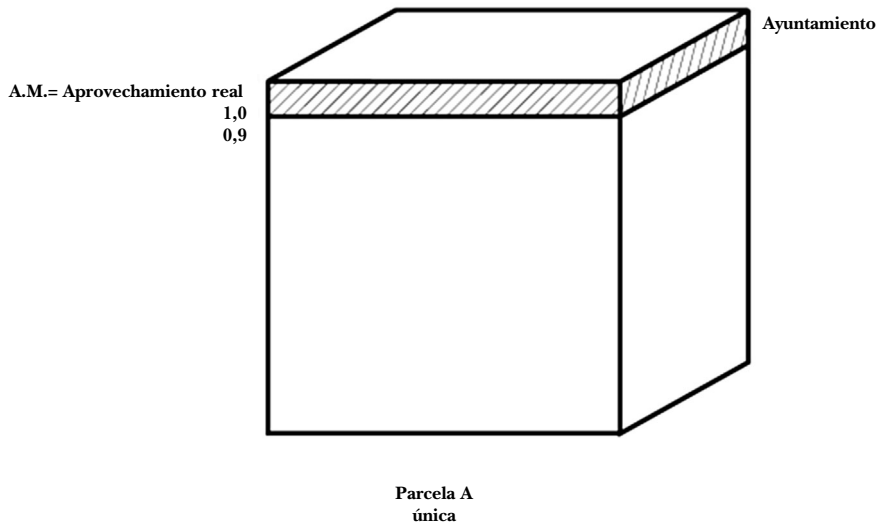
Se trata de una parcela (A) con aprovechamientos lucrativos pero inferiores al aprovechamiento subjetivo. El aprovechamiento subjetivo de imposible materialización en la parcela (A) puede ser objeto de transferencia a otra parcela (B) con unos aprovechamientos objetivos superiores al resultado de aplicar a su superficie el aprovechamiento medio. En este caso, se trata de una parcela (A) apta para la edificación si bien en cuantía inferior al aprovechamiento subjetivo de su titular, quien podrá edificar hasta esa cuantía y transferir el resto a una parcela (B) en situación inversa.

En este caso no se produce la cesión al Ayuntamiento de la parcela (A) que origina el aprovechamiento subjetivo que se transfiere.



- Situación 3ª. Parcela con aprovechamiento objetivo superior al 90% del Aprovechamiento medio pero igual o inferior al 100% aprovechamiento medio.

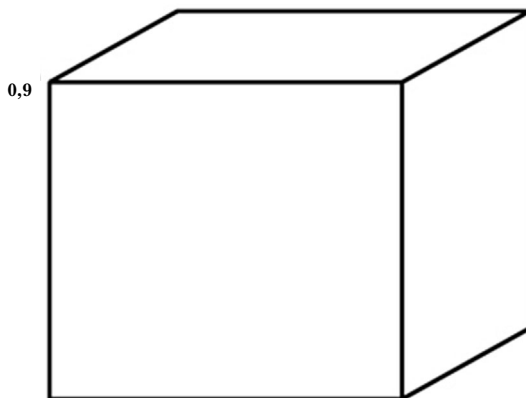
Se trata de una parcela edificable con aprovechamientos objetivos superiores al subjetivo pero en una cuantía no superior al 10% del Aprovechamiento Medio. En este caso, no se produce una transferencia de aprovechamientos propiamente dicha, porque ese exceso pertenece a la Administración. El desajuste se resuelve en el seno de la misma parcela (A), mediante la cesión de la parte del aprovechamiento que le corresponda a la Administración Urbanística, mediante compensación económica sustitutiva (art.55.2.B.a y art. 64.1)



- Situación 4ª. Parcela con aprovechamiento objetivo coincidente con el aprovechamiento subjetivo (90% aprovechamiento medio).

Se produce una situación de partida en el que el aprovechamiento objetivo de una parcela es idéntico al aprovechamiento subjetivo que le corresponde a su titular. Al existir esa coincidencia, el ajuste es perfecto, y no procede ni la cesión del aprovechamiento al Ayuntamiento ni la adquisición de excesos por transferencias.

Aprovechamiento real = Aprovechamiento subjetivo



Parcela A
única

6.4 Requisitos de eficacia de la transferencia

El apartado 3 del art.62 LOUA establece un doble requisito de eficacia para la transferencia de aprovechamientos:

“la eficacia de toda transferencia requiere la cesión gratuita al Municipio, libre de cargas y en pleno dominio, de las superficies de suelo de que traiga su causa el aprovechamiento subjetivo que sea objeto de transferencia y la equivalencia, en términos de valor urbanístico, entre dicho aprovechamiento subjetivo y el aprovechamiento objetivo que sea atribuido por razón de éste”

En cuanto al primer requisito de eficacia (esto es la cesión gratuita de la parcela de la que traiga su causa el aprovechamiento subjetivo que es objeto de transferencia) representa una mala redacción de la LOUA. No puede establecer como requisito de eficacia para todas las transferencias la cesión gratuita de las superficies de suelo de que traiga causa el aprovechamiento subjetivo que sea objeto de transferencia.

La interpretación correcta es que esa cesión sólo se dará en el caso de que la parcela (A) de la que trae su causa el aprovechamiento subjetivo que se transfiera esté destinada a usos públicos (Situación Primera analizada, es decir, que tiene un aprovechamiento lucrativo nulo). Pero si el objeto de la transferencia es un aprovechamiento subjetivo que un propietario no puede materializar enteramente en su parcela, que cuenta con aprovechamientos objetivos, pero que son inferiores a su derecho de aprovechamiento (Situación Segunda), esa parcela no se cede, sino que sigue perteneciendo a ese propietario, que podrá materializar una parte de su aprovechamiento en su parcela y compensarse del déficit mediante la transferencia de ese aprovechamiento subjetivo no materializable a la parcela con excesos de aprovechamiento real, mediante acuerdo de cesión o distribución del aprovechamiento.

La hipótesis más corriente de transferencia se producirá entre una parcela que carece de aprovechamientos objetivos (aprovechamiento lucrativo nulo por estar destinada a usos públicos) con una parcela con excesos de aprovechamientos por encima del medio. Pero aunque éste sea el supuesto más normal de transferencias, no se trata más que una de las tipologías posibles de TAU. Por ello, habrá que entender que esa cesión de la parcela de la que traiga su causa el aprovechamiento subjetivo transferible, como requisito de eficacia que establece la LOUA, lo será en su caso, es decir si en el proceso de transferencias se pone en juego una parcela con usos públicos.

En resumen, si los aprovechamientos subjetivos que se transmiten están originados en una parcela con aprovechamientos objetivos (en la que se puede edificar pero cuenta con aprovechamientos reales inferiores al aprovechamiento subjetivo de su titular, que tiene un remanente), la transmisión de esos aprovechamientos no lleva aparejado la transmisión de la parcela. Si los aprovechamientos subjetivos que se transmiten están originados en una parcela con aprovechamiento lucrativo nulo, entonces procede la cesión de esa parcela al Ayuntamiento.

El segundo requisito que establece el apartado 3 del art.62 LOUA es la equivalencia, en términos de valor económico, entre el aprovechamiento subjetivo objeto de transferencia y los aprovechamientos reales a los que se atribuye.

La ecuación que debe darse es la siguiente: valor del aprovechamiento subjetivo transferible = valor del aprovechamiento objetivo excedentario que queda legitimado para su edificación.

Por tanto, se realizan dos valoraciones en función de su localización:

- Los aprovechamientos subjetivos que se transfieren se valoran conforme a la localización de la finca transmitente
- Los aprovechamientos reales se valoran conforme al valor de la finca receptora.

Como consecuencia, de la incidencia de la distinta valoración de unos aprovechamientos y otros, la paridad final o ajuste global de los aprovechamientos no queda garantizado por la aplicación de las TAU.

No puede entenderse el requisito de la equivalencia como correspondencia exacta de complementariedad perfecta de aprovechamientos (o mejor dicho de valoración de aprovechamientos) entre una finca y otra. Entre otras razones porque se establecería un sistema rígido de transferencias que exigiría que en cada operación se buscara una equivalencia exacta de valores urbanísticos de los aprovechamientos entre dos parcelas en situación inversa. Por el contrario, no puede descartarse que una finca con aprovechamientos subjetivos que no pueden materializarse, puede ser objeto de sucesivas transferencias hasta agotar ese derecho.

La Administración no puede ser ajena a la valoración que realicen los particulares de las unidades de aprovechamientos, porque en otro caso se producirían graves desajustes.

6.5 Los Efectos de la Transferencia

De lo expuestos en los epígrafes anteriores, puede concluirse que los efectos jurídicos de las Transferencias de Aprovechamientos Urbanísticos son:

1. La justa distribución de los beneficios y de las cargas de cesión de suelo gratuito a la Administración
2. la legitimación para materializar la edificación, si además se cumple el resto de requisitos.
3. En su caso, la cesión de la parcela con usos públicos.

6.6 Modos de realizar la transferencia entre particulares. Tipos de acuerdos de transferencias

La forma concreta como se realiza la transferencia entre particulares puede ser una cesión o una distribución (conforme al art.65.1.a).

A) **Acuerdo de Cesión del aprovechamiento.**- tiene como efecto la concentración en un mismo titular de la totalidad de los aprovechamientos subjetivos necesarios para poder materializar el 90% de los aprovechamientos objetivos que posibilita el plan sobre la parcela receptora. Mediante este acuerdo se consigue que el 90% de los aprovechamientos objetivos puede materializarse por un sólo propietario, que se encuentra legitimado de una parte, por ser titular de aprovechamientos subjetivos en la propia parcela receptora, y de otra, en virtud del acuerdo de cesión con el propietario de la parcela transmisora que le permite adquirir los aprovechamientos excedentarios. Por tanto, no sólo se transfieren de una parcela a otra los aprovechamientos subjetivos, sino que el propietario de la parcela transmisora los cede y los transmite, al titular de la parcela con aprovechamientos objetivos excedentarios, que los adquiere. Esta cesión se realiza mediante compensación económica sustitutiva (económica, sin perjuicio de otra forma de pago admitida por las partes). Para poder materializar el 100% de los aprovechamientos reales precisaría además llegar a un acuerdo con el Ayuntamiento de cesión del 10% de los aprovechamientos reales que le corresponden a éste por ser Administración Urbánística actuante. Por tanto, el acuerdo de cesión es un acuerdo de venta.

El propietario de la Parcela A llega a un acuerdo con el propietario de la Parcela B (con aprovechamiento real deficitario con respecto a su aprovechamiento subjetivo) en virtud del cual, le transmite la totalidad de sus aprovechamientos subjetivos que no puede materializar, a fin de que el titular de la Parcela A quede legitimado para edificar mayores aprovechamientos reales. El

propietario B recibe una compensación, quedando su Parcela con menor valor económico como consecuencia de la transmisión de los aprovechamientos subjetivos.

Aun cuando exista intervención administrativa, el acuerdo de cesión es un verdadero contrato de compraventa de aprovechamientos urbanísticos realizados entre privados, mediante el cual se transmiten esos aprovechamientos, que pasan de un patrimonio a otro, del titular de la parcela transmitente al titular de la receptora, quien los adquiere, quedando legitimado para acceder a su materialización.

B) Acuerdo de distribución de aprovechamientos.- este acuerdo de distribución es una verdadera reparcelación material, en el que en virtud de la transferencia de aprovechamientos que se produce desde la parcela transmitente (con aprovechamientos lucrativo deficitario) a la receptora (con aprovechamiento real superior al patrimonializable por su titular), los propietarios de ambas parcelas se reparten el 90% del aprovechamiento real de la parcela receptora conforme a su derecho de aprovechamiento. De esta forma, el propietario de la parcela con aprovechamientos reales deficitarios tiene derecho a la adjudicación de aprovechamientos reales en la parcela receptora. Hasta la materialización final de los aprovechamientos, ambos comporten el derecho a la edificación en proporción a sus derechos de aprovechamiento.

El acuerdo de distribución de aprovechamiento es el supuesto más preciso de transferencia de aprovechamiento en sentido estricto, atendiendo a su naturaleza reparcelatoria.

Siguiendo a M^a Jesús Jiménez Linares (en “El derecho al aprovechamiento urbanístico”) puede decirse que la distribución implica un reparto de los aprovechamientos objetivos, en el que cada uno de los propietarios de las parcelas objeto de transferencias que se encuentran en situación inversa (es decir el titular del aprovechamiento subjetivo que debe trasladarse y el titular de la parcela con aprovechamientos reales excedentarios) se ponen de acuerdo en la adjudicación final de los aprovechamientos materializables. Un propietario aporta el terreno en el que se pueden materializar aprovechamientos urbanísticos que exceden de su derecho, y el otro aporta aprovechamientos subjetivos.

La Ley no reconoce un derecho del propietario de la parcela con aprovechamientos subjetivos a materializarlo en la parcela con excesos de aprovechamientos reales, sino que simplemente pone las condiciones para que estén abocados a entenderse. Los acuerdos pueden ser múltiples: cesión de parcela

(si es segregable, en cuyo caso el resultado final es que un propietario cede el terreno o parte del mismo al propietario que cuente aprovechamiento subjetivo que no pueda materializar) o titularidad conjunta de la parcela si no es segregable, o incluso acuerdos más complejos, como puede ser el de promoción conjunta.

En todo caso, el acuerdo de transferencia entre los particulares no puede incidir en los intereses de la Administración y por ello ha de dejar margen para hacer efectivo el derecho al aprovechamiento urbanístico correspondiente al Ayuntamiento. Lo que significa que no se transfieren los aprovechamientos urbanísticos por cuantía equivalente a los aprovechamientos que faltan por patrimonializar, sino que la parte correspondiente al 10% del aprovechamiento medio en cada parcela perteneciente a la Administración no puede ser transferida en los acuerdos entre los particulares, por que ese aprovechamiento municipal se encuentra vinculado a la finca con excesos de aprovechamientos reales.

6.7 Los acuerdos entre particulares y el Ayuntamiento de transmisión de aprovechamientos

El art.64.1 de la LOUA dispone que con ocasión de la solicitud de licencia, los municipios podrán transmitir directamente y por precio a satisfacer en metálico, la totalidad o parte del aprovechamiento objetivo atribuido a una parcela que exceda del aprovechamiento subjetivo correspondiente a su propietario.

Aun en las TAU celebradas entre particulares, bien en el propio acuerdo o en el momento de su aprobación, se pone de relieve la necesidad de completarla con el acuerdo de cesión del aprovechamiento municipal.

Pero el Ayuntamiento, puede intervenir directamente en una transferencia de aprovechamiento como interesado y no simplemente como Administración Urbanística, si previamente ha patrimonializado suelos con destino a usos públicos mediante adquisición onerosa. En estos casos, el Ayuntamiento adquiere la titularidad de una parcela con aprovechamientos subjetivos que no puede materializar y puede realizar el acuerdo de transferencias igual que si uno realizado entre los particulares.

Si la TAU se realiza por el Ayuntamiento, en realidad, habrá que distinguir un doble contenido de actos jurídicos de transmisión de aprovechamientos, en el que se diferencia una transferencia y una cesión:

- a) una cesión del aprovechamiento municipal en cuanto Administración Urbanística, normalmente mediante compensación económica. No se transfiere ningún aprovechamiento de una finca a otra: sólo se transmite la parte del aprovechamiento municipal que se genere en la parcela edificable. Es el aprovechamiento correspondiente al tramo que se sitúa entre el 90% y el 100% del AM.

Es importante aclarar que la transmisión del 10% de excesos de aprovechamientos, no es técnicamente una transferencia de aprovechamiento. En este caso, la transmisión que se produce es la cesión a favor del titular de la parcela de los derechos que tiene la Administración en la misma parcela de la que se deriva su participación en las plusvalías derivadas del planeamiento. Por ello, no se produce transferencia de aprovechamientos entre parcelas, sino la cesión del aprovechamiento que le corresponde a la Administración en la misma parcela en la que se origina el exceso de aprovechamiento.

- b) Una verdadera transferencia, ya sea mediante acuerdo de distribución o de cesión

Hay que tener presente que la valoración de la cesión del 10% AM correspondiente a la Administración se valora conforme a la finca que lo soporta. Y además, se trata de un aprovechamiento que se entrega libre de cargas urbanísticas, por lo que la valoración de ese 10% es superior a la valoración del tramo correspondiente a los excesos sobre el aprovechamiento medio.

6.8. La forma y el procedimiento de la transferencia

Conforme a lo dispuesto en el art.62.2 LOUA el acuerdo de transferencia debe formalizarse en escritura pública, con planos adjuntos expresivos de la localización y dimensiones de las parcelas implicadas.

El acuerdo entre las partes de la transferencia debe contener:

- a) La identificación de las parcelas que intervienen: la transmitente y la receptora de aprovechamientos
- b) La determinación de los aprovechamientos objetivos y subjetivos que corresponde a cada parcela interviniente.
- c) La cuantificación del aprovechamiento que se transfiere.
- d) La determinación de si la transferencia consiste en una cesión o una distribución.

- e) las compensaciones económicas que correspondan.
- f) La descripción del estado de aprovechamientos urbanísticos resultantes de cada parcela.
- g) La cesión de la parcela transmitente a la Administración, en el caso de que esté destinada a usos públicos.

En el apartado 2 se establece **la necesidad de la aprobación municipal para la validez de las Transferencias**: “La transferencia de aprovechamiento deberá ser aprobada por el Municipio”

La LOUA no indica el procedimiento de aprobación, dejando pasar la oportunidad de su concreción porque el apartado 4 vuelve sobre esta cuestión, pero con un contenido que nada añade a lo previsto en el apartado 2. Así dispone el apartado 4: “Las transferencias de aprovechamientos convenidas por los propietarios para el cumplimiento de sus deberes y obligaciones urbanísticos y el cumplimiento del principio de justa distribución de beneficios y cargas, se **aprobarán y tramitarán** por la Administración actuante conforme a lo dispuesto en los números anteriores”.

Puede entenderse que la tramitación únicamente contendría un acuerdo de aprobación. Pero también podría interpretarse que se aplicarían de forma supletoria las normas del procedimiento de aprobación de la reparcelación voluntaria (art.104.2), dada su similitud, lo que exigiría un trámite de información pública de 20 días.

6.9. Actividad fiscalizadora de la Administración

La Administración controla en el momento de la edificación el ajuste entre los aprovechamientos subjetivos y objetivos, y además controla los acuerdos de transferencias de aprovechamientos al requerirse la aprobación municipal.

En la solicitud de licencia, se controlan los siguientes aspectos, relacionados con las TAU:

1. Que se trate de un suelo urbano no consolidado
2. Que se trate de un ámbito en el que no esté delimitado ni se prevea la delimitación de unidades de ejecución.
3. Que venga previsto en el planeamiento general la aplicación de las TAU, estableciendo la delimitación del Área de Reparto y determinando el aprovechamiento medio.
4. Que cuente con la ordenación pormenorizada establecida directamente por el Plan General o, en otro caso, que se encuentre apro-

bado definitivamente el Plan Especial si se trata de un área de reforma interior con ordenación pormenorizada diferida en el planeamiento general, o incluso del Estudio de Detalle. Al tratarse de una técnica de ejecución urbanística, se encuentra vinculada a lo dispuesto en el art.96.1.b) de la LOUA (presupuesto de cualquier actividad de ejecución) que requiere la previa aprobación del instrumento de planeamiento idóneo dirigido a establecer la ordenación pormenorizada para el desarrollo de la actividad de ejecución.

5. Si se han formalizado o no las transferencias y la cesión del aprovechamiento municipal.

En el acto de aprobación la Administración realiza una labor fiscalizadora y controladora de las Transferencias: la clarificación de los aprovechamientos que intervienen, su correspondencia y equivalencia. A parte de garantizar, la obtención gratuita de la finca con aprovechamiento lucrativos nulos por estar destinada a usos públicos, así como la materialización o compensación de su derecho a la participación en las plusvalías.

Por eso, no puede admitirse la plena libertad de los acuerdos de TAU entre los particulares, porque siempre es preciso realizar el ajuste de los aprovechamientos correspondientes al Ayuntamiento.

La LOUA ha limitado el acuerdo privado de transferencias de aprovechamientos, y sólo tiene efectos administrativos el que es aprobado por la propia Administración.

Según Bassolls Comas: “Estamos ante negocios jurídicos de carácter civil que tienen por objeto la transmisión, el pase de un patrimonio a otro, de determinados bienes. Una actividad hasta cierto punto coordinada, controlada y vigilada por la Administración, pero que no por ello deja de ser esencialmente privada”.

La actividad fiscalizadora tiene su última expresión en la necesidad de inscripción de las TAU en un registro especial de naturaleza administrativa. El artículo 65 de la LOUA regula el Registro de Transferencia de Aprovechamientos.

En realidad, este Registro cumple funciones más amplias que las de un Registro de Transferencias de Aprovechamientos en sentido exclusivo, pues se deben inscribir los acuerdos de aprobación de las reservas de aprovechamiento.

No puede inscribirse en el Registro de TAU si no se acredita la titularidad de la parcela/s a la que la transferencia se refiera. Si existen cargas es precisa la conformidad de aquéllos a cuyo favor figure (los titulares de los derechos que gravan la finca objeto de transferencia).

La LOUA no exige que las TAU se realicen entre fincas pertenecientes a la misma Área de Reparto, pero la lógica del sistema exigiría esta pertenencia unitaria.

6.10 Actividad intermediadora de la Administración en las TAU

La Administración puede facilitar el ajuste de los aprovechamientos y por tanto, de las transferencias. Así, de forma previa, puede identificar, para general conocimiento, los aprovechamientos que se pueden transferir o ceder. Pero fundamentalmente su actividad intermediadora se concentrará en generar aprovechamientos subjetivos que pueden aplicarse a las TAU mediante la previa adquisición de los terrenos calificados para usos públicos de forma onerosa.

De forma accesoria la Administración puede facilitar la edificación de las parcelas con aprovechamientos urbanísticos excedentarios mediante compensaciones económicas sustitutivas. Así se reconoce en el art.64.1 de la LOUA, en defecto de acuerdo de transferencia o reserva. Esta es una alternativa que incorpora la LOUA, si bien puede generar efectos perturbadores si la Administración no procede de forma inmediata a adscribir esos ingresos para la adquisición de los suelos dotacionales y procede a iniciar los procedimientos para su efectiva adquisición.

Y es que, en defecto de estos acuerdos de transferencias, el aprovechamiento subjetivo no materializable debe ser expropiado por la Administración en el caso de parcela con destino de usos públicos; de igual forma, deberá ser expropiado o indemnizado el aprovechamiento subjetivo no materializable en el supuesto de parcela con aprovechamiento real inferior.

6.11 Sobre el carácter forzoso o voluntario de las TAU

De una primera interpretación podría deducirse de lo dispuesto en el artículo 62.1 de la LOUA que las transferencias son voluntarias, al establecer que “los propietarios de una parcela o solar pueden transferir el aprovechamiento”.

Ahora bien, la configuración de las transferencias como voluntarias supone asumir el riesgo de que finalmente la Administración no obtenga de for-

ma gratuita los equipamientos del suelo urbano no consolidado, y sin embargo, tenga necesariamente que compensarlos a sus propietarios. Y es que, los propietarios de parcelas con aprovechamiento nulo o con aprovechamientos inferiores al 90% del aprovechamiento medio del Área de reparto, tienen derecho a exigir al Municipio la compensación económica equivalente.

En efecto, los propietarios de parcelas con aprovechamiento objetivo nulo (destinadas a usos públicos) pueden forzar al Ayuntamiento a la expropiación (art.140.1 de la LOUA).

Un desfase en la aplicación de las TAU con retrasos por parte de los propietarios con parcelas con aprovechamiento objetivo superior puede provocar que se rompa en pedazos la estrategia de gestión planteada de adquisición gratuita sin desembolsos previos como consecuencia del ejercicio de la facultad reconocida en el art.140.1 a los propietarios de parcelas calificadas con usos públicos.

Por tanto, no puede hablarse de voluntariedad en términos generales de las TAU, porque no puede quedar en manos de un propietario el cumplimiento de los deberes de cesión (recuperación de plusvalías y de los excesos) y equidistribución. Siempre existe la obligación de ajustar los aprovechamientos y adquirir los necesarios bien sea materialmente o mediante compensación económica sustitutiva.

Por ello, las TAU son obligatorias para el propietario con excedentes de aprovechamientos y potestativas para el propietario con parcelas con aprovechamiento deficitario o nulo, que tiene la alternativa de la expropiación o de la reserva de aprovechamientos, o incluso de la ocupación directa. La única alternativa que tendrían los propietarios con excedentes es solicitar al Ayuntamiento la cesión del aprovechamiento excedentario.

No existe un deber a transferir por parte del propietario con defectos de aprovechamientos reales (“los propietarios pueden transferir”), pero sí puede ser objeto de expropiación por parte de la Administración, quien se subrogaría en esos derechos, y se produciría con posterioridad el ajuste necesario.

6.12 Las Transferencias y el Registro de la Propiedad

El art.1.3 del RD 1093/1997, de 4 de julio señala que serán inscribibles los actos de transferencia del aprovechamiento urbanístico y ello, incluso cuando den lugar a un derecho separado del suelo.

Por tanto el aprovechamiento urbanístico es susceptible de tráfico jurídico y es considerado en el citado RD como una figura especial disgregada del suelo.

La disociación del contenido del derecho de propiedad inmobiliaria se materializa en el Registro de la Propiedad al permitir inscribirse el aprovechamiento como finca independiente. Los efectos que se derivan son:

a) la adquisición del derecho al aprovechamiento urbanístico se hace constar por nota marginal en la finca de la que forma parte.

b) la transferencia de aprovechamientos entre distintas fincas es inscribible.

c) se produce la apertura transitoria de un folio independiente cuando no pueden inscribirse las unidades de aprovechamiento en el folio correspondiente a la finca de que proceden y se extingue cuando se puede inscribir a favor del titular del aprovechamiento la finca de resultado.

VII. CONCLUSIONES SOBRE LAS TRANSFERENCIAS DE APROVECHAMIENTOS URBANÍSTICOS DE LA LOUA

1ª. La técnica de Transferencias de Aprovechamientos Urbanísticos definida en la Ley andaluza 7/2002 tiene un alcance limitado (en cuanto a la categoría de suelo), sólo son de aplicación cuando lo prevea el Plan General en el suelo urbano no consolidado en el que se delimite un Área de Reparto y no se delimite unidad de ejecución.

2ª. Se excluye su aplicación en el suelo urbano consolidado.

3ª. La virtualidad que en la legislación vinculada al Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 tenían las TAU de apoyo a las políticas de rehabilitación, ha desaparecido, por quedar excluida su aplicación en el suelo urbano consolidado (y por regla general los terrenos del conjunto histórico, salvo en las operaciones puntuales de reforma interior, tienen el carácter de suelo urbano consolidado).

4ª. Las TAU de la LOUA no aseguran que los propietarios del suelo urbano no consolidado cumplieran todos los deberes, sino sólo de algunos de ellos, el resto dependerá del grado de urbanización. La Transferencia permite ejecutar los deberes de cesión y distribución, pero no el deber de urbanizar, que se garantiza también en el acto del otorgamiento de licencia mediante los compromisos oportunos para su ejecución simultánea a la edificación.

5ª. No pueden identificarse con las TAU establecidas por el TRLS 92 que afectaban a todo el suelo urbano.

6ª. No pueden identificarse con las TAU deducidas de la legislación vinculada al TRLS 76.

7ª. No queda garantizado que finalice el proceso de transferencia de aprovechamientos a lo largo de la vida del Plan, salvo que se establezca un plazo de edificación, que afecte incluso a las parcelas ya edificadas para su sustitución de acuerdo con las nuevas posibilidades edificatorias del Plan.

8ª. Las TAU ponen de relieve que el aprovechamiento urbanístico es un derecho real patrimonializable con independencia del suelo.

Jerez a 29 de junio de 2004.

JURISPRUDENCIA



La recepción por el Tribunal Supremo de la Doctrina de la Vinculación Negativa de la Ordenanza Local al Principio de Legalidad Sancionadora

Francisco Toscano Gil

Becario FPDI
Universidad Pablo de Olavide

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS ANTECEDENTES DE LA STS DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2003. III. LA DOCTRINA TRADICIONAL SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD SANCIONADORA EN EL ÁMBITO LOCAL. IV. LA REINTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL ÁMBITO SANCIONADOR LOCAL: LA RECEPCIÓN DE LA DOCTRINA DE LA VINCULACIÓN NEGATIVA POR LA STS DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2003. V. CONCLUSIONES. VI. ANEXO JURISPRUDENCIAL.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Española de 1978 reconoce en su artículo 137 la autonomía local¹. La potestad normativa local forma parte del núcleo fundamental del contenido de esta autonomía garantizado por la Constitución². El producto de esta potestad es la norma local, cuya manifestación más usual, aunque no la única, es la llamada ordenanza local. Por tanto, podemos afirmar que a través de la norma local se manifiesta y materializa la autonomía local.

La ordenanza local es una norma de naturaleza reglamentaria, ya que los entes locales no tienen potestad legislativa. Esta naturaleza determina que la ley actúe

¹ El artículo 137 CE dice así:

“El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan.

Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses.”

² La potestad reglamentaria de los entes locales se reconoce en el artículo 4.1.a) de la Ley de Bases del Régimen Local, de 2 de abril de 1985.

como el principal límite de la ordenanza local, conforme al principio de jerarquía normativa y al principio de legalidad, ambos recogidos en la Constitución³.

Ambos principios constitucionales, autonomía local y principio de legalidad, colisionan y entran en conflicto. Es necesario cohonestar estos principios, lograr su coexistencia en armonía. Lo que no es posible si uno de ellos crece a costa de restar espacio al otro. Para evitar una configuración del principio de legalidad excesivamente limitadora de la ordenanza local, y, por tanto, negadora de la autonomía local, se esgrimen por parte de algunos sectores de la doctrina española argumentos a favor de extender el campo de actuación de la ordenanza local. La solución pasa por reconocer las peculiaridades de la norma local, que, pese a ser norma de naturaleza reglamentaria, está dotada de características que la singularizan frente a los reglamentos estatales y autonómicos, haciéndola diferente. Esto supone una reinterpretación flexibilizadora del principio de legalidad, que facilite unas mayores posibilidades de actuación para la ordenanza local⁴.

La jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Constitucional, se ha mostrado vacilante y contradictoria al definir las posibilidades de la ordenanza local en su relación con la ley⁵. Ha sido reacia a admitir las soluciones aportadas por la doctrina ante la problemática planteada por los límites que la ley implica para la ordenanza local. Si tenemos que resumir la postura jurisprudencial en esta materia, podemos definirla como contraria a admitir la reinterpretación de los principios de legalidad y de reserva de ley propugnados por nuestra doctrina⁶.

³ El artículo 9.3 CE reconoce ambos principios, legalidad y jerarquía normativa, de la siguiente forma:

“La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

⁴ Por lo que hace a la extensa bibliografía que ha proporcionado nuestra doctrina sobre estas cuestiones, nos remitimos a las citas bibliográficas que iremos haciendo a nota a pie de página a lo largo de este trabajo.

⁵ ORTEGA califica la posición del Tribunal Constitucional al respecto como “prudente y ambigua”. *Vid.* Ortega Álvarez, Luis, “La potestad normativa local”, en Font i Llovet, Tomás, *Anuario del gobierno local 2001*, Marcial Pons, Barcelona, 2001, pág. 40.

⁶ *Vid.* Nieto García, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 126. Sobre la jurisprudencia relativa al alcance de la ordenanza local respecto de los derechos de propiedad y de libertad de empresa, como materias reservadas a ley, *vid.* Blasco Díaz, José Luis, *Ordenanza municipal y ley*, Marcial Pons, Madrid, 2001, págs. 149-159.

No obstante, también es cierto que, progresivamente, se ha ido abriendo una cierta línea favorable a admitir la posibilidad de matizar la reserva de ley en determinados ámbitos. De este modo, la reserva de ley deja de ser una institución de aplicación uniforme en todos los campos, y pasa a ser objeto de modulación en determinadas situaciones.

A pesar de todo esto, si nos fijamos en los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo en un ámbito concreto, el del Derecho sancionador local, y nos detenemos a analizar el grado de vinculación de la ordenanza local al principio de legalidad sancionadora, el criterio no ha sido siempre el mismo, y su jurisprudencia sigue siendo contradictoria. Unas veces, el Tribunal Supremo se ha mostrado más flexible, admitiendo una cierta modulación del principio de reserva de ley sancionadora en relación a la norma local. En otras ocasiones, la doctrina de este Tribunal ha sido bastante restrictiva para con las posibilidades de la ordenanza local⁷.

Ahora bien, es en los últimos años cuando nos encontramos con algunos pronunciamientos de ambos Tribunales bastante significativos, por lo que hace a la recepción de esta interpretación flexible de los principios de legalidad y de reserva de ley, y que deben ser tomados, sin duda, como un punto de inflexión al respecto en la jurisprudencia de los mismos.

Es fundamental la STC 233/1999, de 16 de diciembre (RTC 1999/233)⁸, por cuanto admite la posibilidad de modular la reserva de ley en lo local. Se trata de una reserva de ley tributaria⁹. De ahí a la modulación en el ámbito

⁷ Vid. Nieto García, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, *op. cit.*, págs. 495-532, donde NIETO recoge el contenido de alguna de estas sentencias. También es interesante el análisis jurisprudencial que realiza BALLESTEROS, en Ballesteros Fernández, Ángel y Gieure Le Caessant, Javier, *Los reglamentos y ordenanzas locales. Estudio especial del Reglamento orgánico*, Centro de Estudios Delta, Valencia, 2000, págs. 22-25, o en Ballesteros Fernández, Ángel, *Manual de Administración local*, Comares, Granada, 1998, págs. 201 y 202.

⁸ De esta sentencia fue Ponente PABLO CACHÓN VILLAR.

⁹ Sobre la modulación del principio de reserva de ley en el ámbito tributario local, *vid.* Bello Paredes, Santiago, *Las ordenanzas locales en el vigente Derecho español. Alcance y articulación con la normativa estatal y autonómica*, INAP, Madrid, 2002, págs. 170 y 225-246; Bello Paredes, Santiago, "La reserva de ley en el ámbito tributario local: una reflexión en torno a la Ley de Tasas Estatales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 280-281, 1999; Blasco Díaz, José Luis, *Ordenanza municipal y ley*, *op. cit.*, págs. 211-235; Embid Irujo, Antonio, "Ordenanzas y reglamentos municipales", en Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho municipal*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 541; Fernández

sancionador local hay poca distancia. Y esa distancia la recorre la STC 132/2001, de 8 de junio (RTC 2001/132), primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional admitiendo la posibilidad de relajar el límite que la reserva de ley implica para la ordenanza local en este ámbito¹⁰. Por último, debemos citar la reciente STS de 29 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6487), de indudable relevancia por cuanto pretende sentar doctrina en la materia, con su innovadora y revolucionaria recepción de la doctrina de la vinculación negativa del principio de legalidad¹¹.

Si la sentencia del Tribunal Constitucional que acabamos de mencionar da un paso importante al admitir la modulación de la reserva de ley en el ámbito sancionador local, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6487), da un paso más, mediante la recepción de la doctrina de la vinculación negativa de la ordenanza al principio de legalidad sancionadora.

La pretensión innovadora de la STS de 29 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6487), sus novedosas aportaciones en la construcción de una nueva doctrina sobre las relaciones entre la ley y la ordenanza local en la jurisprudencia española, y su carácter reciente, justifican por sí sólo el convertirla en el objeto de este trabajo.

Rodríguez, Tomás-Ramón, "La potestad reglamentaria de las Corporaciones locales", *Cuadernos de Derecho Judicial Administración local*, 1995, págs. 211-213; LLiset Borrell, Francisco, *Manual de Derecho local*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2001, págs. 156-158, 559-560, y 567; Ortega Álvarez, Luis, "La potestad normativa local", *op. cit.*, págs. 50-53; Parejo Alfonso, Luciano, "La autonomía local en la Constitución", en Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho municipal*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 86; Sánchez Goyanes, Enrique, *La potestad normativa del municipio español: ordenanzas, reglamentos, planes urbanísticos, normas*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2000, págs. 205-216.

¹⁰ Sobre esta STC 132/2001, de 8 de junio (RTC 2001/132), cuyo Ponente fue también PABLO CACHÓN VILLAR, deben destacarse algunos estudios doctrinales. Así, *vid.* Bello Paredes, Santiago, "La reserva de la ley en el ámbito sancionador local, ¿Estamos ante el comienzo del fin de una larga disputa?", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 286-287, 2001, págs. 297-299; Orduña Prada, Enrique, "Ordenanza municipal y potestad sancionadora: la sorprendente concisión de la STC 132/2001, de 8 de junio", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 286-287, 2001, págs. 363-384.

Esta doctrina es confirmada con posterioridad por las STC 161/2003, de 15 de septiembre (RTC 2003/161), y STC 193/2003, de 27 de octubre (RTC 2003/193).

¹¹ Debemos reseñar que fue MARIANO BAENA DEL ALCÁZAR el Ponente de la citada STS, de 29 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6487).

II. LOS ANTECEDENTES DE LA STS DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2003

La sentencia que vamos a analizar trae causa de un recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Zaragoza¹², el 8 de junio de 1998, contra Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 4 de febrero de 1998, que estimaba parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto conjuntamente por Transportes Buera Sancho S.A. y otras empresas del ramo¹³, contra acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Zaragoza, de 24 de abril de 1995, por el que se aprobaba una ordenanza municipal reguladora de la ocupación de la vía pública con contenedores.

Esta ordenanza, en sus artículos 15 y 16, implementaba un régimen sancionador en el ámbito de su competencia, al regular las infracciones que pu-

¹² El Ayuntamiento de Zaragoza interpone el recurso de casación invocando un solo motivo al amparo del artículo 95.1.4º de la hoy derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1996, consistente en "infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate". Si bien es cierto que lo articula en cinco apartados, que son analizados uno por uno por el Tribunal Supremo, al entender que puede dárseles el tratamiento de distintos motivos de casación.

Los primeros cuatro apartados o motivos de casación se basan en la relajación del principio de reserva de ley en el ámbito sancionador local.

El motivo o apartado primero se fundamenta en la relajación de la exigencia de reserva de ley en materia de tipificación de infracciones y sanciones por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en los supuestos de existencia de relaciones de sujeción especial. Se sostiene por el Ayuntamiento que, en este caso, se da una relación de sujeción especial de los titulares de autorización para instalar contenedores en la vía pública.

El motivo o apartado segundo se refiere también a la relajación del principio de reserva de ley en este ámbito, por tratarse del relativo a la actuación de las entidades locales. La relajación que se produce, para ellas, del principio de reserva de ley tributaria, según doctrina del Tribunal Constitucional, es extrapolable al ámbito sancionador, cuando haya de ser conjugada con el principio constitucional de autonomía local.

El motivo o apartado tercero vuelve sobre esta tesis, basándose en la jurisprudencia constitucional sobre la legislación de régimen local, que entiende infringida en este caso.

El motivo o apartado cuarto alega infracción de los artículos 137 y 140 de la Constitución Española, así como de los preceptos aplicables de la LBRL, todos ellos articuladores del marco normativo del principio de autonomía local, y, como consecuencia de éste, de las potestades reglamentaria y sancionadora.

Por último, el motivo o apartado quinto, al margen de las consideraciones hechas por los apartados anteriores, entiende que sí que existe habilitación legal para la regulación de infracciones y sanciones que realiza la ordenanza, habilitación que sitúa en la Ley 42/1975, de 19 de noviembre, sobre Recogida y Tratamiento de los Desechos y Residuos Sólidos Urbanos, modificada por Real Decreto legislativo 1163/1986, de 13 de junio.

¹³ Respecto de las empresas que interponen el recurso contencioso-administrativo, decir que se trata de empresas titulares de autorización para instalar contenedores en la vía pública.

dieran cometerse contra las disposiciones de la propia ordenanza, así como las correspondientes infracciones a imponer por razón de las mismas. La ordenanza, por tanto, se ocupaba de tipificar infracciones y sanciones en el ámbito de la materia que regulaba.

Dicho atrevimiento habría de costarle caro al Ayuntamiento de Zaragoza, que fue el que dictó la ordenanza, ya que supuso la anulación de estos dos artículos por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, al estimar parcialmente el recurso interpuesto, precisamente en lo relativo a la anulación de estos preceptos. El problema estaba en la falta de cobertura legal de este régimen sancionador. Esta sentencia entiende, en su Fundamento Jurídico Séptimo, que la tipificación de infracciones y sanciones realizada por la citada ordenanza carece de cobertura legal, por lo que sus artículos 15 y 16 son contrarios a Derecho, ya que vulneran el principio de legalidad sancionadora del artículo 25.1 de la Constitución Española. La consecuencia es la anulación por el Tribunal de estos artículos.

Frente al argumento esgrimido por el Ayuntamiento de Zaragoza, que alegaba que en este caso existía una relación de sujeción especial, lo que evitaría la exigencia de ley previa habilitadora de cobertura legal, la sentencia del Tribunal *a quo* resuelve afirmando que, incluso en las relaciones de sujeción especial, es necesaria en todo caso la cobertura legal, al margen del alcance concreto de la misma, que sí sería discutible. Aunque no se considere siempre exigible una cobertura legal específica para cada una de las infracciones y sanciones, sí que se requiere, como mínimo, una ley que establezca unas normas genéricas.

El Tribunal concluye que, pese a la potestad reglamentaria reconocida a los Ayuntamientos por la Ley de Bases del Régimen Local, de 2 de abril de 1985 (en adelante LBRL), una ordenanza municipal no puede ser fuente primaria de un ordenamiento sancionador, ni siquiera en el ámbito de las relaciones de sujeción especial, lo que, a su vez, fundamenta en base a los artículos 127 y 129 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC).

El Tribunal Superior de Justicia de Aragón se suma, así, a la corriente jurisprudencial del Tribunal Supremo en la que se apoya su pronunciamiento, consistente en una rigurosa concepción de las exigencias del principio de legalidad en el orden sancionador, incluso en el ámbito de las relaciones de sujeción especial. Otra cosa es que en este ámbito se abran mayores espacios para la colaboración reglamentaria.

III. LA DOCTRINA TRADICIONAL SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD SANCIONADORA EN EL ÁMBITO LOCAL

La Sentencia del Tribunal Supremo expone a lo largo de su Fundamento Jurídico Tercero el marco legal de la potestad sancionadora local, así como la doctrina jurisprudencial dominante en la materia, de la que resulta la interpretación tradicional de los principios de legalidad y de reserva de ley que suele sostenerse en este ámbito. Si bien, también es cierto que en este mismo Fundamento Jurídico asume la doctrina de la STC 132/2001, de 8 de junio (RTC 2001/132), moduladora de la reserva de ley en el ámbito sancionador local, que supone una reinterpretación de este principio. Otra cosa es que no sea esta doctrina la clave para resolver el caso al que está atendiendo. El Tribunal Supremo va a dar un paso aún más revolucionario, mediante la recepción de la doctrina de la vinculación negativa del principio de legalidad, en el ámbito sancionador local, que va a ser el argumento final que le lleve a fallar a favor de la adecuación al ordenamiento jurídico de la ordenanza cuestionada.

Luego veremos como llega el Tribunal Supremo a este resultado. Expongamos, por ahora, siguiendo la secuencia de esta sentencia, el marco legal descrito, comenzando por la legislación de aplicación general, que ha de tener como referente ineludible, y de partida, el artículo 25.1 de la Constitución Española, que dice así:

“Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

Se consagra en este precepto, a nivel constitucional, el principio de legalidad en materia sancionadora. Este principio se presenta, según la doctrina y la jurisprudencia más autorizada, en dos vertientes, una vertiente material, o principio de tipicidad, y una vertiente formal, o principio de reserva de ley¹⁴.

¹⁴ Respecto a esta distinción dentro del principio de legalidad, *vid.* Arias Martínez, María Antonia, “La potestad sancionadora de los entes locales y el principio de legalidad (a propósito de la STS de 29 de mayo de 1998)”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 280-281, 1999, págs. 591 y 592; Ballesteros Fernández, Ángel, *Manual de Administración local*, *op. cit.*, pág. 199; Bello Paredes, Santiago, *Las ordenanzas locales en el vigente Derecho español. Alcance y articulación con la normativa estatal y autonómica*, *op. cit.*, págs. 176 y 177; Bello Paredes, Santiago, “La reserva de la ley en el ámbito sancionador local. ¿Estamos ante el comienzo del fin de una larga disputa?”, *op. cit.*, pág. 285, que cita en su apoyo las STC de 7 de abril de 1987, STC de 21 de enero de 1988 y STC de 8 de junio de 1988; Blasco Díaz, José Luis, *Ordenanza municipal y ley*, *op. cit.*, pág. 179; Sánchez Goyanes, Enrique, *La potestad normativa del municipio español: ordenanzas, reglamentos, planes urbanísticos, normas*, *op. cit.*, págs. 277-280, con especial atención a las citas jurisprudenciales al respecto.

Conforme a la vertiente material del principio de legalidad o principio de tipicidad, se exige la previa determinación de toda infracción administrativa. Sólo pueden sancionarse aquellas infracciones que hayan sido previamente definidas. Si no hay previa determinación de la infracción, no cabe imponer sanciones por ella.

En función de la vertiente formal del principio de legalidad o principio de reserva de ley, la infracción administrativa sólo puede definirse por norma con rango legal. No pueden imponerse sanciones si no es en virtud de infracciones previamente determinadas por ley. El término “legislación” hay que entenderlo referido a ley. La norma que determine previamente la infracción ha de ser una ley.

El Tribunal Supremo afirma que el mandato del artículo 25.1 CE resulta reiterado y reforzado por los preceptos de la legislación ordinaria. Comienza por el análisis de los artículos 127 y 129 de la LRJPAC¹⁵. Así, el artículo 127.1 LRJPAC, en su redacción anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, que es la redacción a que se atiene la sentencia dado el momento en que se dicta, dispone lo siguiente:

“La potestad sancionadora de las Administraciones públicas, reconocida por la Constitución, se ejercerá cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en este título”.

Pues bien, este precepto supone la consagración a nivel de legislación ordinaria del principio de legalidad en materia sancionadora, por cuanto en él se exige habilitación legal expresa para el ejercicio de la potestad sancionadora. Si bien, la LRJPAC no se queda ahí, ya que establece, en el primer párrafo de su artículo 129.1, del cual citamos también la redacción anterior a la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, lo siguiente:

“Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del Ordenamiento Jurídico previstas como tales infracciones por una Ley”.

¹⁵ Hay que tener en cuenta que esta interpretación pierde su sentido en el ámbito local con la nueva redacción que a estos preceptos da la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local. La nueva dicción de los artículos 127.1 y 129.1 LRJPAC remite, cuando se trate de entes locales, al nuevo Título XI de la LBRL, rubricado “Tipificación de las infracciones y sanciones por las Entidades Locales en determinadas materias”.

Se recoge así el principio de legalidad en su doble vertiente, material y formal. Por lo que hace a la vertiente material del principio de legalidad, conocida como principio de tipicidad, aparece en la medida en que se dice que toda infracción administrativa ha de estar previamente definida como tal infracción. La vertiente formal del principio de legalidad, o principio de reserva de ley, implica que dicha predeterminación de la infracción administrativa habrá de hacerse por norma con rango de ley¹⁶.

Lo mismo, principios de tipicidad y de reserva de ley, pero con relación a las sanciones administrativas, se recoge en el artículo 129.2 LRJPAC, en el que se puede leer lo que sigue:

“Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley”.

También se detiene el Tribunal Supremo en su exposición en citar el artículo 129.4 de la LRJPAC, el cual dispone que “las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica”.

La LRJPAC es de aplicación general a todas las Administraciones Públicas, también a la Administración local, advierte este Tribunal, por lo que, ya tan sólo con los artículos citados, parece imposible que puedan tipificarse infracciones y sanciones mediante norma sin rango legal, rango del que carecen las ordenanzas locales, cual es el caso de la ordenanza municipal del Ayuntamiento de Zaragoza.

La siguiente norma jurídica citada por el Tribunal Supremo, en su descripción del marco legal general aplicable a la potestad sancionadora local, es el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora (en adelante RPS)¹⁷. Si bien, del articulado de este Reglamento resulta la posibili-

¹⁶ Respecto a la reserva de ley en el ámbito sancionador local, *vid.* Ballesteros Fernández, Ángel y Gieure Le Caessant, Javier, *Los reglamentos y ordenanzas locales. Estudio especial del Reglamento orgánico*, *op. cit.*, págs. 15-25; Embid Irujo, Antonio, “Ordenanzas y reglamentos municipales”, *op. cit.*, págs. 527-529, que se ocupa de describir el marco legal y constitucional de la potestad sancionadora local, así como las limitaciones y problemas que resultan del mismo; LLiset Borrell, Francisco, *Manual de Derecho local*, *op. cit.*, págs. 601-605.

¹⁷ Sobre el RPS se generó una interesante polémica doctrinal. A este respecto, es de interés citar, por un lado, la postura doctrinal contraria a la tipificación de infracciones y sanciones por ordenanza local, así, Arias Martínez, María Antonia, “La potestad sancionadora de los entes locales y el principio de legalidad (a propósito de la STS de 29 de mayo de 1998)”, *op. cit.*, págs. 604-608, en la que ARIAS considera que los artículos 1.2 y 2.2 contradicen los artículos 25 CE y 127 y 129

dad de tipificar infracciones y sanciones mediante ordenanza local, para el Tribunal Supremo no es éste el dato fundamental. Lo importante es que, de su Exposición de Motivos, y también de su articulado, añadimos nosotros¹⁸, se deriva la necesidad de respetar el referente básico del principio de legalidad. Es cierto que esta norma admite la tipificación de infracciones y sanciones por ordenanza local, pero esta tipificación ha de producirse en términos de colaboración, sin obviar la existencia de una norma con rango legal que regule las infracciones y sanciones en términos generales.

En cualquier caso, lo cierto es que el Tribunal Supremo está admitiendo en esta sentencia, al no cuestionar este Reglamento, la modulación de la reserva de ley en el ámbito sancionador local que resulta del mismo¹⁹.

LRJPAC; Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, “La potestad reglamentaria de las Corporaciones locales”, *op. cit.*, págs. 213-217, que critica que el RPS pretenda imponer el principio de autonomía local a costa de la reserva de ley, dando, para FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, el RPS “el más rotundo mentís al principio de legalidad en materia sancionadora” del artículo 25 CE; García de Enterría, Eduardo, “La problemática puesta en aplicación de la LRJ-PAC: el caso del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora. Nulidad radical del Reglamento y desintegración general del nuevo sistema legal”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 80, 1993, sostiene GARCÍA DE ENTERRÍA que el RPS, al permitir, en sus artículos 1.2 y 2.2, que por ordenanza local puedan tipificarse infracciones y sanciones, contradice “de manera frontal, directa e inequívoca el artículo 25 de la Constitución y la Ley que pretende desarrollar”, lo que lo hace nulo de pleno derecho.

Por otro lado, deben citarse algunos de los pronunciamientos doctrinales favorables a la posibilidad de tipificar infracciones y sanciones por ordenanza, en el marco de la polémica generada por el RPS, así Bello Paredes, Santiago, “La reserva de la ley en el ámbito sancionador local, ¿Estamos ante el comienzo del fin de una larga disputa?”, *op. cit.*, págs. 299-302, donde, frente a las afirmaciones vertidas por GARCÍA DE ENTERRÍA, señala BELLO, en el contexto de la doctrina de la STC 132/2001, de 8 de junio (RTC 2001/132), que es posible esta tipificación sin por ello generarse anarquía normativa alguna; Nieto García, Alejandro, *Devecho Administrativo Sancionador*, *op. cit.*, págs. 119-127, en la que NIETO defiende que por ordenanza local se puedan tipificar infracciones y sanciones, con base a una matización de la reserva de ley, entiende que, pese a haber sido puesta en duda su legalidad, el RPS “se ha constituido en el máximo defensor de la eficacia sancionatoria de las Ordenanzas municipales”, y, por último, contesta a algunas de las afirmaciones sostenidas por GARCÍA DE ENTERRÍA, cuya visión apocalíptica del panorama sancionatorio municipal estima algo excesiva; Pareja i Lozano, Carles, “Autonomía y potestad normativa de las Corporaciones Locales”, *Revista de Administración Pública*, núm. 138, 1995, págs. 130-132, que formula algunas objeciones a lo sostenido por GARCÍA DE ENTERRÍA, al entender PAREJA que la tipificación de infracciones y sanciones por ordenanza local viene recogida expresamente en los artículos 57 al 59 del TRRL, además de resultar de una interpretación flexible de la reserva de ley en el ámbito sancionador avalada por la jurisprudencia.

¹⁸ Para ello, no hay más que ver el artículo 2.2 de este RPS, que dice así:

“Asimismo, las Entidades que integran la Administración Local, cuando tipifiquen como infracciones hechos y conductas mediante ordenanzas, y tipifiquen como infracción de ordenanzas el incumplimiento total o parcial de las obligaciones o prohibiciones establecidas en las mismas, al aplicarlas deberán respetar en todo caso las tipificaciones previstas en la Ley”.

¹⁹ Si acudimos al RPS, podemos ver como se recoge en varios de sus artículos, en concreto los artículos 1.2 y 2.2, la posibilidad de que por ordenanza local se tipifiquen infracciones y sancio-

Una vez expuesto el marco legal de aplicación general, el Tribunal Supremo pasa a la exposición de las normas referidas a las entidades locales, aquellas que les otorgan potestades, comenzando por los fundamentales artículos 4.1.a) y f) de la LBRL, que son los que reconocen la atribución de potestad reglamentaria y sancionadora²⁰ a los entes locales. Esta atribución de potestades forma parte del contenido propio de la autonomía local²¹.

El marco legal descrito se cierra con los artículos 55 y 59 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local (en adelante TRRL). Por lo que hace al artículo 55 TRRL, en él se puede leer lo siguiente:

“En la esfera de su competencia, las Entidades locales podrán aprobar ordenanzas y reglamentos, y los Alcaldes dictar bandos. En ningún caso contendrán preceptos opuestos a las leyes”.

Este precepto suscita diversas lecturas²², quedándose el Tribunal Supremo en este momento con que permite a las entidades locales aprobar válida-

nes, lo que se lee en sentido favorable a una modulación de la reserva de ley en el ámbito de la potestad sancionadora local.

²⁰ Para cumplir con el mandato de cobertura legal para el ejercicio de la potestad sancionadora, que resulta de los artículos 25.1 CE y 127.1 LRJPAC, no basta con la cobertura legal otorgada por el artículo 4.1.f) LBRL, también es necesaria cobertura legal expresa para el ejercicio de la potestad sancionadora en una materia concreta, para la concreta imposición de infracciones y sanciones.

Y es que, como advierte BLASCO DÍAZ, en Blasco Díaz, José Luis, *Ordenanza municipal y ley*, op. cit., pág. 185, citando STS de 6 de febrero de 1996, hay que distinguir que:

“Una cosa es la potestad sancionadora, que reconoce el art. 41.f) LRBRL, y otra la potestad de definir infracciones administrativas y regular y calificar las sanciones que a ellas corresponden, por escasas en su cuantía que sean, pues para esto último, la definición de infracciones y determinación de las sanciones, el art. 25.1 de la Constitución exige la oportuna cobertura legal, sin que obviamente a ello obste el que la Corporación tenga las competencias y potestades precisas para regular una determinada materia”

En el mismo sentido, y sobre esta sentencia, vid. Ballesteros Fernández, Ángel y Gieure Le Caresant, Javier, *Los reglamentos y ordenanzas locales. Estudio especial del Reglamento orgánico*, op. cit., pág. 23; LLi-set Borrell, Francisco, *Manual de Derecho local*, op. cit., págs. 602 y 603; Sánchez Goyanes, Enrique, *La potestad normativa del municipio español: ordenanzas, reglamentos, planes urbanísticos, normas*, op. cit., pág. 292.

²¹ También se refiere el Tribunal Supremo al artículo 21.1.n) LBRL, donde se señala que una de las atribuciones del Alcalde es “sancionar las faltas de desobediencia a su autoridad o por infracción de las ordenanzas municipales, salvo en los casos en que tal facultad esté atribuida a otros órganos”. Si bien, entiende el Supremo, en este precepto, más que una atribución de potestad al ente local, lo que hay es una especificación de la competencia del Alcalde.

²² Para algunos, de este precepto resulta la más clara afirmación del principio de jerarquía normativa del artículo 9.3 CE, insistiéndose en la primacía de la ley sobre el reglamento, que aquí adopta la forma de ordenanza local.

mente reglamentos, bajo la forma de ordenanzas locales, que nunca podrán contravenir a las leyes. No va a ser éste el único provecho que el Tribunal saque de este precepto, puesto que también va a utilizarlo para construir la argumentación que realiza en el Fundamento Jurídico Cuarto de esta sentencia.

Respecto del artículo 59 del TRRL²³, en el mismo se puede leer la siguiente previsión:

“Las multas por infracción de Ordenanzas no podrán exceder, salvo previsión legal distinta, de 25.000 pesetas en Municipios de más de 500.000 habitantes; de

Para otros, más importante que esto es el matiz que supone el que en ningún caso se esté exigiendo por este precepto previa habilitación legal para dictar la ordenanza local, de lo que resulta la sustitución del tradicional principio de vinculación positiva del reglamento a la ley por el principio de la vinculación negativa en el ámbito de la norma local. Lo único que se dice por este precepto es que los entes locales pueden dictar ordenanzas en materias de su competencia, pero no que para ello requieran de previa habilitación legal. Al contrario, en función de su último inciso, se puede entender que basta con que la ordenanza local no contradiga lo regulado por ley. La ley se convierte así en un límite negativo para la ordenanza. No se abandona la idea de primacía de la ley, y, sin embargo, se introduce un matiz adicional que permite flexibilizar sus consecuencias.

Así lo entiende también el Consejo de Estado, que propugna la vinculación negativa de los entes locales a la Constitución y a las leyes, en su Dictamen núm. 1749/94, de 23 de febrero de 1995 (consideración 5^a).

A favor de esta interpretación del artículo 55 TRRL, *vid.* Blasco Díaz, José Luis, *Ordenanza municipal y ley*, *op. cit.*, pág. 101; Jerez Calderón, José Joaquín, “La potestad reglamentaria local”, en Arozamena Sierra, Jerónimo, *El Derecho local en la doctrina del Consejo de Estado*, BOE, Madrid, 2002, pág. 64; Nieto García, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, *op. cit.*, pág. 124, donde NIETO, en contestación a GARCÍA DE ENTERRÍA, insiste, al analizar el artículo 55 TRRL, en que la vinculación negativa del principio de legalidad supervive en algunos campos del Derecho español estatal. En contra se posiciona BELLO PAREDES, que sostiene que este artículo “no supone una consagración del principio de legalidad en su vinculación negativa, sino que, al contrario, este precepto se refiere a la relación de dos normas jurídicas entre sí”, en Bello Paredes, Santiago, “La reserva de la ley en el ámbito sancionador local, ¿Estamos ante el comienzo del fin de una larga disputa?”, *op. cit.*, pág. 291.

Luego nos detendremos en como el Tribunal Supremo, en el Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia que estamos comentando, recepciona esta doctrina a favor de la vinculación negativa del principio de legalidad en el ámbito sancionador local.

²³ No hay que olvidar que las cuantías de este artículo fueron actualizadas por la Disposición Adicional Única de la Ley 11/1999, de 21 de abril, de modificación de la LBRL y otras medidas legislativas adoptadas en el marco del Pacto local, disposición por la que hay que entenderla sustituido. En el mismo sentido, debe entenderse lo dispuesto por el nuevo artículo 141 de la LBRL, introducido por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, en la reforma que realiza de la LBRL. Si bien, con ella, cambia la técnica legislativa, por cuanto el tope máximo lo establece en función de la gravedad de la infracción. Nos limitamos aquí a dejar constancia de esto, ya que el Tribunal Supremo resuelve conforme al artículo 59 TRRL, que era la disposición vigente en el momento en que se dictó la ordenanza cuestionada.

15.000 pesetas en los de 50.001 a 500.000; de 10.000 pesetas en los de 20.001 a 50.000; de 5.000 pesetas en los de 5.001 a 20.000; de 500 pesetas en los demás Municipios”.

Según este precepto, en el supuesto de que la legislación sectorial que define las sanciones a imponer por infracción de lo dispuesto en una ordenanza local no haya dispuesto otra cosa, habrá que estar a la predeterminación de la cuantía económica de las sanciones que se realiza en este artículo, que tiene carácter de norma básica²⁴.

Para el Tribunal Supremo, conforme a este esquema, y a la doctrina general descrita, el fundamento de la sanción del incumplimiento de una ordenanza local estará siempre en una norma emanada del Estado o de una Comunidad Autónoma, ya que sólo estos entes pueden dictar normas con rango de ley en nuestro Derecho. Esta situación menoscaba claramente la potestad reglamentaria local²⁵.

A la misma conclusión, la merma de la potestad reglamentaria local, provocada por la existencia de ordenanzas locales sin garantía de su cumplimiento, llega el Tribunal Supremo tras el examen de la doctrina jurisprudencial vigente y dominante, tanto del Tribunal Constitucional como del Supremo.

²⁴ El artículo 59 del TRRL es de los calificados como básico por la Disposición Final Séptima del TRRL.

²⁵ También es posible entender que en el artículo 59 TRRL hay una habilitación legal por parte del legislador estatal, para el caso de que el legislador sectorial no habilite al ente local para la imposición de sanciones. Si bien, la falta de previsión legal respecto de las infracciones sancionables, deja esta habilitación incompleta. Hay quien sostiene, como señalan BELLO PAREDES o BLASCO DÍAZ, que basta con este artículo 59 TRRL, o con su actualización por la Disposición Adicional Única de la Ley 11/1999, para entender que hay cobertura legal de aquellas infracciones tipificadas por los entes locales a las que se impongan estas sanciones pecuniarias. *Vid.* Blasco Díaz, José Luis, *Ordenanza municipal y ley*, *op. cit.*, págs. 176, 187 y 188; Bello Paredes, Santiago, “La reserva de la ley en el ámbito sancionador local, ¿Estamos ante el comienzo del fin de una larga disputa?”, *op. cit.*, pág. 293; ARIAS MARTÍNEZ sostiene que “la cobertura legal que exige el principio de legalidad se cumple, en relación con la tipificación de las sanciones, en virtud del artículo 59 del TR”, en Arias Martínez, María Antonia, “La potestad sancionadora de los entes locales y el principio de legalidad (a propósito de la STS de 29 de mayo de 1998)”, *op. cit.*, pág. 600; en la misma línea se pronuncia NIETO, para quien “la exigencia de tipificación legal de sanciones está sobradamente cumplida” con este precepto, en Nieto García, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, *op. cit.*, pág. 128.

En cualquier caso, el Tribunal Supremo va a tener en cuenta este artículo 59 del TRRL en la argumentación construida en el Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia que estamos comentando, de cara a flexibilizar la aplicación del principio de legalidad en esta materia.

Por lo que hace a la doctrina del Tribunal Constitucional, tras destacar que su evolución ha tendido a atenuar la exigencia de reserva de ley para la tipificación de infracciones y sanciones, el Tribunal Supremo se detiene en el análisis concreto de la STC 132/2001, de 8 de junio (RTC 2001/132). Esta sentencia es importante, y le merece la pena al Tribunal Supremo detenerse en ella, por ser la primera que admite esta modulación en el ámbito sancionador local. Pese a ello, aunque el Tribunal Constitucional haya admitido esta modulación, cabiendo la posibilidad de tipificar infracciones y sanciones por ordenanza, esto no soluciona todos los problemas existentes en esta materia. La vigencia de la doctrina de la vinculación positiva del principio de legalidad sigue siendo un obstáculo insalvable para la potestad normativa local, que resulta por ello disminuida, con la consiguiente merma de la autonomía local.

La vinculación positiva del principio de legalidad supone que por ordenanza local no pueden tipificarse infracciones y sanciones si no existe ley previa que la habilite para ello. De nada sirve que el Tribunal Constitucional haya admitido que por ordenanza local puedan tipificarse infracciones y sanciones, si no existe previa ley habilitadora de esa tipificación. De este modo, si el legislador sectorial no habilita previamente a la ordenanza, ésta estará privada de la garantía de su cumplimiento mediante la aplicación de un régimen sancionador²⁶, dado que las posibles infracciones tipificadas en previsión de su incumplimiento, y las sanciones correspondientes, carecerían de cobertura legal. El olvido del legislador sectorial vetaría el cumplimiento de la ordenanza local, que resultaría por ello inaplicable.

En la misma línea se sitúa la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que también exige previa habilitación legal para la tipificación de infracciones y sanciones por ordenanza local. El Tribunal se limita a citar algunas de sus más recientes sentencias al respecto, tales como la STS de 22 de septiembre de 1999 (RJ 1999/6728), y las STS de 4 de febrero (RJ 2002/2911), 12 de junio (RJ 2002/8201) y 15 de julio de 2002 (RJ 2002/10136).

Si bien, también es cierto, y de ello advierte, que algunas de sus sentencias han aplicado la jurisprudencia constitucional flexibilizadora de la reser-

²⁶ El Tribunal Supremo, en el Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia que estamos comentando, señala que, para que estemos ante una norma jurídica es indispensable que exista una garantía de la misma. No obstante, esta garantía no tiene porque consistir en un régimen sancionador que se active ante el incumplimiento de la norma. La garantía puede ser de otro tipo. Pese a todo, la existencia de un régimen sancionador sigue siendo la principal garantía de cualquier norma jurídica, además de ser, en el campo del Derecho público, un elemento fundamental para dotar de contenido a una potestad tan importante como es la potestad reglamentaria.

va de ley, especialmente en los casos en que se dan relaciones de sujeción especial²⁷.

IV. LA REINTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL ÁMBITO SANCIONADOR LOCAL: LA RECEPCIÓN DE LA DOCTRINA DE LA VINCULACIÓN NEGATIVA POR LA STS DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2003

Esta deficiencia del sistema de fuentes requiere una interpretación integradora de la normativa vigente que salve los obstáculos generados, y permita recuperar la sustantividad de la mermada potestad normativa local, así como revigorar la autonomía local de cuyo núcleo fundamental forma parte, así lo dice este Tribunal en el Fundamento Jurídico Cuarto. Esta nueva interpretación tendría una doble base o fundamento.

En primer lugar, la base relativa al principio de autonomía local, que hay que entender contravenido si persiste la aplicación de la doctrina tradicional, cuya problemática conduce a la merma de la potestad normativa local, ante la imposibilidad de garantizar el cumplimiento de las ordenanzas locales carentes de habilitación legal. La disminución de la potestad normativa local supone, a su vez, una disminución de la autonomía local, por cuanto la primera forma parte de su contenido. La autonomía local se convierte así en un importante argumento que proyectar sobre la potestad normativa local²⁸.

²⁷ Para un análisis más completo de la modulación de la reserva de ley por la jurisprudencia cuando se trate de relaciones de sujeción especial, *vid.* Lasagabaster Herrarte, Iñaki, *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994.

²⁸ El Consejo de Estado, en su Dictamen núm. 1749/94, de 23 de febrero de 1995 (consideración 5^a), esgrime el principio de autonomía local para justificar la necesidad de aplicar la doctrina de la vinculación negativa del principio de legalidad en el ámbito sancionador local.

Sobre el principio de autonomía local como catalizador de la necesidad de relajar el principio de legalidad y el de reserva de ley en el ámbito local, *vid.* Galán Galán, Alfredo, *La potestad normativa autónoma local*, Atelier, Barcelona, 2001, págs. 189-197 y 233-234; Jerez Calderón, José Joaquín, “La potestad reglamentaria local”, *op. cit.*, págs. 61-63; Ortega Álvarez, Luis, “La potestad normativa local”, *op. cit.*, págs. 43 y 44. Por el contrario, para GARCÍA DE ENTERRÍA, el principio de autonomía local no es argumento suficiente para excusar una reserva constitucional de ley, *vid.* García de Enterría, Eduardo, “La problemática puesta en aplicación de la LRJ-PAC: el caso del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora. Nulidad radical del Reglamento y desintegración general del nuevo sistema legal”, *op. cit.*

En segundo lugar habría que estar a una base normativa en la que apoyar el nuevo enfoque interpretativo. Esta base normativa viene dada por el artículo 3.1 de la Carta Europea de la Autonomía Local (en adelante CEAL). La Carta es de 15 de octubre de 1985, y fue ratificada por España el 20 de enero de 1988²⁹.

Debemos destacar, y valorar positivamente, el hecho de que el Tribunal Supremo en su sentencia aplique la CEAL. Este Tratado internacional es el texto normativo sobre la autonomía local más importante en el contexto europeo, factor de homogeneización del concepto de autonomía local a este nivel. El Tribunal Supremo señala que la Carta “constituye un importante instrumento de interpretación del principio de autonomía local que consagra la Constitución”. La CEAL forma parte del ordenamiento jurídico español desde su publicación en el BOE. Lo que la convierte en norma con valor y fuerza de ley, plenamente aplicable ante los Tribunales. La aplicación de la CEAL por el Supremo es bastante representativa de su importancia y trascendencia. No sólo despeja toda duda sobre su valor, sino que además debe acallar definitivamente cualquier voz discordante, que se alce en contra del valor normativo de la misma³⁰.

El artículo 3.1 de la CEAL se ocupa de definir la autonomía local de la siguiente manera:

“Por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las Entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes”.

No es la referencia de este artículo a que la potestad normativa local se ejerza “en el marco de la ley”, lo que interesa al Tribunal Supremo. Pues, la misma remisión, entiende el Tribunal, se hace en el artículo 55 TRRL, donde se dispone que las ordenanzas locales no pueden contener preceptos contrarios a las leyes. De tal modo que la CEAL, ratificada en 1988, no vendría a añadir nada nuevo al respecto a lo dispuesto por el TRRL, aprobado en 1986.

²⁹ Su publicación se produjo en BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1989.

³⁰ El propio Tribunal Supremo, en el Fundamento Jurídico Cuarto de esta sentencia, insiste en la necesidad de aplicar la CEAL, dado que “nos obliga como elemento que es de nuestro ordenamiento jurídico”. Sobre el valor de la CEAL dentro del ordenamiento jurídico español, *vid.* Parejo Alfonso, Luciano, “La autonomía local en la Constitución”, *op. cit.*, págs. 107-109; Rodríguez Álvarez, José Manuel, *La Carta Europea de la autonomía local. Su significación en el ordenamiento jurídico español*, Hnos. Bayer, Barcelona, 1996, págs. 104-107, 111 y 161.

Es otra cosa lo que interesa al Tribunal, lo verdaderamente relevante está en la referencia que se hace en la CEAL a la capacidad efectiva de ordenar una parte importante de los asuntos públicos. La definición de la autonomía local que realiza la CEAL incluye la capacidad efectiva de ordenar una parte importante de los asuntos públicos. Cuando la Carta dice “ordenar” se está refiriendo a ejercer la potestad normativa local.

Por todo ello, no es admisible que una ordenanza local, carezca de la más potente garantía de su cumplimiento, cual es la existencia de un régimen sancionador. Si esto fuera así, resultaría mermada la capacidad efectiva del ente local para el ejercicio de la potestad normativa local, a la que se refiere la CEAL como elemento fundamental de la definición de la autonomía local³¹. Ello iría en contra del principio de autonomía local recogido en nuestra Constitución, en la forma en que es definido e interpretado por el artículo 3.1 de la Carta, por lo que también contravendría este precepto. Y, como ya hemos visto, lo dispuesto por la CEAL tiene valor y fuerza de ley, y a ello hay que atenerse.

Para el Tribunal Supremo, una interpretación sensible a las necesidades sociales de los tiempos, acorde a la función de completar el ordenamiento jurídico que el artículo 1.6 del Código Civil atribuye a su jurisprudencia³², habrá de realizarse de forma integradora. Esta interpretación ha de ponderar el conflicto entre el principio de autonomía local y el de legalidad³³, de manera favorable al de autonomía local, entendido en el sentido dispuesto por la CEAL. Esto es, entendido como principio que requiere de la efectividad del cumplimiento de la norma local para verse dotado de contenido sustantivo.

³¹ Respecto de la conexión entre autonomía local y potestad normativa local en el artículo 3.1 de la CEAL, *vid.* García Roca, Javier, “El concepto actual de autonomía local según el bloque de la constitucionalidad”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 282, 2000, págs. 45-47; Parejo Alfonso, Luciano, “La autonomía local en la Constitución”, *op. cit.*, págs. 110-111; Rodríguez Álvarez, José Manuel, *La Carta Europea de la autonomía local. Su significación en el ordenamiento jurídico español*, *op. cit.*, págs. 87-91 y 120-123.

³² El artículo 1.6 del Código Civil de 1889 dispone que:

“La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establece el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”.

³³ Por lo que hace a la necesidad de cohonestar el principio de legalidad con el principio de autonomía local, *vid.* Bello Paredes, Santiago, “La reserva de la ley en el ámbito sancionador local, ¿Estamos ante el comienzo del fin de una larga disputa?”, *op. cit.*, pág. 293, que sostiene que la armonización de ambos principios es la clave para resolver el problema; Blasco Díaz, José Luis, *Ordenanza municipal y ley*, *op. cit.*, págs. 66 y 67, que entiende que hay que contextualizar el principio de legalidad con el principio de autonomía, desconocido en el momento de la formulación clásica del principio de legalidad.

Una lectura de este tipo conducirá a admitir, con fundamento en los artículos 55 y 59 del TRRL, que mediante ordenanza local se tipifiquen infracciones y sanciones, extendiéndose a los supuestos analizados en la sentencia la tendencia de la jurisprudencia constitucional a flexibilizar el principio de reserva de ley. Incluso, también habría que admitir, con base en esta misma argumentación, que dicha tipificación se realice a pesar de la falta de habilitación legal previa, siempre y cuando esta tipificación sea garantía indispensable para el cumplimiento de la ordenanza local, necesaria para su efectividad, conforme al artículo 3.1 de la CEAL.

Con esta interpretación, el Tribunal Supremo está, por un lado, confirmando la doctrina del Tribunal Constitucional que admite la modulación de la reserva de ley en el ámbito sancionador local³⁴. Por otro, está sustituyendo la doctrina de la vinculación positiva de la ordenanza local al principio de legalidad por la doctrina contraria, la de la vinculación negativa, según la cual la ley sería un mero límite negativo, pero no un instrumento habilitador³⁵. Si

³⁴ Que, como ya nos hemos ocupado de señalar, se recoge en la STC 132/2001, de 8 de junio (RTC 2001/132).

³⁵ Finalmente, y conforme a estas consideraciones, el Tribunal Supremo, en el Fundamento Jurídico Séptimo, lo que hace es estimar el recurso, acogiendo los motivos, o apartados, de casación segundo, tercero y cuarto, en los que se alegaba que la evolución y tendencias del Tribunal Supremo, y del Constitucional, en lo relativo a la relajación de la reserva constitucional de ley, han de conducir necesariamente a una interpretación favorable al principio de autonomía local.

Respecto del motivo o apartado primero de casación, en el Fundamento Jurídico Sexto, se analiza si entre el Ayuntamiento de Zaragoza y los titulares de autorizaciones para instalar contenedores en la vía pública existe o no una relación especial de sujeción que justifique relajar la reserva de ley en esta materia. El Tribunal Supremo concluye que puede sostenerse que exista relación especial de sujeción cuando se trate de titulares de concesiones o autorizaciones genéricas. Pero, no por ello, puede llevarse la tendencia a la relajación de la reserva de ley hasta un punto tal que quepa la tipificación sin la existencia de, al menos, una ley que fije criterios genéricos. Por ello, el Tribunal no acoge este motivo de casación. Se muestra de este modo coherente con su jurisprudencia más reciente, que exige habilitación legal aunque se esté ante una relación especial de sujeción, como pudimos ver en las STS de 10 de febrero de 1997 (RJ 1997/1407), STS de 8 de octubre de 2001 (RJ 2002/5862) y STS de 6 de junio de 2003 (RJ 2003/6857), que ya han sido referidas en este trabajo. Para un estudio completo de las relaciones especiales de sujeción, *vid.* Lasagabaster Herrarte, Iñaki, *Las relaciones de sujeción especial*, *op. cit.*

Por lo que hace al motivo de casación, o apartado, quinto, el Tribunal Supremo, en el Fundamento Jurídico Quinto, niega toda posibilidad de fundamentar en la Ley 42/1975, de 19 de noviembre, sobre Recogida y Tratamiento de los Desechos y Residuos Sólidos Urbanos, el régimen sancionador establecido por la ordenanza cuestionada. Además, destaca la contradicción que resulta de alegar este motivo de casación, y, al mismo tiempo, en los restantes motivos o apartados sostener la tesis de la necesidad de relajar la reserva de ley en esta materia, cosa que no sería necesaria si la ley estatal citada fuera realmente habilitante.

bien, es cierto que la sentencia en ningún momento se refiere expresamente a ello, ya que no utiliza los términos “doctrina de la vinculación negativa”. Pese a ello, es la recepción de esta doctrina la que se está produciendo con esta forma de proceder del Tribunal Supremo. Veamos, ahora, la forma en que se articula en la sentencia la puesta en marcha de la doctrina de la vinculación negativa de la ordenanza local al principio de legalidad, en el ámbito sancionador.

Para empezar, la tipificación referida sólo podrá hacerse en el caso de que tenga lugar sobre materias relativas a competencias nucleares de los entes locales que impliquen potestades implícitas de ordenación de las mismas³⁶. Y en ningún caso podrán estas ordenanzas contener preceptos opuestos a las leyes, según resulta del 55 TRRL, ni mucho menos realizar esta tipificación si previamente ha sido ya hecha por ley sectorial.

Tratándose de otro tipo de competencias, competencias compartidas, cabrá igualmente llevar a cabo esta tipificación si el Estado o la Comunidad Autónoma, a quien corresponda según el orden constitucional de competencias, ha olvidado ejercer su potestad legislativa con esta finalidad.

En cualquier caso, entiende el Alto Tribunal, las sanciones a imponer habrán de ser siempre de carácter pecuniario, pues a ello obliga lo dispuesto en el artículo 59 del TRRL³⁷, a falta de previsión legal distinta. Y si algo falta en los supuestos que este Tribunal está analizando, es precisamente previsión legal.

También insta, en el mismo Fundamento Jurídico Cuarto, a que se respeten por estas normas, y en el ejercicio de la potestad sancionadora, los principios imperantes en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, tales como el de proporcionalidad y audiencia al interesado, así como que se pondere la sanción a imponer en función de la gravedad de la infracción, valorando las características demográficas, económicas y sociales del ente local.

Por otra parte, en su Fundamento Jurídico Octavo, desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto ante el Tribunal *a quo*, por entender que los artículos 15 y 16 de la ordenanza cuestionada son conforme a Derecho.

³⁶ La sentencia se refiere a materias tales como el uso del dominio o la organización de servicios exclusivamente locales.

³⁷ Este artículo 59 del TRRL debía leerse en la clave dada por la actualización de cuantías llevada a cabo por la Disposición Adicional Única de la Ley 11/1999, de 21 de abril, de modificación de la LBRL y otras medidas legislativas adoptadas en el marco del Pacto local. Hoy habría que atender a lo dispuesto por el nuevo artículo 141 de la LBRL, introducido por la reforma de la misma llevada a cabo por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local.

A su vez, advierte, ya en el Fundamento Jurídico Séptimo de la sentencia, de que la solución que se ha adoptado es plenamente democrática, dada la legitimación democrática del órgano que elabora la ordenanza local³⁸. Lo que casa perfectamente con el principio de autodisposición de los destinatarios, pues son los propios destinatarios de la ordenanza local sancionadora los que la legitiman, en la medida en que se ven democráticamente representados por el órgano que la aprueba³⁹.

Esta nueva interpretación, dice el Tribunal, implica que los artículos 127 y 129 de la LRJPAC no son, por tanto, plenamente aplicables a los entes locales. Su sentido sólo se alcanza en su aplicación a los entes titulares con potestad legislativa, esto es, el Estado y las Comunidades Autónomas. En cambio, para los entes locales, en los supuestos que se acaban de analizar, habría que estar a una aplicación flexible de estos preceptos. De este modo, el Tribunal Supremo admite que no se puede trasladar el modelo tradicional de relaciones entre ley y reglamento, diseñado por los artículos 127 y 129 LRJPAC, a las relaciones que se den entre ley y ordenanza local⁴⁰.

³⁸ La legitimación democrática de las Corporaciones locales se utiliza como argumento por el Consejo de Estado, en su Dictamen núm. 1749/94, de 23 de febrero de 1995 (consideración 5ª), para sostener la vigencia de la vinculación negativa del principio de legalidad en el ámbito sancionador local.

Por lo que hace al carácter democrático de las Corporaciones locales como argumento utilizado a favor de la relajación del principio de legalidad en el ámbito local, *vid.* Blasco Díaz, José Luis, *Ordenanza municipal y ley*, *op. cit.*, pág. 71, que advierte que hay que tener en cuenta que “las Corporaciones locales se constituyen en uno de los canales para el ejercicio de la voluntad popular”, y que ésta se produce sin la mediación de la ley; Galán Galán, Alfredo, *La potestad normativa autónoma local*, *op. cit.*, págs. 198-212 y 233-234; Jerez Calderón, José Joaquín, “La potestad reglamentaria local”, *op. cit.*, págs. 61-63; Orduña Prada, Enrique, “Ordenanza municipal y potestad sancionadora: la sorprendente concisión de la STC 132/2001, de 8 de junio”, *op. cit.*, págs. 374-378; Ortega Álvarez, Luis, “La potestad normativa local”, *op. cit.*, págs. 44-48.

³⁹ También se utiliza el principio de autodisposición como argumento a favor de la relajación del principio de legalidad en el ámbito local, entendiéndose que las colectividades destinatarias de la ordenanza local se ven reflejadas directamente en el proceso de elaboración de la misma, pudiendo afirmarse que se dotan a sí mismas de la normativa aplicable, siendo las responsables últimas de todo condicionamiento de sus derechos que les afecte. Esto es especialmente relevante en materia tributaria, como se ocupa de señalar la STC 233/1999, de 16 de diciembre (RTC 1999/233), en su Fundamento Jurídico 10º. *Vid.* Galán Galán, Alfredo, *La potestad normativa autónoma local*, *op. cit.*, pág. 202; LLiset Borrell, Francisco, *Manual de Derecho local*, *op. cit.*, págs. 604 y 605.

⁴⁰ Esto es aún más evidente con la nueva redacción que ha dado a estos preceptos la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local. Los artículos 127.1 y 129.1 LRJPAC cuando se trate de entes locales se limitan ahora a remitir a lo dispuesto por el nuevo Título XI de la LBRL, rubricado “Tipificación de las infracciones y sanciones por

V. CONCLUSIONES

La STS de 29 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6487) cambia, en el ámbito de su jurisprudencia, las coordenadas por las que se rigen las relaciones entre la ley y la norma local. El esquema de relaciones que se dan entre la ley y los reglamentos estatales o autonómicos no es aplicable cuando se trata de articular la interrelación entre la ley y la ordenanza local. Es necesario articular un sistema que permita cohonestar principio de legalidad y autonomía local, minimizando las tensiones existentes.

Lo que ya había dicho el Tribunal Constitucional, en sus sentencias de 16 de diciembre de 1999 (RTC 1999/233), para el ámbito tributario, y de 8 de junio de 2001 (RTC 2001/132), para el ámbito sancionador, lo confirma ahora el Tribunal Supremo, en el marco del Derecho administrativo sancionador.

Y es en este marco donde se declara por el Supremo la no aplicación, o aplicación flexible, de los artículos 127.1 y 129.1 LRJPAC cuando se trate de entes locales. La presencia del interés local, que se manifiesta en la norma local, requiere una reinterpretación de estos preceptos, que acepte las peculiaridades de la norma local.

las Entidades Locales en determinadas materias”, en el que se admite la modulación de la reserva de ley en este ámbito, conforme a la más reciente doctrina de la STC 132/2001, de 8 de junio (RTC 2001/132).

Respecto a esta imposibilidad de trasladar el modelo tradicional de relaciones ley-reglamento al campo local, *vid.* Blasco Díaz, José Luis, *Ordenanza municipal y ley*, *op. cit.*, págs. 86-90; Galán Galán, Alfredo, *La potestad normativa autónoma local*, *op. cit.*, págs. 227-230; Jerez Calderón, José Joaquín, “La potestad reglamentaria local”, *op. cit.*, pág. 60.

La doctrina española se ha referido a las peculiaridades de la norma local, como razón para aplicar un modelo distinto, *vid.* Galán Galán, Alfredo, *La potestad normativa autónoma local*, *op. cit.*, págs. 87 y 88, que afirma que estas peculiaridades significan que a la norma local le corresponde “una posición propia y diferenciada de aquella que corresponde al reglamento en sentido estricto”; Nieto García, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, *op. cit.*, págs. 123 y 124, donde NIETO afirma que “una Ordenanza no es parangonable con un Reglamento estatal”, debido a la esfera dotada de autonomía en la que opera, así como a su no subordinación a otras normas procedentes del mismo ente; Parejo Alfonso, Luciano, *La potestad normativa local*, Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 37-41 y 43, que sostiene que la especificidad de la instancia territorial local excluye “la legitimidad de toda trasposición a la misma de la economía y la lógica de cualquiera de las instancias-ordenamientos superiores”, lo que en el plano ordinamental se traduce, para PAREJO, en “la improcedencia de la equiparación entre las normas locales y las dictadas por los Gobiernos y las Administraciones de las instancias territoriales superiores”, hasta el punto de que la LBRL denomina a las normas locales “ordenanzas”, para así resaltar su peculiaridad dentro de la categoría de las normas reglamentarias.

Esta reinterpretación supone no sólo la modulación del principio de reserva de ley sancionadora, aspecto éste en el que el Tribunal se limita a confirmar la doctrina del Constitucional, sino también la sustitución del principio de vinculación positiva de la ordenanza local a la ley por el principio de vinculación negativa. Es la recepción de esta doctrina de la vinculación negativa de la ordenanza local al principio de legalidad sancionadora la máxima aportación de la sentencia. Es en este punto donde el Tribunal Supremo pretende realizar una tarea integradora del ordenamiento jurídico, sentando jurisprudencia.

Este cambio de coordenadas resulta revalidado a nivel legislativo, en el marco del Derecho administrativo sancionador, por la nueva redacción que a los artículos 127.1 y 129.1 LRJPAC da la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local. Estos preceptos remiten ahora, cuando se trate de entes locales, a lo dispuesto por el nuevo Título XI de la LBRL, rubricado “Tipificación de las infracciones y sanciones por las Entidades Locales en determinadas materias”, en cuyo articulado se refleja la modulación del principio de reserva de ley sancionadora, conforme a la jurisprudencia de ambos Tribunales, Constitucional y Supremo. Las coordenadas son ahora otras, no ya las establecidas por la LRJPAC, sino las definidas por la LBRL.

La otra gran aportación de la sentencia es la aplicación de la CEAL para la resolución del problema planteado. La CEAL es un Tratado internacional, pero no por ello carece de valor normativo, ni su valor es meramente programático. Se trata de una norma jurídica, integrada en el ordenamiento jurídico español desde su publicación en el BOE, con valor y rango de ley, plenamente aplicable por nuestros Tribunales de Justicia. La sentencia del Tribunal Supremo silencia, de este modo, cualquier afirmación que pudiera hacerse en contra de su valor normativo.

VI. ANEXO JURISPRUDENCIAL

Hacemos aquí, a mayor abundamiento, un breve repaso de la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre principio de legalidad sancionadora y ordenanza local, para así conocer los antecedentes jurisprudenciales más cercanos a la sentencia objeto de este trabajo, y que forman parte de su contexto. Nos detenemos, sin pretensión agotadora, en algunos de los pronunciamientos más importantes.

Comenzamos por la STS de 29 de mayo de 1998 (RJ 1998/5457), que no aporta nada nuevo ni relevante, más allá de confirmar la doctrina restrictiva de las posibilidades de la ordenanza local en el ámbito sancionador⁴¹. En este caso, se discute si una ordenanza de policía urbana y gobierno del Ayuntamiento de Madrid, relativa al consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública, está o no dotada de cobertura legal. En esta sentencia el Tribunal Supremo recuerda que el artículo 25.1 CE, además de una garantía de carácter material, que exige la predeterminación normativa de infracciones y sanciones, impone una garantía de carácter formal, referida al rango normativo necesario para la tipificación, rango que, conforme a la expresión “legislación vigente”, ha de ser de ley. Todo ello implica la existencia de una reserva de ley en materia sancionadora.

Conforme a esta reserva de ley, una ordenanza municipal no puede ser fuente primaria de un ordenamiento sancionador, ni siquiera en el ámbito de las relaciones de sujeción especial, dependiendo la regulación por ordenanza en este campo de una previa regulación por ley, en lo que insisten los artículos 127 y 129 de la LRJPAC, aplicables a todas las Administraciones Públicas, también a la Administración local (F.J. 4º).

Esta exigencia de ley no puede suplirse por genéricas referencias a las competencias municipales sobre determinadas materias, al principio de autonomía local, a las competencias reglamentarias de los entes locales o a su facultad de dictar ordenanzas. Es necesaria una norma con rango de ley, que habilite al ente local para introducir el correspondiente régimen sancionador. Si no se da esta cobertura legal específica, la ordenanza no podrá entrar a tipificar infracciones y sanciones (F.J. 5º)⁴².

⁴¹ No obstante, a ARIAS MARTÍNEZ sí que le parece relevante esta sentencia, debido al momento en que se dicta, tras haber entrado en vigor el tan cuestionado Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora. Ello supone un posicionamiento del Tribunal Supremo a favor de la tesis restrictiva, pese a que la existencia del RPS le podría haber llevado a lo contrario, lo que convierte su postura en especialmente relevante. *Vid.* Arias Martínez, María Antonia, “La potestad sancionadora de los entes locales y el principio de legalidad (a propósito de la STS de 29 de mayo de 1998)”, *op. cit.*

⁴² Los argumentos esgrimidos por el Ayuntamiento de Madrid son criticados por SÁNCHEZ GOYANES, que comenta esta sentencia, y se ocupa de analizar detenidamente estos argumentos, en Sánchez Goyanes, Enrique, *La potestad normativa del municipio español: ordenanzas, reglamentos, planes urbanísticos, normas*, *op. cit.*, págs. 290-295. También BALLESTEROS se hace cargo de esta sentencia, en Ballesteros Fernández, Ángel y Gieure Le Caessant, Javier, *Los reglamentos y ordenanzas locales. Estudio especial del Reglamento orgánico*, *op. cit.*, pág. 24.

Atendamos, a continuación, a la STS de 16 de julio de 1998 (RJ 1998/8381)⁴³. En esta sentencia se cuestiona, entre otras cosas, la existencia de cobertura legal del régimen sancionador dispuesto en el articulado de una ordenanza del Ayuntamiento de Madrid reguladora del estacionamiento de vehículos en la vía pública. Como vamos a ver a lo largo de este epígrafe, este tipo de ordenanzas, más conocidas como ordenanzas de regulación del aparcamiento (ORA), son fuente frecuente de conflictividad. En este caso, la tipificación de infracciones viene determinada genéricamente por la transgresión de las disposiciones de la referida ordenanza. ¿Cuál es la ley que dota de cobertura legal a esta tipificación?

El Supremo nos dice en esta sentencia que es “innecesario que la Ley de Régimen Local tenga que descender a la tipificación de todas y cada una de las posibles infracciones de todas las Ordenanzas Municipales”. Los artículos 4.1.f) y 21.1.k)⁴⁴ de la LBRL y 59 del TRRL se consideran cobertura legal bastante (F.J. 7º).

Observamos en esta sentencia una postura más relajada con respecto a las exigencias del principio de legalidad sancionadora del artículo 25.1 CE, al menos en orden a la tipificación de infracciones y sanciones en el ámbito local, por medio de ordenanza local. Esta postura nos parece acertada, si bien creemos que debemos criticar que el Supremo no se esfuerce en buscar algún tipo de engarce legislativo sectorial, que refuerce aún más la habilitación legal de la ordenanza cuestionada. Lo que sí hará en su siguiente sentencia al respecto.

En la misma línea se sitúa la STS de 22 de septiembre de 1999 (RJ 1999/6728), en la que se cuestiona la existencia de habilitación legal de una ordenanza del Ayuntamiento de Santander, limitadora del estacionamiento en vía pública o reguladora del aparcamiento.

Al Tribunal Supremo le basta con la cobertura legal que suponen, por un lado, los artículos 4.1, 21.1.k), 25.2.b) y 84.1.a) LBRL, y 55 TRRL, y, por otro, los artículos 7.b), 38.4 y 39.1.c) del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de

⁴³ Esta sentencia es objeto de análisis en Ballesteros Fernández, Ángel y Gieure Le Caessant, Javier, *Los reglamentos y ordenanzas locales. Estudio especial del Reglamento orgánico*, op. cit., págs. 24-25.

⁴⁴ La Ley 11/1999, de 21 de abril, que reforma la LBRL en el marco del llamado Pacto Local modificó el contenido de este artículo, relativo a la competencia del Alcalde de establecer sanciones por infracción de las ordenanzas municipales. Ahora, esta competencia hay que venir a buscarla al artículo 21.1.n) LBRL, siendo otro el contenido del 21.1.k) LBRL.

marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (en adelante LSV)⁴⁵.

No es necesaria una concreta tipificación legal de la conducta constitutiva de infracción. Basta con los citados preceptos de la LSV, y con las facultades normativas y competenciales atribuidas a los entes locales por la legislación de régimen local citada, para que por ordenanza puedan tipificarse infracciones y sanciones que regulen las condiciones del estacionamiento de vehículos en la vía pública.

El Tribunal Supremo nos recuerda en esta sentencia, que es doctrina legal sentada por este Tribunal, en su sentencia de 26 de diciembre de 1996 (RJ 1997/1233), al hilo precisamente de una ordenanza del Ayuntamiento de Santander limitadora del aparcamiento de vehículos, que las ordenanzas municipales reguladoras de las zonas de estacionamiento de vehículos no sólo pueden limitar el tiempo máximo de estacionamiento de éstos, sino que también cuentan con habilitación legal suficiente para tipificar como infracción administrativa el estacionamiento sin autorización, o con autorización pero excediendo del máximo de tiempo permitido. La mera contravención de la ordenanza puede considerarse infracción determinante de sanción.

A pesar del entendimiento flexible del principio de legalidad sancionadora que denota el Tribunal Supremo en esta sentencia, se sentía la necesidad de reformar la LSV, para así dar solución a los problemas que originaba la cuestión de la cobertura legal de las sanciones a imponer por los municipios en materia de ordenación de aparcamientos. Esta reforma se produjo por Ley 5/1997, de 24 de marzo, de Reforma del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial⁴⁶ (F.J. 4º y 5º).

⁴⁵ Hoy día estos preceptos obedecen a distinta redacción, dada la posterior reforma de este texto legal por Ley 5/1997, de 24 de marzo, de Reforma del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial. No es ésta la única reforma a la que se ha visto sometida la LSV con posterioridad, pero sí la que nos interesa a estos efectos.

Sobre la ordenación del tráfico por los Ayuntamientos, resulta de interés lo dispuesto en Sánchez Goyanes, Enrique, *La potestad normativa del municipio español: ordenanzas, reglamentos, planes urbanísticos, normas, op. cit.*, págs. 181-192.

⁴⁶ Pasándose a prohibir expresamente la conducta objeto del recurso. Así, el nuevo artículo 7.b) de la LSV añade como competencia municipal “el establecimiento de medidas de estacionamiento limitado, con el fin de garantizar la rotación de los aparcamientos”, y el nuevo artículo 39.2.b), de la misma Ley, prohíbe el estacionamiento “en los lugares habilitados por la autoridad municipal como de estacionamiento con limitación horaria, sin colocar el distintivo que lo autoriza o cuando colocado el dispositivo se mantenga estacionado el vehículo en exceso sobre el tiempo máximo permitido por la Ordenanza Municipal”.

La STS de 4 de febrero de 2002 (RJ 2002/2911)⁴⁷ no encuentra cobertura legal suficiente para la tipificación de infracciones y sanciones realizada por ordenanza municipal de limpieza viaria del Ayuntamiento de Gijón. Esta ordenanza tiene su fundamento en la Ley 42/1975, de 19 de noviembre, sobre Residuos Sólidos Urbanos. Si bien, esta ley no habilita al Ayuntamiento para tipificar infracciones y sanciones por ordenanza. Tampoco los artículos 4.1.a), 25.2 y 26.1 LBRL, alegados por el Ayuntamiento de Gijón⁴⁸, dan pie al Tribunal Supremo para dotar de cobertura legal a la ordenanza cuestionada.

Pese a ello, sólo se declara contraria a Derecho aquella parte del articulado de la ordenanza que tipifica infracciones y sanciones sin cobertura legal⁴⁹. No es contraria al ordenamiento jurídico la parte de ésta que se limita a prohibir las conductas que han sido tipificadas como infracciones administrativas⁵⁰. Puede resultar poco práctica la existencia de conductas cuyo cumplimiento no puede ser garantizado por la vía de la tipificación de la infracción, y su correspondiente sanción. Pero el Tribunal estima de interés para el Ayuntamiento mantener esta prohibición (F.J. 3º y 4º)⁵¹.

No se produce, por tanto, ningún avance significativo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo con esta sentencia. Más bien, se vuelve a la doctrina restrictiva de este Tribunal. Si bien, debemos destacar la observación hecha en el párrafo anterior respecto del fallo de la sentencia. Con esto, se pone de relieve la existencia de un problema importante, el de la existencia en el ámbito local de conductas cuyo cumplimiento carece de la garantía del Derecho sancionador.

En STS de 12 de junio de 2002 (RJ 2002/8201)⁵², en la que se cuestiona el régimen sancionador establecido en ordenanza municipal reguladora del

⁴⁷ De esta sentencia es Ponente MARIANO BAENA DEL ALCÁZAR. Queremos reseñarlo, porque también lo es de la sentencia objeto de este trabajo.

⁴⁸ Que sostiene, al respecto, la competencia de los municipios en materia de limpieza, además de su potestad reglamentaria.

⁴⁹ Concretamente, el párrafo segundo de su artículo 16.

⁵⁰ Nos estamos refiriendo al párrafo primero de su artículo 16.

⁵¹ Sobre esta sentencia, *vid.* Menéndez Rexach, Ángel, "Crónicas de jurisprudencia", *Justicia Administrativa*, núm. 18, 2003, págs. 110 y 111.

⁵² De la que también es Ponente MARIANO BAENA DEL ALCÁZAR.

servicio público de ordenación y regulación del aparcamiento de vehículos en la vía pública del Ayuntamiento de Segovia, el Tribunal viene a confirmar la jurisprudencia vertida en la citada STS de 22 de septiembre de 1999 (RJ 1999/6728). Los preceptos de la legislación de régimen local, y de la LSV, se consideran cobertura legal suficiente, para la tipificación de infracciones y sanciones realizada por la referida ordenanza (F.J. 2º y 3º).

El Tribunal Supremo se remite expresamente a la forma en que se resolvió el problema que le afecta en sus STS de 17 de enero de 2002 (RJ 2002/894), 23 de enero de 2002 (RJ 2002/1846) y 29 de enero de 2002 (RJ 2002/902). Todas estas sentencias se referían expresamente a la doctrina de la STS de 26 de diciembre de 1996 (RJ 1997/1233), doctrina legal a la que ya nos hemos referido, dada la cita de la misma que hacía la STS de 22 de septiembre de 1999 (RJ 1999/6728), y que admitía la tipificación de infracciones y sanciones por ordenanza de regulación del aparcamiento. Vuelve aquí, el Tribunal, a trazar una línea favorable a las posibilidades de la ordenanza local en el ámbito sancionador.

Igual línea sigue la STS de 15 de julio de 2002 (RJ 2002/10136), relativa a ordenanza de regulación de aparcamientos de vehículos en las zonas de estacionamiento limitado de las vías urbanas del Ayuntamiento de Ávila. Esta sentencia confirma la corriente jurisprudencial trazada en las sentencias anteriores, al mostrarse también favorable a la tipificación de infracciones y sanciones por ordenanza local en esta materia⁵³, entendiendo que existe habilitación legal bastante (F.J. 3º). De hecho, también cita expresamente las STS de 26 de diciembre de 1996 (RJ 1997/1233), 17 de enero de 2002 (RJ 2002/894), 23 de enero de 2002 (RJ 2002/1846) y 29 de enero de 2002 (RJ 2002/902), así como la STS de 16 de abril de 2002 (RJ 2002/6834), que resuelve en el mismo sentido.

La STS de 6 de junio de 2003 (RJ 2003/6857) recuerda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa al artículo 25.1 CE, que consagra el principio de reserva de ley en el ámbito sancionador administrativo, con una do-

⁵³ El Tribunal Supremo se ocupa, a su vez, de destacar la importancia que tiene el acertado ejercicio y la adecuada aplicación de las técnicas jurídicas empleadas en este tipo de ordenanzas. La utilización de estas técnicas viene justificada por la nueva y relevante dimensión pública que adquiere la ordenación del tráfico urbano en nuestros días. La libre circulación de vehículos y personas, el efectivo ejercicio de otros derechos tales como el acceso al puesto de trabajo, el disfrute de los servicios sanitarios, educativos y culturales, la protección del medioambiente y la defensa del Patrimonio Artístico, la calidad de vida en la ciudad, en definitiva. Todos ellos intereses colectivos que resultan salvaguardados por este tipo de ordenanzas (F.J. 3º).

ble garantía. Por un lado, la necesaria predeterminación de la conducta constitutiva de infracción y de su correspondiente sanción. Por otro, la exigencia de que esta regulación se haga por norma con rango formal de ley⁵⁴.

Esta doctrina lleva al Tribunal Supremo a concluir que la sanción dictada por el Ayuntamiento de Madrid⁵⁵ no está dotada de cobertura legal suficiente. Esta sanción se impone en función de ordenanza municipal reguladora del servicio de autotaxi. El Ayuntamiento invoca el Real Decreto 763/1979, de 16 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento nacional de los servicios urbanos e interurbanos de transportes en automóviles ligeros, como fundamento de esta ordenanza. Este Real Decreto no puede considerarse cobertura legal, ya que tiene rango reglamentario. Hubiera sido precisa una norma con rango de ley⁵⁶.

La doctrina del Tribunal Supremo se ha mostrado vacilante sobre la necesidad o no de esta cobertura legal en el ámbito de las relaciones de sujeción especial. No obstante, en esta sentencia se inclina por exigir también habilitación legal cuando exista relación de sujeción especial. Que la relación de los titulares de licencias de autotaxi con el Ayuntamiento pueda considerarse una relación especial de sujeción no exime de la necesidad de habilitación legal previa.

El Tribunal Supremo hace todas estas consideraciones siguiendo la STC 132/2001, de 8 de junio (RTC 2001/132), que aborda una cuestión prácticamente idéntica. De este modo, entendemos que está también admitiendo la posibilidad de modular el principio de reserva de ley en el ámbito sancionador local, por cuanto ésta era la conclusión que se desprendía de esta importante sentencia del Tribunal Constitucional. Si bien, no reproduce textualmente el contenido de la misma en este extremo, y se limita a poner el acento en la necesidad de cobertura legal para la imposición de sanciones incluso en el ámbito de las relaciones de sujeción especial. En apoyo de su ar-

⁵⁴ El Tribunal Supremo recuerda esta doctrina mediante la cita de la STC 42/1987, de 7 de abril (RTC 1987/42), en la que tiene su origen esta jurisprudencia, y de la STC 50/2003, de 17 de mayo (RTC 2003/50), exponente más reciente de la misma.

⁵⁵ Consistente en suspensión temporal de la licencia de autotaxi.

⁵⁶ Con posterioridad a la fecha de autos, por lo que no resulta aplicable, se dictó la Ley 20/1998, de 27 de noviembre, de Transportes Urbanos de la Comunidad Autónoma de Madrid, que remite a la regulación de las ordenanzas municipales en materia de infracciones, con referencia expresa a los autotaxis.

gumentación cita también las STS de 10 de febrero de 1997 (RJ 1997/1407) y STS de 8 de octubre de 2001 (RJ 2002/5862), en las que se resuelve en el mismo sentido.

También reflexiona sobre las incógnitas que todavía persisten en relación con algunos supuestos de ejercicio de la potestad sancionadora local. Estas incógnitas se desprenden de la flexibilización que en ciertos supuestos viene haciendo el propio Tribunal Constitucional de la exigencia de reserva de ley en materia sancionadora, y de la colaboración de ley y reglamento con respecto a ella (F.J. 2º)⁵⁷.

Y es a estas incógnitas a las que, en parte, va a responder el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6487)⁵⁸, que constituye el objeto de este trabajo.

En la STS de 10 de junio de 2003 (RJ 2003/5655), relativa a una sanción de suspensión de licencia de autotaxi, impuesta conforme a Ordenanza reguladora del servicio de vehículos de alquiler con aparato taxímetro del Ayuntamiento de Madrid, se nos vuelve a recordar la doctrina sobre el artículo 25.1 CE (F.J. 3º). Si bien, también se advierte del carácter abstracto y general de esta doctrina, que ha tenido que ser pormenorizada por el Tribunal Constitucional en diversos supuestos (F.J. 4º).

El Tribunal Supremo en esta sentencia vuelve sobre lo dispuesto por la STC 132/2001, de 8 de junio (RTC 2001/132), confirmando su doctrina, al reproducir literalmente el contenido de la misma (F.J. 6º, 7º y 8º). El Supremo entiende que la cuestión sometida a su enjuiciamiento ha sido ya decidida por el Tribunal Constitucional en la citada sentencia, en la que se abordó una cuestión prácticamente idéntica. Por ello, resuelve conforme a la doctrina sentada en la misma (F.J. 4º y 9º).

⁵⁷ De estas incógnitas se hace eco el Voto Particular de la STC 132/2001, de 8 de junio (RTC 2001/132), formulado por FERNANDO GARRIDO FALLA, al que se adhiere MANUEL JIMÉNEZ DE PARGA.

⁵⁸ Lo cual es especialmente relevante si tenemos en cuenta que el Ponente de ambas sentencias es MARIANO BAENA DEL ALCÁZAR.

NOTAS DE JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional (*)

SUMARIO: I. CONSTITUCIÓN. 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.

II. DERECHOS Y LIBERTADES

A. Derechos fundamentales y libertades públicas.

1. Sentencia 85/2003, de 8 de mayo (BOE de 17 de mayo). Ponente: García-Calvo y Montiel y Rodríguez Zapata Pérez (Recursos de amparo electoral acumulados).

Preceptos constitucionales: 14; 16.1; 18.1; 20.1.a); 22.1; 23.1; 23.2; 24.1; 24.2.

otros:

Objeto: Sentencias de la Sala Especial del TS sobre anulación de candidaturas para las elecciones locales y forales de 2003, promovidas por la agrupación de electores Ametzak de Amezketa y otras.

Materias: Principio de igualdad ante la ley; Libertad ideológica; Derecho a la intimidad; Libertad de expresión; Libertad de asociación; Derecho de partici-

(*) Subsección preparada por FRANCISCO ESCRIBANO.

pación en los asuntos públicos; Acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos; Derecho a la tutela judicial efectiva; Garantías procesales.

Supuesta la inusitada extensión de la Sentencia, renunciamos a realizar un resumen de la misma. Existe un VP de Emilia Casas Baamonde. La decisión del TC fue otorgar parcialmente el amparo interesado por algunas de las agrupaciones electorales y, en consecuencia: reconocer su derecho a la participación política en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes. Restablecerlas en su derecho, anulando a tal fin las Sentencias de la Sala Especial del art. 61 LOPJ de 3 de mayo de 2003. Finalmente desestimar las restantes demandas.

2. Sentencia 95/2003, de 22 de mayo (BOE de 10 de junio). Ponente: Jiménez Sánchez (Recurso de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 24.1.

otros:

Objeto: art. 2.a) en relación con el inciso *que residan legalmente en España*, de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

Materias: Derecho a la tutela judicial efectiva.

Se cuestiona la expresión de la citada norma por entender que excluir del derecho a la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros residentes en España de forma ilegal no respeta el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Con la actual regulación los extranjeros ilegalmente residentes en España sólo gozan de asistencia letrada y asistencia y representación gratuitas en los procesos penales y contencioso-administrativos referentes al derecho de asilo, quedando fuera de la cobertura las cuestiones relacionadas con su *status* personal. Se debe tener en cuenta que en aplicación de la ley de extranjería que contempla la sanción de expulsión no les habilita a pleitear gratuitamente, impidiendo, de hecho, a obtener la tutela judicial efectiva y conculcándose su derecho a obtener una resolución judicial sobre actuaciones administrativas que tan decisivamente afectan a la vida de estas personas. Convendrá recordar aquí la doctrina del TC sobre la conexión existente entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho a la tutela judicial efectiva. Las SSTC 183/2001 y 117/1998 consideraron que el art. 119 CE consagra un derecho constitucional de carácter instrumental, cuya finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, tratando así de ase-

gurar que ninguna persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos (STC 138/1988). El derecho reconocido en el art. 119 CE no es, lógicamente, absoluto e ilimitado y ha sido caracterizado como un derecho prestacional y de configuración legal, sin que esa amplia libertad de configuración, a su vez, pueda ser tampoco absoluta. Como ya se dijo en la STC 16/1994 existe un contenido constitucional indisponible que obliga a reconocer el derecho a la justicia gratuita necesariamente a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar (STC 117/1998). Las SSTC 99/1985 y 115/1987, han reconocido a los extranjeros, con independencia de su situación jurídica, la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva. El no reconocimiento, a su vez, de la asistencia jurídica gratuita supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del que son titulares todas las personas, vulneración que resulta de la propia norma legal y que, por consiguiente, debe ser apreciado el vicio de inconstitucionalidad denunciado. Finalmente, conviene precisar que la expresión *residan en (España)* habrá de entenderse referida a la situación puramente fáctica de los que se hallan en territorio español.

VOTO PARTICULAR (Conde Martín de Hijas): Se disiente por considerar que no se produce la vulneración apreciada del art. 24 CE en la limitación de la Ley 1/1996. No hay base constitucional para una identificación entre español y extranjero como la que se deduce de la Sentencia. No es incontrovertible que el derecho a la tutela corresponda por igual a españoles y extranjeros. La Sentencia se ha construido sobre la base de una ampliación del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, con el que se disiente. Se ha forzado el contenido del art. 24, incluyendo en él contenidos, como el derecho a la asistencia gratuita, que están ausentes del mismo. Se disiente, en suma, al considerar que la Sentencia constituye un exceso en la interpretación de la Constitución y supone, además, la asunción por parte del Tribunal de un papel de legislador que no le corresponde.

(García-Calvo y Montiel): Se disiente en la medida en que se considera que con la decisión adoptada se pueden generar situaciones abusivas de inasumible coste presupuestario y social. Se considera que el número de los afectados y el tipo de personas no tendrían ni siquiera el derecho a la tutela judicial, a la que se quiere conectar el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Se traerá a colación la STC 12/1998 que reconoce la existencia de limitaciones en el acceso a la justicia por parte de aquellos que tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita, límite que se ha considerado basado en una finalidad constitucional legítima, razonable y proporcionada. Asimismo se disiente, en la línea del VP anterior por considerar una extralimitación de las funciones del TC en este caso concreto. El derecho a la asistencia jurídica gratuita no forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva y por ello se manifiesta el disenso.

(Rodríguez-Zapata Pérez): La interpretación de la Constitución que se hace en el FJ 7º es indeterminada e imprecisa en su alcance. La exigencia de

igualdad o puede ser entendida necesariamente como obligación de identidad. El estatuto de extranjería plantea cuestiones diferentes de las que se producen en el seno del estatuto de ciudadanía, la igualdad en la atribución o titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva no implica excluir una regulación legislativa distinta del beneficio de justicia gratuita siempre que se ajuste a cánones de proporcionalidad y razonabilidad.

VI. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO

A. Comunidades Autónomas.

B.2. Competencias.

1. Sentencia 72/2003, de 10 de abril (BOE de 13 de mayo). Ponente: Rodríguez-Zapata Pérez (Recursos de inconstitucionalidad acumulados).

Preceptos constitucionales: 149.1.18^a; DA Tercera.

otros:

Objeto: Diversas disposiciones reglamentarias de carácter tributario sobre vehículos a motor

Materias: Régimen económico y fiscal de Canarias. Procedimiento administrativo común.

Se reivindica la competencia en materia de procedimiento administrativo para el desarrollo reglamentario de los tributos integrantes del régimen económico-fiscal de Canarias. De forma subsidiaria se reclama la competencia autonómica de gestión de los tributos cedidos. Los argumentos sobre los que se basa la reivindicación son: en primer lugar, la propia DA Tercera CE que recoge la existencia del régimen económico y fiscal de Canarias y cuyo reconocimiento debe implicar implícitamente la competencia para la regulación y gestión de los procedimientos tributarios y de los procedimientos económico-administrativos relacionados con la totalidad de los tributos integrados en dicho régimen. En segundo lugar, el art. 32.3 del Estatuto Canario (ECan) que atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia para el desarrollo legislativo y ejecución en materia de normas de procedimiento económico administrativo y fiscal, así como para la regulación de los procedimientos de gestión, liquidación, recaudación, inspección y revisión. El citado precepto del ECan debe ser interpretado a la luz de lo establecido en el art. 149.1.18, en cuya virtud, al Estado le correspondería la legislación ge-

neral sobre el procedimiento administrativo común, a la Comunidad Autónoma su desarrollo y ejecución, en la medida en que el impuesto controvertido está integrado en el régimen canario la competencia para desarrollarlo y gestionarlo corresponderá asimismo a la Comunidad Autónoma. En tercer lugar, la DA Cuarta LOFCA que establece la necesidad de tener en cuenta el peculiar régimen fiscal de Canarias al regular su régimen económico y fiscal. Finalmente, la atribución por parte de la Ley de Impuestos Especiales del rendimiento del Impuesto a la Comunidad Autónoma, debe entenderse que atribuye a ésta asimismo la competencia autonómica de gestión tributaria sobre la base del principio de los apoderamientos implícitos e integridad competencial. El TC considera que son aquí de aplicación sus consideraciones de la STC 16/2003 (*véase el número anterior de esta Revista*), a tenor de las cuales de ninguna de las normas citadas se deduce que la gestión del Impuesto especial sobre determinados medios de transportes sea una competencia de la titularidad de la CAC, ni la CE ni la LOFCA atribuyen competencias, limitándose exclusivamente a reconocer la existencia de un régimen especial en el archipiélago. A igual conclusión debe llegarse a la luz del citado art. 74 de la Ley de Impuestos Especiales, que se limita a atribuir el rendimiento del tributo, sin que quepa deducir competencia implícita alguna. Sí se encuentra ésta en el citado art. 34.14 ECan donde se establece que corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución de las normas de procedimiento administrativo, económico-administrativo y fiscal que se derivan de las especialidades del régimen administrativo, económico y fiscal de Canarias. Se ha aducido asimismo por la Comunidad Autónoma que a la luz del art. 32.14 Ecan y el art. 149.1.18 interpretado a la luz de la Jurisprudencia del TC permite afirmar que la competencia para su desarrollo es de la Comunidad Autónoma. EL TC lo niega y trae en su apoyo la doctrina que se deriva de su STC 227/1988, distinguiendo entre procedimiento administrativo común y procedimiento *ratione materiae*. La Constitución no reserva en exclusiva al Estado la regulación de estos procedimientos administrativos especiales. Aunque hay que entender que es una competencia conexas a las que el Estado ostenta para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad. Así ya se interpretó en la citada Sentencia que *cuando la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una Comunidad Autónoma, a ésta cumple también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarlas, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias* (FJ 32 STC 227/1988 y FJ 8.b STC 98/2001). Se llega, por tanto, a la conclusión de que la Comunidad Autónoma no puede reivindicar la competencia para regular los procedimientos tributarios relativos a los tributos estatales integrantes del régimen económico fiscal de Canarias y, en particular el Impuesto especial sobre determinados medios de transportes. Es al Estado a quien corresponde su desarrollo y ejecución salvo que decida delegar esta función al amparo del art. 156.2 CE. Las especialidades que para Canarias se establecen en la Ley

38/1992 no reclaman para la efectividad del impuesto controvertido singularidad procedimental alguna. Tampoco se aceptan por el TC las argumentaciones sobre la base de su doctrina en materia de gestión de subvenciones (STC 79/1992) que no guarda similitud alguna con el problema planteado; en los actuales conflictos se dilucidan las competencias de gestión de un tributo de titularidad estatal, sin que entre en juego título competencial autonómico alguno. Por lo que se refiere a la reclamación de carácter subsidiario, se ha reclamado la competencia de gestión del tributo cuestionado, de forma similar a como se hizo en relación con la cuestión debatida en la STC 16/2003. (*Véase en el n.º anterior de esta Revista la STC 16/2003*). En la línea ya desarrollada en la citada STC, se reitera que el impuesto cuestionado no se considera parte integrante del régimen económico y fiscal de Canarias, ni tiene tampoco la consideración de tributo cedido, aunque sí la tenga tras la aprobación del último sistema de financiación aprobado. La cesión no implica, en modo alguno, ni la transmisión de la titularidad sobre el mismo o sobre el ejercicio de las competencias inherentes, ni tampoco (STC 192/2000), el carácter irrevocable de la cesión. La regulación de todas las competencias financieras en relación con los tributos cedidos es materia de ley orgánica en virtud de lo dispuesto en el art. 157.3 CE. Puesto en relación con lo establecido en el art. 133 CE se puede afirmar que la potestad originaria del Estado no puede quedar enervada por disposición alguna de inferior rango y es evidente que la regulación de la materia tributaria relacionada con la cesión de tributos es objeto de ley orgánica. La conexión existente entre los arts. 133.1, 149.1.14 y 157.3 CE determina que se pueda afirmar la competencia del Estado para regular no sólo sus propios tributos, sino también el marco general de todo el sistema tributario, así como la delimitación de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas, según ya quedó dicho en la referida STC 192/2000.

2. Sentencia 81/2003, de 30 de abril (BOE de 17 de mayo). Ponente: Gay Montalvo (Cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas).

Preceptos constitucionales: 14; 139.1.14^a; 149.1.6^a; 149.1.18^a; 156.1

otros:

Objeto: Art. 17.3 de la Ley de la Comunidad valenciana 4/1984, de 13 de junio y art. 17.3 del TR de la Ley de Hacienda Pública de la Comunidad valenciana, aprobado por Decreto legislativo de 26 de junio de 1991.

Materias: Principio de igualdad ante la Ley; Hacienda general; Legislación procesal; Bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas; Coordinación entre las Haciendas estatal y autonómicas.

Se plantean senda cuestiones de inconstitucionalidad por posible vulneración del art. 14 CE, así como por posible vulneración de los arts. 149.1.6ª; 149.1.14ª y 156.1 CE. Se considera que el art. 17.3 contradice la doctrina de la STC 110/1996 que fija el *dies a quo* del cómputo de plazo de los intereses de demora desde la fecha de la Sentencia dictada en primera instancia y no desde el día en que adquiriera firmeza la resolución judicial, así como con los arts. 36.2 LGP y 1.2 LEC de 1881 que fijan como interés a satisfacer el legal del dinero y no el básico del Banco de España. También se aduce en relación con el citado 17.3 que contradice la competencia estatal en materia de legislación procesal, afecta a la competencia exclusiva del Estado relativa a las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, infringe el principio de coordinación con la hacienda estatal del art. 156 CE, pudiendo, finalmente, provocar una desigualdad contraria al art. 14 CE. Dos son las cuestiones a resolver: la determinación del *dies a quo* del devengo de los intereses, en primer lugar; en segundo, la relativa al cálculo de tales intereses. El contenido del art. 17.3 es contrario a lo dispuesto en el art. 921.4 LEC (1881); a lo establecido en el art. 45 LGP, que en atención a lo decidido por la STC 69/1996 debe ser interpretado en el mismo sentido que el art. 921 citado; y, por último, al art. 36.2 LGP que dispone que el interés de demora será el interés legal del dinero vigente el día en que venza el plazo señalado en el número anterior –desde el día siguiente a su vencimiento–, lo que vulneraría los arts. 14, 149.1.6; 149.1.14; 156 CE. Por lo que se refiere al cómputo del plazo, el precepto es susceptible de doble interpretación: puede entenderse que la declaración de firmeza de la resolución judicial que condena a su pago, supone el momento no sólo de su exigencia sino también el de su devengo; también pudiera interpretarse que esa declaración de firmeza implica sólo el presupuesto que habilita a su reclamación pero habiéndose producido su devengo en la fecha de la primera resolución judicial. En aplicación de lo decidido en la STC 9/1996 y 110/1996, sólo ésta segunda interpretación es compatible con la CE. El art. 45 debe ser leído a la luz del 921 LEC donde se contempla el denominado interés procesal, en relación con el cual, en atención a su carácter disuasorio, debe entenderse que el *dies a quo* se localiza en la fecha recaída en primera instancia dado que sólo esta conclusión se compadece con el art. 14 CE, ya que no se justifica en estos supuestos un tratamiento privilegiado para la Administración (SSTC 69/1996; 110/1996; 113/1996). A la luz de estas consideraciones el precepto debatido sólo se puede considerar constitucional si se interpreta en el sentido de la STC 69/1996, es decir, distinguiendo dos momentos: el comienzo del devengo de los intereses –que no es otro que el momento de la Sentencia dictada en primera instancia– y el de la exigibilidad de tales intereses que es el de la firmeza de la resolución judicial, debiendo, por tanto, ser desestimadas las cuestiones planteadas. Por lo que respecta a la segunda cuestión, debe ser estimada; la discordancia con el art. 36.2 LGP contraviene la CE como se desprende claramente de lo establecido la STC

14/1986, en cuya aplicación se debe entender que la determinación cuantitativa del interés de demora ha de merecer un tratamiento unitario en todo el territorio nacional., lo que asimismo encuentra su fundamento en lo establecido en el art. 149.1.18 CE.. La regulación realizada por la Comunidad Autónoma también vulnera la competencia estatal prevista en el art. 149.1.18 al tratarse de una declaración normativa que excede del marco reservado a la Comunidad Autónoma (STC 14/1986); es asimismo contraria al art. 14 CE como ya advirtió la STC 110/1996, por lo que debe considerarse el precepto objeto de esta cuestión inconstitucional y nulo.

VOTO PARTICULAR (Rodríguez-Zapata Pérez): Se disiente en la medida en que se considera no cumplido un elemental principio de congruencia, en relación con las cuestiones planteadas. La competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal excluye que las Comunidades Autónomas puedan crear *ex novo* normas de carácter procesal. El interés procesal tiene como finalidad resarcir los daños al acreedor por la tardanza en el cumplimiento de la obligación de pago. La naturaleza procesal de la norma que los fija determina con claridad que será de competencia estatal y no autonómica su regulación. Con ello se ha producido una manifiesta invasión competencial.

Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

SUMARIO: 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 ADMINISTRATIVO. XVI. MEDIO AMBIENTE. XVII. ORGANIZACIÓN. XVIII. PERSONAL. XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. XX. RESPONSABILIDAD. XXI. SALUD Y SERVICIOS SOCIAL. XXII. URBANISMO Y VIVIENDA.

Tribunal Supremo (*)

I. ACTO ADMINISTRATIVO

DECLARACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

Al igual que hizo en sentencia de 17 de noviembre de 1998 (Ar. 10522), el TS se pronuncia de nuevo acerca de la naturaleza de la declaración de impacto ambiental como acto administrativo de trámite o no definitivo y por ello no impugnabile directamente.

“V. 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 de 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

(*) Subsección preparada por JOSÉ I. LÓPEZ GONZÁLEZ.

permiten conceptuarla como una resolución definitiva, directamente impugnabile en sede jurisdiccional. Ni tampoco conduce a ello el que la DIA sea el precipitado de unos trámites precedentes (iniciación, consultas, información del juicio en que la DIA consiste, que no transforma su naturaleza jurídica. Ni su enorme transcendencia, 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”.

(STS de 17 de junio de 2003. Sala 3ª, Secc. 7ª. F.J. 11º. Magistrado Ponente Sr. Maurandi Guillén. Ar. 6139).

II. ADMINISTRACIÓN LOCAL

INFORME MUNICIPAL

La intervención del Ayuntamiento en el expediente de concesión de televisión por cable está justificada por las materias de competencia municipal, debiendo ser motivada.

“Descartado el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, procede, a continuación, examinar si concurre alguna de las restantes infracciones denunciadas en los correspondientes motivos de casación”.

[...] “Y hemos de comenzar señalando, como hemos hecho en otra sentencias dictadas en esa misma fecha resolviendo cuestiones idénticas a las que ahora examinamos, que los actos administrativos se rigen por las normas que están en vigor en el momento en que se dictan, sin que pueda exigirse su acomodación a normas posteriores que no son conocidas por los órganos competentes para tomar las oportunas decisiones. Es cierto que en el sector de las telecomunicaciones se ha operado un cambio sustancial como consecuencia del proceso liberalizador iniciado en la Unión Europea y que en este sector la idea de servicio público está siendo desplazada. Ahora bien, este proceso, que no es instantáneo sino progresivo, no implica que anteriormente el modelo tradicional de la “publicatio” no cumpliera los fines de interés general que requería el sector audiovisual. La Ley 31/1987, de 18 de diciembre de Ordenación de las Telecomunicaciones, en su artículo 1º, incluía entre sus objetivos la ordenación de las telecomunicaciones mediante cables, cuya competencia atribuye al Estado, disponiendo en su artículo 2º que “las telecomunicaciones tienen la consideración de servicios esenciales de titularidad estatal reservados al sector público”.

La circunstancia de que durante un determinado período de tiempo el campo de la televisión por cable no fuese regulado en detalle, no alteraba su naturaleza, que seguía siendo, mientras no se dispusiese lo contrario, un servicio público de titularidad estatal. Bien es verdad que esa falta de regulación no podía impedir ni obstaculizar el ejercicio de la libertad de expresión ni de comunicación por parte de los ciudadanos, como expresó el Tribunal Constitucional en sus sentencias de 31 de enero de 1994, 16 de febrero de 1994 y 16 de enero de 1995, entre otras; por el hecho de que en un momento posterior se dictasen normas para ordenar el sector, no suponía un vulneración de esas libertades si su contenido esencial quedaba respetado. El propio Tribunal Constitucional en las mencionadas sentencias así parece inferirlo, al admitir la conveniencia de una legislación ordenadora del medio”.

[...] “En los dos primeros motivos de casación se denuncia que el informe favorable que debe prestar el Ayuntamiento deja en manos de éste el que se otorgue o no la concesión, atribuyéndole un poder arbitrario que puede producir discriminación entre empresas por razones no justificadas, máxime cuando no se especifica en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 42/1995 (RCL 1995, 3443) los requisitos o condiciones con arreglo a los cuales debe ser otorgado el informe.

La mayoría de las infraestructuras de cable se tienden en el dominio público, utilizando las vías, calles, plazas que integran el demanio municipal e incluso su espacio aéreo. La intervención del Ayuntamiento en el expediente no sólo es conveniente sino indispensable, como consecuencia del principio de coordinación proclamado en el artículo 103 de la Constitución y recogido en el artículo 10.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril de Bases del Régimen Local. Sería ilógico otorgar una concesión de cable sin que el Ayuntamiento informe si el tendido de la red por los lugares que se propone se atiene a las normas urbanísticas o medio ambientales que rigen en el municipio. De aquí la razonabilidad de la norma que exige que el informe sea favorable, pues no tendría sentido que en contra del régimen del municipio se otorgue una concesión que autoriza la colocación de la red en lugares no permitidos en los instrumentos de ordenación local.

Probablemente hubiera sido conveniente determinar las bases del informe municipal, pero su falta no implica ilegalidad de la norma, pues nuestro ordenamiento no prevé la inconstitucionalidad por omisión, máxime si se tienen en cuenta las dificultades que entraña establecer unos requisitos comunes para el gran número de municipios de España, cuya diversidad y heterogeneidad territorial es tan grande que difícilmente podría lograrse una norma homogénea para todos ellos. Por esta razón no puede tacharse de arbitraria la Disposición Transitoria Primera de la Ley 42/1995. El control de la arbitrariedad tiene su cauce “a posteriori”, pues un informe desfavorable que determine la denegación de una concesión podrá revisarse por los Tribunales, examinando si está justificado de forma adecuada en función del

contenido del acto; que queda constreñido en la Disposición Transitoria Primera del Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio –Real Decreto 2066/1966, de 13 de septiembre–, únicamente a materia de competencia municipal, exigiendo que sea motivado”.

(STS de 29 de septiembre de 2003. Sala 3ª, Secc. 3ª. F.J. 2º. Magistrado Ponente Sr. Campos Sánchez-Bordona. Ar. 8111).

III. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

TÉCNICAS DE COOPERACIÓN Y DE COORDINACIÓN

El TS analiza las diferencias entre unas y otras, a la vista de un convenio de cooperación interadministrativo.

“Desde esta perspectiva la potestad de coordinación no delimita las competencias legalmente atribuidas, sino que es un modo de desenvolvimiento de éstas, sin que suponga una redistribución competencial con una limitación o condicionamiento de los poderes legalmente atribuidos a las Administraciones coordinadas y existe una concepción material que atribuye al órgano de coordinación una cierta posición de superioridad respecto de los entes coordinados, que permite orientar su comportamiento de forma decisoria a través de directrices de criterios de actuación obligatorios.

A este concepto de coordinación, en el que la coherencia del interés superior que define el órgano coordinador delimita la autonomía de los entes coordinados, se ha referido en distintas ocasiones el Tribunal Constitucional cuya doctrina puede concretarse en los siguientes puntos:

a) En las SSTC 32/1983, de 28 de abril y 42/1983, de 20 de mayo, al abordar la noción de “coordinación general”, señala que “persigue la integración de la diversidad de las partes o de los subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones...” y la competencia de coordinación presupone la existencia de competencias de los entes coordinados que deben ser respetadas.

b) En la STC 27/1987, de 27 de febrero, dictada en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra determinados artículos de la Ley 2/1983, de 4 de octubre, de las Cortes Valencianas, por la que se declaran de interés general determinadas funciones propias de las Diputaciones Provinciales, especifica que “la coordinación constituye un límite al pleno ejercicio de las competencias propias de las corporaciones locales y como tal, en cuanto que afecta al alcance de la autonomía local constitucionalmente garantizada, sólo puede producirse en los casos y con las condiciones previstas en la ley”.

c) De acuerdo con la doctrina de la STC 214/1989, de 21 de diciembre, que resuelve sendos recursos de inconstitucionalidad interpuestos frente a de-

terminados artículos de la Ley 7/1985, de 2 de abril (LBRL), al afrontar precisamente la impugnación de sus artículos 58 y 59, es posible definir los perfiles de la coordinación de acuerdo con la acepción material expuesta y en contraste con las técnicas de colaboración.

d) No puede tampoco olvidarse que las funciones atribuidas a los órganos de colaboración son ordinariamente deliberantes o consultivas, lo que evidencia que su interferencia en el ejercicio de las competencias por sus titulares efectivos queda en cualquiera de los casos total y absolutamente preservada, mientras que, en sentido estricto, la coordinación, como ha dicho reiteradamente el Tribunal Constitucional, implica un límite efectivo al ejercicio de las competencias (SSTC 32/1983, de 28 de abril FJ 2º, 80/1985, de 4 de julio, FJ 2º y 27/1987, de 27 de febrero, FJ 5º) y por ello mismo, debe venir, en efecto, amparada en la pertinente atribución competencial normativa.

Del análisis precedente deriva la diferencia existente entre las técnicas de cooperación y coordinación que encuentra una adecuada expresión en la LBRL, dado que junto a los artículos 57 y 58, en los que expresan esas técnicas cooperativas ya sea funcionales u orgánicas, en los artículos 10.2, 59 y 62 se concretan facultades de coordinación de las Administraciones Públicas. Y, si bien tanto unas como otras técnicas se orientan a flexibilizar y prevenir disfunciones derivadas del propio sistema de distribución de competencias, aunque sin alterar, en ninguno de los casos la titularidad y el ejercicio de las competencias propias de los entes en relación, es lo cierto que en las consecuencias y efectos dimanantes de unas y otras no son equiparables, puesto que toda coordinación conlleva un cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto al coordinado, lo que es de por sí un elemento diferenciador de primer orden, que explica y justifica que, desde la perspectiva competencial, distintas hayan de ser las posibilidades de poner en práctica unas y otras fórmulas.

En suma, estamos ante un convenio de cooperación interadministrativa de carácter económico, técnico o administrativo, sin otros límites que los derivados el interés, público, el ordenamiento jurídico y los principios de buena administración (arts. 57 LBRL, 111 del Texto Refundido de Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen local, aprobado por RDLeg 78/1986, de 18 de abril preceptos que no han resultado infringidos”.

(STS 15 de julio de 2003. 3ª, Secc. 7ª. F.J. 3ª. Magistrado Ponente Sr. González Rivas. Ar. 6345).

IV BIENES PÚBLICOS

BIENES DEMANIALES

La realidad del destino del bien ha de prevalecer sobre la apariencia formal.

“Concretándonos ahora a los argumentos aducidos en el tercer fundamento jurídico de la sentencia de instancia para considerar la corrección de la constitución de un derecho de superficie sobre el terreno cedido en su día por la orden de Agustinos Recoletos, con el fin de destinarlo a la construcción de una biblioteca pública, y a cambio del otorgamiento de una licencia de obras para la construcción de un edificio en colindancia con el terreno cedido, la resolución del Tribunal de Aragón de 23 de junio de 1999 se funda en dos razonamientos concretos para justificar el carácter de bien patrimonial de la aludida parcela y la consiguiente innecesidad de haberla desafectado de su carácter demanial (artículo 81 de la LBRL y 8º del RD 1372/86) con carácter previo a autorizar la constitución del derecho real mencionado, lo que constituye el único tema de fondo planteado en el presente recurso. El segundo de tales razonamientos tiene un carácter meramente subsidiario del anterior.

La sentencia impugnada se refiere en primer lugar y como justificación legal de la constitución de ese derecho, al carácter patrimonial del inmueble, que razona sobre la base de que lo determinante de la condición demanial del mismo no es la inclusión en el Inventario a que se refiere el artículo 17 del Reglamento con una u otra calificación, sino la real afectación o destino del bien de que se trate. Solamente en segundo término, y a mayor abundamiento, se trata de justificar que, en todo caso, habría de considerarse que se había producido una desafectación automática de su condición demanial a través de la modificación llevada a cabo en el planeamiento urbanístico con la finalidad de poder celebrar el contrato que ahora se impugna.

Asiste la razón a los recurrentes cuando combaten la inanidad de este último argumento ya que si partimos de la consideración de la tan repetida parcela como un bien de dominio público con una primitiva adscripción a un uso asistencial y religioso, la posterior modificación puntual del mismo PGOU en la que se sustituye dicha adscripción por la correspondiente a un fin socio-cultural, no implica el equivalente a un proceso de desafectación automático del artículo 81.2 a) de la LBRL, ya que la finalidad de satisfacción de un servicio público que determinó su clasificación no habría sido alterada y seguiría constituyendo la nota característica de su calificación como bien demanial, según claramente se desprende de la Sentencia de este Tribunal de 6 de junio de 1995 en un caso que guarda similitud con el presente.

Ocurre, sin embargo, que el Tribunal de instancia con referencia explícita a los antecedentes en la historia jurídica del terreno cuestionado obrantes en el recurso 434/95, cuya solución definitiva no nos es dable desconocer al haberse dictado sentencia confirmatoria de esta Sala de 21 de junio de 2002, ha declarado expresamente probado que no ha existido actuación alguna del Ayuntamiento tendente a hacer efectiva la adscripción del mismo a una

finalidad de servicio público desde el momento de la cesión, haciendo así buenos los argumentos opuestos en los escritos de contestación a la demanda, en los que se sostiene que la nota característica de la demanialidad es precisamente la afección a una finalidad pública que aquí nunca ha existido, por lo que no puede considerarse como bien afecto al servicio público la parcela sobre la que versa el litigio, con independencia de cual fuese la finalidad que tuviese asignada en la planificación urbanística.

Este Tribunal ha declarado en numerosas ocasiones que la consideración demanial de un bien no viene necesariamente fijada por su inclusión o exclusión en un inventario de bienes de las Entidades Locales, sino por su afección real a un uso o servicio público, siquiera la inclusión en el catálogo pueda en principio apuntar a favor de esa naturaleza. Así la Sentencia de 28 de marzo de 1989 declaró que la realidad del destino del bien ha de prevalecer sobre la apariencia formal, y las de 5 de abril d 1993 y 23 de mayo de 2001 se manifiestan en el mismo sentido.

Sin embargo, la circunstancia de que la parcela urbana cedida al Ayuntamiento a cambio del otorgamiento de una licencia de obras, con la finalidad –un tanto genérica– de construir una biblioteca, haya permanecido durante un cuarto de siglo sin destinarse al objeto que se había especificado en su otorgamiento, no es circunstancia que implique “per se” su desafectación al servicio público, ya haya estado primitivamente adscrita, hablando en término urbanísticos, a cubrir necesidades de naturaleza asistencial-religiosa, ya con posterioridad se haya adscrito a fines socio-culturales. El carácter de adscripción a un servicio público resulta patente desde ambos puntos de vista, y las declaraciones de la sentencia dictada en el recurso 434/95 en nada modifican esta conclusión. Este Tribunal (Sentencia de 21 de junio de 2002) lo único que ha confirmado es la procedencia de la modificación puntual operada en el Plan General de Zaragoza al trasponer la adscripción del terreno cuestionado de la finalidad asistencial-religiosa a la socio-cultural; pero en absoluto ha ido más allá de la pertinencia de esa modificación de carácter urbanístico, ni menos todavía se puede deducir de dicha resolución que la modificación puntual de la planificación ya existente significase el equivalente a una desafectación del carácter demanial del bien inmueble inventario como tal.

Ha de concluirse, por todo lo razonado, que asiste la razón a los recurrentes cuando denuncian la infracción de lo dispuesto en los artículos 79, 80 y 81 de la LBRL y 2, 3, 4, 8 y 74 del Reglamento de Bienes desde el momento en que se ha constituido un derecho real de superficie sobre un bien de carácter demanial prescindiendo del expediente que regula el artículo 8º del Reglamento citado, lo que ha de determinar la casación de la sentencia recurrida por el motivo invocado”.

(STS de 1 de octubre de 2003. Sala 3ª, Secc. 4ª, Secc. 4ª. F.J. 2º y 3º. Magistrado Ponente Sr. Soto Vázquez. Ar. 8133).

VI. CONTRATOS

CONTRATO ADMINISTRATIVO ESPECIAL

Cesión de solar municipal a una sociedad mercantil a cambio de construcción de frontón y plaza pública.

“La parte recurrente señala que la Sentencia de 20 de octubre de 1997 dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco vulnera, al amparo del artículo 95.1.4 de la LJCA de 27 de diciembre de 1956, la jurisprudencia aplicable en cuanto a la verdadera naturaleza jurídica de lo convenido entre las partes mediante contrato de 9 de mayo de 1990 y la posterior escritura pública de permuta de 11 de agosto de 1992 citando, entre otras, las SSTs de 22 de mayo de 1974, 2 de enero de 1976, 5 de julio de 1989 y 7 de junio de 1990 señalando que de dicha jurisprudencia, al contrario de lo recogido en el fundamento de derecho tercero de la Sentencia del Tribunal de Instancia, se infiere que el negocio jurídico era una cesión de solar por pisos y locales (en el presente caso por frontón y plaza pública) no propiamente una permuta, sino como un contrato atípico “do ut des”, no encajable plenamente en ninguna de las tipologías específicamente reguladas en el Código Civil. Frente al criterio de la parte recurrente, cabe señalar que la doctrina mayoritaria conceptúa como permuta los contratos mediante los cuales se cede o aporta un solar para obra, como es el caso que nos ocupa, mientras que la jurisprudencia invocada subraya que se trata de un contrato atípico do ut des no encajable plenamente en ninguna de las tipologías específicamente reguladas en el Código Civil, aunque presente notas que le aproximan a la permuta, e incluso subsumible por analogía dentro de los términos del artículo 1538 del Código Civil.

En la línea jurisprudencial, que avala el contenido de la Sentencia del Tribunal de Instancia, cabe citar las Sentencias de la Sala Primera de este Tribunal de 22 de mayo de 1974, de 2 de enero de 1976, criterio reiterado en los posteriores Sentencias de la Sala Primera de 30 de junio de 1977, 12 de febrero de 1979, 7 de julio de 1982, 24 de octubre de 1983, 7 de junio de 1990, 2 de febrero de 1991, 14 de diciembre de 1992, 30 de septiembre de 1993, 19 de noviembre de 1994 y 19 de octubre de 1996.

En efecto la calificación administrativa del contrato necesita el análisis de la concatenación sucesiva de actos generales de un resultado único, partiendo de los siguientes presupuestos:

a) A la vista de la jurisprudencia y examinados el contrato suscrito por las partes el 9 de mayo de 1990 y la posterior escritura pública de permuta de 11 de agosto de 1992, se observa que los actos previos realizados por el Ayuntamiento de Zumárraga: desafección de la parcela para su posterior enajenación mediante permuta (folios 24, 25 y 48 a 52 del expediente) y la in-

tención plasmada en el contexto literal de contrato, así como el título dado a la propia escritura pública de permuta, concreta en definitiva los efectos del acuerdo perfeccionado que es una permuta regulada en el artículo 1538 y ss. del Código Civil, como acertadamente sostiene la Sentencia recurrida.

b) Dicha calificación, atendiendo a su contenido y finalidad se infiere del análisis del clausulado suscrito, haciéndose constar:

a) En la cláusula segunda del contrato, calificado de permuta, de 9 de mayo de 1990 consta que “el Ayuntamiento otorgará escritura de enajenación directa del derecho de excavación o construcción bajo el subsuelo a favor de Construcciones Brues, SL. siendo la contraprestación o precio de venta el valor de la obra de construcción del frontón cubierto y de la urbanización de la plaza pública y contorno resultante”.

b) En el Acuerdo de la Comisión de Gobierno de 8 de junio de 1992 se inicia expediente de enajenación de la parcela municipal mediante permuta y en la escritura de 11 de agosto de 1992 consta que el Ayuntamiento transmite la propiedad con el derecho implícito de excavación o construcción y, en contraprestación a esta transmisión, construirá el edificio.

c) Como reconocen los actos recurridos, la esencia del contrato suscrito consistía en la enajenación de un bien inmueble municipal, con reconocimiento de derechos urbanísticos en favor de Construcciones Brues, SA., a cambio no de un precio en dinero, sino de otros bienes inmuebles.

c) En consecuencia, atendiendo a su contenido y finalidad, corroborada por el análisis de las cláusulas, sobre la base del principio “pacta sunt servanda”, la conclusión es que la calificación efectuada por la Sala de instancia es correcta, tanto desde el punto de vista subjetivo como en cuanto a la finalidad, haciendo prevalente la intervención de esta jurisdicción por la presencia de la Corporación local.

d) Es constante la línea jurisprudencial que fija la inadecuación del recurso de casación cuando se trata de un reajuste interpretativo de un contrato, teniendo en cuenta el sentido de sus cláusulas fijado por la Sala de instancia, a no ser que hubiera incurrido en una tesis ilógica que contravenga la legalidad, extremo que no ha sucedido en la cuestión planteada”.

(STS de 23 de septiembre de 2003. Sala 3ª, Secc. 7ª. F.J. 4ª y 5ª. Magistrado Ponente Sr. González Rivas. Ar. 7310).

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

NORMAS TÉCNICAS Y REGLAMENTACIÓN TÉCNICA

Las normas técnicas no son disposiciones ni actos administrativos; poseen naturaleza privada. La reglamentación técnica supone el ejercicio de la po-

testad reglamentaria (especificaciones técnicas y régimen jurídico de los productos).

Segundo. El sistema de normalización diseñado distingue, en lo que ahora nos interesa, dos actuaciones importantes y en cierta manera complementarias, cual son la generación de la norma –norma técnica y reglamentación técnica, entre otras– y su aplicación –certificación homologación–. En cuanto a las primeras, diferencia la norma técnica y la reglamentación técnica atendiendo a su origen y a su eficacia jurídica –introduciendo además una categoría intermedia cual es la “norma oficial”.

Así resulta que la elaboración de una norma técnica no corresponde a la Administración, lo que es lógico dado su origen convencional, sino a un organismo de carácter privado, creado mediante acuerdo de los agentes económicos de un determinado sector cuya aplicación al no ser obligatoria se hace derivar de acuerdos entre particulares. Es al integrarse en los contratos privados como cobran fuerza vinculante, lo que va a depender especialmente de su calidad, de su eficacia para facilitar las transacciones y del prestigio mismo de su autor.

Pero esto no supone que se haya prescindido de la intervención administrativa en esa actuación, ya que no hay duda de la existencia de intereses públicos subyacentes a estas tareas de elaboración de normas técnicas, en cuanto deben tener una garantía de calidad, sólo que se constata en otros momentos como en la determinación de los requisitos y designación de la entidad privada que puede desarrollar tareas de normalización y certificación. Esta acreditación, prevista en el artículo 5 del Real Decreto 1614/1985, permite reconocer la actividad desarrollada al tiempo que controlar los aspectos que son de interés para la Administración.

Tampoco supone la ausencia de control administrativo, por cuanto al mismo se evidencia a través de la participación en la asociación designada de representantes de la Administración bien en sus órganos decisorios bien en las Comisiones Sectoriales de Normalización –artículos, 5.2.b) y 7 del Real Decreto 1614/1985–.

Por lo demás, el reparto de funciones supone que la Administración elabora los programas y proyectos de normalización y establece los objetivos y criterios generales mientras que en las entidades privadas desarrollan actividades de carácter técnico elaborando y redactando materialmente las normas técnicas, cuyo procedimiento de elaboración es sencillo constituyéndose sólo como trámite esencial el de información pública –artículo 5.2.d) del Real Decreto 1614/1985–.

Por su parte la reglamentación técnica supone el ejercicio de la potestad reglamentaria que debe cumplir las normas procedimentales de elaboración de las disposiciones generales; y es que además de diferenciarse de la norma técnica en cuanto al origen y efectos es también distinto su contenido pues el reglamento técnico, además de las especificaciones técnicas incluye

un conjunto de disposiciones referidas al régimen jurídico administrativo de los productos.

Tercero. Así las cosas, no es de extrañar que tanto a la configuración de la entidad que va a desarrollar las tareas de normalización y certificación como a las propias normas técnicas que aprueba se las deba reconocer una naturaleza jurídica privada y no administrativa.

En efecto, las normas técnicas que aprueba la asociación designada por la Administración no pueden considerarse en ningún caso como en actos administrativos, al contrario de las reglamentaciones técnicas que sí emanan de la Administración. No son sino acuerdo particulares alcanzados por representantes de los sectores interesados de carácter no obligatorio, aprobados conforme a lo establecido en los Estatutos y el Reglamento de Régimen Interior con una importante función de las Comisiones Sectoriales.

De ahí que la declaración de falta de competencia de la Administración para conocer de un pretendido recurso de alzada contra unos Anexos a esas normas técnicas sea conforme a Derecho por cuanto, según se infiere de lo expuesto:

a) Las normas técnicas aprobadas por la asociación designada por el Ministerio de Industria y Energía para desarrollar tareas de normalización y certificación no son sino actuaciones privadas que no suponen el ejercicio de facultades “delegadas” por la Administración ni son imputables a ésta, que ni siquiera ejerce una función de tutela o fiscalización sobre ella, sin perjuicio de las facultades de intervención o de control ya apuntadas a las que pueda añadirse la de retirar el reconocimiento otorgado en los términos previstos en el artículo 6 del Real Decreto 1614/1985.

b) No cabe confundir la norma técnica con la certificación al tratarse de conceptos diferentes que afectan a unos aspectos de la normalización también distintos en cuanto que la primera se enmarca en la primera fase del proceso y la segunda en la última. Y es que la certificación presenta una problemática específica en cuanto a su naturaleza jurídica, dada la definición que de ella se proporciona en el Real Decreto 1614/1985, en la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, y en el Real Decreto 800/1987, de 15 de mayo, por el que establece la certificación de conformidad a normas como alternativa de la homologación de tipos de productos por el Ministerio de Industria y Energía, lo que no es objeto del presente debate.

c) La aprobación de la norma técnica por la asociación se rige por lo dispuesto en normas propias –reglamentos internos según el artículo 10 del Real Decreto 1614/1985–, que no tienen que ser aprobadas por la Administración y cuyo trámite fundamental es el de someter el proyecto de norma a un período de información en el Boletín Oficial del Estado –artículo 5.2.d) del citado Real Decreto–.

d) El que la norma técnica aprobada por la asociación pueda llegar a tener una eficacia obligatoria en ciertas condiciones, tal y como se ha advertido con anterioridad, no la convierte en un acto administrativo.

c) Tampoco la asociación que aprueba la norma técnica puede calificarse como Administración Pública a los efectos de la aplicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a tenor de lo dispuesto en su artículo 2 en relación con el artículo 1 de sus Estatutos y de lo dispuesto en el artículo 5.2. a) del Real Decreto 1614/1985, ni tampoco, en modo absoluto, como una asociación de configuración legal en los términos señalados por la Jurisprudencia. De ahí que en la aprobación de las normas técnicas no tengan que observarse las garantías formales del Derecho Público sino, aparte de la ya expresada de información pública, las propias establecidas por la asociación.

f) Esto no supone excluir el control judicial de la norma técnica sino tan sólo que ese control no se va a efectuar por los órganos judiciales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sino que, en su caso, las controversias se dilucidarán ante órganos judiciales de otras Jurisdicciones como la Civil o, si procede, la Penal”.

(STS de 2 de junio de 2003. Sala 3ª, Secc. 3ª. F.J. 1º. Magistrado Ponente Sr. González González. Ar. 6090).

XIII. FUENTES

REGLAMENTO LOCALES

La autonomía local y en concreto la potestad reglamentaria de los entes locales, encuentra fundamento normativo en la Carta Europea de Autonomía Local, que contrarresta la rigidez de la reserva de ley.

“Como se ha venido diciendo en los Fundamentos de Derecho anteriores todo ello significa que las Ordenanzas locales resultan inaplicables y la potestad reglamentaria menoscabada y disminuida cuando, aun tratándose de materias de estricta competencia local, no existe Ley habilitante para tipificar las infracciones y sanciones.

Puede entenderse por tanto con algún fundamento que esta deficiencia de nuestro ordenamiento jurídico y de su sistema de fuentes aconseja una interpretación que permita obviar, en algunos supuestos de estricta competencia local y por tanto de potestades implícitas, la dificultad indicada, susceptible por otra parte de irrogar graves consecuencias en la medida en que da lugar a la impunidad de los infractores.

De este modo resulta cierta la afirmación de que un Reglamento (en nuestro caso una Ordenanza local) que puede, sin ninguna consecuencia, ser incumplido por los ciudadanos a los que todo está permitido en la materia, es una norma reglamentaria sin fundamento ni garantía y por tanto susceptible

ble de quedar sin efectos. Parece cuando menos deseable una integración de la misma en virtud de la cual se dote de sustantividad a la potestad reglamentaria de los entes locales, potestad ésta que reconoce de forma inequívoca nuestro ordenamiento jurídico.

Pero es más. Ese planteamiento debe hacerse teniendo en cuenta el principio de autonomía local que se reconoce en la Constitución española vigente, y que de algún modo podría entenderse contravenido o contradicho si uno de los elementos del contenido de esa autonomía, la potestad reglamentaria de los entes locales, se encuentra mermada y disminuida hasta el punto de que el Reglamento resulte infundamentado y en definitiva en ocasiones inaplicable.

No se carece por completo de base normativa para llevar a cabo un nuevo enfoque interpretativo de la autonomía local. A ese efecto debe recordarse que los Tratados internacionales válidamente celebrados y ratificados en debida forma son parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico. Así sucede por lo que ahora interesa respecto a la Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España el 20 de enero de 1988 y publicada en el Boletín Oficial del Estado de 24 de febrero de 1989. Es de tener en cuenta que el Reino de España en el instrumento de ratificación hizo una reserva respecto a la aplicación en nuestro país del número o apartado 2 del artículo 3 de la Carta. Pero el precepto que nos interesa es justamente el número o apartado 1 del mismo artículo 3 de este Tratado internacional. Se declara en dicho precepto que “por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes”.

De este precepto pueden deducirse algunas importantes consecuencias. Debe destacarse que según la norma los entes locales deben tener una capacidad efectiva y que esa capacidad se refiere a ordenar al menos una parte de los asuntos públicos. Desde luego se añade que la capacidad efectiva de ordenación debe ejercerse en el marco de la ley, pero esta precisión no añade nada a la normativa del ordenamiento español, pues bien claramente se desprende del artículo 55 del Texto Refundido de las disposiciones vigentes sobre Régimen Local que las Ordenanzas locales no pueden contener preceptos contrarios a las leyes, lo que interpretamos en el sentido de que deben dictarse en el contexto o marco de las leyes. Por otra parte en cuanto al problema que nos ocupa resulta evidente que, en caso de existir Ley estatal o autonómica, hay que atenerse a la misma en la definición y tipificación de infracciones y sanciones. Pero parece claro que si se otorga la potestad reglamentaria a las entidades locales, sin duda para ordenar los asuntos públicos de su competencia, y no se deduce ninguna consecuencia jurídica del incumplimiento de aquella ordenación, los supuestos titulares de la potestad reglamentaria, en este caso los entes locales, no tienen una capacidad efectiva de llevar a cabo la ordenación. Es palmario que una norma que puede incumplirse sin consecuen-

cia alguna puede carecer por completo de efectividad. Por ello, si es ésta la situación se está ante una disminución de la autonomía local contraria al precepto de la Carta.

Es de entender que la Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, que debemos aplicar pues nos obliga como elemento que es de nuestro ordenamiento jurídico, constituye un importante instrumento de interpretación del principio de autonomía local que consagra la Constitución. El legislador español por otra parte se ha cuidado de desarrollar y garantizar esa autonomía local hasta el punto de que se ha modificado por la Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre, con objeto de hacer posible la defensa de la autonomía local.

No puede ocultárenos que ello significa que existe una tensión entre el principio de autonomía local interpretado a la luz de la Carta Europea de 15 de octubre de 1985 y la reserva de ley que establece el artículo 25.1 de la Constitución para la tipificación de infracciones y sanciones. Pero entiende esta Sala que, no habiéndose planteado el Tribunal Constitucional un supuesto como el presente de competencias nucleares de los entes locales que llevan implícitas potestades de ordenamiento del uso del dominio (o eventualmente de organización de un servicio si es exclusivamente local), con fundamento en los artículos 55 y 59 del texto refundido de régimen local debe culminarse o extenderse a tales supuestos la tendencia de la propia jurisprudencia constitucional a flexibilizar el principio de reserva de ley. Por tanto, la tensión antes indicada debe resolverse en virtud de una interpretación integradora de un modo favorable al principio de autonomía local, admitiendo la posibilidad de esa tipificación por Ordenanza. Una interpretación de este tipo no hace sino cumplir la finalidad que atribuye a la jurisprudencia de este Tribunal Supremo el Título Preliminar del Código Civil cuando en su artículo 1.6 dispone que completará el ordenamiento jurídico y en el artículo 3.1 que la interpretación a realizar se llevará a cabo de acuerdo con los antecedentes legislativos y la realidad social de los tiempos en que las normas deban aplicarse”.

(STS de 29 de septiembre de 20003. Sala 3ª. Secc. 4ª. F.J. 4ª. Magistrado Ponente Sr. Baena del Alcázar. Ar. 6487).

XIV. HACIENDA PÚBLICA

FINANCIACIÓN DE SERVICIOS HIDRÁULICOS

La modificación de tarifas llevada a cabo por la Entidad Metropolitana de los Servicios Hidráulicos y del tratamiento de residuos de Barcelona (EMSHTR) está sujeta a autorización del precio por la Generalitat.

“Deben dejar sentados, en primer lugar, los siguientes extremos:

La EMSHTR, creada por la Ley Catalana 7/1987, de 4 de abril, en sustitución de la extinguida Corporación Metropolitana de Barcelona, en materia de abastecimiento de aguas a poblaciones, realiza las obras y establece y presta los servicios de captación, tratamiento y distribución de agua potable, habiendo sido reconocida, por el Decreto 177/1987, del Gobierno de la Generalitat, como una entidad local supramunicipal a los efectos previstos en el artículo 81 de la Ley de Aguas de 1985, y estando delimitado el servicio metropolitano de abastecimiento de agua en alta por la Ley Catalana 4/1990.

Para la financiación de su servicio hidráulico, el Consejo Metropolitano aprobó, el 27 de febrero de 1992, la Ordenanza reguladora del precio público “tarifa complementaria de garantía y suministro”, cuyas cuotas son incorporadas, por las empresas suministradoras del agua, en las facturas que giran a sus usuarios, liquidando después el producto de lo recaudado a la EMSHTR.

El importe de tal tarifa es modificado periódicamente por el Consejo Metropolitano de conformidad con la Ordenanza, pero, siendo un precio sujeto a autorización por el RD 2695/1977, de 28 de octubre, y la Orden de 26 de febrero de 1993 –sujeción confirmada por el RDley 7/1996, de 7 de junio–, los incrementos aprobados por la EMSHTR son remitidos para su autorización a la Comisión de Precios de la Generalitat, a quien corresponde la política de precios (en aplicación del Decreto Catalán 149/1988).

Y es, precisamente, el ejercicio de tal autorización lo que es el objeto de las presentes actuaciones.

Por otra parte, la doctrina de esta Sala ya ha dejado sentado que dicha autorización implica la preexistencia de un derecho, en este caso la potestad tarifaria de las Entidades Locales, limitado, sin embargo, en su ejercicio, para hacerlo acorde con los objetivos de la política económica patrocinada por el Gobierno estatal o autonómico, y, por ello, la citada autorización comporta las siguientes notas: a) sobre tal potestad tarifaria se superpone o yuxtapone la potestad de ordenación y control de la economía; b) las entidades locales conservan la potestad tarifaria, fundada en la mejor y más eficaz prestación del servicio público y en la consecución del equilibrio económico o de la explotación, pero tales entidades deben respetar la política de precios señalada por el Gobierno o por la Comunidad Autónoma ejercida a través de las preceptivas autorizaciones, siempre que aquéllas pretendan aumentar las tarifas; c) los acuerdos de las Comisiones de Precios deben estar fundados sólo en el efecto de aumento de precios que comporta la revisión propuesta, teniendo en cuenta los objetivos de la política económica y, sobre todo, la justificación del incremento de las tarifas debido al aumento del coste de explotación, sin que dicha Comisión pueda invadir la competencia tarifaria que corresponde a la entidad local basándose en razones relativas al funcionamiento de servicio, y d) nunca el acuerdo de re-

visión de las tarifas puede proceder del concesionario, ni de la propia Comunidad Autónoma, porque ello significaría, de una parte, el desconocimiento de la relación esencial entre la entidad local concedente y el concesionario y, de otra, la invasión por la Comunidad Autónoma de la potestad tarifaria de la entidad local.

Partiendo de lo acabado de exponer, es evidente que lo procedente es la desestimación del presente recurso de casación, porque, en esencia, la solución a adoptar, respecto al caso aquí controvertido, pasa por los siguientes asertos:

1. La Comisión de Precios ha ejercido las competencias en materia de intervención de precios traspasadas, por la Administración del Estado a la Generalitat Catalana, en materia de comercio, en virtud del RD 1386/1978, de 23 de junio.
2. El sistema de precios autorizados, para el abastecimiento de agua está vigente (sin haber sido modificado por la Ley 39/1988).
3. Tal sistema afecta mayoritariamente a los servicios prestados por las Administraciones Públicas (entre ellas las locales).
4. La EMSHTR ha reconocido que la tarifa de suministro de agua está sujeta a dicho régimen de precios y que la competencia de tal control corresponde a la Comisión de Precios de la Generalitat (a tenor de lo previsto en el RD 2695/1977, el D. Catalán 149/1988, la Orden de 8 de septiembre de 1988 y el artículo 251.2 de la Ley Catalana 8/1987).
5. No existe, en el caso de autos, desviación de poder, porque la Generalitat no ha ejercido la potestad tarifaria sino la suya propia de control o autorización de los precios”.

(STS de 29 de octubre de 2003. Sala 3ª, Secc. 2ª. F.J. 3º 4º. Magistrado Ponente Sr. Rouanet Moscardó. Ar. 7950).

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

PRUEBA EN CASACIÓN

El TS concreta los supuestos en los que la Sala no se ve obligada a atenerse a la apreciación de la prueba hecha por la Sala de instancia.

“Esta Sala tiene reiteradamente declarado que en el recurso de casación es obligado atenerse a la apreciación de la prueba hecha por la Sala “a quo”, salvo que: a) se alegue por el cauce del artículo 88.1 c) de la Ley de la Jurisdicción el quebramiento de las formas esenciales del juicio en relación con la proposición o la práctica de prueba o la defectuosa motivación de la sentencia; b) se invoque oportunamente como infringida una norma que deba ser observada en la valoración de la prueba –ya se trate de las normas

que afectan a la eficacia de un concreto medio probatorio, de las reglas que disciplinan la carga de la prueba y la formulación de presunciones, del principio de presunción de inocencia o de los criterios seguidos jurisprudencialmente sobre la apreciación de determinados hechos o circunstancias o los principios que deben respetarse en su valoración–; c) se demuestre que se han hecho apreciaciones o se han adoptado conclusiones que resultan jurídicamente erróneas o inadecuadas sobre los prepuestos de hecho aceptados como probados; o, finalmente, d) se alegue que el resultado de la valoración probatoria es arbitrario, inverosímil o falto de razonabilidad, pues en este caso debería estimarse infringido el principio del ordenamiento que obliga al juzgador a apreciar la prueba sujetándose a las reglas de la sana crítica (v. gr., sentencias de 21 de diciembre de 1999 y 16 de abril de 2002 entre otras muchas)”.

(STS de 23 de septiembre de 2003. Sala 3ª, Secc. 4ª. F.J. 5º Magistrado Ponente Sr. Xiol Ríos. Ar. 7527).

XVI. MEDIO AMBIENTE

EL DERECHO DE INFORMACIÓN

El derecho de información puede ejercitarse antes del período de información pública del plan de ordenación de recursos naturales y en relación con las actuaciones ambientales en poder de las Administraciones Públicas.

“Los hechos que sirven de soporte a la pretensión deducida son los siguientes: 1º. Por Orden de 30 de abril de 1992 se inició la tramitación del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Espacio Natural de Sierra de Urbión. 2º. El 13 de mayo de 1997 la entidad demandante solicitó, invocando expresamente el derecho a la información en materia ambiental copia del Plan que suponía ya redactado, o, en su defecto consulta del mismo. 3º. A esta petición la Administración contestó en los siguientes términos. “En contestación a su petición a la Consejería de copia del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del E.N. de Sierra de Urbión o, en su defecto, se permita la consulta del mismo, se informa que este Plan no ha sido sometido todavía al plazo de información pública previsto en el art. 32 de la Ley 8/1991, de 10 de mayo, de Espacio Naturales de la Comunidad de Castilla y León por estar pendiente la misma elaboración de la propuesta inicial de la Consejería con la participación de las Entidades Locales afectadas debido a las discrepancias surgidas en el proceso de información que se ha realizado. Que al igual que otros planes se mandará copia por ser asociación para que puedan formular alegaciones en el período del información pública cuando éste se realice”.

De estos hechos se induce que la entidad demandante solicitó la información sobre el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del E.N. de Sierra de Urbión que se tuviera, lo que fue denegado por la Administración por entender que todavía no se había formulado la propuesta a que se refiere el artículo 32 de la Ley 8/1991 de 10 de mayo de Espacios Naturales de la Comunidad de Castilla y León. La cuestión a decidir es si se tiene el derecho de información solicitado antes del período de información pública establecido en el artículo 38.2 de la ley sectorial 8/1991 de 10 de mayo. En la exposición de Motivos de la Ley 38/1995 de 12 de diciembre (RCL 1995, 3330) sobre el Derecho de Acceso a la información en Materia de Medio Ambiente se afirma: “La Directiva 90/313/CEE, del Consejo, de 7 de junio de 1990, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente, impone a los Estados miembros la obligación de establecer las disposiciones necesarias para reconocer el derecho de cualquier persona física o jurídica a acceder a la información sobre medio ambiente que esté en poder de las Administraciones públicas sin que para ello sea obligatorio probar un interés determinado... la regulación que del citado derecho de acceso a la información contenida en los archivos y registros administrativos efectúa la referida Ley 30/1992, es más restrictiva que la que se establece en la Directiva 90/3123/CEE, por lo que resulta necesario aprobar una Ley para incorporar las normas de la citada Directiva que no son coincidentes con la regulación del derecho interno... Esta Ley, en consecuencia, tiene por objeto la incorporación al derecho español de aquellas normas de la Directiva 90/313/CEE no contenidas en la Ley 30/1992, de forma que se garantice la libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente, así como la difusión de dicha información”. En consonancia con ello el artículo primero del texto legal citado afirma: “Todas las personas, físicas o jurídicas, nacionales de uno de los Estados que integran el Espacio Económico Europeo o que tengan su domicilio en uno de ellos, tienen derecho a acceder a la información ambiental que esté en poder de las Administraciones públicas competentes, sin obligación de acreditar un interés determinado y con garantía, en todo caso, de confidencialidad sobre su identidad. El mismo derecho se reconoce a las personas no comprendidas en el párrafo anterior, siempre que sean nacionales de Estados que, a su vez, otorguen a los españoles derecho a acceder a la información ambiental que posean”, lo que es complementado por el artículo segundo b) en los siguientes términos: “A los planes o programas de gestión del medio ambiente y a las actuaciones o medidas de protección ambiental”. Resulta, pues que la ley declara un derecho a la información ambiental en poder de las Administraciones Públicas que se concreta en los “planes”, “programas”, “actuaciones”, o “medidas de protección”. También resulta de lo descrito que la Administración si bien no habría elaborado propuesta inicial del Plan de Ordenación, había llevado a cabo “un proceso de información”, en el que habían surgido discrepancias entre las Corporaciones Locales afectadas.

Es indudable que ese “proceso de información” llevado a cabo ha de incorporarse en las “actuaciones” ambientales que se refieren en el artículo segundo de la Ley 38/95 de 12 de diciembre, y cuyo derecho a ser conocido proclama el artículo primero de la ley citada.

Es patente, por tanto, que la información solicitada no es un dato o documento inconcluso que permita denegar la información solicitada en mérito de lo dispuesto en el artículo tercero apartado tres de la ley citada, pues la información rechazada no es la “propuesta” todavía no efectuada sino las actuaciones ya realizadas ciertas y existentes.

Tampoco puede aceptarse que se trate de una petición de información abusiva, pues viene avalada por los textos legales citados.

(STS de 28 de octubre de 2003. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.J. 2ª, 3ª y 4ª. Magistrado Ponente Sr. Garzón Herrero. Ar. 7865).

XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

VÍA DE HECHO

La impugnación directa en la vía contenciosa era posible incluso antes de la vigente LJ de 1998.

“El concepto de vía de hecho es una construcción del Derecho Administrativo francés que desde lejos viene distinguiendo dos modalidades, según que la Administración haya usado un poder del que legalmente carece (manque de droit) o lo haya hecho sin observar el procedimiento establecido por la norma que le haya atribuido ese poder o potestad (manque de procédure).

Dicha categoría conceptual pasó hace tiempo a nuestro ordenamiento jurídico, especialmente por obra de la doctrina y de la jurisprudencia para comprender en ella tanto la actuación material de las Administraciones Públicas que se producen sin haberse adoptado previamente una decisión declarativa que le sirva de fundamento jurídico como aquella otra actividad material de ejecución que excede evidentemente del ámbito al que da cobertura el acto administrativo previo.

El primer supuesto, esto es, cuando la actuación administrativa carece de resolución previa que le sirva de fundamento jurídico, se encuentra prohibido con rotundidad en el art. 93 de la LRJ-PAC. Y a dicha falta de acto previo son asimilables aquellos casos en los que, existiendo tal acto, éste se ve afectado de una irregularidad sustancial, que permite hablar de acto nulo de pleno derecho o, incluso, inexistente viéndose privado de la presunción de validez que predica de todo acto administrativo el art. 57.1 LRJ-PAC.

El segundo supuesto se refiere a los casos en que la ejecución material excede de su título legitimador extralimitándolo.

En definitiva, como señalamos en sentencia de 8 de junio de 1993 “La “vía de hecho” o actuación administrativa no respaldada en forma legal por el procedimiento administrativo legitimador de la concreta actuación se produce no sólo cuando no existe acto administrativo de cobertura o éste es radicalmente nulo, sino también cuando el acto no alcanza a cubrir la actuación desproporcionada de la Administración, excedida de los límites que el acto permite.

En el artículo 101 de la LRJ-PAC, bajo la rúbrica “Prohibición de interdictos” (antes de que en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 se sustituyeran dichos interdictos por un procedimiento especial de protección posesoria), ha visto la doctrina y jurisprudencia una referencia a la vía de hecho a través de una formulación negativa susceptible de una lectura “a sensu contrario”, es decir, siempre que un órgano administrativo lleve a cabo actuaciones materiales careciendo de competencia o sin respetar el procedimiento normativamente previsto, se admite la reacción interdictal por los particulares (en la actualidad, procedimiento especial de protección posesoria). Y es que la vía de hecho administrativa coloca a la Administración actuante en pie de igualdad con los particulares, de manera que éstos se ven liberados de la carga del onus probandi frente a la presunción de legalidad de la actuación administrativa –que la vía de hecho destruye–, por un lado y, por otro, permite utilizar los medios de reacción del Derecho Civil, fundamentalmente los procesos posesorios, sin perjuicio, dice, el art. 125 de la Ley de Expropiación Forzosa (LEF, en adelante) de los demás medios legales procedentes”.

Las vías de hecho tienen su origen en la protección de la propiedad aunque luego se extienden a otros derechos, especialmente los de carácter fundamental. Por ello se explica que la pérdida de las prerrogativas administrativas, especialmente de las procesales, que como principal efecto anudan, supusiera una alusión concreta a los entonces “interdictos”, como medios admisibles de tutela procesal interina, que rectamente entendidos no sólo se refieren a la protección posesoria de derecho reales, sino también de derechos que generan o amparan estados o situaciones permanentes o estables. Ahora bien, ello no agota la protección frente a las indicadas vías de hecho, ni excluye otras acciones de Derecho común, ni, según la más reciente jurisprudencia anterior a la vigente LJCA, la impugnación directa en el recurso contencioso-administrativo.

Es verdad que una antigua doctrina de esta Sala habría admitido la impugnación de las vías de hecho bajo la premisa de que hubiera un acto administrativo que el particular debía provocar mediante la petición de que aquélla cesara, interponiéndose el recurso frente al acto por el que se denegaba la petición “el artículo 37 de la LJCA [de 27 de diciembre de 1956] exige que el recurso se interponga contra un acto administrativo, lo que implica la exclusión de la revisión jurisdiccional contenciosa de las meras si-

tuciones de facto y la consiguiente imposición al expropiado, cuando concurren éstas, de la carga de provocar un acto” solicitando que se deje sin efecto la ocupación. Pero también lo es que tal criterio hace tiempo ha sido superado, del tal manera que este Alto Tribunal, incluso, bajo la normativa anterior ha admitido la posibilidad de combatir directamente ante esta Jurisdicción las vías de hecho (SSTS 4 de noviembre de 1982, 3 de diciembre de 1982, 5 de febrero de 1985, 22 de septiembre de 1999, 15 de diciembre de 1995, 3 de febrero y 18 de octubre de 2000, 26 de junio de 2001 y 30 de diciembre de 2002. Y es que la fuerza expansiva del principio de tutela judicial efectiva impide que la ausencia de acto previo, cuando se trata de una vía de hecho, sea un obstáculo para formular la correspondiente pretensión ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pues este cauce jurisdiccional, al menos desde la Constitución, ha dejado de ser concebido como mecanismo de protección de la sola legalidad objetiva o, si se prefiere, como proceso al acto, para convertirse en verdadero instrumento para la efectiva tutela de los derechos e intereses legítimos.

Dicho en otros términos, las dificultades de la ausencia de acto previo, en los supuestos de vías de hecho, incluso antes de la vigente LJCA/1998, podrían ser salvadas si se consideraba que la Jurisdicción Contencioso-administrativa, según la interpretación constitucional de la Ley de 1956, no era una Jurisdicción a la que competía sólo la mera revisión de la actuación administrativa, llevando la prerrogativa del acto previo más allá de lo permitido por el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, sino que la ausencia del acto administrativo formal previo no impedía a los Tribunales pronunciarse sobre el fondo de la pretensión planteada. Y así la actual regulación de la impugnación de las vías de hecho en el seno del proceso administrativo, en la que la intimación previa de cese a la Administración no es más que una posibilidad u opción, constituye la expresión de una concepción que debía entenderse implícita ya en la anterior Ley interpretada según los postulados constitucionales del derecho que reconoce el artículo 24.1 CE (Cfr. STS de 23 de mayo de 2000).

Por consiguiente, la admisibilidad procesal de la pretensión directamente deducida frente a una actuación de la Administración constitutiva de vía de hecho no puede ser considerada contraria a los preceptos y jurisprudencia que se citan en los motivos de casación primero y segundo y, por ello, han de ser rechazados”.

(STS de 22 de septiembre de 2003. Sala 3ª, Secc. 4ª. F.J. 2º. Magistrado Ponente Sr. Fernández Montalvo. Ar. 6433).

XX. RESPONSABILIDAD

DAÑO ANTIJURÍDICO

El Plan especial redactado no fue objeto de aprobación por estar en desacuerdo con las determinaciones del planeamiento urbanístico.

“La falta de aprobación no obedeció, pues, a que no fuese necesaria la redacción de ese Plan Especial para legalizar los usos complementarios de la estación de servicio de carburantes en la medida que implicaban aumento de la ocupación de suelo con una determinada edificabilidad, sino que se debió a que el referido Plan Especial incluía realmente un proyecto que excedía o sobrepasaba los límites para los que se había requerido su presentación, al haberse proyectado, como hemos dicho, un auténtico Centro de Transportes de Mercancías, como se deduce de lo expresado en su Memoria, en la que se alude al apoyo al tráfico comercial, al descanso de transeúntes y transportistas, que supera claramente un mero aumento de la ocupación de suelo para servicios complementarios de la estación de servicios de carburantes.

La desaprobación no tuvo como causa el cambio de criterio de la Administración municipal sino el exceso del Plan Especial presentado por la entidad demandante, en el que se contemplaba una zona de instalaciones especiales al servicio de las infraestructuras con una superficie edificable de 13.744'86 m² de techo desarrollada en dos plantas de altura y que, además de los usos industriales, incluía otros comerciales, de hospedaje y restauración.

En definitiva, el Plan Especial para el que se redactaron los proyectos, cuyos gastos reclama su reembolso la entidad recurrente, no obtuvo la aprobación inicial por estar claramente en desacuerdo con las determinaciones del planeamiento urbanístico, de manera que el perjuicio causado, como correctamente señala la defensa de la Administración recurrida al oponerse a este motivo de casación, no fue antijurídico porque la entidad recurrente tenía el deber de soportarlo, y el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, dispone que 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, y, en el caso enjuiciado, el ordenamiento urbanístico en vigor impidió la aprobación del Plan Especial por excederse de la finalidad para la que se previó y aconsejó su redacción, por lo que los gastos causados con ésta debe soportarlos la propia entidad que lo presentó con el fin de llevar a cabo unas instalaciones no autorizables con arreglo al planeamiento, según ha declarado la doctrina jurisprudencial al requerir, para que el daño resulte indemnizable, que tenga carácter de antijurídico (Sentencias de esta Sala de 26 de septiembre de 1994, 25 de enero de 1997, 21 de noviembre de 1998, 13 de marzo, 24 de mayo, 30 de octubre de 1999, y 25 de enero de 2003 –recurso de casación 8376/98 fundamento jurídico séptimo–)”.

(STS de 23 de junio de 2003. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.J. 6º. Magistrado Ponente Sr. Peces Morate. Ar. 7161).

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (*)

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Aguas. Concesión y canon concesional. Vinculación de la concesión a la titularidad de las tierras. Inactividad de la Administración.

Se impugna en el presente proceso el acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía de fecha 26 de febrero de 2002 desestimatorio de la reclamación nº 41/1512/00 formulada contra la resolución desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la liquidación nº 6245 girada por la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir a la actora por el concepto canon de regulación general -regulación directa- campaña 1998, por importe de 7.878,41 euros.

Según resulta del expediente administrativo con fecha 25 de julio de 1995 la sociedad actora comunicó a la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir por escrito que, con motivo de la parcelación y venta de 156 Has de la finca a la que se refiere la concesión de aguas otorgada el 23 de mayo de 1972, se proceda a darle de baja como titular de la misma sin que se emitan más recibos en lo sucesivo. En respuesta a dicha petición, la Confederación Hidrográfica comunica a la recurrente que para darle de baja en al concesión como titular deberá ponerse en contacto con el Servicio de Censos y Facturación a fin de regularizar su situación económico-administrativa antes de incoar el expediente de caducidad de la concesión.

Con motivo de girar a la actora el canon de regulación de la campaña de 1996, mediante escrito registrado el 5 de febrero de 1998 comunica a la Confederación Hidrográfica que la facturación debería girarse a los nuevos titulares de la finca que fue vendida y parcelada en el año 1995, adjuntando la relación de los nuevos adquirentes.

Sobre la base de tales hechos, el TEARA considera que no debe considerarse como solicitud de cambio de titularidad de la concesión el escrito de fecha 25 de julio de 1995 y que la petición que en tal sentido se lleva a cabo el 5 de febrero de 1998 no surte eficacia a efectos jurídico-administrativos hasta que la Administración aprueba el cambio de titularidad y se produce la consiguiente inscripción en el Registro de Aguas, siendo así que a la fe-

(*) Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN

cha en que se practica la liquidación aquí impugnada, 30 de marzo de 1999, no había transcurrido el plazo de 18 meses de que dispone la Confederación Hidrográfica para resolver sobre la transferencia, razón por la cual el obligado al pago sería la recurrente.

La Administración viene obligada, en interpretación de las solicitudes presentadas por los interesados, a dar a las mismas el trámite que corresponda de conformidad con lo realmente pedido. Sobre esta base, el escrito presentado por la recurrente el 25 de julio de 1995 ya ponía de manifiesto la parcelación y venta de los terrenos sobre los que se destinaba el agua objeto de la concesión para el riego. De aquí que, al margen de la solicitud de baja en la titularidad, la Administración ya tenía conocimiento desde esa fecha de la transmisión de los terrenos. Esto obligaba ya a la Confederación Hidrográfica, al margen de la posibilidad de exigir débitos pendientes, a reclamar a la actora la documentación necesaria acreditativa de la transmisión si no la consideraba suficiente y ello a fin de proceder al cambio de titularidad ya que, de conformidad con el art. 99.4 del RDPH, aprobado por Real Decreto 849/1986, el titular de la concesión deberá serlo también de las tierras a las que el agua vaya destinada, como regla general y sin perjuicio de especialidades que no son del caso.

La inactividad de la Administración es suplida por la recurrente cuando el 5 de febrero de 1998, con motivo de girarle el canon de 1996, vuelve a poner en conocimiento de la Confederación Hidrográfica la transmisión onerosa de la titularidad de los terrenos, aportando nombres y domicilios de los nuevos adquirentes. No obstante, más de un año después vuelve a girar la liquidación del canon, esta vez referida a la campaña de 1998 bajo el argumento de que no habiendo transcurrido el plazo para resolver el expediente de cambio de titularidad y teniendo la inscripción en el Registro de Aguas carácter constitutivo, la sociedad actora seguía siendo la obligada al pago, argumento que no puede acogerse pues, ya la Administración debió iniciar el procedimiento para aprobar en su caso el cambio de titularidad en el año 1995 y, desde luego, lo que no cabe es acogerse al no agotamiento del plazo para la resolución de un procedimiento para obligar al pago de un canon de riego a quién ni es titular de las tierras ni, obviamente, es usuario del agua de riego, cuando estos hechos son ya conocidos previamente por la Confederación Hidrográfica que, además, bien pudo otorgar, pues dispuso de un año para ello, de una autorización provisional como dispone el art. 147 RDPH para el cambio de titularidad en la concesión. Al no hacerlo así alteró indebidamente la natural condición de sujeto pasivo del canon desnaturalizándolo respecto al obligado a su pago, razón por la cual debe considerarse nula la liquidación impugnada.

Junto a la pretensión anulatoria se insta en la demanda la condena de la Administración al reembolso del coste de los avales prestados para suspender la ejecución de la liquidación impugnada y cuyo derecho, ya declarado por numerosas sentencias del Tribunal Supremo como un supuesto de responsabilidad patrimonial, ya viene reconocido en el art. 12 de la Ley 1/1998, de 26 de

febrero, sobre Derechos y Garantías de los Contribuyentes, si bien la determinación de su importe será el fijado, en su caso, en ejecución de sentencia.

(St. de 30 de julio de 2004. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)

X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

Resolución de carácter posiblemente aflictiva a los intereses del recurrente adoptada sin procedimiento y sin que tenga un contenido sancionador tipificado. Nulidad de esa resolución.

Se impugna en el presente proceso el acuerdo del Subdelegado del Gobierno en Cádiz, de fecha 25 de septiembre de 2000, por el que se tiene al demandante por organizador de los actos que los días 18 y 25 de septiembre tuvieron lugar con la concentración de numerosas furgonetas que colapsaron el tráfico en la ciudad de Cádiz, añadiendo que “en consecuencia se le exigirá la responsabilidad correspondiente”.

Considera la Administración que en los dos días citados la concentración de furgonetas conducidas por vendedores ambulantes en cuanto acto reivindicatorio, tuvo lugar incumpliendo las exigencias que para reuniones o manifestaciones en lugares de tránsito público exige la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, Reguladora del Derecho de Reunión y que, como quiera que la responsabilidad en el cumplimiento de tales exigencias corresponde a los organizadores o promotores, el demandante, al suscribir el correspondiente escrito de comunicación de las concentraciones se le tiene por organizador y en consecuencia se le exigirá la responsabilidad correspondiente.

La declaración de posible responsable de la infracción grave que, según el art. 23 c) de la L.O. 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, supone la celebración de reuniones en lugares de tránsito público o de manifestaciones incumpliendo lo preceptuado en la L.O. 9/1.983, de 15 de julio, figura como tal en el párrafo 2 del precepto citado. Obviamente la imposición de cualquier sanción administrativa exige determinar la persona física o jurídica posible responsable de su comisión y es la propia L.O.1/1992, dentro del Capítulo IV referido al régimen sancionador, la que determina quién, en estos casos, debe considerarse responsable de ilícita reunión o manifestación. Una declaración de la persona responsable si no va dirigida a la posible imposición de una sanción a la misma carece de finalidad y objeto alguno y, por ello, la resolución administrativa que contenga tal declaración debe considerarse incardinada en el procedimiento sancionador que necesariamente debe seguirse para la imposición de sanción.

De lo anterior se deduce que sería necesario la incoación de un expediente sancionador que tenga por objeto determinar los hechos constitutivos de in-

fracción, persona/s responsable/s y sanción a imponer, todo ello de conformidad con los principios de audiencia al interesado, economía, celeridad y sumariedad que señala el art. 31 de la L.O. 1/1.992.

En el presente caso, al margen de la extrañeza que implica un acto con el contenido como el impugnado que se limita a declarar la persona responsable pero sin imponer sanción alguna, dejándose ésta a una ulterior actuación administrativa, lo cierto es que ni se ha iniciado procedimiento alguno ni, obviamente, se ha respetado el principio esencial de audiencia previa. Estamos, por tanto, como ya dijimos en el auto de 7 de octubre de 2003, desestimatorio de la alegación previa de inadmisibilidad formulada por el Abogado del Estado, con un acuerdo que afecta a la esfera de intereses del recurrente en la medida en que la declaración de responsable le hace posible sujeto de sanción administrativa, pero que se ha adoptado, no obstante su naturaleza potencialmente aflictiva, sin seguir procedimiento alguno, lo que la hace radicalmente nula, con la consiguiente declaración de nulidad pretendida en la demanda.

(St. de 23 de abril de 2004. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)

XVIII. PERSONAL. OPOSICIONES. DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DE LOS TRIBUNALES CALIFICADORES, PROCEDENCIA.

Se impugna en el presente proceso el Decreto nº 236 de fecha 17 de enero de 2000, dictado por el Teniente Alcalde de Hacienda, Personal y Servicios Generales Internos del Ayuntamiento de Córdoba por el cual se desestiman las alegaciones presentadas contra las calificaciones otorgadas por el Tribunal Calificador de la Convocatoria para la provisión en propiedad de 8 plazas de Ordenanza, mediante el sistema de oposición en turno libre, incluidas en la oferta de empleo público de 1992.

Considera la recurrente que la respuesta dada por válida por el Tribunal Calificador a la pregunta nº 11 del segundo ejercicio de la convocatoria antes referida ha sido equivocada. En concreto la pregunta es del siguiente tenor: “un ordenanza recibe la orden de transportar a brazo una caja de madera que está astillada, comunicándole quien da la orden, que antes de portearla y, como medida de protección, debe eliminar las astillas”. El Tribunal Calificador entendió que, en los términos en que se formula la pregunta, la respuesta válida es la que considera tal mandato como “correcto”, en tanto que la demandante considera que debería haber sido la de “incorrecto”. Fundamenta su parecer la actora en lo recogido en el Tríptico de Seguridad “Manipulación Manual de Cargas” del Ayuntamiento de Córdoba que seña-

la que “para cargar materiales pesados, o cuya superficie tenga filos cortantes, astillas o rugosidades que puedan causar heridas en las manos, será obligatorio el uso de guantes”. Del mismo modo, los apuntes para las oposiciones a Ordenanza, distribuidos por una librería, dice en lo relativo a las indicaciones para la manipulación manual de cargas, en relación con la superficie de la carga, que “no debe tener elementos peligrosos que puedan provocar lesiones a quienes la transporte. En caso contrario, se deberán usar guantes apropiados. Dichos elementos peligrosos pueden ser: bordes cortantes, cargas resbaladizas (en sí misma o por algún derrame externo), carga demasiado caliente o demasiado fría, etc.”.

Los Tribunales calificadoros de concursos y oposiciones gozan de amplia discrecionalidad técnica, dada la presumible imparcialidad de sus componentes, especialización de sus conocimientos e intervención directa en las pruebas realizadas, pues, en principio, los Tribunales de Justicia no pueden convertirse, por sus propios conocimientos o por los que le pueda aportar una prueba pericial especializada en segundos Tribunales Calificadores, que revisen todos los concursos y oposiciones que se celebren, sustituyendo por sus propios criterios de calificación lo que en virtud de esa discrecionalidad técnica corresponde al Tribunal que ha de juzgar las pruebas selectivas.

Ahora bien, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control de la actividad valoradora de los Tribunales de calificación, pero no la elimina totalmente. La observancia de los elementos reglados o los supuestos de error ostensible o manifiesto son ejemplos en los que, el aceptado espacio de libre apreciación de los órganos de calificación queda sujeto a control. A estos casos debe equiparse aquellos que, atendidas las características específicas de la prueba en que participa el opositor, la pregunta es formulada en términos tales que la respuesta es confusa o igualmente válida cualquiera de las presentadas como tales.

Sobre las premisas anteriores, y siempre referido al presente caso que examinamos, se advierte que, cuando menos, no queda clara la respuesta que puede considerarse como válida a la pregunta impugnada. El Tríptico de Seguridad, a que hace referencia la actora, y publicado por el propio Ayuntamiento convocante de la oposición, señala que para la carga de materiales que presentas astillas será obligatorio el uso de guantes. De esta forma la respuesta válida sería considerar como “incorrecta” la afirmación que se contiene en la pregunta. Sin embargo, también debe reconocerse que la orden de eliminar las astillas antes de transportar la carga puede considerarse como “correcta” por no ser una decisión en absoluto ilógica o absurda. En cualquier caso lo cierto es que hay confusión respecto a cual deba ser la respuesta válida en los términos en que se plantea la pregunta. Por eso, la solución en Derecho que debe dar es la de anular la pregunta nº 11 del segundo ejercicio, anulación que obliga, en respeto al principio de igualdad, a realizar una nueva valoración del ejercicio segundo de todos los opositores, con determinación de una nueva puntuación que tenga en cuenta la

anulación de dicha pregunta y resultado de la cual es dónde definitivamente se determinará si la recurrente ha alcanzado o no puntuación suficiente para serle concedida alguna de las plazas ofertadas.

(St. de 28 de mayo de 2004. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)

XXI. SALUD Y SERVICIOS SOCIALES

Residencias de la tercera edad. Licencia y transmisión de la misma. Requisitos mínimos: incumplimiento. Faltas muy graves en procedimiento sancionador.

Se impugna en el presente proceso la resolución del Consejero de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía de fecha 8 de febrero de 2001 imponiendo a la actora, como titular del Centro Residencia de Mayores “Villa Teresa”, de Valencina de la Concepción (Sevilla), sendas sanciones de multa por importe de 60.101,22 euros por la comisión de dos infracciones muy graves tipificadas en el art. 53 a) y c) de la Ley 6/1999, de 7 de julio, de atención y protección de las personas mayores, así como el cierre total del Centro hasta la obtención de la preceptiva autorización administrativa.

Como vicio procedimental, la demanda comienza señalando la infracción derivada del hecho de que el Consejero de Asuntos Sociales haya tardado más de tres meses en resolver desde que le fue remitido el expediente sancionador.

Aunque la demandante no especifica la concreta disposición ni el precepto cuya infracción se dice cometida, en la medida en que en la demanda se menciona el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, es de suponer que la actora se refiere al Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, el cual solo prevé la caducidad del procedimiento sancionador iniciado para el caso de que su tramitación se prolongue más de seis meses, pero no se prevé tal consecuencia para el supuesto de que, no superado dicho plazo máximo de finalización, el acuerdo sancionador se emita transcurrido un periodo de tiempo superior al previsto reglamentariamente.

Entrando en el examen de cada una de las infracciones por las que se sanciona, el art. 53 c) de la Ley 6/99, de 7 de julio, tipifica como infracción muy grave “el ejercicio de actividades propias de los servicios y centros de servicios sociales sin contar con autorización administrativa”. Entiende la recurrente que tal infracción no ha podido ser por ella cometida pues el Centro fue creado y puesto en funcionamiento en el año 1997 por su anterior titular, siendo en agosto de 1999 cuando la actora, en virtud de contrato de arrendamiento, pasa a titular del mismo. En todo caso, razona, lo que habría existido es la infracción derivada del incumplimiento de poner en co-

nocimiento de la Administración el cambio de titularidad, pero incluso llega a negar que tal obligación corresponda al nuevo titular a tenor de lo dispuesto en los arts. 5.2) y 22 del Decreto 87/1996, de 20 de febrero, por el que se regula la autorización, registro, acreditación e inspección de los Servicios Sociales en Andalucía.

Al respecto hay que señalar que la infracción que se sanciona no es la derivada de la falta de comunicación a la Administración del cambio de titularidad, sino la de falta de autorización administrativa para su funcionamiento. En este sentido, el art. 9 del Decreto 87/1996 dispone que los actos de creación, construcción y modificación sustancial, bien estructural o funcional, del Centro o Servicio que se preste a través de un Centro, quedarán sometidas al régimen de autorización previa que, según el precepto siguiente, tiene por objeto comprobar la adecuación del proyecto presentado a las condiciones mínimas materiales según las necesidades sociales que pretenda satisfacer. Asimismo, según el párrafo 2º del art. 9 de la norma citada, los actos de puesta en funcionamiento de un Centro o Servicio estarán sometidos, en todo caso, al régimen de autorización de funcionamiento que, según el art. 12, se obtendrá una vez que, en su caso, se tiene la autorización previa y la licencia municipal de obras y que deberá ser anterior a la iniciación o modificación de la actividad del Centro o Servicio.

Sobre la base de tal normativa, en el presente caso, la titular originaria del Centro solicitó en octubre de 1997 la autorización previa, requiriéndole el IASS la aportación de documentación complementaria que nunca fue presentada, por lo que ni existe autorización previa, ni, obviamente, de funcionamiento. De aquí entonces que la actora, haciéndose cargo de la titularidad del Centro, ha mantenido el funcionamiento del mismo sin las preceptivas autorizaciones, incurriendo en la infracción por la que se le sanciona y ello al margen de que la situación de irregularidad ya existiera desde un primer momento.

La segunda de las infracciones sancionadas es la derivada del incumplimiento de las condiciones mínimas materiales y funcionales del Centro que, en el presente caso, se consideran especialmente dañosas para los derechos fundamentales de los usuarios del mismo.

Considera la recurrente que respecto a las condiciones exigibles, la Administración incurre en el error de considerar que nos encontramos ante un Centro Residencial para Personas Mayores, cuando en realidad se trata de un Vivienda Tutelada cuyas exigencias funcionales y materiales son inferiores al primero.

Diffícilmente se pueda hablar de Vivienda Tutelada en los términos que define ésta la Orden de 28 de julio de 2000 como pequeña unidad de alojamiento destinada a personas mayores que posean un grado suficiente de autonomía y cuya capacidad máxima sea de 10 de personas cuando, en el presente supuesto, tal número de residentes se supera y, además, se hace mención a la incapacidad de algunos de ellos, sin necesidad, como parece pretender la recurrente, de que deba existir declaración judicial de incapaci-

dad o determinación precisa y detallada de la falta de autonomía de cada residente.

Igualmente se discute la graduación de la sanción. En realidad, la demandante parece referirse al tipo de infracción que entiende debería, en el peor de los casos, calificarse de grave y no como muy grave, pues, la sanción por importe de 60.101,22 euros es la mínima para las infracciones muy graves según el art. 57 c) de la Ley 6/99.

Si examinamos la relación de deficiencias que se advierten tras la visita de los Servicios de Inspección, previa denuncia, y que, según el acuerdo sancionador abarcan aspectos tales como el incumplimiento de las Normas Técnicas para la accesibilidad y eliminación de barreras arquitectónicas, inexistencia de sistema de climatización y de comunicación interior, ausencia de calidad en el mobiliario y equipamiento, no señalización de las salidas y dependencias, carencia de condiciones higiénicas con un solo cuarto de baño, no adaptado, sin espacios adecuados para proporcionar los tratamientos adecuados de desarrollo de programas de atención a personas mayores, entre otras, la conclusión a la que cabe llegar es que tales carencias o deficiencias, no desvirtuadas por la documental que se aporta, son de entidad suficiente para justificar la calificación de la infracción cometida como muy grave.

(St. de 23 de julio de 2004. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente. Vázquez García)

XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

Eficacia del planeamiento. Publicación. Otorgamiento de licencia con base a convenio de planeamiento: improcedencia. Doctrina general.

Es objeto de impugnación en estos autos la licencia de obras número 449/97 otorgada por el Ayuntamiento de Marbella el día 12 de diciembre de 1997, que autorizaba la construcción de 136 viviendas.

La pretensión que se hace valer en estos autos es, de acuerdo con el suplico de la demanda, que se revoque la anterior resolución, se declare la disconformidad a derecho de la licencia de obras; se acuerde la demolición de las edificaciones y obras ejecutadas al amparo de la misma y, subsidiariamente a esta petición de demolición, se declare la obligación del Ayuntamiento demandado a indemnizar al recurrente por los daños y perjuicios ocasionados por la concesión de la licencia.

Los fundamentos jurídicos que sustentan esta petición son los siguientes. La licencia se ha otorgado en contra del planeamiento vigente, plan general de ordenación urbana de Marbella de 1986, como consta en el informe del arquitecto técnico municipal de 15 de diciembre de 1997 que afirma lo siguiente: "la parcela donde se actúa se encuentra situada en terrenos clasifi-

cados por el P.G.O.U. vigente (1986) como urbano e incluidos en el polígono PA-SP-28 “Las Petunias”. La calificación urbanística asignada a la misma es en parte zona verde pública y en parte equipamiento educativo público. Con el proyecto presentado se pretende la construcción de un edificio plurifamiliar exento rodeado de jardines privados en directa relación con la edificación (tipología edificatoria B-8) extremo éste que no lo entendemos ajustado a las determinaciones del P.G.O.U. vigente”. Sin embargo la licencia se otorga porque se ajusta al Plan General que se encuentra en tramitación. Como el recurrente afirma la nulidad radical de la licencia deduce la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento por los perjuicios que la construcción le ha ocasionado en su propiedad que, según afirma, se ha resentido en cuanto a su valor económico.

La Administración demandada afirma que el P.G.O.U. de 1986 no fue objeto de publicación en su día y por tanto es ineficaz, por eso, el Ayuntamiento demandado considera que al momento de la concesión de la licencia existía una aprobación inicial por parte del Ayuntamiento de la revisión del planeamiento general de la ciudad, que es la que debe aplicarse a la licencia impugnada. También afirma que la licencia trae causa de un convenio urbanístico incluido en dicho expediente de revisión.

- El debate así planteado se reduce a que este Tribunal compruebe la legalidad de la licencia impugnada de acuerdo con las normas que rigen la concesión de la misma. Normas que para la parte recurrente son el Plan General de Ordenación Urbana de Marbella de 1986 y para la Administración demandada, de una parte, se encuentran en la revisión de dicho plan aprobado por el Ayuntamiento, y de otra parte, en un convenio urbanístico.

- La licencia impugnada debe ser contemplada desde las siguientes premisas. Como todo acto administrativo producido por una Administración pública debe responder al principio de legalidad, en el sentido de entender que la Administración sólo puede actuar cuando la norma se lo permite. Es lo que se llama principio de vinculación positiva de la Administración. La Administración sólo puede hacer aquello para lo que se encuentra legalmente habilitada. Este principio general, que tiene reflejo constitucional en el artículo 103, cuando se proyecta sobre la concesión de licencias urbanísticas se encuentra aún más reforzado por la legislación específica. La licencia es un acto rigurosamente reglado que debe otorgarse necesariamente cuando la petición de la misma reúne las condiciones fijadas por la norma para la actividad solicitada.

Así lo ha entendido de forma reiterada el Tribunal Supremo.

En efecto, para el citado Tribunal, “la licencia urbanística es un acto administrativo de autorización por cuya virtud se lleva a cabo un control previo de la actuación proyectada por el administrado, verificando si se ajusta o no a las exigencias del interés público urbanístico tal y como han quedado plasmadas en la ordenación vigente. Si es ésta la que determina el contenido del derecho de propiedad (art. 76 del Texto Refundido de la Ley del Suelo), es claro que este derecho ha de ejercitarse *“dentro de los límites y en cumpli-*

miento de los deberes” establecidos por el ordenamiento urbanístico. Licencia la examinada de rigurosa naturaleza reglada, que constituye un acto debido en cuanto que necesariamente “debe” otorgarse o denegarse según que la actuación pretendida se adapte o no a la ordenación aplicable (SSTS, Sala 3.ª, Sección 1.ª, de 8 julio, 22 septiembre, 16 octubre y 13 noviembre 1989 y 29 enero 1990, y de 6 mayo 1998).

Por otra parte, la propiedad inmobiliaria sometida a la legislación urbanística ha evolucionado hacia una propiedad de naturaleza estatutaria, que significa que el titular del derecho de propiedad puede hacer aquello para lo que está previa y expresamente habilitado. Así se desprende de todo el conjunto de la legislación urbanística existente en el territorio nacional y esta característica está identificada por el Tribunal Supremo, entre otras muchas, en la siguiente sentencia cuando afirma lo siguiente:

“Las licencias de obras, a diferencia de las autorizaciones que implican autorizaciones de funcionamiento, se conceden para una operación singular y concreta, conforme a las normas de planeamiento que le son de aplicación. **Exigen por ello una apreciación por parte de la Administración autorizante de la realidad del estado de cosas que existe en el momento en que se debe otorgar, para determinar si la misma se acomoda o no a las normas establecidas para garantizar el interés público, que justifica la sumisión a un control «ex ante» del acto de que se trata.** (Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 21 febrero 2000).

Remisión de la licencia a un control de legalidad por parte del Ayuntamiento, titular de esta potestad de concesión, que debe hacerse a lo que se denomina “normativa urbanística aplicable”.

Pues bien, **sobre cuál debe ser la ordenación urbanística aplicable tenemos la siguiente doctrina jurisprudencial:**

A) Para que sean eficaces las normas de los Planes de Urbanismo deben ser íntegramente publicadas en el Boletín Oficial correspondiente, tal como exige el artículo 70.2 de la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985 (por todas, sentencias de 21 de enero de 1999, 3 de febrero de 1999 y 18 de junio de 1998).

B) Si la posterior publicación de las normas de un Plan se entiende como una convalidación, en el sentido del artículo 53 de la antigua Ley de Procedimiento Administrativo, sus efectos se producen desde la fecha de la publicación (artículo 53.3), salvo que se le puedan dar efectos retroactivos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.3 de aquella Ley; pero para esa eficacia retroactiva se exige que ésta «no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas», requisito que no se cumple en el presente caso en que la eficacia retroactiva de la convalidación se produciría en perjuicio de las demandantes de este recurso (que no impugnaron la licencia ejercitando la acción pública en materia de urbanismo, sino defendiendo evidentes intereses particulares). (Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 10 abril 2000).

C) La validez o invalidez de las licencias no se resuelve conforme a normas

de planeamiento futuras sino, según jurisprudencia unánime, conforme a las normas de planeamiento que resulten aplicables a las mismas en el momento de su concesión en vía administrativa. Como se dijo en la STS de 4 de julio de 1997 las licencias urbanísticas son actos reglados que se otorgan conforme al planeamiento en vigor -bien sea éste el vigente en el momento de la solicitud o en el momento de la decisión-, pero nunca conforme a un planeamiento futuro. Las solicitudes de licencia no generan expectativas respecto del planeamiento futuro (Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 15 junio 2001. En el mismo sentido sentencias de 25 de mayo de 2001, 20 de octubre y 17 de abril de 1998, entre otras muchas).

Como vemos las licencias urbanísticas deben otorgarse conforme a las normas de tal naturaleza que le sean de aplicación. Normas que tienen que estar vigentes al momento de la petición o de la resolución, según los casos. Criterio de rigurosa temporalidad que no sólo se desprende de la legislación urbanística, Estatal o Autonómica, sino que incluso ha sido recogido por el Código Penal cuando en su artículo 320 cuando dice: “1. *La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses*”. Y hemos visto anteriormente que un planeamiento futuro nunca legitima la concesión de una licencia actual. O dicho de otra forma, no puede otorgarse una licencia contemplando sólo un futuro planeamiento.

Es contradictorio que se argumente por el Ayuntamiento demandado que el Plan General de 1986 no era eficaz porque no estaba publicado, argumento de réplica que se utiliza para desacreditar la impugnación que se hace contra la licencia en este proceso, y a la vez se mantenga la eficacia de un Plan que, en primer lugar no está aprobado definitivamente por órgano competente, y en segundo lugar, consecuencia de lo anterior, tampoco se encuentra publicado.

CUARTO.- Según los razonamientos precedentes corresponde a la Administración, titular de la competencia de control de la legalidad urbanística, cotejar la petición de licencia con la norma urbanística aplicable para, en caso de ajustarse la solicitud al régimen jurídico urbanístico, otorgar la mencionada licencia.

Si un tercero cuestiona la legalidad del acto administrativo de concesión de licencia deberá alegar y probar la ilegalidad de la misma apelando a las normas urbanísticas vigentes al momento de la concesión. Es decir, haciendo una interpretación distinta sobre la legalidad aplicable respecto de la operación jurídica similar hecha por el Ayuntamiento. Es lógico afirmar que Administración y recurrente contemplarán la petición de autorización respecto de las mismas normas urbanísticas, y el resultado vendrá dado por una diferente interpretación.

Por eso resulta totalmente desafortunada la conducta municipal respecto de una impugnación de licencia -que imputa que la misma que no se ajusta al planeamiento existente al momento de la concesión- afirmando que no existe tal planeamiento porque el Plan General, que estaba aprobado, no se encuentra publicado, y es aplicable el futuro, que ni se encuentra aprobado definitivamente, ni publicado. Esta afirmación por parte de la Administración sólo puede significar una cosa: no ha existido un control de la legalidad urbanística respecto de la petición realizada, puesto que la Administración entre dos planes ineficaces escoge uno que es tan ineficaz como el otro, rechazando el que, al menos se encuentra aprobado, es conocido por el Ayuntamiento y, como vemos en la demanda, también por la parte recurrente.

En cualquier caso, la licencia se ha otorgado sin someterse a ningún planeamiento vigente. Y, en lógica consecuencia, vulnerando el ordenamiento jurídico directo e inmediatamente aplicable, por lo que debemos entenderla contraria a derecho y anularla de acuerdo con el artículo 63 de la Ley 30/1992.

La anterior conclusión no se ve alterada por la afirmación que, con carácter subsidiario, hace el Ayuntamiento demandado. En efecto, para salvar esta situación extraña, desde un punto de vista urbanístico y de la técnica de la concesión de licencias, se afirma por parte de la Administración que la licencia tiene cobertura en un convenio urbanístico.

Respecto de la eficacia de los convenios para dar cobertura directa a una licencia tenemos la siguiente doctrina jurisprudencial.

En la STS de 15 de marzo de 1997 se diferenciaban los convenios de gestión urbanística, para la gestión o ejecución de un planeamiento ya aprobado, de los convenios de planeamiento, que tienen por objeto la preparación de una modificación o revisión del planeamiento en vigor. Aunque el convenio de planeamiento tenga dicha finalidad no se subsume entre las figuras de las disposiciones de carácter general, de la que participan en cambio las normas de planeamiento que, en su caso, deriven de él. El convenio de planeamiento es, y permanece, en la esfera de los simples convenios, por lo que no cabe su impugnación indirecta por la vía del artículo 39.2 de la LJCA.

Lo que acontece es que, como también se dijo en la sentencia expresada, la figura de los convenios urbanísticos aconseja tener presente la distinción doctrinal efectuada en la teoría general del Derecho entre el contrato y la convención. La convención no contiene sólo un juego de obligaciones recíprocas o entrecruzadas (contraprestaciones) sino también compromisos paralelos de la Administración y de la Entidad mercantil que lo concierta, dirigidos a un fin coincidente y común, que tiende al aseguramiento futuro de la ejecución de la modificación del Plan **cuando, en su caso, se llegue a aprobar el mismo**. Tales compromisos, paralelos o convencionales, tratan de fijar el régimen de una situación futura por lo que podrían asemejarse en su estructura a las disposiciones generales. No lo hacen en su naturaleza

jurídica, que sigue siendo la de un simple convenio ajeno a ellas. El Convenio de planeamiento es un acuerdo preparatorio de la modificación de un Plan, y como tal resulta enjuiciable en este orden contencioso-administrativo (artículo 234 de la Ley del Suelo de 1976), sin perjuicio de que en el futuro lo sea asimismo la modificación o revisión del planeamiento que, en su caso, se adopte, sin que se pueda oponer en tal momento la excepción de cosa juzgada por el enjuiciamiento del convenio preparatorio anterior. (Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 9 marzo 2001).

Por tanto, y en lo que ahora interesa, la existencia de un convenio, que por los datos que tienen la Sala a la luz del proceso es un convenio de planeamiento y no de gestión, no puede dar cobertura directa e inmediata a la licencia si lo convenido no se incorpora al ordenamiento jurídico como norma. Y ello por una esencial razón de carácter material. El convenio no expresa ni manifiesta la misma satisfacción del interés general de la comunidad que una norma de planeamiento por una vital diferencia. El convenio no tiene el control de la información pública y trámite de alegaciones que tiene la elaboración de un Plan. El Plan tiene una legitimación democrática, mediata como cualquier norma de carácter reglamentario nacida de una Administración Pública democrática, pero también tiene una legitimación democrática inmediata por someterse al trámite de información pública. Trámite que garantiza que la comunidad, afectada por la norma que regula su urbanismo, manifiesta su opinión sobre el diseño de ciudad. Un convenio que no se transforma en Plan carece de la eficacia normativa para sustituir al Plan de cara a la concesión de una licencia.

Por otra parte, y como argumento adicional, si una norma no publicada es ineficaz para conceder una licencia, no podemos afirmar que un convenio urbanístico, que ni es norma ni está publicado, puede sustituir a un Plan que existe y es conocido por el Ayuntamiento y, al menos, el recurrente, pero del que se predica la ineficacia por no estar completamente publicado. El recurrente también solicita la indemnización por responsabilidad patrimonial como consecuencia de la concesión de la licencia, así como la demolición de lo construido. No podemos estimar en este punto el recurso porque respecto de la indemnización no se sientan las bases en la demanda para poderla conceder, ni se acreditan cumplidamente los perjuicios ocasionados. Y respecto de la demolición porque la Sala no puede anticiparse al procedimiento administrativo que debe llevar a esta conclusión, en su caso, si lo construido sobre la base de una licencia ilegal es totalmente ilegítimo respecto de las normas urbanísticas aplicables de acuerdo con los fundamentos jurídicos.

(St. de 17 de octubre de 2003. Sala de Granada. Se transcribe completa. Ponente. J. Bernardo García de Quirós)

CRÓNICA PARLAMENTARIA

Crónica Parlamentaria

La reforma del Estado Autonómico en el debate de investidura

Manuel Medina Guerrero

Si ya a la finalización de la anterior legislatura resultaba evidente que la reforma estatutaria se convertiría en la principal empresa a abordar en la presente, el cambio en el Gobierno de la Nación hacía presagiar que la renovación del funcionamiento del Estado autonómico pasaría a ser una preocupación común para la generalidad de las Comunidades Autónomas. En estas circunstancias, era de esperar que, por más que el candidato a la presidencia de la Junta de Andalucía se esforzase por lanzar nuevos e inesperados retos y objetivos a alcanzar en los años venideros, difícilmente podrían eclipsar estas sugerencias durante el debate el tema absolutamente esencial de la reforma del Estado de las Autonomías. Y así sucedió, ciertamente.

El candidato, en efecto, comenzó haciendo hincapié en la pretensión de que, pese a la holgada mayoría de la que gozaba en el Parlamento, el diálogo y el consenso entre todas las fuerzas políticas desempeñasen un papel central a lo largo de la legislatura. Diálogo que quería proyectar señaladamente a algunas de las principales y más llamativas propuestas a conseguir en los próximos años de gobierno. Así, de una parte, apeló a la cooperación de los restantes grupos parlamentarios para fortalecer la transparencia de la política: “Para ello, propongo a los Grupos de esta Cámara un acuerdo (...) que contenga, entre otros aspectos, la regulación, con el máximo consenso posible, de un código de conducta para la vida pública que contemple el establecimiento de un registro público de los bienes e intereses de los Diputados y altos cargos...”; de tal forma que “cualquier ciudadano andaluz pueda leer en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* y en Internet, desde su casa, lo que cobran, lo que tienen los Diputados y los altos cargos de la Junta de Andalucía al lle-

¹ DSPA 2/VII Legislatura, 20 de abril de 2004, págs. 19-20.

gar a ellos, mientras están en ellos y cuando salen de ellos”¹. El segundo de los ámbitos mencionados sobre los que habría que extender el acuerdo es el de la igualdad entre hombres y mujeres, propugnando específicamente al respecto “un acuerdo entre todos los partidos políticos para garantizar una presencia paritaria de hombres y mujeres en la vida política de nuestra Comunidad: paridad en la composición de las listas electorales, en la composición de los órganos designados por el Pleno de este Parlamento y por los de las Corporaciones locales, y de los órganos consultivos y de asesoramiento de las Administraciones públicas andaluzas”. Y, en fin, la necesidad de consenso también alcanzaba al terreno de los medios de comunicación: “Mediante el diálogo en el Parlamento queremos poner en marcha el Consejo Audiovisual de Andalucía como autoridad independiente en la materia, y en relación con esta cuestión -prosiguió Chaves- mi propósito y mi compromiso es que el Director de la Empresa Pública Radiotelevisión Andaluza sea elegido por este Parlamento por una mayoría cualificada”².

Pero, como se cuidó de enfatizar el candidato, donde se abría un ancho campo para el diálogo era en el ámbito de las relaciones con el nuevo Gobierno de la Nación. De hecho, en el discurso de investidura de su Presidente se defendieron algunas de las principales sugerencias y reivindicaciones que, de modo recurrente, en los últimos años se dirigieron infructuosamente desde la Junta de Andalucía al Gobierno nacional, a saber: la puesta en marcha de la Conferencia de Presidentes autonómicos, la reforma del Senado y la articulación de mecanismos que aseguren la presencia de las Comunidades Autónomas en el proceso de conformación de la voluntad del Estado en el marco de la Unión Europea. Conviene en cualquier caso destacar de la intervención del candidato a la presidencia de la Junta el interés en dejar bien claro que se mantendrá el nivel de exigencia que había mostrado el ejecutivo autonómico en las anteriores legislaturas frente al gobierno central. Ni una sola de las viejas -y desatendidas- reclamaciones andaluzas dejarían de reiterarse al Gobierno del señor Zapatero. En primer término, habría de procederse a la liquidación del sistema de financiación correspondiente al quinquenio 1997-2001, apuntando el candidato la necesidad de que se procediese a una convocatoria de la Comisión Mixta antes del día 30 de junio al objeto de que se resolviese a la mayor brevedad posible este contencioso; liquidación que, obviamente, conllevaría la retirada de los diversos recursos interpuestos sobre el particular por la Junta de Andalucía tanto ante la jurisdicción constitucional como ante la ordinaria. En el plano de las reivindicaciones de orden compe-

² *DSPA 2/VII* Legislatura, 20 de abril de 2004, pág. 20.

tencial, el señor Chaves insistió en las relativas a política hidráulica, señalando expresamente la conveniencia de abrir la negociación sobre “las fórmulas de cogestión de la cuenca del Guadalquivir y de participación en la gestión del Guadiana y del Segura”³. En tercer lugar, tampoco podían soslayarse los asuntos pendientes en materia de infraestructura, tales como la conexión, vía AVE, de todas las capitales andaluzas con Madrid, o la cofinanciación estatal de los metros de Sevilla, Málaga y Granada. Y, por último, la fórmula del diálogo y del consenso abierta en el nuevo escenario surgido tras las elecciones generales permitiría, asimismo, poner fin a los numerosos contenciosos jurídicos trabados entre el Estado y la Comunidad Autónoma, como los planteados a propósito de la investigación en células madre o los complementos de pensiones.

Aunque en la intervención inicial del Sr. Chaves ningún otro asunto recibió más atención que la reforma del Estatuto de Autonomía; acontecimiento que debía contemplarse con absoluta naturalidad al no ser sino “una nueva señal de madurez democrática por parte de la sociedad andaluza, en la medida en que es un síntoma de continuidad y confianza en las instituciones autonómicas, porque (...) sólo se reforma aquello que se quiere mantener y preservar”. Y, de hecho, a juicio del candidato, la reforma estatutaria podía considerarse una relevante contribución andaluza a la necesaria modernización del Estado de las Autonomías; adaptación del modelo de Estado que tendrá, además, en Andalucía un vigilante permanente: “Desde Andalucía no consentiremos que la necesaria modernización del Estado de las autonomías ponga en cuestión la igualdad básica, en cuanto a derechos y deberes, de todos los ciudadanos y de todos los territorios de España”. Por lo demás, la reforma del Estatuto debe erigirse sobre dos requisitos o condicionantes: de un lado, un respeto escrupuloso a la Constitución; y, de otra parte, la necesidad de que la misma esté apoyada en un amplio consenso político y social. Sobre esta base, resultaba evidente la necesidad de acometer sin dilación el procedimiento de reforma, dado el nítido mensaje transmitido por el cuerpo electoral el 14 de marzo de que esta legislatura debía ser la legislatura de la reforma del Estatuto. En consecuencia, el candidato a la presidencia de la Junta invitó “a todas las fuerzas parlamentarias a constituir la Ponencia redactora del texto articulado”, emplazando a las mismas para que la Ponencia quedara formada en el primer período de sesiones. Asimismo consideró aconsejable que la reiterada Ponencia abriera “un período de consulta con entidades sociales, económicas y culturales y otras representaciones de la sociedad civil andaluza, para que toda ella se sienta partícipe directa del proceso de reforma”⁴.

³ *Ibidem*.

⁴ *DSPA 2/VII Legislatura*, 20 de abril de 2004, págs. 25-26.

Como resultaba poco menos que obligado, la reforma de la estructura territorial del poder político se presentó ya en la primera intervención como la piedra angular sobre la que iba a descansar en lo esencial el entero debate de investidura. Y así lo corroborarían de inmediato los diferentes portavoces de los grupos parlamentarios que se sucedieron en el uso de la palabra. En esta línea, el portavoz del grupo andalucista, el Sr. Ortega García, prácticamente daría comienzo a su intervención destacando que iba “a ser una legislatura apasionante, no sólo porque en Andalucía se plantea la reforma del Estatuto de Andalucía, sino porque además, señor Chaves, se va a poner encima del tapete la reforma de la Constitución y porque vamos a caminar hacia un nuevo modelo de Estado”⁵. Naturalmente, el señor Ortega, que insistió en que la reforma estatutaria era un objetivo reivindicado por el partido andalucista desde hacía largo tiempo, no dudó en aceptar la oferta del candidato a la presidencia de integrarse y participar activamente en la Ponencia parlamentaria. Ahora bien, quiso también dejar claro desde el comienzo que la anunciada reforma del Estatuto debía erigirse sobre “algunos principios básicos”: En primer lugar, la misma debe estar vinculada a la propia reforma de la Constitución, por lo que resulta ineludible saber, por ejemplo, qué tipo de Senado es el que defiende el grupo socialista, así como si la modificación de la Cámara Alta se va a conectar con la reforma de la Ley Electoral. En segundo término, también es necesario conocer cuál es la solución que el partido socialista propugna acerca de los hechos diferenciales, y, más concretamente, es menester preguntarse si pretende que las llamadas Comunidades históricas reciban un trato preferente, permitiéndosele el establecimiento de canales de comunicación y diálogo puramente bilaterales con el Gobierno de la Nación. Y por último, y no por ello menos importante, el señor Ortega interpelló directamente al candidato para saber si consideraba a Andalucía una nacionalidad o una región, y, de decantarse por lo primero, si estaba dispuesto a que el Estatuto definiese a Andalucía como nacionalidad sin ningún tipo de subterfugios⁶.

Al abordar en el turno de respuesta esta específica cuestión, el señor Chaves no dudó en reconocer que el partido andalucista había sido el primero -o uno de los primeros- en defender la necesidad de acometer la reforma estatutaria, pero que es ahora el momento oportuno para llevarla a efecto, “porque se ha abierto un proceso irreversible en la modernización del Estado de las autonomías, y, en este proceso inevitable, en este proceso irreversible, Andalucía

⁵ *DSPA* 3/VII Legislatura, 21 de abril de 2004, pág. 31.

⁶ *DSPA* 3/VII Legislatura, 21 de abril de 2004, pág. 36.

tiene que hacer valer sus puntos de vista sobre la modernización del Estado de las autonomías”⁷. Dicho esto, se apresuró a resolver el interrogante acerca de si nuestra Comunidad Autónoma merecía recibir el tratamiento de “nacionalidad”, recordando al respecto que en el debate celebrado en el Parlamento sobre la modificación del Estatuto el pasado mes de diciembre ya se había expuesto que una de las bases de la reforma hacía precisamente referencia expresa al tema de la nacionalidad. Por lo demás, reiteró la idea de que el proceso de reforma debía desarrollarse a partir de dos cuestiones de principio, a saber, de una parte, “el respeto escrupuloso al marco constitucional” y, de otro lado, “el consenso máximo posible” entre las fuerzas políticas y los diferentes sectores de la sociedad civil de Andalucía⁸.

Pero, volviendo a la intervención del portavoz del grupo parlamentario andalucista, conviene destacar como principal rasgo característico de la misma el fuerte tono reivindicativo que, en ocasiones, imprimió a su discurso el señor Ortega. Carácter reivindicativo que se extendió fundamentalmente a dos ámbitos: el de los trasposos competencias pendientes y el del tratamiento de la Administración Local. Por lo que hace al último de los ámbitos citados, las críticas se dirigieron al escaso -por no decir nulo- espacio que dio el candidato en su discurso a este asunto, lo que constituía -a juicio del portavoz andalucista- un “olvido clamoroso”. No se trataba únicamente de abundar en la ya clásica reivindicación de su grupo de iniciar un proceso de comarcalización en Andalucía, sino de subrayar que una verdadera descentralización política pasa también, necesariamente, por dotar de una sustancial autonomía al nivel local de gobierno:

“La autonomía no es la repetición mimética de un modelo centralista trasladado a un ámbito geográfico menor como Andalucía: la autonomía es el Gobierno que nace desde abajo hacia arriba; es decir, que tiene su origen en los municipios, que se desarrolla en las comarcas naturales, que acoge los nuevos modelos de grandes áreas urbanas y que permite el desarrollo armónico de toda Andalucía. Autogobierno y autonomía es mucho más que la Junta de Andalucía, y usted ayer ignoró, en otro clamoroso olvido, la política municipal”⁹.

Los grandes ausentes en el discurso de Chaves fueron, pues, en opinión del grupo andalucista, los municipios y las provincias, resultando especial-

⁷ *Idem*, pág. 37.

⁸ *Idem*, págs. 37-38.

⁹ *Idem*, pág. 35.

mente sentida la falta de toda referencia a asuntos claves tales como el desarrollo del Pacto Local o la financiación de ayuntamientos y diputaciones. En lo que concierne a este último punto, el señor Ortega hizo una concreta propuesta, a saber, elaborar “una ley andaluza de financiación municipal, en la que se garantice la participación incondicionada de los Ayuntamientos en los ingresos propios de la Junta”¹⁰. Pues bien, para el candidato a la presidencia de la Junta, estas objeciones carecían de todo fundamento; de una parte, porque buena parte de los compromisos adquiridos durante el discurso de investidura incidieron directamente en la esfera local, como los relativos a la política de vivienda, parques periurbanos, transportes metropolitanos, etc. Y, de otro lado, porque, lejos de haberse caracterizado la actuación de la Junta por su cicatería a la hora de proveer a la financiación de las Entidades locales, “Andalucía es una Comunidad líder en la cooperación institucional con los Ayuntamientos”, habiéndose destinado durante la anterior legislatura a las políticas de cooperación con las Administraciones locales un total de 2.262 millones de euros. Y, en fin, esta preocupación por el nivel local de gobierno se mantendría en el futuro inmediato, ya que, como anunció el candidato, “uno de los primeros encuentros que tendré en los próximos días a partir de la constitución del Gobierno de la Junta de Andalucía será, precisamente, con la Federación Andaluza de Municipios y con su Presidente, para abordar problemas de relación entre la Junta de Andalucía y las Corporaciones locales, y, por supuesto, también para reactivar y dinamizar el diálogo en relación con el Pacto Local de Empleo”¹¹.

Por lo que hace a los traspasos de competencias aún no efectuados, la intervención del señor Ortega se centró en especial en los traspasos de las cuencas hidrográficas, y muy señaladamente solicitó, con base en el artículo 150.2 CE, la transferencia de la cuenca del Guadalquivir: “El Grupo Andalucista no se conforma con la gestión del Guadalquivir, queremos que nos sea transferido, porque el Guadalquivir es plenamente andaluz, desde su nacimiento hasta su desembocadura”. Junto a esta reivindicación esencial, instó al futuro Ejecutivo autonómico a reclamar otras transferencias competenciales relevantes, como la de los Parques Nacionales, los ferrocarriles de cercanía y los puertos y aeropuertos radicados en nuestra Comunidad Autónoma¹².

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *DSPA 3/VII Legislatura*, pág. 41.

¹² *DSPA 3/VII Legislatura*, págs. 32-33.

La culminación plena de los traspasos competenciales pendientes también ocupó un lugar destacado en la intervención de Caballero Cubillo, la portavoz del grupo parlamentario Izquierda Unida. Y, de nuevo, se puso de manifiesto la voluntad de cumplir estrictamente con las reivindicaciones que ya se habían dirigido al anterior Gobierno de la Nación con el apoyo expreso de la propia asamblea autonómica. Se trata, sencillamente, de no aceptar ningún tipo de excusas que pudieran esgrimirse para justificar la renuencia a aceptar alguna de las transferencias aún no satisfechas: “En materia de transferencias, señor Chaves, hay veinticuatro transferencias pendientes. No nos va a importar si tardan unos meses más o unos meses menos, pero estaremos atentos al valor político de esa transferencia. Este Parlamento -y pido que lo escuche-, con el voto suyo, ha votado la transferencia completa del Guadalquivir -con su voto, señor Chaves-; este Parlamento, con su voto, ha votado la transferencia de los Parques Nacionales de Sierra Nevada y Doñana -con su voto-; este Parlamento -con su voto- ha pedido la transferencia del Archivo de Indias -con su voto, señor Chaves-”. Y una vez delimitado, de este modo, por el propio Parlamento andaluz el alcance del concreto ámbito competencial a traspasar, no vale alegar pretendidas dificultades jurídicas que impidan que los traspasos se efectúen en los términos reclamados por la asamblea autonómica: “No había informes jurídicos entonces en contra de eso, esos informes jurídicos carecen de valor político, señor Chaves. No puede decir que tiene reserva jurídica en la transferencia del Guadalquivir. ¿Quién va a poner esa reserva jurídica? ¿Quién va a hacer esos recursos de inconstitucionalidad contra que Andalucía tenga el Guadalquivir? ¿Quién los va a hacer? ¿En nombre de quién se van a hacer? ¿Los va a hacer el señor Zapatero? No. ¿Qué problemas tenemos con la reclamación completa, no de tramos, de la mitad del Guadalquivir, señor Chaves?”¹³.

El segundo gran bloque temático que merece ser destacado de la intervención de la señora Caballero fue el sempiterno asunto de la financiación autonómica. Primero, para recordar al candidato que la Disposición Adicional Segunda del Estatuto constituye un “hecho diferencial andaluz”, en cuya virtud debe dotarse a nuestra Comunidad Autónoma de los recursos precisos hasta que “Andalucía se nivele en los servicios básicos esenciales con el conjunto del Estado”. En segundo lugar, la señora Caballero reprochó a Chaves la prontitud con la que aceptó la cifra de 2.500 millones de euros en concepto de liquidación de la financiación autonómica del periodo 1997-2001, siendo así que, mediante Resolución aprobada por el Parlamento los días 10 y 11 de

¹³ *DSPA 3/VII Legislatura*, pág. 46.

diciembre del pasado año a propuesta precisamente del partido socialista, se convino en reclamar al Gobierno de la Nación la cifra de 4.652,6 millones de euros. Y, en fin, no dejó de recordar que las reivindicaciones financieras de Andalucía no terminaban con la deuda histórica y la recién mencionada liquidación del quinquenio 1997-2001, pues asimismo el Parlamento había reclamado otras cantidades cercanas a los 5.000 millones de euros por el Fondo de Suficiencia, el FCI y la diferencia inversora desde el año 1997.

El tono crítico de la intervención de la portavoz del grupo parlamentario Izquierda Unida se elevó apreciablemente al abordar el asunto de la Administración local, cuyo escaso tratamiento en el discurso del candidato a la presidencia de la Junta mereció las objeciones unánimes de los grupos de oposición. Para la señora Caballero era señaladamente reprochable el absoluto incumplimiento por parte del Ejecutivo autonómico del compromiso de llevar a efecto el tantas veces anunciado como postergado Pacto Local de descentralización competencial a favor de los Municipios. De ahí que, dirigiéndose directamente al candidato, le reprochara al respecto: “[...] no le gusta ceder poder. Simplemente, desde hace ya diez años, diez años, mire usted, en el discurso de investidura del año 1995, ya se comprometió a realizar el Pacto Local y desde entonces todos los proyectos de Presupuesto llevan diciendo: «Se hará el Pacto Local». Bueno, pues no se hace el Pacto Local. Desde el año 1995, diez años”. Y, junto a esta renuencia a ceder poder al nivel local de gobierno, la segunda gran carencia de la política autonómica en este ámbito afecta a la materia financiera: “Usted dijo la pasada legislatura: «No puedo financiar más a los Ayuntamientos porque los tengo que financiar, como dice la Constitución, con tributos propios de la Comunidad, pero como la Comunidad recauda pocos impuestos [...] como la Comunidad solamente tiene 100.000 millones de pesetas de impuestos propios, pues tengo poco dinero para los Ayuntamientos». Bien, señor Chaves, ahora tiene usted cuatro veces más de impuestos propios: vamos a multiplicar por cuatro la financiación municipal, ¿no?”¹⁴.

En lo que concierne a la cuestión capital de la reforma estatutaria, la portavoz de Izquierda Unida reiteró la ya conocida tesis de que la misma debe implicar “forzosamente algunos cambios constitucionales de carácter federal”. En este sentido, reprochó a Chaves parecer menos interesado por la reforma del Estatuto de Autonomía que por evitar la modificación del texto constitucional: “[...] permítame decirle que, para los temas que plantea, con excep-

¹⁴ DSPA 3/VII Legislatura, pág. 50.

ción del Senado, no son necesarias reformas estatutarias. Está usted más preocupado por demostrar que no es preciso cambiar la Constitución que por demostrar la necesidad de cambiar el Estatuto, y no nos parece serio discutir una reforma estatutaria con la limitación impuesta de antemano de no cambiar la Constitución ¿Por qué no? Le proponemos abrir el debate y que sea lo que más beneficie a Andalucía el resultado final...”. No obstante, sea cual fuere el resultado de esa pretendida reforma de la Constitución, sí era preciso -a juicio de Izquierda Unida- que la modificación estatutaria se extendiera a las siguientes cuestiones: “[...] nosotros planteamos aumentar las competencias de Andalucía, participar en las políticas económicas y fiscales del Estado en el futuro, y un Estatuto que fije las obligaciones del Estado respecto a nuestra Comunidad. También queremos que el Estatuto aumente los derechos sociales de ciudadanía y cree nuevos derechos universales de asistencia”¹⁵.

Frente a estas consideraciones, el candidato a la presidencia de la Junta quiso dejar claro que no tenía ninguna reserva para hablar de Estado federal, pero que lo que sí pretendía rehuir a toda costa era entrar en un “debate nominalista”. La modernización del Estado de las autonomías -prosiguió Chaves- pasa por avanzar en la senda del “federalismo cooperativo”, lo que requiere modificar el texto constitucional en lo relativo al Senado: “La conformación de la voluntad del Estado no solamente es posible a través de la decisión del Gobierno central. La conformación de la voluntad del Estado tiene que hacerse también con la participación de las Comunidades Autónomas, que también son Estado, que también forman parte del Estado. Por ello, señora Caballero, no basta solamente con la reforma del Estatuto de Autonomía, sino que también es necesaria la reforma constitucional del Senado”. Así pues, al artículo 69 CE, en cuanto regulador de la Cámara Alta, deberían ceñirse todas las posibles enmiendas del texto constitucional, rechazando expresamente el candidato la pretendida modificación -defendida por Izquierda Unida- del Título VIII de la Constitución. Si a la implantación de un nuevo Senado verdaderamente representativo de las Comunidades Autónomas se suma “la Conferencia de Presidentes -razonó Chaves-; si a eso le añadimos el debate sobre el Estado autonómico; si a eso le añadimos también la participación de las Comunidades Autónomas en las delegaciones del Estado ante los organismos europeos, tenemos en definitiva un Estado autonómico de un fuerte contenido federal”¹⁶.

¹⁵ *Idem*, pág. 47.

¹⁶ *Idem*, pág. 53.

En paralelo con la línea argumentativa seguida por anteriores intervinientes, también la señora Martínez Saiz -portavoz del grupo parlamentario popular- apeló de forma recurrente a la necesidad de que, en defensa de sus reivindicaciones, el Ejecutivo autonómico mantuviera con el nuevo Gobierno de la Nación el mismo nivel de exigencia que había mostrado durante las dos legislaturas precedentes. Así, al abordar el tema de la financiación, interpeló directamente al candidato en esa dirección: “[...] quiero que me aclare cuándo y cómo va a pedirle al señor Zapatero los 16.301 millones de euros que su partido acordó exigir al Gobierno de la Nación, como deuda global, el 11 de diciembre de 2003 en este Parlamento, en una proposición no de ley”. Por lo demás, el portavoz del grupo popular no dejó de manifestar explícitamente su absoluto escepticismo a este respecto, a la vista de la experiencia tenida durante la etapa en que el partido socialista gobernaba a nivel estatal y autonómico: “Como todos los andaluces [...], sabemos y recordamos, con los gobiernos del señor González, usted no levantó la voz ni una sola vez para nada; ni para pedir lo que consideraba la Deuda histórica, que, por cierto, incluyó inmediatamente a partir del año 1996 en todos los presupuestos de la Comunidad; ni para reclamar la actualización de un censo de población, que creció fundamentalmente antes de 1996; ni para rechazar el modelo de financiación de las Comunidades Autónomas...”¹⁷.

De otro lado, la intervención de la señora Martínez -como lo hicieron los restantes portavoces- hurgó asimismo en el flanco abierto que ofrece la política en materia local llevada a cabo por el ejecutivo autonómico durante los años anteriores. Críticas cuya explicitación en el debate de investidura parecía poco menos que inexcusable dado el momento en que éste se producía, al coincidir con la conmemoración de los veinticinco años de constitución de los Ayuntamientos democráticos. En este contexto, resultaba oportuno insistir sobre el particular: “En todo este tiempo no se ha impulsado debidamente la autonomía municipal. Se ha estado bien atento al desarrollo de una Administración autonómica y a su crecimiento, pero no se ha contemplado con la misma intensidad exigible el desarrollo político de la autonomía municipal y su suficiencia financiera”. Y, como apostillaría a continuación, “defender la autonomía de los municipios... también es andalucismo” Así pues, proseguiría su argumentación la portavoz del grupo popular, era de todo punto irremplazable la tarea de acordar un pacto local andaluz que provea de nuevas competencias y más recursos a las Entidades locales; pacto cuya consecución, sin embargo, lamentablemente, no parecía vislumbrarse en el horizonte más cercano: “[...]”

¹⁷ DSPA 3/VII Legislatura, pág. 61.

tengo que recordarle que soy hoy más escéptica que nunca sobre que usted esté dispuesto, porque ayer y hoy usted ha sido bastante tibio a la hora de pronunciarse sobre cuándo tendremos pacto local en Andalucía, aunque hace ocho años nos lo prometió en su debate de investidura”. Y ahora no podría alegarse como justificación la pretendida falta de sintonía con el Ejecutivo nacional: “Se ha excusado, entre otras cosas, en los últimos años, para no ponerlo en marcha, porque decía usted que el Gobierno de España tenía que participar en este pacto. Hoy ya no tiene más excusas: el señor Rodríguez Zapatero estará encantado, sin duda, de llegar a un acuerdo con usted y aportará lo que su Gobierno, el Gobierno de Andalucía, le pida para ese pacto local”¹⁸. Y, en fin, tras la respuesta del candidato a la presidencia de la Junta, el portavoz popular le interpelaría directamente para saber su predisposición a cerrar un pacto para elevar a los Entes locales andaluces al nivel de autogobierno que la propia Constitución exige: “Usted cree que el Pacto Local es importante para que los Ayuntamientos no tengan que esperar sus dádivas anualmente, para poder funcionar y para dar servicios de calidad a los ciudadanos, y no sólo para construir con el dinero de los Ayuntamientos los colegios y los institutos que usted no construye con el dinero de la Comunidad, como es su obligación?”¹⁹.

Aunque, sin duda ninguna, la principal línea de crítica que la Sra. Martínez dirigió al proyecto socialista de modificar el marco normativo regulador del Estado autonómico se concentró en el mensaje de que el mismo, lejos de responder a una necesidad verdaderamente sentida por el conjunto de las Comunidades Autónomas, no tenía otra finalidad que satisfacer las pretensiones nacionalistas de muy concretas fuerzas políticas. “En estos momentos, señorías, hay un nuevo gobierno en España, un Gobierno socialista que nace con el apoyo de algunos partidos que, ¿por qué no decirlo?, no quieren a España, les caemos antipáticos los españoles”. Y tras mencionar expresamente el objetivo último que persigue la formación política presidida por el Señor Rovira, apuntaría a continuación: “Se lo diré sin tapujos: frente a los que van a tratar de cambiar las reglas para estar en mejor posición jurídica y política, para dar el salto definitivo a la independencia y al separatismo desde una España asimétrica como la que propugnan, va a tener usted al Grupo Parlamentario del Partido Popular a su lado, siempre y gratis. Pero si usted trata de servirles de coartada o se calla, como ha hecho hasta ayer, nos tendrá en contra”. Presentado así el partido popular como una suerte de dique de contención frente a los

¹⁸ *Idem*, pág. 63.

¹⁹ *Idem*, pág. 75.

posibles excesos descentralizadores que puedan pretender cometerse a instancia de las fuerzas nacionalistas, va de suyo que no puede autoexcluirse del proceso de modificación del marco normativo, permaneciendo al margen de la reforma estatutaria: “Por ello, el Partido Popular de Andalucía va a participar en la futura Ponencia para la reforma del Estatuto propuesta por usted ayer, porque representamos a un millón y medio de andaluces, [...] y porque no nos hemos excluido, ni nos vamos a excluir o a dejar de excluir de ningún debate parlamentario ni político”²⁰.

Ahora bien, para el Partido Popular resulta inexcusable que cualquier modificación del texto estatutario se erija sobre cinco principios básicos, a saber, que la reforma sea “absolutamente respetuosa con la Constitución Española”; que cuente “con el mismo grado de consenso que permitió la aprobación del Estatuto de Carmona; que las modificaciones que se pretendan introducir sean “útiles” para los andaluces; que “no sirvan de aval a la desigualdad entre Comunidades en términos competenciales o que faciliten la insolidaridad entre Comunidades”; y, por último, “en quinto lugar, que las posibles modificaciones estatutarias en absoluto constituyan una coartada al servicio de los planes de Ibarretxe o a los de Maragall y Rovira”. Por lo demás -denunciaría a continuación la Sra. Martínez-, algunas de las reformas anunciadas a propósito de determinados Estatutos de Autonomía, como el catalán, cuyo apoyo tanto en el Parlamento autonómico como en las Cortes Generales ya ha prometido el Presidente del Gobierno de la Nación, tendrán una evidente repercusión negativa en Andalucía, al colocar a nuestra Comunidad Autónoma en una situación de desventaja comparativa. De ahí que, a fin de conjurar el riesgo de que tales medidas acaben incorporándose al ordenamiento jurídico, la portavoz del partido popular no dudase en ofrecer al candidato a la presidencia de la Junta “un pacto por la defensa de Andalucía en el marco de la Constitución y del Estatuto de Autonomía”²¹.

La predisposición mostrada por el grupo popular a participar en la reforma estatutaria fue una noticia bien recibida por el candidato a la presidencia de la Junta; máxime cuando la posición tradicionalmente mantenida por esa fuerza política fue la de oponerse a todo intento de renovar la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma: “Yo valoro positivamente que ustedes hayan rectificado y ahora estén dispuestos a comprometerse con la reforma del Estatuto de Autonomía, [...] porque Andalucía tiene derecho a re-

²⁰ *Idem*, pág. 61.

²¹ *Idem*, pág. 62.

formar su Estatuto de Autonomía -es más, es necesario que se reforme...- y porque, como he dicho en algunas de mis intervenciones anteriores, es el momento oportuno, porque se ha abierto un proceso irreversible de modernización del Estado de las autonomías”. Ahora bien, dicho lo anterior, el señor Chaves puso el acento en que, bajo ninguna circunstancia, podría consentirse que las reformas normativas apuntadas, tanto estatutarias como constitucionales, condujesen al reconocimiento de desigualdades territoriales: “Cuando he afrontado o he planteado la necesidad de la modernización del Estado de las autonomías, la reforma de la Constitución o la reforma del Estatuto de Autonomía, tengo muy claro que el Estado de las autonomías consagrado en la Constitución Española no es un Estado que consagre desigualdades ni privilegio de ningún tipo; que el Estado de las autonomías consagrado en la Constitución Española reconoce y consagra, en el contexto de una España plural, las diferencias y el trato diferencial en función de las mismas, pero eso no puede dar lugar, y siempre me opondré y rechazaré, a cualquier privilegio económico o financiero en el proceso de modernización del Estado de las autonomías, y también tengo claro que cada Comunidad Autónoma, en el marco de la Constitución, puede y debe asumir aquellas competencias que quiera y que pueda asumir en defensa o para fomentar los intereses de sus ciudadanos”²². Por lo demás, la intervención del señor Chaves, en primer término, se centró en enfatizar, nuevamente, que las reformas estatutarias planteadas han de acomodarse al marco constitucional, lo que impedía automáticamente aceptar el Plan Ibarretxe; de otro lado, quiso desvanecer toda sombra de duda acerca de las pretensiones “separatistas” que, falsamente, el grupo popular imputa al tripartito presidido por Maragall; y, por último, puso fin a su intervención en esta cuestión conviniendo con la señora Martínez en que debía tratarse de alcanzar en la futura reforma el mismo grado de consenso que rodeó la aprobación del Estatuto de Carmona.

Los razonamientos esgrimidos por el candidato para contrarrestar las críticas de la portavoz del grupo popular no resultaron lo suficientemente persuasivos para la Sr^a Martínez, que abundaría acto seguido en los fundados riesgos existentes de que se termine consagrando un escenario de desigualdades y ventajas a favor de determinadas Comunidades Autónomas, señaladamente en materia de financiación. A este respecto, conminó al señor Chaves a que dirigiese su mensaje a Maragall a fin de persuadirlo de la necesaria observancia de un mínimo de igualdad personal e interterritorial en el seno del Estado autonómico: “[...] yo le voy a pedir que el día 24 se lo explique al señor Mara-

²² *DSPA 3/VII* Legislatura, de 21 de abril de 2004, pág. 69.

gall, porque el señor Maragall ha dicho bien claro que su modelo es financiación desigual, que no quiere que de Cataluña salga dinero para solidaridad con otras Comunidades, y que quiere, señor Chaves -y eso lo ha dicho clarísimo-, que las inversiones en las Comunidades Autónomas del Estado sean proporcionales al Producto Interior Bruto de cada Comunidad, que no tiene nada que ver con lo que usted ha dicho hoy”. En definitiva, pese a los buenos deseos del candidato -proseguiría la portavoz popular-, es obvio que tanto Maragall como Rovira e Ibarretxe persiguen la instauración de privilegios para sus respectivas “Comunidades, para sus Estados, para sus países, y nosotros queremos la España plural y solidaria de la Constitución, con las mejoras que haya que hacer, pero manteniendo el espíritu de solidaridad, manteniendo el espíritu de igualdad de oportunidades para todos los españoles, se nazca donde se nazca, y manteniendo el respeto a las distintas características de cada Comunidad”²³.

²³ *Idem*, pág. 75.

DOCUMENTOS

La Administración Pública y Naciones Unidas

Jaime Rodríguez Arana

Vocal español de la Comisión de Expertos de Naciones Unidas en Administración Pública

SUMARIO: I. ÍNDICE. II. LA FUNCIÓN ESPECIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA BUENA GESTIÓN EN LA DECLARACIÓN DEL MILENIO. III. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. IV. CONCLUSIONES DE LA COMISIÓN DE EXPERTOS EN 2002. V. NUEVAS TENDENCIAS DEL DESARROLLO DEL GOBIERNO ELECTRÓNICO. VI. ESTRATEGIAS PARA DOTAR AL SECTOR PÚBLICO DE FUNCIONARIOS COMPETENTES. VII. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LUCHA CONTRA LA POBREZA. VIII. DATOS BÁSICOS SOBRE EL SECTOR PÚBLICO. IX. CONCLUSIONES DE LA COMISIÓN DE EXPERTOS EN 2003. X. LA REVITALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO UNA MEDIDA ESTRATÉGICA PARA EL DESARROLLO HUMANO SOSTENIBLE. XI. PAPEL DE LOS VIEJOS RECURSOS HUMANOS EN LA REVITALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. XII. REVITALIZACIÓN Y SOCIAL DE CONOCIMIENTO. XIII. REVITALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN ÁFRICA. XIV. REVITALIZACIÓN Y COOPERACIÓN. XV. REVITALIZACIÓN Y ESTADÍSTICA. XVI. ACTIVIDADES DE N.U. EN MATERIA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. XVII. SOBRE EL TRABAJO DE LA COMISIÓN DE EXPERTOS.

1. INTRODUCCIÓN

En el año 2002 comenzó su andadura el Comité de Expertos en Administración Pública nombrado, a título personal, por Naciones Unidas con el fin de asesorar al Comité Económico y Social en materia de reforma administrativa. Desde 2002, se han sucedido varios encuentros en los que se han analizado, desde un punto de vista amplio, algunos de los temas más relevantes de la gestión pública en todo el mundo.

El Comité de Expertos lo forman veinticuatro personas entre las que se cuentan profesores universitarios de sociología, economía o derecho, ministros en ejercicio, ex-ministros y responsables de escuelas de formación de fun-

cionarios de veinticuatro nacionalidades distintas, entre los que están representados los cinco continentes.

Desde luego, para mí es un auténtico privilegio integrar este órgano consultivo en el que se plantean cuestiones centrales que hoy preocupan a las Naciones Unidas en materia de Administración Pública desde las diferentes tradiciones, culturas y sistemas políticos, lo que permite comprobar las diferencias que existen y, también, los elementos comunes, que también los hay.

Las páginas que siguen intentan reflejar mi particular percepción de algunas de los asuntos que están más presentes en los debates de la Comisión y que mejor reflejan la opinión de este órgano consultivo de las Naciones Unidas.

II. LA FUNCIÓN ESPECIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA BUENA GESTIÓN EN LA DECLARACIÓN DEL MILENIO. RELEVANCIA DEL PERSONAL PÚBLICO

Los objetivos que Naciones Unidas planteó como metas para el Milenio (desarrollo económico y social, democracia, lucha contra la pobreza y contra el hambre...) ¹ requieren la existencia de una Administración pública eficaz, eficiente, así como sistemas sólidos de gestión de los asuntos públicos en la medida en que, como reconoce Naciones Unidas la función esencial de la Administración general y de la capacidad de las personas que trabajan en el sector público en particular, está vinculada a la promoción de los derechos humanos, a la democracia y al buen gobierno.

Los logros de la Declaración del Milenio de Naciones Unidas dependen, así de claro, de estructuras constitucionales que funcionen correctamente así como de funcionarios públicos capacitados, dedicados y altamente motivados. Las estructuras institucionales serán sólidas y eficaces si las personas que las integran son, a su vez, funcionarios con una clara idea de servicio público y con un permanente y creciente compromiso con los intereses generales.

En este sentido, el desarrollo del personal al servicio de la Administración Pública constituye un factor central para que los países puedan poner en práctica reformas orientadas al desarrollo económico y social. Sin un personal que

¹ Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. E/C 16/2002/3, p. 1.

está en formación continúa, sin fomentar las cualidades para el liderazgo de los dirigentes y sin una carrera profesional que propicie el conocimiento, la capacidad, la movilidad y la integridad de los funcionarios, es muy difícil que se puedan cumplir los objetivos del Milenio anteriormente mencionados.

En muchas ocasiones y de muchas formas se ha subrayado la importancia de la Administración Pública en relación con los derechos humanos, con la democracia y la buena gestión de los asuntos públicos. Ciertamente, la Administración tiene una función básica y fundamental como promotora de los derechos humanos y, para ello, es necesario que nunca pierda de vista que debe hacer posible, permanentemente, la mejora de las condiciones de vida de la gente. Esta es, insisto, su tarea más relevante. Lógicamente, desde las instituciones públicas también se debe apuntalar el proceso democrático, que nunca termina completamente y que se debe alimentar continuamente. En este sentido, la profesionalización, la transparencia, la publicidad, etc, son cualidades que deben distinguir al aparato público o burocrático directamente vinculadas al ejercicio cotidiano de valores democráticos. Y, por otra parte, está más que demostrado que la buena gestión de lo público está directamente relacionada con el índice de desarrollo y progreso de los pueblos.

En el mismo sentido, la preparación y capacitación del personal de las instituciones públicas es, en opinión de la ONU, “condición previa fundamental para el logro de los demás objetivos esenciales, incluidos la paz, la seguridad y el desarme; el desarrollo y la erradicación de la pobreza; la protección de nuestro medio ambiente común; la protección de las personas vulnerables; la satisfacción de las necesidades especiales de África; y el fortalecimiento de las Naciones Unidas”². Ciertamente, los grandes objetivos del Milenio dependen, en buena medida, de que las personas que trabajan en la Administración Pública destaquen por su cualificación, disponibilidad, capacidad o motivación en orden a transformar los valores y metas de la Declaración en políticas, en estrategias y acciones concretas que permitan su aplicación sobre la realidad. Para ello, no se puede olvidar que es muy importante el uso de las nuevas tecnologías y el establecimiento de redes apropiadas. Es más, lo que se haga en cada país es muy importante y tiene un evidente efecto ejemplar, sea para bien o para mal.

Hace algún tiempo que los enfoques puramente estructurales aplicados a la teoría de las Administraciones Públicas han devenido ineficaces como úni-

² Loc. cit., p. 3.

ca aproximación. Para que una institución funcione, tienen que funcionar quienes allí trabajan. Las instituciones, no nos engañemos, son lo que sean las personas que en ellas laboran. También, es lógico, es necesario que las estructuras sean las adecuadas. Pero lo más importante es la cualificación y motivación de quienes dirigen las instituciones. Si la cabeza tiene ideas claras, capacidad de liderazgo, compromiso y, por ello, dotes de gobierno y dirección, será capaz de orientar el rumbo de la nave hacia puerto seguro.

Tratando sobre la reforma administrativa, alguna vez he comentado que, disponiendo de los medios materiales adecuados, si los dirigentes de la Administración dan ejemplo de los valores y objetivos a alcanzar, es muy probable que se avance. Por el contrario, si los que mandan se encuentran anclados en el pensamiento único y responden al prototipo de jefes que no delegan y que viven obsesionados con el poder, entonces es francamente difícil que, ni siquiera mínimamente, se puedan conseguir los objetivos de la reforma administrativa.

La cualificación del personal, tanto en sentido técnico como estratégico, es muy importante para “llevar a cabo reformas que sean eficaces y sostenibles a largo plazo y flexibles para responder a los cambios que se produzcan tanto en el plano local como en el mundial”³.

La vuelta a lo local, por una parte y, por otra, la creciente globalización, en modo alguno incompatibles, están obligando a ajustar los sistemas de Administración Pública en todo el mundo. La globalización, que es una gran oportunidad para reducir la desigualdad, hace posible que el Estado se abra más a la realidad y que se plantee como mejorar la eficacia sin perder de vista el servicio objetivo al interés general. Para ello, se rompen razonablemente monopolios que hoy ya no tienen razón de ser y aparece una nueva versión de la actividad del Estado convertido ahora en garante de los derechos fundamentales de las personas y de los principios rectores de la política social. En este contexto, las reformas administrativas en marcha dirigidas a eliminar trámites innecesarios, mejorar la evaluación del rendimiento del personal y facilitar los canales de comunicación con los agentes sociales, son fundamentales.

Desde el punto de vista de la vuelta a lo local, es importante destacar que en determinados supuestos - los más - los procesos de descentralización que acercan el poder a los ciudadanos y facilitan la democratización, son igual-

³ Ibidem.

mente criterios básicos de las reformas en curso. Es, en este punto, es crucial llamar la atención sobre la trascendencia que tiene el que los ciudadanos y los agentes sociales se convierten en el centro de las políticas públicas.

Igualmente, resulta vital que “los empleados del sector público sean capaces de interpretar y adaptar estas tendencias a un contexto nacional y fomentar su capacidad para analizar tendencias futuras con el fin de adoptar una actitud activa, más que reactiva, frente a las cambiantes necesidades de carácter tanto local como mundial”⁴.

Ciertamente, el concepto clásico de Estado- Nación está mudando, como también se transforma a el concepto de ente subestatal o ente territorial. Quizás no sea muy aventurado afirmar, en este sentido, que así como al Estado hoy le corresponden las grandes políticas públicas de equidad y solidaridad, a los entes territoriales descentralizados se les pide que asuman crecientes competencias de ejecución y de gestión con una incidencia verdaderamente relevante en la vida de la gente.

El problema del cambio o de la reforma o modernización de la Administración Pública tiene también mucho que ver con la capacidad de aprender, de abrirse a nuevos horizontes, que si bien se debe predicar de las organizaciones, es decisivo que sea una característica de sus dirigentes.

En relación con los llamados países en desarrollo y países con economías en transición, el informe de la secretaría que estamos glosando señala que es necesario hacer hincapié en cuatro aspectos: gestión del cambio, reforma administrativa, desarrollo de recursos humanos e información. Veamos.

Sin perjuicio de que sea difícil establecer unos criterios generales valederos para todo tipo de situaciones, es necesario llamar la atención sobre el papel protagonista y de liderazgo que debe tener el Estado en estos países hasta que se alcancen los mínimos imprescindibles. Entonces, llegará el momento en el que el propio Estado adquiera esa función arbitral y garantizadora que debe tener en los países desarrollados.

Por todo ello, en la gestión de los cambios, el Estado debe estar a la vanguardia, ser pionero y preparar el camino: estableciendo marcos de fomento de políticas favorables, promoviendo el uso de las nuevas tecnologías, mi-

⁴ Ibidem.

diendo el desempeño del trabajo público, modernizando estructuras, etc. Se trata, pues, de políticas que permiten colocar los cimientos del nuevo edificio que se pretende construir sobre bases sólidas. Bases que requieren, lógicamente, de personas bien preparadas y con un alto componente de compromiso con el servicio público.

En materia de reforma administrativa, la desburocratización y la descentralización deben plantearse en un contexto de formas de gestión “caracterizadas por la apertura, la adaptabilidad, la flexibilidad, la diversidad y la capacidad de respuesta”⁵. En este sentido, es muy importante que los fundamentos de la reforma están también anclados en la participación de la sociedad civil. De lo contrario, prevalecerán enfoques tecnoestructurales que darán al traste con todo el proceso.

La formación del personal es, se puede escribir así, la espina dorsal del proceso. Junto a la mejor capacitación que sea posible, los directores públicos deben tener las aptitudes necesarias para facilitar el cambio y, sobre todo, generar un ambiente positivo, de trabajo en equipo, de sensibilidad social, de trabajo bien hecho y de ética pública. Ni que decir tiene que la profesionalización de la función pública pasa por respetar rigurosamente los principios de mérito y capacidad en el acceso y promoción de la función pública.

En este contexto es indispensable conocer los datos reales referidos a la Administración pública. Sólo así se pueden formular políticas, medir y evaluar su impacto.

Para terminar la introducción debe subrayarse como una reflexión bien atinada la que se hace en el informe de Naciones Unidas: “una organización que aprende se convierte necesariamente en una organización que evoluciona, es decir, aprende a escuchar y a responder a los mensajes que le llegan de su entorno”. En efecto, la capacidad de aprendizaje de las organizaciones es la consecuencia de la mentalidad abierta, la metodología del entendimiento y la sensibilidad social de sus integrantes.

Como es lógico, los objetivos de la Declaración del Milenio de Naciones Unidas “dependen de un liderazgo visible, intenso y coherente, tanto en los aspectos políticos como administrativos”⁶. Sin un claro apoyo político y sin una

⁵ Ibidem.

⁶ Loc. cit., p. 5.

decidida voluntad política, sabemos bien que es muy difícil alcanzar objetivos públicos. Por eso, como señala el informe de Naciones Unidas, “los dirigentes y gubernamentales tienen que ser técnicamente competentes, políticamente sagaces y hábiles en la formación de consenso y asociaciones”⁷. En este sentido, trabajar en la mejora del liderazgo es capital para llevar a buen puerto los procesos de reforma y modernización de la Administración Pública. La reforma exige, en sus líderes políticos o administrativos, capacidad real para convertir en acciones reales a las estrategias y programas generales.

Lógicamente, el liderazgo y la capacidad de planificación estratégica están compuestos por un amplio conjunto o haz de habilidades y aptitudes. El informe de la secretaria Naciones Unidas se refiere en concreto, a seis. Primera, una sólida capacidad de análisis y diagnóstico; segunda, un cuidadoso examen del entorno en busca de posibles dificultades o nuevas oportunidades; tercera, capacidad para integrar y movilizar apoyo en pro de los objetivos y del proceso de cambio organizativo; cuarta, creación de equipos y cultivo de diálogo y de la transacción; quinta, una metodología orientada a la diversidad, y sexta una forma de gestionar el cambio pacífica y eficaz⁸. Esta caracterización de los ingredientes del liderazgo es bien completa y subraya algo muy importante: el líder debe tener una mentalidad abierta, capacidad para el entendimiento y sensibilidad en relación con la dimensión social de los problemas que debe resolver.

En ocasiones, existe una cierta tendencia a pensar y actuar en clave tecnoestructural o tecnocrático. Es lo propio del pensamiento único, cerrado, estático. Pues bien, esta tendencia al aislamiento debe combatirse a través de abrirse a nuevos planteamientos, a otros puntos de vista. Por ello, es imprescindible fomentar la integración de personas y de factores diversos, se debe potenciar un espíritu de equipo y siempre preservar la armonía y la cohesión organizativa⁹. Tareas nada fáciles, pero que identifican, si se consiguen, a los verdaderos líderes.

Las aproximaciones verticales y autoritarias, propias del pasado, deben dejar paso a criterios horizontales y democráticos en un contexto de relativa

⁷ *Ibidem.*

⁸ *Ibidem.*

⁹ *Ibidem.*

incertidumbre y de una flexibilidad no lineal, como señala Naciones Unidas. Todas las personas son necesarias en la organización y todos deben exhibir un cierto grado de apertura a nuevos conocimientos. Es verdad que una cúpula organizativa sensible a las reformas y que da ejemplo cotidianamente de esta capacidad, es el principio del buen camino. Igualmente, la capacitación de los directivos públicos está en relación directa con aspectos tan relevantes para la gestión pública, como puede ser “anticipar el futuro, analizar opciones de política, estimar los efectos y orientar los programas para la consecución de objetivos acordados”¹⁰.

No es suficiente, sin embargo, la mejor preparación del recurso humano, de las personas. Debe existir un ambiente transparente en el que se facilite la motivación de los actos administrativos y en el que constituya un ejercicio normal y ordinario la rendición de cuentas ante los órganos legislativos y ante la sociedad.

Las reformas hoy deben tener en el centro de su concepción a los ciudadanos. No sólo en la formación de las políticas públicas, que sí, sino, sobre todo, es muy importante que tengan “la oportunidad de expresar su opinión sobre la aplicación de esas políticas”¹¹. Por eso, debe superarse, diría que abandonarse, esa perspectiva tecnocrática y cerrada que pretende erigir a los expertos del “interés general” en la fuente única de la solución de los problemas comunes que afectan a la ciudadanía. Para evitarlo, en la formación de los funcionarios es muy importante transmitir la importancia de tener presentes en todo el proceso de la actividad administrativa a los ciudadanos. Es decir, junto a la capacidad de entendimiento y a la mentalidad abierta, los funcionarios del siglo XXI deben disponer de una creciente sensibilidad social.

Es conveniente, en este sentido, impregnar los procesos formativos en materia de planificación estratégica de la vitalidad de lo real y de la relevancia de la aportación ciudadana, para hacer de la determinación, análisis, ejecución y seguimiento de las políticas públicas, algo real, dinámico y profundamente humano.

La mentalidad abierta comprende la necesidad de considerar y aplicar cuando sea menester estrategias a nivel mundial. La mentalidad universal es compatible con la sensibilidad nacional y local.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Loc. cit., p. 6.

Para que el sector público cumpla cabalmente su función en un Estado social y democrático de Derecho, insisto, es vital la calidad y trascendencia que se de a las políticas de cualificación y capacitación del personal.

En esta materia de la formación incide más de lo que pudiera parecer, la capacidad intelectual para situarse en los contextos del presente y del futuro. Y es claro que, en orden a promover cualificaciones intelectuales, actitudes y aptitudes técnicas, las diferencias entre países desarrollados y en desarrollo son muy, pero que muy importantes.

El Estado, como también recuerda el Informe de Naciones Unidas que ahora comentamos, ha pasado de una función de gestión directa y casi personalizada de servicios y bienes públicos a asumir un nuevo papel de regulador y garantizador. Regulador de numerosos sectores que se han ido liberalizando poco a poco en el tiempo presente y en los cuales es preciso velar por una competencia razonable que preserve los principios básicos del Estado de Derecho. Y, garantizador, por otra parte, de los derechos de los ciudadanos. Lógicamente, este cambio de orientación supone una apuesta formativa importante en la que se debe insistir en la nueva funcionalidad del Estado comentada. En este sentido, se debe dar relevancia “al establecimiento de un clima propicio al crecimiento del sector privado y de la iniciativa personal”¹² como rol básico del Estado.

En materia de formación y cualificación, es muy importante que los empleados públicos asuman una conciencia creciente del nuevo papel de los ciudadanos, auténticos dueños del aparato administrativo. Por eso, la información que se les facilite debe ser lo más completa posible y las cuentas a que tienen derecho, deben ser hábitos cotidianos de la actuación administrativa en general, y de los funcionados en particular. Además, si partimos de la consideración de que el interés general en el Estado social y democrático de Derecho es un concepto que debe interpretarse, ya no de forma unilateral, sino desde una perspectiva abierta y dinámica en la que participan, por supuesto, los poderes públicos, pero también los entes sociales; entonces resulta que el talante y el espíritu del trabajo de los funcionarios debe estar siempre pendiente de aplicar los esquemas de complementariedad y compatibilidad de forma que se produzca un fenómeno de acercamiento permanente de los intereses públicos a la vitalidad de lo real. Así, “los funcionados públicos deben

¹² *Ibidem.*

recibir, e incluso dirigirse, a los ciudadanos como personas individuales en su propio contexto y con sus propias necesidades”¹³.

No se debe olvidar, por otra parte, que desgraciadamente, hoy los funcionarios deben estar adiestrados para resolver conflictos y situaciones que puedan desembocar en violencia¹⁴. Es lo que, en políticas públicas se denomina gestión de crisis, que supone un compromiso con la paz y la seguridad que refuerce la cooperación internacional en la esfera de la prevención de conflictos y la ayuda a los países a establecer, mantener y restaurar la paz¹⁵. Los casos de Irak, Afganistán y de algunos países de Centroeuropa constituyen una experiencia que demuestra la necesidad de formar a funcionarios para operaciones de mantenimiento de la paz y para la Administración de países devastados por la guerra. Capítulo aparte merece, no por ser menos importante, la preparación y especialización, fundamentalmente en países desarrollados, en cooperación al desarrollo.

Especial referencia debe hacerse, como señala Naciones Unidas en el documento que comentamos, a la capacidad para gestionar los conflictos cuando aún no se ha desatado la violencia, lo que requiere capacidades humanas adecuadas en lo que se refiere a los conocimientos, aptitudes y redes necesarias para integrar el análisis de los conflictos, la definición de lo que es una alerta, la gestión de diferencias y la inclusión del sistema de gestión de conflictos en las políticas, procesos y prácticas de gestión de conflictos en las políticas, procesos y prácticas de gestión y Administración pública para evitar los planteamientos orientados hacia la solución de focos puntuales que se utilizan cuando se desata un conflicto violento¹⁶. Es cierto que en estas materias tan sensibles como las que referimos, es posible que existan cualidades innatas en algunas personas que las hagan especialmente idóneas para gestionar y administrar, pero no es menos cierto que la formación y el aprendizaje permanente son un medio magnífico para adquirir conocimientos y una singular sensibilidad que permita a los funcionarios estar en las mejores condiciones posibles para resolver tan espinosas e intrincadas cuestiones.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibidem.

Llegados a este punto, hemos de dedicar una particular atención al aprendizaje continuo, verdadera señal, en mi opinión, de la sociedad del conocimiento, que no siempre se entiende bien. Veamos.

La capacidad para aprender y formarse continuamente es una cualidad que debe cultivarse, pues ni es innata ni se adquiere intelectualmente. Es necesario que el aprendizaje y la formación continua se produzcan en la vida profesional, en el meollo del trabajo de gestión pública. La capacidad para aprender surge de maneras abiertas, dinámicas y plurales de entender la gestión pública y la funcionalidad del Estado. Se compagina mal con enfoques tecnoestructurales y con esquemas verticales. Como señala el documento: “Cada vez se generaliza más la percepción de que los enfoques de arriba abajo de la gestión pública y el cierre burocrático no responden eficazmente a los cambios y no dejan lugar a la iniciativa y a la participación activa de los agentes de la sociedad civil en los procesos de formulación de políticas”¹⁷.

Desde otro punto de vista, la velocidad a que se suceden los cambios es obvio que afecta a la sociedad del conocimiento y a la necesidad de estar continuamente “al día”. Sin embargo, lo que quisiera subrayar es que el aprendizaje permanente es una actitud personal de naturaleza cualitativa que surge si existe un convencimiento real de su necesidad. Naciones Unidas, pienso que acertadamente, vincula la necesidad del aprendizaje permanente con la cultura del dialogo y de la diversidad. Hoy por hoy, si somos capaces de superar lo que he denominado ideología del dialogo y nos abrimos con generosidad a los problemas reales de naturaleza colectiva de la gente, estaremos en muy buenas condiciones para gestionar con sentido moderno lo público. La mentalidad abierta que supera prejuicios ancestrales y absurdos aprioris, ayuda sobremanera a enfocar la solución a los problemas desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario. Y, por otra parte, lo que también he llamado metodología del entendimiento requiere que el proceso del diálogo siempre esté presidido por la consideración de las personas que se pueden beneficiar del acuerdo.

El aprendizaje continuo, insistimos, viene exigido por la necesidad de sustituir el conocimiento tecnoestructural y cerrado por un “enfoque más interdisciplinario de la formulación de políticas, especialmente en los niveles altos”¹⁸. Además, el aprendizaje continuo es fundamental para mejorar las acti-

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Loc. cit. p. 7.

tudes de gestión: “En una organización que aprende es especialmente importante fomentar las aptitudes de liderazgo, la conciencia de la calidad, los instrumentos para la solución de los problemas y la capacidad para llevar adelante procesos de grupo, como trabajar en equipo y hacer presentaciones”¹⁹. También el auge de las tecnologías de la información invita a desarrollar un cierto gusto por la actuación permanente de los conocimientos y cualificaciones.

Siempre he señalado que la reforma administrativa debe estar orientada por un ambicioso programa de formación, especialmente dirigido a todo el personal y muy especialmente a los directivos. Es evidente que hoy, la funcionalidad del Estado está cambiando y que los funcionarios estatales deben conocer las causas y factores que presiden el sentido de las nuevas políticas de naturaleza estatal. De la misma forma, los procesos de descentralización igualmente sugieren nuevas tareas y nuevos trabajos para los funcionarios locales que éstos deben conocer bien. Es más, como señala el documento, “debe formarse a los funcionarios públicos para que adopten una cultura de aprendizaje y se vean así mismos como agentes activos el cambio”²⁰.

La capacidad de aprendizaje es, y será, una cualidad básica para comprender y dirigir los procesos y programas de reformas. Hoy es un valor fundamental que debe transmitirse a toda organización y que distingue a las Administraciones vanguardistas de las organizaciones burocratizadas, cerradas y estáticas.

Otra cuestión clásica de la agenda de la reforma administrativa es la relativa a la evaluación del desempeño o rendimiento del trabajo público. Y, lógicamente, la consecución de los objetivos de desarrollo del Milenio dependerá de la calidad del rendimiento del gobierno. Para ello, “es necesario desarrollar técnicas para medir la eficacia, la eficiencia, la productividad, estableciendo modelos de medición del rendimiento y programas de incentivos y de calidad”²¹. No se puede perder de vista, en este sentido, que el principal objetivo de los gobiernos reside en la mejora de las condiciones de vida de la gente por lo que es de importancia capital en esta materia que la acción pública pueda llegar a los ciudadanos más alejados y que se encuentren en peores condi-

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem.

²¹ Loc. cit., p. 8.

ciones vitales. Esto es especialmente importante en los países en transición y en países menos desarrollados. “Conseguir un alto nivel de rendimiento requiere la adopción de estrategias para mejorar las condiciones de trabajo, como los horarios laborales, la capacitación y el desarrollo profesional, la reducción de la rigidez y la burocracia, el mejor uso de las tecnologías y una remuneración competitiva”²². Así, será posible que los funcionarios se puedan dedicar sin descanso a la tarea que le es propia y que tanto tiene que ver con el bienestar general de todos los ciudadanos.

La ONU es consciente de que un requisito básico para poder cumplir los objetivos del Milenio, reside “en un funcionariado con una ética sólida”²³. Sobre todo, porque el manejo no ético de los asuntos públicos produce una reducción directa y muy relevante de los propios fondos necesarios para el logro de los objetivos del Milenio. Los supuestos de malversación, de apropiación indebida o la existencia de continuos conflictos de intereses ponen en cuestión el Estado de Derecho, expulsa a la iniciativa privada y, lo que es más grave, atenta contra la misma democracia. Por eso, en el documento que ahora tengo el honor de glosar, se insiste sobremanera en el fortalecimiento del imperio de la ley y en la promoción de una participación libre de los ciudadanos en las cuestiones que afectan a todos. La corrupción “puede contemplarse como un sistema de una mala administración y una mala gestión”²⁴, pero su efecto más nocivo consiste en hacer atractivo y muy rentable, colocar el interés privado por encima del público. Por ello, siguiendo las recomendaciones de la OCDE en materia de ética pública, se aconseja establecer una “infraestructura ética que no sólo premie la buena conducta, sino que sancione administrativamente la mala conducta y castigue los actos de corrupción mediante acciones civiles y penales”²⁵. En este tema de la ética es especialmente importante establecer un sistema de carrera profesional en la Administración Pública anclado en el mérito y capacidad, retribuciones dignas y posibilidades reales de formación permanente. “Se puede alimentar una cultura de profesionalismo, transparencia y responsabilidad mediante el ejemplo de los dirigentes de más alto nivel, tanto políticos como administrativos, así como una

²² Ibidem.

²³ Ibidem.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Ibidem.

cuidadosa supervisión por parte del público. La integridad, cualidad exigida, debe también supervisarse y mostrarse como ejemplo²⁶. La apelación al ejemplo me parece muy atinada porque todos los que tenemos o hemos tenido responsabilidades políticas sabemos muy bien del efecto multiplicador que tiene la ejemplaridad.

En otro orden de cuestiones, resulta que los objetivos del Milenio tienen mucho que ver con la existencia de Administraciones públicas que respetan la diversidad y el género, para trabajar “aunadamente para lograr procesos políticos más igualitarios en que puedan realmente participar todos los ciudadanos de nuestros países”²⁷. La participación, tanto en el mundo desarrollado como en el mundo a desarrollar, es una de las asignaturas pendientes a las que se debería dedicar una atención preferente porque nos jugamos, ni más ni menos, que la calidad de la democracia y de una visión de la realidad abierta, dinámica y plural. Todos sabemos, reconozcámoslo o no, que el déficit de participación real de la gente en los procesos de decisión pública es una cuestión que preocupa más o menos en función del interés que se tenga en el largo plazo y en buscar sistemas que permitan la libre participación de los ciudadanos. Junto a la participación, se debe recordar la importancia de contar con instituciones plurales, elecciones periódicas y demás procesos previstos en las normas internacionales sobre derechos humanos.

La gestión pública no sólo tiene en cuenta a los directivos, “requiere un tratamiento justo de todos los ciudadanos y es necesario que se perciba que el gobierno dispensa un trato justo a todos los ciudadanos”²⁸. Esta dimensión de la acción pública, que trasciende los clásicos planteamientos formales y cerrados tan al uso, nos sitúa en el plano real de la gestión pública en la medida en que está transida por una multiplicidad de aspectos que deben siempre tenerse presentes. La sensibilidad social, en definitiva, es una cualidad básica de la acción pública que define el sentido auténtico de la gestión pública: mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos. Pero no al modo del Estado de bienestar estático, sino haciendo del bienestar el trampolín para alcanzar mayores cuotas de libertad: la buena gestión pública entraña mostrarse sensible a las perspectivas de los demás, especialmente cuando esos demás son dife-

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibidem.

rentes entre sí. Cuanto mayor es la diversidad de la sociedad, mayor será el respeto necesario para promover unas relaciones armoniosas. Para que las personas puedan prosperar en un mismo espacio es necesario que sean sensibles a las percepciones, necesidades y comportamientos de los demás. El respeto mutuo se extiende a la propensión a la conciliación, la disposición al compromiso y a las aptitudes negociadoras²⁹. En efecto, en sociedades en las que existen singularidades o peculiaridades que caracterizan a quienes en ellas viven, debe preservarse una especial metodología del entendimiento que permita que las diferencias no separen sino que sean elementos positivos que fortalecen las relaciones entre distintas entidades colectivas. En estos casos, que se suelen dar en países descentralizados, es especialmente relevante la capacidad de integración, de conciliación y de negociación de los dirigentes, siempre desde la perspectiva del interés general y desde la consideración de que la gestión pública está para mejorar las condiciones de vida de la gente, no para empeorarlas.

La reforma administrativa, claro está, va más allá de la pura referencia formal a la estructura administrativa. Supone, es cierto, que la ciudadanía adquiera una mayor conciencia de su papel activo en la medida en que, además de ser los principales consumidores de los bienes públicos, son protagonistas también. Los ciudadanos deben colaborar a que las reformas vayan a puerto seguro. Es verdad, como se reconoce en este documento de Naciones Unidas, que “muchos ciudadanos no son conscientes que pueden influir en la naturaleza, la cantidad, el tipo y los mecanismos a través de los cuales se prestan esos servicios”³⁰. En este sentido resultan francamente positivas las experiencias anglosajonas de las cartas de servicios y el fomento permanente de encuestas y otros métodos de medición para conocer la opinión de la gente sobre estas cuestiones. “Para garantizar la democracia es preciso contar con un buen gobierno, lo que a su vez depende de la participación abierta, la transparencia, la responsabilidad y la promoción del Estado de Derecho”³¹. Es muy importante caer en la cuenta de que el interés general ya no es un concepto de define unilateralmente el gobierno, sino que, más bien, es un concepto que debe entenderse en un plano de apertura, de dinamismo, de pluralidad y compatibilidad. Por eso, los ciudadanos tienen una gran responsabilidad en su de-

²⁹ Ibidem.

³⁰ Ibidem.

³¹ Ibidem.

finición. Cuanto mayor y mejor sea el nivel educativo y cultural de la gente, la determinación de los intereses generales será de mayor importancia. Para ello, debe prestarse asistencia a los gobiernos “en los esfuerzos que realizan por integrar a la sociedad civil en las decisiones relacionadas con la formulación de políticas y la de prestar apoyo a la labor que realizan los gobiernos para fortalecer la Administración local en las zonas urbanas y rurales”³². Precisamente, la revitalización de los espacios locales, si está presidida por la transparencia, puede coadyuvar a una mejora sustancial en la calidad de vida de los ciudadanos por la sencilla razón de que el espacio local es el espacio público de la gestión pro excelencia.

De poco servirían las recomendaciones que se hacen a los gobiernos en esta y otras materias si el nivel educativo y cultural de la gente no estuviera a la altura de las circunstancias. Hoy, me parece, el gran déficit que tenemos es la escasa educación cívica de las personas, pues a veces deberíamos preguntarnos por aquellas virtudes cívicas de las que hablaba ARISTÓTELES, que tan importantes son para la estabilidad política, económica y social de un país. Por eso, la educación, la transmisión del conocimiento, son las grandes reformas que necesitamos. Así se entiende la insistencia de Naciones Unidas en este punto cuando señala en el documento que se debe aprender también mientras se hace, cuestión vinculada esencialmente a la participación de los ciudadanos en diversas actividades de gobierno, como los debates en política y la prestación de servicios.

El fomento de la participación es capital para una acción pública que esté en sintonía con la realidad. Junto a la participación, cualidad esencial de las democracias, se debe subrayar el empeño que han de poner los gobiernos para facilitar la transparencia, la responsabilidad y el imperio de la ley.

Las exigencias del pensamiento complementario y la reflexión sobre el interés general en los Estados sociales de Derecho lleva de la mano a que, como señala el documento, “todos los agentes nacionales, incluidas las organizaciones no gubernamentales y el sector privado, han de interrelacionarse constructivamente para lograr resultados democráticos y representativos”³³. Para ello, es menester ayudar a integrar a la sociedad civil en las decisiones relacionadas con la formulación de políticas y a fortalecer la Administración local en las zonas urbanas y rurales³⁴.

³² Ibidem.

³³ Ibidem.

³⁴ Documento cit., p. 9.

Los ciudadanos, para que puedan asumir una función activa en la reforma y modernización administrativa, es obvio que deben contar con una educación cívica suficiente que les permita comunicarse, escuchar y dominar, con criterio, las aptitudes necesarias para participar en la definición, ejecución y seguimiento de las políticas públicas, con criterio. Aptitudes que aunque se adquieren fundamentalmente con la educación, también se deben “aprender mientras se hace”, sobre todo en lo relativo a la “participación de los ciudadanos en diversas actividades del Gobierno, como los debates de política y la prestación de servicios”³⁵.

En resumen, el análisis de los objetivos del Milenio en su proyección sobre las Administraciones públicas, llevaría a Naciones Unidas, a través del Comité de Expertos en Administraciones Públicas, integrado en ECOSOC a través de la división de Economía Pública a, las siguientes asistencias técnicas a los Estados Miembros:

1. “Estrategias y mecanismos de desarrollo de las cualidades de liderazgo, incluidos coloquios y seminarios de alto nivel, para mejorar la capacidad de liderazgo y de gestión.
2. Preparación y realización de actividades de capacitación mediante métodos innovadores, como la capacitación de grupos de trabajo sobre el terreno, la capacitación escalonada en el tiempo y la capacitación asistida por ordenador, en las siguientes esferas: capacidad de negociación, análisis de políticas, gestión del personal, gestión económica y financiera, gestión de programas en sectores sociales, tecnología de la información, establecimiento de referencias y medición, y vigilancia y evaluación del rendimiento. Debería prestarse especial atención a ayudar a los países, dotarse de aptitudes adecuadas para hacer frente a la mundialización.
3. Desarrollo de la capacidad del personal que se precisa como resultado de las recomendaciones propuestas en los demás Informes presentados ante el Comité.
4. Intensificar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones por parte de los servicios públicos para controlar el rendi-

³⁵ *Ibidem.*

miento, así como fomentar el aprendizaje, mejorar la prestación de servicios y facilitar el acceso de la información tanto de los funcionarios públicos como de los ciudadanos.

5. Elaboración de infraestructuras éticas en el sector público, incluidos códigos deontológicos y de conducta para los empleados, fortalecer la capacidad de las instituciones que aplican las políticas relativas a los conflictos de intereses e investigan las contravenciones a las normas éticas y los aspectos administrativos de las acusaciones de corrupción; elaborar manuales de capacitación para los funcionarios sobre el comportamiento ético, difundir en materiales existentes en otros idiomas oficiales de NU para facilitar su acceso, y realizar investigaciones de políticas sobre como fomentar la ética y luchar contra la corrupción en el sector público.
6. Investigación de los aspectos de la diversidad y las formas de abordar las diferencias, elaborar materiales de capacitación relativos al comportamiento mediante el que se manifiesta el respecto a la diversidad, y fortalecer la capacidad de los gestores públicos, especialmente los encargados de la formulación de políticas y los encargados de la adopción de decisiones, en la esfera del análisis y la gestión de conflictos.
7. Fomentar una ciudadanía activa mediante diálogos de políticas, ejercicios de planificación estratégica y de ejecución de programas y elaboración de módulos y planes de estudio para la formación en materia de educación cívica en relación con varios aspectos clave de la gestión pública, incluida la organización básica del Estado, los derechos y responsabilidades de los ciudadanos, los niveles de calidad básicos de los servicios, la importancia de la participación en el diálogo público y el conocimiento y la utilización de la capacidad de negociación. Mediante lo que, a menudo se denomina producción conjunta, los grupos de ciudadanos pueden desempeñar un papel esencial en la conexión del nivel básico de la ciudadanía con los programas del Gobierno.
8. Aplicar y supervisar la aplicación de la Carta de la Administración pública en África, hacer el seguimiento de los resultados de un estudio comparativo regional sobre la ética de la función pública en África, prestar apoyo a las iniciativas africanas que promuevan la integración regional, como la Nueva Alianza para el Desarrollo de África y fomentar y participar en la investigación sobre temas relacionados con la Ad-

ministración pública que revistan especial interés para la región, como la gestión de la diversidad” (Documento, cit, p. 10).

En la reforma y modernización de la gestión pública juegan un papel fundamental los medios de comunicación en la medida real que sean libres y plurales y fomenten un debate ciudadano que resulte de interés para la adopción de decisiones. En este punto, me parece básico recordar que la existencia de medios de comunicación independientes y que busquen la verdad sin compromisos, es una garantía real de democracia avanzada.

Finalmente, por lo que se refiere a los objetivos de la Declaración del Milenio en materia de Administración pública, nos encontramos con un apartado especial relativo a “apoyar plenamente las estructuras políticas e institucionales de las nuevas democracias de África³⁶. Entre las estrategias propuestas para alcanzar este objetivo habría que citar, por ejemplo, “los programas de democracia y gestión pública contenidos en la Nueva Iniciativa Africana, lo que incluye la creación de capacidad centrada en la gestión del sector público, la reforma administrativa y del funcionamiento y el fortalecimiento de la supervisión parlamentaria, hay a alentar a los Gobiernos que fomenten los valores, las instituciones y los ideales democráticos y a que den independencia al sistema judicial y a los medios de comunicación³⁷.

En relación con el gobierno, la Declaración se refiere, al buen gobierno, a la democracia a, la mejora para prestar servicios sociales básicos, a la reforma administrativa, a la planificación integrada, a la participación de los ciudadanos den la toma de decisiones, a la descentralización, a la transparencia, a la rendición de cuentas, o a la corrupción. Se insiste, por otra parte, en la necesidad de “innovar y de introducir nuevos mecanismos para introducir todo ello³⁸, entre los cuales necesariamente hemos de contar con las tecnologías de la información y las comunicaciones, y con el gobierno electrónico, que bien orientado, debe dar lugar a un nuevo sistema en que el ciudadano sea el centro y el gobierno el organismo que gira entomo a él y que tiene como principal tarea “responder a sus necesidades y expectativas a partir de transparencia, responsabilidad y participación³⁹.

³⁶ Documento, cit., p. 10.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

III. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El segundo informe preparado por la Secretaría propuesto para estudio del Comité de Expertos en la reunión de New York del 22 al 26 de Julio de 2002, llevaba por rúbrica “Capacidad del sector público para apoyar la creación y aplicación de los conocimientos, las innovaciones y las tecnologías en el desarrollo”⁴⁰. En el documento citado se hace referencia, obviamente, a la alusión de la Declaración del Milenio relativa a la puesta en marcha de numerosas iniciativas vinculadas con los conocimientos, las innovaciones y las tecnologías, así como la necesidad de crear capacidad general en esos ámbitos, también a nivel nacional. En la Declaración del Milenio se reconocen las nuevas tecnologías como instrumentos básicos para alcanzar objetivos de desarrollo urgente en las esferas del gobierno, del desarrollo económico, de la protección del medio ambiente, de la investigación, de la pobreza, de la salud y de la mejora de la sociedad en su conjunto. Igualmente, como veremos, el documento insiste, acertadamente, en el principal desafío de las nuevas tecnologías: liberar su potencial y lograr una distribución equitativa de sus beneficios, lo que exigirá adoptar un criterio matizado y una serie de medidas bien pensadas.

La Declaración del Milenio califica a las nuevas tecnologías de “recursos claves” para la consecución de los objetivos planteados y se decantó, como no podía ser menos, por que todos pudieran aprovechar sus evidentes beneficios. Las tecnologías de la información y de las comunicaciones son concebidas por Naciones Unidas como un instrumento poderoso para acelerar el crecimiento y el desarrollo sostenible de base amplia, reduciendo la pobreza. En la Declaración del Milenio, además, se citan estas nuevas tecnologías entre las estrategias de desarrollo recomendadas, si bien en condiciones de razonable asequibilidad y universalidad. Incluso, en 2004, Naciones Unidas, por mandato de la resolución 5212 de la Asamblea General, debe informar de “la superación de la brecha digital”, quizás hoy, en los inicios del año en cuestión, en una situación preocupante. En realidad, las nuevas tecnologías, bien orientadas y bien utilizadas, “pueden ser un instrumento para facilitar casi todos los aspectos de la Declaración, mejorar la calidad, el alcance y la oportunidad de muchas soluciones de desarrollo y promover, en general, las corrientes de información y conocimientos”⁴¹.

⁴⁰ Documento 02 – 38975 (s), 030702, p. 1.

⁴¹ Documento, cit., p. 3.

Antes de analizar el epígrafe “transformaciones del gobierno y la gestión”, bien valdría la pena una reflexión general sobre la teoría y la realidad. Nadie duda del gran avance que se ha producido en este sector, y nadie duda de que los progresos se producen a gran velocidad, pero sólo en el mundo desarrollado. En el resto, la situación es muy difícil, quizás cada vez es más difícil. Luego, algo pasa, algo ocurre. Y eso que pasa y que ocurre en la realidad probablemente tenga que ver con una cierta insensibilidad e insolidaridad de quienes vivimos en el Norte con relación a quienes viven en el Sur. Si nos cuestionamos por las razones de esa real insensibilidad, nos encontramos de bruce con otra realidad: en el mundo evolucionado hemos desarrollado un feroz individualismo que nos conduce solamente por el camino diseñado por los arquitectos del tecnosistema y del fenomenal consumismo que nos invade. Lo importante es disponer del último grito tecnológico, de manera que a la consecución de “lo último” condicionamos parte del tiempo que se podría dedicar a otras actividades, también solidarias. Eso sí, ayuda económica, la que haga falta. Lo que acontece es que incluso en estos casos, podemos estar favoreciendo el subdesarrollo y el retraso de unos países que no necesitan lo que sobra en el primer mundo, sino que precisan de personas e instituciones que trabajen en los países emergentes para que, codo a codo, se transmitan los conocimientos y cualidades necesarias para que, cuando sea posible, puedan sentirse orgullosos de sí mismos.

Pues bien, en el mundo de las nuevas tecnologías, un mundo lleno, repleto, de posibilidades y desafíos bien ilusionantes, a veces, sin ser pesimistas, hemos de certificar que el consumismo reinante intenta a toda costa conseguir el gran objetivo de ese exacerbado capitalismo que allana del alma - más que el marxismo, quizás -: las nuevas tecnologías son un fin en sí mismas. A partir de ahí, pingües beneficios. Pero, ¿y la dimensión transformadora de las nuevas tecnologías? La dimensión transformadora existe, es real, y logra algunos resultados. Pero hoy, en mi opinión, todavía es incipiente, por lo que es menester insistir en todos los grados y modalidades educativas en que estas herramientas, estos instrumentos son, eso, medios estupendos para alcanzar fines de desarrollo social y humano.

Volviendo al documento, debe recordarse que “el gobierno es la pieza clave para realizar los objetivos de la Declaración”⁴². Es cierto, pero no lo es menos, que la mejora de la capacidad institucional del gobierno supone una

⁴² Documento, cit., p. 3.

mayor participación de la sociedad civil en el desarrollo de un país. En los países desarrollados, la tarea gubernamental reside principalmente en no obstaculizar las iniciativas sociales que emergen de una ciudadanía madura y autoconsciente de sus posibilidades de progreso. Probablemente, en los países menos desarrollados, el gobierno juegue otro papel más protagonista para propiciar un paulatino fortalecimiento de una sociedad civil débil y sin capacidad de liderar la creación de riqueza y el empleo.

Realmente, aunque no se mencionan expresamente las nuevas tecnologías en sede de buen gobierno y democracia en el texto de la Declaración del Milenio, sí que hay una referencia explícita a la necesidad de innovar e introducir nuevos mecanismos para lograr todo ello⁴³. Por tanto, si las nuevas tecnologías son la expresión misma de la innovación, de alguna manera deben tener un papel determinado en esta materia. Así es porque, entre los mecanismos innovadores se encuentran, como medio para mejorar las capacidades, las tecnologías de la información y las comunicaciones y el gobierno electrónico. Ciertamente, la representación real del gobierno electrónico se nos antoja una meta muy importante en orden a alcanzar mayores cuotas de democracia real, por supuesto. Pero, para mejorar la democracia no sólo se trata de afinar los procedimientos, las formas, es menester, también, saber si la ciudadanía tiene o no una mayor cultura cívica y si han calado, o nó, en la población, las exigencias de una participación mayor en términos cualitativos y cuantitativos. Si se produce un cierto equilibrio entre mejoras en el fondo y en la forma, entonces será posible que, a través del gobierno electrónico, se esté en la senda de “un gobierno que gire en torno a los ciudadanos, responda a sus necesidades y expectativas y se base en los principios de transparencia, responsabilidad y participación⁴⁴”.

En este marco, de una mayor educación y cultura cívica ciudadana, la operatividad del gobierno electrónico crece y puede traer consigo importantes beneficios y desafíos: mayor transparencia, mayor confianza de los ciudadanos en el Gobierno y, por ello, mayor deseo de los propios ciudadanos por participar en los procesos públicos. Lógicamente, el Gobierno y la Administración Pública se hallan más visibles ante los ciudadanos, por lo que se puede producir una mejor labor de evaluación social al poder conocer los resultados y objetivos al-

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Ibidem.

canzados en los distintos programas públicos. Aumenta, por tanto, la cultura de la rendición de cuentas; se pueden tomar mejores decisiones sobre la prestación de los servicios públicos, en definitiva, se puede apuntalar la democracia participativa y la libertad de expresión y comunicación.

Una dimensión realmente fundamental de las nuevas tecnologías es su capacidad para fomentar el desarrollo económico y acelerar la mitigación de la pobreza⁴⁵. Es cierto que la globalización es una ocasión estupenda para que, a partir del capital intelectual y la capacidad de innovación, los países en desarrollo pueden disponer de "grandes oportunidades para mejorar y reconfigurar industrias tradicionales estableciendo vínculos con una mayor variedad de conocimientos y experiencias"⁴⁶. En teoría, las nuevas tecnologías fomentan la productividad y ayudan, por tanto, a mejorar la competitividad de las empresas. Sin embargo, no debemos olvidar en ningún momento que la ciudadanía del primer mundo se encuentra en una situación y en unas condiciones culturales bien distintas a la de tercer mundo, por lo que es evidente que no se pueden aplicar, sin más, las nuevas tecnologías a los países en desarrollo mientras las personas no estén mejor preparadas y adiestradas desde el punto profesional.

En otro orden de cuestiones, también el Documento se refiere a la aplicación de las nuevas tecnologías en relación con algunas políticas públicas sectoriales como la salud, la ecología, la biotecnología y la investigación científica. En el mismo sentido, y desde los postulados del pensamiento complementario, se conciben las nuevas tecnologías como "instrumento para el crecimiento y el desarrollo y no sólo su recompensa"⁴⁷.

Es sabido que en el desarrollo de las nuevas tecnologías y la Administración Pública, debe tenerse presente la posición y la funcionalidad de la propia gestión pública en el marco de la sociedad de la información.

La reflexión moderna sobre la Administración debe hacerse desde un enfoque abierto y dinámico porque la Administración Pública es una realidad plural a la que hay que aproximarse desde muchos puntos de vista, y junto al

⁴⁵ Documento, cit..., p. 4.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Documento, cit., p. 5.

jurídico, se encuentra la dimensión económica, el aspecto sociológico o histórico, que ayudan a comprender una realidad tan compleja, tan multidisciplinar como es ciertamente la Administración Pública.

En este sentido, parece que ya han quedado atrás discusiones doctrinales o académicas sobre si tiene que prevalecer el enfoque jurídico u organizativo, por ejemplo. En efecto, son relevantes, y fueron en su día importantes las discusiones que tuvieron, por ejemplo Otto Nass y Otto Mayer en Alemania en relación con la aproximación que debía prevalecer en relación con la Administración Pública. Hoy, en el contexto de los postulados del pensamiento abierto, del pensamiento dinámico, del pensamiento complementario y del pensamiento plural, no tienen ya sentido estos enfrentamientos metodológicos y sí tenemos que ser conscientes de que todos los enfoques son importantes, que todos los enfoques son relevantes y que un ambiente de equilibrio permiten encontrar soluciones a los problemas de la Administración Pública.

Correspondería ahora efectuar una serie de reflexiones muy generales, a la luz de la contemplación de la realidad y que nos van a permitir, me parece, ir poco a poco penetrando en el sentido que tiene la sociedad del conocimiento en relación con la Administración Pública.

En primer lugar, cualquiera que sea atento lector de libros de Ciencias Sociales, o que siga la prensa o la televisión, constatará que se ha producido en los últimos años una transformación radical y vertiginosa de las formas tradicionales de explorar la realidad, lo cual no quiere decir, ni mucho menos, que la tradición esté muerta. Como ha dicho un famoso filósofo español, todo lo que no es tradición es plagio. Pues bien, en alguna medida, la realidad actual, nos guste o no, es producto de lo que ha pasado, de lo que hemos heredado de nuestros antecesores y sería una soberana irresponsabilidad, por ejemplo, intentar transformar la realidad desde cero, sin reconocer lo bueno o lo malo que nos han dejado nuestros predecesores. Pero, en cualquier caso, sí que se ha producido una transformación relevante, una transformación muy importante de las formas tradicionales de acercarse a la realidad: constituye un dato con el que tenemos que contar para entender el sentido de la sociedad del conocimiento y la Administración Pública, hoy.

En segundo lugar, no me parece baladí, circunstancial, subrayar que cada vez va cobrando más importancia el pensamiento abierto, el pensamiento dinámico, el pensamiento plural, el pensamiento complementario o compatible y que afortunadamente, va quedando atrás, como un modelo periclitado,

el llamado pensamiento único, estático o unilateral. Ciertamente que no es fácil instalarse en los postulados del pensamiento abierto, del pensamiento dinámico y del pensamiento complementario, por que, como luego veremos, existen todavía muy fuertes prejuicios que dificultan esta tarea. Pero en el ámbito de las nuevas tecnologías, en el ámbito de la sociedad de la información, tenemos que ser conscientes de que hay que combinar y que hay que trabajar conjuntamente las nuevas tecnologías y los derechos fundamentales de las personas, no vaya a ser que una apuesta importante en relación con las nuevas tecnologías pudiera abrir mas la brecha en lo que se refiere a la calidad en el ejercicio de los derechos fundamentales por todos los ciudadanos.

En tercer lugar, hay que constatar, hay que certificar, el gran fracaso de las ideologías cerradas. Cuando hablo de ideologías cerradas me refiero a esas explicaciones totalizadoras y agotadoras de la realidad que se convirtieron en saberes de salvación, sobre todo en el siglo pasado, y que se expresaban a través de grandes formulaciones abstractas, que la realidad actual, ha ido desmontando.

En cuarto lugar, también tenemos que hacer constar la crisis, profunda crisis del modelo de pensamiento basado únicamente en la ilustración y únicamente en el imperio absoluto de la razón. Por una razón muy sencilla, por que el progreso lineal es una falacia, y las nefastas consecuencias del dogma absoluto de la razón, nos ha llevado a construcciones tecnocráticas, y a construcciones políticas alejadas de los problemas reales de las personas, que es necesario superar.

En quinto lugar, es necesario superar los prejuicios. Prejuicios que están instalados con mucha fuerza en la mente y en el corazón de los hombres. En una famosa obra de teatro de MOLIERE, se dice que los prejuicios, tienen tal fuerza que si uno intenta arrojarlos por la ventana, inmediatamente intentan penetrar por debajo de la puerta para volver a ubicarse en nosotros mismos. Pues bien, ese combate continuo por liberarnos de los prejuicios, es una lucha esencial para restablecer los postulados de signo humanista que nos ayudarán a entender el sentido que tiene la dignidad de la persona y los derechos fundamentales.

En sexto lugar, se está produciendo, aunque levemente, y casi sin representación mediática consistente, lo que se ha denominado por algunos la quiebra de la tecnoestructura o la quiebra del tecnosistema del que hablaron en su día GALBRAITH o BELL. Esto es importante subrayarlo y señalarlo. Es importante glosarlo porque esta tecnoestructura que a veces ha aparecido co-

mo una alianza sutil entre el Estado, el Mercado y los medios de comunicación, intenta a toda costa, o ha intentado a toda costa, erigirse en el supremo interprete del interés general y ha traído consigo toda una maraña de lenguajes y procedimientos específicos que impiden que puedan penetrar en la esencia de la detenninación de los intereses generales las personas concretas, la gente concreta, los ciudadanos de carne y hueso. Por eso, uno de los riesgos, de los desafíos que tiene la sociedad del conocimiento es que los intereses generales dejen de estar dominados por los especialistas y se abran de una manera auténtica a los problemas reales que tienen las personas. En alguna medida, esta reflexión aparece, al menos en lo que tiene que ver con los derechos fundamentales, en una Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 1984, cuando dice que el interés general debe definirse a través de una acción intercomunicada entre los poderes públicos y los agentes sociales.

En séptimo lugar, como consecuencia de la emergencia de una nueva manera de entender el poder como la libertad articulada de los ciudadanos, tal y como la entendía BURKE, resulta que es necesario colocar en el centro del nuevo orden político, social y económico, la dignidad de la persona. Hay que volver a reflexionar sobre la persona. Pero no sobre la persona desde una perspectiva doctrinaria liberal radical, que lleva a las visiones del nuevo individualismo insolidario, sino desde la perspectiva, insisto, del pensamiento complementario y compatible, que hace de la libertad solidaria un concepto central, por que no son dos aspectos distintos de la realidad de las personas, la libertad y la solidaridad, sino que son las dos caras de la misma moneda, y son dos características que deben tender a unirse y a ofrecer, pues, perspectivas de complementariedad.

En octavo lugar, tendríamos que referimos a la crisis del paradigma de la certeza y a la emergencia del paradigma de la verdad como dice Alejandro LLANO, que es una de las consecuencias de situarnos en parámetros en los cuales se va difuminando esa dictadura de lo políticamente correcto y se va superando esa sociedad aparente en la que estamos instalados, en la cual el poder, el dinero y la notoriedad son los grandes señores que todo lo dirigen. Es necesario, pues, volver a poner en su lugar la fuerza de la persona, la fuerza de la vida real.

Y, en noveno lugar, como consecuencia de todo lo señalado, resulta que el fundamento del interés general debe situarse en la promoción, en la libre promoción de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos. Es un gran desafío, es el gran desafío que tienen los poderes públicos, que tienen las democracias y tenemos que preguntamos si seremos capaces, a través de esta

nueva sociedad que tenemos delante de nuestros ojos, de alumbrar soluciones que nos animen a trabajar por un planteamiento más humano.

Cuando se piensa o se cuando se reflexiona sobre el conocimiento y las nuevas tecnologías es preciso también, que esa reflexión se haga teniendo presente las características de la realidad que nos circunda. Por ejemplo, HABERMAS ha dicho que una de las manifestaciones de la realidad presente es que es inabarcable, que es una realidad compleja, y es una realidad compleja por que tiene muchos aspectos, muchas dimensiones, y de todas esas dimensiones, en todas esas dimensiones hay aspectos interesantes. El pensador social, el filósofo de la sociedad tiene que tener la sensibilidad necesaria para buscar puntos de equilibrio, de síntesis de todos esos aspectos que configuran una determinada realidad.

Lógicamente, en este contexto, nos encontramos con la idea del límite, que es una idea esencial a la condición humana. Podrá gustar más, nos podrá gustar menos, pero existen límites, y esos límites, en lugar de entenderse como barreras, o como dificultades u obstáculos, hay que considerarlos como condiciones de trabajo para la humanización de la realidad, de manera que la gestión de la nueva complejidad debe hacerse, como dice LLANO, desde un nuevo temple humanista que nos ayudará a entender el sentido que tiene la fragmentación social, el sentido que tiene la globalización, el sentido que tiene la ausencia de normas sustanciales y el sentido que tiene lo que se llama implosión o quiebra de los criterios reguladores de instituciones centrales para el desarrollo de la sociedad, como puede ser la Universidad, como puede ser la familia.

En este contexto de sociedad del conocimiento, de la información y de las nuevas tecnologías, de crisis de las ideologías cerradas, también nos encontramos con la llamada crisis de la gobernabilidad, unos la llaman gobernanza, gobernación, otros de las instituciones públicas y privadas como consecuencia del exceso de organización. Es sorprendente que en los tiempos actuales, cada vez caemos más en la cuenta de que los gobiernos e instituciones representativas están para promover las libertades, para promover los derechos fundamentales de las personas y, sin embargo, como consecuencia de que todavía tenemos una tecnoestructura muy fuerte, resulta que se produce un atrincheramiento de las estructuras a base de las nuevas teorías de la organización, que lejos de preconizar con claridad la vuelta a los valores humanos, constituyen un expediente, o justificación para un crecimiento incontrolado. Es lo que ha pasado, en mi opinión, en relación con el Estado de Bienestar, en el cual al final la Administración Pública, el presupuesto, los funcionarios,

se han convertido en una justificación para crecer en lugar de buscar fórmulas que permitan, en un contexto de humanización permanente de la organización, que se puedan atender y resolver los problemas de las personas concretas y de los grupos en que se integran.

Por lo tanto, una de las claves hermenéuticas para conducir el desafío presente reside en abrirse más a la gente y menos a los sistemas y procedimientos. Los protagonistas son las personas, los protagonistas son los ciudadanos concretos y la organización tiene que estar mirando continuamente los problemas, las dificultades, los anhelos, los intereses colectivos de esas personas. Lo que ocurre es que desgraciadamente, la historia de los fracasos de las reformas administrativas tiene mucho que ver con la historia de la permanente mirada de la organización hacia sí misma, en vez de mirar continuamente hacia los problemas sociales.

En este ambiente, de cierta crisis, de cierta inquietud, sobre todo tras el 11 de septiembre de 2001, en relación con la gestión de las soluciones ante los nuevos problemas, resulta que la sociedad del conocimiento es fundamental, pero del conocimiento no para la autocontemplación de los saberes adquiridos, sino del conocimiento como herramienta para la transformación de la realidad y también para la mejora de las cualidades éticas de las personas. No se trata de adquirir una panoplia de infinita información, se trata de seleccionar y adquirir el conocimiento que nos sirva para nuestra mejora como personas y también para mejorar la realidad. Y para ello, es importante: en primer lugar el equilibrio entre la teoría y la práctica. En segundo lugar, propagar como consecuencia del conocimiento la mejora real del trabajo diario, cotidiano y personal del empleado público. Y, en tercer lugar, insistir en la formación integral y permanente de los empleados públicos.

En la nueva sociedad del conocimiento, se ha hablado mucho, se ha escrito mucho sobre cómo tienen que concebirse las organizaciones. Por ejemplo, se ha señalado que deben ser de organizaciones inteligentes, flexibles, organizaciones humanas, abiertas, no rígidas, no herméticas, no verticales, no artificiales y no piramidales. Veamos esta cuestión de la mano del filósofo Aje-jandro LLANO.

La clave para esta transición de la verticalidad a la horizontalidad se encuentra en la concepción que tengamos de la persona en todo el modelo. Es compatible, pues, la reflexión, la meditación sobre la importancia de la persona y de la cosificación de las personas. Es compatible el discurso de la globalización humanista y luego aplicar políticas públicas, por ejemplo, que

abran más la brecha que existe entre los países ricos y los países pobres, o entre las personas ricas y las personas pobres. Y ello ocurre cuando lo importante es la retórica y no la realidad.

Me parece de gran interés la afirmación de Alejandro LLANO, que dice que la clave en estas organizaciones de la sociedad del conocimiento, tiene mucho que ver con el proceso artesano del aprendizaje. La formación no termina nunca, como sabemos muy bien, y el conocimiento, es crecimiento, también como persona. Los saberes, que se producen a través de las nuevas tecnologías deben ayudar también a mejorar el trabajo diario y a mejorar también el trabajo de las personas que forman parte de la Administración Pública, sin olvidar que hay una dimensión ética muy importante, desde luego, que para la Administración Pública tiene consecuencias muy concretas y que además, en mi opinión, está perfectamente representada en la Constitución, cuando se define a la Administración Pública como una organización al servicio de los intereses generales. El ciudadano tiene que percibir que la entera actuación de la Administración Pública, ya sea del Estado, de las Comunidades Autónomas o de los Entes Locales, está en permanente disposición de atender sus necesidades colectivas.

Por supuesto que en la sociedad del conocimiento lo importante son las personas. Las personas no son mercancías, las personas tienen un potencial de libertad e inteligencia muy importante y los dirigentes, los directivos de la Administración Pública, tienen que ser capaces de hacer aflorar esas potencias, esa capacidad de aportación de ideas, esa capacidad de intercambio de ideas, esa capacidad de generar confianza para transformar la realidad.

Sabemos muy bien que las organizaciones en las que hay buen ambiente laboral, funcionan. Donde no hay buen ambiente laboral, puede que funcionen aparentemente a través de la manipulación de las estadísticas, pero al final todo se descubre. Por eso, hay que considerar a la persona como centro de la organización.

En la sociedad del conocimiento, donde Internet, la red, tiene tanta importancia, tenemos que ser conscientes de que la clave está en los conocimientos como capacidad para mejorar la vida de los hombres, no en acumular todo un conjunto de información que viene por la red y que no se sabe para qué sirve. Sin embargo, estamos viendo como para mucha gente ocurre eso que anunciaba en un artículo reciente Jeremy RIFKIN, 24 horas, 7 días a la semana; es decir, que estamos intentando que los ciudadanos y los trabajadores vivan en mejores condiciones, en unas nuevas condiciones más humanas de

trabajo, y estamos obligando, muchas veces, a que la gente esté conectada al ordenador 24 horas los 7 días, sábados y domingos, incluidos. 0 que a través de los móviles, resulta que se puede tener a los ciudadanos, a los trabajadores en un permanente sentido de dependencia que dañe incluso la vida de familia.

La sociedad del conocimiento nos facilita saber más para pensar mejor. Y por eso, también me parece de gran importancia la reflexión de Alejandro LLANO cuando se refiere a que las organizaciones son comunidades de aprendizaje, de investigación. ¿Por qué? Pues porque realmente, si en una organización hay un deseo de mejora, si continuamente se analizan los resultados: ¿por qué, las cosas salen bien?, ¿por qué salen mal?, y ¿qué cambios se deben procurar desde el trabajo en equipo, desde la escucha a los colaboradores?, entonces es más fácil saber lo que se debe hacer en cada momento. No es fácil, pero es un desafío que tienen los directivos. En este sentido, se puede decir que hay ideas que se subrayan permanentemente en los programas de dirección: mentalidad abierta, metodología del entendimiento y sensibilidad social. Trilogía que, en alguna medida, deben tener presente los directivos de las organizaciones modernas.

Las transformaciones tecnológicas están determinando un nuevo tipo de sociedad, que abandona a marchas forzadas su carácter postindustrial, para configurarse, como se ha dicho, como una sociedad del conocimiento y de la información. Ahora bien, insisto, esa sociedad del conocimiento y de la información tiene que ser también una sociedad humana, profundamente humana, en la cual resplandezcan los derechos fundamentales y la dignidad de las personas. Es más, donde resplandezcan, los derechos fundamentales de los que menos tienen y menos condiciones tienen de salir adelante. Y esta nueva sociedad que está emergiendo poco a poco, ofrece muchas potencialidades para mejorar la vida de los ciudadanos desde las vertientes pública y privada. Se habla de la nueva economía, de los nuevos canales comerciales, de la nueva democracia, más directa y más participativa, se habla también de nuevas formas de concebir y ejecutar las políticas públicas. No sé si es demasiado nuevo todo, pero plantea desafíos y retos relevantes, como la privacidad, la confidencialidad, la desigualdad social; retos que hay que atender y a los que hay que dar respuestas satisfactorias teniendo presente que, el pensamiento bipolar e ideologizado, todavía a veces, está presente en nuestra sociedad, como por ejemplo, en materia de libertad y seguridad. Parece que como consecuencia del terrorismo, se están limitando las libertades y se está potenciando, una necesidad, a veces desproporcionada, de seguridad, pues los poderes públicos tienen la gran tarea, tienen el gran reto por delante de, por supuesto proteger y mejorar la seguridad de las personas, pero a la vez, de que se me-

joren las condiciones para el libre desarrollo de los individuos, no vaya a ser que estemos configurando o construyendo una nueva ideología de la seguridad, una nueva ideología que vaya colocando en un segundo plano los derechos y las libertades y en un primer plano, otra vez, la racionalidad técnica, ahora revestida de las “bondades” de la seguridad y el control. Aquí se impone una visión más complementaria, abierta y dinámica.

Las distintas facetas de la sociedad del conocimiento están siendo estudiadas desde todas las perspectivas, ya sea social, política y económica. También se analizan desde un punto de vista administrativo, pues, en alguna medida la sociedad del conocimiento obliga a la Administración Pública a una profunda y continua transformación de sus estructuras y de sus procesos para continuar dando satisfacción a las necesidades sociales.

Como es sabido, en la pasada década, estudios de la OCDE, de la Comisión Europea y de distintos organismos internacionales, pusieron de manifiesto la importancia que las nuevas tecnologías de la información y la comunicación tenían en la mejora de la gestión de las Administraciones Públicas. Esta importancia, en el ámbito de la Unión Europea, ha quedado plasmada en los acuerdos adoptados en el seno de los Consejos Europeos, de Lisboa y de Sta. María de Feira, que determinaron, como es sabida, la aprobación de la iniciativa eEurope 1 2000, una de cuyas líneas estratégicas era la implantación de una Administración Pública electrónica, que estuviera operativo antes del año 2002. Más tarde, el Consejo Europeo de Sevilla, aprobó el programa e-Europe/2005, con la intención de proseguir modernizando la Administración electrónica, especialmente en materia de servicios básicos, como la sanidad o la educación.

Es obvio que las ventajas de las nuevas tecnologías para cualquier organización son evidentes. Solo hay que pensar en las posibilidades que ofrecen al ciudadano para acceder a la información pública, en las posibilidades que tiene la organización de informar con mas transparencia, en la posibilidad de hacer participar al ciudadano en la toma de decisiones o en la definición de sus necesidades.

Finalmente, la simplificación que puede representar para la organización la puesta en común de recursos, evitando tramites e informaciones innecesarias y duplicaciones de tareas es clara; es decir, las ventajas de las nuevas tecnologías son evidentes, sobre todo en la perspectiva de recuperar esa vieja idea del pensamiento democrático de que las instituciones son de la propiedad ciudadana. Así, las nuevas tecnologías deben mejorar el acceso de los ciu-

dadanos a la Administración y la comunicación de los ciudadanos con la Administración.

Sin embargo, tenemos que tener cuidado, porque la condición humana es la que es, y no sería la primera vez que una revolución de esta naturaleza se queda en mitad del camino y prende en ella un cierto pensamiento único.

La Administración Española ha avanzado sustancialmente en la implantación de la e-Administración. Prueba de ello, son las ventanillas únicas que permiten la interconexión de registros, la ventanilla única empresarial que agiliza la creación de empresas, el Portal de las Administraciones Públicas, la Intranet administrativa, la regulación de la ley de firma electrónica, el próximo DNI electrónico, la gestión telemática de determinados tramites administrativos, como las cotizaciones a la Seguridad Social, o la declaración y pago de impuestos, etc.

Sin embargo, hay que reconocer que aun queda camino que recorrer en la implantación de una auténtica Administración electrónica que garantice mayores cotas de eficacia, de eficiencia y de calidad de los servicios, así como más cercanía a la gente, a los ciudadanos.

En este sentido, hay que tener en cuenta que para que la Administración on-line tenga sentido, el desarrollo debe ir en paralelo al propio desarrollo tecnológico de la sociedad. Por ello no solo hay que hacer esfuerzos por implantar la eAdministración, sino que también hay que priorizar la extensión del uso de las nuevas tecnologías en la sociedad, minimizando la brecha social que se puede producir según se use o no la información. Hoy el acceso a Internet es escaso entre la población española a pesar de los esfuerzos económicos que se están realizando por implantar el uso del ordenador a las escuelas, o por hacer más económico el acceso a Internet. Esta realidad, y la adopción de determinadas medidas, como mejorar la seguridad electrónica, garantizar la confidencialidad, son claves para que cobre sentido la Administración en línea. De poco sirve que se pueda prestar el uso del servicio público a través de Internet, si este servicio solo es accesible a un 20% de la población. Pues con ello, seguramente, estemos aumentando la desigualdad, la fractura tecnológica de la sociedad.

El camino que hay que recorrer en la Administración Pública consiste en colaborar en la implantación de la cultura de las nuevas tecnologías, haciéndolo de manera progresiva y en compatibilidad con ese temple humanista que siempre tiene que estar presente en la gestión de los problemas en la Administración.

Precisamente esta reflexión sobre la finalidad, y el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, es básica para mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, auténtica justificación de la propia existencia de la Administración pública.

Todo este conjunto de reflexiones, todo este elenco de consideraciones sobre la sociedad de la información y las nuevas tecnologías, nos lleva a una nueva manera de entender el sentido que tiene trabajar en la Administración Pública. Pues bien, para ir terminando este apartado, hacemos seis recomendaciones, con la ayuda del profesor LLANO, en relación con la sociedad del conocimiento y de la nueva funcionalidad del trabajo en la Administración Pública.

Primera, trabajar es aprender. Dirigir es enseñar. Trabajar es aprender porque el aprendizaje es permanente y no se puede deslindar el trabajo del aprendizaje. Y, en el puesto de trabajo, en el trabajo cotidiano, aprendemos de la convivencia con los demás colaboradores, colegas, por lo que el que dirige no se puede guardar para sí lo que ha aprendido de otros, sino que generosamente tiene que transmitirlo para que los demás puedan ser mejores que uno. Ya sé que esta afirmación es una afirmación polémica, peligrosa, pero cada vez tenemos que superar más las tesis de esa manera controladora de dirigir, que ha estado presente, y todavía lo está en muchas organizaciones, y afirmar la necesidad de dirigir de forma humana y posibilitando que se desarrollen las potencialidades que tienen todas las personas.

En segundo lugar, una organización inteligente es una comunidad de investigación y aprendizaje. Permanentemente tenemos que analizar, buscar las causas de lo que sale bien, de lo que sale mal y tomar decisiones. Y a la hora de los diagnósticos, de los análisis, tenemos que contar con toda la organización, con todas las personas que trabajan, que están involucradas en los objetivos y en los resultados.

En tercer lugar, entender el conocimiento nos lleva a una nueva forma de entender la profesión que tiene mucho que ver con la artesanía, que está vinculada a la elaboración esmerada del producto de trabajo. Tiene que ver con esa minuciosidad, con esa laboriosidad de los artesanos. Y esto lo señalo porque con mucha frecuencia, lo importante es un resultado que hasta se puede manipular o se puede tergiversar. Pues nó, lo importante, además del resultado, y sobre el resultado, es el trabajo, completo y laborioso que se prepara con fines a los resultados.

En cuarto lugar, una organización posee una obvia dimensión ética: transparencia, colaboración. La persona en el centro, en el centro de trabajo, tiene que ser la característica que distinga el trabajo de las nuevas organizaciones de la sociedad del conocimiento. Si la persona es una mercancía de usar y tirar, mal asunto. O si es una fase más del proceso de promoción profesional, mal, muy mal.

En quinto lugar, una organización inteligente, también debe cultivar una profunda cultura corporativa, y si es una organización pública su talante y su estilo está al servicio permanente de los intereses generales. Intereses generales entendidos como la manera de promover y fomentar los derechos fundamentales de las personas.

Y en sexto lugar, en las organizaciones inteligentes, la investigación y la gestión se identifican. ¿Por qué? Porque el aprendizaje no termina nunca, la formación no termina nunca y gestionar es aprender, y gestionar, como decía antes, es investigar.

Según datos del CIS de septiembre de 2001, un 50 % de la población tiene ordenador, pero solo lo utiliza un 34%, y tiene Internet un 24%. En consecuencia, el número de usuarios todavía es escaso.

Nadie puede dudar que hoy en día las nuevas tecnologías, la sociedad de la información o la sociedad del conocimiento constituyen gran apuesta que está pensada para que los ciudadanos puedan vivir en mejores condiciones. En este sentido, no está de más subrayar e insistir que estos instrumentos nuevos que tenemos deben de ir acompañados de una fuerte sensibilidad humana, de una fuerte sensibilidad ética que nos vaya ayudando a que el camino vaya en la mejor dirección y vaya al destino que tiene que ir, porque no se nos oculta que en la globalización, o sea, en la sociedad del conocimiento, tenemos un gran peligro relacionado con la emergencia de un nuevo pensamiento único. Para evitarlo, en este recorrido, en ese gran camino que estamos recorriendo, junto al progreso tecnológico, tiene que haber una dimensión ética sólida y consistente, de manera que los problemas que tenemos que gestionar los sepamos gestionar, colocando a la persona en el centro del nuevo orden político, social y económico.

Los países en desarrollo, como es lógico, tienen muchos problemas. Y, por ello, el sector público debe acompañar la universalidad de las nuevas tecnologías a las necesidades reales de la población. En muchos de estos países, como señala el documento de Naciones Unidas, resulta que el Gobierno debe

”superar los obstáculos del mercado mediante la oferta, para facilitar la mejora de los mercados y responder a la demanda”⁴⁸.

En términos generales, la Administración pública debe participar en el desarrollo de las bases de conocimientos y en la creación de las infraestructuras físicas y normativas de las que depende el progreso tecnológico⁴⁹. Así, tienen un papel muy relevante la formulación y aplicación de políticas, las cuales pueden adoptar formas diversas tales como estrategias nacionales, entropropicios y estrategias y medidas sectoriales. Todo ello, en un contexto de fomento e impulso del sector⁵⁰ asumiendo el Estado su papel irrenunciable de garante de los derechos de la ciudadanía.

En este contexto, la función del sector público es promover y fomentar la formulación y aplicación de políticas que incluyan estrategias y planes de acción globales que hagan posible que las nuevas tecnológicas sean, en efecto, un instrumento real que mejore las condiciones de vida de la gente y apueste por un desarrollo equilibrado. Por ello, Naciones Unidas es partidaria de que el gobierno lidere estas actuaciones “estableciendo prioridades y objetivos sustantivos y coordinando el desarrollo de un marco conceptual amplio basado en un planteamiento de sistemas”⁵¹, facilitando una participación “que reúna a múltiples partes interesadas, y de lugar a una estrategia de conocimientos, innovaciones y tecnologías integradas y centrada en las personas”⁵². Esto es, en mi opinión, la cuestión clave. Que las políticas públicas estén centradas en las personas y se adapten a las condiciones en que se desenvuelven en cada país. Por eso, no es posible establecer políticas cerradas y estáticas con vocación de aplicarse a la entera realidad, sin distinguir países y situaciones sociales.

Es cierto que el sector de las nuevas tecnologías ha sido caracterizado, superando el viejo concepto de servicio público, como actividades de interés general en las que ya no existe la titularidad pública y la forma de intervención pública se circunscribe a ser garante del interés general. En este sentido, es

⁴⁸ Documento, cit., p. 8.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Documento, cit. p. 9.

fundamental un sistema jurídico “que permita que el gobierno y otros agentes clave, como la sociedad civil, el mundo universitario, se beneficien del desarrollo de un marco nacional de conocimientos, innovaciones y tecnologías y contribuyan a él”⁵³. Este sistema debe ser equilibrado, para lo que debe ser “transparente y hacer posible un régimen de derechos de la propiedad intelectual que combinaría incentivos y una mayor protección de los bienes de los países en desarrollo con la utilización y el reconocimiento justos de los intereses de los pobre”⁵⁴.

Es decir, la función de los gobiernos en materia de nuevas tecnologías debe tener muy presente la realidad social para acompasar las políticas públicas a la situación real de los ciudadanos.

El documento de Naciones Unidas señala, también, que la Administración Pública .en su calidad de principal productora y consumidora de información y conocimientos, y teniendo en cuenta su papel en la formulación de políticas y su interés en promover los conocimientos para el desarrollo, puede actuar como transmisora de conocimientos de apoyo de los conocimientos, de innovaciones y las tecnologías”⁵⁵. Ciertamente, la Administración pública, por el volumen de su actividad, tanto cuantitativa como cualitativa, tiene un papel muy relevante en este campo. Así, puede facilitar sus propios conocimientos e información, puede promover la diversidad y el pluralismo de dichos conocimientos y de las fuentes de información, puede promover la capacidad de los agentes del sector público y los agentes no estatales para difundir, utilizar e integrar los conocimientos nuevos y convertir la información en conocimientos que finalmente, puede acercarnos a un verdadero gobierno electrónico.

Son funciones bien importantes que deben siempre, insisto, estar al servicio de la persona. Es más, es posible, al menos teóricamente, que un caduco modelo de Estado intervencionista pueda, en esta materia, utilizar la información y los conocimientos, más que para generar enfoques abiertos, dinámicos, complementarios y plurales, para imponer aunque fuese sutilmente, cualquier versión del pensamiento único.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Documento, ... p. 11.

Por tanto, “las Administraciones Públicas deberán establecer un marco para los conocimientos, las innovaciones y las tecnologías que se ajuste debidamente al contexto, responda a las necesidades locales, y esté vinculado al contexto”⁵⁶. Quiere decirse, pues, que los países en desarrollo, primero deben solucionar sus problemas de pobreza y falta de educación para, después, adentrarse en políticas más sofisticadas.

Por otra parte, la Administración Pública, que es un agente relevante en estas cuestiones, “tendrá que adoptar medidas destinadas a crear un entorno propicio para que las instituciones educativas, la sociedad civil, el sector privado y las comunidades puedan desarrollar y beneficiarse de los conocimientos, las innovaciones y las tecnologías”⁵⁷. La Administración Pública, en el marco de su función promocional, debe facilitar los conocimientos, las innovaciones y las tecnologías y renunciar a acometer estas políticas desde una concepción vertical en la que no se permita más intervención que la del poder público.

IV. CONCLUSIONES DE LA REUNIÓN DEL COMITÉ DE EXPERTOS EN 2002

La reunión del Comité de expertos correspondiente a 2002 se celebró en la sede de Naciones Unidas en Nueva York del 22 al 26 de julio. El Comité seleccionó los campos prioritarios en los que los Estados miembros podrían aumentar su capacidad para aplicar la Declaración del Milenio. A saber:

- a) El sector público debe elaborar una estrategia para contratar y retener una buena proporción de sus mejores funcionarios.
- b) En una economía globalizada y de base gnoseológica, las instituciones del sector público deben convertirse en sólidas organizaciones estratégicas y de aprendizaje.

⁵⁶ Documento, p. 12.

⁵⁷ *Ibidem*.

- c) Las instituciones del sector público deberían aprovechar el poder de las tecnologías de la información y las comunicaciones para apoyar las innovaciones y la buena gestión de los asuntos públicos.
- d) Los gobiernos deberían armonizar su capacidad financiera y administrativa para lograr una movilización y utilización óptimas de los recursos.
- e) Los gobiernos deberían formular y aplicar combinaciones eficaces de políticas y programas de descentralización a fin de promover un desarrollo orientado al ser humano.
- f) La elaboración de datos internacionales corroborados podrá ser útil en la labor de formación de capacidad.

El Comité, dadas las especiales necesidades del continente africano, recomendó que se dedicara especial atención a la prestación de apoyo y asistencia técnica y profesional a estos países. Igualmente, el Comité formuló determinadas recomendaciones al Programa de Naciones Unidas en materia de Administración pública y finanzas públicas en materia de elaboración de instrumentos analíticos y normativos; intercambio de experiencias; coordinación de la asistencia para el desarrollo en la Administración Pública, creación de un entendimiento común y prestación de asistencia técnica al desarrollo de los recursos humanos, fortalecimiento institucional y, finalmente, logro de la suficiencia y conectividad tecnológicas⁵⁸.

El Comité, ya desde el inicio, fue consciente de la importancia de la formación y preparación de los funcionarios para que la gestión pública pueda de verdad satisfacer las necesidades colectivas de la gente. Además, como segundo pilar fundacional, el Comité es partidario de la reforma continua del Gobierno y la Administración Pública en orden a alcanzar los objetivos del desarrollo humano sostenible previstos en la Declaración del milenio.

Junto a la relevancia de la formación y la reforma y el desarrollo humano sostenible, ejes sustanciales del trabajo del Comité, debe subrayarse también que es necesario poner en valor las prácticas y experiencias de reforma para destacar las lecciones extraídas y reducir riesgos. Además, el Comité ha sido

⁵⁸ Ver documento E/2002/84, p. iii.

consciente desde el inicio de que la gestión de los asuntos públicos no es una tarea única y exclusiva de la Administración Pública, sino que, desde una perspectiva abierta, dinámica, plural y complementaria del interés general, la sociedad civil y el sector privado están llamados a trabajar conjuntamente⁵⁹.

Los trabajos del Comité estuvieron presididos, no por resumir los documentos presentados, a los que ya me he referido anteriormente, ni por dar cuenta detallada de los debates celebrados. Más bien, se trató de “extraer los elementos fundamentales de un consenso que pudiera servir de orientación a la labor futura de apoyo a la aplicación de la Declaración del Milenio”.

En este contexto, el Comité decidió que, en lugar de preparar una lista exhaustiva de recomendaciones, indicaría varios campos concretos y altamente selectivos con el fin de fomentar la obtención de verdaderos progresos en un periodo breve. Así, la buena gestión de los asuntos públicos tiene mucho que ver, según el Comité, con formar y mejorar la capacidad de las personas que trabajan en el Gobierno o la Administración Pública porque “mediante su saber, aptitudes y su pericia, las personas ocupan un lugar central en las actividades del Estado ya que son los funcionarios los que dirigen los servicios públicos, los que pueden plantear innovaciones, y, desde luego, quienes puedan iniciar y mantener las reformas administrativas⁶⁰. Lógicamente, la buena gestión de los asuntos públicos “debe tener en cuenta la cultura y las circunstancias de los Estado”⁶¹, ya que no se puede olvidar que la realidad es el solar en el que se van a aplicar las políticas públicas y, por ello, debe tenerse siempre muy en cuenta. De lo contrario, formular y aplicar políticas públicas homogéneas en diversos lugares del planeta no tiene ningún sentido y está condenado al fracaso.

El Comité de Expertos, pues, señaló seis campos esenciales en los que debía centrarse la gestión de los asuntos públicos. A saber:

- 1) Para fomentar la capacidad, el sector público debe contratar y retener una buena proporción de sus mejores funcionarios. En esta estrategia, se debe mejorar en el prestigio de las instituciones del sector público,

⁵⁹ Documento, cit., p. 2.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Documento, cit., p. 3.

en una política de selección y promoción del personal basada en el mérito y la capacidad combinada con una equilibrada y razonable retención inteligente de los mejores funcionarios; y, finalmente, en una remuneración digna unida a unas condiciones de trabajo adecuadas. Sin embargo, como reconocemos los miembros del Comité, queda aún mucho que hacer para: comprender la relación entre estos elementos y determinar buenas prácticas; promover normas éticas y combatir la corrupción; reconocer la diversidad y promover la no exclusividad y la igualdad entre géneros; abordar la cuestión del éxodo intelectual, resultante de la competencia para atraer talentos entre los sectores público y privado y entre los países en desarrollo y desarrollado; y centrar la labor de las instituciones del sector público en aquellas funciones que únicamente puede desempeñar el Estado o puede desempeñar mejor⁶².

Verdaderamente, por muchas medidas que se puedan adoptar de esta naturaleza no se podrá evitar, porque es una consecuencia de la libertad personal, que algunos de los mejores funcionarios salgan al sector privado. En términos generales, y sin que constituya una marcha “masiva”, hasta es positivo que determinados dirigentes públicos puedan ver la realidad desde otros puntos de vista. Es más, cuando vuelvan - si lo hacen - a la Administración Pública, tendrán una mejor preparación para resolver los problemas y hacer una buena gestión pública. Ahora bien, lo que no se puede tolerar, de ninguna manera, es que el acceso a la función pública sea sólo un trampolín para copar los grandes cargos del sector privado. Por tanto, es razonable que se establezca una permanencia mínima en la Administración Pública y es fundamental que los directivos públicos tengan una remuneración acorde con el trabajo realizado y los objetivos alcanzados.

- 2) En atención a los efectos de la globalización y al seguimiento de una economía de base gnoseológica, las instituciones del sector público deben convertirse en organizaciones de aprendizaje, reconocidas como instituciones sólidas y estratégicas.

Las reflexiones efectuadas al tratar de la sociedad del conocimiento me confirman mis comentarios, que deben hacerse extensivos tam-

⁶² Ibidem.

bién a la Administración Pública y, fundamentalmente a las personas que la dirigen. Sin embargo, aunque esta cuestión sea pacífica en su formulación teórica, tengo la impresión de que todavía persiste, ciertamente con menos fuerza que antes, la idea de que quienes han accedido a la función pública en virtud de pruebas selectivas rigurosas, poco o nada deben aprender puesto que ya han demostrado sus conocimientos en su día. Se trata de una consecuencia más de no asumir el papel que tienen los funcionarios en un Estado social y democrático de Derecho, que no es otro que servir con objetividad al interés general y, por ello, no considerarse superior al resto de los mortales.

La conversión de los organismos públicos en instituciones de aprendizaje que se reconozcan como instituciones sólidas y estratégicas es un proceso de transformación que, según ritmos diferentes en función de cada país, conlleva cambios en aspectos como los siguientes:

- * De cada tarea a la marcha de toda la organización
- * De un puesto concreto al cometido y los resultados
- * De la capacitación al aprendizaje para toda la vida
- * De la repetición de las funciones previsibles a la innovación
- * del empleo de por vida a la empleabilidad en condiciones.
- * De un modelo de gestión vertical a equipos y redes horizontales.
- * De una orientación endógena a una exógena respecto de todos los segmentos de la sociedad⁶³.

Este programa, de auténtica reforma administrativa, supone una profunda transformación del personal que trabaja al servicio de la Administración pública en la medida en que deben introducirse en la gestión pública criterios que garanticen, en el marco de la legalidad y del servicio objetivo al interés general, la obtención de resultados en un contexto de permanente modernización del aparato público.

⁶³ Ibidem.

También es importante subrayar que los postulados del pensamiento abierto, dinámico, plural y complementario inciden sobre la teoría y la praxis de la gestión y proponen nuevas formas de dirigir que, en el contexto de lo público, suponen una radical orientación hacia los ciudadanos, hacia las personas.

En este sentido, los nuevos parámetros que deben presidir la nueva gestión pública están vinculadas a un estilo de gestión abierto a la metodología del entendimiento, a la mentalidad abierta y a la sensibilidad social. Por eso, los campos que señala la Declaración del Milenio como la falta de ingresos, el hambre, el acceso al agua y el saneamiento, la salud, la educación, el empleo, la perspectiva de género y el medio ambiente, deben presidir los objetivos sociales de la gestión pública. Como señala el documento de Naciones Unidas, “los Estados miembros alcanzarían mejor los objetivos previstos en estos campos si pudieran recurrir a innovaciones y procesos horizontales, como en el caso de las organizaciones de aprendizaje en el sector público”⁶⁴.

- 3) A fin de formar capacidad para apoyar la gestión de los asuntos públicos, habría que aprovechar el poder de las tecnologías de la información y las comunicaciones para apoyar a las innovaciones. En este sentido, el Comité pidió que se siga trabajando, por la secretaría, “para definir mejor la función del Estado como facilitador y usuario de conocimientos y tecnologías con miras a apoyar y fomentar las innovaciones en toda la Administración Pública y en la sociedad en su conjunto”⁶⁵. Es decir, la Administración Pública también en materia de nuevas tecnologías debe renunciar a ser la configuradora única y abrirse a la colaboración con la sociedad en su dimensión plural. Para ello, el Comité señala que la función del Estado como facilitador incluye:
 - a) Construir la infraestructura de enseñanza del país, con inclusión de sistemas propios de cada sector para los conocimientos, la innovación y la tecnología en campos tales como la salud, la educación y la mitigación de la pobreza.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Documento, cit., p. 4.

- b) Construir conexiones y redes
- c) Instituir un marco legislativo propicio a la innovación, que incentive las inversiones del sector privado y promueva la utilización de las tecnologías de la información y de las comunicaciones”⁶⁶.

El Comité, pues, subraya la función promocional y facilitadora del Estado. Es decir, se quiere dejar bien clara la naturaleza instrumental que tiene la gestión pública como medio orientado a mejorar las condiciones de vida de las personas. Para ello, como seguimos diciendo en este punto, las nuevas tecnologías constituyen una magnífica oportunidad para mejorar las tareas públicas en orden a fomentar la transparencia y la rendición de cuentas; a prestar los servicios con mayor calidad, puntualidad, eficacia y orientadas a los ciudadanos; y a ofrecer conocimientos y tecnología de propiedad pública⁶⁷.

- 4) La formación de capacidad en apoyo de la gestión de los asuntos públicos requiere la armonización de la capacidad financiera y administrativa para lograr una movilización y utilización óptima de los recursos. En la última década del siglo pasado se hizo famosa la expresión “hacer más con menos”. Principio que, sin tener alcance absoluto, ayuda sustancialmente a mejorar los programas del gasto público y, sobre todo, a ser más conscientes de que los funcionarios, al manejar fondos públicos, realizan funciones con recursos de la comunidad, de todos; lo cual exige planteamientos de razonable austeridad que tengan presente, no sólo como único factor la perspectiva hacendística, sino un conjunto de dimensiones que deben ser analizadas equilibradamente. En este sentido, hemos señalado que “la Administración pública puede aumentar más la eficiencia y la eficacia, reducir el costo del Gobierno y liberar recursos para atender a las necesidades superiores de la sociedad”⁶⁸.
- 5) La formación de capacidad implica formulas y combinaciones eficaces de políticas y programas de descentralización y centralización a fin de promover un desarrollo orientado al ser humano.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Ibidem.

En este punto, la afirmación del Comité es bien clara. Lo realmente relevante es que el centro de la gestión pública sea el ser humano. A partir de ahí se formularán los programas y estrategias que estén en condiciones de mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos.

Por lo que se refiere a la descentralización y los objetivos del Milenio, desde el Comité hemos hecho hincapié en la necesidad de: examinar formas apropiadas de descentralización, delegación y devolución, evaluar que capacidades nuevas se precisan en los niveles central, regional y local; forjar alianzas entre organizaciones del sector público entre todos los niveles y entre instituciones de gobierno a nivel central, incluyendo los órganos electorales, las estructuras de apoyo parlamentario y la Administración judicial; establecer un marco jurídico para la participación de organizaciones de la sociedad civil en medidas y programas del sector público y, finalmente, analizar la subsidiaridad y los recursos⁶⁹.

De todas formas, la tarea es urgente y queda aún mucho por hacer para que la descentralización realmente mejore las condiciones sociales de la gente y especialmente reduzca la pobreza. También es menester seguir fomentando la neutralidad y profesionalidad de la Administración electoral y parlamentaria. Igualmente, la emergencia hoy de los espacios locales, nos sugiere que se debe aumentar su capacidad financiera y administrativa. El pensamiento complementario, por su parte, invita a fortalecer la cooperación y colaboración entre los diversos entes territoriales para caminar por escenarios de equilibrio. Es fundamental, en sede de descentralización y centralización, saber que funciones se prestan mejor en un régimen o en otro. Y, finalmente, queda mucho por hacer en la hermosa tarea de abrir el interés general a la realidad de lo vital y dar entrada de verdad a la sociedad en la determinación, ejecución y seguimiento de lo público.

- 6) Los datos internacionales corroborados pueden ser útiles en la labor de formación de capacidad del Estado. En este sentido, el Comité consideró que la labor de la Secretaría sobre los datos básicos del sector público en el mundo es relevante. Es más, a título personal pienso que puede ser un instrumento magnífico para la toma de decisiones a partir de la comparación de los parámetros más importantes que caracterizan al propio sector público.

⁶⁹ Documento, cit., p. 5.

Como la Declaración de Milenio dedica un apartado especial a África, el Comité subrayó la necesidad de fortalecer la legitimidad de las instituciones públicas, para la cual, en ocasiones, podría ser pertinente construir nuevas instituciones en lugar de mejorar las existentes. También se debería realizar un estudio de la articulación entre los Estados y las Administraciones Públicas en los planos de la comunidad y la sociedad. Y, lógicamente, el Comité propuso que se tenga bien presente la mentalidad de organización en África.

En lo que respecta al Programa de las Naciones Unidas en materia de Administración y finanzas públicas, el Comité respaldó el proyecto del programa de trabajo e insistió en las actividades de promoción; en la elaboración de instrumentos analíticos y normativos; en el intercambio de experiencias; en la coordinación de la asistencia para el desarrollo de la Administración Pública; en establecer un entendimiento común y proporcionar asistencia técnica para la formación de funcionarios y, finalmente, en crear instituciones y lograr la suficiencia y conectividad tecnológicas. Desde el Comité, se propuso, hoy realidad, que el 23 de junio sea el día de la Administración pública de Naciones Unidas a fin de que coincidiera con el día de la Administración Pública de África.

V. NUEVAS TENDENCIAS DEL DESARROLLO DEL GOBIERNO ELECTRÓNICO

El segundo encuentro del Comité de expertos en Administración Pública de Naciones Unidas se celebró en New York, en la sede central, del 7 al 11 de abril de 2003. Como en la reunión de 2002, la secretaria repartió con antelación entre los miembros del Comité cuatro documentos referidos a distintos aspectos sobre la ampliación de la capacidad de la Administración pública para cumplir los objetivos del milenio: situación y tendencias del desarrollo del gobierno electrónico, estrategias para una dotación de personal de alto nivel en el sector público y, finalmente, incorporación de las estrategias de reducción de la pobreza en los objetivos de desarrollo del milenio: el papel de la Administración Pública.

El documento sobre la situación y tendencias del desarrollo del gobierno electrónico parte, como es lógico, del informe que se presentó a la primera reunión del Comité de Expertos en 2002 bajo la rúbrica de “Capacidad del sector público para apoyar la creación y la aplicación de los conocimientos, las

innovaciones y las tecnologías en el desarrollo” (EIC 16/2002/5). Además, el documento que ahora glosaremos con brevedad, tiene su antecedente necesario en el estudio mundial sobre el gobierno electrónico “Benchmarking e-government: a global perspective” publicado por el Departamento de Asuntos Económicos y sociales, División de Economía Pública y Administración Pública de Naciones Unidas en 2002.

Hoy se habla mucho, y quizás se escribe más, sobre gobierno electrónico bajo el extraordinario reclamo de democratizar el gobierno y fomentar una participación sin precedentes, amén de constituir un impulso obvio a la eficiencia y eficacia de la actuación de la Administración Pública desde todos los puntos de vista. Sin embargo, la realidad, guste o no, es que aún queda mucho, mucho por hacer para disponer de una auténtica democracia deliberativa. Ahora bien, en términos generales, el gobierno electrónico tiene gran interés para las Naciones Unidas porque es condición previa del buen gobierno y, por consiguiente, constituye uno de los requisitos necesarios para construir el mundo pacífico, próspero y justo previsto en la Declaración del Milenio.

El Gobierno electrónico debe enmarcarse en el marco del desarrollo humano a través de la buena gestión de los asuntos públicos de cada país, por utilizar los términos de la Declaración del Milenio. Por eso, como también se señala en esta trascendental Declaración, los Estados miembros no deben escatimar esfuerzo alguno para promover la democracia y fortalecer el imperio del Derecho y el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales intencionalmente reconocidos, incluido el derecho al desarrollo, a aumentar la capacidad de aplicar los principios y las prácticas de la democracia, a trabajar aunadamente para lograr procesos políticos más igualitarios en que puedan participar realmente todos los ciudadanos y a impulsar el derecho a la información. La Declaración del Milenio pues, señala el contexto en el que aplicar el gobierno electrónico: una gestión democrática y participativa que permite la potenciación de los ciudadanos y sirve como medio de promover el desarrollo humano⁷⁰ o, en otros términos, es menester situar las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones “al servicio de una gestión centrada en personas, un vehículo para hacer que todos se acerquen a la visión de las Naciones Unidas de paz, prosperidad y justicia para todo”⁷¹.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Ibidem.

En este marco, la División de Economía Pública y Administración Pública de Naciones Unidas, consciente del desarrollo experimentado por el gobierno electrónico y su aplicación al aparato público realizó, en colaboración con la America Society for Public Administration, un estudio sobre el particular dado a conocer en mayo de 2002. En dicho informe, realizado a partir de diferentes elementos estadísticos relacionados con la infraestructura de telecomunicaciones, con el capital humano, con el acceso a la información y la proporción entre población urbana y rural, se constató que los gobiernos desempeñan la doble función de posibilitadores y usuarios de las nuevas tecnologías aplicadas a la Administración Pública, tratando de mejorar “las prácticas administrativas internas, proporcionar información y servicios y establecer contacto con los ciudadanos en el proceso de gobernación”⁷².

En el índice de países, Estados Unidos se encuentra en la cabeza y España ocupa la décimosexta posición entre 169 países analizados. El estudio pone de manifiesto también que, poco a poco, aumenta la experiencia en el desarrollo del gobierno electrónico y que los principales obstáculos se cifran en la debilidad de las instituciones, la escasez de competencias, la “cultura” de resistencia al cambio, la escasez de infraestructuras tecnológicas y una mermada capacidad financiera⁷³.

El documento de la División de Economía Pública y Administración Pública de Naciones Unidas termina con una reflexión que me parece muy atinada y que debe ser objeto de reflexión por todos los países: existe un profundo abismo entre las promesas contenidas en la mayoría de los documentos estratégicos y la realidad del desarrollo del gobierno electrónico. Este es un mal propio del tiempo en que vivimos y consiste, en pocas palabras, en pensar que los sesudos y documentados estudios sobre estas materias responden a la realidad por el sólo hecho de que los redactan grandes consultoras a precio de oro. Luego, los políticos, muchos políticos exigen la puesta en marcha de las indicaciones en estos contenidos. Y, cuando pasa el tiempo, caen en la cuenta de la realidad.

Pues bien, me parece que en este contexto encaja muy bien la Declaración del Milenio al aspirar a una sociedad ideal de paz, de prosperidad y de

⁷² Ibidem.

⁷³ Ibidem.

justicia para todos, en la que el gobierno democrático y participativo es un buen camino para alcanzarla⁷⁴. Si, es un buen camino, un buen instrumento, un buen medio porque no se puede, ni se debe, olvidar que los auténticos constructores de esa nueva sociedad serán las personas, los ciudadanos. De ahí que cobre especial relevancia el carácter instrumental del gobierno electrónico en esta tarea. Si se convierte en fin, entonces podemos prepararnos para lo peor.

Además, en esta materia, debe distinguirse la doble configuración que presenten los ciudadanos. Por una parte, como receptor de servicios públicos y, por otra, como colectivo que puede controlar al gobierno y que puede participar en la toma de decisiones.

El gobierno electrónico se encuentra hoy en una encrucijada porque, queramos o no, el mundo de hoy es diferente al de ayer y será también bien distinto del de mañana. Hoy, en mi opinión, los postulados del pensamiento abierto, dinámico, plural y complementario han echado por tierra aquellas dogmáticas profecías de las ideologías cerradas que pretendieron durante largo tiempo aplicar totalitariamente ciertas teorías a la realidad, con los resultados bien conocidos de dominio de la tecnoestructura, produciéndose el imperio de una perspectiva elitista y excluyente de especialistas que manejan a su antojo el interés general y sus herramientas.

Consciente de las dificultades que acechan también al gobierno electrónico, el informe señala seis valores de referencias para que todos, incluidos los gobiernos democráticos, puedan tomar decisiones: libertad, igualdad, solidaridad, tolerancia, respeto a la naturaleza y responsabilidad común⁷⁵. Este es, pues, el contexto de la Declaración del Milenio en el que debe operar el gobierno electrónico. Si potencia estos valores, bienvenido. Si, por el contrario, los cercana, no estará cumpliendo su función, y habrá que tomar las decisiones que procedan.

Los objetivos de la Declaración del Milenio van en la línea de la búsqueda del desarrollo humano. En este punto, se cita a Amartya SEN que, como es sabido, ha enseñado que la expansión de la libertad es la finalidad principal y el medio fundamental del desarrollo y que, por ello, el desarrollo mismo con-

⁷⁴ Documento, cit., p. 8.

⁷⁵ Documento cit., p. 9.

siste en la superación de la falta de libertad que impiden la realización de los seres humanos. Esta aproximación a la gestión pública que posibilita las capacidades y oportunidades de las personas me parece capital y plenamente coherente con la Declaración del Milenio.

En el mismo sentido, la sociedad del conocimiento será tal si efectivamente esos conocimientos son un medio para liberar la creatividad humana y comprometerse precisamente en los valores que sustentan la democracia y la búsqueda de una vida social, económica y política enmarcada en los objetivos del Milenio.

La transparencia y responsabilidad deben caracterizar a los gobiernos por lo que el gobierno electrónico debe reforzar la posición del Estado de garante del espacio público, un espacio que se amplía constantemente y que debería regirse por un conjunto de leyes que requerirían que todos los agentes públicos, personas privadas que realizan tareas públicas, e instituciones públicas así como las empresas privadas que participan en la prestación de servicios públicos, se comporten de una manera determinada, orientada al servicio objetivo al interés general⁷⁶.

Ciertamente, cuando del gobierno electrónico está bien planteado y bien fundamentado, se producen economías en los gastos de personal y aumenta la calidad de los servicios. Incluso en materia social, el gobierno electrónico puede ayudar a mejorar la gestión del mercado laboral y corregir las diferencias geográficas en cuanto a la prestación de servicios públicos⁷⁷. Puede reducir el tiempo de la tramitación de autorizaciones para crear pequeñas empresas, puede ayudar a establecer plataformas para el comercio electrónico, etc.

Bien orientado, el gobierno electrónico proporciona desarrollo humano y social por una parte y, por otra, crecimiento económico. Como en el caso del mercado “simpliciter”, el llamado mercado electrónico es una realidad que, si campa a sus anchas sin ningún tipo de control, ocasiona graves quebrantos a la democracia y a los ciudadanos. Por eso, las experiencias deliberativas y los recursos deliberativos deben potenciarse. Para ello, el gobierno electrónico es un medio formidable siempre que el conocimiento que se transmite sea veraz y fácil de comprender y siempre que se permita efectivamente a

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Documento cit., p. 10.

los ciudadanos que establezcan redes con los gobiernos en orden a introducir prácticas de gobierno de naturaleza deliberativa⁷⁸.

El gobierno electrónico, además, podría ayudar a equilibrar algunos excesos que se observan a nivel mundial en la configuración del espacio público en el que, con frecuencia, hay una relativa exclusión de mayorías silenciosas en cuestiones “políticamente incorrectas” y en el que no pocas veces existe un suministro de conocimientos y de información fuertemente mercantilizados.

Fomentando la transparencia se puede mejorar, además, el conocimiento de la actividad pública y se puede conseguir que cunda el hábito de la rendición de cuentas, tan saludable en las democracias⁷⁹.

Por otra parte, el documento señala que la evolución tecnológica puede crear en muchas partes del mundo oportunidades para la creación limitada de redes que superan las desigualdades sociales que pueden constituir una nueva y muy amplia clara política integrada por individuos conectados en red que son libres para eludir a los gobiernos con poca legitimidad o escasa capacidad para integrar las necesidades, demandas y propuestas de la sociedad y darles una solución adecuadas⁸⁰. Puede parecer política ficción pero, insisto, bien planteada, empleándola en el bien social general, es un medio eficaz para luchar contra las dictaduras o los gobiernos represores.

Obviamente, en esta cuestión reaparece el debate entre democracia representativa y directa. Debate que debe plantearse, en mi opinión, en términos de complementariedad y que, por supuesto, traerá consigo, espero, una mejora de calidad de la democracia representativa. Por ejemplo, a través de estas fórmulas de democracia directa se puede combatir el dominio de la burocracia, de los expertos o de la tecnoestructura y, sobre todo, se puede contribuir a que, en efecto, la persona ocupe el lugar central del proceso político.

Otro efecto positivo, señala el informe que ahora glosamos, del gobierno electrónico reside en hacer posible que los Gobiernos no sean protectores de

⁷⁸ Documento, cit., p. 12.

⁷⁹ Vid. Documento, cit., p. 13.

⁸⁰ Ibidem.

las libertades humanas sino, sobre todo, garantes de la intimidad de las personas⁸¹.

En definitiva, si el gobierno electrónico se utiliza para revitalizar y fortalecer los recursos deliberatorios de los ciudadanos, para ampliar y liberar la esfera pública y aumentar la transparencia en toda la sociedad, pueden llegar a ser una fuerza dinámica importante y positiva en todas las actividades de configuración del mundo orientadas a lograr el desarrollo humano⁸². La educación debe ir paralela a esta especial sensibilidad porque un pueblo sin capacidad crítica, adormilado por los constantes y continuos reclamos de un poder que tiene miedo a la vitalidad de lo real y se atrinchera en la técnica y su control sutil, es un pueblo a merced de estos nuevos tiranos.

El documento de Naciones Unidas termina con un elenco de criterios para que el gobierno electrónico profundice en la democracia en todo el mundo. Es muy relevante el uso de índices cualitativos a la hora de la medición y comparación del desarrollo del gobierno electrónico lo que, supone una mejora de las condiciones de vida de las personas y fomenta claramente la democracia deliberativa.

VI.- ESTRATEGIAS PARA DOTAR AL SECTOR PÚBLICO DE FUNCIONARIOS COMPETENTES

Cada vez está más clara la relación directa que existe entre capacidad, competencia, formación y adecuada preparación de los funcionarios y la consecución de los fines de interés general a que debe servir con objetividad la Administración Pública. Sin embargo, como se señala en el Documento que se presentó en la reunión del Comité de Expertos de 2003 “Estrategias para dotar al sector público de funcionarios competentes”, asistimos en algunos casos a una crisis y erosión de la capacidad profesional de los servidores públicos que ha supuesto una significativa pérdida del orgullo de trabajar al servicio de la comunidad, lo que ha afectado a la credibilidad y prestigio de las propias instituciones públicas⁸³.

⁸¹ Documento, cit., p. 14.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Documento. Resumen.

Si se pretende, pues, mejorar la eficacia y eficiencia de la Administración Pública en un contexto de servicio objetivo y permanente a los intereses públicos, es necesario disponer de cualificados y competentes profesionales que, además, comprendan que hoy las funciones del aparato público están muy vinculadas a la promoción del desarrollo económico, a la definición y ejecución de políticas públicas en un contexto global, a facilitar una mayor y más libre participación y a manifestar una habitual actitud de rendición de cuentas.

El Documento de referencia alude también a las competencias básicas que se necesitan, sobre todo, en los países en desarrollo: “directivos dedicados y rectos, analistas capaces de adoptar políticas bien fundadas, administradores profesionales y sujetos a rendición de cuentas y, al final, servicios accesibles y que respondan a las necesidades colectivas de los ciudadanos⁸⁴.”

En este contexto, trabajar en esta dirección es una estrategia que, a largo plazo, dará los frutos deseados.

Como es sabido, entre los seis puntos en los que insistimos en nuestra reunión de 2002, como primer campo de recomendación se señaló que “el sector público debe elaborar una estrategia para contratar y retener una buena proporción de sus mejores funcionarios”. La razón es bien clara y avalada por la experiencia. La consecución de los objetivos del Milenio, especialmente la necesidad de satisfacer las necesidades básicas de los más pobres para lograr un desarrollo humano sostenible, así como la obtención de la paz, la seguridad, el desarme, la eliminación de la pobreza... dependen en muy buena medida de la existencia de un sector público preparado y capaz que, a su vez, es directamente proporcional, insisto, al fortalecimiento y revitalización de la buena gestión pública a partir de profesionales de la Administración Pública competentes y bien preparados. Es más, “los conocimientos generales y especializados, las redes y las actitudes del personal del sector público están en la raíz misma del desempeño de los Estados, porque es gracias a la gente y por su intermedio como se planifican y prestan los servicios, se conciben y ejecutan las innovaciones de importancia crítica, y se llevan a cabo las reformas necesarias⁸⁵.”

⁸⁴ Documento. Resumen.

⁸⁵ Documento, cit., p. 3.

Las instituciones públicas, al fin y al cabo, están representadas por personas que se encuentran en una relación orgánica con ella, y que son, a la postre, quienes reflejan la orientación del propio aparato público hacia los objetivos a alcanzar y hacia la sensibilidad ciudadana. Para ello, funcionarios bien preparados, conscientes de los objetivos de la organización y sensibles ante las necesidades colectivas de la gente, constituye, para mí, la principal inversión para alcanzar los objetivos de la Declaración del Milenio.

En esta importante cuestión, el Documento analiza varias cuestiones básicas: el problema de la crisis de la capacidad humana en el sector público, las condiciones de mercado laboral que afectan a la dotación de personal en el sector público, la proporción de los mejores funcionarios para un Estado en evolución y, cuáles son las competencias básicas para trabajar al servicio del sector público. Además, es menester conocer cuales serían los factores ambientales vinculados a un aumento del rendimiento en la Administración pública y finalmente, cuál sería el papel de Naciones Unidas en orden a facilitar la necesaria creación de capacidad.

Es verdad que a finales del siglo pasado, bien cercano por cierto, se hizo un encomiable esfuerzo, sobre todo en los países desarrolladas, por mejorar la formación y preparación de los funcionarios, sabedores de la importancia que tiene esta cuestión en orden al cumplimiento de los objetivos del interés general a que debe servir objetivamente la Administración pública. Sin embargo, como hemos hecho notar, también se está produciendo una crisis, una erosión en la capacidad profesional y técnica de los funcionarios que ha adoptado formas diversas según los países: reducción numérica del personal del sector público, éxodo intelectual al sector privado y a los países económicamente avanzados, bandazos en lo que se refiere a las funciones básicas del Estado y consecuente desconcierto de los funcionarios, retribuciones indignas, inexistente barrera profesional, selección sin atender al minuto y la capacidad, falta de adecuación de la conducta a la ética, pérdida del orgullo de servir a la comunidad o superioridad del sector privado sobre el público⁸⁶.

Estas manifestaciones de la crisis de la que tratamos ahora afectan sobremanera a los países en desarrollo y han llevado a la falsa creencia de que, en perspectiva magnífica, el sector público es el malo de la película y el sector privado el bueno. El planteamiento está viciado en origen puesto que ambos,

⁸⁶ Documento, cit., p. 4.

sector privado y público, deben entenderse, no desde la oposición o confrontación, sino desde y la complementariedad.

En este contexto, hay que tener presente que la globalización ha llevado a muchos países en desarrollo a reducir drásticamente el sector público, a que realicen ajustes estructurales debido a las deudas nacionales, a importar mecánicamente la gestión privada en la Administración pública o a la decadencia de las estructuras nacionales de gobernanza en países de economías estancadas⁸⁷.

Las reformas que se han producido en atención a estos factores han dado lugar a resultados en sí, ni buenos ni malos, pero que aplicados sobre países en desarrollo han sido polémicas, y a veces perjudiciales, reducciones de bienes y servicios públicos, desregulación en muchos sectores económicos, privatización de muchas empresas estatales, comercialización de muchos servicios públicos, simplificación de procedimientos administrativos y, en muchos casos, reducción del personal del sector público⁸⁸.

Estas reformas, desde el punto de vista conceptual, puede decirse que han contribuido, en algunos casos, a un entendimiento más moderno y adecuado a la realidad del sector público. Ya no se piensa que el Estado sea el único y exclusivo proveedor de servicios públicos, crece la sensibilidad ante las demandas ciudadanas, se puede hacer más con menos, se producen los hábitos de rendición de cuentas y de transparencia o se aplican razonable las técnicas de la gestión privada a la gestión pública como la planificación estratégica⁸⁹. Por otra parte, también aparece el lado oscuro de las reformas que, especialmente ha castigado a los países en desarrollo: creencia de que el mercado es el único y exclusivo mecanismo de asignación eficiente de recursos, liberalización y relajación de los controles clásicos de la Administración, creciente politización y crisis de la profesionalización en el aparato público y peligrosa desmotivación de los funcionarios ante la escasa retribución.

En fin, los efectos perversos de las reformas, que se producen cuando se plantean mal y parten de la adoración del dios "mercado", han traído consigo

⁸⁷ Documento, cit., p. 5.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Documento, cit., p. 6.

una inquietante pérdida de orgullo por trabajar al servicio del interés general, la consiguiente erosión del prestigio de las instituciones públicas, y, finalmente, la nula atracción del servicio público para las personas que tienden a buscar el éxito en el mundo privado. La consecuencia para el tema que nos ocupa es obvia: así las cosas, no es posible, al menos en los países en desarrollo, que el sector público atraiga y retenga a una buena proporción del personal más competente.

Ciertamente, que las cosas ocurran de esta manera tiene que ver con la profunda crisis moral de una sociedad que sólo valora el dinero, la fama y el poder y, consecuentemente, rechaza el servicio a lo público por entender que es un trabajo poco rentable y de escaso brillo. En este punto pienso que la Administración puede jugar un papel muy importante en lo atinente a la humanización de la realidad y en lo referente a la sensibilidad social. Es más, me atrevería a afirmar que, desde este punto de vista, lo público - lo general - es superior moralmente a lo individual o particular y que, por ello, es probable que contribuyan más al progreso social de un país quienes están directamente vinculados con la configuración abierta, dinámica y plural de los intereses generales.

El Documento analiza también los factores del mercado laboral tales como la democracia, la migración internacional y los riesgos para la salud que influyen en la oferta y la demanda de trabajo en un país⁹⁰. En este sentido, mientras los países desarrollados disponen de pirámides poblacionales altas y el problema que tienen en esta materia es que los directivos públicos se jubilan pronto y pasan al sector privado o, sencillamente, después de unos años deciden probar suerte en la empresa privada, en los países en desarrollo, sobre todo en África, las poblaciones son más jóvenes y es muy difícil encontrar directivos públicos experimentados y de prestigio. Igualmente, sobre todo en África, las poblaciones son muy jóvenes y es muy difícil encontrar directivos públicos experimentados y de prestigio. Además, en Africa el SIDA ha hecho estragos en la población, incidiendo también en las capas superiores de la función pública.

La globalización, también en este campo, ha traído algunos perjuicios para los países en desarrollo pues los profesionales de ciertas materias (nuevas tecnologías, gestión, ingeniería ...) son presas del éxodo intelectual pues dis-

⁹⁰ Documento, cit., p. 7.

pondrán de sueldos más altos, mejores oportunidades de carrera y mejores condiciones de vida⁹¹.

Por tanto, el éxodo intelectual puede hacer quebrar, o retrasar notablemente, la obtención de los resultados expuestos en la Declaración del Milenio.

Como se señala en el Documento, “existen muchas razones por las cuales el sector público necesita una buena proporción de los mejores funcionarios”⁹² para que éste pueda responder con eficacia, eficiencia y sentido de servicio a los intereses generales.

El Estado proporciona orientación en la tarea de definir un marco de gobierno global. Es decir, el Estado hoy es el garante de los derechos de la ciudadana, sin que ello implique la condena al sector privado. No, cada uno - sector público y privado - tiene su papel que debe entenderse complementariamente. La función básica del Estado de la regulación legal y administrativa debe atender, insisto, a garantizar la vida, la libertad y los bienes de los ciudadanos⁹³, tarea que, en los países de desarrollo, por déficit de capacidad profesional, se confía a expertos extranjeros que, en ocasiones, trasladan experiencias que no se pueden aplicar por desconocimiento de la realidad. Por ello, “a fin de que las reformas locales se identifiquen como propias, los países tienen que desarrollar capacidad intelectual para diseñar sus propias reformas a un ritmo compatible con su entorno cultural, político, económico y social⁹⁴. Lógicamente, sin personal formado y competente, se seguirá “entregando” la reforma a futuros colonizadores. También en este aspecto, es esencial la ayuda a los países en desarrollo para la formación de sus directivos, para que sean ellos quienes conduzcan los procesos de reforma y modernización.

Al existir una fuerte correlación entre un poder público eficaz y la competitividad económica de un país, es fundamental disponer de profesionales destacados y muy competentes que comprendan el valor que tienen las políti-

⁹¹ Documento, cit., p. 8.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ Documento, cit., p. 9.

cas macroeconómicas y fiscales y la función reguladora del Estado en orden al crecimiento económico⁹⁵. Por otra parte, la globalización, hoy por hoy, no ha producido los beneficios esperados en muchos países del hemisferio Norte y del hemisferio Sur, por lo que en estos países la formulación de políticas públicas es una actividad compleja que requiere de funcionarios capaces y competentes.

También se requiere personal bien preparado y con una clara conciencia de la importancia de que el interés general ya no se maneja hoy desde la verticalidad o la unilateralidad, puesto que cada vez con mayor frecuencia en todos los países es menester propiciar marcos y entornos de participación para que el interés general se exprese de forma más plural y manifieste la diversidad de lo real. En el mismo sentido, la rendición de cuentas demanda una gestión eficiente de los recursos limitados del sector público, exige prudencia, obtención de resultados y compatibilidad con la democracia⁹⁶, características, todas ellas, de sistemas públicos con “presencia de funcionarios altamente competentes y respetados, que consultan y responden de sus actos y contribuyen considerablemente a restablecer la confianza en las instituciones públicas⁹⁷.

Otro factor que reclama una buena proporción de los mejores funcionarios se refiere a que, en los países en desarrollo especialmente, el Estado puede ser un empleador modelo dando ejemplo de las prácticas más idóneas que puedan seguir los demás. En estos países, al ser el Estado el mayor empleador, lo que haga, que depende de que existan buenos funcionarios, tendrá un efecto de largo alcance en lo que hagan otros sectores⁹⁸.

El documento también aborda qué debe entenderse por el conjunto de aspectos integrados en la expresión funcionarios “más competentes”⁹⁹, cuestión que se debe poner en relación con el nuevo papel del Estado y, por supuesto, con la situación especial de cada país. Si atendemos de manera casi ex-

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ Documento, cit., p. 10.

⁹⁸ Documento, cit. p. 11.

clusiva a los países en desarrollo, el Documento sintetiza estas competencias básicas en las siguientes:

- * Directivos públicos dedicados y rectos, en todas las órdenes del sector público que sepan hacer frente a la complejidad de la globalización, que tengan sensibilidad social, mentalidad abierta, metodología del entendimiento y un fuerte y sólido compromiso ético.
- * Análisis y formulación de políticas como resultado de un proceso de reunión de información y consulta que tengan a la cabeza personas de espíritu creador, sentido crítico, promotores de participación y con capacidad de integración de diferentes puntos de vista.
- * Directivos y administradores públicos que respondan de sus actos en todos los aspectos de la gestión y administración pública (personal, gestión financiera, información...) como consecuencia de un compromiso ético sólido que apueste por la probidad, transparencia, eficacia, economía y eficiencia.
- * Accesibilidad y sensibilidad de los servicios públicos sociales, tales como la sanidad, la educación o la justicia que ayudan a mejorar la imagen delestado por los ciudadanos. En estos servicios, como dice el documento, la profesionalidad e integridad de los funcionarios es capital pues puede evitar que muchos fondos para programas y proyectos en esta dirección no sean malversados o desviados a interés particular.

Ciertamente, para que se pueda atraer y retener en el sector público a buenos profesionales se debe cuidar y cultivar el contexto de su labor profesional. Es decir, el mejoramiento de la capacidad humana en el sector público también exige instituciones públicas sólidas y una buena gobemanza¹⁰⁰. Para ello es preciso fortalecer las instituciones públicas en el marco de valores y normas de Administración Pública claramente articulados¹⁰¹ a través de prácticas administrativas y de gestión simples y pragmáticas para que los funcionarios del sector público puedan realizar los trabajos de la manera más eficaz y eficiente posible¹⁰². Las instituciones públicas, por otra parte, deben estable-

⁹⁹ Ibidem.

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ Documento, cit., p. 13.

¹⁰² Documento, cit., p. 14.

cer cadenas de mando claras y estructuras internas de rendición de cuentas. Lógicamente, es imprescindible un Poder judicial independiente y un sistema de gobierno que presente una división aceptable de poderes en un marco de participación ciudadana. Por todo ello, como dice el Documento, es difícil convencer al mejor nadador para que se zambulla en una piscina sucia.

La conclusión del Documento es claro: el fortalecimiento de la capacidad, competencia y preparación de los funcionarios, una vez situado el marco general de referencia, requiere de un análisis país por país, realidad por realidad. El marco general vendría definido por el restablecimiento del orgullo de trabajar en la función pública, por el fortalecimiento del entramado institucional en el que los servidores públicos realizan su tarea, por la contratación de los mejores graduados de las Facultades de Administración pública, y por retribuciones dignas. También se debe tener presente el elenco de aspectos que configura una política profesional, como pueden ser: planificación, definición de competencias, selección, contratación, desarrollo, formación, gestión de cartera, evaluación de rendimientos, disciplina, remuneración¹⁰³. Aspectos que deben estar en perfecto equilibrio porque configuran el sistema de la función pública, tan importante para la selección y retención de buenos profesionales en la Administración pública.

En este marco del sistema de la función pública, sin perjuicio de las necesidades propias de cada país, el Documento que estamos glosando, se refiere a ciertos componentes básicos que son comunes a todos los países. En primer lugar, se deben disponer de estrategias y planes de desarrollo del personal a largo plazo, basados en datos de referencia precisos y proyecciones claras de las necesidades de sucesión de los cargos que permitan tener presente las categorías de las tareas, realizar y establecer un sistema de carrera a largo plazo¹⁰⁴. En segundo lugar, se debe apostar sin titubeos por la profesionalización de la Administración y evitar el “spoils - system” y la consiguiente politización de la Administración pública, tan fuerte en los países en desarrollo y que tanto ha perjudicado a las políticas públicas de estos países. Selección a partir del mérito y capacidad, estabilidad dinámica y ascenso en función de la evaluación objetiva de resultados. En tercer lugar, retribuciones dignas en la medida que los funcionarios deben tener el reconocimiento social que merecen,

¹⁰³ Documento “incorporación de las estrategias de lucha contra la pobreza en los objetivos de desarrollo del Milenio: el papel de la Administración pública” informe de la Secretaria. E/C.16/2003/1 p. 1.

¹⁰⁴ Documento, cit., p. 14.

sin pretender, prerrogativas o posiciones autoritarias. Y, en cuarto lugar, creación de una cultura de aprendizaje permanente puesto que los conocimientos necesarios para realizar con competencia la tarea, también en la Administración pública evolucionan constantemente¹⁰⁵. Esto requiere del fomento de la actualización de los conocimientos generales y especiales, y una apuesta sin paliativos por la formación permanente que permita el establecimiento de Centros educativos “ad hoc” con enfoques docentes teóricos, prácticos y participativos que fomenten la mentalidad abierta, la metodología del entendimiento y la sensibilidad social. Y, en cuarto lugar, hay que atender, sobre todo en los países en desarrollo, por seleccionar el personal más idóneos de los colectivos infrarrepresentados, como mujeres, discapacitados y minorías a través de un sistema de igualdad de oportunidades y de trabajar con sistemas de gestión de la diversidad, también en la Administración Pública.

Para terminar, el Comité de Expertos, en relación con el Programa de Naciones Unidas en este punto, lo considera adecuado y necesario.

(Continuará)

¹⁰⁵ *Ibidem*.

Un nuevo modelo para la valoración de las inversiones de las Administraciones Públicas

Andrés Navarro Galera

Profesor Titular de la Universidad de Granada

I. RESUMEN

Recientemente, tanto la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, como la Directiva 2001/65/CE y los últimos pronunciamientos emitidos por organismos internacionales, han introducido interesantes novedades en materia de modelos de valoración de inversiones.

Sin embargo, pese a que los métodos de valoración de activos entrañan gran relevancia para los interesados en la gestión y en las finanzas de las Administraciones Públicas de nuestro país, las normas españolas sobre valoración de inversiones públicas, a fecha de hoy, todavía no han incorporado estos nuevos criterios de valoración.

Sobre esa base, este trabajo pretende formular una propuesta que resulte útil para adaptar la vigente normativa sobre valoración de activos de las Administraciones Públicas españolas a los más modernos criterios y métodos que vienen proponiéndose a nivel internacional, para lo que partimos del estudio conceptual de la tipología de bienes públicos así como de la relevancia de los posibles modelos de valoración aplicables a los mismos.

II. INTRODUCCIÓN

En los últimos años estamos asistiendo a un proceso de modernización de los métodos de valoración de inversiones, el cual, en aras de la armonización con las normas internacionales y de la adecuación a las demandas de información de los gestores de empresas y otras entidades, está introduciendo modelos de valoración diferentes de los que las Administraciones Públicas españolas vienen utilizando tradicionalmente.

Prueba de ello son las interesantes novedades que, en materia de criterios de valoración de inversiones, han incorporado, en el plano internacional la Directiva 2001/65/CE, de octubre de 2001 y las IPSAS -normas internacionales de contabilidad pública-, aprobadas en diciembre de 2001 y, a nivel nacional, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Al igual que está ocurriendo en otros países, en el marco de la Administración Pública de España, la aplicación de los nuevos modelos de valoración podría tener una notable trascendencia para la toma de decisiones de los responsables técnicos de la gestión, del estamento político, de las entidades financieras, de los órganos de control, de los analistas e inversores y, en general, de los ciudadanos, tanto en su vertiente de contribuyentes como en su papel de beneficiarios de servicios públicos.

En el caso de nuestro país, lo mismo que las normas de valoración de inversiones de las empresas privadas cuentan ya con las líneas maestras para su adaptación a los nuevos modelos, también los sistemas de información económica de las Administraciones Públicas españolas están obligados a sumarse a esta corriente de innovación y mejora.

Con estos fundamentos, el objetivo del presente trabajo reside en proponer un nuevo modelo de valoración para las inversiones que realizan las Administraciones Públicas españolas, cuyo diseño está basado en los más recientes principios y criterios valorativos que han ido recogiendo las normas legales en España y, sobre todo, en las normas internacionales de los organismos con mayor prestigio sobre este particular.

A tal fin, iniciamos el trabajo con el análisis conceptual de la relevancia de los criterios de valoración de inversiones públicas, y estudiamos los tipos de bienes admitidos en las normas legales así como la gama de posibles métodos de valoración aplicables a los mismos. Sobre esa base, formulamos una propuesta que, adaptada a las peculiaridades de las Administraciones Públicas españolas, puede resultar útil para adaptar las actuales normas de valoración a los más modernos procedimientos que comienzan a emerger.

II. ¿POR QUÉ SON INTERESANTES LOS MÉTODOS DE VALORACIÓN DE INVERSIONES PÚBLICAS?

Desde nuestro punto de vista, la elección de los criterios de valoración de las inversiones de las Administraciones Públicas no es una cuestión baladí pa-

ra una pluralidad de sujetos cuyas necesidades informativas, aunque divergentes entre sí, presentan la característica común de requerir datos útiles para la toma de decisiones propia de sus funciones.

Es más, al igual que sucede en el ámbito privado, es muy difícil, por no decir imposible, que un único método de valoración de las inversiones pueda satisfacer las demandas de la totalidad de agentes interesados, como gerentes, entidades prestamistas, analistas e inversiones, y Ministerio de Hacienda, entre otros.

Pensando en el ámbito empresarial, Edwards y Bell (1961, p.77), consideraron una serie de parámetros a utilizar en la asignación de valor a los elementos patrimoniales, a tener en cuenta: 1) según la forma y situación del elemento a valorar: a) por la relación de factores necesarios para que alcance la forma actual, b) en su forma actual, y c) en su forma final esperada menos los gastos necesarios para llegar a la misma; 2) en función de la fecha de los precios usados en la valoración: a) precios pasados, b) precios actuales, y c) precios futuros; y, finalmente, 3) atendiendo al mercado donde se han obtenido los precios: a) en mercados de compra -precios de entrada-, y b) en mercados de venta -precios de salida-.

Respecto a los sujetos potencialmente interesados en la valoración de las inversiones públicas, pueden resultarnos útiles los pronunciamientos de algunos organismos emisores de normas contables, tanto en el ámbito internacional, GASB (1987), CICA (1990), AARF (1990), IFAC (1991), como en el plano nacional, IGAE (1994) y AECA (2001). Todos ellos coinciden en identificar los principales usuarios de la información financiera de las Administraciones Públicas con los siguientes grupos: gestores y técnicos al servicio de estas entidades, políticos, ciudadanos, acreedores, inversiones, analistas financieros, y órganos de control.

El estudio, por tipos de destinatarios, de aquellas decisiones a adoptar para las que es requerida información sobre la valoración de inversiones públicas, escapa, fundamentalmente por su extensión, a las pretensiones de este trabajo. Ahora bien, estimamos interesante analizar aquellas necesidades de información cuya cobertura, con independencia del grupo de usuarios considerado, guarde relación con el método empleado en la valoración inversiones.

Comenzando por la Solvencia y a la Liquidez, cuestión fundamental para entidades financieras como Bancos, mientras en el primer caso la capacidad

de la entidad pública para satisfacer el pago de sus deudas a largo plazo representa la principal cuestión a estudiar, en el segundo trata de medirse la posibilidad de atender aquellas obligaciones de pago con vencimiento en el corto plazo.

Lógicamente, la valoración de bienes públicos a precios históricos, actuales o futuros, o la fijación de un precio en mercados de compra o de venta, implica que ciertos bienes pueden reflejarse con distinto potencial para, en caso de enajenarse, poder rembolsar, total o parcialmente, los pasivos contraídos.

De otro lado, encontramos las decisiones vinculadas a la *Gestión de los Servicios Públicos*. El cálculo del coste de los servicios prestados no debe realizarse independientemente del criterio de valoración empleado en los bienes públicos cuya vida útil es superior al año, es decir los activos fijos.

Así, mientras la valoración a coste histórico o precio de adquisición conllevaría, a través del oportuno proceso de amortización técnica, un menor importe del consumo de activos fijos, por el contrario, la valoración a precios actuales posibilitaría la determinación de la depreciación sistemática de los activos de forma más real, especialmente en aquellos elementos cuyo precio es más sensible a la inflación. Y similares conclusiones pueden extrapolarse para la evaluación de la Eficiencia, en cuya evaluación resulta imprescindible la adecuada cuantificación de los costes.

Pensemos, por ejemplo, en un Ayuntamiento que adquirió, para destinarlo a oficinas, un local hace 6 años por importe de 60.000 €, cuyo consumo se estima en un 5% anual. Si el valor de mercado en el año 2004 asciende a 90.000 €, al amortizar sobre el precio de adquisición, estaríamos minusvalorando los costes de prestación de los servicios prestados en ese inmueble en la cantidad de 1.500 €, que obedecen a la diferencia entre la amortización sobre valor histórico ($0,05 \times 60.000 = 3.000$) y la amortización sobre valor actual ($0,05 \times 90.000 = 4.500$).

Adicionalmente, el análisis de diferentes alternativas -por ejemplo decidir entre la provisión de servicios usando un bien propio o desprenderse de éste y contratarlos en el exterior-, tampoco ha de efectuarse al margen de la valoración de las inversiones. En primer lugar, porque solamente a través de una apropiada valoración de los bienes podrían determinarse los recursos recuperables en caso de su enajenación, que pueden dedicarse a financiar otros servicios o actividades.

En segundo lugar, porque, en el marco de este análisis, elegir la mejor opción requiere conocer el “coste de oportunidad” (o cantidad que se renuncia a percibir) que la entidad pública soporta por continuar utilizando cada bien, lo que, a pesar de que no todos los criterios de valoración pueden mostrarlo, resulta interesante para decidir, entre otras cuestiones, aquellos servicios cuya prestación debe sustituirse o modificarse.

En otro orden de cosas, hemos de referirnos a las decisiones vinculadas a la Elaboración y Gestión del Presupuesto, donde resaltaremos que, por ser los bienes enajenables una potencial fuente de recursos para financiar gastos, el criterio de valoración asignado los mismos representa una relevante cuestión en el momento de analizar diferentes métodos de financiación, sobre todo cuando se trata de bienes de cuyo uso puede prescindirse.

Por último, mencionaremos el Control y la Auditoria de las Entidades Públicas. También en este caso es innegable la relación entre la función de control y el modelo de valoración de inversiones que haya sido elegido, puesto que no todos los criterios valorativos presentan la misma verificabilidad (o posibilidad de comprobar la veracidad de los valores asignados), por lo que los mismos ostentan distinto grado de relevancia para el control.

Para cerrar este apartado, comentaremos que la gama de problemáticas que acabamos de citar no agotan, ni mucho menos, toda la casuística, sino que éstas han interpretarse como ejemplos de necesidades informativas en cuya cobertura influye el método de valoración de inversiones elegido. Así, por escapar del objetivo de este trabajo, hemos prescindido de incluir otros casos, como las demandas de información propias de la negociación con compañías aseguradoras de mobiliario y equipos informáticos, y las vinculadas a la fijación del importe hipotecable de un edificio o terreno.

3. TIPOLOGÍA DE BIENES PÚBLICOS

Las particularidades de los bienes públicos conllevan determinadas condiciones de uso, ciertas limitaciones a su disponibilidad, algunos requisitos para su transformación, y una serie de restricciones para su enajenación que, entre otras connotaciones, pueden influir, notablemente, en relevancia de la base de valoración a emplear.

Atendiendo a la IGAE (1994, pp. 136-137), los activos de las Administraciones Públicas pueden clasificarse con distintos enfoques, pudiendo emplearse, sin carácter excluyente, cinco criterios, como son: 1) naturaleza; 2) per-

manencia; 3) convertibilidad; 4) duración esperada; y 5) uso y destino. Por otro lado, en las Normas Europeas de Valoración (Champness, 1998, pp. 69-73), los activos públicos son estructurados en cuatro clases, a saber: 1) activos operativos de infraestructura; 2) activos operativos de propiedad pública y de uso no especializado; 3) propiedades operativas para uso determinado; y 4) propiedades no operativas.

Asimismo, las normas legales de ámbito estatal y local cuyo contenido resulta de interés para nuestros propósitos, obedecen al siguiente detalle:

- a) Decreto 1022/1964, de 15 de junio, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Patrimonio del Estado, que ha sido modificado por Ley 66/1997, Ley 7/2001 y Ley 53/2002.
- b) Decreto 3588/1964, de 5 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento para la aplicación de la Ley de Patrimonio del Estado.
- c) Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el reglamento de bienes de las entidades locales.
- d) Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, modificada parcialmente por Ley 50/1988 y Ley 24/2001.
- e) Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, cuyo texto ha sido alterado en parte por Real Decreto 582/1989, Real Decreto 64/1994, y Real Decreto 162/2002.

A la vista de tales preceptos, los bienes de las Administraciones Públicas presentarían la siguiente tipología: a) bienes patrimoniales; b) bienes de dominio público, que engloban los bienes afectos al servicio público así como los bienes dedicados al uso público; y, en tercer lugar, c) bienes comunales.

Los bienes patrimoniales son aquéllos que, propiedad de una Administración Pública, no están destinados al uso público ni afectos a servicio público alguno, por lo que, a través de su explotación y/o enajenación, pueden constituir fuentes de ingresos para el erario público, en los términos expresados por los artículos 31 a 38 del Decreto 1022/1964, artículos 65 a 81 del Real Decreto 3588/1964 y, para el ámbito local, los artículos 92 y 93 del Real Decreto 1372/1986.

No obstante, en caso de que una Entidad Pública decida enajenar bienes patrimoniales, han de cumplirse ciertos requisitos, entre los que destaca la obligación de notificar al organismo competente la intención de realizar la venta, en unos casos, o bien de solicitar previa autorización para la misma, en otros.

En segundo lugar, los bienes de dominio público afectos al servicio público son todos aquellos destinados directamente al cumplimiento de los fines encomendados a las Entidades Públicas y, en general, edificios que sean sede de las mismas, mientras que, en cambio, los bienes de dominio público adscritos al uso público, también denominados “destinados al uso general”, comprenden carreteras, plazas, calles, parques, paseos, y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización generales, cuya conservación y vigilancia sean competencia de las Administraciones Públicas. En tercer lugar, tienen la consideración de bienes comunales los que, perteneciendo al dominio público, corresponda su aprovechamiento al común de los vecinos.

Es de destacar que, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los bienes patrimoniales, cualquier bien de dominio público es inalienable, inembargable e imprescriptible, por lo que podría pensarse que todos aquellos bienes que estén afectos a un servicio público bajo cualquier modalidad, no son, en modo alguno, susceptibles de venta.

Pero, si analizamos el contenido de los artículos 95 y 120 del Decreto 1022/1964, de los artículos 118 y 189 del Decreto 3588/1964, así como de los artículos 8 y 109 del Real Decreto 1372/1986, esta afirmación no puede mantenerse, toda vez que es admisible la posibilidad de modificar la calificación jurídica de los bienes y, por ende, la factibilidad de traspasar los mismos desde el grupo de dominio público hasta la categoría de patrimoniales, con lo que podrían ser enajenados.

No quiere ello decir, sin embargo, que la absoluta totalidad de activos públicos puedan ser vendidos libremente, sino que, por el contrario, siguiendo el artículo 28 de la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español, “los bienes muebles que forman parte del Patrimonio Histórico Español no podrán ser enajenados por las Administraciones Públicas, salvo las transmisiones que entre sí mismas éstas efectúen ...”.

III. LA VARIEDAD DE CRITERIOS DE VALORACIÓN DE INVERSIONES

Posiblemente por la gran heterogeneidad de clases de bienes públicos, la AECA (2001, p.79) considera que un único criterio valorativo es insuficiente

para alcanzar los objetivos de la información financiera, lo que nos conduce a la necesidad de contemplar la gama de modelos de valoración aplicables.

Tanto la IGAE como la AECA, en una postura similar a la mantenida por el FASB (1984, párrafo.67), han emitido pronunciamientos que incluyen posibles modelos de valoración a emplear en Entidades Públicas. En este marco, el coste histórico o precio de adquisición es el método basado en registrar los activos por la cantidad de tesorería y otras partidas líquidas pagadas, o bien por el valor de la partida entregada a cambio en el momento de la adquisición. En cambio, el valor de reposición consiste en reflejar los activos por la cantidad de tesorería y otras partidas líquidas que deberían entregarse si el mismo elemento u otro equivalente fuese adquirido hoy.

Mientras que el valor de realización es concebido como la cantidad de tesorería y otras partidas líquidas que se obtendrían en la actualidad por la enajenación de dicho activo, el valor venal es definido como el precio que estaría dispuesto a pagar un adquirente eventual, teniendo en cuenta el estado y el lugar en que se encuentre dicho bien.

En referencia al criterio del valor actual neto, los activos son cuantificados por el importe actual descontado de las entradas netas de tesorería que se espera genere el elemento en el curso normal de la explotación. Finalmente, por valor de tasación ha de entenderse el asignado a un elemento por peritos independientes.

Sin menoscabo de estos métodos, existen otros enfoques que pueden ser considerados a los efectos de la selección de criterios valorativos para las inversiones. Tal es el caso del “value to the business” el cual, extrapolando su traducción literal al terreno de lo público, podríamos denominar “valor para la entidad”. Este criterio combina lo que Edwards y Bell (1961, p.77) denominan precios de entrada y precios de salida, y ha sido reconocido en el Reino Unido por el Accounting Standards Board (ASB,1999, pp. 75-90), que lo calcula como el menor valor entre el coste de reposición y el importe recuperable. A su vez, el importe recuperable es identificado con el mayor entre el valor en uso y el valor realizable neto.

En cuanto al coste de reposición, para algunos autores, como Herranz (2001, p. 3), coincide con una modalidad del valor de realización, puesto que al estimar este último en función del valor de mercado, pueden emplearse dos enfoques. Uno, el de salida, que refleja lo que se percibiría a cambio de

transferir el activo, y otro, el de entrada, que expresa lo que habría que pagar para obtener un bien como el que se ha reflejado en el activo.

Desde otra perspectiva, las Normas Europeas de Valoración (Champness, 1998, pp. 35-56), recogen cuatro posibles criterios para valorar los activos públicos, como son: 1) valor de mercado para uso actual; 2) valor del mayor y mejor uso; 3) valor de uso alternativo; y 4) coste de reposición depreciado.

El valor de mercado para uso actual “es la cantidad estimada por la cual, en la fecha de valoración, se intercambiaría voluntariamente un activo, basándose en la continuidad de su uso actual pero suponiendo que está desocupado”.

Respecto al mayor y mejor uso, paralelamente a la propuesta del Comité Internacional de Normas de Valoración (IVSC, 2003, p.37), es definido como “el uso más probable, financieramente factible y adecuadamente justificado que se hace de un bien dentro de las posibilidades físicas y legales y que da como resultado el mayor valor del bien valorado”. Íntimamente relacionado con este criterio, el valor de uso alternativo, es “el mayor y mejor valor, distinto de aquél al que se destina el bien, al que pretende destinarlo la entidad para que sea de nuevo explotado”.

Por su parte, el coste de reposición depreciado está basado en el valor de mercado para su uso actual, al que debe añadirse el valor de las mejoras, y deducirse una cantidad por el deterioro físico del elemento o por cualquier tipo de obsolescencia.

IV. TENDENCIAS ACTUALES DE LOS MODELOS DE VALORACIÓN DE INVERSIONES

4.1 Criterios de valoración para las empresas mercantiles

Como es bien sabido, el criterio de valoración más extendido actualmente es el precio de adquisición o coste histórico, no solo en la órbita de los sistemas contables de las empresas privadas, sino también en el marco los sistemas de información económica de las Administraciones Públicas.

Sin embargo, recientemente está teniendo lugar un proceso de reforma en ambos campos, habida cuenta que algunos pronunciamientos de organismos internacionales han recomendado otro criterio distinto, tal cual es el “fair

value”, que podemos traducir como valor razonable. Actualmente existen normas que, emitidas por los organismos emisores con más influencia internacional, apuestan decididamente por el fair value, especialmente en los Estados Unidos.

Así, por ejemplo, el FASB ha emitido un conjunto de normas donde permite o exige informar sobre el valor razonable en los estados financieros. Dichas normas son, para las empresas de negocios, el SFAS n°115, para entidades no lucrativas, el SFAS n° 124 y, para la medición contable en general, el Statement of Financial Accounting Concepts n° 7 (FASB, 1993, 1995, 2000). En clara congruencia encontramos el IASB (1999), cuyo IAS n° 39 ha entrado en vigor el 1 de enero de 2001, y la IFAC, cuya propuesta estudiaremos más adelante.

En esta misma línea de introducción del valor razonable se sitúa el IASB, que viene emitiendo una serie de *Normas Internacionales sobre Información Financiera (NIIF)*, donde el valor razonable ocupa un lugar destacado. De estos pronunciamientos, cuyos criterios valorativos han sido adoptados por las normas internacionales de valoración (IVSC, 2003), citaremos, por ser de los más recientes, la NIIF 39, destinada a la valoración de instrumentos financieros (IASB, 1998), la NIIF 40, que incluye las nuevas normas sobre propiedades de inversión (IASB, 2000a), y la NIIF 41 que se dedica a las normas aplicables a empresas de la actividad agrícola (IASB, 2000b).

Paralelamente, en el continente europeo, la Directiva 2001/65/CE indica en el punto 9 que “para mantener la coherencia entre las normas de contabilidad reconocidas internacionalmente y las Directivas 78/660/CEE, 83/349/CEE y 86/635/CEE, es preciso modificar estas últimas Directivas de modo que se permita la valoración de determinados activos y pasivos financieros a su valor razonable”. De igual forma, su artículo 4 promulga que todos los estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la reciente directiva, antes del 1 de enero de 2004.

La aplicabilidad del mencionado valor razonable se limita, en el artículo 1 de esta última directiva, a determinados tipos de activos y pasivos financieros, no a todos, ni mucho menos a cualquier clase de elemento patrimonial.

Pero, según el apartado 5 del mismo artículo, “... los Estados miembros podrán autorizar la valoración de cualesquiera activos o pasivos o de una parte determinada de ellos que cumplan los criterios para considerarse instru-

mentos cubiertos en un sistema de contabilidad de cobertura por el valor razonable, por el específico importe que establezca dicho sistema”, con lo que el empleo del fair value en la valoración de activos no financieros podría depender de la voluntad de los organismos reguladores de cada país.

España ha dado cumplimiento a la obligación establecida en el artículo 4 de la citada Directiva 2001/65/CE, al publicar la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, que ha venido a incorporar el criterio del valor razonable para el reflejo contable de ciertos activos y pasivos financieros. Asimismo, según dicho precepto, ha de proporcionarse el valor razonable de aquellos otros instrumentos financieros derivados en cuyo reflejo contable no haya sido aplicado el mismo.

En efecto, el artículo 106.4 de la Ley 62/2003 ha modificado el artículo 46 del Código de Comercio, incluyendo una nueva regla de valoración, según la cual se valorarán por su valor razonable: a) activos financieros que formen parte de una cartera de negociación, o se califiquen como disponibles para la venta, o sean instrumentos financieros; y b) pasivos financieros que formen parte de una cartera de negociación o sean instrumentos financieros derivados.

Asimismo, dentro de nuestras fronteras, el *Libro Blanco para la Reforma de la Contabilidad en España* (ICAC, 2002, pp.352-353), propone la incorporación del valor razonable a la normativa española para todo tipo de empresas, aunque también recomienda una clara delimitación de los términos de su introducción.

5.2. Criterios de valoración de ls inversiones de entidades públicas

Limitándonos al campo de las Administraciones Públicas, su continuo proceso de modernización no está siendo ajeno a este nuevo criterio denominado valor razonable, como no podría ser de otra manera si tenemos en cuenta la globalización de las economías nacionales y los avances experimentados en materia de valoración por los sistemas contables de las organizaciones empresariales.

La IFAC cuenta desde 1986 con un Public Sector Committee (PSC) que, sobre la base de su “Guidelines for Governmental Financial Reporting “ -publicada en 1998-, ha emitido una serie de Normas Internacionales de Contabilidad Pública (International Public Sector Accounting Standards, IPSAS).

Considerando los propósitos de este trabajo, nos resultan especialmente interesantes tres de estas IPSAS que, aprobadas en diciembre de 2001, contie-

nen referencias específicas a criterios aplicables a la valoración de ciertos activos, concretamente la *IPSAS n° 15, Financial Instruments: Disclosure and Presentation*, la *IPSAS n° 16, Investment Property*, y la *IPSAS n° 17, Property, Plant and Equipment*. (IFAC, 2001a, 2001b, 2001c). Aunque en apartados posteriores estudiaremos su contenido detenidamente, apuntaremos ahora que estas tres normas admiten un criterio distinto del coste histórico, el denominado fair value.

En nuestro país, el actual marco conceptual de la Contabilidad Pública elaborado por la IGAE aún no ha incorporado ni las últimas innovaciones de la contabilidad empresarial, introducidas por la referida directiva 2001/65/CE, ni tampoco los nuevos criterios de valoración de activos recogidos por las *IPSAS n° 15, n° 16 y n° 17*.

A la vista de los pronunciamientos internacionales sobre criterios de valoración de inversiones, puede afirmarse que el criterio histórico, tan utilizado hasta ahora, comienza a perder terreno en favor de otro método de valoración, el denominado fair value. Por ese motivo, y siempre buscando la mayor utilidad de la propuesta que pretendemos diseñar, dedicamos el siguiente apartado al citado valor razonable.

5.3. El fair value como método de valoración de las inversiones públicas

En opinión de Tua y Gonzalo (2001, p. 63), “el valor razonable es el precio al que hipotéticamente se vendería o se rescataría un pasivo, si la operación se hace entre dos partes debidamente informadas que actúan libremente”.

Si prestamos atención a la independencia entre comprador y vendedor, el fair value es “una estimación del precio que una empresa hubiera recibido si hubiera vendido un activo, o hubiera pagado para cancelar un pasivo, en la fecha de valoración, en una operación realizada en el normal curso del negocio entre partes independientes” (JWG, 2000), términos parecidos a los empleados por el FASB (1999, párrafo 47). De modo similar, el IASB (1999), enfatizando la necesidad de que las partes dispongan de información, concibe el fair value como “el importe mediante el cual un activo puede ser transferido entre partes independientes que manejan una información razonable y se encuentran dispuestas a realizar la operación”.

Centrándonos en el marco de las Administraciones Públicas, entendemos que tres han de ser los puntos de referencia obligados al analizar el grado de idoneidad del fair value para su aplicación, a tener en cuenta: a) la Di-

rectiva Europea 2001/65/CE; b) La Le 62/2003; y c) los últimos pronunciamientos de la IFAC sobre valoración de activos.

Toda vez que la Ley 62/2003 no hace sino transcribir el contenido de ciertos artículos de la referida Directiva 2001/65/CE, prescindiremos de dedicarnos a esta última, limitándonos al articulado de la mencionada norma nacional.

Como ya hemos comentado, el artículo 106.4 de la Ley 62/2003 ha modificado el artículo 46 del Código de Comercio, incluyendo una nueva regla de valoración, según la cual se valorarán por su fair value o valor razonable: a) activos financieros que formen parte de una cartera de negociación, o se califiquen como disponibles para la venta, o sean instrumentos financieros; y b) pasivos financieros que formen parte de una cartera de negociación o sean instrumentos financieros derivados.

El cálculo del valor razonable, según el referenciado artículo 106.4 de esta ley, ha de realizarse en base a un mercado fiable y, cuando no pueda determinarse el mismo, aplicando modelos y técnicas de valoración. En este último caso, si el valor obtenido no fuera fiable, debe seguirse aplicando el valor de adquisición, y no el valor razonable.

Asimismo, la Ley 62/2003, admite la aplicación de técnicas y modelos de valoración en aquellos casos donde no pueda determinarse un valor de mercado fiable. Paralelamente, el apartado cinco del artículo 106, modifica el artículo 48 del Código de Comercio, añadiendo que, cuando los instrumentos financieros hayan sido valorados por el valor razonable, ha de indicarse: a) principales supuestos en los que están basados los modelos y técnicas de valoración utilizados, en su caso; b) por categorías de instrumentos financieros, el valor razonable, y las variaciones registradas en la cuenta de pérdidas y ganancias, así como las incluidas en la reserva por valor razonable; c) para cada categoría de instrumentos financieros derivados, información sobre el alcance y naturaleza de los mismos; y d) un cuadro que refleje los movimientos de la reserva por valor razonable durante el ejercicio.

Pasando ya a los pronunciamientos de la IFAC, según adelantábamos, interesa especialmente el contenido de las IPSAS nº 15, nº 16 y nº 17, de las que nos ocupamos a continuación.

La IPSAS nº15 (IFAC, 2001a), que versa sobre Instrumentos Financieros, señala en su párrafo 84 que para cada clase de activo y pasivo financiero una

entidad pública debería suministrar información sobre el valor razonable, añadiendo el párrafo 86 que la divulgación de la información sobre dicho valor debe incluir la identificación del método adoptado para su determinación así como cualquier hipótesis asumida en la valoración.

En alusión a la forma de cálculo, mientras que el párrafo 88 defiende que cuando exista un mercado activo y líquido la cotización proporciona la mejor evidencia para determinar el valor realizable, el párrafo 89 admite que, si no existe el mercado o no reúne ciertos requisitos, pueden usarse técnicas de estimación del fair value, siempre que posibiliten su computo de manera fiable.

En segundo lugar, la IPSAS nº 16 (IFAC, 2001b), denominada Investment Property, se ocupa, siguiendo la definición de su párrafo 6, de aquellos activos (terrenos y edificios, o parte de ambos), que una entidad pública mantiene en su poder para obtener rentas o para generar plusvalías de capital, o las dos opciones, en lugar de usar esos bienes para: a) la producción y prestación de mercancías y servicios o para fines administrativos; o b) la venta en el curso ordinario de sus operaciones.

El párrafo 22 prevé el reconocimiento inicial de dicho tipo de activos según el criterio del coste histórico, aunque el párrafo 29 recoge que, con posterioridad al momento de la incorporación al patrimonio, la entidad pública puede decidir entre el referido precio de adquisición y el valor realizable. En la misma línea, los párrafos 35 a 57 permiten a una entidad pública la elección, siempre opcionalmente, del criterio del valor razonable en este tipo de elementos patrimoniales, y el párrafo 37 define el fair value de una manera más elaborada que la IPSAS anterior.

Atendiendo a la IPSAS nº 16, el fair value es, generalmente, el valor de mercado, y se mide como el precio más probable que razonablemente puede obtenerse en el mercado a una fecha, especificando el párrafo 42 que esta definición se refiere a partes dispuestas a negociar e informadas.

Cuando el valor razonable no pueda obtenerse de un mercado secundario organizado para este tipo de bienes, el párrafo 48 enumera diferentes mecanismos que una entidad pública puede emplear, como son: a) tomar los valores de mercado de activos de otra naturaleza, y ajustarlos; b) adoptar precios correspondientes a transacciones anteriores, y ajustarlos; c) considerar el valor actualizado neto de los futuros alquileres o rentas que, presumiblemente, el activo podría generar.

Finalmente, el contenido de la IPSAS nº 17 (IFAC, 2001c), denominada Property, Plant and Equipment, corresponde, a la vista de la definición de su párrafo 12, a lo que en el marco conceptual español podríamos denominar, genéricamente, inmovilizado material. En el párrafo 22 se apuesta, claramente, por el coste histórico para valorar tales activos, contemplando el párrafo 23 la posibilidad de emplear el valor razonable, pero únicamente en el caso de que los bienes hayan sido adquiridos a título gratuito.

En cambio, los párrafos 39 a 53, que se destinan a un “tratamiento alternativo permitido”, preconizan que después del reconocimiento inicial de un elemento del inmovilizado no financiero, es admisible el reflejo contable de su revalorización, determinándose el nuevo importe por su valor razonable a una fecha menos las depreciaciones y pérdidas por deterioro acumuladas hasta la misma.

Consecuentemente, el párrafo 40 establece que el valor razonable de los inmovilizados no financieros es, con carácter general, determinado por su valor de mercado, que debe establecerse por un profesional en valoración, como puede ser un experto perito tasador. Asimismo, según el párrafo 41, cuando no se pueda obtener evidencia para determinar el valor de mercado, el valor razonable puede estimarse acudiendo a otros bienes de características similares, con homologa ubicación y circunstancias que el bien objeto de valoración.

V. UNA PROPUESTA PARA LA VALORACIÓN DE INVERSIONES PÚBLICAS

Tras el estudio conceptual de la gama de bienes públicos y basándonos en las conclusiones derivadas del análisis de los principales criterios de valoración aplicables a las Administraciones Públicas españolas, contamos con la base suficiente para intentar diseñar un modelo dirigido a la valoración de las inversiones de estas entidades, cuyo principal cometido consiste en contribuir a la adaptación de las vigentes normas españolas de valoración de activos públicos a los métodos propuestos de las normas internacionales, en especial al Fair Value o Valor Razonable.

Pensamos que el Fair Value representa un método apropiado para la valoración en los estados financieros de las Entidades Públicas, ya que ostenta un consistente poder explicativo para: 1) posibilitar la adaptación de nuestro ordenamiento contable público a las normas internacionales de contabilidad; 2) contribuir a la satisfacción de algunas de las demandas informativas pro-

pías de los nuevos modelos de gestión pública; 3) informar, a través de la valoración de los activos enajenables, acerca de la capacidad potencial de las entidades para obtener recursos financieros; 4) mostrar la capacidad de la entidad para atender sus obligaciones de pago a través de la venta de activos enajenables; 5) reflejar el riesgo de impago que inversores y acreedores en general podrían tener cubierto con la parte de los activos vendibles; 6) suministrar un valor de referencia a los efectos de fijar los importes por los que asegurar los activos; y, por último, 7) impulsar la uniformidad de criterios entre la Contabilidad Pública y la Contabilidad Nacional.

Sin menoscabo de todas estas ventajas, la puesta en práctica de este criterio presentaría una serie de inconvenientes que podrían dificultar, en algunos casos seriamente, su aplicación, sobre todo en determinados elementos.

A nuestro juicio, las principales dificultades que el empleo del Valor Razonable entrañaría para las Administraciones Públicas españolas, podrían resumirse en los siguientes puntos: 1) para un buen número de bienes no puede acudir a mercados completos y perfectos; 2) algunos bienes han sido adquiridos o construidos, específicamente, para la finalidad que desempeñan en el seno de la organización a la que pertenecen; 3) difícil objetividad y verificabilidad en las valoraciones, consecuencia de los dos problemas anteriores; 4) la escasez de información sobre determinados activos y/o su laboriosa obtención pueden provocar que los costes derivados de la determinación del fair value sean excesivamente altos; 5) generalmente, la estimación del valor razonable de un bien público conlleva la necesidad de considerar las circunstancias particulares -normativa aplicable, nivel de competencias, organización de los servicios, etc.- de la entidad propietaria o usuaria, así como de estudiar las peculiaridades -uso al que está afecto, catalogación jurídica, etc.- del bien objeto de valoración, lo que podría ocasionar la pérdida de comparabilidad de la información; 6) el cálculo del valor razonable no siempre es apropiado, ya que incide, primordialmente, en el aspecto financiero, prescindiendo de considerar el aspecto económico; y 7) estamos ante un modelo de valoración basado en conceptos nuevos, que se apartan de los actualmente empleados en la aplicación del institucionalizado principio del precio de adquisición.

Pero, a pesar de sus inconvenientes, opinamos que el valor razonable puede determinarse de manera que se logre el suficiente grado de credibilidad y aceptabilidad entre los usuarios de la información financiera pública. Ello es así, en primer lugar, por la factibilidad de su cálculo, aún cuando no sea posible acudir a un mercado organizado, activo y líquido para el bien de que se trate, tal como propone la IPSAS n^o 16 en su párrafo 48. Y, en segundo lugar, por-

que, atendiendo a la recomendación de dicha IPSAS -párrafos 74 a 76- y de la IPSAS nº 17 -párrafos 40 y 41-, la inclusión de información en la Memoria (cuenta anual obligatoria) sobre técnicas, métodos e hipótesis utilizadas en la valoración, contribuye a garantizar la objetividad y fiabilidad de las valoraciones.

Por otro lado, opinamos que el grado de potestad que en España las normas legales otorgan a las entidades públicas acerca de su competencia para decidir la afectación y destino de los bienes, podría representar un condicionante de primer orden en la elección del criterio de valoración de los mismos. Por ejemplo, mientras que para los edificios pertenecientes al patrimonio histórico-artístico, que por ley son no enajenables, el valor de venta se muestra irrelevante, para aquellos otros bienes inmuebles que, aún destinados a la prestación de servicios, puedan desafectarse por medio del cambio de su catalogación jurídica, el aludido valor resultaría útil para la toma de decisiones.

Con todos estos fundamentos, la siguiente tabla refleja la propuesta que hemos diseñado para la valoración de las inversiones de las Administraciones Públicas españolas¹.

ACTIVOS	BALANCE	MEMORIA
Bienes e inversiones patrimoniales de libre enajenación (con mercado)	Valor razonable	Coste histórico
Bienes e inversiones patrimoniales de libre enajenación (sin mercado)	Estimación del valor razonable	- Coste histórico - Métodos e hipótesis de la estimación
Bienes e inversiones patrimoniales cuya enajenabilidad depende de la autorización por el órgano competente (con mercado)	Coste histórico	Valor razonable

¹ Para la adecuada interpretación de este modelo, interesa recordar que tanto el Balance como la Memoria representan dos estados financieros de elaboración obligatoria. Mientras el Balance comprende los bienes y derechos, y las obligaciones y fondos propios que constituyen el activo, por su parte la Memoria tiene por objeto completar, ampliar y comentar el contenido informativo de las otras cuentas anuales.

Bienes e inversiones patrimoniales cuya enajenabilidad depende de la autorización por el órgano competente (sin mercado)	Coste histórico	- Estimación del valor razonable - Métodos e hipótesis de la estimación
Bienes de dominio público vendibles previo cambio de catalogación jurídica, con el único requisito de notificación al órgano competente (con mercado)	Valor razonable	Coste histórico
Bienes de dominio público vendibles previo cambio de catalogación jurídica, con el único requisito de notificación al órgano competente (sin mercado)	Estimación del valor razonable	- Coste histórico - Métodos e hipótesis de la estimación
Bienes de dominio público cuya venta exige: 1) alteración de su calificación jurídica; y 2) autorización por el órgano competente (con mercado)	Coste histórico	Valor razonable
Bienes de dominio público cuya venta exige: 1) alteración de su calificación jurídica; y 2) autorización por el órgano competente (sin mercado)	Coste histórico	- Estimación del valor razonable - Métodos e hipótesis de la estimación
Bienes del Patrimonio Histórico-Artístico Español que, por Ley, son invendibles, sin que se admita su recalificación	Estimación del valor de reposición	- Coste histórico - Métodos e hipótesis de la estimación

Fuente: elaboración propia

7. CONCLUSIONES

Si atendemos a la normativa vigente, los bienes cuya propiedad, custodia, mantenimiento o conservación pueden corresponder a las entidades públicas, son susceptibles de clasificación, atendiendo a la repercusión de su tipificación jurídica para en la elección del modelo de valoración a emplear, en las si-

güentes categorías: a) bienes libremente enajenables con el único requisito de notificar la transacción al órgano competente; b) bienes cuya enajenación depende, exclusivamente, del cambio de su catalogación jurídica, existiendo la obligación legal de notificar la operación al órgano competente; c) bienes cuya enajenación exige el cumplimiento de dos requisitos: alteración de su clasificación jurídica y previa autorización del órgano competente; y d) bienes que por Ley son inexorablemente invendibles en cualquier circunstancia.

Hoy día, si bien el coste histórico o precio de adquisición representa el criterio de valoración de inversiones más extendido, el fair value o valor razonable está adquiriendo una mayor aceptación en detrimento de aquél, tanto en las normas internacionales y en los sistemas contables de los países más avanzados en la materia, como en los más recientes preceptos legales españoles.

En concordancia con el contenido de las normas internacionales, resulta aconsejable que el valor razonable, bien en su variante de valor realizable o de venta, bien en su vertiente de coste de reposición, sea utilizado para reflejar en Balance ciertos bienes, sin perjuicio de la necesidad de añadir determinada información en la Memoria. En la órbita de nuestra propuesta, estos activos incluirían, al margen de aquéllos que, por su catalogación de patrimoniales, pueden ser enajenados, también aquellos otros que, en virtud de la posibilidad legal de alterar de su calificación jurídica, podrían venderse, sin más requisito que notificar tal transacción al órgano competente.

8. BIBLIOGRAFÍA

- ACCOUNTING STANDARDS BOARD (ASB) (1999): *Statement of principles for financial reporting*. ASB Publications.
- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE CONTABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS (AECA) (2001): *Marco conceptual para la información financiera de las entidades públicas*. AECA. Madrid.
- AUSTRALIAN ACCOUNTING RESEARCH FOUNDATION (AARF) (1990): *Statement of Accounting n° 2. Objective of General Purpose Financial Reporting*. AARF. Caulfield.
- CANADIAN INSTITUTE OF CHARTERED ACCOUNTANTS (CICA) (1990): *Public Sector Accounting. Statement n° 6. Local Government Financial Statements*. Objectives and General Principles. CICA. Toronto.
- CHAMPNESS, P. (1998): *Normas Europeas aprobadas sobre tasación de bienes inmuebles*. Ed. Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España, y Asociación Profesional de Sociedades de Valoración de España.

DIRECTIVA 2001/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE, 83/349/CEE y 86/635/CEE, en lo que se refiere a las normas de valoración aplicables en las cuentas anuales y consolidadas de determinadas formas de sociedad, así como de los bancos y otras entidades financieras. DOCE de 27 de octubre de 2001.

EDWARDS, E.O. y BELL, P.W. (1961): *The theory and measurement of business income*. University of California Press. Berkeley

FINANCIAL ACCOUNTING STANDARDS BOARD (FASB) (1984): *Statement of Financial Accounting Concepts n° 5. Recognition and measurement in financial statements of business enterprises*. www.fasb.org.

- (1985): *Statement of Financial Accounting Concepts n° 6. Elements of Financial Statements*. www.fasb.org.

- (1993): *Statement of Financial Accounting Standards n° 115: Accounting for certain investments in debt and equity securities*. www.fasb.org.

- (1995): *Statement of Financial Accounting Standards n° 124: Accounting for certain investments held by not-for-profit organizations*. www.fasb.org.

- (1997): *Statement of Financial Accounting Concepts n° 130. Reporting comprehensive income*. www.fasb.org.

- (1999): "Reporting financial instruments and certain related asset and liabilities at fair value". *Financial Accounting Series*, n° 204-B. www.fasb.org.

- (2000): *Statement of Financial Accounting Concepts n° 7: Using cash flow information and present value in accounting measurements*. www.fasb.org.

GOVERNMENTAL ACCOUNTING STANDARDS BOARD (GASB):

.- (1987): *Statement n° 1. Objectives of financial reporting*. www.gasb.org

- (1990): *Statement n° 11. Measurement Focus and Basic of Accounting Governmental Fund Operating Statements*. www.gasb.org

- (1997): *Statement n° 31: Accounting and Financial Reporting for certain investments and for external investment pools*. www.gasb.org

HERRANZ MARTÍN, F.M. (2001): "El fair value como nuevo criterio de valoración". Comunicación presentada al XI Congreso AECA, celebrado en Madrid, septiembre.

INSTITUTO DE CONTABILIDAD Y AUDITORÍA DE CUENTAS (ICAC) (2002): *Informe sobre la situación actual de la contabilidad en España y líneas básicas para abordar su reforma. (Libro blanco para la reforma de la contabilidad en España)*. Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. Ministerio de Economía. Madrid.

INTERNATIONAL ACCOUNTING STANDARDS BOARD (IASB)

- (1993): *Normas Internacionales sobre Información Financiera (NIIF) n° 8. Net Profit or Loss for the period, fundament and changes in accounting policies*. www.iasb.org.uk

- (1998): *NIIF n° 39. Financial instruments: recognition and measurement.* www.iasb.org.uk
 - (2000a): *NIIF n° 40. Investment Property.* www.iasb.org.uk
 - (2000b): *NIIF n° 41. Agriculture.* www.iasb.org.uk
- INTERNATIONAL FEDERATION OF ACCOUNTANTS. (IFAC):
- (1991): *Financial Reporting by National Governments.* Public Sector Committee. www.ifac.org
 - (1995): Study n° 5. Definition and Recognition of Assets. www.ifac.org
 - (2000): *IPSAS 3. Net Surplus or Deficit for the period, fundamental errors and changes in accounting policies.* www.ifac.org
 - (2001a). *IPSAS 15. Financial Instruments: Disclosure and Presentation.* www.ifac.org
 - (2001b). *IPSAS 16. Investment Property.* www.ifac.org
 - (2001c): *IPSAS 17. Property, Plant and Equipment.* www.ifac.org
- INTERNATIONAL VALUATION STANDARDS COMMITTEE (IVSC)
(2003): *International Valuation Standards.* Ed. International Valuation Standard Committee. Chicago, Illinois. www.ivsc.org
- INTERVENCIÓN GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO (IGAE) (1994): *Principios contables públicos. Documentos 1 a 8.* Ministerio de Economía y Hacienda. Madrid.
- JOINT WORKING GROUP OF STANDARD SETTERS (JWG) (2000): *Draft Standard and basis conclusions. Financial instruments and similar items.* Publicado por el IASB y el FASB, diciembre.
- Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. BOE n° 313, de 31 de diciembre.
- TUA PEREDA, J. y GONZALO ANGULO, J.A. (2001): "Marco Conceptual y ordenamiento español: ¿son compatibles?. Ponencia presentada a la *III Jornada de Trabajo sobre Contabilidad Pública*, celebrada en Jaén. ASEPUC, junio, pp. 41-70

Las Cajas de Ahorro andaluzas: situación actual y perspectiva futuras

Rosario Cañabate Pozo

Profa. Dra. de Derecho Mercantil. Universidad de Almería

I. INTRODUCCIÓN. II. LAS CAJAS DE AHORROS DE ANDALUCÍA a. Breve mirada histórica a la creación de las Cajas de Ahorros andaluzas. b. Las Cajas de Ahorros andaluzas en el momento actual. III. EL PAPEL DE LAS CAJAS DE AHORROS ANDALUZAS EN EL DESARROLLO ECONÓMICO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA. a. La obra social de las Cajas de Ahorros. b. La intervención en la actividad de desarrollo económico y social de la comunidad autónoma. IV. LA REGULACIÓN NORMATIVA DE LAS CAJAS DE AHORROS DE ANDALUCÍA. a. Breve reseña normativa de la regulación de las Cajas de Ahorros de Andalucía. b. La nueva regulación para las Cajas de Ahorros andaluzas. V. UNA APROXIMACIÓN A LOS RETOS ACTUALES DE LAS CAJAS DE AHORROS ANDALUZAS. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

PRELIMINAR

El objeto del presente trabajo es la aproximación a la realidad de las Cajas de Ahorros andaluzas a través de un breve recorrido histórico desde su origen al momento actual. Se trata de ofrecer una panorámica que ayude a conocer el papel que han desempeñado en el desarrollo de la Comunidad, los cambios fundamentales que han tenido que afrontar y su configuración presente para poder determinar su importancia dentro del *mini-sistema* financiero andaluz y su preparación para afrontar los retos futuros. En general, se puede afirmar que las grandes transformaciones del sistema financiero español, así como la incorporación de España a la Unión Europea obligan a reflexionar entre otros temas sobre la actividad, el funcionamiento, el tamaño, la competitividad, las estrategias y la incorporación de nuevas tecnologías del conjunto de Entidades de Crédito dentro del sistema financiero español, y en particular, de las Cajas de Ahorros andaluzas.

Por ello aunque nuestro objeto se circunscriba al ámbito localista andaluz de las Cajas de Ahorros puede servir además para aproximarnos, en general, a la experiencia que afrontan el conjunto de Cajas de Ahorros españolas en los inicios del siglo XXI. Dentro de la Comunidad Autónoma de Andalucía, las Cajas de Ahorros ocupan una posición importante colaborando como las demás Cajas en sus respectivos ámbitos autonómicos, en el progreso y desarrollo social, económico y cultural de dicha Comunidad, por lo que bien merece dedicar a continuación unas páginas para la reflexión sobre dichos aspectos.

I. INTRODUCCIÓN

El sistema financiero español está formado por un conjunto muy diverso de instituciones que se califican comúnmente como Entidades de Crédito dentro de las cuales las Cajas de Ahorros ocupan un lugar muy destacado, controlando actualmente más de la mitad del sistema financiero y adaptándose continuamente a las exigencias de un mercado, como es el del crédito, altamente cambiante. Algunos de los cambios más significativos que se han producido en dicho sector tienen su causa en la liberalización del marco legal que se inicia en los años setenta, así como en la actuación expansiva de la competencia y en la progresiva internacionalización del sistema financiero que se ha acompañado del desarrollo de la tecnología bancaria, lo que ha determinado en las Cajas de Ahorros y en las demás Entidades de Crédito una preocupación constante por adaptarse a las nuevas exigencias.

Junto con las Cajas de Ahorros comparten la calificación de Entidades de Crédito, en sentido amplio, los Bancos, las Cooperativas de Crédito, el Instituto de Crédito Oficial, la Confederación Española de Cajas de Ahorros y los Establecimientos Financieros de Crédito, habiéndose ampliado con posterioridad a las Entidades de dinero electrónico¹. En definitiva, el legislador ofrece una amplia lista de entidades diversas que se caracterizan *grosso modo* por la principal actividad crediticia que desarrollan aunque independientes en su organización empresarial y en sus fines, fundamentalmente.

¹ El concepto de Entidad de Crédito está recogido en el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, de adaptación del Derecho vigente en materia de Entidades de Crédito al de las Comunidades Europeas, artículo 1.2, conforme con la redacción dada por el artículo 5 de la Ley 3/1998, de 14 de abril, de adaptación española en materia de Entidades de Crédito a la Segunda Directiva de coordinación bancaria, teniendo en cuenta además, la disposición adicional séptima del Real Decreto Ley 12/1995, de 28 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera. Asimismo, la Ley 44/2002, ha ampliado el concepto de Entidad de Crédito a las entidades de dinero electrónico.

A esos efectos, las Cajas de Ahorros presentan unas peculiaridades distintivas notables con respecto a las demás Entidades de Crédito, las cuales se manifiestan fundamentalmente en su labor social y actualmente ya no tanto en su labor financiera. Dichas peculiaridades distintivas derivan directamente de su condición institucional de fundaciones de naturaleza privada. No obstante, las Cajas de Ahorros en su tarea financiera deben contribuir a evitar la exclusión financiera de los servicios bancarios, o también, han de colaborar con el desarrollo regional y en un mismo orden de ideas, los beneficios obtenidos con su labor financiera han de convertirse en un medio al servicio de actividades sociales para la comunidad a la que preferentemente atienden, una vez cubiertas las necesidades de autofinanciación que garantizan en las Cajas de Ahorros unos determinados niveles de solvencia.

Toda esa labor han de desarrollarla en plenas condiciones de igualdad con las demás Entidades de Crédito, con respecto a las cuales se ha ido produciendo una progresiva equiparación; de esta manera, a partir de la Reforma Fuentes Quintana (Decreto 2290/1977, de 27 de agosto, de regulación de los órganos de gobierno y de las funciones de las Cajas de Ahorros), las Cajas de Ahorros van a poder realizar la misma actividad que los bancos, lo cual les ha permitido demostrar sus excelentes posibilidades operativas al tiempo que devuelven a la sociedad parte de los beneficios que obtienen a través de la vía de la obra social. No obstante, habrá que esperar hasta 1988 para que desaparezcan los coeficientes de inversión obligatoria a que estaban sometidas las Cajas de Ahorros respecto de los recursos suministrados por sus clientes, los cuales desaparecerán definitivamente en 1992, cuando se produce también una importante rebaja en el coeficiente de Caja.

Asimismo, las Cajas de Ahorros tenían limitada la posibilidad de apertura de oficinas fuera de la Comunidad Autónoma de origen, habiendo superado con anterioridad la imposibilidad de apertura de oficinas fuera de la provincia en la que habían sido creadas². La libertad plena de expansión de las

² El régimen de expansión de las oficinas de las Cajas de Ahorros se encontraba regulado en la Orden Ministerial de 7 de febrero de 1975, en la que se establecían dos ámbitos de actuación diferentes para las Cajas de Ahorros: el ámbito habitual y el ámbito complementario. El ámbito habitual estaba referido al territorio de la provincia en la que se situaba la sede social de la Caja de Ahorros, frente al ámbito complementario que distinguía por una lado, las plazas de otras provincias donde la Caja estaba establecida con más de tres oficinas abiertas, y por otro lado, el territorio de una provincia en que no tuviese sede central ninguna Caja de Ahorros. Cuatro años más tarde, se produce una reforma en la materia a través de la Orden Ministerial de 20 de diciembre de 1979, que profundiza la reforma liberalizadora de expansión de las Cajas de Ahorros iniciada en 1975. De ésta manera se amplía la definición del ámbito habitual de actuación y tam-

Cajas de Ahorros para la apertura de sus oficinas en todo el territorio español se produce en diciembre de 1988, a través del Real Decreto 1582/1988, de 29 de diciembre, que modificó las normas de expansión territorial de las Cajas de Ahorros fuera del ámbito de la Comunidad Autónoma correspondiente a su sede social, y con la que se posibilitó también, la competencia entre las diferentes Cajas de Ahorros, que estaba impedida por las limitaciones geográficas mencionadas. Por el contrario, los bancos tenían plena libertad de expansión desde el año 1974. En Andalucía, en concreto, la Orden de la Consejería de Economía y Planificación de 12 de enero de 1984 reguló la expansión de las Cajas de Ahorros andaluzas.

Los hechos últimos que acabamos de anunciar provocaron un alto grado de identificación de las Cajas de Ahorros con sus entornos de origen, especializándose además con las necesidades de dichos clientes, lo que unido a la obra social de las Cajas de Ahorros ha supuesto unos rasgos diferenciadores con respecto a las demás Entidades de Crédito. Todo ello ha contribuido en el mantenimiento desde sus orígenes al momento actual de sus peculiares señas identificativas destinadas a la promoción del ahorro, al desarrollo económico de una determinada zona y a la realización de obra sociales (Estatuto de 14 de marzo de 1933), por lo que han sido calificadas en numerosas ocasiones como la banca al por menor al orientar sus actividades hacia las familias, las PYMES, y hacia las entidades territoriales, fundamentalmente³.

Recientemente, las Cajas de Ahorros acaban de verse sometidas a importantes modificaciones en su régimen jurídico, lo que les obliga nuevamente a adaptarse a dichas exigencias legales, que suponen la continuación en su acercamiento progresivo a las demás Entidades de Crédito. Sin embargo, se mantiene por el momento su peculiar conformación jurídica, que ha quedado salvaguardada pese a las importantes modificaciones introducidas. En concreto nos referimos a la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma

bién se introducen nuevos matices respecto del ámbito complementario. El ámbito habitual pasa de estar definido por el territorio regional frente al ámbito provincial, y el ámbito complementario diferencia entre los territorios provinciales en los que habitualmente prestaba sus servicios una entidad de sede social diferente, exigiendo para ello más de cincuenta oficinas abiertas en dichos territorios, del ámbito complementario que exigía para poder abrir nuevas oficinas fuera de la región de su sede central, poseer abiertas entre tres y cincuenta oficinas en dicha provincia, y finalmente se posibilitó la apertura de oficinas en algunos lugares situados fuera de la región donde radicaba su sede central.

³ En tal sentido, cfr., GUZMÁN CUEVAS, J., "La innovación financiera y las fusiones de Cajas de Ahorros", *Boletín económico ICE*, octubre, 1990, p. 195.

del Sistema Financiero (LMRSF) y a la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas (Ley de Transparencia Financiera)⁴.

Dichas Leyes acometen una reforma importante de la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de Normas Básicas sobre los Órganos Rectores de las Cajas de Ahorros (LORCA) y exigen con posterioridad la adaptación a la misma por las Leyes autonómicas sobre Cajas de Ahorros respectivas; en nuestro caso, de la Ley 15/1999, de 16 de diciembre, de Cajas de Ahorros de Andalucía, modificada por la Ley 19/2002, de 21 de diciembre, para adaptarla a las exigencias de la Ley Financiera. Dicha normativa modificadora del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, ha sido reformada nuevamente por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, en concreto respecto de la comisión de retribuciones y de inversiones de las Cajas de Ahorros incluidas ambas por la Ley de Transparencia Financiera (Disposición adicional cuarta), incluyéndose además, una nueva reforma de la LORCA respecto de la composición orgánica de las Cajas de Ahorros con oficinas abiertas en más de una Comunidad Autónoma (artículo 101 de la Ley 62/2003)⁵.

Con todo se aprecia como el régimen jurídico de las Cajas de Ahorros está siendo sometido a importantes modificaciones jurídicas, las cuales merecen ser abordadas desde la óptica de su significación para las Cajas de Ahorros andaluzas al conformar una parte importante de nuestro sistema financiero autonómico.

⁴ El Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía ha interpuesto un recurso de inconstitucionalidad contra los apartados 2,3,5,10,15 y 17 del artículo 8 de la Ley Financiera y contra la disposición final primera de la misma (recurso número 893/2003); asimismo el Presidente del Parlamento Andaluz ha interpuesto también un recurso de inconstitucionalidad contra los apartados 1,2,4,5,6,9,10,11,12,14,15 y 17 del artículo 8 de la Ley Financiera y contra las disposiciones transitorias número 10 y 11 y disposición final primera (recurso número 488/2003). Se unen a éstos dos recursos el interpuesto con anterioridad por el Presidente del Gobierno de la Nación contra determinados preceptos de la Ley 15/1999, de 16 de diciembre, de Cajas de Ahorros de Andalucía (recurso número 453/2000), y en concreto contra las letras b,c,y f del apartado primero del artículo 44 y los apartados 2º y 3º de la disposición adicional primera. Con relación a este último recurso el Tribunal Constitucional acordó levantar la suspensión del artículo 44.1,b,c y f, y la mantuvo respecto de la disposición adicional primera 2º y 3º (Auto 178/2000, de 13 de julio).

⁵ Vid., *BOE* núm.313, de 31 de diciembre de 2003.

II. LAS CAJAS DE AHORROS DE ANDALUCÍA.

Las Cajas de Ahorros aparecen legalmente en España con la Real Orden de 3 de abril de 1835, en virtud de la cual se instaba a los Gobernadores Civiles a la creación de Cajas en las respectivas provincias y para lo cual fue decisivo el espíritu filantrópico de muchos de sus fundadores animados por los propios Gobernadores Civiles⁶. Parece que la primera Caja de Ahorros propiamente dicha que se constituye en nuestro país es la Caja de Ahorros de Madrid fundada en 1838 (aprobada a través del Real Decreto de 25 de octubre de 1838, publicada en la Gaceta de 31 de octubre de 1838 y puesta en funcionamiento el 1 de febrero de 1839), aunque también parece ser, que con anterioridad incluso, a la propia Orden de 1835 se constituyó una entidad similar en Jerez de la Frontera gracias a la iniciativa del Conde Villacreces (1834) y en Valencia gracias a la iniciativa de su gobernador civil, Don Juan Antonio Castejón.

Si compartimos la opinión de aquellos que sostienen que la iniciativa del Conde de Villacreces fue una incipiente Caja de Ahorros⁷, podríamos afirmar que en Andalucía han estado instaladas desde el inicio de su configuración jurídica las Cajas de Ahorros, aunque parece más bien, que la iniciativa del Conde de Villacreces no puede ser considerada como una verdadera Caja al estar probada su condición de banquero privado y no siempre su condición filantrópica en cuanto característica principal unida a las Cajas de Ahorros⁸. Ade-

⁶ Respecto de los orígenes de las Cajas de Ahorros, vid., LAGARES CALVO, M.J., y NEIRA AGRA, J.M., "Diego Medrano y las Cajas de Ahorros Españolas", *Economistas*, núm. 98, 2003, p. 19, en donde describe la secuencia de hechos que conducen a la Real Orden de 3 de abril de 1835, sobre creación de Cajas de Ahorros. Igualmente, respecto de los orígenes de las Cajas de Ahorros, vid., PEE, núm.97, 2003, *in toto*, 287 pp., en donde se abordan los aspectos relativos al contexto histórico y económico del nacimiento de las Cajas de Ahorros, los modelos europeos en el origen de las Cajas españolas y por último, y en concreto, el origen de las Cajas de Ahorros españolas y las causas de su aparición tardía respecto de las Cajas europeas.

⁷ Para GONZÁLEZ MORENO, J.M., *Naturaleza y régimen jurídico de las Cajas de Ahorros*, 1983, p. 29, aquella puede considerarse como un primer esbozo de lo que luego serían las Cajas de Ahorros.

⁸ La Real Orden de 1835, la puso como ejemplo para la constitución de otras entidades de características similares, si bien, era el propio Conde de Villacreces el que acreditaba con su solvencia la garantía de la entidad y quien decidía sobre la aplicación de sus recursos, en tal sentido, cfr., TITOS MARTÍNEZ, M., *El sistema financiero en Andalucía, tres siglos de historia 1740-2000*, 2003, p. 21. Cfr., CASARES MARCOS, A., *La historia de las Cajas de Ahorros: origen y evolución*, 2000, pp. 118-120.

más de ello, su período de existencia fue muy breve, e incluso, cuando se funda con posterioridad la Caja de Ahorros de Jerez de la Frontera, ni siquiera se menciona a aquella como su precesora en el tiempo.

No obstante, pronto se constituyeron otras Cajas de Ahorros en Andalucía, como consecuencia de la Real Orden de 17 de abril de 1839, que de nuevo instaba a las autoridades provinciales a la creación de dichas entidades para fomentar el ahorro, y se crearon así, las Cajas de Ahorros de Granada, de Sevilla y de Cádiz. Todas éstas entidades andaluzas se regulaban fundamentalmente por sus propios Estatutos ya que no será hasta 1880, a través de la Ley de 29 de junio de dicho año, cuando el Gobierno se reserve la facultad de aprobar sus Estatutos y promueva nuevamente la instalación de Cajas de Ahorros en las provincias donde aún no hubieran sido constituidas; de ésta manera, será a partir de éste momento cuando se constituyan la mayoría de las Cajas de Ahorros que han existido en España, y en concreto, en Andalucía⁹.

En cualquier caso, las Cajas de Ahorros de Andalucía han constituido y constituyen un conjunto de entidades que se han caracterizado por su implicación con la sociedad andaluza a la que prestan y dedican su labor financiera y fundamentalmente, su labor social. Son esas características propias de las Cajas de Ahorros las que provocan que los beneficiarios de los excedentes distribuidos sean la propia sociedad y no los accionistas o cooperativistas como ocurre en el caso de los bancos o de las cooperativas de crédito, respectivamente. Asimismo, las Cajas de Ahorros nacen con la finalidad de fomentar el ahorro entre las clases medias y bajas de la sociedad y tendrán también como misión, la de evitar la exclusión financiera en los servicios financieros, entre otros.

Por todo ello, las Cajas de Ahorros andaluzas deben ser abordadas desde el prisma de su implicación con dicha Comunidad Autónoma, aunque sin llegar a admitir su actuación paralela y dirigida por los poderes públicos y en concreto del poder autonómico respectivo, y en nuestro caso del andaluz. Ello tiene su causa en la tradicional indefinición jurídica de las Cajas de Ahorros y en la carencia de propietarios en su seno organizativo, que en unos casos a través de la dirección política y en otros a través de la propia configuración orgánica, permitía una amplia mayoría política en sus órganos de go-

⁹ El modelo que se siguió para la constitución de la mayoría de las Cajas de Ahorros fue el de la Caja de Ahorros de Madrid debido fundamentalmente al éxito alcanzado por esta institución desde su mismo origen, que se encontraba unida al Monte de Piedad de Madrid.

bierno y por tanto, en las decisiones de las Cajas de Ahorros, como hemos de ver al analizar, en concreto, la regulación normativa de las Cajas de Ahorros de Andalucía.

a. Breve mirada histórica a la creación de las Cajas de Ahorros Andaluzas

Las Cajas de Ahorros andaluzas han sido muy numerosas a lo largo de la historia¹⁰, lo que se debe al propio ordenamiento jurídico favorecedor de la creación de dichas entidades que impulsó su creación desde el inicio mismo de su regulación (Real Orden de 3 de abril de 1835 y Real Orden de 17 de abril de 1839). Su aparición se debe en concreto, a la actuación de particulares, Diputaciones Provinciales, Ayuntamientos, Círculos de Obreros así como la Iglesia, fundamentalmente. Respecto del proceso de gestación en Andalucía, se pueden diferenciar las Cajas de Ahorros que se fundan en el siglo XIX frente a aquellas que lo hacen en el siglo XX, asumiendo éstas últimas un papel diferente respecto de aquel con el que inician su andadura. En efecto, si las Cajas que hacen su aparición en el siglo XIX tienen como misión fundamental el fomento del ahorro y la concesión de préstamos con garantía prendaría como vía de apoyo a las clases menos privilegiadas o pudientes por el contrario las Cajas de Ahorros del siglo pasado apuestan claramente por la inversión crediticia y por su consolidación como verdaderas instituciones financieras, olvidando o mejor dejando atrás, algunas labores típicas de su consolidación inicial.

Respecto de las Cajas de Ahorros que hacen su aparición en el Siglo XIX, se encuentran la Caja de Ahorros de Santa Rita de Granada, el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Sevilla, Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Cádiz, Caja de Ahorros del Circulo industrial de Jaén, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Jerez de la Frontera, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Málaga, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Linares, Caja de Ahorros del Fomento de las Artes de Granada, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Cádiz, Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Jaén, Caja de Ahorros del Casino de Artesanos de Jaén, Caja de Ahorros del Círculo Católico de Obreros de Granada, Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Granada y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Almería.

¹⁰ Hemos contabilizado un total de 26 Cajas de Ahorros fundadas en Andalucía, excluyendo del computo a la iniciativa del Conde de Villacreces de 1834, de las cuales sólo se mantienen actualmente un total de seis Cajas de Ahorros, habiendo desaparecido la mayoría, como hemos de ver, en virtud de su fusión con otras Cajas de Ahorros; si bien es cierto, que otras han desaparecido como consecuencia de su extinción y sólo una de ellas de vio afectada por una grave situación de crisis financiera.

De todas ellas sólo se mantienen actualmente la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba (CajaSur) así como el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Granada (La General). El resto de las Cajas de Ahorros que hemos enunciado desaparecieron en su mayoría y sólo algunas de ellas, como hemos de ver más adelante, participaron en procesos de fusiones.

Por su parte, las Cajas de Ahorros que se fundan en el siglo XX son la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Andujar, Caja de Ahorros y Préstamos de Antequera, Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda, Caja de Ahorros Provincial de Sevilla, Caja de Ahorros Provincial de Málaga, Caja de Ahorros Provincial y Monte de Piedad de Huelva, Caja de Ahorros Provincial de Córdoba, Caja de Ahorros Provincial de Granada, Caja de Ahorros Provincial de Jaén, Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla y Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda, Cádiz, Almería, Málaga y Antequera. De todas ellas sólo se mantienen actualmente, la Caja de Ahorros Provincial de Sevilla (San Fernando), la Caja de Ahorros Provincial de Jaén, el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla (El Monte) y el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda, Cádiz, Almería, Málaga y Antequera (Unicaja). El resto de las Cajas de Ahorros enunciadas desaparecieron en su mayoría como consecuencia de los procesos de fusión en los que participaron.

En relación con las entidades fundadoras de las Cajas de Ahorros actualmente existentes en Andalucía y siguiendo para ello un orden cronológico inverso a su creación, hemos de referirnos en primer lugar, al Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda, Cádiz, Almería, Málaga y Antequera (Unicaja), que se constituye en 1991 a raíz de un importante proceso de fusión entre todas ellas. El Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda se creó en 1909 a iniciativa de la Marquesa de Moctezuma, que así lo dejó establecido en su testamento. Esta entidad fue bastante floreciente y pronto se extendió su ámbito de actuación no sólo por Andalucía y en concreto, por Málaga, Cádiz y Jaén, sino que también llegó a tener una oficina abierta en Madrid y múltiples entidades en distintos lugares de Ciudad Real¹¹. Por su parte, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Cádiz nace igualmente de la iniciativa testamentaria de Don Diego Fernando Montañés en 1884, al que se unieron el cabildo catedralicio y también el propio Ayuntamiento¹². La Caja de Ahorros y Mon-

¹¹ Cfr., TITOS MARTÍNEZ, M., *El sistema financiero en Andalucía...*, op. cit., pp. 27-28.

¹² En Cádiz existió con anterioridad otra Caja de Ahorros que se debió a la iniciativa del propio ayuntamiento en 1845, sin que se conozcan realmente cuáles fueron las causas de su desaparición, en tal sentido, cfr., TITOS MARTÍNEZ, M., *El sistema financiero en Andalucía...*, op. cit., pp. 25-26.

te de Piedad de Almería se crea en 1900, por acuerdo del Obispo de la Diócesis Santos Zárate y Martínez valiéndose del legado testamentario de Doña Francisca Jiménez Delgado. Por su parte, la Diputación de Málaga fundó en 1949 la Caja de Ahorros Provincial de Málaga¹³, y finalmente, la Caja de Ahorros y Préstamos de Antequera se debe en 1904 a la iniciativa de dos clérigos que aunaron a la burguesía local de la zona en tal proyecto.

En segundo lugar, el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla (El Monte) surge en 1990 de la fusión de ambas entidades; el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Sevilla nace en 1842 gracias a la iniciativa de Don Francisco Moreno Zaldarriega¹⁴ y por su parte, la Caja de Ahorros Provincial y Monte de Piedad de Huelva aparece en 1949 siendo fundada por la Diputación Provincial de Huelva.

En tercer lugar, la Diputación Provincial de Jaén acordó en 1981 la creación de la Caja de Ahorros Provincial de Jaén, que se erige como la última de las Cajas de Ahorros fundadas en Andalucía y también en el resto de España, sin proceder de un previo proceso de fusión. No obstante, hubo numerosos intentos de creación de éste tipo de entidades que por diversas circunstancias quedaron frustrados¹⁵, sin embargo ello no quiere decir que en la provincia

¹³ En Málaga existieron también otras Cajas de Ahorros fundadas con anterioridad a ésta y nos referimos en concreto a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Málaga que se fundó en 1863, cuyos antecedentes históricos se sitúan unos años antes a través de la iniciativa de la Sociedad Económica de amigos del País (1846), y para la que fue decisiva la aportación económica que realizó Isabel II. Esta entidad desaparece en 1898 como consecuencia de diversas irregularidades, cfr., TITOS MARTÍNEZ, M., *El sistema financiero de Andalucía...*, op. cit., P. 23.

¹⁴ Cfr., TITOS MARTÍNEZ, M., *El sistema financiero de Andalucía...*, op. cit., pp. 22-23, en donde se refiere en concreto a esta última entidad que se funda el 18 de mayo de 1842, e inicia su actividad el 5 de agosto de ese mismo año, siendo muy importante su crecimiento, de forma que, ya en el año 1869 abre sucursales en Córdoba y en Huelva, y se considera que es la Caja de Ahorros más grande de Andalucía durante todo el siglo XIX. Esta entidad se convierte en entidad benéfica a través de las Reales Ordenes de 6 de noviembre de 1919 y de 13 de enero de 1920 y el 20 de marzo de 1922 entraron en vigor sus nuevos estatutos, de forma que puede afirmarse, que ésta nueva etapa en la que abandonan el régimen jurídico que las presidía como sociedades por acciones, puede considerarse como una nueva fundación de la entidad. Esta entidad continua su andadura hasta el año 1990, cuando se produce su fusión con la Caja de Ahorros Provincial de Huelva y nace, el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla, conocido comúnmente como El Monte.

¹⁵ En tal sentido pueden destacarse el Circulo Industrial y Caja de Ahorros de Jaén (1857-1866), que más bien debemos situarla a medio camino entre un casino obrero y una institución de ahorro popular y la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Linares (1879-1896) que debió su iniciativa a Don Francisco de Villanueva pero que debido a un desfalco quedó disuelta a los po-

de Jaén no operaran otras Cajas, ya que lo hacían las Cajas de Ahorros de Córdoba desde 1944 y las Cajas de Ahorros de Granada y de Ronda desde 1954¹⁶.

En cuarto lugar se encuentra la Caja de Ahorros Provincial de Sevilla (San Fernando), que se crea por acuerdo de la Diputación Provincial de Sevilla en 1930, pero que dos años más tarde se acuerda su disolución y que es reabierta posteriormente en el año 1937 a partir del cual se inicia su expansión hacia otras provincias limítrofes como Huelva y Cádiz¹⁷. Esta entidad participa posteriormente, en 1993 en un proceso de fusión por absorción a través del cual se integra en la Caja de Ahorros Provincial de Sevilla la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Jerez de la Frontera que había sido constituida en 1863 a iniciativa del Ayuntamiento. A partir de la referida operación se cambia la denominación por la de Caja de Ahorros Provincial de San Fernando de Sevilla y Jerez.

En quinto lugar debemos situar al Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Granada (La General), cuya fundación se atribuye a la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Granada en 1892. No obstante, con anterioridad a dicha fecha existieron otras Cajas de Ahorros que se debieron a la sociedad El Fomento de las Artes (1882-1884), a la iniciativa de Don José Aguilera (1881-1884), al Círculo Católico de Obreros de Granada (1891-1892) y en fechas más recientes, a la iniciativa de la propia Diputación Provincial (1975-1991), que fundó la Caja Provincial de Granada pero que en 1991 es absorbida por La General de Granada¹⁸.

En sexto y último lugar se encuentra la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba (CajaSur) cuya fundación se debe a la Iglesia Católica en 1878¹⁹. Dicha entidad es fundada por el Cabildo de la Catedral de Córdoba,

cos años de su constitución. Otras iniciativas fueron la Caja de Ahorros del Casino de Artesanos de Jaén (1892-1900) y la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Andujar (1903-1909), cfr., TITOS MARTÍNEZ, M., *El sistema financiero de Andalucía...*, op. cit., p. 25.

¹⁶ Cfr., TITOS MARTÍNEZ, M., *El sistema financiero de Andalucía...*, op. cit., p. 29.

¹⁷ Cfr., TITOS MARTÍNEZ, M., *El sistema financiero de Andalucía...*, op. cit. pp.28 y 23.

¹⁸ Cfr., TITOS MARTÍNEZ, M., *El sistema financiero de Andalucía...*, op. cit. p.26.

¹⁹ Cfr., TITOS MARTÍNEZ, M., *El sistema financiero de Andalucía*, pp. 24-25. En concreto, la aportación inicial del Cabildo de la Catedral de Córdoba a CajaSur fue de 500.000 reales de vellón que equivaldrían a unos 4000 millones de las antiguas pesetas, tal y como lo ha recogido, MARTÍN GARCÍA, M^a.M., "Régimen jurídico de las Cajas de Ahorro y autonomía confesional",

siendo ésta la única Caja de Ahorros andaluza de fundación eclesíastica, junto con la Caja de Ahorros de Burgos (Burgos-Castilla-León) creada en 1908 y la Caja de Ahorros de la Inmaculada (Zaragoza-Aragón), que se constituye en 1905; ambas son también de fundación eclesíastica, y se mantienen en la actualidad²⁰. La Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba absorbe en 1995 a la Caja Provincial de Córdoba que había sido fundada por la Diputación Provincial de Córdoba en 1953 y es a partir de dicha operación cuando comienza su denominación común como CajaSur.

en *La financiación de la libertad religiosa*, 2002, p.420. Dicho animo de liberalidad se ha visto compensado tradicionalmente con la concesión a los fundadores de las Cajas de Ahorros de grandes prerrogativas con relación al ente que se crea, las cuales se manifestaban en materias tales como la conformación de los estatutos (a la hora de determinar su organización, administración y gobierno) que sin embargo han ido mermando en razón fundamental a la actividad crediticia que desarrollan las Cajas de Ahorros y de la equiparación operativa y funcional con respecto a los Bancos. El camino para llegar a esa situación de progresiva restricción de la voluntad del fundador comenzó con el Real Decreto 2290/1977, de 27 de agosto, de regulación de los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros y continuó con la LORCA, en ese sentido, como ha señalado GONZALEZ MOERNO, J.M., *Naturaleza y régimen jurídico de las Cajas...*, op. cit., p. 185, “*la figura jurídica del fundador se agota en el momento de la perfección del negocio fundacional*”, aún cuando las Cajas de Ahorros de fundación eclesíastica sean las que más han mantenido dicha autonomía estatutaria hasta el momento actual.

²⁰ A lo largo de la historia de las Cajas de Ahorros han existido otras Cajas de Ahorros de fundación eclesíastica, muchas de las cuales han desaparecido al fusionarse con otra u otras Cajas de Ahorros. En ese sentido nos podemos referir a la Caja de Ahorros del Mediterráneo que absorbe en 1992 a la Caja de Ahorros de Alicante y de Valencia, si bien con anterioridad en 1990 ya había absorbido a la Caja de Ahorros de Torrent; en la Caja de Ahorros del Mediterráneo se mantienen como entidades fundadoras a la Diputación Provincial de Alicante y de Valencia y al Circulo Católico de Torrent. Asimismo, en 1985 se produjo la fusión de las dos Cajas de Ahorros de Ávila, la Central de Ávila y la General de Ávila para constituir la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Ávila las cuales fueron fundadas por el Consejo Diocesano de Acción Social Católica y por la Asociación de Misericordia, respectivamente. Otro ejemplo lo constituye Bancaja que surge del proceso de fusión entre las Cajas de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante en 1991, si bien hemos de resaltar que en 1989, la Caja de Ahorros de Valencia había absorbido a la Caja de Ahorros de Segorbe que había sido fundada por el obispo de la diócesis y que en 1993 Bancaja absorbe a la Caja de Ahorros y Socorro de Sagunto, que también había sido fundada por la Iglesia Católica. Asimismo, han sido también fundadas por la Iglesia Católica, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Cáceres en 1905 y la Caja de Ahorros de Plasencia en 1911, ambas Cajas de Ahorros se fusionaron en 1991 dando lugar a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Extremadura; por último, fue también fundada por la Iglesia Católica la Caja de Ahorros Popular de Valladolid en 1916, ésta entidad se integró en Caja España de Inversiones en 1990, que fue el resultado de la fusión de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de León, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Palencia y la Caja de Ahorros Provincial de Zamora con la Caja Provincial de Valladolid y con la Caja de Ahorros Popular de Valladolid.

Con todo lo expuesto se puede concluir que el origen fundacional de nuestras Cajas de Ahorros es diverso y que se debe fundamentalmente a la iniciativa privada o particular²¹ junto a las propias y respectivas Diputaciones Provinciales²², sin olvidar a la Iglesia Católica y a algunos Ayuntamientos y Cámaras de Comercio, fundamentalmente²³. Asimismo se advierte, que a través de las fusiones que se han protagonizado entre las Cajas de Ahorros se diluye, según nuestro parecer, la tradicional clasificación de las Cajas de Ahorros como entidades de naturaleza pública o privada en función de su origen fundacional²⁴, ya que conforme a lo expuesto, a través de la fusión se integran o se fusionan Cajas de Ahorros de diverso origen fundacional en la mayoría de las actuales Cajas de Ahorros existentes en Andalucía; ese es el caso de entidades tales como Unicaja, El Monte, San Fernando, La General y CajaSur²⁵.

²¹ Dentro de las Cajas de Ahorros de fundación privada se encuentran el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Cádiz, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Almería, la Caja de Ahorros y Préstamos de Antequera y el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Sevilla.

²² Dentro de las Cajas de Ahorros cuya fundación se atribuye a las Diputaciones Provinciales respectivas se encuentran, la Caja de Ahorros Provincial de Málaga, la Caja Provincial de Ahorros y Monte de Piedad de Huelva, la Caja de Ahorros Provincial de Jaén, la Caja de Ahorros Provincial de San Fernando de Sevilla, la Caja de Ahorros Provincial de Granada y la Caja Provincial de Ahorros de Córdoba.

²³ Por ese orden a la Iglesia se debe la fundación de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba; al Ayuntamiento se debe la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Jerez de la Frontera, que siguió en su configuración el modelo instaurado inicialmente para la configuración de la Caja de Sevilla en 1842 a través de una sociedad por acciones, y la misma fue declarada en suspensión de pagos en 1909, si bien una vez solventada aquella difícil situación se inicia para esta entidad una segunda etapa a partir de 1911, a través de la Real Orden de 26 de enero de 1911, que aprobó el plan de reorganización y supuso la reanudación de sus operaciones. La Caja de Ahorros de Jerez de la Frontera continua su existencia hasta el año 1993 que es adsorbida por la Caja de Ahorros de San Fernando de Sevilla, cfr., en tal sentido, TITOS MARTÍNEZ, M., *El sistema financiero de Andalucía...*, op. cit., p. 23-24; en último lugar a la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Granada se debe la fundación del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Granada.

²⁴ Cfr., TITOS MARTÍNEZ, M., "La creación de las Cajas de Ahorros. Motivaciones, protagonistas y evolución numérica", PEE, núm. 74-75, 1998, p. 309.

²⁵ Tradicionalmente han existido diferentes criterios para la clasificación de las Cajas de Ahorros, que se califican comúnmente como criterio dualista, unitario o ecléctico. En función del primero, las Cajas de ahorros serían públicas o privadas dependiendo de su origen fundacional público o privado, y dentro de los partidarios de dicha corriente podemos situar a MARTÍN RE-TORTILLO, S., *Crédito, Banca y Cajas de Ahorros*, 1975, p. 364 y ss.; En función del segundo de los criterios clasificadores, las Cajas de Ahorros serán todas públicas o todas privadas, y dentro de los

Respecto del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, hemos de señalar, como es sabido, que dicha circunstancia fundacional ha provocado numerosos enfrentamientos entre el gobierno central y el gobierno autonómico andaluz, lo que ha conllevado que aquel las haga depender directamente del Ministerio de Economía, argumentando para ello que en su regulación se encuentran sometidas a un Tratado Internacional (el concordato de 3 de enero 1979 sobre asuntos jurídicos)²⁶.

En tal sentido, la LMRSF en el apartado decimoquinto del artículo 8 modifica la disposición adicional segunda de la LORCA estableciendo que la aprobación de los Estatutos, de los Reglamentos que regulen la designación de los miembros de los órganos de gobierno y del presupuesto anual de la obra social será competencia del Ministerio de Economía cuando así lo acredite la Caja interesada ante el referido Ministerio. La modificación normativa introducida por la LMRSF tiene su causa en la Ley 15/1999, de 16 de diciembre de Cajas de Ahorros de Andalucía, y en concreto en su disposición adicional primera²⁷. En virtud de la normativa autonómica andaluza se introdu-

que sostienen su carácter unitario público podemos situar a GARCÍA TREVILJANO, *Tratado de Derecho Administrativo*, 1967, p. 1227 y SOSA WAGNER, *Organización y control del sector empresarial en España*, 1971, pp 40 y ss; entre los que sostienen el carácter unitario privado de las Cajas de Ahorros podemos situar a GONZÁLEZ MORENO, J. M., *Naturaleza y régimen jurídico de las Cajas...*, op. cit., p. 147, y en el mismo sentido, GUAITA., *Derecho Administrativo especial, Tomo III*, 1967, p. 158 y NÚÑEZ LAGOS, "Aspectos jurídicos del control administrativo sobre las entidades de crédito y ahorro privado", *RDP*, 1977, p. 4. En último lugar, en función del criterio ecléctico se viene sosteniendo que las Cajas de Ahorros deben clasificarse a raíz de su actividad y de su pertenencia al sector del crédito, y considerarlas como fundación-empresa de tipo mixto en los que se conjugan aspectos dotacionales y fundacionales, y en tal sentido podemos situar como partidario de dicha postura a FRAN I SAGUER, *Intervención administrativa sobre Bancos y Cajas de Ahorros*, 1992, pp. 131 y ss.

²⁶ En realidad existen un total de cinco acuerdos diferentes, que versan sobre la renuncia a la presentación de obispos y al privilegio del fuero de fecha de 28 de julio de 1976 y otros cuatro acuerdos de fecha de 3 de enero de 1979 sobre asuntos jurídicos, asuntos económicos, enseñanza y asuntos culturales, y asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y servicio militar de clérigos y religiosos. Es el acuerdo sobre asuntos jurídicos el que permite a la Iglesia la creación de fundaciones que se regirán por sus normas estatutarias y que gozarán de los mismos derechos y beneficios que los entes clasificados como de beneficencia privada (artículo 5.2).

²⁷ Así lo ha entendido CASARES MARCOS, A., "La unidad de régimen jurídico de las Cajas de Ahorros: las Cajas de fundación eclesiástica", *RAP*, núm.161, 2003, p. 433, al entender que la LMRSF constituye una aprobación ad hoc, para la resolución de un conflicto concreto que tiene su origen en las grandes polémicas suscitadas entre Cajasur y el gobierno autonómico andaluz y a su vez con el propio gobierno central.

ce el principio de proporcionalidad respecto de la representación en cada grupo de los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros, incluyendo por tanto, a las Cajas de fundación eclesiástica, y en concreto, y como ya hemos anticipado, a Cajasur²⁸. De esa manera, la composición, competencias, funcionamiento, representación y demás circunstancias que afectan a los órganos de gobierno quedan sometidas a la disciplina contenida en la Ley autonómica de Cajas de Ahorros.

El Gobierno de la Nación interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley andaluza (recurso de inconstitucionalidad núm. 453/2000), y en concreto contra los apartados 2 y 3 de la disposición adicional primera de la Ley 15/1999, de Cajas de Ahorros de Andalucía. Dicho recurso fue admitido a trámite por Providencia de 15 de febrero de 2000, y supuso la suspensión de los referidos apartados de la disposición adicional primera, así como del artículo 44.1, b, c, y f. Con posterioridad el Tribunal Constitucional en Auto 178/2000, de 13 de julio, mantiene la suspensión de los apartados 2 y 3 de la disposición adicional primera de la Ley 15/1999, al entender que su mantenimiento supone la pérdida para la Iglesia Católica de su posición relevante en los órganos de gobierno de Cajasur, y de esa forma “*en la toma de decisiones de tanta trascendencia como las de aprobar la fusión, disolución y liquidación de la Caja, así como la escisión o cesión global de activo y del pasivo o aprobar y modificar los Estatutos y Reglamentos de la Entidad*”. Esta línea de tratamiento diferenciado para las Cajas de Ahorros de fundación eclesiástica es la mantenida en la LMRSF, en los términos que ya han sido adelantados, y permite a las mismas el depender del Ministerio de Economía cuando así lo soliciten las Cajas interesadas ante el referido Ministerio²⁹.

²⁸ La disposición adicional primera de la Ley de Cajas de Ahorros de Andalucía establece que, “*1. En el 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 establecido en dichos Estatutos de 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 prevista en los artículos 57.2, 72.2, 82.1 y 45 de la presente Ley*”.

²⁹ En concreto, conforme a los Estatutos de CajaSur vigentes en el momento de la aprobación de la Ley 15/1999, de Cajas de Ahorros de Andalucía, la representación de la Iglesia Católica en los órganos de gobierno de la referida entidad en su condición de entidad fundadora es en la Asamblea General del 56%, frente a las Corporaciones Municipales cuya representación es del

b. Las Cajas de Ahorros andaluzas en el momento actual

En la Comunidad Autónoma de Andalucía, como ya hemos adelantado, existen actualmente un total de seis Cajas de Ahorros (la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba <CAJASUR>, la Caja General de Ahorros de Granada, la Caja Provincial de Ahorros de Jaén, el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda, Cádiz, Almería, Málaga y Antequera <UNICAJA>, el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla, y la Caja San Fernando de Sevilla y Jerez)³⁰ frente a las 14 que existían a principios de los años noventa, en concreto en 1988³¹. Es una de las autonomías que cuenta con un mayor número de Cajas de Ahorros, pues sólo Cataluña cuenta con un número superior de diez Cajas de Ahorros, y Castilla-León posee igualmente seis Cajas de

44%, de la Diputación Provincial de Córdoba de un 8%, de los impositores de un 44% y de los empleados de un 8%; en el Consejo de Administración la representación de la Iglesia Católica es de un 6%, de las Corporaciones Municipales es de un 4%, de la Diputación Provincial es de un 2%, de los impositores es de un 4% y de los empleados es de un 1%; por último en la Comisión de Control la representación de la Iglesia Católica es de un 3%, de las Corporaciones Municipales es de un 4%, de la Diputación Provincial es de un 1%, de los impositores es de un 1% y de los empleados es de un 1%. Conforme con la normativa autonómica que en su día se aprobó, su aplicación significaba un importante cambio en la composición de los órganos de gobierno de la referida entidad, y en concreto, suponía, que las Corporaciones Municipales pasaban a poseer una representación en la Asamblea General, en el Consejo de Administración así como en la Comisión de Control de un 56%, un 6% y un 3%, respectivamente; por su parte, la Junta de Andalucía tendría una representación en los referidos órganos de gobierno del 34%, del 3% y del 2%, respectivamente; la Iglesia Católica pasaba a tener una representación del 9%, del 1% y del 1%, respectivamente; la Diputación de Córdoba la tendría en un 5%, en un 1% y en un 1%; los impositores la tendrían en un 45%, en un 5% y en un 1%, y finalmente los empleados pasaban a poseer una representación del 2%, del 1% y del 1%, en los respectivos órganos de gobierno. Ello posibilitaba, sin duda, la adopción de acuerdos importantes en el seno de la referida entidad sin contar con el consentimiento de la Iglesia Católica frente a lo que había venido siendo tradicional.

³⁰ Las referidas Cajas de Ahorros poseen sus respectivas sedes sociales en Córdoba, en Granada, en Jaén, en Málaga, en Sevilla y en Sevilla.

³¹ Las Cajas de Ahorros andaluzas eran la Caja de Ahorros de Jerez, el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Sevilla, el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Cádiz, la Caja General de Ahorros y Monte de Piedad de Granada, el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Almería, la Caja de Ahorros y préstamos de Antequera, el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda, todas ellas de origen fundacional privado, frente a las de origen fundacional público entre las que se encontraban, la Caja Provincial de Ahorros de San Fernando, la Caja Provincial de Ahorros de Málaga, la Caja Provincial de Ahorros y Monte de Piedad de Huelva, la Caja Provincial de Ahorros de Córdoba, la Caja Provincial de Ahorros de Granada y la Caja Provincial de Jaén.

Ahorros³²; el resto de las autonomías posee un número inferior, en donde todas las Comunidades uniprovinciales cuentan con una sola Caja de Ahorros, excepto Baleares que cuenta con dos Cajas de Ahorros³³. El total de Cajas de Ahorros existentes en España es de cuarenta y seis, aun cuando la CECA actúa también como otra Caja de Ahorros más, sin perjuicio de sus funciones características en cuanto Caja de Cajas³⁴.

³² Las Cajas de Ahorros domiciliadas en Cataluña son la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (Caixa), la Caja de Ahorros de Cataluña, la Caixa D'estalvis de Girona, La Caja de Ahorros Comarcal de Manlleu, la Caja de Ahorros de Manresa, la Caja de Ahorros Layetana, la Caja de Ahorros de Sabadell, la Caja de Ahorros Provincial de Tarragona, la Caja de Ahorros de Terrasa y la Caixa D'estalvis del Penedés. Por su parte, las Cajas de Ahorros domiciliadas en Castilla y León son la Caja de Ahorros de Ávila, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad del Círculo Católico de Obreros de Burgos, la Caja de Ahorros Municipal de Burgos, Caja España de Inversiones, la Caja de Ahorros de Salamanca y Soria, y la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Segovia.

³³ Las Cajas de Ahorros de Baleares son la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de las Baleares con sede social en Palma de Mallorca y la Caja de Ahorros de Pollensa, que es la Caja de Ahorros más pequeña en relación con el conjunto de Cajas de Ahorros españolas y que mantiene una fuerte raíz local.

³⁴ Las Cajas de Ahorros españolas son la Caja de Ahorros del Mediterráneo (CAM) con sede en Alicante, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Ávila con sede en Ávila, el Monte de Piedad y Caja General de Badajoz con sede en Badajoz, la Caja D'estalvis y Pensions de Barcelona (Caixa) con sede en Barcelona, la Caixa D'estalvis de Catalunya con sede en Barcelona, la Bilbao Bizkaia kutxa (BBK) con sede en Bilbao, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad del Círculo Católico de Obreros de Burgos con sede en Burgos, la Caja de Ahorros Municipal de Burgos con sede social también en Burgos, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Extremadura con sede en Cáceres, la Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante con sede en Castellón, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba (CajaSur) con sede en Córdoba, la Caja de Ahorros de Galicia con sede en La Coruña, la Caja de Ahorros de Castilla La Mancha con sede en Cuenca, la Caja D'estalvis de Girona con sede en Girona, la Caja General de Ahorros de Granada con sede en Granada, la Caja de Ahorros Provincial de Guadalajara con sede en Guadalajara, la Caja Provincial de Ahorros de Jaén con sede en Jaén, Caja España de Inversiones con sede social en León, la Caja de Ahorros de la Rioja con sede en Logroño, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid con sede en Madrid, Unicaja con sede en Málaga, la Caixa D'estalvis Comarcal de Manlleu en Manlleu, la Caixa D'estalvis de Manresa con sede en Manresa, la Caixa D'estalvis Laietana con sede en Mataró, la Caja de Ahorros de Murcia en sede en Murcia, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Ontinyent en Ontinyent, la Caja de Ahorros de Asturias con sede en Oviedo, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de las Baleares con sede en Palma de Mallorca, la Caja Insular de Ahorros de Canarias con sede en Las Palmas de Gran Canaria, la Caja Ahorros y Monte de Piedad Navarra con sede en Pamplona, Caixa Pollensa en Pollensa, la Caixa D'estalvis de Sabadell con sede en Sabadell, la Caja de Ahorros de Salamanca y Soria (Caja Duero) con sede en Salamanca, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián con sede en San Sebastián, la Caja General de Ahorros de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife, la Caja de Ahorros de Santander y Cantabria con sede social Santander, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Segovia con sede en Segovia, la Caja Provincial de San Fernando de Sevilla y Jerez en sede en Sevilla, el Mon-

Se ha producido en este sentido una importante reducción cuantitativa del número de Cajas de Ahorros en Andalucía en pocos años. La causa principal se puede encontrar en los numerosos procesos de fusión a que se han visto sometidas dichas entidades y en las que han participado exclusivamente las Cajas de Ahorros de la propia Comunidad, en lo que podemos calificar como fusiones interautonómicas frente a las fusiones extraautonómicas de Cajas de Ahorros domiciliadas en distinta Comunidad Autónoma. Fusiones de ésta última naturaleza no se han realizado aún en nuestro país frente a los numerosos procesos de fusiones interautonómicas producidos en el sector de las Cajas de Ahorros y que han supuesto la desaparición de un número considerable de Cajas de Ahorros frente a su elevado número en etapas o épocas anteriores³⁵. En tal sentido, Andalucía ha sido la Comunidad Autónoma en la que se ha producido el mayor grado de concentración de Cajas de Ahorros a través de la técnica jurídica de la fusión, en la que se han realizado cinco procesos de fusión produciéndose el mayor de los mismos en 1991 con la integración de cinco Cajas de Ahorros en Unicaja; fusión ésta última, a la que nos referiremos a continuación, al centrarnos en los procesos de fusión realizados en Andalucía.

te de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla con sede también en Sevilla, la Caixa D'estalvis de Tarragona con sede en Tarragona, la Caixa D'estalvis de Terrasa con sede en Terrasa, la Caixa de Ahorros de Vigo, Ourense e Pontevedra (Caixa Vigo) con sede en Vigo, la Caixa D'estalvis del Penedés con sede social en Villafranca del Penedés, la Caja de Ahorros de Vitoria y Álava (Caja Vital Kutxa) con sede en Vitoria, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja (Ibercaja) con sede en Zaragoza y la Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón (CAI) con sede también en Zaragoza.

³⁵ Las Cajas de Ahorros han tenido una gran tradición en nuestro país y así desde que en el año 1838 se fundara la Caja de Ahorros de Madrid, su proliferación fue considerable; hasta el año 1900 se fundaron un total de 66 Cajas de Ahorros de las cuales sólo once desaparecieron por diferentes causas, y su instauración se centró en Cataluña y Valencia con un total de catorce Cajas de Ahorros cada una de ellas y también en Andalucía con seis Cajas de Ahorros frente a Castilla y León y Galicia con cinco Cajas de Ahorros cada una, la región Vasco-Navarra con cuatro Cajas de Ahorros, Aragón con tres, Extremadura con dos y Madrid, Asturias y Santander con una sola Caja de Ahorros, sobre estos aspectos, cfr., TITOS MARTÍNEZ, M., "La creación de las Cajas de Ahorros: motivaciones, protagonistas y evolución...", op. cit., pp. 314-318, en donde afirma además, que hasta el año 1939 no se puede conocer muy bien cuales fueron las Cajas de Ahorros que se crearon o desaparecieron, aun cuando no han faltado autores que sostienen la existencia de hasta un total de 193 Cajas de Ahorros operando en España en 1926. Asimismo sostiene que entre 1940 y 1997 se han creado en España un total de 37 nuevas Cajas de Ahorros, aún cuando algunas de ellas procedan de procesos de fusiones entre Cajas de Ahorros previamente existentes, de manera que de la fusión nace una nueva entidad pero supone a su vez la desaparición de las Cajas fusionadas o bien de las absorbidas, y por ello las Cajas de nueva creación fueron realmente 20 Cajas de Ahorros. De hecho la última Caja de Ahorros constituida de forma originaria, es decir, sin provenir de un proceso de fusión es una Caja de Ahorros andaluza, en concreto, nos referimos a la Caja de Ahorros Provincial de Jaén que se constituye en 1981.

No obstante la disminución cuantitativa desde el punto de vista cualitativo de las Cajas de Ahorros andaluzas, éstas merecen un lugar destacado tanto dentro de la economía en general, como de la Comunidad Autónoma en particular. Y es que con carácter general, aún habiéndose superado las limitaciones legales a la libre expansión geográfica y operativa, dichas entidades desarrollan su labor fundamentalmente en el entorno andaluz y así, no resulta extraño que la Caja San Fernando tenga presencia en cuatro provincias andaluzas (Sevilla, Cádiz, Huelva y Córdoba) a través de sus más de 360 oficinas y ninguna fuera del ámbito autonómico andaluz, aún cuando dicha situación no sea predicable del conjunto de Cajas de Ahorros andaluzas, pues algunas de ellas, como Unicaja se han expandido fuera del propia Comunidad Autónoma a través de la técnica de apertura de nuevas oficinas. La referida entidad financiera es la que cuenta con el mayor número de oficinas de todas las Cajas de Ahorros andaluzas, las cuáles ascienden ya a un total de 801 oficinas, que se encuentran en su mayoría en Andalucía, aunque existen más de 100 oficinas abiertas fuera de dicha Comunidad Autónoma.

En el mismo sentido, y en su política de expansión por la zona del Mediterráneo, CajaSur ha inaugurado recientemente oficinas en la provincia de Valencia (en la capital) y de Barcelona (Tarrasa y Hospitalet de Llobregat), por lo que dicha entidad cuenta con un número elevado de oficinas que asciende a 450 sucursales distribuidas por siete Comunidades Autónomas (Andalucía, Extremadura, Madrid, Castilla-La Mancha, Murcia, Valencia y Cataluña). Dentro del ámbito autonómico andaluz CajaSur posee la presencia más significativa en Córdoba, como es de suponer, y después en las provincias de Jaén y de Málaga. Por su parte, la Caja General de Ahorros de Granada cuenta con más de 400 sucursales, con casi el 100% de su red ubicada en Andalucía, si bien es cierto que, en los últimos años se ha producido su expansión hacía Madrid, Barcelona y Melilla, fundamentalmente. Asimismo, El Monte continua con su política de expansión a través de la apertura de nuevas oficinas y anunció recientemente la apertura de 16 nuevas oficinas, con lo que su número total ascenderá a casi 400 oficinas. Dichas oficinas se encuentran expandidas fundamentalmente en Andalucía (en Almería, Huelva, Málaga, Loja –en Granada- y Martos –en Jaén), y el resto está en Cataluña, en concreto en Barcelona (dos sucursales en El Prat de Llobregat y en Santa Coloma de Gramanet), Madrid, Extremadura y Castilla-La Mancha. La Caja de Ahorros andaluza que cuenta con un menor número de oficinas es la Caja de Ahorros Provincial de Jaén que sólo alcanza a una treintena.

Con carácter general las Cajas de Ahorros intentan la apertura de sus oficinas en Madrid o Barcelona (en las grandes ciudades) e igualmente se observa como tendencia en las Cajas de Ahorros que la apertura de oficinas co-

mienza generalmente en las Comunidades limítrofes, sin descuidar lógicamente la Comunidad de origen en la que mantienen casi siempre la mayor proporción de sucursales (a esos efectos, Unicaja, la General y Cajasur, están presentes en todas las provincias andaluzas, si bien es Unicaja la que posee una representación mayor)³⁶. Tradicionalmente sólo dos Cajas de Ahorros (Caixa y Caja Madrid) podrían considerarse con clara vocación nacional, aunque existan algunas más que actualmente también han conseguido prácticamente su implantación a nivel nacional.

Como anunciamos con anterioridad, las fusiones de las Cajas de Ahorros andaluzas se realizaron todas ellas en la década de los noventa y partir de esos momentos parece que el auge de las fusiones se ha visto ralentizado, en general también, para el conjunto de las Cajas de Ahorros; por el contrario, la estrategia a partir de esos momentos ha consistido más bien en la adquisición de redes bancarias, a través de las cuales se ha incrementado notablemente el número de sucursales de las Cajas de Ahorros, aún cuando recientemente, sólo han sido treinta y nueve nuevas oficinas las que se han creado como consecuencia de dicho procedimiento en el año 2001 y ninguna en 2002³⁷. A través de ésta técnica algunas Cajas de Ahorros foráneas han aumentado su presencia en la Comunidad Autónoma (así por ejemplo, la Caixa adquiere al Banco Granada Jerez, lo que le ha supuesto ampliar sus redes de sucursales en ésta Comunidad, Caja Madrid es también otra entidad que pretende ampliar sus sucursales Andalucía) y con ello se ha aumentado del mismo modo el grado de competencia entre las diferentes entidades, que como sabemos, estaba tradicionalmente impedida entre Cajas de Ahorros, por las limitaciones geográficas a la expansión de las mismas.

La adquisición por las Cajas de ahorros de redes bancarias, viene planteando desde hace ya algún tiempo la asimetría imperfecta que se produce entre las referidas Entidades de Crédito, al no poder hacer lo mismo los bancos respecto a las Cajas de Ahorros. Siendo ello cierto, no es menos cierto también, que los propios bancos son benefactores de tal situación, ya que las adquisiciones se han limitado a pequeñas entidades bancarias, algunas prácticamente inactivas, y con el beneplácito de las entidades bancarias.³⁸

³⁶ Cfr., MEDEL CÁMARA, B, y DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J.M., "Las Cajas de Ahorros andaluzas: evolución reciente y situación actual", *Boletín económico de Andalucía*, núm. 19, 1995, p. 185.

³⁷ Cfr., ANDUJAR AUGUSTÍN, C., y SERRANO MARTÍNEZ, R., "Red de oficinas y cuota de mercado de las Cajas de Ahorros", *Economistas*, núm. 98, 2003, p. 127.

³⁸ Cfr., SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "Las modificaciones en el régimen jurídico de las Cajas de Ahorros", en *Comentario a la Ley 44/2002, de 22 de noviembre...*, op. cit., p. 444.

Las Cajas de Ahorros andaluzas se han tenido que preparar así, para esa fuerte amenaza que puede suponer la penetración de otras entidades en su Comunidad Autónoma a través de diversas técnicas (apertura de nuevas oficinas, adquisición de redes bancarias) y una de las estrategias que se han seguido ha consistido en la realización de operaciones de fusión entre Cajas de Ahorros (fusiones defensivas), lo que les ha permitido a su vez adquirir una mayor dimensión, planteándose incluso, la necesidad de una Caja única en la región, que por el momento ha resultado un intento fallido que había sido planteado por el propio gobierno andaluz. La afirmación anterior respecto de la penetración en Andalucía de Cajas foráneas podemos sostenerla a partir de los datos reales de los que disponemos de oficinas de Cajas de Ahorros foráneas instaladas en Andalucía. A esos efectos en el año 2000 las Cajas de Ahorros con sede social en Andalucía tenían 2287 oficinas tanto dentro como fuera de la Comunidad Autónoma, mientras que en Andalucía había un total de 2772 oficinas de Cajas de Ahorros, de las que casi 500 oficinas corresponderían a Cajas foráneas³⁹.

Respecto de las operaciones concretas de fusión que se han realizado, como ya hemos señalado con anterioridad, fue en la década de los noventa en la que se protagonizaron los mayores procesos de fusión. Así, en 1990 se fusionaron la Caja Provincial de Ahorros y Monte de Piedad de Huelva con el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Sevilla para crear el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla⁴⁰. La Caja Provincial de Huelva adolecía de ciertas dificultades financieras para cubrir sus niveles de solvencia y por ello se recurrió a la fusión con la Caja de Ahorros de Sevilla que se encontraba en una mejor situación financiera.

En 1991, la Caja General de Ahorros y Monte de Piedad de Granada se fusiona con la Caja Provincial de Granada dando como resultado la Caja de

³⁹ Cfr., TITOS MARTÍNEZ, M., *El sistema financiero en Andalucía...*, op. cit., p. 34. A partir de 1991 el número de oficinas de las Cajas de Ahorros de Andalucía comienza a ser inferior al número de oficinas de Cajas de Ahorros existentes en la Comunidad Autónoma, con lo cual resulta evidente que el total de oficinas de las Cajas de Ahorros andaluzas abiertas fuera de la propia Comunidad es inferior al número de oficinas de Cajas de Ahorros abiertas en Andalucía por Cajas de Ahorros pertenecientes a otras Comunidades Autónomas.

⁴⁰ Vid., la Orden de 12 de junio de 1990 (BOJA núm. 54, de 29 de junio), de la Consejería de Hacienda y Planificación de la Junta de Andalucía, que autoriza la fusión por creación, aprueba los estatutos propuestos por las Cajas fusionadas y ordena la inscripción de la nueva Caja de Ahorros en el Registro de Cajas de Ahorros.

Ahorros y Monte de Piedad de Granada⁴¹. A través de la referida operación de fusión por absorción de la General respecto de la Caja provincial de Granada se saldó igualmente la difícil situación financiera que atravesaba ésta última entidad.⁴²

También en 1991 el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Almería, Ronda, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Cádiz, la Caja de Ahorros Provincial de Málaga así como la Caja de Ahorros y Préstamos de Antequera se fusionan y se crea el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Almería, Ronda, Cádiz, Málaga y Antequera –Unicaja⁴³. Éste ha sido el proceso de fusión de mayor envergadura de los realizados en Andalucía que implicó a un número considerable que entidades, lideradas por la Caja de Ronda, y que sumaban en el momento de la fusión el 40% de los empleados, oficinas, activos y beneficios generados por la totalidad de las Cajas de Ahorros andaluzas⁴⁴.

En 1993 comenzaron los trámites para la fusión de la Caja de Ahorros de San Fernando y de la Caja de Ahorros de Jerez para crear la Caja de Ahorros de San Fernando que fue una realidad en agosto de 1994⁴⁵. Ambas Cajas de

⁴¹ Vid., la Orden de 20 de diciembre de 1990 (BOJA núm. 4 de 18 de enero), que autoriza la fusión por absorción, aprueba el cambio de denominación social, así como las modificaciones a los Estatutos sociales y el Reglamento de procedimiento regulador del sistema de designación y elección de los miembros de los órganos de gobierno y que finalmente ordena también su inscripción en el Registro de Cajas de Ahorros.

⁴² Cfr., GARCÍA ROA, J., “Pautas de comportamiento estratégico reciente de las Cajas de Ahorros andaluzas”, *Revista de Estudios Regionales*, núm. 47, 1997, p. 97, en donde señala que dicha fusión recibió una ayuda del fondo de garantía de depósitos de las Cajas de Ahorros de 2000 millones de pesetas a tipo cero mediante la suscripción de obligaciones subordinadas perpetuas.

⁴³ Vid., la Orden de 13 de marzo de 1991 (BOJA núm.20, de 15 de marzo), que autoriza la fusión, su denominación, la aprobación de los Estatutos y del Reglamento de procedimiento regulador del sistema de designación y elección de los órganos de gobierno, así como su inscripción en el Registro de Cajas de Ahorros.

⁴⁴ Cfr., GARCÍA ROA, J., “Pautas de comportamiento estratégico reciente de las Cajas de Ahorros...”, op. cit., p.92.

⁴⁵ Cfr., MEDEL Y CÁMARA, B., y DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ; J.M., “Las Cajas de Ahorros andaluzas: evolución reciente y situación actual”, *Boletín Económico de Andalucía*, núm. 19, 1995, pp. 176 y 181. Asimismo, vid., la Orden de 15 de abril de 1993 (BOJA núm. 42 y 43 de 24 y 27 de abril), de la Consejería de Economía y Hacienda que autoriza la absorción, aprueba el cambio de denominación social, y las modificaciones a los Estatutos sociales y al Reglamento del procedimiento regulador de designación y elección de los miembros de los órganos de gobierno de la entidad absorbente, y que acuerda proceder a la inscripción de la referida entidad en el Registro de Cajas de Ahorros.

Ahorros poseían una dimensión parecida pero eran diferentes en cuanto a actividad y rentabilidad, por lo que la Junta de Andalucía y el propio Banco de España animaron a Caja de Jerez para su integración en la Caja de San Fernando de Sevilla.

Por último, en 1994 comenzaron los trámites para la fusión por absorción de la Caja Provincial de Ahorros de Córdoba por el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, operación ésta que culmina en 1995 y que constituye la última operación de fusión realizada entre Cajas de Ahorros en la Comunidad Autónoma de Andalucía⁴⁶. De esa forma, la única Caja de Ahorros andaluza que no ha participado en una operación de fusión ha sido la Caja de Ahorros Provincial de Jaén.

A través de dichas fusiones interautonómicas se ha producido una recomposición importante de mapa autonómico andaluz de Cajas de Ahorros aunque se especula desde hace algún tiempo con la posibilidad de nuevas operaciones de fusión, para afrontar fundamentalmente el reto de la dimensión de las Cajas de Ahorros;⁴⁷ aún cuando las Cajas andaluzas son solventes, están tecnológicamente avanzadas y poseen un importante arraigo en sus respectivos ámbitos de actuación como para no tener que recurrir a nuevas operaciones de fusión. No obstante, entendemos como ha sostenido la doctrina, que ello se debe en gran parte a los procesos de fusión que se han realizado, pues las fusiones han sido indispensables en orden a racionalizar el sistema de Cajas de Ahorros andaluzas⁴⁸.

⁴⁶ Vid., la Orden de 29 de diciembre de 1994 (BOJA núm. 4 de 12 de enero), de la Consejería de Economía y Hacienda que autorizó la fusión por absorción, aprobó el cambio de denominación social, las modificaciones de sus Estatutos sociales y del Reglamento de procedimiento regulador del sistema de designación de los órganos de gobierno de la entidad absorbente. En cuanto a los objetivos concretos que se señalaron para esta operación de fusión por absorción del Monte de Córdoba de la Caja Provincial de Córdoba, cfr., RODERO FRANGANILLO, A., "Las fusiones de Cajas de Ahorros: el caso de las Cajas cordobesas", IX Reunión de Asepelt España, 1995, p. 117, que recoge los relativos a la permanencia de una Caja cordobesa, la ampliación de los campos de actuación a operaciones de mayor dimensión, la mejora de la competitividad y de la capacidad de gestión, el proporcionar mayores oportunidades a los empleados y ampliar la cooperación con las administraciones públicas.

⁴⁷ Se ha especulado con la posible fusión de las Cajas de Ahorros sevillanas, así como con la fusión de la Caja General de Granada y la de Jaén, vid., Diario Expansión de 30 de mayo de 2000.

⁴⁸ Cfr., RODERO FRANGANILLO, A., "Las fusiones de Cajas de Ahorros: el caso de las Cajas cordobesas", op. cit., p.113.

Los objetivos principales que se persiguieron a través de las operaciones de fusión realizadas fueron esencialmente económicos, los cuales han sido sintetizados diferenciando la mejora de la competitividad de las instituciones en el marco de la integración europea, el incremento de la eficiencia, la reducción de coste unitarios, el fortalecimiento de la posición en el propio mercado como mecanismo defensivo, la consecución de una mayor cuota de mercado consiguiendo economías de escala y permitiendo acceder a operaciones y actividades que exigen un mayor tamaño que se consigue a través de la fusión, la racionalización y especialización de la red de sucursales y la reestructuración de las Cajas que se fusionan, optimizando los procesos productivos⁴⁹; por todo ello, la fusión se ha presentado como vía adecuada para solucionar muchas situaciones difíciles las Cajas de Ahorros andaluzas. Y es que en realidad en todas las fusiones practicadas participó alguna Caja de Ahorros con problemas de solvencia, e incluso, ya habían sido animadas a fusionarse algunas de ellas por las autoridades monetarias y por el Fondo de Garantía de Depósitos⁵⁰.

No obstante muchos de esos objetivos que han servido, en general, a todas las Cajas de Ahorros para justificar las operaciones de fusión pueden ser cuestionados, y así sucede con el tamaño de las Cajas de Ahorros, que no siempre es condición necesaria para acceder a nuevas operaciones o para alcanzar una mayor cuota de mercado, puesto que en realidad, no existe un tamaño óptimo para las Cajas sino que éste dependerá de cada estrategia concreta que se pretenda desarrollar, de la clientela a la que se pretenda acceder, de las líneas de negocio que se deseen obtener o de los ámbitos territoriales que se quieran cubrir. Y por ello no está demás señalar que, las Cajas de Ahorros han actuado tradicionalmente en mercados geográficos localizados, en donde el

⁴⁹ Cfr., BENEROSO DÁVILA, I., "Las Cajas de Ahorros en el marco de la economía andaluza", *Boletín Económico de Andalucía*, núm. 19, 1995, p.165. En la misma línea, vid., TERRÓN MUÑOZ, F., "En torno a las fusiones de las Cajas de Ahorros andaluzas", *Revista de Estudios Andaluces*, núm. 12, 1989, pp. 64 y 66, quien resalta las relativas a la reducción de costes, racionalización de las redes de sucursales y prestación de servicios a costes competitivos, obtención de economías de escala o economías de alcance, diversificación de riesgo, así como la fusión como mecanismo para evitar la entrada a posibles competidores.

⁵⁰ Cfr., GARCÍA ROA, J., "Pautas de comportamiento estratégico reciente de las Cajas de Ahorros...", op. cit., p.108, que lo excepciona respecto de la fusión de las Cajas cordobesas y que sostiene que todas las fusiones estuvieron lideradas por una Caja de Ahorros más rentables o más fuerte o de mejor posición en términos de dimensión, por lo que a través de la fusión se pretendía afianzar su posición, a través de procesos de fusión con entidades con dificultades o con menor tamaño, pero bien implantadas en su zona de actuación.

tamaño no ha sido siempre un factor condicionante de su estrategia competitiva. Por el contrario, las Cajas de Ahorros pequeñas han podido permanecer en el mercado debido en parte al gran conocimiento de dicho entorno en el que se encuentran especializadas, y ese puede ser el caso de la Caja de Ahorros Provincial de Jaén en comparación con las demás Cajas de Ahorros andaluzas.

A parte de dichas motivaciones económicas, las fusiones entre las Cajas de Ahorros andaluzas se ha realizado partiendo del principio básico del mantenimiento del empleo y de la no movilidad del personal, y por supuesto, una vez resueltos algunos de los agentes obstaculizantes de las mismas como han sido, los órganos electivos (Presidente, Consejo de Administración y Asamblea General) la tecnoestructura (altos y medios mandos directivos, sin olvidar las negociaciones con sindicatos y comités de empresa) y los intereses económicos y políticos del territorio en que se desarrollan las actividades de las Cajas que se van a fusionar (locales o provinciales)⁵¹. Resulta destacable a los efectos señalados, que no obstante los procesos de fusiones realizados el número de empleados de las Cajas de Ahorros no ha resultado reducido sino que por el contrario ha crecido permanentemente⁵² y es que la Ley 15/1999, de Cajas de Ahorros de Andalucía ha regulado expresamente que, la fusión deberá favorecer la consecución de los principios generales de actuación que rigen la actuación de las Cajas de Ahorros entre los que se incluye el fomento del empleo (artículos 14 y 3 de la Ley 15/1999).

Desde el punto de vista jurídico, la fusión exige también el cumplimiento de un procedimiento ordenado e imperativo en atención a los efectos jurídicos excepcionales que con la misma se producen y que en gran medida son igualmente determinantes de su elección frente a otros institutos jurídicos dis-

⁵¹ A todos ellas se ha referido TERRÓN MUÑOZ, F., "En torno a las fusiones de las Cajas de Ahorros andaluzas", op. cit., p. 66.

⁵² A nivel nacional el número de empleados de las Cajas de Ahorros siempre ha sido creciente en comparación con otras entidades financieras (bancos), si bien en Andalucía, aún cuando el crecimiento ha sido constante ha sido también menor en comparación con el conjunto de Cajas de Ahorros españolas. En un orden decreciente, la entidad que cuenta con un número más elevado de empleados es Unicaja que asciende a 4150 empleados, le sigue CajaSur con número de empleados de 2211, en tercer lugar se encuentra la Caja de San Fernando con un total de 2084 empleados, en cuarto lugar se encuentra La General con 2049 empleados, en quinto lugar está el Monte con 1982 empleados y en último la Caja Provincial de Jaén con 133 empleados. Los datos son los correspondientes al año 2000 y han sido recogidos por TITOS MARTÍNEZ, M., *El sistema financiero en Andalucía...*, op. cit., p. 34 y pp. 88-89.

tintos, que pueden servir para conseguir unos objetivos económicos similares pero no los efectos propios que el ordenamiento jurídico otorga a la fusión entre Cajas de Ahorros: sucesión a título universal y disolución sin liquidación como consecuencia de aquella, manteniéndose siempre el fin institucional propio de las Cajas, en el que entendemos que, debe quedar incluido el mantenimiento de las obras sociales a que se dedicaban las Cajas de Ahorros participantes en la operación de fusión. Ello ha estado presente en algunos procesos de fusión realizados en los que se han constituido fundaciones específicas para mantener de forma diferenciada la obra social de las Cajas de Ahorros participantes en la fusión, o bien han supuesto la inclusión de reglas para la territorialización de la obra social de la Caja que surge de la fusión⁵³.

Junto a la fusión, la LMRSF abre ahora nuevas posibilidades de actuación conjunta para las Cajas de Ahorros, dichas alianzas se presentan como vías óptimas frente al auge de las fusiones entre Cajas de Ahorros de etapas recientes. No obstante, la colaboración entre Cajas de Ahorros no es una medida nueva introducida por la LMRSF, aunque tal vez sea una medida que sirva para potenciar la colaboración entre Cajas de Ahorros ubicadas en la misma o en distinta Comunidad Autónoma. A tal efecto, la LMRSF introdujo un nuevo apartado quinto al artículo 31 de la LORCA, que en su virtud sanciona la posibilidad de que las Cajas de Ahorros puedan establecer mediante resolución de su Consejo de Administración, acuerdos de colaboración o cooperación y alianzas con otras Cajas de Ahorros.

Junto a esta medida, se modifica también el artículo 19 de la LORCA, que con carácter básico, ha previsto la delegación de facultades de gestión del Consejo de Administración en los órganos de gobierno de las entidades que constituyan y articulen alianzas entre Cajas de Ahorros, o en el seno de la propia CECA, para reducir los costes operativos de las entidades que se integren, para aumentar su eficiencia o también, para participar con volumen suficiente en los mercados internacionales de capital. En definitiva, se trata de una delegación excepcional de facultades a favor de órganos de gobierno ajenos a la propia Caja y que por tanto, es diferente de la delegación de facultades recogida en el artículo 20 de la LORCA, relativa a la delegación de facultades del Consejo de Administración en Comisiones ejecutivas del propio Consejo o en el Director General.

⁵³ Cfr., VALERO, F.J., (Coord), "La experiencia internacional en el cambio de las Cajas de Ahorros", en *Presente y futuro de las Cajas de Ahorros*, Analistas Financieros Internacionales (Dir.), 2003, p.318.

La exclusión de la competencia entre las Cajas de Ahorros debido al régimen jurídico limitativo de la expansión territorial, propició un clima apto para el desarrollo de técnicas de colaboración entre Cajas de Ahorros, que se ha desarrollado no sólo a través de organismos nacionales sino también a través de organismos internacionales (CECA, Instituto Internacional de Cajas de Ahorros, Agrupación Europea de Cajas de Ahorros, o de Federaciones de Cajas de Ahorros,...), y que les han permitido paliar los problemas derivados, a veces, de su escaso tamaño y reducida dimensión⁵⁴. Sin lugar a dudas, la CECA ha desempeñado una importante labor tanto en los aspectos relativos a la representación de las Cajas de Ahorros confederadas como en los relativos a la promoción de servicios para las mismas⁵⁵, destacando además, su actuación como entidad financiera de las Cajas desde el año 1971 en el que desaparece el Instituto de Crédito de las Cajas de Ahorros, que había sido creado por el Estatuto de 1933⁵⁶.

El Real Decreto 2290/1977, delimitó claramente cuáles eran las finalidades de la CECA y sus órganos de gobierno y fue la LORCA la que supuso un cambio importante en los aspectos relativos a su organización (limitando la reelección de los cargos y la retirada del director general de los órganos de gobierno). Si bien, debe destacarse especialmente la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social de 27 de diciembre de 2001, que reformó el régimen jurídico de la CECA (artículo 29 LORCA), al permitir que en adelante, sus órganos de gobierno se rijan por sus Estatutos para evitar la aplicación de la LORCA a la Confederación, que es en realidad, una asociación de Cajas y no una Caja de Ahorros propiamente dicha.

⁵⁴ En tal sentido, la CECA les ha proporcionado a las Cajas de Ahorros servicios operativos importantes, a través de la red SICA, o también en aspectos relacionados con los nuevos medios de pago y los nuevos canales de distribución.

⁵⁵ Cfr., COMIN, F., “La Confederación Española de Cajas de Ahorros: asociación representativa, Caja de Cajas y proveedora de servicios (1928-2003)”, *Economistas*, núm. 98, 2003, “Las Cajas de Ahorros en España”, pp. 36-45.

⁵⁶ La Ley de Ordenación y Régimen del Crédito Oficial, de 19 de junio de 1971, supuso la desaparición de ICCA, y con ello, el traspaso de sus funciones de alta dirección, control e inspección al Banco de España, de manera que los servicios que aquel desempeñaba para las Cajas de Ahorros pasan a la CECA, a la que se atribuyen entre otros, la adquisición y negociación de valores y la inversión de fondos por cuenta ajena, si las Cajas lo solicitan, facilitar el giro y transferencia de fondos y libretas entre las Cajas, actuar como agencia subsidiaria de las Cajas en las imposiciones y reintegros de la clientela de aquéllas, conceder préstamos a las Cajas.

No obstante, la evolución legislativa de las Cajas de Ahorros hacía su plena equiparación con el resto de Entidades de Crédito, así como la competencia entre Cajas de Ahorros han determinado que ese clima apto para la colaboración entre Cajas de Ahorros en el seno de la CECA haya pasado a un clima de mayor confrontación, al que se une la existencia de federaciones regionales de Cajas de Ahorros con intereses diferentes. Las discrepancias se han planteado en torno a los servicios a demandar de la CECA, en donde las pequeñas y medianas entidades reclamaban más servicios operativos y financieros frente a las grandes Cajas de Ahorros que no querían la competencia de la propia Confederación y participar en la financiación de servicios que no demandaban. Parece por tanto, que las divergencias se plantearon en torno a su función de banca al por mayor y no en los aspectos relativos a la representación de las Cajas de Ahorros. Dicha situación supuso la distribución de sus funciones en tres áreas diferenciadas: asociativa, operativa y financiera, destacándose especialmente su labor en el desarrollo tecnológico y en la prestación de servicios operativos y financieros, lo que ha determinado que se haya afirmado incluso, la posible existencia de fusiones virtuales, esto es, aquellas que permiten aprovechar las economías de escala a través de los servicios proporcionados por la CECA, sin que la fusión se produzca realmente. Ello podría hacerse a través de la creación de servicios nuevos pero comercializados por separado por las diferentes Cajas de Ahorros.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía la Ley 15/1999 regula de forma más detallada los fines y el funcionamiento de la Federación de Cajas de Ahorros de Andalucía (artículos 91-101), que es un órgano de cooperación institucional cuya finalidad es propiciar la coordinación en la operatoria de las Cajas de Ahorros, potenciar la imagen de las mismas y facilitar la cooperación para una mejor prestación de servicios, fundamentalmente⁵⁷. La normativa andaluza pretende el impulso de la misma ya que históricamente no ha tenido una gran relevancia aunque si ha sido un foro importante de discusión para lograr la colaboración entre Cajas de Ahorros e incluso a través de

⁵⁷ La constitución de la Federación de Cajas de Ahorros de Andalucía se produce en 1930, aunque tres años antes se celebró una reunión preparatoria para su constitución en la que se aprobó su reglamento para ser sometido a la aprobación de las Cajas de Ahorros. En la Federación se integraron inicialmente el Monte de Sevilla, las Cajas de Cádiz, Córdoba, Jerez de la Frontera, la Caja de Seguros Sociales y de Ahorros de Andalucía Occidental y la Caja de Previsión Social de Andalucía Oriental. En los años que siguieron a la constitución de la Federación se fueron incluyendo las demás Cajas de Ahorros Andaluzas que culminan su incorporación en torno a 1940, respecto del proceso de creación de la Federación de Cajas de Ahorros de Andalucía, cfr., TITOS MARTÍNEZ, M., *El sistema financiero en Andalucía...*, op. cit., pp.29-30.

la cual se ha discutido el reparto del territorio en relación con la apertura de sucursales de las Cajas de Ahorros, se han aclarado los trámites para la creación de nuevas Cajas de Ahorros, se han realizado campañas de imagen para las Cajas andaluzas o se han intentado armonizar los precios y los productos a ofrecer por las Cajas de Ahorros⁵⁸.

En cualquier caso, las Cajas de Ahorros andaluzas siguen manteniendo actualmente una fuerte vinculación con sus territorios tradicionales de actuación y presentan un perfil de Cajas de tamaño intermedio, con un fuerte número de oficinas⁵⁹, prácticamente en todas las localidades andaluzas⁶⁰. La mejor etapa financiera para las Cajas de Ahorros andaluzas en materia de ahorro se produce en el quinquenio comprendido entre 1985 y 1990, siendo en el año 1995 cuando la situación que describimos resultó totalmente desfavorable y a partir de ese momento se observa una mejora pero lenta para el conjunto de las Cajas de Ahorros andaluzas⁶¹. Si atendemos a la cuenta de resultados de las Cajas andaluzas (beneficios antes de impuestos) en comparación con el ta-

⁵⁸ La Exposición de Motivos de la Ley 15/1999, confirma el impulso que se quiere dar a la Federación de Cajas de Ahorros "...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 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".

⁵⁹ Cfr., RODRÍGUEZ LÓPEZ, J., y GARCÍA GÓMEZ, A.M., "Cajas de Ahorros. Algunas observaciones a su evolución", *Cuadernos económicos de Granada*, núm. 10, 1999, p.172.

⁶⁰ El total de oficinas de las Cajas de Ahorros por provincias es el siguiente: Sevilla con un total de 619 oficinas; Málaga con 393; Granada con 386; Cádiz con 344; Córdoba con 323; Jaén con 322; Almería con 199; y Huelva con 186. El número total de oficinas de Cajas de Ahorros instaladas en Andalucía es de 2772 y el total en España es de 19026. Los datos están referidos al año 2000 y han sido recogidos por TITOS MARTÍNEZ, M., *El sistema financiero en Andalucía...*, op. cit., p. 85.

⁶¹ La inversión crediticia de las Cajas de Ahorros en Andalucía es superior al volumen de créditos que formalizan desde el año 1985 y de ahorro, así los préstamos vienen superando los saldos de ahorro, lo que viene a significar que nos encontramos ante una Comunidad Autónoma que es captadora neta de inversión crediticia, sobre éstos aspectos cuantitativos cfr., TITOS MARTÍNEZ, M., *El sistema financiero en Andalucía...*, op. cit., p. 33.

maño de las Cajas por volumen de depósitos la relación que resulta es del todo favorable para las mismas en relación con el conjunto de las Cajas de Ahorros, lo cual quiere decir que la situación de aquella se sitúa por encima de la media nacional⁶².

III. EL PAPEL DE LAS CAJAS DE AHORROS ANDALUZAS EN EL DESARROLLO ECONÓMICO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA

La implicación de las Cajas de Ahorros andaluzas en el desarrollo económico de la Comunidad Autónoma, y, por ende, en proyectos e inversiones de interés estratégico y social es un aspecto importante de su conformación. A tal efecto, las Cajas de Ahorros vienen participando en proyectos de inversión regionales financiando iniciativas que pueden resultar provechosas para el desarrollo regional. Ello es fruto de la fuerte y tradicional vinculación territorial de las Cajas de Ahorros a las respectivas Comunidades Autónomas de su sede o domicilio social, si bien es cierto, que dicho criterio de territorialidad podemos entenderlo revisado a partir del proceso de expansión de las Cajas de Ahorros hacia otras Comunidades Autónomas distintas de las de su origen, pero ciertamente no hasta el punto de eliminar dicha vinculación⁶³.

Dicha afirmación podemos mantenerla sobre la base de la presencia en cada provincia de sus respectivas Cajas de Ahorros y de la expansión priorita-

⁶² En el años 2003, los grupos consolidados de las Cajas de Ahorros obtuvieron unos resultados de 4.846,4 millones de euros después de impuestos. El beneficio bruto del año 2003 alcanzó los 5.940 millones de euros, vid., AHORRO, núm. 396, 2004, pp. 16-18. En el año 2002, los beneficios antes de impuestos para las Cajas de Ahorros andaluzas se situaron para CajaSur en 8000 millones, para La General en 10.752 millones, para la Caja Provincial de Jaén en 795 millones, para Unicaja en 26.565 millones, para El Monte en 8.723 millones y para la Caja de San Fernando en 9.617 millones, lo cual supone un total para Andalucía de 64.452 millones frente al total de las Cajas de Ahorros españolas que ascendió a 676.682 millones, cfr., TITOS MARTÍNEZ, M., *El sistema financiero en Andalucía...*, op. cit., pp.80-81.

⁶³ En tal sentido, hasta que comienzan a sentirse las medidas liberalizadoras, las Cajas de Ahorros centraban sus actividades en ámbitos locales y provinciales, y todo lo más en ámbitos regionales, ya que realmente, si atendemos al origen de éstas instituciones, creadas en definitiva para el desarrollo de su zona de origen, las necesidades de expansión no se dejaron sentir hasta etapas más recientes. En tal sentido, cfr., FUENTELESAZ LAMATA, L., y GÓMEZ VILLASCUERNA, J., "Liberalización y ámbito geográfico de actuación: un análisis para las Cajas de Ahorros", *PEE*, núm. 74-75, 1998, p. 191, y en sentido similar, TEDDE, P., "La naturaleza de las Cajas de Ahorros: sus raíces históricas", *PEE*, núm. 46, 1991, pp. 2-11.

ria dentro de la Comunidad Autónoma de origen y con posterioridad hacía otras limítrofes, lo cual se observa en algunas Cajas de Ahorros, si bien, por el momento no es aún una tendencia generalizada para todas las Cajas de Ahorros. En concreto tal vez, constituya una excepción Almería, capital y provincia, que a diferencia, por ejemplo, de sus vecinas Málaga o Granada, podemos observar como en primer lugar, no cuenta con una Caja de Ahorros domiciliada en su provincia⁶⁴, y en segundo lugar, Unicaja con sede social en Málaga y en la que se integró el Monte de Piedad y la Caja de Ahorros de Almería en 1991, no posee una presencia económica importante debido fundamentalmente a la presencia de Cajamar, que es la entidad almeriense con más fuerza y peso significativo dentro de la provincia de Almería.

No obstante lo dicho, en Andalucía la presencia de oficinas de las Cajas de Ahorros es muy superior a la de los Bancos y ello es debido en parte, al principio de territorialidad al que ya nos hemos referido, unido a la necesidad de mayores cuotas de financiación como consecuencia del menor nivel de renta per cápita frente a otras Comunidades Autónomas⁶⁵. Siendo ello así, se puede afirmar que las Cajas de Ahorros contribuyen a financiar el desarrollo económico de las regiones donde se encuentran ubicadas⁶⁶. Además de ello, a través de las Cajas de Ahorros se consigue salir de la situación de exclusión financiera en la que se encuentran pequeños municipios que sólo cuentan con sucursales bancarias de las Cajas de Ahorros⁶⁷, en donde el mantenimiento de dichas oficinas no obedece necesariamente a criterios rentables, sino a la propia configuración jurídica de las Cajas de Ahorros en cuanto tales Cajas de Ahorros.

⁶⁴ En esa misma situación se encuentra Cádiz y Huelva, y también las provincias de Lugo, Orense, Zamora, Valladolid, Palencia, Soria, Huesca, Teruel, Lleida, Toledo, Ciudad Real y Albacete. Y es más significativo aún, que Toledo y Valladolid que albergan la capital de su respectiva Comunidad Autónoma, no cuenten con una Caja en su provincia.

⁶⁵ Actualmente sólo en las Comunidades Autónomas de Galicia, Asturias y el País Vasco, el número de oficinas bancarias supera al de Cajas de Ahorros, en Andalucía por el contrario se ha aumentado el número de oficinas de las Cajas de Ahorros, al igual que en Cataluña o Madrid, en donde las oficinas de las Cajas de Ahorros superan a las de los bancos, cfr., ANDUJAR AGUSTÍN, C., y SERRANO MARTÍNEZ, R., "Red de oficinas y cuota de mercado de las Cajas...", op. cit., pp. 133-134.

⁶⁶ Cfr., VALERO, F.J., (coord.), "Presente y futuro de las Cajas de Ahorros", en *Presente y futuro de las Cajas de Ahorros*, op. cit., pp.167-177.

⁶⁷ A partir de 1998 los bancos reducen de forma significativa su número de oficinas mientras que las Cajas de Ahorros las aumentan considerablemente, en los últimos cinco años las Cajas de

Y es que, esa realidad de intentar evitar las situaciones de exclusión financiera era ya una de las características originarias de las Cajas de Ahorros que se ha mantenido hasta nuestros días, aunque aminorada. Se viene sosteniendo así, la importante función social que cumplen las Cajas de Ahorros sin descuidar lógicamente su vertiente financiera o económica propiamente dicha, si bien, se ha llegado a afirmar incluso, que la actividad financiera tiene también un enfoque social, y que en definitiva, la vertiente financiera o mercantil de las Cajas está inseparablemente unida a la vertiente social, participando tanto en el impulso del desarrollo económico como en el impulso del desarrollo social. Con ello lo que se ha querido significar es que la función social de las Cajas de Ahorros no sólo se ciñe al cumplimiento de la obra social sino que incluye además, las propias funciones financieras de las Cajas de Ahorros en el ejercicio de su actividad mercantil⁶⁸, o por lo menos debería incluirlas en atención a su configuración jurídica.

Por nuestra parte pensamos más bien, que la actividad financiera y social de las Cajas de Ahorros constituyen dos realidades diferentes, íntimamente unidas pero no identificables en el mismo enfoque social. A tales efectos, el fin social de las Cajas de Ahorros se cumplimenta a través de la realización de obras sociales exigidas y configuradas legalmente y la actividad financiera de las Cajas de Ahorros sirve a aquel fin a través de los excedentes configurados también legalmente, que derivados de la referida actividad se destinan a aquellos fines, lo cual no significa que esa actividad financiera tenga un mismo enfoque social en el momento actual. Posiblemente ello sería predicable de etapas anteriores en la andadura de las Cajas de Ahorros, como hemos visto en el Siglo XIX pero no sea del todo cierto a partir del Siglo XX, cuando la actividad financiera de las Cajas de Ahorros se equipara plenamente a la actividad bancaria de sus principales competidores, los bancos. En otro caso, la actividad financiera de los bancos también tendría un enfoque social.

No obstante lo dicho, es cierto sin embargo que desde el punto de vista del desarrollo económico es significativa la participación de las Cajas de Aho-

Ahorros han abierto más de 3600 nuevas oficinas. En concreto, las Cajas de Ahorros mantienen el 30'1% de sus oficinas en poblaciones de menos de 10.000 habitantes, el 20'9% en poblaciones de entre 10.000 y 50.000 habitantes, el 22'8% en poblaciones entre 50.000 y 250.000 habitantes y el 26'2% en poblaciones de más de 250.000 habitantes, vid., BALADO GARCIA, C., "El amplio papel social de las Cajas de Ahorros. La eficiencia económica y el liderazgo social, *Economistas*, núm. 98, 2003, p. 192.

⁶⁸ Cfr., CASTELLÓ MUÑOZ, E., "La obra social en la singladura de las Cajas de Ahorros del siglo XXI", *Economistas*, núm. 98, 2003, p. 206.

ros en los planes de vivienda de protección oficial, encaminada a lograr que los ciudadanos cuenten con diferentes ofertas competitivas entre sí, en la concesión de créditos hipotecarios o en la financiación de la pequeña y mediana empresa, entre otros⁶⁹. Asimismo, desde un punto de vista del desarrollo social resulta destacable igualmente su participación en la exclusión social, en la difusión y extensión de la cultura, en el apoyo a la formación profesional, en la creación de una amplia red de atención a los mayores, en la recuperación del patrimonio histórico-artístico o en la promoción del uso equilibrado del medio ambiente, fundamentalmente⁷⁰.

Por todo ello, se ha llegado incluso a situar a las Cajas de Ahorros dentro del “tercer sector” habida cuenta de su peculiar conformación en cuanto instituciones privadas y no lucrativas al servicio de la provisión de bienes y servicios, y no perfectamente ubicadas en ninguna categoría de las personas jurídicas reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 35 del C.c (Corporaciones, Asociaciones y Fundaciones)⁷¹. Dentro de las mismas, las Cajas de Ahorros se asemejan a las fundaciones aún cuando realizan la actividad

⁶⁹ En lo que se refiere en concreto a la actividad inversora de las Cajas de Ahorros andaluzas, ésta se ha centrado en los préstamos, que han llegado a absorber a la mayoría de los recursos propios y ajenos de las Cajas, siendo muy superior a la de las demás Cajas de Ahorros españolas. Los préstamos industriales de las Cajas de Ahorros andaluzas no han sido realmente significativos en comparación con los destinados al sector de la vivienda (a través de préstamos hipotecarios) y al sector agrario (a través de préstamos de mediación, concertados con el Banco de Crédito Agrícola), cfr., TITOS MARTÍNEZ, M., *El sistema financiero en Andalucía...*, op. cit., p. 32.

⁷⁰ Sobre éstos aspectos, vid., BALADO GARCÍA, C., “El amplio papel social de las Cajas de Ahorros. La eficiencia económica...”, op. cit., pp. 193-194, y p. 202. Ello se constata también, a partir del porcentaje de oficinas de las Cajas de Ahorros en Andalucía que es superior al peso que el saldo de ahorro captado por las Cajas en esta Comunidad ha tenido sobre el conjunto nacional y concretamente, para los últimos sesenta años se puede afirmar que en Andalucía el número de oficinas ha sido mayor en relación con la población, justificándose dicha situación en razón a las condiciones geográficas y de renta del territorio andaluz, sobre éstos últimos aspectos, cfr., TITOS MARTÍNEZ, M., *El sistema financiero en Andalucía...*, op. cit., pp. 33-34.

⁷¹ En ese sentido, el Tribunal Constitucional en sentencia la 49/1988, de 22 de marzo, que resuelve los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la LORCA, manifestó de manera un tanto confusa que, las Cajas de Ahorros podrían quedar encajadas en la figura jurídica de la fundación por exclusión de las demás formas de personificación jurídica reconocidas en el artículo 35 del C.c., a las que se asemejan por constituir una organización de bienes y no de personas con fines lucrativos. La contradicción del Tribunal Constitucional se evidencia cuando una vez reconocido que las Cajas de Ahorros encajan en la figura de la fundación a los efectos del artículo 35 C.c., sin embargo la niega a los efectos del artículo 34 de la C.E., que reconoce el Derecho a la fundación para fines de interés general (fundamentos jurídicos núm. 6 y 8 de la STC 49/1988).

típica del resto de Entidades de Crédito, por lo que su ubicación concreta habría que situarse en el ámbito de la Fundación-Empresa con fines de interés general. Para el cumplimiento de ésta finalidad última las Cajas de Ahorros desempeñan una importante labor a través de su obra social, y es precisamente ésta última acción la que legitima a parte de la doctrina para situar a las Cajas de Ahorros dentro del “tercer sector”⁷². En efecto, se ha entendido que se trata de instituciones privadas sin ánimo de lucro que persiguen un fin de interés general, que para lograrlo acometen una importante labor social que se promueve, financia y administra directamente por las Cajas de Ahorros⁷³.

Siendo ello así, es preciso profundizar un poco más en la labor social de las Cajas de Ahorros realizada a través de su obra social dado que se trata, según nuestro parecer, de un elemento definidor propio de las Cajas de Ahorros pero no excluyente para el resto de Entidades de Crédito. En tal sentido, las demás Entidades de Crédito pueden, si lo desean, constituir fundaciones para acometer fines de interés de general pero no están obligadas a hacerlo, mientras que las Cajas de Ahorros necesariamente han de acometer dicha labor en su propio seno o constituyendo a veces, fundaciones específicas para el desarrollo de su labor social, ya que en caso contrario no serían Cajas de Ahorros⁷⁴. La realización de las referidas obras sociales les aporta a las Cajas de Ahorros una buena imagen ante la sociedad a la que sus principales competidores, los bancos, no quieren renunciar y por ello es frecuente la constitución por éstos de fundaciones destinadas a fines de interés general⁷⁵.

⁷² El tercer sector o el denominado a veces también “sector no lucrativo”, sería un nuevo sector diferenciado del primer sector público y del segundo sector privado con fines lucrativos; éste tercer sector sería por el contrario privado y no lucrativo, en el que tendrían cabida entidades muy diferentes tales como las Fundaciones, las Asociaciones, Entidades religiosas, deportivas, Mutualidades, Colegios profesionales, o también, la obra social de las Cajas de Ahorros, tal y como lo señala, ALAMINOS MINGORANCE, C., *Régimen jurídico-administrativo de las Cajas de Ahorros en España*, 2002, p. 179, si bien, sostiene su negativa respecto de la inclusión de la obra social de las Cajas de Ahorros dentro del tercer sector (pp. 179-180).

⁷³ Cfr., CABRA DE LUNA, M.A., *El tercer sector y las Fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, 1998. p.84.

⁷⁴ En ese mismo sentido, vid., ALAMINOS MINGORANCE, C., *Régimen jurídico-administrativo de las Cajas de Ahorros...*, op. cit., p. 239 y GARCÍA GARNICA, M^a.C., “La actividad de empresa y las fundaciones a la luz de la Ley 39/1994”, en *RDP*, 1999, p. 538.

⁷⁵ Cfr., FERNÁNDEZ COSTALES, J., “Las fundaciones y las entidades de crédito: las Cajas de Ahorros”, *Aranzadi Civil*, núm. 12, 2000, p. 33.

A esos efectos, la Ley de Cajas de Ahorros de Andalucía ha regulado que las fundaciones de las Cajas de Ahorros con domicilio social en Andalucía que gestionen total o parcialmente la obra social deberán inscribirse en el Registro de Cajas de Ahorros de Andalucía, adscrito a la Consejería de Economía y Hacienda (artículo 21.4 Ley 15/1999), en el que se inscribirán además, y dicho sea de paso, las Cajas de Ahorros con domicilio social en Andalucía y las Cajas de Ahorros que, sin estar domiciliadas en Andalucía, tengan oficinas abiertas en dicha Comunidad.

Asimismo, el artículo 90.2 de la Ley 15/1999, admite por una parte, la posibilidad de que las Cajas de Ahorros andaluzas constituyan fundaciones para la gestión total o parcial del fondo destinado a la obra social, previa autorización de la Consejería de Economía y Hacienda, y por otra parte, impide que los fondos destinados a la obra social sean gestionados por fundaciones que no hayan sido creadas exclusivamente por las Cajas de Ahorros. En concreto los aspectos relativos a la obra social de las Cajas de Ahorros de Andalucía han sido desarrollados por el Decreto 138/2002, de 30 de abril (artículos 26 a 30).

La creación de esas fundaciones por parte de las Cajas de Ahorros debe obedecer a una mejor gestión, especialización y desarrollo de dicha labor, pues en caso contrario, no tendría sentido, según nuestro parecer, la creación por parte de un ente fundacional de otra fundación que además deberá atender iguales o similares finalidades a la fundación Caja de Ahorros⁷⁶. Así lo ha defendido un sector de la doctrina, que recuerda además, que ello puede ser debido también a la obtención de posibles ventajas en el plano fiscal⁷⁷.

a. La obra social de las Cajas de Ahorros

Las Cajas de Ahorros destinan una parte significativa de sus beneficios a la realización de obras sociales en favor del conjunto de la sociedad espa-

⁷⁶ Cfr., NIETO ALONSO, A., *Fundaciones: su capacidad. Especial consideración a la realización de actividades mercantiles e industriales*, 1996, pp. 217 y ss., y PIÑAR MAÑAS, J.L., "El derecho de fundación como derecho constitucional", en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 9, 1996, pp. 167 y ss.

⁷⁷ Cfr., CASARES MARCOS, A., *Cajas de Ahorros: naturaleza jurídica...*, op. cit., pp. 449-450.

ñola⁷⁸, o quizás mejor, de la comunidad donde operan⁷⁹. En efecto, los órganos rectores de las Cajas de Ahorros cuando deciden el destino de sus beneficios y por ende la distribución del excedente anual destinado a la obra social, una vez cubiertas las reservas legales y atendidas sus obligaciones fiscales, lo hacen en atención a las demandas del conjunto de la sociedad, y en concreto, de la región donde se encuentran ubicadas⁸⁰.

La Ley de Cajas de Ahorros de Andalucía así lo ha regulado en el artículo 88.1 de la Ley 15/1999, en donde tras señalar las finalidades a las que se atenderán a través de la obra social de las Cajas de Ahorros recuerda que aquellas deberán favorecer el desarrollo socioeconómico de Andalucía⁸¹. Pero es que además, a parte de la labor social que desempeñan las Cajas de Ahorros andaluzas respecto del desarrollo socioeconómico de esta Comunidad, se encuentran también, las Cajas de Ahorros no domiciliadas en Andalucía pero con oficinas abiertas en ella, las cuales deberán destinar a dicha labor y con idénticas finalidades, *“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*

⁷⁸ La Obra Social de Unicaja es la más importante del conjunto de las Cajas de Ahorros andaluzas, y según los datos de que disponemos el presupuesto para el año 2004 será de 54 millones de euros tal y como lo manifestó su Presidente Don Braulio Medel y de la misma se benefician unas 800.000 personas. Otros datos de los que disponemos son los relativos al año 2000, en donde igualmente la entidad que más cantidad destino a la realización de obras sociales fue Unicaja a la que le siguió CajaSur que invirtió en obra social 3.300 millones de pesetas; le sigue La General que destino un total de 2064 millones de pesetas; en ese mismo orden decreciente se sitúa el Monte con una cantidad de 2000 millones de pesetas; le sigue La Caja de San Fernando con un total de 1647 millones de pesetas y en último lugar se sitúa la Caja de Ahorros provincial de Jaén que destino a obras sociales un total de 137 millones de pesetas, cfr., TITOS MARTÍNEZ, M., *El sistema financiero en Andalucía...*, op. cit., pp. 82-83.

⁷⁹ En ese sentido, cfr., VERDUGO GONZÁLEZ DE LA PEÑA, M.M^a., “La Obra Social de las Cajas de Ahorros”, en *El sector no lucrativo en España*, 1993, p. 447, y p. 216.

⁸⁰ A éste respecto, vid., CASTELLÓ MUÑOZ, E., “La obra social en la singlatura...”, op. cit., p. 215.

⁸¹ El artículo 88.1 de la Ley 15/1999, señala como finalidades para la obra social de las Cajas de Ahorros el fomento del empleo, el apoyo a la economía social y el fomento de la actividad emprendedora, así como la financiación de obras y actuaciones en los campos de los servicios sociales, la sanidad, la investigación, la protección y mejora del medio ambiente, la enseñanza, el patrimonio cultural e histórico y demás actuaciones en el campo de la cultura, así como cualesquiera otras de naturaleza análoga que favorezcan el desarrollo socioeconómico de Andalucía. En el mismo sentido, vid., el artículo 127.1, del Decreto 138/2002, de 30 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 15/1999, de Cajas de Ahorros de Andalucía.

entidad” (artículo 88.2 Ley 15/1999). En ese sentido, la labor social que desempeñan las Cajas de Ahorros es importante en sede autonómica, y de ahí también, el intento a veces de las autoridades autonómicas respecto del control de la obra social de las Cajas de Ahorros, que se erige como un importante atractivo para la financiación de los poderes autonómicos respectivos.

A éste respecto, le corresponde a la Administración autonómica una función de control y de supervisión de la obra social, que se ejercita a través de la Consejería de Economía y Hacienda respecto de la autorización de los acuerdos adoptados por las Asambleas Generales de las respectivas Cajas de Ahorros de los excedentes, distribución y presupuesto anual destinado a obras sociales, existiendo por tanto, un control público respecto de las dotaciones destinadas a la realización de su labor social, para evitar que se comprometa la solvencia de la entidad⁸². Del artículo 88.3 de la Ley 15/1999, se deriva que le corresponde el establecimiento de las directrices a seguir por las Cajas de Ahorros en materia de obra social, autorizando la realización de las nuevas actividades que se pretendan incluir en la obra social. No obstante el tenor literal del artículo 88.3 de la Ley 15/1999, establece que “*La Consejería de Economía y Hacienda establecerá las directrices a seguir en materia de obra social y otros fines....*”, aún cuando se añada que ello se hará “*dentro del más absoluto respeto a la libertad de las Cajas de Ahorros para la elección de las inversiones concretas*”, lo cual parece conllevar la continuación de la línea seguida en la regulación autonómica de otras Cajas de Ahorros en la intervención en la fijación del destino de los activos de sus Cajas⁸³.

La LORCA se encargó de determinar la competencia en exclusiva para la Asamblea General respecto de la creación y disolución de obras benéfico-sociales, así como la aprobación de los presupuestos anuales y de su gestión y liquidación (artículo 11.6 LORCA y artículo 56 Ley 15/1999), correspondiendo al Consejo de Administración la administración y gestión financiera de la entidad, así como la obra benéfico-social de las Cajas de Ahorros una vez que desapareció la Comisión de Obras Sociales, que hasta éste momento, era la encargada de dar cumplimiento a dicha labor (artículo 13.1 LORCA y artículo 69 Ley 15/1999).

⁸² Cfr., el artículo 128.1, del Decreto 138/2002, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley de Cajas de Ahorros de Andalucía.

⁸³ En ese sentido, cfr., JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., “Notas sobre la Ley 15/1999, de 16 de diciembre de Cajas de Ahorros de Andalucía”, *RAAP*, núm 36, 1999, P. 257.

Según nuestro parecer, el principio de libertad para las Cajas de Ahorros a la hora de elegir el destino de los excedentes destinados a obras sociales es fundamental para un correcto funcionamiento de dichas instituciones, debiendo restringirse las facultades de la administración autonómica respecto de la gestión de la obra social limitándolas exclusivamente al ejercicio de facultades de supervisión y control, pero no de decisión del destino concreto de dichos recursos, que debe decidirse por las propias Cajas de Ahorros. Dicha opinión está avalada por la propia configuración jurídica de las Cajas de Ahorros, como entidades fundacionales de naturaleza privada y no como empresas públicas controladas por el poder público tanto en las decisiones financieras y estratégicas de la entidad como en el destino concreto de la obra social. La evolución normativa ha estado marcada sin embargo por una progresiva pérdida de autonomía en la gestión de la obra social a favor del dirigismo público, poniéndose asimismo de manifiesto, un empeoramiento respecto de los recursos destinados a obras sociales a favor de los recursos propios de la entidad como consecuencia de su actuación principal en el campo financiero.

No obstante, como decimos, éste aspecto concreto de la actividad de las Cajas de Ahorros está relacionado directamente con su conformación jurídica, y como consecuencia de ella, con los fines que persiguen las Cajas de Ahorros en cuanto entidades fundacionales. En definitiva, debido a su naturaleza fundacional, las Cajas de Ahorros carecen de ánimo de lucro en sentido subjetivo, lo que provoca que los beneficios de su actividad empresarial no puedan repercutir en el lucro particular de ninguno de los miembros de los órganos de gobierno de las Cajas, ya que éstos no son accionistas a quienes se les tenga que repartir un dividendo; por el contrario, sus excedentes revierten en la solvencia de la entidad y en ofrecer a la comunidad en la que actúan una serie de prestaciones sociales conforme con las demandas que se plantean en la misma. En ese sentido, las Cajas de Ahorros deben actuar conforme al principio de economicidad y la obtención del lucro objetivo o de beneficios en las Cajas de Ahorros es necesaria a dichos efectos (incremento de recursos propios y mantenimiento de la obra social). Es más, los resultados de su actividad financiera son la fuente principal de ingresos para acometer dicha obra social.

Respecto de la evolución normativa a la que hacíamos referencia, tenemos que resaltar cuatro aspectos fundamentales, algunos ya anticipados. De un lado, los destinos concretos de la obra social y el incremento de la obra social en colaboración frente a las obras sociales propias, de otro, la pérdida de autonomía de las Cajas de Ahorros respecto de la obra social y finalmente, el detrimento de la obra social a favor de los recursos de las Cajas de Ahorros.

Por ese orden, en las Cajas de Ahorros se ha producido una importante evolución respecto de las actividades concretas a que se destinan parte de los beneficios de las Cajas. En ese sentido se pueden distinguir tres etapas diferentes en la evolución de la obra social de las Cajas de Ahorros: la benéfica, la benéfico-social y la socio cultural⁸⁴. De manera que es evidente que la labor en la que se centraba la obra social de las Cajas de Ahorros en su origen dista mucho respecto de la que realizan en el momento actual⁸⁵, como consecuencia del principio de mutación a que se ha visto sometida con base en las transformaciones socioeconómicas y demandas de la propia sociedad.⁸⁶ Dicho proceso evolutivo es adecuado en aras del cumplimiento del fin fundacional de las Cajas de Ahorros⁸⁷.

⁸⁴ Cfr., CASTELLÓ MUÑOZ, E., “La obra social en la singlatura...”, op. cit., p.210, en donde señala que la primera etapa se caracteriza por su atención a labores sanitarias, atención a niños desnutridos, comida, ropa, calzado para pobres..., entre otras; la segunda etapa cumple una función subsidiaria respecto al Estado en aquellas tareas en las que el Estado no podía cubrir, tales como formación de la mujer, determinadas vacunas, residencias de ancianos, hospitales, educación especial, rehabilitación de edificios históricos..., y por último, en la tercera etapa se centra más en el desarrollo y promoción de la cultura. En el mismo sentido, CARBO, S., y COELLO, J., “Las Cajas de Ahorros españolas: 1977-1997”, en *Cuadernos de Información Económica*, núm. 124-125, 1997, p.114, y VERDUGO GONZÁLEZ DE LA PEÑA, M.M^a., “La Obra Social de las Cajas de Ahorros”, op. cit., p. 448.

⁸⁵ En ese sentido, cfr., TERRÓN MUÑOZ, F., “En torno a las fusiones de las Cajas de Ahorros andaluzas”, op. cit., 65, que considera que la obra social de las Cajas de Ahorros debe orientarse hacia instrumentos que generen empleo tales como la creación o participación en sociedades de capital riesgo y en la formación y reciclaje de empresarios y ejecutivos andaluces como factor de promoción de empresas y creación de empleo, patrocinando escuelas de formación empresarial.

⁸⁶ Cfr., VERDUGO GONZÁLEZ DE LA PEÑA, M.M^a., “La Obra Social de las Cajas de Ahorros”, op. cit., p. 216, en donde afirma que la obra social ha ido evolucionando a medida que se han ido modificando las necesidades asistenciales, sanitarias, docentes, culturales..., de cada zona de actuación en cada momento concreto.

⁸⁷ En cuanto a la distribución concreta por sectores de la obra social realizada por las Cajas de Ahorros andaluzas hemos de señalar que hasta el año 1987 la labor docente ocupó el primer puesto en la realización de su actividad social por parte las Cajas de Ahorros, que se entendió como subsidiaria de la acción del Estado; con posterioridad, a partir de 1988-1990 las Cajas de Ahorros centraron su labor social en la promoción de la cultura y en el área asistencial (drogas, tercera edad...), de manera que la labor docente pasa a ocupar un tercer lugar; por último, las inversiones realizadas en el área sanitaria y de investigación han sido prácticamente nulas, pero habría que añadir nuevas facetas en los últimos años centradas en el medio ambiente y en la restauración patrimonial, cfr., TITOS MARTÍNEZ, M., *El sistema financiero en Andalucía...*, op. cit., p. 33 y p. 84, en donde detalla en ésta última las cantidades destinadas en el año 2000 a la cultura (7698 millones de pesetas) a la labor docente incluyendo la investigación (3752 millones de pesetas) y a la tarea asistencia que incluye la labor sanitaria (2023 millones de pesetas).

En esa evolución se observa además, un incremento de las obras sociales que se realizan en colaboración frente a las obras sociales propias. Y es que como ya lo reguló la Orden de 19 de junio de 1979, la gestión y administración de las obras sociales puede realizarse a través de fundaciones o patronatos creados por las Cajas de Ahorros solas o en colaboración con otras entidades⁸⁸.

Asimismo, las Cajas de Ahorros han mantenido siempre como principio básico de actuación el destino anual de una determinada cantidad a obras sociales, lo cual ha sido posible en parte, gracias a la labor legislativa, que manteniendo el destino de beneficios de las Cajas a obras sociales, a veces, éstos han sufrido un empeoramiento a favor de los recursos propios de las Cajas de Ahorros. No obstante, como ha puesto de manifiesto la doctrina⁸⁹, se debe respetar la historia de las Cajas de Ahorros y conservar esta seña de identidad tan característica de nuestras Cajas de Ahorros, que sirve para diferenciarlas tanto respecto a los bancos como a las cooperativas de crédito, constituyendo su distintivo más característico⁹⁰, y sin el cual, entendemos nosotros, no podría predicarse su carácter fundacional.

Así pues, en esa evolución normativa, a la que hacíamos referencia, a partir del Real Decreto de 21 de noviembre de 1929⁹¹ y del Decreto de 14 de marzo de 1933, por el que se aprueba el Estatuto para las Cajas Generales de ahorro popular (artículos 2 y 22), se regula definitivamente la obra social, de forma que no puede hablarse en puridad de Cajas de Ahorros sino realizan una

⁸⁸ Conforme con la normativa jurídica vigente para Andalucía, vid., el artículo 88.4, de la Ley 15/1999, de Cajas de Ahorros de Andalucía y los artículos 129 y 131 del Decreto 138/2002, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 15/1999.

⁸⁹ Cfr., LÓPEZ YEPES, J., PALACIOS, L., SAGREDO, F., Y TITOS, M., *La obra social de las Cajas de Ahorros españolas. Orígenes y evolución histórica*, CECA, 1990.

⁹⁰ Cfr., CASARES MARCOS, A., *Cajas de Ahorro: naturaleza jurídica...*, op. cit., p. 431, y VERDUGO GONZÁLEZ DE LA PEÑA, M.M.^a, "La Obra Social de las Cajas de Ahorros", op. cit., p. 216.

⁹¹ El Real Decreto-Ley de 21 de noviembre de 1929 en el artículo 9 señalaba que las Cajas de Ahorros debían destinar los productos, si los tuvieran, después de descontados los gastos de administración autorizados, a constituir reservas, sanear el activo, estimular a los imponentes y realizar obras sociales y benéficas...". De esa forma, no podrá hablarse de la existencia de Cajas de Ahorros si las mismas no realizan una obra benéfico-social. Esta misma normativa se encargó de señalar la labor auxiliar de las Cajas de Ahorros respecto al Ministerio de Trabajo y Previsión orientando el destino de la obra social (artículos 14 y 15, y artículos 60 a 89, en donde se regula la obligación de constitución de reservas estatutarias para la garantía de los fondos de ahorro que administre y las inversiones a realizar las Cajas de Ahorros).

obra benéfico-social que será complementaria de su actuación fundamental crediticia⁹². Se combinan de esta forma su vertiente fundacional a través de la realización de obras sociales con su vertiente financiera primordial como Entidades de Crédito, aún cuando pronto se observe, el cambio de actuación de las Cajas de Ahorros, que trasciende de lo puramente benéfico a lo social.

En ese sentido, se ha sostenido doctrinalmente que “*el Estatuto de 1933 viene a representar, en cierto modo la culminación de ese proceso de configurar a las Cajas de Ahorros como entidades de carácter social*”,⁹³ delimitando el concepto de obra benéfico-social, pero dejando un gran margen de libertad a los fundadores respecto de la obra social y al margen del control del protectorado encomendado entonces al Ministerio de Trabajo. Además de ello, el Estatuto de 1933, sentó las bases respecto de su configuración financiera, regulando las inversiones de las Cajas de Ahorros (capítulo V del Estatuto de 1933), y definiéndolas como “*Instituciones de patronato oficial o privado, exentas de lucro mercantil regidas por Juntas o Consejos de actuación gratuita*”.

Conforme con el régimen jurídico recogido en el Estatuto de 1933, respecto de la distribución entre reservas y obra social, las Cajas de Ahorros debían destinar a la realización de obras sociales, como mínimo, la mitad de los excedentes netos después de impuestos y, como máximo, la totalidad de los citados benéficos netos, siempre y cuando el montante de reservas superara el 10% de los recursos ajenos de la entidad. De esa manera, se estimulaba la realización de obras sociales por parte de las Cajas de Ahorros⁹⁴. La situación de autonomía respecto de la obra social de las Cajas de Ahorros no se alteró hasta la aprobación del Decreto de 6 de junio de 1947, que con marcado carácter intervencionista reguló la obra social de las Cajas y que fue derogado unos meses más tarde con la aprobación del Decreto de 17 de octubre de ese mis-

⁹² El artículo 22 del Estatuto de 1933 reguló que las Cajas de Ahorros debían realizar obra social, benéfica y cultural complementaria de su actuación principal; regulando asimismo las inversiones de las Cajas de Ahorros y la constitución de reservas estatutarias y voluntarias (artículos 33 a 40 y 43 y 44).

⁹³ MARTÍN-RETORTILLO, S., *Crédito, banca y Cajas de Ahorros*, op. cit., p. 337.

⁹⁴ Es por ello, que como señalan CARBO VALVERDE, S., RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, F., “Tendencias recientes en la obra social de las Cajas de Ahorros españolas”, *PEE*, núm. 74-75, 1998, p. 227, hasta 1974 las cantidades invertidas en obra social fueron en aumento.

mo año⁹⁵. Fue la Orden del Ministerio de Trabajo de 26 de octubre de 1948, la que definió las obras benéfico-sociales, distinguiendo entre la propia y la ajena y permitiendo la constitución de Federaciones para acometer obras sociales conjuntas.

El Decreto 1838/1975, de 3 de julio, sobre creación de Cajas de Ahorros y distribución de beneficios líquidos, evidencia una reforma sustancial de la normativa reguladora de la obra social. Con este Decreto, se introducen reformas normativas importantes respecto del computo del coeficiente legal de recursos propios, potenciando la dotación de reservas en detrimento de la obra social⁹⁶. Si bien, la época dorada de las obras sociales de las Cajas de Ahorros coincide en el tiempo con el Real Decreto 2290/1977, de 27 de agosto, regulador de los órganos de gobierno y funciones de las Cajas de Ahorros, también conocido como Decreto Fuentes Quintana. A través de ésta normativa se creó la comisión de obras sociales y se dedicó el Capítulo III a la distribución de excedentes y a las obras benéfico-sociales de las Cajas de Ahorros, que a partir de entonces dependerán en su aprobación del Ministerio de Economía⁹⁷.

⁹⁵ La independencia de la obra social de las Cajas de Ahorros se produce con ocasión de la negativa, en un primer momento, por parte de las Cajas de Ahorros a financiar la que sería más tarde, Universidad laboral de Gijón, cfr., NUÑEZ, C.E., "El Gasto en educación de las Cajas de Ahorros", *PEE*, núm. 74-75, 1998, p. 236. El Decreto de 17 de octubre de 1947 reguló que el 15% de los beneficios que las Cajas destinaban a la obra social se integraba en un fondo común que quedaba a disposición del Ministerio Trabajo, debiendo destinar a obra social entre el 25% y el 50% de los beneficios anuales. Por tanto existía un fuerte control respecto al destino de los recursos destinados a la obra social, estando indicado también, las preferencias que a través de la misma se debían de atender.

⁹⁶ Junto con el Decreto 1838/1975, se encuentran en la misma línea el Decreto 502/1983, de 9 de marzo y la Ley 13/1985, que fue desarrollado por el Real Decreto 1379/1985. Y en ese sentido, cfr., CARBO VALVERDE, S., RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, F., "Tendencias recientes en la obra social de las Cajas...", op. cit., p 227, donde recogen que el volumen destinado a obras sociales en el período comprendido entre 1975 hasta 1986, se caracterizó por una caída importante debido a la potenciación de la dotación destinada a reservas.

⁹⁷ El artículo 22 del Real Decreto 2290/1977, regulo que "*las Cajas de Ahorros destinarán la totalidad de los excedentes que, conforme a las normas vigentes, no hayan de integrar sus reservas a la financiación de obras benéfico-sociales propias o en colaboración, de modo que las mismas se orienten hacia la sanidad pública, la investigación, enseñanza y cultura o los servicios de asistencia social y que los beneficios de ellas derivados se extiendan especialmente al ámbito regional de actuación de la Caja*". En el mismo artículo se regula que, "*la autorización definitiva de las obras benéfico-sociales de las Cajas de Ahorros, una vez aprobadas por sus Asambleas Generales, se concederá por el Ministerio de Economía a la vista de los datos contenidos en las correspondientes solicitudes y Memorias...*". Por su parte el artículo 23 regula la posibilidad de realizar las obras sociales de manera individual o en colaboración, siempre que se puedan sostener económicamente la obra social ya iniciada.

Lo más destacable, quizás sea, la creación dentro del organigrama de las Cajas de Ahorros de un órgano diferenciado, “Comisión de Obras Sociales”, encargado de proponer a la Asamblea General la realización de las obras sociales y la aprobación de sus presupuestos, así como también, será el órgano encargado de la gestión y administración de las mismas (artículo 15)⁹⁸. De este órgano dependerá el Departamento de Obras sociales, que en la práctica existe hoy día en la mayoría de las Cajas de Ahorros, aún habiendo desaparecido de su organigrama la Comisión de Obras Sociales⁹⁹. La referida normativa diferencia claramente las dos vertientes existentes en las Cajas de Ahorros, la social encomendada a la Comisión de Obras Sociales y la financiera encomendada al Consejo de Administración. Ésta vertiente última de las Cajas de Ahorros, se equiparara ahora con la de la banca y supuso nuevamente, el reforzamiento de las reservas de las Cajas de Ahorros, modificando los criterios de distribución de los excedentes¹⁰⁰. De hecho esa doble realidad presente en las Cajas de Ahorros prácticamente desde el inicio de su andadura (realización de obra social y constitución de reservas), debido a su peculiar naturaleza jurídica, se han encontrado tradicionalmente unidas al tiempo que enfrentadas, pero como decimos, predominando ésta faceta última, ya desde el Estatuto de 1933.

Con posterioridad, la Orden de 19 de junio de 1979, precisó los destinos principales de la obra social, al tiempo que racionalizó y uniformizó la interpretación respecto de la normativa concerniente a la obra social de las Cajas de Ahorros que no era del todo clara en ese momento¹⁰¹. A parte de ello, la Orden de 1979 reconoció la posibilidad de que la gestión y administración de las obras benéfico-sociales se realizara a través de fundaciones o patronatos creados por la Cajas de Ahorros, solas o en asociación con entidades colaboradores (artículo 10). Asimismo, reguló la obligación para las Cajas de Ahorros de formular un presupuesto anual destinado a la obra benéfico-social.

⁹⁸ De la Comisión de Obras Sociales formaban parte el Director General y seis consejeros generales que no pertenecían ni al Consejo de Administración ni a la Comisión de Control.

⁹⁹ Con la LORCA desaparece del organigrama de las Cajas de Ahorros la Comisión de Obras Sociales, cuyas funciones pasan a ser desempeñadas por el Consejo de Administración, de manera que, ya no se diferencia de una manera tan clara entre las funciones financieras y las relativas a la obra social.

¹⁰⁰ Con esta nueva normativa, desaparecerá el fondo nacional que se encontraba a disposición del Ministerio de Trabajo conforme con la normativa contenida en el Decreto de 1947.

¹⁰¹ La Obra Social debía orientarse a la sanidad pública, la investigación, enseñanza y cultura o servicios de asistencia social cuyos beneficios se extendieran en el ámbito de actuación de la Caja.

Deben resaltarse igualmente en la línea de reforzar las reservas y la solvencia de las Cajas de Ahorros, el Real Decreto 502/1983, de 9 de marzo, la Ley 13/1985, de 25 de mayo, sobre recursos propios y el Real Decreto 1370/1985, de 1 de agosto, que desarrolló el título segundo de la Ley 13/1985, y hasta tal punto, que incluso este último reguló que las Cajas de Ahorros que no cumplieran con el coeficiente de garantía podrían llegar a no destinar absolutamente nada a obra social. Las Cajas de Ahorros debían destinar a reservas y fondos de provisión no imputables a riesgos específicos como mínimo, el 50% de sus beneficios después de impuestos.

La Ley 13/1985, de 25 de mayo, sobre recursos propios reguló en el artículo 11.5, que de forma excepcional, el Ministerio de Economía y Hacienda a propuesta del Banco de España y previa consulta de las autoridades a quienes corresponde la vigilancia de la obra benéfico-social de las Cajas de Ahorros puede autorizar una reducción del porcentaje legal destinado a reservas en beneficio de obras sociales cuando aquellas obras ya autorizadas propias o en colaboración no pudieran ser atendidas. Ésta misma Ley reguló que las Cajas de Ahorros debían destinar a reservas y a fondos de provisión no imputables a riesgos específicos, un 50% como mínimo, de sus excedentes líquidos. Dicho porcentaje podría ser reducido por el Banco de España cuando los recursos propios superasen en más de un tercio los mínimos establecidos (artículo 11.4 Ley 13/1985)¹⁰².

Con todo podemos confirmar el retroceso de las cantidades destinadas a obras sociales en favor de la solvencia de las Cajas de Ahorros, que recientemente ha vuelto a ser modificada, con ocasión de la LMRSF. En efecto, el apartado segundo del artículo 14 de la LMRSF, da una nueva redacción al artículo 11.4 de la Ley 13/1985, anteriormente aludido, que con carácter básico establece que *“las Cajas de Ahorros deberán destinar a reservas o fondos de provisión no imputables a riesgos específicos, un 50%, como mínimo, de aquella parte de los excedentes de libre disposición que no sea atribuible a los cuotapartícipes. Este porcentaje podrá ser reducido por el Banco de España cuando los recursos propios superen en mas de un tercio los mínimos establecidos”*. Como decimos se trata de una norma de carácter básico, que obligó la modificación de la Ley 15/1999, de Cajas de Ahorros de Andalucía. Dicha reforma se acomete a través de la Ley 10/2002, de 21 de diciembre, por la que se aprueban normas en materia de tributos cedidos y otras medidas tributarias, administrativas y financieras (BOE

¹⁰² El artículo 11 de la Ley 13/1985 fue redactado conforme a la Ley 13/1992, de 1 de junio, sobre recursos propios y supervisión en base consolidada de las Entidades Financieras.

núm. 14 de 16 de enero de 2003), en definitiva, a través de la Ley de acompañamiento a los Presupuestos de la Comunidad autónoma de Andalucía.

En concreto, La Ley 10/2002, modifica a esos efectos los artículos 24.1 y 88.1, de la Ley 15/1999, en virtud de los cuales, las Cajas de Ahorros con domicilio en Andalucía deberán destinar anualmente la totalidad de los excedentes que no hayan de integrarse en reservas o fondos de provisión no imputables a riesgos específicos, o no sean atribuibles a los cuotapartícipes, a la creación y mantenimiento de la obra social. De esta manera, la reforma tiene su causa en las cuotas participativas de las Cajas de Ahorros, reguladas en el artículo 14 apartado segundo de la LMRSF, que da una nueva redacción al artículo 7 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros. Las cuotas participativas son recursos propios de las Cajas de Ahorros que se presentan como valores negociables que representan aportaciones dinerarias de duración indefinida, y que pueden ser aplicadas en igual proporción y a los mismos destinos que los fondos fundacionales y las reservas de la entidad. Las mismas conceden a sus titulares derechos de naturaleza exclusivamente económica y nunca de naturaleza política¹⁰³.

b. La intervención en la actividad de desarrollo económico y social de la Comunidad Autónoma

Las Cajas de Ahorros fomentan el crecimiento económico de la Comunidad Autónoma de Andalucía a través de la actividad que desarrollan en dicho ámbito; en ese sentido, se viene afirmando que son principalmente éstas, las que disponen de crédito abundante y las que son capaces de canalizar recursos y créditos al por menor para fomentar el desarrollo económico de su zo-

¹⁰³ Las cuotas participativas de las Cajas de Ahorros se introdujeron en nuestro ordenamiento jurídico en la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, a través de la cual se produce una modificación de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de inversiones obligatorias, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros (artículo 7). El desarrollo reglamentario de las cuotas participativas se produjo con el Real Decreto 664/1990, de 25 de mayo, que ha quedado derogado por el Real Decreto 302/2004, de 20 de febrero, sobre cuotas participativas de las Cajas de Ahorros (BOE núm. 54, de 3 de marzo). Con el Real Decreto 302/2004, se procede al desarrollo de lo establecido en la Ley 13/1985, conforme con la modificación que realiza a la misma la LMRSF, y su regulación se centra de un lado, en la seguridad jurídica y la claridad respecto de los derechos de los cuotapartícipes y de la propia entidad emisora y de otro lado, en la neutralidad respecto al régimen de captación de recursos en el mercado de valores como otras Entidades de Crédito.

na de actuación, lo cual supone de nuevo, una manifestación de su carácter social. Como ya adelantábamos, las Cajas de Ahorros andaluzas han adquirido algunas tomas de participación impulsadas, a veces por el propio gobierno autonómico y asimismo, es manifiesta la participación de las Cajas de Ahorros con la administración pública a efectos de canalizar ayudas públicas para determinados sectores. A esos efectos, las Cajas de Ahorros andaluzas apuestan definitivamente por el desarrollo industrial de la Comunidad participando en los sectores estratégicos de la misma, como lo son el de las nuevas tecnologías, comunicaciones, turismo, sector inmobiliario o agroindustrial, entre otras¹⁰⁴.

Sin embargo, dicha situación que a priori sería recomendable para el desarrollo económico y social de las diferentes Comunidades Autónomas a través de las Cajas de Ahorros, ha centrado la atención del legislador recientemente, ante la preocupación por la participación de algunas Cajas de Ahorros en empresas de gran relevancia, la mayoría de ellas cotizadas, a través de su participación en los órganos de administración de dichas entidades (sociedades cotizadas)¹⁰⁵. Dicha situación ha quedado plasmada en la reciente Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley de Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas (Ley de Transparencia Financiera), que estando previsto inicialmente su ámbito de aplicación exclusivamente a las sociedades cotizadas ha supuesto con posterioridad su aplicación también al sector de las Cajas de Ahorros. Y es que, a partir de la LMRSF, las Cajas de Ahorros podrán emitir cuotas participativas en los términos regulados en el artículo 14, que da una nueva redacción al artículo 7 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros.

Por ello, las Cajas de Ahorros que las emitan estarán sometidas al principio de transparencia informativa que obligará a las mismas a hacer público

¹⁰⁴ A título de ejemplo, Unicaja consolidó en el año 2003 sus participaciones empresariales, adquiriendo participaciones empresariales de Islalink, que es una entidad que gestiona y administra el cable submarino que va desde Valencia a las Islas Baleares para la conducción de los cables de las empresas de telecomunicaciones. Asimismo, entre las empresas en las que han aumentado su volumen de inversión se encuentran Abetis, Endesa, o el Banco de Andalucía, fundamentalmente.

¹⁰⁵ En concreto podemos referirnos a la OPA de Gas Natural sobre Iberdrola, y a la Caixa como entidad financiera que se encontraba detrás de la referida operación.

con carácter anual un informe de gobierno corporativo. En el mismo orden de ideas, las Cajas de Ahorros participan en diversas sociedades cotizadas en las que ocupan posiciones de control estando representadas a tales efectos en sus órganos de gobierno; y siendo dicha situación patente en el caso de las Cajas de Ahorros andaluzas entendemos que se exija para éstas el sometimiento a dicha normativa, y en definitiva, a las exigencias derivadas del buen gobierno corporativo, que tiene su causa en los Informes Olivencia y Aldama, aún cuando persigan cada uno de ellos fines diferentes.

En efecto, el Informe y Código Olivencia de 1998 persiguió elaborar un código ético para las empresas y el Informe Aldama de 2002 persigue unos principios obligatorios en cuanto a la transparencia y seguridad. Se puede señalar que, éste nuevo Informe Aldama añade al Código de buen gobierno algunas recomendaciones tendentes a alcanzar una mayor transparencia para las entidades emisoras y una mayor responsabilidad a los consejeros y directivos, junto a otras nuevas recomendaciones no previstas en el Informe Olivencia, relativas a la responsabilidad social, a las opciones sobre las acciones, a la figura del auditor y a la utilización de internet para favorecer la participación del pequeño inversor.

En lo que ahora nos interesa, la Ley de Transparencia Financiera supone la creación en el seno del Consejo de Administración de las Cajas de Ahorros de una “comisión de inversiones”. Dicha comisión junto a la “comisión de retribuciones” que también debe constituirse en idéntico seno, son algunas de las comisiones previstas en los códigos de buen gobierno respecto de las sociedades cotizadas. En tal sentido, la Ley de Transparencia Financiera en la disposición adicional cuarta, apartado segundo incluye la reforma del artículo 20 de la LORCA, añadiendo dos nuevos apartados al mismo (bis y ter), que regulan la creación de las citadas comisiones (de retribuciones y de inversiones, respectivamente) con carácter imperativo frente a su creación potestativa para las sociedades mercantiles¹⁰⁶.

La comisión de inversiones incluida en el artículo 20 ter de la LORCA ha resultado modificada recientemente por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Y de esa manera, conforme con la modificación introducida, la comisión de inversiones estará constituida por tres miembros elegidos por el Consejo de Administración de

¹⁰⁶ En tal sentido, cfr., SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El buen gobierno de las Cajas de Ahorros”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 601, de 27 de noviembre de 2003, p. 5.

entre sus miembros entre personas con capacidad técnica y experiencia profesional,¹⁰⁷ los cuales deberán informar al Consejo de Administración sobre las inversiones estratégicas que realice una Caja de Ahorros, destacándose por tanto, las participaciones accionariales de las mismas en determinadas empresas.

Dichas inversiones estratégicas son definidas en el propio artículo 20 ter de la LORCA, en virtud del cual es estratégica cualquier inversión o desinversión en sociedades cotizadas o proyectos empresariales que conlleven para la Caja la presencia en su gestión o en los órganos de gobierno de las mismas. Por tanto, y como señala la doctrina, la mera presencia de un representante de la Caja en el Consejo de Administración es relevante a dichos efectos, puesto que no se ha especificado, que la participación en la Caja deba alcanzar un porcentaje significativo en una sociedad, de acuerdo con la legislación societaria o bursátil, o que implique para la Caja de Ahorros el control de la sociedad conforme con los criterios establecidos en el artículo 4 LMV¹⁰⁸.

La modificación que la Ley 62/2003 hace al artículo 20 ter de la LORCA aclara cual será su régimen de funcionamiento, que no había sido incluido en la redacción inicial, y a esos efectos, la comisión de inversiones se regirá por lo establecido en los estatutos de la Caja respectiva y por su propio reglamento interno. La comisión de inversiones deberá remitir anualmente un informe al Consejo de Administración que irá referido a las inversiones realizadas, así como a su viabilidad financiera y a su adecuación a los objetivos fundacionales de la entidad. Y este informe anual de la comisión de inversiones se incorporará al informe de gobierno corporativo de la entidad que ha sido regulado recientemente a través de la Orden de 17 de febrero de 2004, sobre informe anual de Gobierno Corporativo y otra información de las Cajas de Ahorros que emitan valores admitidos a negociación en Mercados Oficiales de Valores (BOE de 18 de febrero de 2004).

¹⁰⁷ Las modificaciones introducidas al artículo 20 ter de la LORCA por la Ley 62/2002, han supuesto concretar el número de miembros la referida comisión, ya que conforme con la redacción dada por la Ley de Transparencia Financiera aquella podía estar formada por tres miembros, salvo que la normativa de desarrollo estableciera otra cosa. Asimismo, la referida comisión de inversiones tiene como misión la de informa al Consejo de Administración sobre las inversiones y desinversiones, eliminándose la facultad de proponer al mismo las referidas inversiones. Por último, y en un mismo orden de ideas, los miembros de la comisión de inversiones serán elegidos en función de su capacidad técnica y profesional, sin que ahora se tenga que guardar las proporciones del mismo Consejo de Administración.

¹⁰⁸ Cfr., SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "El buen gobierno de las Cajas...", op. cit., p.5.

IV. LA REGULACIÓN NORMATIVA DE LAS CAJAS DE AHORROS DE ANDALUCÍA

El régimen jurídico estatal relativo a las Cajas de Ahorros es amplio y disperso en un conjunto de disposiciones normativas que corresponden a épocas muy diferentes y que en el momento actual deben coordinarse con la regulación que de las mismas han llevado a cabo las diferentes Comunidades Autónomas. Esta situación de fragmentación jurídica arranca de la Constitución Española de 1978, en virtud del catálogo de competencias que corresponde al Estado frente a aquellas otras que pueden ser asumidas por las diferentes Comunidades Autónomas.

En ese sentido, los artículos 148 y 149 CE detallan cuáles son las competencias que podrán asumir las Comunidades autónomas frente a aquellas otras sobre las que el Estado tiene competencia exclusiva, respectivamente. En ningún apartado de los artículos anteriormente señalados se refiere a las Cajas de Ahorros, si bien, el artículo 149.1.11^a C.E., reserva al Estado la competencia exclusiva sobre el “*sistema monetario: divisas, cambio y convertibilidad; bases del ordenación del crédito, banca y seguros*”, y el artículo 148 1.13^a C.E., por otra parte, les concede a las Comunidades Autónomas la posibilidad de asumir competencias en relación al “*fomento del desarrollo económico de la comunidad autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional*”. Las previsiones anteriormente descritas deben ponerse en relación con las que se contienen en el artículo 149.3 C.E., que establece que “*las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a la Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los estatutos de autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las comunidades autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas*”.

Sobre la base de este marco constitucional todas las Comunidades Autónomas han asumido competencias sobre Cajas de Ahorros en sus respectivos Estatutos de Autonomía (en adelante E.A), sin embargo, no todas han asumido las mismas competencias¹⁰⁹; la Comunidad Autónoma de Andalucía, su

¹⁰⁹ En ese sentido, las Comunidades de Asturias (artículo 11 E.A), la Rioja (artículo 9 E.A), Murcia (artículo 11 E.A), Extremadura (artículo 8 E.A), Islas Baleares (artículo 11 E.A), Madrid (artículo 27 E.A), y Castilla y León (artículo 27 E.A) sólo asumen la competencia para el desarrollo legislativo y ejecución. Las Comunidades de Andalucía, el País Vasco (artículo 10 E.A), Cataluña (artículo 12 E.A), Galicia (artículo 30 E.A), Navarra (artículo 56 E.A), Comunidad Valenciana (artículo 34 E.A), Canarias (artículo 32 E.A), Aragón (artículo 39 E.A) y Castilla-La Mancha

E.A. aprobado por la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre (BOE núm. 9, de 11 de enero de 1982) asume competencias sobre Cajas de Ahorros (artículo 18. 1, apartado 3º E.A) y reconoce la competencia exclusiva en el marco de la legislación básica del Estado de la Comunidad Autónoma “*de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general y la política monetaria del Estado y en los términos de lo expuesto en los artículos 38, 131, y 149.1,11 y 13 de la Constitución la competencia exclusiva sobre Instituciones de crédito corporativo, público y territorial. Las Cajas de Ahorros y las Cajas Rurales*”.

Resultado de todo ello es la competencia compartida respecto de las Cajas de Ahorros entre el Estado (artículo 149.1,11 CE) y las Comunidades Autónomas, delimitada por la competencia exclusiva del Estado a “*las bases de la ordenación de crédito, banca y seguros*”, y la habilitación a favor de las Comunidades Autónomas “*en virtud de sus respectivos Estatutos*”, con relación a las materias no atribuidas expresamente al Estado. Circunstancia ésta no predicable respecto de otras Entidades de Crédito, como los bancos, que se ven afectados únicamente por la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación mercantil (artículo 149.1,6 CE)¹¹⁰, que en poco ha servido dicho criterio para las Cajas de Ahorros¹¹¹.

A partir de dicha base constitucional se ha producido el desarrollo normativo de las Cajas de Ahorros en el ámbito andaluz¹¹², que ha culminado con

(artículo 31 E.A) han asumido la competencia exclusiva en el marco de la legislación básica del Estado, y finalmente la CC.AA de Cantabria (artículo 28 E.A) sólo asume la competencia en sentido genérico, sin precisar nada más.

¹¹⁰ Cfr., SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Las modificaciones del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, en *Comentarios a la Ley 44/2002, de 22 de noviembre...*”, op. cit., p. 445, y ello supone igualmente, que en los aspectos relativos al régimen de control o de supervisión se vean afectados los bancos y las Cajas de Ahorros por situaciones diferentes, que suponen para aquellos la supervisión única del Banco de España frente a las Cajas de Ahorros que la comparten con las Comunidades Autónomas.

¹¹¹ Cfr., MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T., *Las inscripciones registrales de las Cajas de Ahorros*, 2002, p. 46, y la bibliografía citada allí, respecto a los bancos y a las cooperativas de crédito, fundamentalmente.

¹¹² El desarrollo normativo realizado en las diferentes CC.AA., se puede agrupar en diferentes bloques, que siguiendo para ello a GARCÍA ROA, J., *Las Cajas de Ahorros Españolas: cambios recientes, fusiones y otras estrategias de dimensionamiento*, 1994, p. 92, lo dividiríamos entre: normas de desarrollo de competencias, normas sobre computabilidad de emisiones y calificación de créditos en los coeficientes obligatorios, normas sobre áreas de información financiera, normas sobre Órganos Rectores y finalmente Leyes o Decretos sobre Cajas de Ahorros.

la aprobación de la Ley 15/1999, de 16 de diciembre de Cajas de Ahorros de Andalucía y con su posterior Reglamento aprobado por Decreto 138/2002, de 30 de abril, con los que se pone fin a un largo proceso que se inicia realmente en el año 1994¹¹³. Esta normativa, relativamente reciente, ha tenido que ser adaptada a las exigencias de la LMRSF (artículo 8: reforma del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros), que modifica la LORCA y que en consecuencia, como hemos de ver, ha supuesto una reforma importante de la normativa andaluza¹¹⁴, que sin embargo, no desmerece su promulgación. Y es que era Andalucía una de las pocas autonomías que no contaba en ese momento con una Ley de Cajas de Ahorros aunque si con otras disposiciones de diferente rango normativo que las regulaban pero de forma dispersa y en una diversidad de Decretos y de Órdenes que quedan refundidos y aclarados una vez aprobada la Ley de Cajas de Ahorros de Andalucía y su Reglamento de desarrollo, fundamentalmente.

Por ello, a continuación analizaremos brevemente la situación normativa anterior a la promulgación de la Ley de Cajas de Ahorros de Andalucía para centrarnos con posterioridad en el examen del régimen jurídico vigente y en algunos de los aspectos que se han tenido que modificar para cumplir lo demandado por la LMRSF. La Ley Financiera realiza a esos efectos, una modificación de numerosos preceptos de la LORCA con el objetivo fundamental de adaptar la gestión de las Cajas de Ahorros a los principios del buen gobierno corporativo, con la intención de clarificar la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorros, reafirmando, como hemos de ver, su carácter privado, y asimismo, con la intención de determinar el carácter básico o no de determinados preceptos de la LORCA, lo cual tiene su causa en el ejercicio de competencias legislativas compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre las Cajas de Ahorros.

a. Breve reseña normativa de la regulación de las Cajas de Ahorros de Andalucía

Con anterioridad a la aprobación de la Ley de Cajas de Ahorros de Andalucía existía alguna regulación normativa parcial pero no una norma gene-

¹¹³ Cfr., CAÑABATE POZO, R., El proyecto de Ley de Cajas de Ahorros para Andalucía, *RDBB*, núm. 73, 1999, pp. 265-272, y CAÑABATE POZO, R., "La Ley de Cajas de Ahorros para Andalucía", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 32, 2000, pp. 189-196.

¹¹⁴ La adaptación de la normativa andaluza sobre Cajas de Ahorros a la LORCA conforme a las reformas introducidas a la misma por la LMRSF, se produce con la Ley 20/2002, de 21 de diciembre, por la que se aprueban normas en materia de tributos cedidos y medidas tributarias, administrativas y financieras (BOE núm. 14 de 16 de enero de 2003).

ral relativa a las Cajas de Ahorros; el criterio que se va a seguir para exponer dicho marco normativo será el estrictamente cronológico, si bien se realizará alguna pequeña alteración en atención a la materia objeto de regulación, ya que de esa forma pensamos que se comprende mejor el entramado legislativo al cual se sometían las Cajas de Ahorros y del que puede deducirse el impulso normativo producido una vez promulgada la LORCA y en concreto, a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional 49/1988, que declara que no son básicos algunos aspectos regulados en aquella, y que por tanto, han sido ahora objeto de regulación en la normativa andaluza¹¹⁵.

En el sentido anteriormente indicado, podemos referirnos en primer lugar al Decreto 25/1983, de 9 de febrero (BOJA de 15 de febrero de 1983) que se encargó de regular las competencias de la CC.AA., sobre las Cajas de Ahorros. En 1984, se dictaron la Orden de 12 de enero de 1984 (BOJA de 24 de enero de 1984) que reguló la expansión de las Cajas de Ahorros en Andalucía y la Orden de 20 de marzo de 1984 (BOJA de 10 de abril de 1984) que derogó el artículo 2º, de la Orden de 12 de enero de 1984. Ambos han quedado sin vigencia alguna una vez aprobado el Reglamento de desarrollo de la Ley de Cajas de Ahorros de Andalucía.

Posteriormente, en la Circular núm. 1, de 22 de enero de 1985 (BOJA de 22 de enero de 1985) se regularon las competencias del Gobierno autonómico sobre Cajas de Ahorros y la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de 22 de julio de 1985 delegó determinadas competencias en la Dirección General de política Financiera. Un año más tarde, se aprobó el Decreto 99/1986, de 28 mayo (BOJA de 5 de junio de 1986) por el que se desarrolló la LORCA. Ese Decreto fue desarrollado por la Orden de 21 de octubre de 1987 (BOJA de 30 de octubre de 1987) y modificado por el Decreto 299/1988 de 11 de octubre (BOJA de 1 de noviembre de 1988), sobre renovación de los órganos de gobierno de determinadas Cajas de Ahorros andaluzas. Igualmente toda esa normativa debemos entenderla derogada una vez aprobado el Reglamento de desarrollo de la Ley de Cajas de Ahorros de Andalucía

Asimismo, los Decretos de 23 de abril de 1986 (BOJA de 10 de mayo de 1986) sobre computabilidad de valores de renta fija en el coeficiente de inversión de las Cajas de Ahorros y Cajas Rurales con sede social en Andalucía,

¹¹⁵ Las primeras Comunidades Autónomas que aprobaron normas generales relativas a las Cajas de Ahorros fueron Cataluña (Ley 15/1985, de 1 de julio) y Galicia (Ley 7/1985, de 15 de julio), a las que siguieron las demás Comunidades Autónomas.

y el Decreto de 28 de mayo de 1986 (BOJA de 5 de junio de 1986) sobre computabilidad de préstamos en el coeficiente de inversión de las Cajas de Ahorros y Cajas Rurales con sede social en Andalucía. En ese mismo año, la Orden de 8 de octubre de 1986 (BOJA de 4 de noviembre de 1986) reguló los criterios a seguir a efectos de designación de Consejeros Generales en representación de las corporaciones municipales, en los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros andaluzas, la cual también debemos entenderla derogada por el Reglamento de desarrollo de la Ley de Cajas de Ahorros de Andalucía.

Este era principalmente el marco normativo que estaba vigente en el momento de la aprobación de la nueva normativa para las Cajas de Ahorros de Andalucía, que mantuvo su vigencia en tanto no se realizó el desarrollo reglamentario correspondiente (Disposición Derogatoria Única de la Ley 15/1999). Abordados dichos aspectos, iniciamos ahora el análisis de la nueva regulación para las Cajas de Ahorros andaluzas, si bien, no pretendemos un comentario exhaustivo de la misma sino solamente de aquellos aspectos esenciales, que configuran las innovaciones fundamentales respecto a otras Leyes autonómicas sobre Cajas de Ahorros y que constituyeron también, algunos de los principales centros de polémica durante toda la tramitación parlamentaria, así como aquellos otros aspectos que han tenido que ser modificados para adaptarse a la LORCA, en los términos que ya hemos descrito con anterioridad.

b. La nueva regulación para las Cajas de Ahorros andaluzas

La Ley de Cajas de Ahorros de Andalucía persigue el establecimiento de un marco jurídico completo para las Cajas de Ahorros ya que no sólo regula sus órganos de gobierno sino también las actividades que desarrollen las Cajas y nace por tanto, con la finalidad de potenciar su papel en el sistema financiero andaluz y adquirir una mayor relevancia en la realidad económica y social de Andalucía (Exposición de Motivos de la Ley 15/1999). Debe resaltarse el ámbito de aplicación de la disciplina reguladora de las Cajas de Ahorros, que se determina por referencia a diferentes criterios de aplicación -el derivado del Estatuto personal de las Cajas de Ahorros frente al criterio de la territorialidad (artículo 1)-, ya que difieren respecto del criterio delimitador consagrado en el Decreto 25/1983, de 9 de febrero¹¹⁶. A esos efectos, están

¹¹⁶ El Decreto 25/1983, de 9 de febrero, delimitó el ámbito de aplicación de sus disposiciones por referencia a las Cajas de Ahorros domiciliadas en su territorio y conforme a lo cual el artículo 1 señaló que “*sus disposiciones afectarán exclusivamente a las Cajas de Ahorros cuyo domicilio social radique en la Comunidad Autónoma de Andalucía*”, se trata por tanto, como señaló TAPIA HERMIDA, A. J., “La Ley de Cajas de Ahorros de Galicia”, *RDBB*, núm. 63, 1996, p. 810, de la utilización de un

sometidas a la Ley 15/1999, las Cajas de Ahorros que tengan su domicilio social en Andalucía tanto en los aspectos relativos a la organización como en los relativos a las actividades que desarrollen en Andalucía. Por su parte, será igualmente de aplicación a las actividades que desarrollen en Andalucía aquellas Cajas de Ahorros no domiciliadas en la misma¹¹⁷.

La normativa andaluza aborda la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorros de forma imprecisa ubicándolas dentro de las entidades de naturaleza fundacional, lo cual tiene su reflejo lógico, en el régimen jurídico propuesto para las mismas y en concreto en el Derecho supletorio aplicable a las Cajas de Ahorros. En ese sentido, el artículo 2. 2 de la Ley 15/1999, establece que las Cajas de Ahorros domiciliadas en Andalucía se regirán en primer lugar por lo previsto en la Ley y demás normativa que en particular resulte de aplicación a las Cajas de Ahorros, en segundo lugar por las normas que resulten de aplicación a las entidades de crédito en general, y finalmente y con carácter supletorio resulta de aplicación en lo que proceda, la normativa propia de las fundaciones. No se incluye por tanto, la aplicación a las Cajas de Ahorros de la normativa estatal mercantil de sociedades, que por razón de la materia resulta aplicable a las Cajas de Ahorros, y a la que sólo se han referido expresamente algunas normativas autonómicas sobre Cajas de Ahorros¹¹⁸, y tampoco establece cual sería la normativa relativa a las fundaciones que resultaría de aplicación a las Cajas de Ahorros.

“tipo de sujeción plena por razones subjetivas” de ubicación en el territorio de la Comunidad Autónoma de las Cajas de Ahorros domiciliadas en el mismo, que ha sido revisado con la normativa vigente actualmente.

¹¹⁷ Cfr., ALAMINOS MINGORANCE, C., *Régimen jurídico-administrativo de las Cajas...*, op. cit., p. 97. Las Cajas de Ahorros con domicilio social en Andalucía se regirán por ella en todo lo relativo a la capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución, extinción y demás aspectos derivados de su Ley personal mientras que el principio de territorialidad regirá en lo relativo a las actividades realizadas en Andalucía por las Cajas de Ahorros. Así lo recoge la Exposición de Motivos de la Ley 15/1999.

¹¹⁸ En ese sentido, se refiere expresamente a la aplicación a las Cajas de Ahorros del régimen jurídico de la normativa estatal mercantil, la Ley 4/1996, de Cajas de Ahorros de Galicia (artículo 1. 2º). y por su parte, otras como la Ley 1/1997, de Cajas de Ahorros de la Comunidad Valenciana (artículo 4) y la Ley 3/1998, de la Región de Murcia (artículo 1. 1º) coinciden en que las Cajas de Ahorros se regirán en primer lugar por sus respectivas Leyes, en segundo lugar por las normas reglamentarias dictadas en desarrollo de las mismas, en tercer lugar por sus propios Estatutos y Reglamentos, y finalmente y con carácter de Derecho supletorio por el ordenamiento general del Estado. En éste último, se incluyen tanto la normativa general de entidades de crédito, como la mercantil de sociedades, así como la de fundaciones que resulte de aplicación.

Sobre la aplicación supletoria a las Cajas de Ahorros de la normativa relativa a las fundaciones la doctrina mantiene argumentos contrarios¹¹⁹, pudiendo sostenerse de un lado, que las Cajas de Ahorros han quedado excluidas tradicionalmente de la normativa reguladora de las fundaciones (estatal y autonómica) porque su propia “lex specialis” ha configurado su régimen jurídico que se completa con la normativa general relativa a las Entidades de Crédito, lo cual no significa de otro lado, que las Cajas de Ahorros no sean fundaciones, sino que constituyen aspectos diferentes su naturaleza jurídica fundacional y el régimen jurídico propuesto para las mismas. En función de su naturaleza jurídica, al menos en el plano teórico, admitimos la aplicación supletoria a las Cajas de Ahorros del régimen jurídico relativo a las fundaciones pero nunca su aplicación directa, si bien en el plano práctico, las Cajas de Ahorros son ajenas a dicho régimen¹²⁰.

Otro aspecto a resaltar, relacionado directamente con el que acabamos de anticipar, será el de la composición orgánica de las Cajas de Ahorros (Asamblea General, Consejo de Administración y Comisión de Control) ya que la Ley 15/1999, introduce en su organigrama la presencia de la Junta de Andalucía en detrimento de otras representaciones como son la de las entidades fundadoras, corporaciones municipales y la de los impositores (artículos 57, 72, 76 y 81 Ley 15/1999)¹²¹, incluyendo asimismo, los criterios para la

¹¹⁹ Cfr., EMBID IRUJO, J.M., “Notas sobre la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorros”, *Documentación Laboral*, núm. 46, 1995, pp. 33-34; FRAN I SAGUER, M., *Intervención administrativa sobre bancos y cajas de Ahorros*, 1992, p. 139, y ALAMINOS MINGORANCE, C., *Régimen jurídico-administrativo de las Cajas...*, op. cit., pp. 163-164, que sostienen la aplicación supletoria a las Cajas de Ahorros del régimen jurídico relativo a las fundaciones. En contra de esas opiniones, cfr., ROS PÉREZ, F., *Las Cajas de Ahorros en España: evolución y régimen jurídico*, 1996, p. 171.

¹²⁰ Cfr., MARTÍN GARCÍA, M^a.M., “Régimen jurídico de las Cajas de Ahorro y autonomía confesional”, en *La financiación de la libertad religiosa*, op. cit., p.461-462, en donde sostiene la aplicación supletoria a las Cajas de Ahorros de la Ley de Fundaciones, distinguiendo en ellas una dimensión fundacional con carácter esencial o de fin y una dimensión mercantil con carácter funcional o de medio, de manera que, sobre la dimensión fundacional será aplicable la legislación especial de las Cajas de Ahorros, y supletoriamente, la legislación común sobre fundaciones y sobre la dimensión mercantil será aplicable la normativa sectorial bancaria.

¹²¹ Los porcentajes de representación regulados en el artículo 57 de la Ley 15/1999 eran los siguientes, a la Junta de Andalucía se le atribuía una representación de 21%; el grupo de las Corporaciones Locales pasaba a tener un 35% frente al 40% que tenía con anterioridad; los impositores tendrán una representación del 28% frente a la que tenían del 44%; las entidades fundadoras también reducen su participación que será del 9% frente a la que tenían del 11% y por último, los empleados la aumentan un poco su participación con una representación del 7% frente a la que tenían del 5%.

determinación de la composición de los órganos de gobierno (artículo 45 Ley 15/1999) y la modificación de los porcentajes de representación de los grupos representados en los órganos de gobierno¹²². Aspectos todos ellos que han tenido que ser modificados por el riesgo de la politización de las Cajas de Ahorros y de su consideración como entidades de Derecho Público a la luz de la normativa comunitaria, fundamentalmente, y por consiguiente, con el riesgo de confusión respecto de su naturaleza jurídica, como verdaderas entidades de Derecho Privado.

El incremento de la participación pública en los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros tiene su causa en la LORCA, que atribuyó a las Corporaciones Locales una representación del 40% que unida a la de las entidades fundadoras podía suponer un total del 51%, y por ello se podía romper el equilibrio de los intereses representados en su seno. No obstante, la máxima representación se encontraba en manos de los impositores (44%) en la misma línea que había iniciado el RD 2290/1977. La representación en los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros de las administraciones autonómicas venía siendo admitida, sin embargo, conforme a la jurisprudencia constitucional que admitió la representación de instituciones de reconocido prestigio del ámbito de actuación de las Cajas de Ahorros; de esa manera, la interpretación jurisprudencial del artículo 2.3 de la LORCA permite a la normativa andaluza de 1999 incluir a la Junta de Andalucía en sus órganos de gobierno como una importante novedad frente su normativa precedente que hasta este momento no la incluía¹²³.

¹²² La modificación legislativa al artículo 2.3 de la LORCA ha supuesto una renuncia al porcentaje representativo en la Asamblea General a las Corporaciones municipales y los impositores que era en su conjunto del 84% frente a las entidades fundadoras con un 11% y a los empleados con un 6%. Ahora el artículo 2.3 de la LORCA regula de forma más flexible los márgenes representativos que deberán especificar las normas autonómicas estableciéndose tan sólo unos límites mínimos y máximos para la representación de los impositores (25%-50%) y de los trabajadores (5%-15%).

¹²³ El STC 49/1988 en su fundamento jurídico 18 afirmó que “*la finalidad democratizadora, tantas veces citada, permite al legislador estatal establecer como básicas ciertas normas que aseguren su consecución. Así se puede prevenir por medio de esas normas que un grupo alcance un dominio decisivo en la asamblea en perjuicio de los otros, o le cabe exigir que las representaciones correspondientes sean significativas, siempre que deje un margen también significativo para las diversas opciones autonómicas. El legislador podría, para alcanzar esos objetivos, fijar mínimos y máximos o acudir a otras medidas que estime apropiadas. De esa forma se garantizaría la finalidad democratizadora de la Ley, sin acudir a una regulación tan rígida como la prevista en el artículo 2.3*”. Asimismo, declara el alto Tribunal que “*procede, en consecuencia, declarar que el artículo 2.3 de la LORCA es básico en cuanto establece los diversos grupos sociales que deben estar representados en la Asamblea General, siempre que su enumeración no se considere exhaustiva, y no es básico en cuanto fija porcentajes rígidos de representación para cada uno de esos grupos*”.

La participación de la Junta de Andalucía en la Asamblea General con un 21% atendiendo a la proporcionalidad con la que estén representados los grupos políticos en la Cámara unida a la participación de las Corporaciones municipales con una proporción del 35% que será designada por las propias corporaciones municipales de manera proporcional a su representación política suponía un 56% de representación de carácter público en la Asamblea General frente a la representación privada del 44% que correspondía a los impositores con un 28 % elegidos por sorteo entre compromisarios, un 9% para las entidades fundadoras designados directamente por ellos y un 7% para los empleados elegidos por sus representantes legales. Aparte de ello, las entidades fundadoras de algunas de las actuales Cajas de Ahorros son también de naturaleza pública, como ya lo vimos en otro momento anterior, lo cual podía llegar a suponer una representación pública en las Cajas de Ahorros de hasta el 65%.

No obstante, para salvar de alguna manera dicha situación, la normativa andaluza en consonancia con lo dispuesto en la LORCA recuerda en el artículo 4 el principio de independencia que debe guiar la actuación de los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros respecto de los intereses que están representados en los órganos de gobierno, lo cual ha sido nuevamente reforzado por la LMRSF, que al modificar el artículo 10.1 de la LORCA, aunque sin carácter básico, sanciona la irrevocabilidad de los nombramientos de los miembros de los órganos de gobierno fuera de los casos de renuncia, defunción, declaración de fallecimiento o ausencia legal, sin perjuicio claro está, de los supuestos de incompatibilidad sobrevenida o pérdida de los requisitos exigidos para su designación o acuerdo de separación adoptado por la Asamblea General.

Los intereses representados inicialmente en la Asamblea General en función de lo regulado en la Ley andaluza (Junta de Andalucía, Corporaciones municipales, impositores, entidades fundadoras y empleados) tienen su reflejo en la restante estructura corporativa de las Cajas de Ahorros, ya que tanto el Consejo de Administración como la Comisión de Control se estructuran y se sirven de los propios Consejeros Generales de la Asamblea General, no pudiendo ocupar un puesto como vocal de la Comisión de Control si ya lo ocupan en el Consejo de Administración y debiendo de respetarse en éstos últimos órganos de gobierno los mismos grupos de representación y en igual proporción y características que en la Asamblea General.

Para evitar la consideración de las Cajas de Ahorros andaluzas como entidades de naturaleza pública debido a la representación mayoritaria pública

en sus órganos de gobierno se ha modificado la Ley 15/1999, tal y como lo exige la LORCA, conforme a la reforma que realiza de la misma la LMRSF (artículo 8)¹²⁴. Y ha sido esta misma reforma la que ha posibilitado que en la Asamblea General estén representados otros intereses diferentes de los tradicionales (entidades fundadores, impositores, trabajadores y corporaciones locales), como ya lo venía admitiendo también la propia jurisprudencia constitucional¹²⁵. El artículo 2.1 LORCA regula ahora, que en la Asamblea General estarán representados al menos esos cuatro intereses tradicionales, que la Ley andaluza ha ampliado a otras organizaciones diferentes con una representación del 8%. De esta manera, la representación en las Asambleas Generales de las Cajas de Ahorros andaluzas será del 22% para las Corporaciones Locales, del 27% para los impositores, del 15% para la Junta de Andalucía, del 13% para las personas o entidades fundadoras, del 15% para los empleados y por último como ya hemos anticipado, del 8% para otras organizaciones.

¹²⁴ El artículo 2.3 de la LORCA regula que, “la representación de las Administraciones públicas y entidades y corporaciones de derecho público en sus órganos de gobierno, incluida la que corresponda a la entidad fundadora cuando ésta tenga la misma naturaleza, no podrá superar en su conjunto el 50% del total de los derechos de voto en cada uno de tales órganos, teniendo que estar representados todas las entidades y corporaciones”. Se ha incluido en el mismo apartado que la representación de los impositores oscilará entre un mínimo del 25% y un máximo del 50% del total de los derechos de voto en cada uno de los órganos de gobierno y que el porcentaje de representación para el grupo de los empleados oscilará entre un mínimo del 5% y un máximo del 15% de los derechos de voto en cada órgano de gobierno. Esta nueva regulación choca frontalmente con lo que regulaba con anterioridad este mismo precepto, que modificó a su vez las previsiones contenidas en el RD 2290/1977. El artículo 2.3 de la LORCA atribuía a las Corporaciones Locales en cuyo término tuviera abierta una oficina la entidad una participación del 40%, a los impositores del 44%, a las personas o entidades fundadoras del 11% y a los empleados el 5%.

¹²⁵ La sentencia del Tribunal Constitucional 60/1993, de 18 de febrero recoge la posición constitucional cuando establece que “*El precepto estatal es, pues, básico, en cuanto determina los grupos, categorías o sectores que han de estar necesariamente representados en la Asamblea General de las Cajas, pero sin que la enumeración contenida en la LORCA pueda considerarse, a efectos de la competencia del legislador autonómico, como exhaustiva, ni tampoco de carácter rígido o taxativo los porcentajes de participación establecidos en el artículo 2 LORCA*”. Por consiguiente, la legislación autonómica en materia de Cajas de Ahorros puede disponer la participación en dicha Asamblea General de otros grupos, siempre que representen intereses sociales y colectivos del ámbito de actuación de las Cajas de Ahorros, tal como exige el artículo 2.1 LORCA, entre los que incluir otros Corporaciones Locales ya que es manifiesto su carácter representativo (STC 48/1988, fundamento jurídico 17). En definitiva, el artículo 2.3 LORCA es básico en cuanto establece los diversos grupos sociales que deben estar representados en la Asamblea General, siempre que su enumeración no se considere exhaustiva, y no es básico en cuanto fija porcentajes rígidos de representación para cada uno de esos grupos (STC 49/1988, fundamento jurídico 18).

Se respetan de ésta manera los límites mínimos y máximos para la representación de los impositores (25-50%) y de los trabajadores (5-15%), que exige la LORCA (artículo 2) y se reduce la representación de la Junta de Andalucía en los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros, que sólo sería criticable cuando a través del cómputo total de la representación pública pudiera producirse una alteración de la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorros y al propio tiempo podría limitarse la independencia y autonomía de dichas instituciones.

Habiéndose producido por tanto dicha reforma en la configuración de los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros de Andalucía, quedan a salvo de su consideración como empresas públicas a la luz de la Directiva 80/723/CEE, de 25 de junio, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los estados miembros y las empresas públicas¹²⁶, que entiende por empresa pública aquella “...en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que las rigen” (artículo 2.1,b). En donde existirá dicha influencia dominante cuando la administración ya sea de forma directa o indirecta posea la mayoría del capital suscrito de la empresa o bien disponga de la mayoría de votos inherentes a las participaciones emitidas por la empresa o puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa¹²⁷. Las reformas producidas en ese sentido consolidan según nuestro parecer, la consideración de las Cajas de Ahorros como entidades de naturaleza privada y las alejan de las corrientes privatizadoras que abogan por su transformación en sociedades anónimas, y es que ciertamente, no se pueden privatizar entidades que ya son privadas.

De otra parte, la Ley de Cajas de Ahorros de Andalucía regula *ex novo* la creación por cada una de las Cajas de Ahorros de un Código de Conducta y Responsabilidad Social (artículo 3. 2º de la Ley 15/1999) en el que se deberá

¹²⁶ La Directiva 80/723/CEE ha sido modificada por la Directiva 2000/52/CE de 26 de julio de 2000, DOCE de 29 de julio de 2000.

¹²⁷ De no haber procedido la reforma anticipada, las Cajas de Ahorros de Andalucía podrían tener la consideración de empresas públicas conforme con la normativa comunitaria referenciada y sin embargo dicha calificación no sería extensible a otras Cajas de Ahorros no andaluzas en cuyos órganos de gobierno no se produjera esa mayoritaria representación pública, lo cual nos conduciría a admitir distintas categorías de Cajas de Ahorros, públicas o privadas en función de dicho criterio delimitador.

concretar su actuación de acuerdo con los principios generales de actuación consagrados en el artículo 3.1 de la Ley (el fin de las Cajas es perseguir el interés público, y así su actuación estará orientada al fomento del empleo, el apoyo a los sectores productivos, la protección y mejora del medio ambiente, o el patrimonio cultural e histórico y la investigación, a fin de contribuir al desarrollo social y económico de Andalucía). Tal previsión no se encontraba recogida en el proyecto de Ley de Cajas de Ahorros de Andalucía, ni tampoco en ninguna de las Leyes de Cajas de Ahorros autonómicas aprobadas en ese momento.

En ese sentido, se instituye por Ley la elaboración de un Código ético de buen gobierno, y sin embargo, nada más se señalaba al respecto, habiendo sido con posterioridad, a través de la Ley 10/2002, de 21 de diciembre, por la que se aprueban normas en materia de tributos cedidos y otras medidas tributarias, administrativas y fiscales para Andalucía, cuando se han concretado los criterios respecto de su elaboración y en donde se ha regulado que para su cumplimiento las Cajas de Ahorros disponen de un plazo máximo de seis meses contados a partir del día siguiente al de la entrada en vigor de la referida Ley¹²⁸. A tal fin, respecto de la conformación de los referidos Códigos, las Cajas de Ahorros deberán cumplir la legalidad vigente en relación con el destino de sus excedentes (artículos 24 y 88 Ley 15/1999), la política de retribuciones del personal laboral de alta dirección se realizará bajo principios de máxima transparencia, las normas de actuación de los órganos de gobierno se deberán cumplir con la máxima diligencia bajo el principio de lealtad respecto de la Caja de Ahorros y guardando silencio de aquellas informaciones conocidas por razón de su cargo que no podrán ser utilizadas para fines privados.

Como ya hemos anticipado en otro lugar, la elaboración de Códigos éticos de los Consejos de Administración de las Sociedades, se materializó en la creación de una Comisión especializada bajo la presidencia del Profesor Olivencia, que cristalizó en un Informe en el que se detallaban una serie de recomendaciones, sobre las que se podía meditar en torno a la posibilidad de su

¹²⁸ Cfr., la Ley 10/2002, que entró en vigor el día 1 de enero de 2003 (Disposición final tercera) y la Disposición adicional sexta respecto del establecimiento del plazo máximo para la elaboración de Códigos de Conducta y Responsabilidad que han de ser remitidos a la Consejería de Economía y Hacienda una vez aprobados por las Asambleas Generales de las Cajas de Ahorros andaluzas a propuesta de los respectivos Consejos de Administración (artículos 3.1 y 56, n Ley 15/1999).

aplicación a las Cajas de Ahorros¹²⁹, aunque partiendo de las diferencias entre las Cajas de Ahorros y las sociedades no solamente en lo que se refiere a las normas reguladoras, sino también, en su diferente organización y naturaleza jurídica, fundamentalmente. Del análisis comparativo se deducía que algunas de las recomendaciones del Informe ya estaban incorporadas en la estructura y organización de las Cajas¹³⁰, aunque tal vez no de la mejor forma: número de miembros de los Consejos de Administración de las sociedades, en nuestro caso de la Comisión de Control (artículo 22 de la LORCA), potenciación de su profesionalidad y retribución (artículos 25-27 de la LORCA), o creación de Comisiones para el control de aspectos concretos del funcionamiento societario, que por otra parte ya existían en las Cajas de Ahorros, en concreto, nos referimos a la ya desaparecida Comisión de Obras Sociales (artículo 15 del Real Decreto 2290/1977), que como órgano separado del Consejo de Administración de las Cajas se encargaba de la gestión de las Obras Sociales y que constituye un elemento esencial de la naturaleza de las Cajas. Junto a ese primer Informe se encuentra Informe Aldama que expresó la “*convicción de que la variedad de problemas que plantea el gobierno corporativo de sociedades de estructura cada vez más compleja y exigencias crecientes de especialización y profesionalización en un entorno competitivo, se aborda mejor desde la flexibilidad de la autorregulación, bajo el principio de la libertad de empresa, y con la sanción del mercado de régimen de autogobierno elegido por cada sociedad en condiciones de transparencia*”. Algunos de los aspectos referidos son también potenciados a través de la LMRSF, que pretende una mayor profesionalización de los miembros de las Cajas de Ahorros, y con posterioridad, a través de la creación de comisiones en el servicio de comisiones en el seno del Consejo de Administración a fin de mejorar la transparencia del sistema financiero y la información que deban suministrar (Ley de transferencia financiera).

Otro aspecto a destacar en la regulación jurídica de las Cajas de Ahorros de Andalucía lo constituye el régimen jurídico de la fusión, que centra su atención en los aspectos relativos a las clases de fusión, el proyecto de fusión, el acuerdo de fusión, la autorización administrativa de la referida operación y el régimen para el período transitorio (artículos 11-15 de la Ley 15/1999 y artículos 15-20 del Reglamento). Ello puede justificarse, a nuestro entender, en

¹²⁹ Cfr., ANTÓN PÉREZ, J.A., “El informe Olivencia sobre los Consejos de Administración y su utilidad para las Cajas de Ahorros”, *Cuadernos de información económica*, núm. 132-133, 1998, pp. 184-185.

¹³⁰ Cfr., ANTÓN PÉREZ, J.A., “El informe Olivencia sobre los Consejos de Administración...”, *op.cit.*, *supra*, pp. 186-187.

la tradición a la participación de las Cajas de Ahorros andaluzas en éste tipo de operaciones unido a la circunstancia de que el proceso de gestación de la Ley de Cajas de Ahorros estuvo vinculado al proceso de fusión de todas las Cajas de Ahorros andaluzas, que finalmente resultó fallido¹³¹, así como también, a la pretensión de crear una Entidad Financiera Común¹³². La Ley andaluza regula también la creación de nuevas Cajas de Ahorros (artículos 5-10 Ley 15/1999)¹³³, si bien, habida cuenta de la escasa posibilidad de que se constituyan nuevas Cajas de Ahorros consideramos más conveniente resaltar la fusión de Cajas de Ahorros y la creación *ex novo* del Registro de Cajas de Aho-

¹³¹ Con esa intención el 29 de abril de 1999, se reunieron los Presidentes de todas las Cajas de Ahorros andaluzas con la Consejera de Economía y Hacienda para proponer una comisión que estudiara esa posible fusión. En ese sentido, tanto el Presidente autonómico como la Consejera de Economía y Hacienda la han defendido, con el deseo de lograr “*una sola Caja potente, bien dimensionada y capaz de ser competitiva*”, ya que a su juicio, las Cajas están “*muy replegadas en el interior de Andalucía y tienen muchas dificultades para captar recursos externos*”, vid., Cinco días de 12 de febrero de 1999, pp. 2-3. Si bien, de los Presidentes de las Cajas de Ahorros, sólo el Presidente de Unicaja comparte esa opinión y en cualquier caso, por el momento la fusión no es una realidad, que de lograrse sería la tercera mayor Caja de España, tras la Caixa y Cajamadrid, vid., Cinco días de 22 de febrero de 1999 y Cinco días de 24 de febrero de 1999.

¹³² Del proyecto de Ley de Cajas de Ahorros de Andalucía que se presentó al Parlamento andaluz en su última sesión ordinaria, se eliminaron los artículos 100 al 102 que regulaban la “Entidad financiera Común de las Cajas andaluzas”. Ésta se configuraba como entidad única que debía coordinar las inversiones y obra social de las seis entidades de la Comunidad Autónoma y en la que debían participar todas las Cajas de Ahorros con domicilio social en Andalucía en función de los recursos administrados por cada entidad, así como representantes de la Junta de Andalucía. Se debe constatar que ninguna Ley de Cajas de Ahorros autonómica ha creado por el momento una “Caja de Cajas”. Los máximos intentos de cooperación entre Cajas de Ahorros se encuentran en la creación de Federaciones de Cajas de Ahorros concebidas como instrumentos para el mejor desarrollo y el más eficaz cumplimiento de la función de las Cajas al servicio de la economía general (vid., los artículos 72-73 de la Ley 4/1996, de Cajas de Ahorros de Galicia, artículos 68-70 de la Ley 4/1997, de Cajas de Ahorros de Castilla-La Mancha, artículos 72-75 de la Ley 1/1997, que aprueba el Texto refundido de las Normas reguladoras de las Cajas de Ahorros de la Comunidad Valenciana, o también los artículos 91-101 de la Ley 15/1999, de Cajas de Ahorros de Andalucía, entre otras).

¹³³ La creación originaria de una Caja de Ahorros puede realizarse a iniciativa de cualquier persona física o jurídica pública o privada siempre que se respete la legislación vigente, que exige la autorización del Consejo de Gobierno, a propuesta de la Consejería de Economía y Hacienda y previo informe del Banco de España, aprobándose al propio tiempo los Estatutos de la entidad de nueva creación (artículos 5 y 6 de la Ley 15/1999). De esa manera, la competencia para crear nuevas Cajas de Ahorros se encuentra en manos de las autoridades autonómicas y no en el Ministerio de Economía y Hacienda (artículo 43.1 LDIEC), ya que dicha competencia pertenece al ámbito de ejecución de las Comunidades Autónomas (Sentencia del Tribunal Constitucional 1/1982, de 28 de enero, fundamento jurídico 9).

ros de Andalucía (artículos 21 y 22 de la Ley 15/1999 y artículos 31-66 del Reglamento).

Sin pretender realizar un examen exhaustivo de la fusión de Cajas de Ahorros, que merecería un estudio exclusivo de dicha materia y su conexión con otras disciplinas jurídicas, nuestro propósito será solamente abordar la normativa andaluza que disciplina la referida materia. Al respecto se puede resaltar en primer lugar, que la fusión podrá realizarse en las dos modalidades previstas por nuestro ordenamiento jurídico, esto es, fusión por constitución y fusión por absorción, que suponen respectivamente, la transmisión en bloque de los patrimonios a la nueva Caja que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquellas como consecuencia de su disolución sin liquidación y la absorción de una o más Cajas por otra ya existente, que adquirirá de igual forma los patrimonios de las entidades absorbidas, como consecuencia de la liquidación sin disolución (artículos 11 y 15 de la Ley y del Reglamento, respectivamente).

De esa manera, la fusión está programada para su realización entre Cajas de Ahorros en cualquiera de las modalidades establecidas (fusiones homogéneas) y presupone al mismo tiempo, que será realizada entre entidades ubicadas en idéntica Comunidad Autónoma, pues la competencia en ese sentido alcanza a las Cajas domiciliadas en el territorio de una misma Comunidad Autónoma (fusiones intracomunitarias). Por nuestra parte, pensamos sin embargo, que la fusión también podrá realizarse con entidades de diferente naturaleza jurídica a la propia de las Cajas de Ahorros (fusiones heterogéneas) y al mismo tiempo, la fusión podrá realizarse también, en cualquiera de las modalidades establecidas con Cajas de Ahorros ubicadas en Comunidades Autónomas diferentes (fusiones extracomunitarias).

Sobre éste aspecto último conviene precisar que, la LMRSF modifica la LORCA añadiéndole una nueva disposición adicional quinta que con carácter básico sanciona que, cuando se produzca una fusión entre Cajas de Ahorros con sedes sociales en Comunidades Autónomas diferentes, la autorización para la misma tendrá que ser adoptada conjuntamente por los Gobiernos de las Comunidades Autónomas afectadas. De esa manera, aún cuando entendíamos que las fusiones extracomunitarias no estaban impedidas legalmente se regula ahora expresamente dicha posibilidad pero sólo en el aspecto relativo a la autorización pública de la referida operación. Ciertamente fusiones de éstas características aún no han sido realizadas, tal vez porque no han sido necesarias y no porque estuvieran impedidas legalmente.

En cuanto al procedimiento establecido en la normativa autonómica se exige el cumplimiento de unas fases sucesivas que entendemos que actúan como presupuesto de la validez de la fusión. El procedimiento se inicia legalmente con la elaboración de un proyecto de fusión por parte de los Consejos de Administración de las entidades que pretenden la fusión¹³⁴, al que seguirá la adopción del acuerdo de fusión por parte de las Asambleas Generales de las respectivas entidades participantes¹³⁵; el procedimiento continua con la auto-

¹³⁴ La Ley de Cajas de Ahorros de Andalucía detalla minuciosamente el contenido del proyecto de fusión (artículo 12) y lo amplía respecto del que figuraba en el proyecto de fusión regulado en el Proyecto de Ley de Cajas de Ahorros (artículo 12), al incluir expresamente en él, la composición, régimen de funcionamiento y facultades atribuidas a los órganos o personas que, en su caso, se designen para la coordinación del proceso de fusión. Al proyecto de fusión se han referido también otras Leyes autonómicas sobre Cajas de Ahorros, tales como la Ley de Cajas de Ahorros de Galicia (artículo 25 de la Ley 47/1996), la de la Región de Murcia (artículo 13 de la Ley 3/1998), con las que coinciden en su contenido, salvo en lo que se refiere a la previsión anteriormente descrita (encargados de la coordinación del proceso de fusión), la de Castilla y León (artículo 15 de la Ley 5/2001), Cantabria (artículo 10 de la Ley 4/2002) y Madrid (artículo 14 de la Ley 4/2003). Por el contrario, otra normativa autonómica sobre Cajas de Ahorros, así como la normativa estatal para este tipo de entidades nada establecen al respecto, excepción hecha del Estatuto Especial para las Cajas Generales de Ahorro Popular aprobado por el Decreto Ley de 21 de noviembre de 1929 (artículo 29), con un contenido ciertamente inadecuado en el momento actual (... "inventario detallado de los bienes comprendidos en la cesión"...), pero del que no se puede prescindir, si se tiene en cuenta la opinión de cierto sector doctrinal que sostienen la vigencia del Estatuto de 1929, en tal sentido, cfr., GONZÁLEZ MORENO, J.M., *Naturaleza y régimen jurídico de las Cajas de Ahorros*, op. cit., pp. 78-79, entre otros. No obstante, tras la obligatoriedad de inscripción de las Cajas de Ahorros en el Registro Mercantil (Disposición Transitoria Séptima de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a la Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades), en el que también debe inscribirse la fusión (artículo 270. 12 RRM), opera la remisión a la normativa reguladora sobre la inscripción de sociedades anónimas (artículo 276 RRM), en cuanto a lo no previsto en su articulado para la inscripción de las Cajas de Ahorros y "en la medida en que resulten compatibles", con las normas reguladoras de las Cajas de Ahorros. Con esta base, para determinar el contenido del proyecto de fusión en el resto de CC.AA., se debe tener siempre en cuenta la aplicación supletoria de la disciplina contenida en el RRM y la aplicación analógica de la LSA relativa a la fusión y en concreto, el artículo 235 de la LSA, que regula el contenido mínimo del proyecto de fusión cuando intervienen sociedades, en la medida que resulte compatible con las normas reguladoras de las Cajas. Por ello, no se tendrán en cuenta la previsiones relativas al régimen de las acciones (artículo 235 apartados b, c y f), así como las que se refieren a las ventajas de cualquier clase que vayan a atribuirse en la entidad absorbente o en la nueva entidad a los expertos independientes que intervengan en el proyecto de fusión, ni a los administradores de las entidades que se fusionan, de la absorbente o de la nueva entidad (artículo 235 apartado f). No obstante, en todos los casos (regulación del proyecto de fusión en materia de sociedades y en materia de Cajas de Ahorros), el contenido del proyecto de fusión, no excluye la posibilidad e incluso, a veces, la conveniencia de que pueda ser ampliado, ya que sólo se regula el contenido mínimo.

¹³⁵ Respecto al acuerdo de fusión, únicamente la Ley 15/1999 (artículo 13. 2º), ha previsto que la convocatoria de la Asamblea General que decida sobre la fusión debe incluir en el orden del

rización de la operación de fusión por parte del Consejo de Gobierno autonómico¹³⁶ y culmina con la inscripción registral de la referida operación¹³⁷. Como puede observarse, la fusión requiere la realización de diferentes actos de naturaleza privada (proyecto de fusión, acuerdo de fusión...) a los que se unen otros de naturaleza pública (aprobación por el titular de la Consejería de Economía y Hacienda del proyecto de Estatutos y Reglamento de procedimiento regulador del sistema de elección de los órganos de gobierno, autorización de la fusión...), que exigen su aprobación como presupuestos necesarios para la validez de la fusión proyectada. No ocurre lo mismo, con otras actuaciones -informe del Banco de España-, que siendo obligatoria su emisión sin embargo no condiciona la autorización de la fusión; en tal sentido, el informe es preceptivo pero no vinculante para la autoridad autonómica que autoriza la fusión (artículo 14 Ley 15/1999).

día las menciones mínimas del proyecto de fusión, así como el derecho que corresponda a los representantes de las Asambleas a examinar en el domicilio social de las Cajas intervinientes el proyecto de fusión, el informe sobre el proyecto de los expertos independientes, el informe de los respectivos Consejos de Administración sobre el proyecto de fusión, las cuentas anuales y el informe de gestión de los tres últimos ejercicios de las respectivas Cajas, debidamente auditadas, el proyecto de escritura de constitución de la nueva Caja, o si se trata de un absorción, el texto íntegro de las modificaciones que hayan de introducirse en los Estatutos de la entidad absorbente, y finalmente los estatutos vigentes de las Cajas que participan en la fusión. En el resto de las CC.AA., en las que no exista una legislación específica para Cajas de Ahorros, ni tampoco estatal ni autonómica al respecto, la laguna legal debe salvarse acudiendo nuevamente a la LSA (artículo 240) y al RRM (artículo 228). La LORCA por su parte regula solamente que la competencia para acordar la fusión será de la Asamblea General respectiva (artículo 11.3 LORCA).

¹³⁶ Una vez que es adoptado el acuerdo de fusión por las mayorías exigidas en el artículo 68.4 de la Ley 15/1999 (asistencia de la mayoría de los miembros y adopción del acuerdo como mínimo con el voto favorable de los dos tercios de los asistentes) la operación será sometida a la autorización administrativa del Consejo de Gobierno, que se realizará a propuesta de la Consejería de Economía y Hacienda y previo informe del Banco de España (artículo 14.1 de la Ley 15/1999). Asimismo, se exige como presupuesto para la autorización, que las entidades que deseen fusionarse no se hallen en período de liquidación, ni que exista acuerdo de disolución, que queden a salvo los derechos y las garantías de los impositores, acreedores, trabajadores y demás afectados por la fusión y en último lugar, que la fusión favorezca la consecución de los principios que se contemplan en la Ley (artículo 3 Ley 15/1999). Dichas condiciones suponen una actualización de las exigencias contenidas en el artículo 12 del Estatuto de 1933.

¹³⁷ A esos efectos, en el plazo máximo de un mes a partir de la notificación de la autorización, la fusión será elevada a escritura pública y su otorgamiento será publicado en el BOJA y en dos periódicos de gran circulación en las provincias en las que cada una de las Cajas que participen tenga su domicilio social. En el plazo de quince días se presentará en el Registro Mercantil correspondiente al domicilio y en igual plazo a partir de la referida inscripción se presentará en la Consejería de Economía y Hacienda al efecto de causar inscripción definitiva en el Registro de Cajas de Andalucía y en el Registro Especial de Cajas Generales de Ahorro Popular ubicado en el Banco de España (artículo 14.3 d la Ley 15/1999).

Asimismo, en los términos ya adelantados en otro lugar, la Ley 15/1999 crea el Registro de Cajas de Ahorros de Andalucía, sobre el que interesa resaltar ahora que, pese a la importancia que le concede al mismo predica de él su carácter público y meramente publicitario frente a terceros de las entidades y actos que se inscriban en él y nunca su carácter constitutivo para las Cajas de Ahorros domiciliadas en Andalucía ni para las fundaciones que gestionen la obra social de las Cajas de Ahorros (artículo 32 Reglamento). Este criterio adoptado por la normativa andaluza difiere del de otras normas autonómicas que le otorgan al mismo Registro carácter constitutivo respecto de las Cajas de Ahorros que se inscriban en él. La normativa andaluza, por el contrario, parece otorgar más relevancia al Registro Mercantil que se erige como el primer Registro en el que deben inscribirse tanto las Cajas de Ahorros de nueva creación como también las que procedan de un proceso de fusión. Con posterioridad a la referida inscripción se practicará inscripción provisional en el Registro de Cajas de Ahorros de Andalucía para terminar con la inscripción de la escritura fundacional en el Registro Especial de Cajas de Ahorro Popular ubicado en el Banco de España. Será entonces aquel Registro el que otorgue personalidad jurídica a las Cajas de Ahorros¹³⁸ y no el Registro autonómico sobre Cajas de Ahorros de Andalucía¹³⁹.

V. UNA APROXIMACIÓN A LOS RETOS ACTUALES DE LAS CAJAS DE AHORROS ANDALUZAS

El análisis de la trayectoria histórica reciente de las Cajas de Ahorros está marcado por profundas transformaciones que se producen fundamentalmente en las dos últimas décadas y que han venido marcadas por un intenso proceso de liberalización y de equiparación operativa con el resto de entidades financieras. Una vez superado ese período inicial de transformaciones, las Cajas de Ahorros han afrontado otros retos posteriores como han sido la reciente creación de la Unión Monetaria Europea (en adelante UME) y la incorporación de las nuevas tecnologías de la comunicación, que las han compaginado con la mejora de la calidad del servicio y de la actividad crediticia, con el control de los costes de transformación o con el aumento de los recursos pro-

¹³⁸ Cfr., ALAMINOS MINGORANCE, C., *Régimen jurídico-administrativo de las Cajas de Ahorros...*, op. cit., p. 201.

¹³⁹ Sobre la inscripción de las Cajas de Ahorros en los correspondientes registros vid., MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T., *Las inscripciones registrales...*, op. cit., in toto.

pios, fundamentalmente -si bien éste último, ha sido más un deseo del legislador que de las propias Cajas de Ahorros y de sus necesidades reales de financiación, o al menos, prueba de ello es que por el momento ninguna Caja de Ahorros ha emitido cuotas participativas aún a pesar de su posibilidad legal desde 1990-. La adaptación continúa de las Cajas de Ahorros al entorno económico y la superación y el avance constante de su actividad operativa financiera y social han propiciado un clima apto para la clientela que tradicionalmente confía en las Cajas de Ahorros.

Las Cajas de Ahorros andaluzas tienen que ser analizadas así dentro del contexto nuevo que supone la plena instauración del euro como moneda única para los países europeos. A tal efecto, dentro de los efectos derivados de la implantación de la moneda única¹⁴⁰ se pueden destacar los que tienen su causa en la reducción de los costes de transacción (eliminación de riesgo de cambio), a los que se une la aparición de un nuevo entorno competitivo caracterizado por una tendencia a la reducción de los márgenes y resultados de las Cajas y por una creciente competencia entre ellas¹⁴¹. En relación con estos últimos efectos, parece lógico que se reduzcan las comisiones derivadas de los pagos transfronterizos y de las transacciones en moneda extranjera. La creciente competencia a la que hacíamos referencia obliga a buscar nuevas estrategias competitivas, que pueden suponer la realización de nuevas operaciones de fusiones y de adquisiciones, de alianzas y acuerdos de cooperación con entidades afines, mayor especialización, así como una mejora en la innovación financiera, junto con la necesaria aplicación de nuevas tecnologías¹⁴². Y todo ello porque nos encontramos en un nuevo entorno globalizado que es resultado de la creciente internacionalización de los procesos y del avance tecnológico que posibilitan la creación de un nuevo entorno en el que desaparecen las fronteras.

Para esos fines, las Cajas de Ahorros andaluzas deben hacer frente a las continuas innovaciones tecnológicas que se están produciendo, tales como la banca telefónica o el comercio on-line, entre otros, que se están erigiendo como una nueva fórmula complementaria a la tradicional red de sucursales (en

¹⁴⁰ Cfr., BERGES, A., ONTIVEROS, E., y VALERO, F.J., "La internacionalización de las Cajas de Ahorros españolas", *PEE*, núm. 74-75, 1998, pp. 59-62.

¹⁴¹ Vid., PAPELES DE ECONOMÍA ESPAÑOLA, "Cajas de Ahorros: los retos del euro", *PEE*, núm. 74-75, 1998, p. 82.

¹⁴² Vid., PALACIOS BAÑUELOS, L., *Las Cajas de Ahorros y el futuro desde su historia*, 1992, p. 26.

tal sentido, Unicaja cuenta ya con un número de 225.00 clientes activos en internet). En definitiva, a través de las modernas tecnologías de la comunicación se crean nuevos canales de distribución y de comunicación que las Cajas de Ahorros deben incorporar a su negocio. Estos nuevos canales ofrecen ventajas tanto para el cliente como para la propia entidad (disminución de los costes de intermediación, ampliación del horario de servicio, mayor proximidad al cliente...) ¹⁴³, y están provocando la aparición de un nuevo mercado, que se denomina comúnmente como mercado virtual (*Market Space*) frente al tradicional mercado físico (*Market Place*).

Así a través de la Banca telefónica se permite que se puedan realizar las actividades propias de una entidad de crédito por medio del teléfono ¹⁴⁴. Esas actividades son de diversa índole: actividades meramente informativas, actividades relacionadas con el negocio que no necesitan especiales requisitos de forma, etc. Asimismo a través de Internet se está desarrollando prácticamente todo el segmento de la actividad bancaria en general. De esa manera el desarrollo de la tecnología en el segmento de las telecomunicaciones incide directamente en la aparición de nuevos canales de comunicación y de distribución de las Cajas de Ahorros, si bien, todavía la sucursal es el canal más poderoso y el eje en torno al cual se articulan el resto. En relación con éste último aspecto son dos los motivos principales que concurren en su desarrollo. De un lado, la demanda de la clientela y de otro, las propias motivaciones de las entidades en fomentarlos ya que les proporcionan un elemento importante diferenciador de marketing ¹⁴⁵. Desde el punto de vista de la clientela, las nuevas tecnologías (la banca por Internet), están destinadas a un segmento concreto, que está aumentando considerablemente. El desarrollo se inició a través de la banca telefónica, si bien, en el momento actual Internet es el canal de distribución que ofrece mayores y mejores posibilidades.

¹⁴³ Vid., AHORRO, núm. 330, abril, 1998. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ MARÍN, J.A., "Entidades Financieras y comercio on-line", *Banca y Finanzas*, núm 23, 1997, pp. 63-64 y MELLE FERNÁNDEZ, M., "El comercio electrónico: características y oportunidades para el negocio de las entidades de depósito", *Cuadernos de Información Económica*, núm 131, 1998, p. 91.

¹⁴⁴ Vid., BONILLA PELLA DE, J.A., "Aspectos jurídicos de la Banca Telefónica", *Bancas y Finanzas*, núm. 19, 1997, pp. 47-49.

¹⁴⁵ Cfr., OLIVARRIETA, J.A., "Los nuevos canales de distribución de las Cajas de Ahorros españolas", *PEE*, núm. 74-75, 1998, pp. 84-88.

No obstante, las ventajas que proporcionan las innovaciones tecnológicas tanto para la clientela –para algún sector determinado–, como para las propias entidades que las incorporan (mimimizar la importancia de la sucursal, y con ello del aumento en el volumen de empleo, economías de escala relacionadas con la inversión en nuevas tecnologías, economías de alcance en la distribución simultánea de un amplio abanico de productos bancarios), existen siempre importantes dudas respecto del efecto real sobre dichos costes, ya que inicialmente exige una importante inversión que sólo a partir de un gran número de clientes y de operaciones reales practicadas supondrán una verdadera reducción en los costes, que ciertamente tal vez nunca lleguen a ser del todo reales porque el ritmo de obsolescencia del hardware y software es muy rápido y exige continuas inversiones; y si a ello se añade, la inadversión de la propia clientela de las Cajas para cambiar sus hábitos, pensamos que, dichas inversiones deben hacerse con mucha cautela y de forma gradual para que la clientela se adecue al uso de la informática y de las modernas tecnologías para las comunicaciones.

A pesar de ello, las Cajas de Ahorros no han sido reacias a la incorporación de las nuevas tecnologías en el sentido anteriormente indicado y es cierto que a diferencia de algunos Bancos, las Cajas no operan de forma exclusiva en la banca de Internet¹⁴⁶. Con carácter general, tan sólo ofrecen a sus clientes la posibilidad de acceder a sus cuentas a través de Internet (transferir dinero, comprar o vender títulos, fondos de inversión, de pensiones...), si bien, algunas Cajas de Ahorros, entre ellas una andaluza “El Monte” (Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla) y Caja de Navarra han participado en un portal financiero desarrollado por la CECA y denominado Vínea, en el que se apuesta definitivamente por la Banca electrónica. Dicho portal complementa los portales individuales de cada una de las Cajas de Ahorros. Y dentro de esta línea existen acuerdos de colaboración entre diferentes Cajas de Ahorros para la prestación de servicios a través de la banca de Internet (Caixa de Galicia, bancaixa, Ibercaja y Unicaja).

La CECA está jugando un papel fundamental en esta tarea, que une a su función de Asociación Nacional de Cajas otras específicas de prestación de

¹⁴⁶ En el momento actual existen siete Bancos que se dedican de forma exclusiva a la banca de Internet: Patagón Bank, S.A. (del grupo BSCH), Uno-e S.A. (BBVA) ING Direct, Banco popolare (Banco Popular), Evolvebank (Lloyds TSB bank), Activo Bank (en el que participan el Banco de Sabadell y la Agencia de Valores y Bolsa Intersecurities-Gestores) y Banco Inversis Net (cuyos socios son el Corte Inglés, Caja Madrid, Banco Zaragoza, Terra, Indra y la Caja de Ahorros del Mediterráneo).

servicios centralizados, y muy especialmente, en el terreno del desarrollo tecnológico y de la cooperación informática. En tal sentido, ha creado una red interna “Hidra”, que permite el intercambio mutuo de información, el acceso corporativo a Internet..., junto con la creación de “Todoenaja”, como multicentro comercial en Internet, en el que se pueden adquirir todo tipo de productos a través de Internet y pagando mediante tarjetas de crédito o débito. Con ello podemos afirmar que Internet para las Cajas de Ahorros es verdaderamente un canal de distribución, con el que intentar evitar la fuga de posibles clientes hacía otras entidades que ofrecen dichas posibilidades.

VI. CONCLUSIONES

Las Cajas de Ahorros andaluzas ocupan una posición satisfactoria en relación con el conjunto de Cajas de Ahorros españolas, han sabido adaptarse a los nuevos retos que se les han planteado como ha sido el derivado de la UME, las nuevas tecnologías y las recientes modificaciones legislativas a su régimen jurídico a través de la LMRSF y de la Ley para la reforma de la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, que han supuesto profundos cambios tanto en la configuración de sus órganos de gobierno, en la posibilidad de emisión de valores negociables (cuotas participativas) como en lo relativo a la transparencia en su actuación. Dichas medidas legislativas podrán proporcionar a las Cajas de Ahorros mayores ventajas competitivas frente a otras Entidades de Crédito al exigírseles con carácter imperativo el sometimiento a la normativa derivada de la Ley de Transparencia Financiera, y por tanto, aparecerán frente a la clientela como más transparentes y bien gestionadas.

De otro lado, las Cajas de Ahorros andaluzas son entidades con un gran arraigo en nuestra Comunidad y por ello pensamos, que la entrada de instituciones extranjeras y principalmente de Cajas foráneas no constituye una verdadera amenaza para las Cajas autonómicas habida cuenta de la elevada red de sucursales y del mejor conocimiento de las preferencias y características de los clientes de las Cajas. No obstante, existen zonas muy apreciadas en Andalucía para la instalación de otras entidades, que por diferentes motivos (turismo, desarrollo industrial) son potencialmente aptas para los competidores frente a las zonas rurales y áreas de escasa población y rendimiento económico, en donde las Cajas de Ahorros deben seguir cumpliendo su labor en aras de evitar la exclusión social de los servicios financieros y sociales. En tal sentido, las Cajas de Ahorros son entidades financieras plenas pero también son fundaciones de naturaleza privada y con función social, cuya manifestación la encontramos en la realización de obras sociales y no tanto en el cumplimiento de su tarea financiera.

Desde el punto de vista tecnológico las Cajas de Ahorros andaluzas están preparadas para acometer los retos actuales y futuros, si bien, deben continuar adaptándose a las nuevas exigencias que marca la clientela, tanto desde el punto de vista de la innovación tecnológica como del diseño de nuevos productos. En aquella tarea, asume un papel importante la CECA ofreciendo servicios comunes y poniendo a disposición de las Cajas nuevos canales de distribución electrónicos. En el seno de la Comunidad Autónoma de Andalucía dicha labor puede ser también abordada desde la Federación de Cajas de Ahorros de Andalucía y en los términos impulsores y renovadores recogidos en la Ley de Cajas andaluzas.

En un mismo orden de ideas, las vías abiertas por la Ley Financiera fomentan las posibilidades de colaboración entre Cajas de Ahorros dentro de la misma o de distinta Comunidad Autónoma y ello puede constituir un instrumento importante para las Cajas de Ahorros con el fin de reducir sus costes operativos, incrementar su eficiencia y poseer un volumen suficiente como para poder participar en mercados más amplios del propio autonómico, y más aún en el momento presente de globalización bancaria. No obstante, las Cajas de Ahorros andaluzas se encuentran en una situación satisfactoria tanto en dimensión como en rentabilidad y solvencia, lo que no impide que deban seguir adoptándose medidas adecuadas para que las Cajas sigan produciendo los mismos resultados que hasta el momento actual.

VII. BILIOGRAFÍA

- ALAMINOS MINGORANCE, C., *Régimen jurídico-administrativo de las Cajas de Ahorros en España*, 2002.
- ANDUJAR AGUSTÍN, C., y SERRANO MARTÍNEZ, R., “Red de oficinas y cuota de mercado de las Cajas de Ahorros”, *Economistas*, núm. 98, 2003.
- ANTÓN PÉREZ, J.A., “El Tribunal Constitucional y las normas reguladoras de las Cajas de Ahorros”, *PEE*, núm. 36, 1988.
- ANTÓN PÉREZ, J.A., “Régimen jurídico de las Cajas de Ahorros. Las normas autonómicas”, *PEE*, núm. 74-75, 1998.
- ANTÓN PÉREZ, J.A., “El informe Olivencia sobre los Consejos de Administración y su utilidad para las Cajas de Ahorros”, *Cuadernos de información económica*, núm. 132-133, 1998.
- AÑOVEROS TRIAS DE BÉS, F.J., “Constitución y expansión de las Cajas de Ahorros”, *RDBB*, núm 43, 1991.
- ARAGÓN REYES, M., GARCÍA VILLAVERDE, R., y SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *El régimen jurídico de las Cajas de Ahorros*, Caja Madrid, 1983.

- ARANCIBIA, S., "Presente y futuro de las Cajas de Ahorros", *PEE*, núm. 74-75, 1998.
- BALADO GARCÍA, C., "El amplio papel social de las Cajas de Ahorros. La eficiencia económica y el liderazgo social", *Economistas*, núm. 98, 2003.
- BENEROSO DÁVILA, I., "Las Cajas de Ahorros en el marco de la economía andaluza", *Boletín Económico de Andalucía*, núm.19, 1995.
- BERGES, A., ONTIVEROS, E., Y VALERO, F.J., "La internacionalización de las Cajas de Ahorros españolas", *PEE*, núm. 74-75, 1998.
- BONILLA PELLA DE, J.A., "Aspectos jurídicos de la Banca Telefónica", *Bancas y Finanzas*, núm. 19, 1997.
- BUSETTA, M., "Un nuevo modelo de gestión informatizada para la Banca Mediocrédito", *Capital Humano*, núm. 101, 1997.
- CABRA DE LUNA, M.A., *El tercer sector y las Fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, 1998.
- CAÑABATE POZO, R., "Ley de Cajas de Ahorros para Andalucía", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm.32, 2000.
- CAÑABATE POZO, R., "El proyecto de Ley de Cajas de Ahorros para Andalucía", *RDBB*, núm. 73, enero-marzo, 1999.
- CARBO VALVERDE, S., "Las Cajas de Ahorros andaluzas ante la globalización", *Cuadernos Económicos de Granada*, núm. 6, 1997.
- CARBO, S., y COELLO, J., "Las Cajas de Ahorros españolas: 1977-1997", *Cuadernos de Información Económica*, núm. 124-125, 1997.
- CARBO VALVERDE, S., RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, F., "Tendencias recientes en la obra social de las Cajas de Ahorros españolas", *PEE*, núm. 74-75, 1998.
- CASARES MARCOS, A., *La historia de las Cajas de Ahorros: origen y evolución*, 2000.
- CASARES MARCOS, A., "La Unidad de régimen jurídico de las Cajas de Ahorros: las Cajas de Ahorros de fundación eclesíástica", *RAP*, núm. 161, 2003.
- CASARES MARCOS, A., *Cajas de Ahorro: naturaleza jurídica e intervención pública*, 2003.
- CASTELLÓ MUÑOZ, E., "La obra social en la singladura de las Cajas de Ahorros del siglo XXI", *Economistas*, núm. 98, 2003.
- CECA., *Estudio sobre la obra social de las Cajas de Ahorros y sus expectativas de futuro*, 1997.
- COMIN, F., "La Confederación Española de Cajas de Ahorros: asociación representativa, Caja de Cajas y proveedora de servicios (1928-2003)", *Economistas*, núm. 98, 2003.
- EMBED IRUJO, J.M., "Notas sobre la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorros", *Documentación Laboral*, núm. 46, 1995.

- FRAN I SAGUER, M., *Intervención administrativa sobre Bancos y Cajas de Ahorros*, 1992.
- FERNÁNDEZ COSTALES, J., “Las fundaciones y las entidades de crédito: las Cajas de Ahorros”, *Aranzadi Civil*, núm. 12, 2000.
- FERNÁNDEZ MARÍN, J.A., “Entidades Financieras y comercio on-line”, *Banca y Finanzas*, núm 23, 1997.
- FUENTELESAZ LAMATA, L., y GÓMEZ VILLASCUERNA, J., “Liberalización y ámbito geográfico de actuación: un análisis para las Cajas de Ahorros”, *PEE*, núm. 74-75, 1998.
- GARCÍA GARNICA, M^a.C., “La actividad de empresa y las fundaciones a la luz de la Ley 39/1994”, *RDP*, 1999.
- GARCÍA ROA, J., *Las Cajas de Ahorros Españolas: cambios recientes, fusiones y otras estrategias de dimensionamiento*, 1994.
- GARCÍA ROA, J., “Pautas de comportamiento estratégico reciente de las Cajas andaluzas”, *Revista de Estudios Regionales*, núm. 47, 1997.
- GARCÍA TREVILJANO, *Tratado de Derecho Administrativo*, 1967.
- GONZALO A. ESCACENA., “Nueva regulación para las Cajas de Ahorros andaluzas”, *Andalucía económica*, núm. 82, 1997.
- GONZÁLEZ MORENO, J.M., *Naturaleza y régimen jurídico de las Cajas de Ahorros*, 1983.
- GUZMÁN CUEVAS, J., “La innovación financiera y las fusiones de Cajas de Ahorros”, *Boletín Económico ICE*, octubre, 1990.
- JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., “Notas sobre la Ley 15/1999, de 16 de diciembre de Cajas de Ahorros de Andalucía”, *RAAP*, núm 36, 1999.
- LAGARES CALVO, M.J., y NEIRA AGRA, J.M., “Diego Medrano y las Cajas de Ahorros Españolas”, *Economistas*, núm. 98, 2003.
- MAROTO ACIN, J.A., “El proceso de concentración de las entidades de depósito en Andalucía”, *Boletín Económico de Andalucía*, núm. 19, 1995.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T., *Las inscripciones registrales de las Cajas de Ahorros*, 2002.
- MARTÍN-RETORTILLO, S., *Crédito, banca y Cajas de Ahorros*, 1975.
- MARTÍN MESA, A., y GARCÍA ROA, J., “Transformación reciente y situación actual del sistema bancario andaluz”, *Boletín Económico de Andalucía*, núm. 19, 1995.
- MARTÍN GARCÍA, M^a.M., “Régimen jurídico de las Cajas de Ahorros y autonomía confesional”, en *La financiación de la libertad religiosa*, 2002.
- MEDEL CÁMARA, B, y DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J.M., “Las Cajas de Ahorros andaluzas: evolución reciente y situación actual”, *Boletín económico de Andalucía*, núm. 19, 1995.

- MELLE FERNÁNDEZ, M., “El comercio electrónico: características y oportunidades para el negocio de las entidades de depósito”, *Cuadernos de Información Económica*, núm 131, 1998.
- MORTHENSEN, J.F., “Nuevo fraude contra la banca. Los piratas del ordenador”, *Directivos Nueva Banca*, núm. 2, 1987.
- NIETO ALONSO, A., *Fundaciones: su capacidad. Especial consideración a la realización de actividades mercantiles e industriales*, 1996.
- NÚÑEZ LAGOS, “Aspectos jurídicos del control administrativo sobre las entidades de crédito y ahorro privado”, *RDP*, 1977.
- NÚÑEZ, C.E., “El Gasto en educación de las Cajas de Ahorros”, *PEE*, núm. 74-75, 1998.
- OLIVARRIETA, J.A., “Los nuevos canales de distribución de las Cajas de Ahorros españolas”, *PEE*, núm. 74-75, 1998.
- PALACIOS BAÑUELOS, L., *Las Cajas de Ahorros y el futuro desde su historia*, 1992.
- PAPELES DE ECONOMÍA ESPAÑOLA., “Cajas de Ahorros: los retos del euro”, *PEE*, núm. 74-75, 1998.
- PIÑAR MAÑAS, J.L., “El derecho de fundación como derecho constitucional”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 9, 1996.
- RODERO FRANGANILLO, A., “Las fusiones de Cajas de Ahorros: el caso de las Cajas cordobesas”, IX Reunión de Asepelt España, 1995.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, J., y GARCÍA GÓMEZ, A.M., “Cajas de Ahorros. Algunas observaciones a su evolución”, *Cuadernos económicos de Granada*, núm. 10, 1999.
- ROS PÉREZ, F., *Las Cajas de Ahorros en España: evolución y régimen jurídico*, 1996.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Las modificaciones en el régimen jurídico de las Cajas de Ahorros”, en *Comentario a la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero*, 2003.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El buen gobierno de las Cajas de Ahorros”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 601, de 27 de noviembre de 2003.
- SOSA WAGNER, *Organización y control del sector empresarial en España*, 1971.
- TAPIA HERMIDA, A. J., “La Ley de Cajas de Ahorros de Galicia”, *RDBB*, núm. 63, 1996.
- TEDDE, P., “La naturaleza de las Cajas de Ahorros: sus raíces históricas”, *PEE*, núm. 46, 1991.
- TERRÓN MUÑOZ, F., “En torno a las fusiones de las Cajas de Ahorros andaluzas”, *Revista de Estudios Andaluces*, núm. 12, 1989.
- TITOS MARTÍNEZ, M., “La respuesta histórica de las Cajas de Ahorros a las demandas de la sociedad española”, *PEE*, núm. 46, 1991.
- TITOS MARTÍNEZ, M., “La creación de las Cajas de Ahorros: motivaciones, protagonistas y evolución numérica”, *PEE*, núm. 74-75, 1998.

- TITOS MARTÍNEZ, M., *El sistema financiero en Andalucía, tres siglos de historia 1740-2000*, 2003.
- VALERO, F.J.,(Coord), “Presente y futuro de las Cajas de Ahorros”, en *Presente y futuro de las Cajas de Ahorros*, Analistas Financieros Internacionales (Dir.), 2003.
- VALERO, F.J.,(Coord), “El gobierno de las Cajas de Ahorros”, en *Presente y futuro de las Cajas de Ahorros*, Analistas Financieros Internacionales (Dir.), 2003.
- VALERO, F.J.,(Coord), “La experiencia internacional en el cambio de las Cajas de Ahorros”, en *Presente y futuro de las Cajas de Ahorros*, Analistas Financieros Internacionales (Dir.), 2003.
- VERDUGO GONZÁLEZ DE LA PEÑA, M.M^a., “La Obra Social de las Cajas de Ahorros”, en *El sector no lucrativo en España*, 1993.

El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: ¿un tema completamente resuelto tras la reforma de la Ley Orgánica 19/2003?

María del Mar Caraza Cristín

Profesora del Departamento de Derecho Administrativo e Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. SOBRE LA POSIBILIDAD Y LA CONVENIENCIA DE CONTRATACIÓN DE SEGUROS PRIVADOS PARA CUBRIR LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. III. DETERMINACIÓN DEL ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE PARA CONOCER DE LOS SUPUESTOS EN LOS QUE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA ESTÉ ASEGURADA. A) Demandas entabladas conjuntamente contra la Administración y su aseguradora. B) Demandas entabladas directamente contra la aseguradora de la Administración. a) Sobre la aplicación del art. 76 LCS a las Administraciones Públicas. b) Argumentos a favor del mantenimiento de la acción directa ante el orden jurisdiccional civil. c) Inconvenientes que presenta la acción directa contra la aseguradora de la Administración ante el orden jurisdiccional civil. d) Estado de la cuestión tras la reforma acometida por la LO 19/2003. IV. EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS AUTORIDADES Y PERSONAL DE LA ADMINISTRACIÓN. A) Supuestos de responsabilidad derivados de comportamientos no constitutivos de delitos. B) La responsabilidad civil subsidiaria derivada de delitos. V. EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONTRATISTAS PÚBLICOS. A) Determinación del orden jurisdiccional competente para conocer de la responsabilidad de los contratistas. B) Aseguramiento de la responsabilidad del contratista. VI. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración ha sido un tema sumamente complejo y polémico, susceptible de diversas in-

terpretaciones. Muy al contrario de lo que hubiera sido deseable, nuestro Derecho positivo no ha afrontado la regulación de esta materia de una forma cabal y completa, sino a base de “parcheos”, a través de sucesivas reformas legislativas que, en muchos casos, no han sido más que la reacción del legislador a determinadas resoluciones jurisprudenciales que negaban la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de las controversias surgidas en este terreno¹.

Hasta hace poco, las cuestiones relativas al régimen jurídico aplicable, al procedimiento a seguir y al orden jurisdiccional competente para resolver de los conflictos surgidos cuando la responsabilidad patrimonial de la Administración se hallaba cubierta por un seguro privado se movían en una absoluta indefinición. Empero, las últimas reformas normativas, aunque incompletas, han venido a ofrecer algo de luz sobre estos temas.

En suma, el objeto de este trabajo se centra, por tanto, en poner de manifiesto el importante avance que en esta materia ha supuesto la promulgación de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de Modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como cuál es el estado actual de la cuestión, tanto desde un punto de vista normativo, como jurisprudencial y doctrinal, y cuáles son los “flecós” que puedan quedar sin resolver.

II. SOBRE LA POSIBILIDAD Y LA CONVENIENCIA DE CONTRATACIÓN DE SEGUROS PRIVADOS PARA CUBRIR LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

En efecto, la propia posibilidad de que la responsabilidad extracontractual de la Administración pudiera ser cubierta a través de la suscripción de un contrato de seguro privado fue no sólo discutida sino negada por la Dirección General de Seguros en su resolución de 26 de junio de 1996². En concreto, las razones alegadas por la Dirección General de Seguros para rechazar que la Administración pueda asegurar su responsabilidad patrimonial fueron las siguientes:

¹ En este sentido se expresan GÓMEZ LIGÜERRE, RAMOS GONZÁLEZ y LUNA YERGA en “Todos a una. Jurisdicción competente para condenar a la Administración pública y a su compañía aseguradora”, InDret, working paper núm. 189 (enero de 2004), en www.indret.com.

² GAMERO CASADO, tras reproducir el texto íntegro de esta resolución de la Dirección General de Seguros, comenta que las conclusiones a las que ésta llega son demasiado radicales puesto que,

Primera. Porque la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, sólo comprende dentro de los riesgos que son objeto de cobertura por las entidades aseguradoras a la responsabilidad civil.

Segunda. El régimen del contrato de seguro de responsabilidad civil contenido en los arts. 73-76 de la Ley de Contrato de Seguro de 1980 (en adelante, LCS) resulta prácticamente inaplicable a las Administraciones Públicas.

Tercera. La responsabilidad patrimonial es conceptualmente distinta a la responsabilidad civil, residenciándose sus reclamaciones ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y siendo incompatible con este régimen la acción directa contenida en el art. 76 LCS.

Cuarta. La garantía institucional de la responsabilidad patrimonial podría verse vulnerada si se admite su aseguramiento y posteriormente resulta insolvente la compañía aseguradora.

Quinta. Y porque al haber establecido el art. 106.2 CE una reserva de ley en la regulación del régimen de la responsabilidad patrimonial se precisa que el contrato administrativo que pretenda ofrecer este tipo de aseguramiento cuente con una regulación legal adecuada que hasta el momento no existe.

No obstante, ni la Administración Pública ni el mercado asegurador comparten la postura que la Dirección General del Seguro sostuvo en dicha resolución. Se reconoce que si bien es cierto que la legislación del seguro privado no fue diseñada en su momento para asegurar a la Administración, tampoco existen obstáculos insalvables que lo impidan³. Como muestra de ello puede tomarse la redacción del art. 73 LCS que establece que el seguro de responsabilidad civil cubre el riesgo del nacimiento de una obligación de indemnizar por un hecho de cuyas consecuencias sea “civilmente” responsable el ase-

por un lado, la práctica demuestra que la suscripción de tales contratos es común entre las Administraciones y, por otro, el art. 207.1.6.a) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, alude expresamente al contrato de seguro dentro de la categoría de los contratos de servicios, *vid.* “Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas”, REDA núm. 103 (1999), págs. 359-362.

³ En esta línea MONTORO CHINER y HILL PRADOS comentan cómo no hay quien niegue la existencia de obstáculos “Lo que se pone en duda es que éstos sean insalvables, en especial, desde la unificación del régimen jurídico de responsabilidad operado por la Ley 30/1992 y su modificación por la Ley 4/1999”, *vid.* *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, Atelier, Barcelona, 2002, págs. 57 y 60.

gurado. A primera vista parecería que la responsabilidad patrimonial de la Administración no encuentra acomodo en dicha regulación pero dicho impedimento se salva si se interpreta: que puede aplicársele por analogía el régimen del contrato de seguros de grandes riesgos para el que la LCS no resulta vinculante; que en virtud del principio de libertad de pactos podrían suscribirse tales contratos sujetándose a las normas del contrato nominado más afín, esto es, el del seguro de responsabilidad civil; o que la LCS realiza ahí una referencia nominal a la responsabilidad “civil” porque tradicionalmente se ha calificado así a toda responsabilidad extracontractual, y no únicamente a la propiamente civil⁴.

Además, hay que reconocer que hoy en día la mayoría de las Administraciones, y no sólo las territoriales, sino también la Administración institucional, tienen suscritos seguros privados para salvaguardar su responsabilidad patrimonial⁵. No puede desconocerse que el tener suscritas pólizas de seguro que cubran la eventual responsabilidad en que puedan incurrir las Administraciones a causa del funcionamiento de sus servicios representa una gran seguridad presupuestaria, principalmente para las entidades locales e instrumentales de dimensiones limitadas, puesto que el pago de una gran indemnización puede desestabilizar por completo el reducido presupuesto de las mismas⁶.

⁴ Las posibles alternativas expuestas son recogidas por GAMERO CASADO en “Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas”, ob. cit., págs. 366-368. La primera solución fue propuesta por PAVELEK, la segunda por RODRÍGUEZ ARANA, y la tercera es la suya propia. A juicio de GAMERO CASADO puede entenderse “que la regulación contenida en la LCS es susceptible de acoger sin violencia a un contrato de seguro de responsabilidad extracontractual de la Administración, de tal manera que las compañías autorizadas para actuar en el ramo de responsabilidad civil también lo estarían para asegurar la responsabilidad extracontractual de la Administración”. Por su parte, HUERGO LORA también acepta que se aplique la LCS a los contratos de seguro de responsabilidad patrimonial puesto que ésta es sólo una adaptación de la responsabilidad civil, *vid. El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2002, pág. 163.

⁵ Sobre este particular puede consultarse la relación de contratos suscritos en el ámbito de la Administración institucional, local y autonómica, así como por las sociedades estatales o fundaciones privadas en mano pública, que recoge PAVELEK en su trabajo “El aseguramiento de la responsabilidad de la Administración”, *Revista de Derecho de los Seguros Privados* (1997), pág. 19. Por su parte, TORRENT I RIBERT señala como motivos de la proliferación de la contratación de estas pólizas por parte de las Administraciones Públicas los siguientes: la democratización de la Administración Pública, la proliferación de los servicios públicos y la influencia de los Estados Unidos en la vida cotidiana, *vid. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Especial consideración de la derivada del uso de las vías públicas. El seguro de responsabilidad civil de los entes públicos*, Editorial Mapfre, Madrid, 1995, págs. 102-125.

⁶ Tal y como comentan MONTORO CHINER y HILL PRADOS no resulta sorprendente “que la Administración Pública, lo mismo que cualquier particular o empresa privada, recurra al seguro co-

Sobre esta cuestión se ha pronunciado recientemente la Sala de lo Civil del TS en la sentencia de 30 de enero de 2002 (RJ 2002\2310). En ella el Tribunal admite que los seguros de responsabilidad civil contratados por la Administración Pública cubren la responsabilidad patrimonial en que puedan incurrir, sin que sea un obstáculo el carácter objetivo de ésta. Rechaza, de este modo, las alegaciones del asegurador cuando pretendía, no la declaración de la nulidad del contrato, sino evitar el pago de la indemnización con base en la falta de culpa en el actuar de la Administración asegurada, lo que conlleva la inexistencia de una responsabilidad civil *stricto sensu*.

En resumen, puede afirmarse que cada Administración en el ámbito de sus competencias y de la prestación de sus servicios puede suscribir contratos de seguros privados⁷ que cubran toda o parte de su actividad, siendo necesari-

mo medida prudente y diligente. Sin olvidar que cuanto menor fuere la entidad administrativa, tanto más conveniente y necesario puede ser este seguro que ayudará eficazmente a evitar desajustes presupuestarios". No obstante, pese a las evidentes ventajas que puede conllevar la suscripción de uno de estos contratos de seguro, es imprescindible que esta decisión sea en cada caso "debidamente ponderada, motivada y valorada". *Vid. Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, ob. cit., págs. 42 y 32, respectivamente. También BLANQUER CRIADO apunta el tema presupuestario como un argumento a favor de la contratación de estos seguros pues resulta "más fácil hacer una provisión de fondos equivalente a la prima de una póliza de seguro que vaticinar el alcance económico de las contingencias que pueden surgir en la actuación y funcionamiento de una Administración Pública", *vid. Las fiestas populares y el derecho: régimen jurídico, responsabilidad patrimonial y pólizas de seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 205-206. Por su parte, HUERGO LORA pone en tela de juicio la utilidad del seguro de responsabilidad civil para las Administraciones basándose: por una parte, en que las pólizas contienen una suma máxima asegurada, por lo que los riesgos verdaderamente excepcionales no están cubiertos; y por otra, en que la delimitación de los riesgos que están cubiertos es una tarea sumamente difícil, no asegurándose nunca la responsabilidad patrimonial en su conjunto. Es por ello que propone una serie de alternativas al seguro como el acudir a las Mutuas, a prima fija o variable, *vid. El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, ob. cit., págs. 28-30 y 126-130.

⁷ Bajo la vigencia de la LCAP de 1995 parte de la doctrina científica afirmaba la naturaleza privada de dichos contratos mientras que otra sostenía su naturaleza pública. Entre los partidarios de la primera postura se encontraban: ENTRENA CUESTA, "Aspectos generales de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", en *Contratación pública II. Segundas Jornadas de Valladolid 25-26 de enero de 1996*, coordinadores MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ y LAGUNA DE PAZ, Cámara de Contratistas de Castilla y León/Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 27-31; SAINZ MORENO, "Temas objeto de debate en la nueva Ley", en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, dirigida por GÓMEZ-FERRER MORANT, Civitas, Madrid, 1996, págs. 78-79; TRAYTER JIMÉNEZ, "El efecto directo de las Directivas comunitarias: El papel de la Administración y de los Jueces en su aplicación", RAP núm. 125 (1991), págs. 227-280; y VICENTE LÓPEZ, La contratación administrativa (Condiciones generales y eficacia), Comares, Granada, 1996, págs. 123-126. Entre los autores que afirmaron su naturaleza jurídico-pública al considerarlos verdaderos contratos de servicios con base en el art. 207.1 LCAP de 1995 *vid.*: RAZQUIN LIZARRAGA, *Contratos públicos y Derecho Comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 133 y 243; MARTOS NA-

rio especificar en los pliegos de condiciones y en el objeto del contrato los riesgos que se incluyen y los que no⁸. Otra cuestión será que, en verdad, la celebración de estos contratos resulte la forma más idónea, eficaz y eficiente, de hacer frente a la responsabilidad en que pueda incurrir la Administración en cada caso. Ciertamente, el optar entre un sistema de heteroaseguramiento y un sistema de autoaseguramiento ha de ser el fruto de una decisión madura y no espontánea, que ha de tomarse esencialmente en función de cada tipo de Administración, tras un adecuado análisis de sus dimensiones, su patrimonio y de los riesgos que puedan derivar de las funciones que realice. Las bases, por tanto, sobre las que se ha de asentar la política de aseguramiento de las Administraciones Públicas se encuentra en la realización de una buena política de gestión de riesgos⁹.

VARRO, “Los contratos de consultoría, de asistencia, de servicios y para la realización de trabajos específicos concretos y no habituales”, en *Estudios sobre la contratación en las administraciones públicas*, CEMCI, Granada, 1996, pág. 596; GAMERO CASADO, *Responsabilidad administrativa: conflictos de jurisdicción*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 171-172 y “Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas”, ob. cit., págs. 364-366 y 379-381; y HUERGO LORA, *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, ob. cit., págs. 88-95. Tras la publicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000, y con base en sus arts. 5 y 9, ha de concluirse que la naturaleza jurídica de los mismos es privada, como afirman: COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo I*, 13ª edic., Civitas, Madrid, 2002, págs. 394-395; MONTORO CHINER y HILL PRADOS, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, ob. cit., págs. 54 y 60-62; y ARQUILLO COLET, “Seguro de Responsabilidad Patrimonial de la Administración Local”, en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 12 (2003), págs. 2150-2151. No obstante, hay que resaltar que a pesar de que tras la reforma de la LCAP de 1995 por la Ley 53/1999 se haya declarado la naturaleza jurídico-privada de estos contratos, tal y como se recoge actualmente en el TRLCAP de 2000, la misma ha seguido siendo cuestionada tanto por parte de la doctrina científica como por el Consejo de Estado, el cual manifestó en su dictamen de 22 de diciembre de 1998 (expediente núm. 4464/1998) que “no parece posible que los referidos contratos de seguros y bancarios y de inversiones y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos puedan ser calificados como contratos privados; precisamente porque la Directiva 92/50/CEE establece que tales contratos tienen carácter público y, en consecuencia, se configuran como contratos administrativos”.

⁸ Vid. MONTORO CHINER y HILL PRADOS, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, ob. cit., pág. 107.

⁹ Esta es, sin duda alguna, la raíz del problema, como recientemente ha puesto de manifiesto GAMERO CASADO en su Ponencia “El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial y tipología de Administraciones Públicas”, durante el Seminario sobre Responsabilidad patrimonial de la Administración y Contrato de Seguro, organizado por el INAP y celebrado en Madrid el 4 de marzo de 2004. Tras realizar un exhaustivo análisis de los costes y beneficios que derivan de la decisión de contratar un seguro, este autor llega a la conclusión de que el sistema del autoaseguro representa el mecanismo más ventajoso para las grandes Administraciones, siempre que éstas cuenten con un patrimonio solvente con el que responder de los siniestros y que se encuen-

III. DETERMINACIÓN DEL ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE PARA CONOCER DE LOS SUPUESTOS EN LOS QUE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA ESTÉ ASEGURADA

A) Demandas entabladas conjuntamente contra la Administración y su aseguradora

Un análisis de la jurisprudencia civil y la contencioso-administrativa de los últimos años nos muestra cómo ambos órdenes jurisdiccionales han mantenido su competencia para conocer de las demandas por responsabilidad planteadas contra la Administración y su aseguradora. Empero, tras la entrada en vigor de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administración Común (en adelante, LRJAP y PAC), la situación ha cambiado, tal y como reconocen la mayoría de las sentencias de los Tribunales civiles cuando declaran que a partir de ese momento el único orden jurisdiccional competente para juzgar la responsabilidad patrimonial de la Administración es el contencioso-administrativo.

Los argumentos que se aducían por parte del orden jurisdiccional civil para conocer de las demandas entabladas contra la Administración y su aseguradora eran fundamentalmente los siguientes: el vínculo de solidaridad existente entre la Administración asegurada y su compañía aseguradora, persona jurídico-privada, frente a la reclamación del tercero perjudicado¹⁰; la “vis

tren expuestas a una gran cantidad de riesgos que no tengan conexión entre sí. En estos casos la política de autoaseguramiento resulta en términos absolutos menos costosa, puesto que se ahorran los costes inducidos (gastos de gestión de la aseguradora y margen comercial). En cambio, las pequeñas y medianas Administraciones Públicas deberían funcionar, en aplicación del principio de eficiencia, en régimen de heteroseguro. Como puede fácilmente colegirse, el problema estriba entonces en determinar cuál sea el tamaño idóneo a partir del cual a una Administración Pública no le resulte rentable contratar un seguro privado, para lo que resulta imprescindible la realización de una política de gestión de riesgos. Sobre la política de gestión de riesgos *vid.* ESTEVE PARDO, “De la policía administrativa a la gestión de riesgos”, REDA núm. 119 (2003), págs. 323-346. Asimismo, cuestionan las supuestas razones ventajosas de la contratación de los seguros por parte de las Administraciones HUERGO LORA, “El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”, InDret, working paper núm. 150 (julio 2003), www.indret.com, págs. 46 y GÓMEZ LIGÜERRE, “Paso a nivel. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas tras los Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y de 21 de octubre de 2002”, InDret, working paper núm. 152 (julio de 2003), en www.indret.com, págs. 13-16. Por su parte, ARQUILLO COLET concluye de su estudio de la Administración Pública sanitaria que el aseguramiento de la responsabilidad administrativa es en este ámbito el sistema más deseable socialmente y más beneficioso para todos los agentes sociales implicados, *vid.* “Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria”, InDret, working paper núm. 181 (enero de 2004), en www.indret.com, págs. 10-14.

¹⁰ Entre las sentencias que ponen de relieve esta relación de solidaridad existente entre el asegurado y el asegurador pueden citarse la SAP de Valladolid de 28 de junio de 1996 (AC

atractiva” de la jurisdicción civil y su carácter residual para conocer de las cuestiones que expresamente no estén atribuidas a otras jurisdicciones; el no dividir la continenencia de la causa; y el evitar de este modo el lamentable “peregrinaje de jurisdicciones” al que se veían avocados los sujetos lesionados.

Por su parte, entre las razones que se han esgrimido a favor de la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de estas controversias, además de la inaplicación de la “vis atractiva” a partir de la entrada en vigor de la Ley 30/1992, hay que citar: en primer lugar, la ausencia de un vínculo de solidaridad entre la Administración y su compañía aseguradora¹¹; en segundo lugar, que la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) prohíbe acumular dos acciones que deban ejercitarse ante órdenes jurisdiccionales distintos en un mismo proceso (art. 154 LEC de 1881, actual art. 73.1.1º LEC de 2000); y el hecho de que la mera existencia de un seguro no puede provocar que una materia atribuida en exclusiva al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, como es la responsabilidad patrimonial, sea conocida por el orden civil.

Pues bien, como se ha dicho anteriormente, es a partir de la promulgación de la LRJAP y PAC cuando la mayoría de los Tribunales civiles admitieron que se había producido en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración una unificación no sólo del régimen jurídico y del procedi-

1996\1071) –que recuerda precisamente la doctrina jurisprudencial que de forma reiterada ha venido predicando la solidaridad entre asegurado y asegurador frente a la reclamación del tercero perjudicado así como que la reclamación dirigida contra uno, interrumpe la prescripción en relación con el otro [SSTS 2 febrero 1984 (RJ 1984\570) y 12 noviembre 1986 (1986\6386), entre otras]- y las SSAP de Valladolid de 28 de enero de 1997 (AC 1997\143), de Vizcaya de 25 de mayo de 1998 (AC 1998\5350), 19 de enero de 1998 (AC 1998\4202), de Zamora de 17 de mayo de 2000 (AC 2000\1497) y de Guadalajara de 11 de enero de 2001 (AC 2001\1156).

¹¹ Sobre el particular resultan significativos los pronunciamientos de la SAP de Vizcaya de 6 de julio de 2000 (AC 2000\1570) donde se recuerda que la “solidaridad (o la indivisibilidad) que como presupuesto exigible ha de vincular a los demandados, no depende del mero voluntarismo del actor, porque así lo afirma en la demanda, sino que lo hace depender de condiciones objetivas referidas a la naturaleza o extensión de las obligaciones reclamadas”. En este caso la acción se dirigía contra un Ayuntamiento por los daños ocasionados por la red de saneamiento municipal, por lo que la jurisdicción competente para conocer de la misma es la contencioso-administrativa, “sin que el hecho de haberse traído al proceso a la Cía. Aseguradora pueda modificar el anterior planteamiento ya que la actuación de dicha compañía aseguradora no constituye una intervención autónoma o independiente de su asegurada, sino que precisamente ha sido traída al procedimiento por ser su aseguradora e imputarse al Ayuntamiento codemandado una acción u omisión culposa, dependiendo la posible responsabilidad de la Cía. Aseguradora precisamente del resultado del litigio en cuanto a la responsabilidad del ente municipal codemandado”.

miento, sino también de la jurisdicción. Dicho momento legislativo es el que los órganos jurisdiccionales civiles suelen tomar como referencia para aplicar o no la doctrina de la “vis atractiva” del orden jurisdiccional civil y resolver las controversias que sobre responsabilidad se les plantean contra la Administración y su aseguradora. Si los “hechos” acaecieron con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1992 el orden jurisdiccional civil aplica la doctrina de su fuerza expansiva, mientras que si tuvieron lugar con posterioridad a esa fecha suelen declararse incompetentes¹². No obstante, hay que tener en cuenta que en algunas sentencias el órgano jurisdiccional civil establece como momento clave no el de la entrada en vigor de la Ley 30/1992, sino el de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJC)¹³.

A nuestro parecer, está claro que a partir de la unificación procedimental, de régimen jurídico y de fuero que llevó a cabo la Ley 30/1992 la única jurisdicción competente para resolver estas controversias es la contencioso-administrativa¹⁴, tal y como finalmente se ha visto confirmado con la última re-

¹² Algunas de las sentencias en las que el orden civil se declara incompetente para conocer de las demandas planteadas conjuntamente contra la Administración y su aseguradora con base en que los hechos habían tenido lugar tras la entrada en vigor de la Ley 30/1992 y el RD 429/1993 y, por tanto, era ya inaplicable la doctrina de la “vis atractiva” son: SSAP de Pontevedra de 8 de abril de 1998 (AC 1998\4666), AP de Cuenca de 16 de enero de 1999 (AC 1999\2946), AP de Barcelona de 23 y 27 de abril de 1999, AP de Lleida de 1 de julio de 1999 (AC 1999\6279) AP de Vizcaya de 26 de mayo de 1999 (AC 1999\6049) y 26 de junio de 2000 (AC 2000\1566), AP de Guipúzcoa de 2 de noviembre de 2000 (AC 2001\263) y AP de Madrid de 27 de enero de 2001 (AC 2001\611).

¹³ Esta postura es la que se mantiene en las SSTS, Sala de lo Civil, de 22 y 31 de diciembre de 1999 (RRJJ 1999\9487 y 1999\9150), 26 de febrero, 7 de marzo, 10 de abril, 29 de junio, 8 de noviembre y 18 de diciembre de 2000 (RRJJ 2000\1248, 2000\1508, 2000\2358, 2000\5916, 2000\9303 y 2000\10124), 7 de marzo y 19 de noviembre de 2001 (RRJJ 2001\3934 y 2001\9482) y de 7 de marzo de 2002 (RJ 2002\4151).

¹⁴ TORRENT I RIBERT mantiene que si el tercero lesionado decide reclamar de forma conjunta contra la Administración y su aseguradora debe hacerlo “forzosamente por la vía administrativa y posteriormente por la contencioso-administrativa si procede, pues, al demandarse conjuntamente a una Administración Pública y a una aseguradora, se impone el fuero de la primera; es decir, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial contra una Administración Pública no pueden sustanciarse ante la jurisdicción civil; a partir de la Ley 30/1992, como ya hemos estudiado, la vía atractiva es a favor de la jurisdicción contenciosa y no a favor de la civil”, *vid. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Especial consideración de la derivada del uso de las vías públicas. El seguro de responsabilidad civil de los entes públicos*, ob. cit., pág. 115. Por su parte, BLANQUER CRIADO estima que, en principio, el hecho de que la Administración tenga suscrito un contrato de seguro para cubrir la responsabilidad en la que pueda incurrir no constituye ningún obs-

forma legislativa llevada a cabo por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio. Esta Ley le ha dado una nueva redacción al apartado cuarto del art. 9 LOPJ que ahora, de forma tajante y clara, dispone que han de residenciarse ante los Tribunales contencioso-administrativos *“las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva”*.

Asimismo, hay que destacar que la Disposición Adicional Decimocuarta de la Ley Orgánica 19/2003 introduce una serie de modificaciones en la Ley 29/1998, entre las que destaca la nueva redacción dada a los arts. 2.e) y 21.1. En concreto, el art. 2.e) LJC declara la competencia exclusiva del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de:

“La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”.

Por su parte, la nueva dicción del art. 21.1.c) LJC va en línea con lo dispuesto en el artículo anterior, en el sentido de incorporar expresamente a las compañías aseguradoras de la responsabilidad de la Administración como parte demandada en el proceso contencioso-administrativo. Mas, hay que tener en cuenta, que este reconocimiento legal de que las aseguradoras serán “siempre” parte demandada en el proceso contencioso parece referirse únicamente a los casos en que el tercero lesionado haya entablado la acción de forma conjunta contra la Administración y aquélla¹⁵. Exactamente, dice así este precepto:

título para que el tercero perjudicado accione única y exclusivamente contra la Administración en vía administrativa y, posteriormente, contencioso-administrativa. En el caso de que decida dirigirse contra la Administración y su aseguradora conjuntamente la competencia también corresponderá al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Sin embargo, si únicamente ejercita su acción contra la aseguradora la competencia jurisdiccional corresponde, en principio, al orden civil. Comenta este autor que la situación descrita, en la cual se le ofrecen al sujeto perjudicado diferentes órdenes jurisdiccionales para conocer de su reclamación dependiendo de si decide entablar su acción únicamente contra la compañía aseguradora de la Administración, o contra la Administración y su compañía conjuntamente, resulta francamente contraria al art. 9.4 LOPJ. *Vid. Las fiestas populares y el derecho: régimen jurídico, responsabilidad patrimonial y pólizas de seguro*, ob. cit., págs. 235 y 236.

¹⁵ Antes de esta reforma BLANQUER CRIADO mantenía que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo sólo puede pronunciarse sobre la responsabilidad de la Administración, pero no puede condenar a la compañía aseguradora al pago de la indemnización, pues sólo el or-

“1. Se considera parte demandada:

c) *Las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte demandada junto con la Administración a quien aseguren*”.

No obstante, la falta habida, hasta esta última modificación de la LOPJ y la LJC, de criterios firmes y tajantes en esta materia ha dado lugar a polémicas y discutibles resoluciones. El último exponente de esta situación fue el Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del TS de 27 de diciembre de 2001 (RJ 2002\4086)¹⁶.

En el comentado Auto de 27 de diciembre de 2001¹⁷ la Sala de Conflictos concluyó que cuando se demande por responsabilidad conjuntamente a

den civil puede condenar a una compañía de seguros al pago de una indemnización basada en una póliza, por lo que ésta debería poder intervenir y ser oída ante los Tribunales contencioso-administrativos, según este autor. Desde nuestro punto de vista, sin embargo, si el orden jurisdiccional contencioso-administrativo declaraba la responsabilidad de la Administración sí podía condenar al pago de la indemnización por responsabilidad patrimonial a su aseguradora, lo que no podía es si no hay responsabilidad de la Administración condenar a la aseguradora al pago de la indemnización por otro título con base en la póliza del seguro, puesto que este extremo correspondería dilucidarlo al orden civil según manifiestan las SAP de Baleares de 19 de septiembre de 1995 (AC 1995\1948), STSJ de Extremadura de 6 de julio de 1998 (RJCA 1998\2886) y la STSJ de Valencia de 20 de enero de 1999 (RJCA 1999\238). *Vid. Las fiestas populares y el derecho: régimen jurídico, responsabilidad patrimonial y pólizas de seguro*, ob. cit., págs. 162-165. Por su parte, ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, con apoyo en el ATS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 19 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9187), sostenía que en el proceso contencioso-administrativo debía llamarse a las compañías aseguradoras, que podrían actuar en calidad de parte codemandada de la Administración, *vid.* “Delimitación objetiva y subjetiva de la jurisdicción contencioso-administrativa”, La Ley núm. 4621 (1998-3), D-232, págs. 1526.

¹⁶ Los hechos origen del caso consistieron en unas lesiones sufridas por un menor de edad cuando procedía a tomar un tren estando en compañía de su madre en la estación de Barcelona-Sants. La madre del niño interpuso contra la Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (RENFE) y contra MAPFRE Seguros Generales, Compañía de Seguros y Reaseguros, SÁ, una demanda reclamando una indemnización por los daños sufridos por su hijo ante el orden jurisdiccional civil, que declaró su falta de jurisdicción alegando que la demanda entablada contra RENFE, a la que califica de entidad de Derecho público dependiente del Estado, y su aseguradora debía ser conocida por el orden contencioso-administrativo de la jurisdicción, según dispone el art. 9.4 LOPJ. Sin embargo, este orden estimó, a su vez, su falta de competencia para conocer del asunto, indicando que era el civil el que debía resolverlo, puesto que la demanda se dirigía contra una compañía aseguradora. Es así como finalmente se elevaron las actuaciones a la Sala Especial de Conflictos de Competencia del TS para que resolviera el expuesto conflicto de competencia negativo.

¹⁷ PELAYO PARDOS apunta que el problema que se plantea en el Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del TS de 27 de diciembre de 2001 ya se atisbaba en el Auto de esta mis-

una Administración Pública y a su compañía aseguradora la competencia corresponde al orden jurisdiccional civil. El Tribunal llegó a esta solución haciéndose eco de la polémica doctrinal que suscitan estos casos en los que se ven implicadas las compañías aseguradoras, dado que en el proceso contencioso-administrativo no se contempla su presencia de forma expresa. Es por esta razón que la Sala de Conflictos estimó que:

“lo razonable, mientras la Ley no recoja, como ha hecho con los sujetos concurrentes a la producción del daño, una llamada expresa al proceso contencioso, mantener, en este supuesto, la tradicional y ya clásica “vis atractiva” de la Jurisdicción Civil, reconocida en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando establece: “Los Juzgados y Tribunales del orden civil conocerán, además de las materias que le sean propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional”.

De lo contrario, se obligaría al perjudicado a entablar dos procesos distintos, ante dos jurisdicciones diferentes, la civil para la compañía aseguradora, y la contencioso-administrativa para la Administración. Tal alternativa, al margen de los problemas de economía procesal, riesgo de resoluciones no del todo acordes en ambos órdenes jurisdiccionales, provocaría una merma de las garantías del ciudadano y, en último término, un debilitamiento de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.”

Ciertamente, la solución a la que llegó la Sala de Conflictos de Competencia en este asunto resulta más que discutible, puesto que el reconocer la competencia al orden jurisdiccional civil para resolver una demanda contra la Administración Pública vulnera flagrantemente el mandato legal de que la Administración Pública no podrá ser demandada en materia de responsabilidad patrimonial ante los órdenes civil o social. Al mismo tiempo, el atribuir como hace la Sala al orden civil la competencia para conocer de la demanda presentada contra la Administración y su aseguradora plantea el inconveniente de que el órga-

ma Sala de 19 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9187), *vid.* “El procedimiento administrativo de reclamación. La intervención de la inspección médica”, en *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, ob. cit., págs. 107-142. Entre los numerosos autores que han analizado el Auto de 27 de diciembre de 2001 *vid.*: DE ÁNGEL YÁGÜEZ, “Acción directa del perjudicado contra la aseguradora de una Administración pública: jurisdicción competente (contraste ¿coincidencia? entre “conceptos” e “intereses””, *La Ley* núm. 5574, de 26 de junio de 2002; FONT I LLOVET, “Notas de jurisprudencia contencioso-administrativa”, *RAP* núm. 158 (2002), págs. 292-294; GÓMEZ LIGÜERRE, “Cambio de vía. Auto de la Sala especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2001”, *InDret*, Barcelona, octubre de 2002, en www.indret.com; SORIANO GARCÍA, “Asunto Biet Bernal: un pequeño Arrêt Blanco en nuestra justicia. ¿Vuelta de la responsabilidad de la Administración a la jurisdicción civil?”, *REDA* núm. 115 (2002), págs. 399-404; y ROMERO REY, “Cuestiones problemáticas en torno a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: evolución legislativa y nuevos escenarios de conflicto”, *JA* núm. 22 (2004), págs. 44-46.

no jurisdiccional civil para poder condenar al pago de la prima a la compañía aseguradora debe antes decidir sobre si ha sido o no la Administración aseguradora la responsable del daño causado, lo que vuelve a resultar contrario a las prescripciones de los arts. 142.6 y 144 LRJAP y PAC, 2.e) LJC y 9.4 LOPJ¹⁸.

Atendiendo, pues, al carácter tan controvertido de las conclusiones a las que llega este Auto, se comprende perfectamente la anómala situación vivida con posterioridad en sede judicial, de forma que el criterio mantenido por la Sala de Conflictos en el Auto de 27 de diciembre de 2001 ha sido seguido por algunas resoluciones [así, por el Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del TS de 21 de octubre de 2002¹⁹ y el AAP de Pamplona de 23 de octubre

¹⁸ En opinión de GÓMEZ LIGÜERRE la solución a la que llega la Sala de Conflictos en este Auto es “materialmente correcta pero formalmente confusa”. Según este autor el problema que se plantea en este caso deriva de las deficiencias existentes en la ley sobre la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. En el caso debatido el conflicto se desvanece si se considera a RENFE como una entidad que actúa y sujeta su actividad al Derecho privado, por lo que correspondería conocer de los daños que cause al orden civil, independientemente de que junto a ella se demande o no a su compañía aseguradora, *vid.* “Cambio de vía. Auto de la Sala especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2001”, *Indret*, Barcelona, octubre de 2002, en www.indret.com. Por su parte, LÓPEZ MENUDO, GUICHOT REINA y CARRILLO DONAIRE consideran que atendiendo al marco normativo existente lo más coherente sería admitir que cuando se demanda a la Administración junto a la aseguradora es el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el único competente, *vid.* “Crónica de Jurisprudencia sobre Responsabilidad Administrativa”, JA núm. 18 (2003), págs. 187-190. En idéntico sentido se manifiesta PECES MORATE, quien sostiene que de mantenerse la orientación jurisprudencial del comentado Auto de la Sala de Conflictos de Competencia se dejaría carente de eficacia lo dispuesto tan categóricamente en los arts. 9.4 LOPJ, 2.e) LJC y DA 12ª de la Ley 4/1999. A juicio de este autor, si la razón por la que el Auto se inclina a favor del orden civil es que ni la LJC ni la LOPJ contemplan expresamente la presencia de las compañías aseguradoras en el proceso contencioso-administrativo, este argumento puede salvarse aplicando la doctrina de la responsabilidad directa y solidaria de las entidades aseguradoras y haciendo uso de las cuestiones prejudiciales, de acuerdo con lo establecido en los arts. 10.1 LOPJ y 4.1 LJC, *vid.* “Criterios jurisprudenciales actuales en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria”, en *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Cuadernos de Derecho Judicial I-2002, CGPJ, Madrid, 2002, págs. 482-483. Por su parte, también HUERGO LORA y MIR PUIGPELAT consideran que la conclusión alcanzada por este Auto vulnera lo dispuesto en el art. 2.e) LJC, *vid.* respectivamente “El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”, *InDret*, working paper núm. 150 (julio 2003), www.indret.com, págs. 11-14 y “La jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: una polémica que no cesa. Comentario a los Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y 21 de octubre de 2002 y propuesta de reforma legislativa”, *InDret*, working paper núm. 151 (julio de 2003), en www.indret.com, págs. 14-18 (trabajo publicado asimismo en: *La Justicia Administrativa. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, ob. coord. por M^a Jesús MONTORO CHINER, Atelier, Barcelona, 2003, págs. 512-537).

¹⁹ Auto citado por PELAYO PARDOS, *vid.* “El procedimiento administrativo de reclamación. La intervención de la inspección médica”, en *La responsabilidad patrimonial de la Administración sa-*

de 2002²⁰] y rechazado [AAP de Badajoz de 6 de marzo de 2002²¹, SSAP de Gerona de 26 de junio y 10 de julio de 2002 (JUR 2002\226424 y 2002\244413)]

nitaria, ob. cit., pág. 121. A la misma resolución parece hacer referencia GUERRERO ZAPLANA con la fecha de 15 de octubre de 2002 en “Las peculiaridades de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: el criterio de la *lex artis*”, en *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Cuadernos de Derecho Judicial I-2002, CGPJ, Madrid, 2002, págs. 67-68. Comentan, asimismo, este Auto, BUSTO LAGO, “La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2ª edic., ob. coord. por L. Fernando REGLERO CAMPOS, Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 1599-1604 y GÓMEZ LIGÜERRE en “Dos veces en la misma piedra. Comentario al Auto de la Sala especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2002”, InDret, working paper núm. 125 (enero de 2003) y en “Paso a nivel. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas tras los Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y de 21 de octubre de 2002”, ob. cit., págs. 10-13. Para superar el problema de que la víctima pueda ejercitar la acción que le corresponde contra la Administración y la acción directa contra su aseguradora ante dos jurisdicciones distintas, MIR PUIGPELAT proponía que debía imponerse un litisconsorcio pasivo necesario entre la Administración y su aseguradora, siendo el orden jurisdiccional competente para conocer de estos asuntos el contencioso-administrativo, *vid.* “La jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: una polémica que no cesa. Comentario a los Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y 21 de octubre de 2002 y propuesta de reforma legislativa”, ob. cit., págs. 20-22.

²⁰ En el Auto de la AP de Pamplona de 23 de octubre de 2002, según cita PELAYO PARDOS en “El procedimiento administrativo de reclamación. La intervención de la inspección médica”, en *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, ob. cit., pág. 121, se declara la competencia del orden jurisdiccional civil, de acuerdo con la doctrina establecida en el Auto de la Sala de Conflictos del TS de 27 de diciembre de 2001, en un supuesto de reclamación de responsabilidad por contagio de Hepatitis C en el que la acción se había entablado únicamente contra la compañía aseguradora del Servicio Navarro de Salud. En este caso habría que notar el hecho de que la doctrina del Auto de la Sala de Conflictos citado se refiere a supuestos en los que la acción se dirige de forma conjunta contra la Administración y su compañía aseguradora, mientras que en el Auto de la AP de Pamplona la acción se entabla exclusivamente contra la aseguradora.

²¹ En este Auto la AP de Badajoz declara que la competencia para conocer del caso corresponde a los tribunales contencioso-administrativos, a pesar de ser esta postura contraria a la tesis mantenida en el Auto de 27 de diciembre de 2001 de la Sala de Conflictos de Competencia. Las razones en las que se basa son: en primer lugar, porque al ser la causa de la posible condena la culpa o negligencia del personal sanitario, aunque no se les demande a ellos ni a la Administración, “por razones que no son fáciles de explicar”, la competencia no corresponde a la jurisdicción civil; y en segundo lugar, porque el Auto de la Sala de Conflictos del TS de 27 de diciembre de 2001 constituye “una resolución única hasta este momento y habrá que esperar a que se produzcan otras o a que se opere un cambio de dirección”. Tras comentar los argumentos dados en este Auto por la AP, PELAYO PARDOS puntualiza que la razón por la que no son demandados ni la Administración ni sus funcionarios es porque interviene la figura de un seguro de responsabilidad civil que tienen concertado, *vid.* “El procedimiento administrativo de reclamación. La intervención de la inspección médica”, en *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, ob. cit., pág. 120.

y SAP de Córdoba de 23 de mayo de 2003 (JUR 2003\152466)] o ignorado por otras [SAP de Burgos de 21 de marzo de 2002 (JUR 2002\141201)].

En suma, hay que reconocer que en el momento en el que se dictó el Auto de 27 de diciembre de 2001 nos encontrábamos ante una laguna legal que debía ser colmada con una reforma de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que contemplara esta situación y sin ambages declarase la competencia de este orden jurisdiccional para conocer en exclusiva de las reclamaciones dirigidas conjuntamente contra la Administración Pública y su aseguradora o únicamente contra la aseguradora de la Administración en ejercicio de la acción directa. De esta forma se evitaría que órganos jurisdiccionales que no son los que tienen atribuidas las competencias en materia de responsabilidad patrimonial decidan sobre la existencia de la responsabilidad de la Administración, se pondría fin a la duplicidad de procesos y al riesgo de resoluciones contradictorias y se reforzaría el principio de seguridad jurídica²².

Afortunadamente, la Ley Orgánica 19/2003 ha acometido dicha reforma en los arts. 9.4 LOPJ, 2.e) y 21.1.c) LJC, aunque, tal y como hemos precisado,

²² En este sentido se manifiesta SORIANO GARCÍA, quien demanda una reacción legislativa que permita integrar estos conflictos en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, *vid.* “Asunto Biet Bernal: un pequeño Arrêt Blanco en nuestra justicia. ¿Vuelta de la responsabilidad de la Administración a la jurisdicción civil?”, Diario del Derecho, en <http://www.iustel.com/noticias>, artículo publicado en la REDA núm. 115 (2002), págs. 399-404. Por su parte, BLANQUER CRIADO propone que sea una Ley la que regule de forma clara cómo articular la celebración de contratos de seguros por parte de la Administración para asegurar su responsabilidad patrimonial, de acuerdo con la exigencia constitucional de un “sistema” de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (arts. 149.1.18 y 106 CE) ya que de no hacerse así se “abre la puerta a la definición judicial del derecho de los ciudadanos a ser resarcidos de los daños que les hayan causado las Administración” que, a su parecer, constituye uno de los grandes problemas de la responsabilidad patrimonial de los Ayuntamientos por la organización y celebración de sus fiestas populares. Esta Ley tendría que contemplar, en su opinión, un procedimiento administrativo en el que interviniesen no sólo la Administración y el sujeto lesionado, sino también la compañía aseguradora, la cual no debería efectuar el pago de la indemnización al perjudicado hasta que no se haya dictado el acto administrativo que ponga fin al procedimiento, *vid.* *Las fiestas populares y el derecho: régimen jurídico, responsabilidad patrimonial y pólizas de seguro*, ob. cit., págs. 228-229 y 245. También MONTORO CHINER y HILL PRADOS apuntan la conveniencia de una ley específica que resuelva los problemas que plantea el aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, *vid.* *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, ob. cit., pág. 58. En el mismo sentido, HUERGO LORA manifiesta lo beneficioso que sería que este tipo de contrato fuese objeto de una regulación expresa en la que no sólo se aclarase su régimen jurídico, sino que incluso pudiera derogarse la normativa de los contratos públicos en algunos aspectos para poder contemplar así soluciones más acordes a su naturaleza jurídica, *vid.* *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, ob. cit., pág. 133.

referida, en principio, únicamente a las reclamaciones por responsabilidad dirigidas directamente y de forma conjunta contra la Administración Pública y su aseguradora, por lo que parece que no se contempla, por lo menos, de forma expresa, el supuesto en el que la acción por responsabilidad se entabla directa y únicamente contra la aseguradora de la Administración, cuestión ésta que abordaremos en el siguiente apartado.

Por todo lo dicho, y sin lugar a dudas a partir de esta reforma, en el caso de que pretenda demandarse simultáneamente a la Administración y a su compañía aseguradora, a pesar de lo declarado por la Sala de Conflictos del TS en los Autos de 27 de diciembre de 2001 (RJ 2002\4086) y 21 de octubre de 2002, el orden jurisdiccional competente para conocer de estas demandas no es el civil, puesto que tal opción resulta contraria al mandato que de forma rotunda proclaman los arts. 9.4 LOPJ y 2.e) LJC, esto es, que la Administración no puede ser juzgada en materia de responsabilidad ante otro orden jurisdiccional que no sea el contencioso-administrativo²³ y, a raíz de la Ley Orgánica 19/2003, a la concreta atribución de competencia que en esta materia se hace a favor de los Tribunales contencioso-administrativos.

En verdad, a nuestro juicio, esta era, incluso antes de la última modificación legislativa comentada, la única solución posible a la vista de las regulaciones contenidas en la LRJAP y PAC, la LJC y la LOPJ. Era el orden contencioso-administrativo el único que podía conocer y resolver estos supuestos en los que se demandaba junto a la Administración a su aseguradora, como garante del pago, de modo que se mantenía y reforzaba el principio de unidad jurisdiccional en esta materia. Desde esta perspectiva, manteníamos, y con mayor razón ahora, que ante una demanda presentada contra la Administración y su aseguradora ante el orden jurisdiccional civil, éste debería inadmitirla por falta de jurisdicción y remitir el asunto al orden competente *ratione materiae*, el contencioso-administrativo²⁴. De este modo, solamente el orden jurisdiccional

²³ Esta opinión la ha mantenido, entre otros, HUERGO LORA, quien considera, además, que el art. 9.4, párrafo segundo LOPJ no ha de entenderse en un sentido literal, puesto que esta interpretación no es la única ni la más correcta. Para él lo relevante es “la responsabilidad concurrente, no la causación material concurrente del daño”. Sin embargo, discrepamos de este autor cuando sostiene que en el caso de que se demande a la Administración y a su aseguradora ante el orden jurisdiccional civil éste debe inadmitir la pretensión contra la Administración por falta de jurisdicción, pero puede continuar el proceso contra la aseguradora. *Vid. El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, ob. cit., págs. 175-178.

²⁴ Algunas de las resoluciones en las que los órganos jurisdiccionales civiles han apreciado de oficio la excepción de incompetencia de la jurisdicción civil para resolver una demanda por responsabilidad planteada contra la Administración y su aseguradora son: SAP de Asturias de 16 de

contencioso-administrativo será el que decida sobre la existencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración así como sobre su cobertura por las pólizas de seguros privados, situación ésta que felizmente contempla expresamente la LOPJ, poniendo fin a los titubeos padecidos sobre cuál era el procedimiento que había de seguirse en estos casos y el orden jurisdiccional que ostentaba la competencia para enjuiciarlos.

B) Demandas entabladas directamente contra la aseguradora de la Administración

a) Sobre la aplicación del art. 76 LCS a las Administraciones Públicas

Cuando la legislación del seguro privado es aplicada a la Administración Pública sufre una serie de matizaciones²⁵, como puede apreciarse con facilidad respecto de la acción directa regulada en el art. 76 LCS. Este precepto re-

mayo de 1997 (AC 1997\1173) y 20 de marzo de 2001 (AC 2001\636), las SSAP de Madrid de 6 de julio de 2000 (AC 2000\1570), 10 de julio de 2000 (AC 2000\1571) y 27 de enero de 2001 (AC 2001\611) y SAP de Málaga de 9 de enero de 2001 (AC 2001\316).

²⁵ Por ejemplo, en materia de defensa jurídica el art. 74 LCS estipula que “*salvo pacto en contrario, el asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado*”. Empero, cuando es una Administración Pública el sujeto asegurado hay que tener en mente que ésta cuenta con un cuerpo propio de letrados a los que compete la dirección jurídica de sus procesos. Dicha situación se salva entonces atendiendo a la libertad de pactos a la que alude el propio precepto, siendo aconsejable para despejar cualquier tipo de dudas al respecto que la compañía aseguradora acuerde con la Administración en el propio contrato que la función de defensa jurídica correrá en tales casos a cargo del cuerpo de funcionarios públicos que corresponda, *vid.* GAMERO CASADO, “Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas”, *ob. cit.*, págs. 372 y 373 y MONTORO CHINER y HILL PRADOS, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, *ob. cit.*, págs. 66-68. En cambio, TORRENT I RIBERT cuando comenta el citado art. 74 LCS así como la cláusula que contienen las pólizas de seguro sobre que el asegurado no podrá negociar ni admitir su responsabilidad, salvo con autorización expresa de la compañía, afirma que la colisión que se produce entre estas normas y las que rigen la responsabilidad patrimonial de la Administración “es frontal y no solucionable” desde un punto de vista legal, por lo que propone una solución contractual, pactada entre la Administración y su aseguradora, de modo que ésta asumirá el pago de las indemnizaciones aceptadas por la Administración siempre que: en la póliza se establezca una franquicia a cargo de la Administración en el pago de la indemnización, la obligación de la Administración de dar audiencia a la aseguradora en el expediente administrativo y que la reclamación de la indemnización sea acorde con el dictamen preceptivo del órgano consultivo estatal o autonómico. A estas garantías añade el autor el que la aseguradora tuviera legitimación activa para impugnar la resolución administrativa que estime la reclamación patrimonial, posibilidad ésta que ha de venir por vía legislativa. *Vid. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Especial consideración de la derivada del uso de las vías públicas. El seguro de responsabilidad civil de los entes públicos*, Editorial Mapfre, Madrid, 1995, págs. 120-125 y 133.

conoce el derecho del tercero perjudicado de accionar directamente contra la aseguradora para resarcirse de los daños que el asegurado le haya causado y que se encuentren cubiertos por la póliza. En concreto, dice así el art. 76 LCS:

“El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso en que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido”.

Atendiendo al tenor del precepto transcrito surge la duda de si realmente puede la acción directa aplicarse al supuesto en el que el sujeto asegurado sea una Administración Pública e, incluso, si pueden las partes del contrato de seguro pactar su exclusión.

En este sentido hay que decir, en primer lugar, que el art. 76 LCS no ha sido expresamente derogado por ninguna norma, por lo que, en principio, nada impide que su regulación le sea aplicable a la Administración Pública. Otra cuestión será la valoración que merezca el ejercicio de esta acción cuando el sujeto asegurado sea una Administración Pública, esto es, si deviene innecesaria e, incluso, si tras la promulgación de la LO 19/2003 su ejercicio resultaría contrario al sentido de las últimas modificaciones legislativas realizadas en materia de responsabilidad patrimonial.

En segundo lugar, sobre si las partes del contrato de seguro podrían excluir el ejercicio de la acción directa por parte del tercero lesionado hay quienes sostienen que es posible hacer una renuncia expresa a su tramitación en el contrato siempre que así conste en los pliegos de condiciones²⁶, mientras

²⁶ Debido a que en los casos de aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración la acción directa resulta innecesaria y ociosa MONTORO CHINER y HILL PRADOS concluyen que “En los Pliegos de Condiciones puede hacerse constar la innecesidad de tramitar una hipotética acción directa, ateniéndose siempre al procedimiento administrativo en la reclamación” y que “La acción directa del perjudicado contra la aseguradora, de no entenderse materialmente derogada en el contrato de seguro de la responsabilidad extracontractual por las propias leyes de procedimiento, cuando está presente la Administración asegurada; en todo caso puede hacerse expresa renuncia a su tramitación en el contrato, si así consta en los Pliegos de Condiciones”, *vid. Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, ob. cit., págs. 108 y 109.

que otros afirman que no sería válida una cláusula en tal sentido basándose en que la acción directa constituye una cuestión de orden público²⁷ o en que supone un derecho que la ley expresamente reconoce al tercero perjudicado²⁸.

A nuestro parecer, las partes del contrato no pueden excluir el ejercicio de la acción directa por parte del tercero y ello porque, en primer lugar, el derecho de entablar la acción directamente contra el asegurador se lo reconoce la Ley al tercero perjudicado, y no a las partes del contrato de seguro y, en segundo lugar, porque al ser una de las partes contratantes la Administración el contrato de seguro, aunque de naturaleza jurídico-privada, debe respetar las disposiciones correspondientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, TRLCAP) cuyo art. 4 establece que la Administración podrá pactar libremente o establecer condiciones siempre que sean acordes con el interés general, el ordenamiento jurídico general y los principios de buena administración. Por consiguiente, todos los contratos celebrados por la Administración deben ser respetuosos con lo dispuesto en las leyes, entre ellas la LCS, que le otorga al tercero perjudicado el derecho de accionar directamente contra el asegurador.

Partiendo de la base de que la regulación contenida en la LCS le es en principio también aplicable a los contratos de seguros suscritos por la Administración y de que no puede suprimirse por las partes del contrato el derecho legal que el art. 76 le reconoce al sujeto lesionado de accionar directamente contra la compañía aseguradora, consideramos que los principales in-

²⁷ OLIVENCIA RUIZ considera que al tratarse de un “derecho propio” que la Ley reconoce a la víctima de un daño del que sea responsable el asegurado “no cabe admitir pactos, cláusulas o condiciones entre asegurador y asegurado (art. 1.255 CC) que excluyan o limiten los derechos y acciones de terceros (art. 1.257 CC)”, *vid.* “El seguro de responsabilidad civil y la protección de la víctima. En especial los daños causados por la gran empresa. La acción directa y las excepciones oponible”, en *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Musini, Madrid, 1994, págs. 201-204 y 208 y SÁNCHEZ CALERO, Comentario al artículo 76 en *Ley del Contrato de Seguro: Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 2ª edic., Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 1298-1356.

²⁸ Aunque, tal y como hemos anotado antes, MONTORO CHINER y HILL PRADOS parecen concluir en el Capítulo X de su libro, dedicado a las reflexiones finales, que cabe renunciar expresamente a la acción directa en el contrato, dicen, sin embargo, en el Capítulo VI que “No sería, pues, válida una cláusula en la que se excluyese la acción directa, por mucho que las partes así lo decidiesen libremente al amparo de su mayor libertad a la hora de negociar las condiciones del contrato. Por otro lado, admitir la posibilidad de exclusión supondría un cierto peligro para la tan reclamada acción directa, ya que podría constituir un peligroso precedente que abriese la puerta a otros supuestos de exclusión no deseables”, *vid. Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, ob. cit., págs. 84 y 85.

terrogantes que presenta la acción directa son los de valorar o constatar si tiene sentido, si representa algún tipo de ventaja para el tercero perjudicado, hacer uso de la misma cuando es una Administración el sujeto asegurado y, en su caso, cuál sea el procedimiento que ha de seguirse y el orden jurisdiccional ante el que ha de ejercerse este derecho.

b) Argumentos a favor del mantenimiento de la acción directa

Tal y como hemos dicho antes, el art. 76 LCS no ha sido explícitamente derogado por ninguna norma, por lo que el tercero lesionado por una Administración Pública podrá acudir bien directamente contra la Administración en vía administrativa y, posteriormente, contencioso-administrativa, o bien podrá entablar la acción directa contra la aseguradora de aquélla ante el orden jurisdiccional civil. Ante esta doble vía que, en principio, parece que se le ofrece al particular dañado la primera pregunta que surge es ¿cuáles son las razones o ventajas que pueden mover a un sujeto que ha sido perjudicado por una actuación administrativa para acudir en vez de directamente contra la Administración contra la aseguradora de ésta ante el orden jurisdiccional civil?

En primer término, podría pensarse que, ante el colapso y la lentitud de los Tribunales contencioso-administrativos, en la vía judicial civil el tercero lesionado obtiene la indemnización más rápidamente, en un plazo más breve²⁹.

Por otra parte, podría aducirse que frente a la actitud más reacia que pueda mostrar la Administración o los Tribunales contencioso-administrativos a la hora de reconocer la responsabilidad de la Administración y concederle la indemnización correspondiente al particular lesionado, los Tribunales civiles son más proclives que la Administración a otorgarle la indemnización al particular lesionado y a condenar al pago a la aseguradora, entidad movida por el ánimo de lucro.

²⁹ Antes de acudir a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa debe agotarse la vía administrativa. Sobre el procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial, tanto general como abreviado, que regula el Título X de la Ley 30/1992, algunos autores ponen de relieve cómo éste parece no ajustarse a la Recomendación (84) 15 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, aprobada el 18 de septiembre de 1984, puesto que no permite resolver con rapidez la reclamación de la responsabilidad, *vid.* MONTORO CHINER y HILL PRADOS, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, ob. cit., pág. 34 y SANZ RUBIALES, "Criterios del Consejo de Europa y ordenamiento español: algunos problemas", en *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Valladolid, 16-18 de octubre de 1997*, Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 72-74.

Por último, otro posible motivo que puede tener en cuenta el tercero a la hora de ejercitar la acción directa del art. 76 LCS ante el orden jurisdiccional civil sería el de poder cobrar, en su caso, unos intereses mucho más altos, los del art. 20 LCS, que los que recibiría en la vía contencioso-administrativa.

Atendiendo, pues, a la regulación contenida en el art. 76 LCS y a los argumentos expuestos, una parte importante de la doctrina admite que *de lege data* la acción directa sigue viva y, por tanto, puede ser entablada contra la aseguradora de la Administración ante el orden jurisdiccional civil³⁰, tal y como viene reconociendo una parte de la jurisprudencia del TS y de las Audiencias Provinciales³¹. De acuerdo con esta postura, cuando el tercero ejercita la acción directa contra la compañía aseguradora de la Administración, como “ga-

³⁰ Admiten la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer de la acción directa entablada por el tercero contra la aseguradora MARTÍN REBOLLO, “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones”, RAP núm. 150 (1999), pág. 354, DÍAZ ALABART, “La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad”, en *Ponencias del Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Civil en Santiago de Compostela*, 1999, págs. 29-30, HUERGO LORA, *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, ob. cit., págs. 167-171 y 178, SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Temas actuales*, Montecorvo, Madrid, 2001, pág. 152, RIVERA FERNÁNDEZ, “El conflicto jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Un debate doctrinal no del todo solucionado en la responsabilidad derivada de la asistencia sanitaria”, *Revista del Poder Judicial* núm. 63 (2001), pág. 173, GÓMEZ LIGÜERRE, “Jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual”, *InDret*, Barcelona, abril de 2001, en www.indret.com, PELAYO PARDOS, “El procedimiento administrativo de reclamación. La intervención de la inspección médica”, en *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Cuadernos de Derecho Judicial I-2002, CGPJ, Madrid, 2002, págs. 118-125, BUSTO LAGO, “La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2ª edic., ob. cit., págs. 1604-1605, ARQUILLO COLET, “Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria”, ob. cit., pág. 24 y “Seguro de Responsabilidad Patrimonial de la Administración Local”, en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 12 (2003), págs. 2161-2163 y ROMERO REY, “Cuestiones problemáticas en torno a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: evolución legislativa y nuevos escenarios de conflicto”, ob. cit., págs. 44 y 49, nota a pie núm. 48.

³¹ Algunas sentencias del TS en las que el orden civil admite y conoce de supuestos de responsabilidad extracontractual de la Administración cubiertos por pólizas de seguros son: SSTS, Sala de lo Civil, STS de 10 de noviembre de 1990 (RJ 1990\8538), 22 de abril de 1995 (RJ 1995\3492), 3 de abril de 1996 (RJ 1996\2880), 2 de diciembre de 1998 (RJ 1998\8787), 7 de diciembre de 1998 (RJ 1998\9706), de 24 de febrero de 1999 (RJ 1999\1060) y de 2 de diciembre de 2002 (RJ 2002\10419). En el mismo sentido, *vid.* SAP de Palencia de 22 de diciembre de 1995 (AC 1995\2292), SAP de Barcelona de 24 de noviembre de 1998 (AC 1998\2141), SAP de Lérida de 1 de julio de 1999 (AC 1999\6279), SAP de Badajoz de 26 de febrero de 1999 (AC 1999\7968), SAP de Asturias de 12 de junio de 2000 (AC 2000\181465) y SAP de Badajoz de 26 de octubre de 2001 (JUR 2001\332631).

rante del pago”³² que es hasta los límites del riesgo que estén cubiertos por la póliza, nos encontramos ante un pleito planteado por un particular contra otro sujeto privado, lo que justificaría la competencia del orden civil de la jurisdicción³³.

c) Inconvenientes que presenta la acción directa contra la aseguradora de la Administración ante el orden jurisdiccional civil

Entre las presuntas ventajas que presenta el ejercicio de la acción directa contra la aseguradora de la Administración ante los Tribunales civiles se adujo, en primer lugar, la mayor brevedad que podría suponerle al perjudicado el acudir a esta vía a la hora de obtener la indemnización reclamada. Sin embargo, este argumento se desvanece cuando se atiende al dato normativo que estipula que la duración máxima de los procedimientos administrativos de reclamación de responsabilidad patrimonial será de seis meses, en el caso de que el procedimiento sea ordinario, o treinta días, en el del abreviado (arts. 13.3 y 17.2 del RD 429/1993). En el supuesto de que no se obtenga una respuesta por parte de la Administración en los citados plazos se entenderá que la solicitud ha sido denegada por silencio administrativo, pudiendo interponerse inmediatamente contra dicho “acto” administrativo presunto desestimatorio el correspondiente recurso contencioso-administrativo.

En segundo lugar, con relación a la mayor proclividad que pueda presumirse en el orden jurisdiccional civil a la hora de conceder la indemnización al tercero lesionado hay que decir que este argumento, al igual que el anterior, es más bien de tipo dogmático, pues no hay constancia alguna de que las indemnizaciones reconocidas por los Tribunales civiles sean de una cuantía

³² El papel de la compañía aseguradora es el de “garante del pago” y no de la responsabilidad patrimonial de la Administración. La aseguradora está obligada al pago de un resarcimiento en virtud de la póliza, lo que no quiere decir que le sea imputable el resultado lesivo. En este sentido, *vid.* GAMERO CASADO, “Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas”, *ob. cit.*, pág. 369, MONTORO CHINER y HILL PRADOS, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, *ob. cit.*, págs. 12, 30, 33, 35, 90 y 109 y BLANQUER CRIADO, *Las fiestas populares y el derecho: régimen jurídico, responsabilidad patrimonial y pólizas de seguro*, *ob. cit.*, págs. 162, 194, 195, 215, 228 y 237.

³³ ROIG SERRANO considera que, al margen de la cuestión de cuál sea el orden jurisdiccional adecuado para ejercitar la acción directa contra la compañía aseguradora de la Administración, si se plantea ante el civil y éste no se declara incompetente y entra a conocer del asunto debe aplicar exclusivamente las reglas de la responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración, *vid.* “Responsabilidad de la Administración: patrimonial o civil”, presentado al VIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario, en http://www.aeds.org/congreso8/comlib/resp_admon.htm.

superior a las estipuladas por los contencioso-administrativos. De hecho, los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos no se encuentran vinculados a la hora de determinar el *quantum* indemnizatorio por ningún tipo de tabla o baremo, a diferencia de los civiles. Es más, a menudo, atendiendo a las circunstancias particulares del caso, los Tribunales contencioso-administrativos emplean criterios basados en la justicia y la equidad para fijar una cuantía indemnizatoria más elevada que la que le correspondería si únicamente tuvieran en consideración los citados baremos y tablas.

Además, mientras que la compañía aseguradora sólo podría abonar como indemnización máxima hasta el límite cubierto por la prima, la Administración no se halla vinculada por dicho tope, pudiendo reconocer al sujeto lesionado una cantidad mayor.

Otra razón que desmonta la supuesta ventaja del ejercicio de la acción directa ante el orden jurisdiccional civil es que mientras la aseguradora podría ser insolvente, no se corre ese riesgo cuando la acción se dirige contra la Administración. Sobre este particular, hay autores que han sostenido que no tiene ningún sentido mantener la necesidad de dicha acción cuando es una Administración el asegurado que ha causado el daño puesto que en estos casos no hay peligro de insolvencia ni de falta de seriedad a la hora de efectuar el pago, por lo tanto, en estos supuestos el ejercicio de la acción directa, además de innecesaria, resultaría ociosa³⁴.

Parece, por tanto, que los supuestos beneficios que le puede reportar al sujeto lesionado acudir a los Tribunales civiles a través de esta acción se esfu-

³⁴ En este sentido *vid.* MONTORO CHINER y HILL PRADOS, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, ob. cit., págs. 81-82, 92 y 199. No obstante, la profesora HILL PRADOS, en su Ponencia sobre “La aplicación del contrato de seguro a la responsabilidad patrimonial de la Administración”, presentada en el ya mencionado Seminario sobre Responsabilidad Patrimonial de la Administración y Contrato de Seguro, comentó que esa afirmación tan tajantemente realizada en su libro no es del todo acertada, más bien querían decir, tanto ella como la profesora MONTORO CHINER, que la acción directa “pudiera ser ociosa”. En cambio, HUERGO LORA considera totalmente factible que el tercero perjudicado, como titular de un derecho subjetivo, ejercite la acción directa contra el asegurador de la Administración, siendo muy débil el argumento de que ésta carezca de sentido por el hecho de ser la Administración un responsable con solvencia, *vid.* *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, ob. cit., pág. 162. Por su parte, GAMERO CASADO opina que, aunque la LCS contemple el derecho del perjudicado a ejercitar una acción directa contra la compañía aseguradora, “resulta más que dudosa su operatividad si previamente no se ha tramitado el correspondiente procedimiento administrativo”, *vid.* “Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas”, ob. cit., pág. 359.

man por sí solos. Si a ello se une además que para que pueda determinarse si la aseguradora tiene o no la obligación de pagar ha de existir, de acuerdo con los arts. 142 y ss. de la LRJAP y PAC, 2.e) LJC y 9.4 LOPJ, un pronunciamiento administrativo o contencioso-administrativo que declare la responsabilidad patrimonial de la Administración, resulta totalmente ilógico ejercitar la acción directa contra la aseguradora de la Administración si el tercero tiene en sus manos, de forma previa y necesaria, un pronunciamiento administrativo con el que ya puede satisfacer sus pretensiones. Carecería de sentido, por tanto, que el tercero que obtiene un pronunciamiento favorable en vía administrativa o contencioso-administrativa rechace que sea la Administración la que directamente le abone la indemnización para que sea la aseguradora quien le pague posteriormente en vía civil, si es que así lo determinan los Tribunales de este orden.

Abundando aún más en este tema, podría mantenerse que sería jurídicamente factible que el tercero lesionado accionara directamente contra la aseguradora de la Administración ante el orden jurisdiccional civil sin que previamente existiese un pronunciamiento respecto de la responsabilidad ni en vía administrativa ni contencioso-administrativo con base en el sistema de las cuestiones prejudiciales diseñado por nuestro ordenamiento jurídico. De conformidad con el art. 10.1 LOPJ los Jueces y Tribunales civiles podrían decidir a título meramente prejudicial sobre si el daño existente es o no indemnizable de acuerdo con el sistema de responsabilidad jurídico-administrativo y si está o no cubierto por la póliza de seguro suscrita. Sin embargo, esta opción presenta graves inconvenientes como son³⁵: en primer lugar, en caso de disconformidad de la compañía aseguradora con la decisión adoptada prejudicialmente resultaría muy difícil encajar a la aseguradora en el concepto de interesado que le permita reclamar en vía administrativa y posteriormente contencioso-administrativa contra dicha valoración prejudicial; en segundo lugar, el tercero perjudicado que acciona directamente contra la aseguradora se expone a que el órgano jurisdiccional civil deniegue su pretensión fundándose

³⁵ GAMERO CASADO plantea la viabilidad de esta opción así como sus inconvenientes tras lo cual concluye que resulta más recomendable “accionar en vía civil contra la aseguradora únicamente cuando se ostente una previa declaración de responsabilidad en vía administrativa o contencioso-administrativa”. Por todo ello sostiene que si se mantiene en el ámbito del aseguramiento de la responsabilidad administrativa una acción directa comparable a la prevista en la LCS se hace preciso “canalizarla a través de un procedimiento administrativo, al que se anude expresamente la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, reuniendo ante esta última todas las cuestiones litigiosas que pudieran suscitarse tanto de la existencia de responsabilidad como de su cobertura de la póliza”. *Vid.* “Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas”, *ob. cit.*, págs. 371 y 372.

en causas tales como la inexistencia del contrato o extinción de la relación jurídica, la falta del derecho del perjudicado al resarcimiento del daño o que tal supuesto no se halla cubierto por el seguro; y por último, hay que tener también en cuenta que el pronunciamiento civil puede dictarse transcurrido el plazo de un año desde la producción del daño o la determinación de las secuelas, lo que conlleva la prescripción de la acción de la que dispondría el tercero para poder reclamar ante la Administración³⁶.

Pues bien, a la vista de las observaciones expuestas, pensamos que las posibles razones por las que el tercero se dirija a la vía civil sean por ignorancia, simple desconocimiento de la existencia de la vía administrativa de reclamación ante la Administración Pública, o incluso por un inadecuado asesoramiento jurídico. No obstante, sea por el motivo que sea, consideramos que no existe una justificación suficiente para sustraer del orden contencioso-administrativo del conocimiento de una materia (la responsabilidad patrimonial) que el ordenamiento le atribuye en exclusiva.

Atendiendo, al conjunto de normas que serían aplicables a esta situación entendemos que ha de afirmarse que la acción directa contra la compañía aseguradora no debe plantearse ante el orden jurisdiccional civil si no existe un previo pronunciamiento, en vía administrativa o contencioso-administrativa, sobre la existencia de la responsabilidad patrimonial, ya que para declarar la obligación de pago de la compañía debe antes decidirse sobre la responsabilidad de la Administración, cuestión ésta que sólo puede ser conocida judicialmente por los Tribunales contencioso-administrativos. Ni siquiera a título prejudicial creemos que deba ser resuelto dicho extremo por los órganos jurisdiccionales civiles, ya que éstos no estarían decidiendo sobre una cuestión

³⁶ A diferencia de GAMERO CASADO, cuando HUERGO LORA se plantea el conocimiento prejudicial de la responsabilidad de la Administración por el orden jurisdiccional civil considera que cuando el tercero entabla la acción directa contra la aseguradora se interrumpe el plazo de un año para reclamar contra la Administración. Con base en el vínculo de solidaridad existente entre el asegurador y la Administración el ejercicio de la acción directa interrumpiría el plazo de prescripción de un año fijado por el art. 142.5 de la Ley 30/1992. El inconveniente que esta postura acarrea es que el asunto puede tardar varios años en resolverse en el orden civil y tras ese largo transcurso de tiempo tan lejano ya a la fecha en que se produjo el daño se reclamaría ante la vía administrativa, con el consiguiente riesgo de resoluciones contradictorias, *vid. El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, ob. cit., págs. 156-159 y 178-179. La situación descrita por este autor se evita si se mantiene, como aquí hacemos, que el único orden jurisdiccional competente que debiera de conocer de esta acción directa, en el caso de que se considere que continúa siendo aplicable, es el contencioso-administrativo, que decidirá sobre la existencia o no de responsabilidad en la Administración y dependiendo de ello sobre la obligación de indemnizar de la compañía aseguradora.

íntimamente relacionada con la que constituye el objeto central del pleito, sino sobre la cuestión de fondo.

Además, en el supuesto de que el tercero ejercite ante el orden jurisdiccional civil la acción directa antes de que la Administración haya determinado si existe o no responsabilidad el asegurador podrá esgrimir frente a aquél esta circunstancia como excepción³⁷, puesto que aunque el art. 76 LCS declare que la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponderle al asegurador contra el asegurado, no lo es contra las que pueda tener contra el propio sujeto lesionado. Es más, incluso la inmunidad de la acción directa frente a las excepciones que correspondan al asegurador frente al asegurado no tiene un carácter absoluto, admitiéndose de forma generalizada que el asegurador puede oponer frente al tercero perjudicado las excepciones objetivas pertinentes, pero no las subjetivas³⁸.

No se puede, pues, privar a la Administración de que se pronuncie sobre la existencia o no de responsabilidad patrimonial, la concurrencia de otras causas en la producción del daño derivadas del comportamiento de la propia víctima o de terceros que excluyesen la responsabilidad de la Administración o, por lo menos, la modulasen, o sobre la existencia de fuerza mayor, entre otros extremos, tal y como reconoce la LRJAP y PAC.

³⁷ Así sucede en la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 12 de noviembre de 2001 (AC 2002\957), en la que se alega como excepción el no haberse planteado la previa reclamación administrativa. Por su parte, en la SAP de Vizcaya de 19 de enero de 1998 (AC 1998\4202) la Audiencia declaró la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer de la demanda contra una Administración y su aseguradora y manifestó que el Juez de Primera Instancia no debió estimar la excepción de falta de reclamación previa en vía administrativa puesto que dicha reclamación constituye un requisito formalista y su falta es un defecto subsanable.

³⁸ HILL PRADOS mantiene que el asegurador puede oponer las excepciones objetivas (basadas en la existencia y vigencia del contrato, la cobertura pactada y el límite de la indemnización) pero no las subjetivas (relativas a la conducta del asegurado). Considera que sería injusto que el asegurador no pudiera oponer al tercero las excepciones objetivas puesto que de ahí podría derivarse un enriquecimiento injusto del sujeto asegurado y, además, el tercero perjudicado gozaría de una situación más ventajosa que el propio asegurado frente a su asegurador; como dice esta autora "No se trata de favorecer o proteger al asegurador, desprotegiendo o perjudicando al tercero, sino de respetar la máxima de que el tercero no debe estar en mejor posición que el propio asegurado". *Vid.* "Reflexiones en torno a la acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil", *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 1740-1758. Sobre esta cuestión *vid.* BOQUERA OLIVER, "Nota al artículo 76 de la nueva Ley de Contrato de Seguro", RGD núm. 453 (1982), págs. 870-877 y FONT SERRA, "La oposición del asegurador a la acción directa del artículo 76 de la Ley 50/80, de Contrato de Seguro", RGD núm. 552 (1990), págs. 6.325-6.338.

En este sentido se han manifestado los Jueces y Tribunales tanto del orden jurisdiccional civil³⁹ como del contencioso-administrativo⁴⁰, así como el propio Consejo de Estado⁴¹. Como muestra de esta postura cabe recordar los pronunciamientos de algunas sentencias civiles en las que se declara que la competencia para conocer de estos supuestos corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo puesto que “la presencia de un contrato de seguro no altera el procedimiento de exigencia de responsabilidad que debe ser deducida ante la Administración asegurada” [SAP de Asturias de 16 de mayo de 1997 [AC 1997\1173]]. Así, por ejemplo, en la SAP de Zaragoza de 23 de mayo de 2001 (AC 2001\1078) la Audiencia afirmó que constituye una premisa esencial para discutir si la responsabilidad le viene atribuida al asegurado establecer si existe responsabilidad patrimonial de la Administración, lo cual “es competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa”, de acuerdo con los arts. 142 y ss. LRJAP y PAC, 2.e) LJC y 9.4 LOPJ. O como constata la AP de Valencia en su sentencia de 6 de junio de 2002 (AC 2002\13), el admitir que los Tribunales civiles conozcan de la acción directa contra la aseguradora conllevaría que éstos decidieran sobre la existencia de la responsabilidad de la Administración, con la consiguiente posibilidad de

³⁹ En las siguientes sentencias la jurisdicción civil declara que la competente para conocer de estos supuestos es la contencioso-administrativa aduciendo que la presencia de un contrato de seguro no altera el procedimiento de exigencia de responsabilidad que debe ser deducida ante la Administración asegurada, así: SAP de Asturias de 16 de mayo de 1997 (AC 1997\1173), Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca de 26 de marzo de 1999 (AC 1999\4579), SAP de Vizcaya de 26 de mayo de 1999 (AC 1999\6049), SAP de Vizcaya de 12 de marzo de 1999 (AC 1999\4579), SAP de León de 2 de mayo de 2000 (AC 2000\2196), SAP de Vizcaya de 10 de julio de 2000 (AC 2000\1571), SAP de Vizcaya de 12 de julio de 2000 (AC 2000\1572), SAP de Barcelona de 5 de febrero de 2001 (AC 2001\563), SAP de Zaragoza de 23 de mayo de 2001 (AC 2001\1078), SAP de Zaragoza de 13 de noviembre de 2001 (AC 2001\1495), SAP de Valencia de 6 de junio de 2002 (AC 2002\13) y SAP de Madrid de 16 de mayo de 2003 (JUR 2003\274348).

⁴⁰ Sentencias en las que tras haberse seguido el procedimiento administrativo se acude al orden jurisdiccional contencioso-administrativo son las SSTS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 14 de septiembre de 1995 (RJ 1995\6728) y 19 de junio de 1998 (RJ 1998\5254).

⁴¹ Uno de los primeros dictámenes dados por el Consejo de Estado en este sentido fue el 331/1991, de 9 de mayo. En él el Alto Órgano Consultivo entró a conocer del fondo de una reclamación de responsabilidad en la que existía de por medio un contrato de seguro sujeto a la Ley 31/1990 bajo el siguiente argumento: “Los daños causados por la Administración pública incluso en relaciones de Derecho privado se exigen conforme al procedimiento administrativo y se revisan por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La presencia de una aseguradora no puede convertir el ius cogens en reglas dispositivas. Aunque las relaciones que entablan aseguradora y asegurado incumban al orden civil para que la aseguradora sea condenada al pago (artículo 43 LCS) debe examinarse la conducta de su asegurado y el orden civil tiene vedado el acceso en el ámbito administrativo”.

que se den sentencias contradictorias si la jurisdicción civil resuelve las reclamaciones frente a las aseguradoras y la contencioso-administrativa las que se dirijan contra la Administración, situación ésta que entendemos inadmisibles.

Ya en la redacción anterior a la promulgación de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, el art. 2.e) LJC establecía que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá con exclusividad de las cuestiones que se susciten en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas “*cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social*”. A lo dicho por este precepto, el art. 9.4 LOPJ añadía que también conocerá el orden contencioso-administrativo de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial cuando “*a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados*”, en cuyo caso el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión.

Pues bien, como puede observarse tales normas disponen que el único orden jurisdiccional con competencia para juzgar de las cuestiones relativas a la responsabilidad patrimonial de la Administración es el contencioso-administrativo. Incluso cuando intervienen sujetos privados en la producción del daño. Mas cuando el tercero dañado por la actuación de la Administración ejerce la acción directa contra la compañía aseguradora de ésta estamos ante un supuesto diferente al contemplado en el art. 9.4, párrafo segundo, LOPJ, puesto que la aseguradora no ha concurrido en la producción del daño⁴². Es precisamente a este reproche al que ha venido a poner fin la nueva redacción dada por la LO 19/2003 a los arts. 9.4 LOPJ y 2.e) LJC. Ahora se incluye expresamente el supuesto de las compañías aseguradoras de forma independiente al de las demandas entabladas contra la Administración y los sujetos privados que hubieran concurrido en la producción del daño.

⁴² Así lo entienden, entre otros, HUERGO LORA, *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, ob. cit., pág. 153 y ATIENZA NAVARRO, “La responsabilidad patrimonial de las administraciones Públicas y la jurisdicción civil”, *Actualidad Civil* núm. 28 (2000-3), págs. 1034-1037. Para SÁNCHEZ CORDERO tras la reforma de los arts. 144 LRJAP y PAC, 2.e) LJC y 9.4 LOPJ el perjudicado sólo puede reclamar los daños que haya sufrido por el funcionamiento de un servicio público, primero, ante la propia Administración y, posteriormente, ante los Tribunales contencioso-administrativos, pudiendo actuar la compañía aseguradora de la Administración como codemandada, puesto que ya no existe la figura del coadyuvante. En el citado proceso se decidirá si existe o no responsabilidad de la Administración, mas no la cuestión de si procede abonar la cuantía de la indemnización a la compañía aseguradora, puesto que este tema se refiere a la relación interna existente entre la Administración y su compañía y habrá de resolverse atendiendo a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que hayan suscritos, *vid.* “La responsabilidad patrimonial una vez transferido el Insalud”, *Derecho y Salud*, volumen 10, núm. 1 (2002), pág. 76.

Por consiguiente, si se admite que los órganos jurisdiccionales civiles conozcan de la acción que el tercero entabla directamente contra la compañía aseguradora de la Administración antes de que ésta se haya pronunciado sobre su responsabilidad patrimonial se estarán vulnerando las citadas normas administrativas de carácter procedimental y procesal, así como el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley que consagra el art. 24.2 CE⁴³.

Siendo, a nuestro entender, obligado obtener un pronunciamiento administrativo que reconozca la responsabilidad de la Administración para que el tercero lesionado pueda percibir la indemnización que le corresponda carece de sentido que acuda al orden jurisdiccional civil contra la aseguradora de la Administración. No obstante, tal y como hemos dicho, algunos sujetos lesionados lo hacen, con lo que se arriesgan a que puedan darse alguna de las situaciones siguientes: que el Tribunal civil reconozca su competencia y entre a conocer del asunto, pronunciándose sobre si la aseguradora debe o no abonar la indemnización, lo que en el fondo implica, como hemos señalado, un pronunciamiento sobre una materia que es competencia exclusiva del orden jurisdiccional contencioso-administrativo; que el Tribunal civil declare su incompetencia de jurisdicción; o que suspenda el proceso civil hasta que la Administración se haya pronunciado sobre la existencia o no de responsabilidad patrimonial, presupuesto previo y necesario para poder decretar o no la obligación de pago de la aseguradora de aquélla.

Como puede fácilmente colegirse, esta situación en la que parte de los Tribunales civiles admiten su competencia para resolver estas cuestiones mientras que al mismo tiempo otros la niegan provoca una grave quiebra del principio de seguridad jurídica que sufren tanto los operadores jurídicos en general, como el sujeto lesionado en particular, puesto que éste no sabe con certeza ante qué orden jurisdiccional ha de dirigirse ni cuál es la postura que se mantiene en sede judicial.

Incluso para el asegurador se derivan consecuencias negativas del hecho de que los dos órdenes jurisdiccionales se consideren competentes para conocer de esta cuestión. Así, pensemos en la complicada tesitura en la que se

⁴³ A pesar de las últimas modificaciones legislativas comentadas, GÓMEZ LIGÜERRE, RAMOS GONZÁLEZ y LUNA YERGA consideran que no existe ningún obstáculo legal que impida a la víctima de un daño provocado por una Administración asegurada entablar la acción directa contra la compañía aseguradora ante el orden jurisdiccional civil, que será el que analice la concurrencia o no de los requisitos exigidos para el pago de la indemnización, *vid.* "Todos a una. Jurisdicción competente para condenar a la Administración pública y a su compañía aseguradora", *ob. cit.*, en www.indret.com.

encontraría el asegurador que hubiese efectuado el pago de la indemnización al tercero cumpliendo el mandato de una resolución dictada por un órgano jurisdiccional civil y cuya Administración asegurada hubiera sido declarada posteriormente no responsable por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo⁴⁴.

En conclusión, a nuestro juicio, ya antes de la reforma llevada a cabo por la LO 19/2003 carecía de sentido el ejercicio por parte del tercero lesionado de la acción directa contra la aseguradora de la Administración ante el orden jurisdiccional civil, puesto que para determinar la responsabilidad de ésta es imprescindible establecer previamente la existencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración, materia que queda fuera del ámbito de las competencias de los órganos jurisdiccionales civiles. En pro de la seguridad jurídica hubiese sido quizás aconsejable que el legislador hubiera colmado esta laguna concretando expresamente la competencia del orden contencioso-administrativo en este supuesto, tal y como ha hecho recientemente en relación con los casos en los que se demanda conjuntamente a la Administración y a su compañía aseguradora. Parece, sin embargo, que no lo ha considerado necesario pues, a la vista de la nueva regulación de la LOPJ y la LJC, resulta evidente que los únicos Tribunales que ostentan la competencia para resolver estos asuntos son los contencioso-administrativos, que constituyen los Jueces y Tribunales predeterminados por la Ley a estos efectos. Por lo tanto, el particular no puede elegir libremente el acudir o no a esta vía para obtener la reparación debida, ni los Tribunales civiles pueden, con base en distintos argumentos como la *vis attractiva* o el evitar el peregrinaje jurisdiccional, conocer de una materia que les está vedada. No obstante, habrá que esperar a ver qué sucede y cuál es la postura que adoptan los Tribunales civiles ante el ejercicio de las acciones directas amparadas en el art. 76 LCS que puedan entablarse en un futuro contra las compañías aseguradoras de las Administraciones Públicas ante ellos sin que exista un previo pronunciamiento administrativo o conten-

⁴⁴ En estas coordenadas BLANQUER CRIADO se plantea el caso de que el tercero perjudicado se dirija únicamente contra la aseguradora con base en el art. 76 LCS y ésta procede al pago. En el supuesto de que después la compañía pretenda ejercer la acción de regreso contra la Administración no está claro a qué orden jurisdiccional le correspondería conocer del asunto porque, por un lado, la acción de regreso tiene su fundamento en la LCS de la que conoce el orden civil, pero si se acepta eso y se desplaza del orden contencioso-administrativo al civil el conocimiento de ese asunto se estaría infringiendo el art. 2.e) LJC y el 9.4 LOPJ. Dice este autor que “la respuesta al interrogante no es del todo clara, y esa oscuridad pone de manifiesto la precipitación y falta de reflexión con la que se ha admitido la práctica de que las Administraciones Públicas concierten pólizas de seguro”, *vid. Las fiestas populares y el derecho: régimen jurídico, responsabilidad patrimonial y pólizas de seguro*, ob. cit., pág. 236.

cioso-administrativo que determine la responsabilidad patrimonial de la Administración. Desde nuestro punto de vista, los órganos del orden civil deberán en estos casos declarar su incompetencia de jurisdicción⁴⁵.

d) Estado de la cuestión tras la reforma acometida por la LO 19/2003

A la vista de las ventajas e inconvenientes que al tercero lesionado le supone el ejercicio de la acción directa ante el orden jurisdiccional civil y, sobre todo, atendiendo a las normas procedimentales y procesales administrativas aplicables a esta situación, creemos que el único camino que tiene sentido que siga el perjudicado a la hora de reclamar la responsabilidad en que haya incurrido la Administración que esté asegurada es el del procedimiento de reclamación de responsabilidad regulado en los arts. 142 y 143 de la Ley 30/1992 y el RD 429/1993.

Según la LRJAP y PAC y la LJC para declarar la responsabilidad patrimonial se precisa que la Administración se pronuncie a través de dicho procedimiento o mediante la resolución de un recurso administrativo o de una acción de nulidad de conformidad con el art. 102.4 de la Ley 30/1992. Una vez que el tercero obtenga en vía administrativa una resolución, ya sea de forma expresa o por silencio, tendrá abierta la vía jurisdiccional contencioso-administrativa para demandar bien únicamente a la Administración o bien a la Administración junto a su aseguradora, tal y como expresamente se reconoce en los arts. 2.e) LJC y 9.4 LOPJ tras su última reforma. Lo que no resulta comprensible es, por tanto, que el tercero obtenga un pronunciamiento administrativo que declare la responsabilidad de la Administración para luego ir con él ante el orden jurisdiccional civil con el fin de reclamar de la aseguradora de aquélla la indemnización que ya se pudo cobrar en sede administrativa o contencioso-administrativa.

El camino descrito es el que, a nuestro juicio, ha de seguir cualquier sujeto que se haya visto lesionado en sus derechos por una actuación administrativa, con independencia de que ésta se encuentre o no asegurada. En este sentido, la reforma de la LO 19/2003 ha venido a aclarar aún más este punto al disponer que una vez llegada la reclamación del sujeto lesionado a la vía

⁴⁵ Así, por ejemplo, en las SSAP de Barcelona de 5 de febrero de 2001 (AC 2001\563), AP de Zaragoza de 23 de mayo y 13 de noviembre de 2001 (AC 2001\1078 y AC 2001\1495) y 6 de junio de 2002 (AC 2002\1368), las mencionadas Audiencias aceptan las respectivas excepciones de incompetencia de jurisdicción planteadas y declaran la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

contencioso-administrativa puede demandar en ella conjuntamente a la Administración y a su aseguradora, que tendrá en estos casos siempre el papel de codemandada, como dice el art. 21.1.c) LJC.

Contrasta con la regulación expresa que se hace del papel de las aseguradoras en el proceso contencioso-administrativo la falta de normas similares en el procedimiento administrativo. No obstante, con base en el art. 31.1.b) y c) LRJAP y PAC, consideramos que la compañía aseguradora ostenta en él la condición de interesado, que puede fundarse en la existencia de un derecho o de un interés legítimo que puede resultar afectado por la decisión que se adopte⁴⁶. Sobre este particular, al margen de lo dispuesto en la Ley 30/1992, hay que añadir que el contrato de seguro obliga a la Administración a llamar al asegurador al procedimiento. De hecho, algunas pólizas contemplan expresamente cláusulas que así lo disponen⁴⁷.

De este modo, una vez concluido el procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad patrimonial, el acto dictado -emanado de una

⁴⁶ MONTORO CHINER y HILL PRADOS proponen de *lege ferenda* modificar el Real Decreto 429/1993, incluyendo en la tramitación del procedimiento administrativo a la aseguradora de la Administración como “colaboradora”, *vid. Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, ob. cit., pág. 109. Por su parte, TORRENT I RIBERT no considera que exista ningún inconveniente para que la Administración le dé audiencia a la aseguradora en el procedimiento por reclamación de responsabilidad iniciado por el tercero contra ella, es más, considera que la Administración en aquellos casos en que acepte su responsabilidad estará obligada a darle audiencia en el procedimiento, lo cual no está prohibido por la Ley 30/1992. De hecho, si las aseguradoras tienen legitimación activa y pasiva en los procesos judiciales, con más razón podrán tenerla en el procedimiento administrativo que es más informal y en el ostentan un notorio interés legítimo, *vid. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Especial consideración de la derivada del uso de las vías públicas. El seguro de responsabilidad civil de los entes públicos*, ob. cit., págs. 114, 115, 123 y 124.

⁴⁷ Abundando en esta cuestión HUERGO LORA considera que el incumplimiento por parte de la Administración de este deber de llamar al procedimiento al interesado no afecta a la resolución que pueda dictarse en él, primero, porque si el asegurador es interesado ex art. 31.1.c) LRJAP y PAC sólo adquiere tal carácter desde que comparece, bien por iniciativa propia o a invitación de la Administración, y segundo, porque el asegurador no está obligado a pagar la indemnización estipulada en vía administrativa si no ha tenido ocasión de intervenir en el procedimiento. En este último caso la resolución administrativa dictada sin audiencia del asegurador no le será oponible a éste, por lo tanto, para obligarle a pagar la Administración tendrá que acudir al orden jurisdiccional civil. No obstante, entiende este autor que la resolución administrativa sí será oponible al asegurador cuando aunque éste no haya tenido conocimiento del comienzo del procedimiento sí se le haya comunicado posteriormente con tiempo suficiente para interponer el recurso contencioso-administrativo, *vid. El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, ob. cit., págs. 147-150.

Administración Pública, sujeto al Derecho Administrativo y que agota la vía administrativa- podrá ser recurrido ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo tanto por el tercero perjudicado como por la compañía aseguradora.

En suma, consideramos que la reforma de la LO 19/2003 pone fin al conocimiento que de esta materia se ha tenido por parte de dos órdenes jurisdiccionales, el civil y el contencioso-administrativo, con el consiguiente menoscabo del principio de seguridad jurídica que ello ha supuesto. El sujeto lesionado por una actuación administrativa, aunque ésta se halle asegurada, no puede elegir libremente entre dirigirse al orden jurisdiccional civil o al contencioso-administrativo. Ha de hacerlo ante el juez predeterminado por la Ley que, en este caso, es el contencioso-administrativo, pues, de acuerdo con los arts. 9.4 LOPJ y 2.e) LJC, la Administración no puede ser juzgada en materia de responsabilidad patrimonial por otro orden que no sea éste. Además, tal y como se ha puesto de relieve, el entender que el art. 76 LCS resulta inaplicable en los casos en los que el sujeto asegurado es una Administración Pública no supone ningún menoscabo o limitación del derecho del tercero lesionado a acceder a los Tribunales y a obtener la tutela judicial efectiva que les reconoce el art. 24 CE, ya que tiene a su disposición el acceso al orden jurisdiccional contencioso-administrativo⁴⁸.

⁴⁸ GÓMEZ LIGÜERRE pone de relieve cómo ni la LJC, la LRJAP y PAC o la LCAP han derogado expresamente el art. 76 LCS. Al mismo tiempo se pregunta si nos hallamos ante una derogación tácita y, en tal caso, a quién beneficiaría: ¿a la Administración, a los asegurados, a las compañías aseguradoras o a los ciudadanos? Según este autor son las compañías aseguradoras de la Administración las únicas que se beneficiarían si se impide que el sujeto dañado pueda entablar la acción de reclamación de responsabilidad directamente contra la aseguradora puesto que mientras la víctima ve retrasado el pago de la indemnización la compañía aseguradora se ahorra los intereses de demora que le impone el art. 20 LCS, lo que supone a la vez el disfrute para estas compañías de una situación de privilegio respecto del resto de las compañías aseguradoras, *vid.* “Sobre la posibilidad de que la víctima ejercite la acción directa contra la compañía aseguradora de la Administración pública. Auto de la Audiencia Provincial (Sección 3ª) de Valladolid de 22 de noviembre de 2000”, Indret, Barcelona, julio de 2001, en www.indret.com. Por su parte, BLANQUER CRIADO confiesa que él no aprecia con claridad cuáles son los beneficios que para el ciudadano puede tener el tránsito del “autoseguro” (la responsabilidad) al “heteroseguro” (la póliza), es por ello que dice que “Es evidente lo que ganan las compañías de seguros, pero para mí siguen siendo inciertos los beneficios y ventajas para los ciudadanos y las Administraciones Públicas”, *vid. Las fiestas populares y el derecho: régimen jurídico, responsabilidad patrimonial y pólizas de seguro*, ob. cit., pág. 244.

IV. EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS AUTORIDADES Y PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN

A) Supuestos de responsabilidad derivados de comportamientos no constitutivos de delitos

Para abordar el tema de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas ha de partirse de lo dispuesto en el art. 145 de la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 4/1999. Según este precepto los particulares deberán exigir a la Administración Pública que corresponda la responsabilidad patrimonial derivada de los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio⁴⁹. Una vez que la Administración haya indemnizado al sujeto lesionado exigirá de oficio a sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca, que es el contenido en el art. 21 del RD 429/1993.

Frente a los terceros es la Administración la única responsable del daño, por lo tanto, cuando ésta decide suscribir un contrato de seguro para cubrir la responsabilidad extracontractual en la que puedan incurrir sus autoridades o personal a su servicio está claro que es ella misma el tomador de la póliza, lo que no está tan claro es si es también el sujeto asegurado⁵⁰.

⁴⁹ La reforma del art. 145 LRJAP y PAC ha supuesto que el ejercicio de la acción de regreso por parte de la Administración contra el funcionario causante del daño haya pasado de ser facultativo a obligatorio. Ello conlleva un reforzamiento de la función preventiva o de evitación del daño que cumple la responsabilidad patrimonial; sin embargo, como pone de relieve DE LA MORENA y DE LA MORENA, dicha modificación se mueve más en un plano teórico que práctico, pues, hasta el momento no se ha aplicado nunca, *vid.* “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: un sistema en crisis y marcha atrás. Posturas doctrinal y jurisprudencial (VI)”, en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados* núm. 14 (2003), pág. 2585. Para garantizar el verdadero ejercicio de estas acciones MIR PUIGPELAT propuso en su Ponencia “Funcionarios, responsabilidad y seguro”, que tuvo lugar durante el Seminario sobre Responsabilidad Patrimonial de la Administración y Contrato de Seguro organizado por el INAP que se celebró en Madrid el 4 de marzo de 2004, que fuera el Ministerio Fiscal el que reclamase la indemnización pagada por la Administración al funcionario o incluso que existiese en este campo una acción popular. La admisión de la acción popular como mecanismo que permita obligar a la Administración a poner en funcionamiento la acción de regreso contra el funcionario ha sido también planteada por BUSTO LAGO, *vid.* “La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2ª edic., ob. cit., pág. 1615.

⁵⁰ A juicio de GAMERO CASADO es única y exclusivamente la Administración el sujeto asegurado, pues es ella quien responde frente a terceros de los daños ocasionados por su personal.

Pues bien, en el caso de que una Administración asegure la responsabilidad extracontractual del personal a su servicio, además del art. 145 de la Ley 30/1992, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 76 LCS sobre que el asegurador puede repetir contra el asegurado cuando éste haya actuado dolosamente⁵¹. Si se pone en relación el tenor de ambos preceptos parece que podría surgir cierta desigualdad entre el funcionario causante del daño cuya Administración esté asegurada y aquél otro cuya Administración no haya suscrito este tipo de contrato, puesto que al primero sólo podrá reclamársele el resarcimiento del daño si su conducta ha sido dolosa mientras que el segundo puede ser obligado al pago si actuó con dolo o negligencia grave. Es por este motivo que algunos autores han expresado que sería aconsejable especificar en el contrato que la aseguradora puede subrogarse contra el funcionario en los mismos supuestos en los que la Administración pueda ejercitar la acción de regreso contra ellos⁵².

De este modo, considera superada este autor la prohibición que contempla el art. 19 LCS de cubrir daños causados dolosamente mediante pólizas de seguros “pues aunque la conducta de la autoridad o del personal causante del daño haya sido dolosa, la responsabilidad de la Administración no puede merecer tal calificativo, debiendo encuadrarse, a falta de otra categoría, en el contexto de la responsabilidad por culpa *in eligendo* o *in vigilando*, siendo así que este tipo de responsabilidad sí puede ser objeto de seguro”, *vid.* “Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas”, *ob. cit.*, págs. 375 y 376. Por su parte, ROIG SERRANO considera que la Administración Pública y los profesionales a su servicio son asegurados en un mismo plano y sin distinción alguna, lo que conlleva que resulte imposible para la aseguradora subrogarse en el ejercicio de la acción de repetición que ostenta la Administración contra el funcionario o autoridad causante del daño de forma dolosa o con culpa grave. Por ésta y otras razones considera que las compañías de seguros deben redefinir el contenido y estructura de las pólizas, acomodándolas al concreto riesgo cubierto en estos casos, *vid.* “Responsabilidad de la Administración: patrimonial o civil”, presentado al VIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario, en http://www.aeds.org/congreso8/comlib/resp_admon.htm. En relación con la Administración pública sanitaria ARQUILLO COLET constata que en las pólizas de seguro que cubren su responsabilidad aparecen como tomador del seguro la Administración correspondiente y como asegurados tanto el Organismo público como los funcionarios a su servicio, *vid.* “Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria”, *ob. cit.*, pág. 8.

⁵¹ Aunque el art. 19 LCS declara que “el dolo no es asegurable”, el art. 76 parece que obliga al asegurador a pagar los daños causados dolosamente por el sujeto asegurado, reconociéndole un derecho de repetición contra éste. Sobre cuáles son las razones en las que se apoya la prohibición del aseguramiento del dolo en el seguro de responsabilidad civil, *vid.* GÓMEZ POMAR y ARQUILLO COLET, “Daños dolosos y seguro”, *Indret* 03/2000, www.indret.com.

⁵² En esta línea se sitúan MONTORO CHINER y HILL PRADOS, *vid.* *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, *ob. cit.*, págs. 97-99. Por su parte, MIR PUIGPELAT propone de *lege ferenda* una solución salomónica, esto es, que la aseguradora pueda ejercitar la acción de regreso cuando el funcionario haya ocasionado el daño mediando dolo y que dicha acción corresponda a la Administración cuando aquél derive de culpa grave, *vid.* “La jurisdicción compe-

No obstante, el reconocer que la aseguradora pueda subrogarse en el derecho que ostenta la Administración de dirigirse contra su personal presenta una serie de dificultades, como son⁵³: por una parte, que el art. 145 de la Ley 30/1992 requiere para reclamar la responsabilidad de las autoridades o del personal al servicio de la Administración la tramitación de un procedimiento administrativo, cuya iniciación corresponde de oficio a la Administración, y cuya resolución definitiva será fiscalizable ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Ni la Ley 30/1992 ni el RD 429/1993 contemplan la posibilidad de que el citado procedimiento administrativo pueda ser iniciado por la compañía aseguradora, por lo que a ésta le resultaría imposible ejercer tal derecho de subrogación. Es por esta razón que resulta aconsejable que la Administración comunique a la aseguradora el inicio del procedimiento de la vía de regreso para que se persone en el expediente y, en su caso, obtenga el reintegro de la indemnización. En el supuesto de que la compañía aseguradora le haya requerido a la Administración que inicie el procedimiento al que le obliga el art. 145.2 LRJAP y PAC y ésta se haya negado a hacerlo o haya perjudicado con su actuación el resultado del mismo, deberá responder ante su ase-

tente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: una polémica que no cesa. Comentario a los Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y 21 de octubre de 2002 y propuesta de reforma legislativa”, ob. cit., pág. 23, nota a pie núm. 55. También ARQUILLO COLET sugiere que el legislador contemple expresamente el derecho de la compañía aseguradora a iniciar el procedimiento de regreso contra el funcionario que actuó dolosamente (no en caso de culpa o negligencia), que posteriormente corresponderá conocer al orden contencioso-administrativo, *vid.* “Seguro de Responsabilidad Patrimonial de la Administración Local”, ob. cit., pág. 2166.

⁵³ Los múltiples obstáculos y dudas relativas al régimen jurídico a seguir que presenta el tema del aseguramiento de la responsabilidad del personal al servicio de la Administración han conducido, como recoge GAMERO CASADO, a que en un Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía de 30 de junio de 1994 se afirme, trayendo a colación otro de la Intervención General de la Administración General del Estado de 8 de julio de 1987, que no es posible suscribir estos contratos. Sin embargo, para el citado autor “las dificultades señaladas no obstan propiamente la suscripción del contrato, sino que complican la determinación de su concreto régimen jurídico, por lo que, a mi juicio, nada impide suscribir estos contratos, pero será conveniente advertir a las compañías aseguradoras la dificultad de repetir los pagos en los casos citados”, *vid.* “Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas”, ob. cit., págs. 376-378, en especial, nota a pie núm. 45. Por su parte, BARCELONA LLOP comenta que no comparte la postura de la conveniencia de reconocer a la aseguradora el derecho a iniciar el procedimiento administrativo de repercusión contra el empleado que apunta GAMERO CASADO, puesto que aquélla es un sujeto privado, sometido a sus propias reglas, y cuyas pretensiones resarcitorias deben ventilarse ante los Tribunales civiles, *vid.* “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, REDA núm. 105 (2000), pág. 50, nota a pie núm. 34.

guradora por el citado incumplimiento de una de sus obligaciones contractuales ante el orden jurisdiccional civil⁵⁴.

Por otra parte, de conformidad con el art. 43 LCS la compañía aseguradora sólo puede activar la acción de regreso en el caso de conducta dolosa del asegurado, pero no culposa; en cambio, la Administración sí puede ejercitar la acción de regreso contra su personal cuando éste hubiera actuado con culpa o negligencia graves, de forma que la Administración podría eludir el pago de la indemnización (que estaría cubierto por la compañía aseguradora) y repetir después contra el funcionario culpable. Nos encontramos, por tanto, ante la paradójica situación de que la compañía aseguradora no puede subrogarse, porque así se lo impide el art. 43 LCS, mientras que a la vez se produce un enriquecimiento injusto por parte de la Administración.

Para evitar en estos casos el enriquecimiento injusto de la Administración podría desproveérsele de dicha acción aduciendo la falta de supuesto de hecho, puesto que la indemnización ha sido abonada por la aseguradora, mas entonces resultaría que la conducta culposa de la autoridad o del personal al servicio de la Administración quedaría indemne desde una perspectiva patrimonial. Por ello, en el caso de que la Administración obtenga a través del ejercicio de la acción de regreso la indemnización correspondiente del funcionario en cuestión, deberá entregársela a la aseguradora. Si incumple tal obligación, la compañía aseguradora podrá demandarla ante el orden jurisdiccional civil por incumplimiento de dicha obligación contractual⁵⁵.

B) La responsabilidad civil subsidiaria derivada de delitos

Por lo que hace al supuesto de reclamación de la responsabilidad civil derivada de los delitos cometidos por el personal al servicio de la Administración el art. 146 LRJAP y PAC establece que ésta se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente. Hay que atender, por tanto, a lo dispuesto en el art. 121 del Código Penal que dice:

⁵⁴ En este sentido, *vid.* HUERGO LORA, *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, ob. cit., pág. 192.

⁵⁵ La no entrega de la indemnización a la compañía aseguradora supone un incumplimiento del art. 43 LCS y el nacimiento de una responsabilidad contractual fiscalizable ante el orden civil, *vid.* HUERGO LORA, *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, ob. cit., pág. 193.

“El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse duplicidad indemnizatoria.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario”.

A pesar de que el precepto transcrito alude únicamente a los daños causados por los penalmente responsables de delitos dolosos o culposos⁵⁶ hay que apuntar que la Sala de lo Penal del TS ha considerado que debe apreciarse el mismo tipo de responsabilidad cuando los daños derivan de hechos tipificados como faltas⁵⁷.

⁵⁶ Sobre este extremo, SOTO NIETO critica el hecho de que el art. 121 no mencione las faltas, lo que significa que no puede declararse la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración en caso de daños causados por autoridades o funcionarios penalmente responsables de faltas, *vid.* “La responsabilidad civil subsidiaria del Estado y Entes Públicos en general (art. 121 del Código Penal)”, en *Revista La Ley*, Año XVII, núm. 3964 (1996-1), págs. 1658-1661. Por su parte, PANTALEÓN PRIETO y BARCELONA LLOP entienden que la voluntad del legislador con esa omisión es la de impedir que los Tribunales penales puedan declarar la responsabilidad de la Administración cuando lo cometido por la autoridad, agente, contratado o funcionario público sea una falta, *vid.* “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: sobre la jurisdicción competente”, en *La responsabilidad de las Administraciones Públicas*, Escuela Judicial/CGPJ, Madrid, 1996, pág. 33 y “La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, *ob. cit.*, pág. 38, respectivamente.

⁵⁷ La Sala 2ª del TS ha sostenido en diversas sentencias, como la de 26 de septiembre de 1997 (RJ 19976366), lo siguiente: “Es cierto que el mencionado artículo 121, referido a la responsabilidad subsidiaria del Estado y demás entes públicos (autonómicos, locales, etc.) sólo habla literalmente de los “delitos” dolosos o culposos, pareciendo excluir por ello a las simples faltas, a diferencia de lo que ocurre con los demás preceptos circundantes, que al tratar esa responsabilidad civil, tanto directa como subsidiaria, sí se especifica que la misma surge tanto de delitos como de las faltas. Sin embargo, y como indica la reciente Sentencia de ese Tribunal de 11 de enero de este último año, el silencio que se observa en el art. 121 sobre las faltas “no implica necesariamente su exclusión, a efectos de la responsabilidad civil subsidiaria por tales infracciones criminales leves”, pues el vocablo “delito” ha de entenderse como sinónimo de “infracción criminal”, y así lo considera el mismo Código vigente en otros varios de sus preceptos”. *Vid.* el análisis sobre la in-

En estos casos es el orden jurisdiccional penal el competente para decidir sobre la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, excepto cuando el sujeto dañado haya hecho una reserva de la acción civil para ejercerla ante este orden una vez haya concluido el proceso penal, tal y como lo prevén los arts. 109 del Código Penal y 112 y 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Aplicando, por tanto, la regla del art. 121 del Código Penal la Administración responde de forma subsidiaria de la responsabilidad civil derivada de los delitos (o faltas) cometidos por sus funcionarios en caso de insolvencia de éstos⁵⁸. Pues bien, para cubrir dicha responsabilidad la Administración puede suscribir una póliza de seguro. En estos casos, lo normal será que la Administración no proceda al pago de la indemnización, que será realizado por la compañía aseguradora. Posteriormente, la Administración deberá accionar contra el agente condenado penalmente y abonarle la cantidad recuperada a la compañía aseguradora, que fue quien realmente efectuó el pago⁵⁹.

clusión de las faltas en el art. 121 del Código Penal de ROCA GUILLAMÓN, “La responsabilidad del Estado y de las Administraciones Públicas por delitos de sus funcionarios”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, obra coordinada por Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 522-526.

⁵⁸ PARADA VÁZQUEZ critica el uso abusivo que de este precepto hacen los órganos jurisdiccionales penales cuando condenan al funcionario a una pena casi simbólica con el propósito de así condenar subsidiariamente a la Administración, tal y como ocurrió en la famosa sentencia de la Audiencia Nacional de 1996 relativa al envenenamiento masivo con aceite de colza, *vid. Derecho Administrativo I. Parte General*, 13ª edic., Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2002, pág. 645. Por su parte, GÓMEZ LIGÜERRE opina que la regla contenida en el art. 121 del Código Penal constituye una excepción al régimen general de la responsabilidad directa de la Administración por los daños causados por sus funcionarios, no pareciéndole razonable el que cuando el hecho dañoso es delictivo y, en consecuencia, más grave, la responsabilidad de la Administración no sea directa sino subsidiaria, *vid.* “Jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual”, Indret, Barcelona, abril de 2001, en www.indret.com.

⁵⁹ En estos casos, MONTORO CHINER y HILL PRADOS opinan que la Administración no estará obligada al pago de la indemnización, que lo realizará la aseguradora quien, a su vez, podrá accionar contra el agente que haya sido penalmente condenado. Si el funcionario o agente tuviese asegurada su responsabilidad profesional, como es frecuente en el caso del personal médico de la sanidad pública, la responsabilidad civil subsidiaria se sustanciará por los cauces normales del aseguramiento privado, con independencia del derecho de repetición contra el que fuera declarado penalmente causante. *Vid. Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, ob. cit., pág. 99.

V. EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONTRATISTAS PÚBLICOS

A) Determinación del orden jurisdiccional competente para conocer de la responsabilidad de los contratistas

El TRLCAP aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, ha modificado la redacción del art. 98 de la Ley de Contratos de 1995. Mientras que el tenor de los apartados primero y segundo permanece prácticamente idéntico, los apartados tercero y cuarto del ahora art. 97 disponen lo siguiente:

“3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cual de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.

4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto”.

Este precepto ha conservado como procedimiento a seguir a la hora de reclamar la responsabilidad el establecido en el Reglamento de 1975, caracterizado desde 1995 como facultativo, pero ha eliminado la mención a dicho procedimiento como interruptivo de la acción “civil” a la que aludía la LCAP de 1995, dejando, por tanto, sin concretar cuál sea el orden jurisdiccional al que haya de acudir, en su caso, contra el contratista⁶⁰.

Atendiendo, pues, al tenor literal del art. 97.3 TRLCAP el sujeto lesionado por la actuación del contratista parece disponer de dos cauces para reclamar la indemnización correspondiente, esto es, de la vía jurisdiccional civil, por un lado, y de la vía administrativa y, posteriormente, contencioso-administrativa, por otro, pues como dice el citado precepto, los terceros lesionados “podrán” requerirle al órgano de contratación que se pronuncie sobre a quién le corresponde responder de los daños causados, pero no están obligados a ello⁶¹.

⁶⁰ Así lo ponen de relieve, entre otros, LÓPEZ MENUDO y GUICHOT REINA, *vid.* “Crónica de Jurisprudencia sobre Responsabilidad Administrativa”, JA núm. 11 (2001), pág. 186.

⁶¹ HERNÁNDEZ CORTECHE considera que el art. 97 TRLCAP, al igual que el 98 LCAP de 1995, establece que el fuero competente para hacer valer la responsabilidad del contratista o concesionario es el civil, excepto cuando ésta concurre con la de la Administración en la producción del daño, en cuyo caso la jurisdicción competente es la contencioso-administrativa, según dispo-

Siendo éste el punto de partida, vamos a analizar qué situaciones pueden acontecer según que el particular lesionado formule o no la citada reclamación ante la Administración.

En primer lugar, si el sujeto dañado por un concesionario o contratista público interpone la reclamación previa ante el órgano de contratación de la Administración titular del servicio o de la obra para que ésta decida a quién le corresponde la responsabilidad, puede suceder: primero, que la Administración declare que es ella la única responsable; segundo, que sólo lo es el contratista; tercero, que lo son ambos; y cuarto, que no conteste.

En los tres primeros supuestos, cualquiera que sea la decisión que se tome, lo cierto es que se dicta un acto administrativo y, como tal, es recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa según las normas de la legislación aplicable, esto es, las reglas de la Ley 30/1992, el RD 429/1993, la Ley 29/1998 y la LOPJ. En el caso de que la Administración hubiera señalado que la única responsable de los daños era ella, no se plantea ningún problema con respecto a que el particular debe acudir para lograr una indemnización por los daños sufridos ante la jurisdicción contencioso-administrativa. A igual conclusión se llega si la Administración ha reconocido que tanto ella como el concesionario o contratista son responsables, puesto que la única jurisdicción para conocer de estos asuntos es la contencioso-administrativa, según los arts. 2.e) LJC y art. 9.4 LOPJ. En tercer lugar, si la Administración señala como único responsable al contratista, éste podrá recurrir dicho acto administrativo an-

ne el reformado art. 9.4, párrafo segundo, LOPJ, *vid.* en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 489 y 490. En el mismo sentido se manifiestan BUSTO LAGO, “La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2ª edic., ob. cit., págs. 1562-1564 y GARCÍA-ÁLVAREZ, quien, además, apunta la posible extralimitación *ultra vires* del Gobierno al suprimir en el Texto Refundido el término “acción civil” del art. 97.3, *vid. Derecho Administrativo. Parte Especial*, obra dirigida por BERMEJO VERA, 5ª edic., Civitas, Madrid, 2001, págs. 1224-1226. Sobre esta cuestión RUIZ OJEDA indica que el art. 97.2 TRLCAP ha dejado en manos del damnificado la elección del objetivo contra el que interponer su reclamación, elección ésta que determinará cuál sea el cauce procedimental y el régimen de responsabilidad a seguir, el plazo de la acción y la jurisdicción competente, *vid.* “La responsabilidad de la Administración contratante en los supuestos de daños causados a terceros por sus contratistas y concesionarios. (Inercias y atolladeros del instituto resarcitorio en el ámbito de la contratación administrativa)”, en *Nuevas líneas doctrinales y jurisprudenciales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2002, pág. 179. Por su parte, SORO MATEO parece sostener que el art. 97 TRLCAP consagra un sistema dual y alternativo en el que la responsabilidad del contratista puede ser exigida ante el orden jurisdiccional civil y el contencioso-administrativo, *vid. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Especial referencia a la competencia jurisdiccional*, Tecnos, Madrid, 2000, págs. 65-66

te la jurisdicción contencioso-administrativa si considera que es la Administración la que debe responder única o conjuntamente con él de los daños provocados. En el supuesto de que la responsabilidad fuera imputable al contratista y éste hubiese subcontratado la ejecución de la obra, respondería ante el sujeto afectado el contratista, sin perjuicio de que posteriormente repitiese contra el subcontratista, según dispone el art. 115.3 TRLCAP cuando estipula que “*los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal, que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato*”⁶².

En el cuarto supuesto señalado, esto es, cuando la Administración no resuelve expresamente la reclamación planteada, no pronunciándose, por tanto, sobre a quién le corresponde responder por los daños generados, podría entenderse que como el “acto” presunto que resulta del silencio desestimatorio de la indemnización del particular por el transcurso de los seis meses o treinta días sin que la Administración haya resuelto su petición (arts. 13.3 y 17.2 del RD 429/1993) no identifica a quién ha de imputársele el daño y, por lo tanto, quién debe responder del mismo, habrán de ser los Tribunales quienes determinen dicho extremo; sin embargo, el TS ha interpretado que se imputará el daño a la Administración por haber incumplido ésta el procedimiento legalmente establecido, sin perjuicio de la posibilidad de que pueda repetirse posteriormente contra el concesionario o el contratista⁶³.

⁶² Idéntico tenor era el del art. 116.3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, aplicado por el Consejo Consultivo de Andalucía en su dictamen número 96/2000, de 5 de julio (número de marginal II.77). A juicio de BELADÍEZ ROJO la responsabilidad del subcontratista, salvo que se haya determinado otra cosa en el contrato, es de carácter privado, siendo el orden jurisdiccional civil el competente para exigírsele tal responsabilidad. Mas este hecho no puede perjudicar al sujeto lesionado que podrá exigirle la responsabilidad al contratista público, por ser el responsable último de servicio, *vid. Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 217-220. Asimismo, *vid.* el análisis de la figura de la subcontratación realizado por SERNA BARDAVÍO, “La figura de la subcontratación en la nueva legislación de contratos de las Administraciones Públicas: ¿derecho u obligación?”, *Revista de Actualización, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* núm. 1 (2003), págs. 11-56.

⁶³ Esta solución es la que ha adoptado la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS en su sentencia de 26 de marzo de 2001 (RJ 2001\4815). En este supuesto el origen de los daños causados se encontraba en unos vertidos incontrolados realizados por la empresa concesionaria del servicio municipal de vertedero de escombros. El perjudicado interpuso la correspondiente reclamación administrativa ante la Corporación local, quien no dio traslado de la misma al concesionario, ni tampoco una respuesta al reclamante. Ante la imposibilidad de poder imputar la responsabilidad de los daños al concesionario, que no había sido parte ni en vía administrativa ni jurisdiccional, el TS imputa la responsabilidad al Ayuntamiento, por incumplir con su pasividad el

La segunda situación a la que da pie la dicción del art. 97.3 con ese “podrá” es que el perjudicado no interponga ninguna reclamación administrativa y acceda directamente a la vía jurisdiccional.

Si la vía jurisdiccional a la que acude contra la Administración, el contratista o ambos, es la contencioso-administrativa podría suceder que el Juez o Tribunal inadmita el recurso si entiende que la interposición de esa reclamación previa ante la Administración tiene carácter obligatorio, tal y como viene haciendo⁶⁴, o que no lo considere así y entre a conocer del asunto por tratarse de un supuesto de responsabilidad patrimonial cuya competencia corresponde decidir en exclusiva a los Tribunales de este orden.

En el caso de que el orden jurisdiccional elegido por el sujeto perjudicado para interponer el recurso exclusivamente contra el contratista sea el civil podría suceder a su vez que el Juez o Tribunal civil entre a conocer del asunto por tratarse de un pleito entre dos particulares o que, por el contrario, decida declararse incompetente por considerarlo un supuesto de realización de servicios públicos al que se le ha de aplicar el régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas consagrado en la Ley 30/1992 y del que ha de conocer única y exclusivamente el orden contencioso-administrativo en vía jurisdiccional.

A nuestro juicio, siguiendo no una interpretación literal del art. 97.3 TRLCAP, sino una interpretación lógica y sistemática de los preceptos del TRLCAP, la LRJAP y PAC, la LJJC y la LOPJ, consideramos que *de lege ferenda* la reclamación previa ha de realizarse en estos casos de forma necesaria, siendo la Administración la que determine en vía administrativa a quién corresponde indemnizar los daños ocasionados. Dicha decisión, cualquiera que sea, agota la vía administrativa y, por lo tanto, sólo cabrá interponer contra ella el recurso contencioso-administrativo.

procedimiento legalmente establecido, obligando de esta forma al perjudicado a reclamar contra ella. Comentan esta resolución LÓPEZ MENUDO, GUICHOT REINA y CARRILLO DONAIRE, “Crónica de Jurisprudencia sobre Responsabilidad Administrativa”, JA núm. 19 (2003), págs. 206-207.

⁶⁴ El ejercicio previo de la acción de responsabilidad en vía administrativa constituye un presupuesto procesal necesario para acudir a la vía jurisdiccional. Como pone de manifiesto REBOLLO PUIG, los Tribunales contencioso-administrativos aplican estrictamente esta exigencia inadmitiendo los recursos presentados cuando no se ha agotado previamente dicha vía administrativa e, incluso, cuando, pese a haberse seguido la misma, se reclaman judicialmente conceptos o partidas que no fueron objeto de aquélla, como sucede en la STS de 4 de abril de 1997 (RJ 19972662), *vid.* “Vía administrativa y jurisdicción competente para declarar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”, Revista Jurídica de Andalucía núm. 26 (1998), págs. 1065-1088.

Las reclamaciones por responsabilidad entabladas contra un contratista o concesionario público han de ser siempre conocidas por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, aún cuando la reclamación se dirija únicamente contra ellos, puesto que éstos no son simples sujetos privados actuando en el tráfico jurídico y cuya actividad ha ocasionado a otro particular unos daños, sino que son sujetos que ejercitan funciones administrativas y responden según las reglas objetivas de la responsabilidad patrimonial⁶⁵. Por lo tanto, es de acuerdo con esta concepción del orden jurisdiccional contencioso-administrativo como el único competente para fiscalizar los actos y actuaciones derivadas del desarrollo de funciones administrativas que ha de mantenerse que sólo él puede entrar a conocer de estas controversias. Esta postura es, además, la única en línea con la tan ansiada unidad de fuero en materia de responsabilidad administrativa a favor del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

⁶⁵ Entre los autores que consideran que el régimen de responsabilidad al que se encuentran sometidos los concesionarios de servicios públicos y los contratistas de obras públicas es de naturaleza objetiva, puesto que una decisión organizativa de la Administración sobre el modo de gestionar los servicios o ejecutar las obras no puede repercutir sobre el régimen de garantías que el sistema de responsabilidad patrimonial le ofrece al ciudadano cuando el funcionamiento de un servicio público le cause un daño, se encuentran: E. RIVERO YSERN, *El Derecho administrativo y las relaciones entre particulares*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1969, pág. 229-244; MARTÍN REBOLLO, *La responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Madrid, 1985, pág. 60; MUCHOZ MACHADO, *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas (Y otros estudios sobre responsabilidad)*, 2ª edic., Civitas, Madrid, 1998, págs. 115-139; BOCANEGRA SIERRA, "Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración pública por daños causados a terceros", *REDA* núm. 18 (1978), pág. 404 y "La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas de la Administración pública por daños causados a terceros", *DA* núms. 237-238 (1994), pág. 219 y BELADÍEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 79. En contra de dicha concepción se pronunciaron, en un primer momento, GARCÍA DE ENTERRÍA, para quien el concesionario de servicios públicos, como sujeto privado que es, debe estar sujeto al régimen de responsabilidad contenido en el Código Civil, *vid. Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1956, págs. 197 y 203 y, en relación con los contratistas públicos, *vid.* MUÑOZ LEÓN, "Problemática en torno a la responsabilidad de la Administración por daños ocasionados en la ejecución de Obras Públicas", *Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado*, 1966-1973, I, págs. 95-110. Asimismo, GÓMEZ LIGÜERRE mantiene que los concesionarios, excepto en los supuestos en los que el daño se deba a instrucciones recibidas de la Administración concedente o a vicios del proyecto por ella diseñado, responden con sujeción a las reglas del Derecho privado y ante el orden jurisdiccional civil, *vid.* "Jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual", *ob. cit.*, pág. 9 y "Paso a nivel. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas tras los Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y de 21 de octubre de 2002", *ob. cit.*, pág. 7.

La solución adoptada implica, en efecto, repensar el propio concepto de Derecho Administrativo y el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. Como puede observarse, la realidad nos muestra cómo la tesis o concepción subjetiva del Derecho Administrativo, como el Derecho propio de las Administraciones Públicas, ha quedado superada, puesto que éste ha pasado a ser el Derecho no sólo aplicable a las Administraciones Públicas *stricto sensu*, sino también a los órganos constitucionales o de relevancia constitucional⁶⁶ en el desarrollo de algunas de sus funciones. En este sentido, la jurisdicción contencioso-administrativo ya no conoce únicamente de la revisión de los actos administrativos en su sentido tradicional, sino también de los “actos materialmente administrativos” que son dictados por dichos órganos constitucionales. Junto a este cambio, se aprecia igualmente que ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo se puede plantear por un sujeto privado un pleito contra otro sujeto privado, como sucede cuando se reclama únicamente al contratista una indemnización por los daños sufridos.

En definitiva, puede afirmarse que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo ha pasado de ser el orden propio encargado de fiscalizar y revisar los actos de las Administraciones Públicas a ser el que controla los actos y actuaciones dictados durante el ejercicio de funciones administrativas, aunque éstas no hayan sido desarrolladas por Administraciones sino por particulares.

B) Aseguramiento de la responsabilidad del contratista

Si la determinación del orden jurisdiccional competente para conocer de la responsabilidad derivada de las actuaciones del concesionario o del contratista público no es una cuestión pacíficamente resuelta ésta viene a complicarse aún más si tenemos en cuenta el hecho de que el contratista o el concesionario suelen suscribir contratos de seguros que cubren la responsabilidad en que puedan incurrir⁶⁷.

⁶⁶ Aunque estos conceptos se utilicen por lo general para referirse a una misma realidad lo cierto es que, en puridad, hacen alusión a órganos distintos, de hecho el concepto de órgano de relevancia constitucional ha sido elaborado de forma negativa y residual respecto del de órgano constitucional. Sobre esta cuestión *vid.* RUIZ MIGUEL, *Consejo de Estado y Consejos Consultivos Autonómicos*, Dykinson, Madrid, 1995, págs. 90-97, GARCÍA PELAYO, “El “status” del Tribunal Constitucional”, REDC núm. 1 (1981), págs. 13-14 y AGUILAR FERNÁNDEZ-HONTORIA, “A propósito del Defensor del Pueblo: los rasgos definidores de la posición jurídica de los órganos auxiliares”, en *Las Cortes Generales*, vol. I, IEF, Madrid, 1987, págs. 376-388.

⁶⁷ En su Ponencia sobre “El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial y aseguramiento del contratista o concesionario”, expuesta en el Seminario dedicado a la Responsabilidad Patrimonial de la Administración y Contrato de Seguro celebrado el 4 de marzo de 2004 en Madrid,

La pregunta que se nos plantea es, por tanto, ¿cuál es el procedimiento que el tercero lesionado ha de seguir para reclamar en estos casos una indemnización por responsabilidad y ante qué orden jurisdiccional?

Para responder a la primera cuestión nos remitimos a las consideraciones realizadas anteriormente sobre cuál es la situación a la que da lugar la redacción del art. 97 TRLCAP y cuál debe ser la interpretación que ha de darse y, en consecuencia, el procedimiento que ha de seguirse. A nuestro juicio, el sujeto perjudicado deberá dirigirse al órgano de contratación para que éste decida sobre quién recae la responsabilidad, si sobre la Administración, el contratista, o sobre ambos. Una vez que obtenga dicho pronunciamiento iniciará el procedimiento de reclamación de la indemnización en vía administrativa, pudiendo acudir una vez finalizada ésta a la contencioso-administrativa, de conformidad con los arts. 9.4 LOPJ y 2.e) LJC.

Además, carece de sentido y resulta menos ventajoso para el tercero lesionado, tal y como expusimos en el epígrafe III de este trabajo, acudir al orden jurisdiccional civil ejercitando contra la aseguradora del contratista la acción directa regulada en el art. 76 LCS que lograr de éste la indemnización a través de la vía administrativa o contencioso-administrativa. El ejercicio de esta acción contra la aseguradora del contratista ante los Tribunales civiles podría suponer, en el caso de que no se haya emitido un previo pronunciamiento administrativo o contencioso-administrativo sobre quién es el que debe responder de los daños causados, que aquéllos declaren su incompetencia para resolver el asunto por falta de jurisdicción. El exponerse a este riesgo resulta, pues, ilógico, ya que si el tercero ha de obtener un pronunciamiento administrativo que declare la responsabilidad del contratista que le sirva de base ante los Tribunales civiles para determinar la obligación de pago de la compañía aseguradora de éste, no se entiende el porqué va a rehusar cobrar la indemnización que se le puede reconocer en vía administrativa o contencioso-administrativa y va a esperar a que sean posteriormente los Tribunales civiles quienes se la concedan.

A estas razones se une, asimismo, el hecho de que mientras que los Tribunales civiles sólo podrían condenar a la aseguradora del contratista a indemnizar como cuantía máxima hasta el límite cubierto por la póliza del se-

NOGUERA DE LA MUELA planteó la posibilidad de que la Administración pueda exigir al contratista la suscripción de una póliza de seguros en el pliego de cláusulas administrativas, llegando a la conclusión, con base en los arts. 4 y 180 TRLCAP, de que nada impide la introducción de una cláusula en tal sentido.

guro, dicha circunstancia no juega si son los Tribunales contencioso-administrativos los que condenan al contratista al pago de la indemnización. En este último caso no existe dicho tope máximo, debiendo abonar la cuantía que se estipule como correspondiente a los daños ocasionados al particular.

En resumen, a nuestro entender debe corresponder al orden contencioso-administrativo el conocimiento de las controversias sobre la responsabilidad de los contratistas públicos, ya esté o no asegurada, pues al orden civil le está vetado pronunciarse sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración y si se aceptase que éste resolviera la acción directa entablada contra la aseguradora del contratista o concesionario público antes de que se haya emitido un pronunciamiento administrativo sobre la existencia de la responsabilidad patrimonial y sobre a quién le es imputable el daño se estaría permitiendo que el juez civil se pronuncie sobre si los hechos causantes del daño son imputables al contratista o a la Administración, cuestión ésta que ni siquiera pueden decidir a título prejudicial, puesto que constituye el fondo del asunto y es una materia cuya competencia exclusiva recae sobre el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

VI. CONCLUSIÓN

La utilización del contrato de seguro, institución propia del Derecho privado, para asegurar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, materia eminentemente de Derecho público, es una combinación de difícil encaje que ha dado lugar a numerosos interrogantes relativos al régimen jurídico aplicable, al procedimiento a seguir y al orden jurisdiccional competente para conocer de las controversias que se suscitaban.

El legislador, a través de distintas reformas normativas, ha intentado ir resolviendo algunas de estas cuestiones. Sin embargo, esta técnica legislativa ha resultado, además de inadecuada, claramente insuficiente. Es por este motivo que se ha sentido como una necesidad la existencia de un cuerpo jurídico unitario en el que se abordasen todas las situaciones conflictivas que derivan del empleo de la técnica del heteroaseguramiento por parte de las Administraciones Públicas⁶⁸.

⁶⁸ El sentar unas bases claras sobre el tema del aseguramiento privado de la responsabilidad de la Administración es de una enorme relevancia, no sólo desde un punto de vista dogmático, sino práctico, puesto que cada día son más las leyes tanto estatales como autonómicas que introducen la contratación obligatoria de seguros de responsabilidad civil y que afectan a las Administraciones Públicas. Algunas de estas disposiciones son: el art. 20.2 de la Ley 59/2003, de 19 de di-

En este contexto, la LO 19/2003 ha venido a paliar esta situación abordando frontalmente el supuesto de las demandas entabladas conjuntamente contra la Administración y su aseguradora, atribuyendo la competencia al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, como no podía ser de otra manera a la vista de la legislación vigente y su tendencia a la consecución de la unidad de fuero en materia de responsabilidad patrimonial. Mas, esta reforma, interpretada en su conjunto, quizás vaya incluso más allá de lo que en principio puede parecer. Podría implicar una derogación tácita de la aplicación del art. 76 LCS en relación con la Administración Pública.

Tal y como hemos puesto de relieve, al tercero lesionado no le reporta ninguna ventaja el entablar la acción directa contra la aseguradora de la Administración ante el orden jurisdiccional civil, puesto que al no tener atribuida la competencia para conocer de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública los Tribunales de este orden han de esperar a contar con un pronunciamiento administrativo o contencioso-administrativo que la declare para, con base en el mismo, poder reconocer la obligación de pago de la aseguradora, como han constatado los Tribunales tanto del orden jurisdiccional civil como contencioso-administrativo. Por consiguiente, no tiene sentido que el tercero que se ha de dirigir necesariamente contra la Administración no recabe la indemnización directamente de ésta y simplemente se contente con el pronunciamiento que declare su responsabilidad para, a continuación, poder dirigirse con esa resolución ante el orden civil y cobrarse la indemnización de la aseguradora que, además, sólo estará obligada a pagar como máximo hasta el límite cubierto por la póliza.

En conclusión, a partir de la modificación de la LOPJ y de la LJC por la LO 19/2003, el tema del aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administraciones Públicas puede que deje de ser un tema abierto. El tercero perjudicado por una actuación administrativa, con independencia de que dicha Administración esté o no asegurada, deberá acudir para reclamar su indemnización, en primer lugar, ante la Administración y, posteriormente, ante los Tribunales contencioso-administrativos, donde podrá demandar junto a la Administración a su compañía aseguradora que, en tal caso, desempeñará el

ciembre, de Firma Electrónica; el art. 62.1 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, en la redacción dada por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre; el art. 12.1.e) de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación; y el art. 4.2.b) del Decreto 120/2003, de 31 de enero, por el que se regulan los requisitos para la realización de experiencias controladas, con fines reproductivos, de fecundación de ovocitos o tejido ovárico previamente congelados, relacionadas con las técnicas de reproducción humana asistida.

papel de codemandada. Parece, pues, que no hay ninguna razón de peso para que el sujeto lesionado decida accionar directamente contra la aseguradora ante el orden jurisdiccional civil cuando es la Administración el sujeto asegurado puesto que, dirigiéndose directamente contra ella en vía administrativa puede obtener una indemnización en un plazo relativamente breve (seis meses o treinta días incluso) y de una cuantía superior a la que pueda conseguir únicamente de la aseguradora, sin correr el peligro, además, de una posible insolvencia. No obstante, habrá que esperar a ver cuál sea la reacción y la postura que adopten los órganos jurisdiccionales civiles cuando se les presente algún caso de acción directa contra la aseguradora de una Administración, esto es, si entrarán a conocer del mismo o si declararán, como sería lo deseable, su incompetencia de jurisdicción.

RESEÑA LEGISLATIVA

RESEÑA LEGISLATIVA

Disposiciones de las Comunidades Europeas Año 2003 (*)

I. ASUNTOS GENERALES, FINANCIEROS E INSTITUCIONALES

UE-129 UE-129 Decisión 2003/429/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2003, sobre ajuste de las **perspectivas financieras para la ampliación**
DOUE L 147, 14.06.2003, p.25

UE-130 Decisión 2003/430/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2003, relativa a la revisión de las **perspectivas financieras**
DOUE L 147, 14.06.2003, p.31

UE-131 Reglamento financiero, de 27 de marzo de 2003, aplicable al noveno **Fondo Europeo de Desarrollo**
DOUE L83, 1.04.2003, p. 1

UE-132 Decisión 2003/408/EC, ECSC, EURATOM del Parlamento Europeo, de 8 de abril de 2003, sobre la aprobación de la gestión de la Comisión en la ejecución del **presupuesto general de la Unión Europea** para el ejercicio 2001
Resolución del Parlamento Europeo que contiene las observaciones que forman parte integrante de la decisión sobre la aprobación de la gestión de la Comisión en la ejecución del presupuesto general de la Unión Europea para el ejercicio 2001
DOUE L 148, 16.06.2003, p. 20 y 21

UE-133 Decisión 2003/246/EC, EURATOM de la **Comisión**, de 26 de marzo de 2003, por la que se modifica su **reglamento interno** [notificada con el número C(2003) 972]
DOUE L92, 9.04.2003, p. 14

(*) Subsección preparada por Lucía MILLÁN MORO. Comprende disposiciones generales publicadas en el DOCE, series L y C, durante el 2º trimestre de 2003.

UE-134 Reglamento (CE) nº 806/2003 del Consejo, de 14 de abril de 2003, por el que se adaptan a la Decisión 1999/468/CE disposiciones relativas a los **comités que colaboran con la Comisión** en el ejercicio de sus competencias de ejecución previstas en los actos del Consejo adoptados con arreglo al procedimiento consultivo (mayoría cualificada)
DOUE L 122, 16.05.2003, p. 1

UE-135 Reglamento (CE) nº 807/2003 del Consejo, de 14 de abril de 2003, por el que se adaptan a la Decisión 1999/468/CE las disposiciones relativas a los **comités que colaboran con la Comisión** en el ejercicio de sus competencias de ejecución previstas en los actos del Consejo adoptados con arreglo al procedimiento de consulta (unanimidad)
DOUE L 122, 16.05.2003, p. 36

UE-136 Modificación del **reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia** a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Niza
DOUE L 147, 14.06.2003, p.17

UE-137 Modificaciones del **Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia** a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Niza
DOUE L 147, 14.06.2003, p.22

UE-138 **Tribunal de Justicia: Instrucciones prácticas** relativas a los **recursos directos** y a los recursos de casación
DOUE L 98, 16.04.2003, p. 9

UE-139 Decisión nº 64/2003 del Comité de las Regiones, de 11 de febrero de 2003, relativa al **acceso público a los documentos del Comité de las Regiones**
DOUE L 160, 28.06.2003, p . 96

UE-140 Decisión 2003/475/EC del Consejo, de 18 de junio de 2003, por la que se modifica la Decisión 2000/604/CE relativa a la composición y estatutos del **Comité de Política Económica**
DOUE L 158, 27.06.2003, p . 55

UE-141 Decisión 2003/477/EC del Consejo, de 18 de junio de 2003, relativa a la revisión de los estatutos del **Comité Económico y Financiero**
DOUE L 158, 27.06.2003, p . 58

II. UNIÓN ADUANERA, LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS Y POLÍTICA COMERCIAL

UE-142 Reglamento (CE) n° 881/2003 de la Comisión, de 21 de mayo de 2003, que modifica el Reglamento (CEE) n° 2454/93 por el que se fijan determinadas disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) n° 2913/92 del Consejo por el que se aprueba el **Código aduanero comunitario**
DOUE L 134, 29.05.2003, p. 1

UE-143 Comisión: **Arancel integrado de las Comunidades Europeas (TARIC)**
DOUE C 103, 30.04.2003, p. 1
DOUE C 103 A, 30.04.2003, p. 1

UE-144 Acto del Consejo, de 8 de mayo de 2003, por el que se aprueba un Protocolo que modifica, en lo relativo a la creación de un **fichero de identificación de los expedientes de investigación aduanera**, el Convenio relativo a la utilización de la tecnología de la información a efectos aduaneros
DOUE C 139, 13.06.2003, p.1

UE-145 Reglamento (CE) n° 953/2003 del Consejo, de 26 de mayo de 2003, destinado a evitar el **desvío comercial** hacia la Unión Europea de determinados **medicamentos esenciales**
DOUE L 135, 3.06.2003, p. 5

UE-146 Decisión 2003/231/EC del Consejo, de 17 de marzo de 2003, relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al **Protocolo de Enmienda del Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros (Convenio de Kioto)**
DOUE L86, 3.04.2003, p. 21

III. AGRICULTURA

UE-147 Decisión del Consejo, de 16 de junio de 2003, relativa a la celebración del **Acuerdo** en forma de Canje de Notas entre la **Comunidad Europea y el Reino de Noruega** sobre preferencias comerciales adicionales en el sector de los productos agrícolas, convenidas en virtud del artículo 19 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo

Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Comunidad Europea y el Reino de Noruega sobre preferencias comerciales adicionales en el sector de los productos agrícolas, convenidas en virtud del artículo 19 del acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo

DOUE L 156, 25.06.2003, p. 48 y 49

UE-148

Reglamento (CE) n° 599/2003 de la Comisión, de 1 de abril de 2003, que modifica el Reglamento (CEE) n° 2092/91 sobre la **producción agrícola ecológica** y su indicación en los productos agrarios y alimenticios

DOUE L85, 2.04.2003, p. 15

UE-149

Reglamento (CE) n° 597/2003 de la Comisión, de 1 de abril de 2003, relativo a la apertura de **ventas públicas de alcohol de origen vínico** con vistas a la utilización de bioetanol en la Comunidad Europea

DOUE L85, 2.04.2003, p. 8

UE-150

Reglamento (CE) n° 851/2003 de la Comisión, de 16 de mayo de 2003, que modifica el Reglamento (CEE) n° 3444/90 por el que se establecen disposiciones de aplicación para la concesión de **ayudas al almacenamiento privado de carne de porcino**

DOUE L 123, 17.05.2003, p. 7

UE-151

Reglamento (CE) n° 852/2003 de la Comisión, de 16 de mayo de 2003, que modifica el Reglamento (CE) n° 1445/95 por el que se establecen las disposiciones de aplicación del **régimen de importación y exportación en el sector de la carne de vacuno**

DOUE L 123, 17.05.2003, p. 6

UE-152

Reglamento (CE) n° 808/2003 de la Comisión, de 12 de mayo de 2003, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1774/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen las **normas sanitarias** aplicables a los **subproductos animales no destinados al consumo humano**

DOUE L 117, 13.05.2003, p. 1

UE-153

Reglamento (CE) n° 998/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por el que se aprueban las **normas zoonitarias** aplicables a los **desplazamientos de animales de compañía sin ánimo comercial**, y se modifica la Directiva 92/65/CEE del Consejo

DOUE L 146, 13.06.2003, p.1

UE-154 Reglamento (CE) nº 1040/2003 del Consejo, de 11 de junio de 2003, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 1255/97 en lo que respecta a la utilización de los **puntos de parada**
DOUE L 151, 19.06.2003, p.21

UE-155 Reglamento (CE) nº 1053/2003 de la Comisión, de 19 de junio de 2003, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 999/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo referente a las **pruebas de diagnóstico rápido**
DOUE L 152, 20.06.2003, p.8

UE-156 Reglamento (CE) nº 1128/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de junio de 2003, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 999/2001 con objeto de ampliar el período para la **aplicación de medidas transitorias**
DOUE L 160, 28.06.2003, p . 1

UE-157 Directiva 2003/43/CE del Consejo, de 26 de mayo de 2003, que modifica la Directiva 88/407/CEE del Consejo por la que se fijan las exigencias de **policía sanitaria** aplicables a los intercambios intra-comunitarios y a las **importaciones de esperma de animales de la especie bovina**
DOUE L 143, 11.06.2003, p. 23

UE-158 Directiva 2003/57/CE de la Comisión, de 17 de junio de 2003, por la que se modifica la Directiva 2002/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre **sustancias indeseables en la alimentación animal**
DOUE L 151, 19.06.2003, p.38

UE-159 Decisión 2003/369/EC de la Comisión, de 16 de mayo de 2003, que modifica la Decisión 85/377/CEE por la que se establece una **tipología comunitaria de las explotaciones agrícolas** [notificada con el número C(2003) 1557]
DOUE L 127, 23.05.2003, p. 48

UE-160 Decisión 2003/364/EC de la Comisión, de 15 de mayo de 2003, por la que se excluyen de la financiación comunitaria determinados gastos efectuados por los Estados miembros con cargo a la sección de Garantía del **Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola (FEOGA)** [notificada con el número C(2003) 1539]
DOUE L 124, 20.05.2003, p. 45

UE-161 Decisión 2003/422/EC de la Comisión, de 26 de mayo de 2003, por la que se aprueba un **manual de diagnóstico de la peste porcina africana** [notificada con el número C(2003) 1696]
DOUE L 143, 11.06.2003, p. 35

IV. PESCA

UE-162 Reglamento (CE) n° 874/2003 del Consejo, de 6 de mayo de 2003, relativo a la celebración del **Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Kiribati** sobre la pesca en la zona de pesca de Kiribati

UE-163 Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Kiribati sobre la pesca en la zona de pesca de Kiribati
DOUE L 126, 22.05.2003, p. 1 y 3

UE-164 Decisión 2003/384/EC del Consejo, de 19 de mayo de 2003, sobre la firma en nombre de la Comunidad Europea y la aplicación provisional del Acuerdo en forma de Canje de Notas relativo a la prórroga del Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera establecidas en el **Acuerdo entre la Comunidad Económica Europea y el Gobierno de la República de Guinea** relativo a la pesca de altura frente a la costa guineana para el período comprendido entre el 1 de enero de 2003 y el 31 de diciembre de 2003

Acuerdo en forma de Canje de Notas relativo a la prórroga del Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera establecidas en el Acuerdo entre la Comunidad Económica Europea y el Gobierno de la República de Guinea relativo a la pesca de altura frente a la costa guineana para el período comprendido entre el 1 de enero de 2003 y el 31 de diciembre de 2003

DOUE L 133, 29.05.2003, p. 83 y 85

UE-165 Decisión 2003/431/EC del Consejo, de 11 de junio de 2003, sobre la firma en nombre de la Comunidad y la aplicación provisional del Acuerdo en forma de Canje de Notas relativo a la prórroga del Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera establecidas en el **Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de Mauricio** relativo a la pesca en aguas mauricianas para el período comprendido entre el 3 de diciembre de 2002 y el 2 de diciembre de 2003

Acuerdo en forma de Canje de Notas relativo a la prórroga del Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera establecidas en el Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de Mauricio relativo a la pesca en aguas mauricianas para el período comprendido entre el 3 de diciembre de 2002 y el 2 de diciembre de 2003
DOUE L 147, 14.06.2003, p. 38 y 40

UE-166 Reglamento (CE) n° 1091/2003 del Consejo, de 18 de junio de 2003, que modifica por segunda vez el Reglamento (CE) n° 2341/2002 del Consejo, por el que se establecen, para 2003, las posibilidades de **pesca y las condiciones correspondientes para determinadas poblaciones y grupos de poblaciones de peces**, aplicables en aguas comunitarias y, en el caso de los buques comunitarios, en las demás aguas donde sea necesario establecer limitaciones de capturas
DOUE L 157, 26.06.2003, p . 1

UE-167 Reglamento (CE) n° 882/2003 del Consejo, de 19 de mayo de 2003, por el que se establece un **sistema de seguimiento y verificación del atún**
DOUE L 127, 23.05.2003, p. 1

V. LIBRE CIRCULACION DE LOS TRABAJADORES Y POLÍTICA SOCIAL

UE-168 Directiva 2003/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de marzo de 2003, por la que se modifica la Directiva 83/477/CEE del Consejo sobre la **protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al amianto durante el trabajo**
DOUE L 97, 15.04.2003, p. 48

VI. DERECHO DE ESTABLECIMIENTO Y LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

VII. POLÍTICA DE TRANSPORTES

UE-169 Reglamento (CE) n° 622/2003 de la Comisión, de 4 de abril de 2003, por el que se establecen las medidas para la aplicación de las **normas comunes de seguridad aérea**
DOUE L89, 5.04.2003, p. 9

UE-170 Reglamento (CE) n° 782/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de abril de 2003, relativo a la **prohibición de los compuestos organoestánicos en los buques**
DOUE L 115, 9.05.2003, p. 1

UE-171 Directiva 2003/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de abril de 2003, por la que se modifica la Directiva 98/18/CE del Consejo sobre reglas y normas de **seguridad aplicables a los buques de pasaje**
DOUE L 123, 17.05.2003, p. 18

UE-172 Directiva 2003/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de abril de 2003, sobre las **prescripciones específicas de estabilidad aplicables a los buques de pasaje de transbordo rodado**
DOUE L 123, 17.05.2003, p. 22

UE-173 Decisión de la Comisión, de 11 de junio de 2003, por la que se crea un grupo de expertos encargado de asesorar a la Comisión sobre la **estrategia acerca de los accidentes en el sector de los transportes**
DOUE L 144, 12.06.2003, p. 10

VIII. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

UE-174 Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las **operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado)**
DOUE L 96, 12.04.2003, p. 16

UE-175 Decisión de la Comisión, de 11 de diciembre de 2002, relativa a las **medidas ejecutadas por España en favor del sector agrario** tras el alza de los precios de los carburantes [*notificada con el número C(2002) 4378*]
DOUE L 111, 6.05.2003, p. 111

UE-176 Decisión 2003/215/ECSC de la Comisión, de 21 de noviembre de 2001, por la que **se autoriza la fusión de Arbed SA, Aceralia Corporación Siderúrgica SA y Usinor SA en Newco Steel (Asunto COMP/CECA.1351 — Usinor/Arbed/Aceralia)** [*notificada con el número C(2001) 3696*]
DOUE L88, 4.04.2003, p. 1

UE-177 Decisión de la Comisión, de 2 de agosto de 2002, relativa a diversas medidas y a la **ayuda estatal ejecutada por España en favor del parque temático “Terra Mítica SA”**, Benidorm (Alicante) *[notificada con el número C(2002) 2980]*
DOUE L91, 8.04.2003, p. 23

UE-178 Decisión 2003/283/EC de la Comisión, de 27 de noviembre de 2002, relativa a las **medidas adoptadas por España en favor de Refractarios Especiales SA** *[notificada con el número de documento C(2002) 4486]*
DOUE L 108, 30.04.2003, p. 21

UE-179 Decisión de la Comisión, de 11 de diciembre de 2002, relativa a la **ayuda estatal concedida por España en favor de Sniace SA** *[notificada con el número C(2002) 4824]*
DOUE L 108, 30.04.2003, p. 35

IX. FISCALIDAD

UE-180 Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de **fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses**
DOUE L 157, 26.06.2003, p . 38

UE-181 Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un **régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses** y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros
DOUE L 157, 26.06.2003, p . 49

X. POLÍTICA ECONOMICA Y MONETARIA Y LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

UE-182 Decisión 2003/223/EC el Consejo, reunido en su formación de Jefes de Estado o de Gobierno, de 21 de marzo de 2003, sobre la modificación del apartado 2 del artículo 10 de los **Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo**
DOUE L83, 1.04.2003, p. 66

UE-183 Orientación del Banco Central Europeo, de 4 de abril de 2003, por la que se modifica la Orientación BCE/2001/3 sobre el

sistema automatizado transeuropeo de transferencia urgente para la liquidación bruta en tiempo real (TARGET), modificada el 27 de febrero de 2002 (BCE/2003/6)

DOUE L 113, 7.05.2003, p. 10

UE-184 Orientación 2003/381/EC del Banco Central Europeo, de 2 de mayo de 2003, sobre las exigencias de **información estadística del Banco Central Europeo en materia de estadísticas de balanza de pagos**, posición de inversión internacional y reservas internacionales (BCE/2003/7)
DOUE L 131, 28.05.2003, p. 20

XI. RELACIONES EXTERIORES Y COOPERACIÓN AL DESARROLLO

UE-185 Decisión 2003/396/EC del Consejo, de 19 de mayo de 2003, relativa a los **principios, prioridades, objetivos intermedios y condiciones de la Asociación para la Adhesión de Bulgaria**
DOUE L 145, 12.06.2003, p.1

UE-186 Decisión 2003/397/EC del Consejo, de 19 de mayo de 2003, relativa a los **principios, prioridades, objetivos intermedios y condiciones de la Asociación para la Adhesión de Rumania**
DOUE L 145, 12.06.2003, p.21

UE-187 Decisión 2003/398/EC del Consejo, de 19 de mayo de 2003, relativa a los **principios, prioridades, objetivos intermedios y condiciones contenidos en la Asociación para la Adhesión de Turquía**
DOUE L 145, 12.06.2003, p.40

UE-188 Decisión 2003/457/EC del Consejo, de 13 de mayo de 2003, relativa a la firma del **Acuerdo** de cooperación científica y técnica entre la **Comunidad Europea y el Estado de Israel**
Acuerdo de cooperación científica y técnica entre la Comunidad Europea y el Estado de Israel
DOUE L 154, 21.06.2003, p. 79 y 80

UE-189 Decisión del Consejo, de 19 de mayo de 2003, relativa a la firma en nombre de la **Comunidad Europea**, y aplicación provisional de un **Acuerdo** marco sobre un programa multilateral de medio ambiente en el ámbito nuclear en la **Federación de Rusia** y su Protocolo sobre demandas,

procedimientos judiciales e indemnización a terceros, y sobre la celebración por la Comisión, en nombre de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, del mencionado Acuerdo y su Protocolo
DOUE L 155, 24.06.2003, p. 35

UE-190

Decisión del Consejo, de 16 de junio de 2003, relativa a la celebración del Acuerdo en forma de **Canje de Notas entre la Comunidad Europea y el Reino de Noruega** sobre preferencias comerciales adicionales en el sector de los productos agrícolas, convenidas en virtud del artículo 19 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo
Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Comunidad Europea y el Reino de Noruega sobre preferencias comerciales adicionales en el sector de los productos agrícolas, convenidas en virtud del artículo 19 del acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo
DOUE L 156, 25.06.2003, p. 48 y 49

UE-191

Reglamento (CE) n° 874/2003 del Consejo, de 6 de mayo de 2003, relativo a la celebración del **Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Kiribati** sobre la pesca en la zona de pesca de Kiribati
Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Kiribati sobre la pesca en la zona de pesca de Kiribati
DOUE L 126, 22.05.2003, p. 1 y 3

UE-192

Decisión 2003/384/EC del Consejo, de 19 de mayo de 2003, sobre la firma en nombre de la Comunidad Europea y la aplicación provisional del Acuerdo en forma de Canje de Notas relativo a la prórroga del Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera establecidas en el **Acuerdo entre la Comunidad Económica Europea y el Gobierno de la República de Guinea** relativo a la pesca de altura frente a la costa guineana para el período comprendido entre el 1 de enero de 2003 y el 31 de diciembre de 2003
Acuerdo en forma de Canje de Notas relativo a la prórroga del Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera establecidas en el Acuerdo entre la Comunidad Económica Europea y el Gobierno de la República de Guinea relativo a la pesca de altura frente a la costa guineana para el período comprendido entre el 1 de enero de 2003 y el 31 de diciembre de 2003
DOUE L 133, 29.05.2003, p. 83 y 85

UE-193

Decisión 2003/431/EC del Consejo, de 11 de junio de 2003, sobre la firma en nombre de la Comunidad y la aplicación

provisional del Acuerdo en forma de Canje de Notas relativo a la prórroga del Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera establecidas en **el Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de Mauricio** relativo a la pesca en aguas mauricianas para el período comprendido entre el 3 de diciembre de 2002 y el 2 de diciembre de 2003

Acuerdo en forma de Canje de Notas relativo a la prórroga del Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera establecidas en el Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de Mauricio relativo a la pesca en aguas mauricianas para el período comprendido entre el 3 de diciembre de 2002 y el 2 de diciembre de 2003

DOUE L 147, 14.06.2003, p. 38 y 40

UE-194

Información sobre la fecha de entrada en vigor del **Acuerdo de Asociación ACP-CE**

DOUE L83, 1.04.2003, p. 69

UE-195

Decisión 2003/268/EC del Consejo, de 8 de abril de 2003, relativa a la cobertura de los costes irrogados al Banco Europeo de Inversiones con motivo de la gestión del **Fondo de Inversión del Acuerdo de Cotonú**

DOUE L 99, 17.04.2003, p. 45

UE-196

Consejo 2003/451/EC Decisión nº 2/2003 del Consejo de Ministros ACP-CE, de 16 de mayo de 2003, relativa a la utilización, a efectos de la reducción de la deuda, de la dotación de desarrollo a largo plazo del noveno **Fondo Europeo de Desarrollo**

DOUE L 152, 20.06.2003, p.20

UE-197

Decisión 2003/404/EC nº 1/2003 del Consejo de Ministros ACP-CE, de 16 de mayo de 2003, relativa a la **adhesión de la República Democrática de Timor-Leste al Acuerdo de Asociación ACP-CE**

DOUE L 141, 7.06.2003, p. 25

XII. ENERGÍA

UE-198

Decisión de la Comisión, de 15 de mayo de 2003, por la que se establece el reglamento interno de **Consejo Energy Star de la Comunidad Europea**

DOUE L 125, 21.05.2003, p. 9

XIII. POLÍTICA INDUSTRIAL Y MERCADO INTERIOR

UE-199 Reglamento (CE) n° 1084/2003 de la Comisión, de 3 de junio de 2003, relativo al examen de las modificaciones de los términos de las **autorizaciones de comercialización de medicamentos para uso humano y medicamentos veterinarios** concedidas por la autoridad competente de un Estado miembro
DOUE L 159, 27.06.2003, p . 1

UE-200 Reglamento (CE) n° 1085/2003 de la Comisión, de 3 de junio de 2003, relativo al examen de las modificaciones de los términos de las **autorizaciones de comercialización de medicamentos para uso humano y medicamentos veterinarios** pertenecientes al ámbito de aplicación del Reglamento (CEE) n° 2309/93 del Consejo
DOUE L 159, 27.06.2003, p . 24

UE-201 Directiva 2003/63/CE de la Comisión, de 25 de junio de 2003, que modifica la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un **código comunitario sobre medicamentos para uso humano**
DOUE L 159, 27.06.2003, p . 46

UE-202 Directiva 2003/32/CE de la Comisión, de 23 de abril de 2003, por la que se introducen especificaciones detalladas, con arreglo a los requisitos establecidos en la Directiva 93/42/CEE del Consejo, para **productos sanitarios en cuya elaboración se utilizan tejidos de origen animal**
DOUE L 105, 26.04.2003, p. 18

UE-203 Directiva 2003/40/CE de la Comisión, de 16 de mayo de 2003, por la que se fija la lista, los **límites de concentración y las indicaciones de etiquetado para los componentes de las aguas minerales naturales**, así como las condiciones de utilización del aire enriquecido con ozono para el tratamiento de las aguas minerales naturales y de las aguas de manantial
DOUE L 126, 22.05.2003, p. 34

UE-204 Directiva 2003/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, relativa a la **aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas** de los Estados miembros en materia de **publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco**
DOUE L 152, 20.06.2003, p.16

UE-205 Directiva 2003/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de abril de 2003, por la que se modifica la Directiva 91/671/CEE del Consejo relativa a la **aproximación de las legislaciones** de los Estados miembros sobre el **uso obligatorio de cinturones de seguridad en vehículos de menos de 3,5 toneladas**
DOUE L 115, 9.05.2003, p. 63

UE-206 Directiva 2003/26/CE de la Comisión, de 3 de abril de 2003, por la que se adapta al progreso técnico la Directiva 2000/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a los dispositivos de limitación de velocidad y las **emisiones de gases de escape de los vehículos industriales**
DOUE L90, 8.04.2003, p. 37

UE-207 Directiva 2003/27/CE de la Comisión, de 3 de abril de 2003, por la que se adapta al progreso técnico la Directiva 96/96/CE en lo que se refiere a la inspección de las **emisiones de gases de escape de los vehículos de motor**
DOUE L90, 8.04.2003, p. 41

UE-208 Directiva 2003/28/CE de la Comisión, de 7 de abril de 2003, por la que se adapta por cuarta vez al progreso técnico la Directiva 94/55/CE del Consejo sobre la **aproximación de las legislaciones** de los Estados miembros con respecto al **transporte de mercancías peligrosas por carretera**
DOUE L90, 8.04.2003, p. 45

UE-209 Directiva 2003/29/CE de la Comisión, de 7 de abril de 2003, por la que se adapta por cuarta vez al progreso técnico la Directiva 96/49/CE del Consejo sobre la **aproximación de las legislaciones** de los Estados miembros relativas al **transporte de mercancías peligrosas por ferrocarril**
DOUE L90, 8.04.2003, p. 47

XIV. POLÍTICA REGIONAL, COORDINACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS ESTRUCTURALES Y REDES TRANSEUROPEAS

UE-210 Reglamento (CE) nº 1105/2003 del Consejo, de 26 de mayo de 2003, que modifica el Reglamento (CE) nº 1260/1999 por el que se establecen disposiciones generales sobre los **Fondos Estructurales**
DOUE L 158, 27.06.2003, p . 3

UE-211 Reglamento financiero, de 27 de marzo de 2003, aplicable al noveno **Fondo Europeo de Desarrollo**
DOUE L83, 1.04.2003, p. 1

UE-212 Decisión 2003/375/EC de la Comisión, de 21 de mayo de 2003, relativa a la designación del **Registro del dominio de primer nivel .eu** [notificada con el número C(2003) 1624]
DOUE L 128, 24.05.2003, p. 29

UE-213 Recomendación 2003/311/EC de la Comisión, de 11 de febrero de 2003, relativa a los mercados pertinentes de **productos y servicios** dentro del sector de las **comunicaciones electrónicas** que pueden ser objeto de **regulación ex ante** de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas [notificada con el número C(2003) 497]
DOUE L 114, 8.05.2003, p. 45

XV. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE, DEL CONSUMIDOR Y DE LA SALUD

UE-214 Decisión del Consejo, de 19 de mayo de 2003, relativa a la firma en nombre de la **Comunidad Europea**, y aplicación provisional de un **Acuerdo marco** sobre un programa multilateral de medio ambiente en el ámbito nuclear en la **Federación de Rusia** y su Protocolo sobre demandas, procedimientos judiciales e indemnización a terceros, y sobre la celebración por la Comisión, en nombre de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, del mencionado Acuerdo y su Protocolo
DOUE L 155, 24.06.2003, p. 35

UE-215 Reglamento (CE) n° 782/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de abril de 2003, relativo a la prohibición de los **compuestos organoestánicos en los buques**
DOUE L 115, 9.05.2003, p. 1

UE-216 Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la **participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente** y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo
DOUE L 156, 25.06.2003, p. 17

UE-217 Directiva 2003/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de mayo de 2003, relativa al fomento del **uso de biocarburantes u otros combustibles renovables en el transporte**
DOUE L 123, 17.05.2003, p. 42

UE-218 Decisión 2003/393/EC de la Comisión, de 22 de mayo de 2003, que modifica la Decisión 2000/728/CE por la que se establecen los cánones de solicitud y anuales de la **etiqueta ecológica** [notificada con el número C(2003) 1780]
DOUE L 135, 3.06.2003, p. 31

UE-219 Decisión de la Comisión, de 24 de marzo de 2003, por la que se modifica la Decisión 2000/45/CE en lo que se refiere a la validez de los criterios ecológicos para la concesión de la **etiqueta ecológica** comunitaria a las lavadoras [notificada con el número C(2003) 218]
DOUE L89, 5.04.2003, p. 16

UE-220 Decisión 2003/287/EC de la Comisión, de 14 de abril de 2003, por la que se establecen los criterios ecológicos para la concesión de la **etiqueta ecológica** comunitaria a los servicios de alojamiento turístico [notificada con el número C(2003) 235]
DOUE L 102, 24.04.2003, p. 82

XVI. INFORMACIÓN, EDUCACIÓN Y CULTURA, POLÍTICA DE LA JUVENTUD

UE-221 Reglamento (CE) n° 1059/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por el que se establece una **nomenclatura común de unidades territoriales estadísticas (NUTS)**
DOUE L 154, 21.06.2003, p. 1

UE-222 Decisión de la Comisión, de 29 de abril de 2003, por la que se aprueba el plan de acción técnica 2003 para la mejora de las **estadísticas agrícolas** [notificada con el número C(2003) 1369]
DOUE L 110, 3.05.2003, p. 15

UE-223 Decisión 2003/399/EC del Consejo, de 6 de mayo de 2003, relativa a la designación de la **capital europea de la cultura 2006**
DOUE L 139, 6.06.2003, p. 32

UE-224 Conclusiones del Consejo de 6 de mayo de 2003 sobre el futuro de las actividades **para jóvenes** en el contexto de la **nueva generación de programas**
DOUE C 115, 15.05.2003, p. 1

XVII. CIENCIA, INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO TECNOLÓGICO, PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL.

UE-225 Reglamento (CE) n° 692/2003 del Consejo, de 8 de abril de 2003, por el que se modifica el Reglamento (CEE) n° 2081/92 relativo a la **protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios**
DOUE L 99, 17.04.2003, p. 1

XVIII. DERECHO DE EMPRESAS

UE-226 Directiva 2003/38/CE del Consejo, de 13 de mayo de 2003, por la que se modifica la Directiva 78/660/CEE relativa a las **cuentas anuales de determinadas formas de sociedad**, por lo que se refiere a las cantidades expresadas en euros
DOUE L 120, 15.05.2003, p. 22

UE-227 Recomendación 2003/361/EC de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la **definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas** [notificada con el número C(2003) 1422]
DOUE L 124, 20.05.2003, p. 36

XIX. CIUDADANÍA DE LA UNIÓN Y PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

UE-228 Decisión 2003/239/EC del Consejo, de 18 de febrero de 2003, relativa a la celebración de un **Acuerdo** en forma de Canje de Notas entre el **Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en nombre de la Isla de Man, y la Comunidad Europea**, por el que se extiende a la Isla de Man la **protección jurídica de las bases de datos** prevista en el capítulo III de la Directiva 96/9/CE
DOUE L89, 5.04.2003, p. 11

XX. POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMÚN

UE-229 Reglamento (CE) nº 1012/2003 de la Comisión, de 12 de junio de 2003, por el que se modifica por decimovena vez el Reglamento (CE) nº 881/2002 del Consejo por el que se imponen determinadas **medidas restrictivas específicas** dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con **Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes** y por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 467/2001 del Consejo
DOUE L 146, 13.06.2003, p.50

UE-230 Reglamento (CE) nº 1030/2003 del Consejo, de 16 de junio de 2003, relativo a la aplicación a **Liberia** de determinadas **medidas restrictivas**
DOUE L 150, 18.06.2003, p.1

UE-231 Reglamento (CE) nº 1070/2003 de la Comisión, de 20 de junio de 2003, por el que se modifica por tercera vez el Reglamento (CE) nº 1081/2000 del Consejo, por el que se **prohíbe la venta, suministro y exportación a Birmania/Myanmar de equipos que pudieran utilizarse para la represión interior** o en acciones de terrorismo, y por el que se congelan los capitales de determinadas personas relacionadas con importantes funciones gubernamentales en dicho país
DOUE L 154, 21.06.2003, p. 61

UE-232 Decisión 2003/252/PESC del Consejo, de 24 de febrero de 2003, relativa a la celebración del **Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Albania sobre** las actividades de la Misión de Observación de la Unión Europea (**MOUE**) en la República de Albania
DOUE L93, 10.04.2003, p. 49 y 50

UE-233 Decisión 2003/276/PESC del Consejo, de 14 de abril de 2003, relativa a la aplicación de la Acción Común 2002/589/PESC con vistas a una contribución de la Unión Europea a la **destrucción de munición de armas ligeras y de pequeño calibre en Albania**
DOUE L 99, 17.04.2003, p. 60

UE-234 Decisión 2003/461/PESC del Consejo, de 20 de junio de 2003, por la que se aplica la Posición Común 2003/297/PESC sobre **Birmania/Myanmar**
DOUE L 154, 21.06.2003, p. 116

UE-235 Decisión 2003/401/EC del Consejo, de 19 de mayo de 2003, por la que se nombra al Presidente del **Comité Militar de la Unión Europea**
DOUE L 139, 6.06.2003, p. 34

UE-236 Decisión 2003/432/PESC del Consejo, de 12 de junio de 2003, relativa al comienzo de la **Operación Militar dirigida por la Unión Europea en la República Democrática del Congo**
DOUE L 147, 14.06.2003, p. 42

UE-237 Consejo 2003/343/ECD: Decisión nº 1/2003 del **Consejo de Cooperación Comunidad Europea-Antigua República Yugoslava de Macedonia**, de 24 de abril de 2003, relativa a la modificación de su reglamento interno
DOUE L 121, 16.05.2003, p. 25

UE-238 Estrategia Común 2003/471/PESC del Consejo Europeo, de 20 de junio de 2003, por la que se modifica la Estrategia Común 1999/414/PESC sobre **Rusia** con objeto de ampliar su período de aplicación
DOUE L 157, 26.06.2003, p. 68

UE-239 Acción Común 2003/423/PESC del Consejo, de 5 de junio de 2003, sobre la **Operación Militar de la Unión Europea en la República Democrática del Congo**
DOUE L 143, 11.06.2003, p. 50

UE-240 Acción Común 2003/445/PESC del Consejo, de 16 de junio de 2003, por la que se modifica y prorroga el mandato del **Representante Especial de la Unión Europea para el proceso de paz en Oriente Próximo**
DOUE L 150, 18.06.2003, p.70

UE-241 Acción Común 2003/446/PESC del Consejo, de 16 de junio de 2003, por la que se modifica y prorroga el mandato del **Representante Especial de la Unión Europea en la ex República Yugoslava de Macedonia**
DOUE L 150, 18.06.2003, p.71

UE-242 UE-242 Acción Común 2003/447/PESC del Consejo, de 16 de junio de 2003, por la que se prorroga el mandato del **Representante Especial de la Unión Europea para la Región de los Grandes Lagos de África**
DOUE L 150, 18.06.2003, p.72

UE-243 Acción Común 2003/448/PESC del Consejo, de 16 de junio de 2003, por la que se prorroga el mandato del **Representante Especial de la Unión Europea en Afganistán**
DOUE L 150, 18.06.2003, p.73

UE-244 Acción Común 2003/449/PESC del Consejo, de 16 de junio de 2003, por la que se prorroga el mandato del **Representante Especial de la Unión Europea encargado de asumir las funciones de Coordinador Especial del Pacto de Estabilidad para Europa Sudoriental**
DOUE L 150, 18.06.2003, p.4

UE-245 Acción Común 2003/472/PESC del Consejo, de 24 de junio de 2003, sobre la continuación del programa de **cooperación de la Unión Europea en materia de no proliferación y desarme en la Federación de Rusia**
DOUE L 157, 26.06.2003, p . 69

UE-246 Acción Común 2003/473/PESC del Consejo, de 25 de junio de 2003, sobre una contribución de la Unión Europea al proceso conducente a la solución del conflicto en **Georgia/Osetia del Sur**
DOUE L 157, 26.06.2003, p . 72

UE-247 Posición Común 2003/444/PESC del Consejo, de 16 de junio de 2003, relativa a la **Corte Penal Internacional**
DOUE L 150, 18.06.2003, p.67

UE-248 Posición Común 2003/280/PESC del Consejo, de 16 de abril de 2003, en apoyo de la aplicación efectiva del mandato del **Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY)**
DOUE L 101, 23.04.2003, p. 22

UE-249 Posición Común 2003/297/PESC del Consejo, de 28 de abril de 2003, sobre **Birmania/Myanmar**
DOUE L 106, 29.04.2003, p. 36

UE-250 UE-250 Posición Común 2003/319/PESC del Consejo, de 8 de mayo de 2003, relativa al apoyo de la Unión Europea a la aplicación del Acuerdo de alto el fuego de Lusaka y del proceso de paz en la **República Democrática del Congo**, y por la que se deroga la Posición Común 2002/203/PESC
DOUE L 115, 9.05.2003, p. 87

UE-251 Posición Común 2003/365/PESC del Consejo, de 19 de mayo de 2003, por la que se modifica la Posición Común 2001/357/PESC relativa a la adopción de **medidas restrictivas contra Liberia**
DOUE L 124, 20.05.2003, p. 49

UE-252 Posición Común 2003/366/PESC del Consejo, de 19 de mayo de 2003, por la que se modifica la Posición Común 2002/400/PESC relativa a la **acogida temporal por los Estados miembros de la Unión Europea de determinados palestinos**
DOUE L 124, 20.05.2003, p. 51

UE-253 Posición Común 2003/402/PESC del Consejo, de 5 de junio de 2003, por la que se actualiza la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de **medidas específicas de lucha contra el terrorismo** y se deroga la Posición Común 2002/976/PESC
DOUE L 139, 6.06.2003, p. 35

UE-254 Posición Común 2003/468/PESC del Consejo, de 23 de junio de 2003, sobre el control del **corretaje de armas**
DOUE L 156, 25.06.2003, p. 79

UE-255 Posición Común 2003/482/PESC del Consejo, de 27 de junio de 2003, por la que se actualiza la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de **medidas específicas de lucha contra el terrorismo** y se deroga la Posición Común 2003/402/PESC
DOUE L 160, 28.06.2003, p. 100

XXI. ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

UE-256 Reglamento (CE) n° 693/2003 del Consejo, de 14 de abril de 2003, por el que se establece un específico **documento de tránsito facilitado (FTD)**, un **documento de tránsito ferroviario facilitado (FRTD)** y se modifican la Instrucción consular común y el Manual común
DOUE L 99, 17.04.2003, p. 8

UE-257 Reglamento (CE) n° 694/2003 del Consejo, de 14 de abril de 2003, sobre los modelos uniformes de **documentos de tránsito facilitado (FTD)** y de **documentos de tránsito ferroviario facilitado (FRTD)** establecidos en el Reglamento (CE) n° 693/2003
DOUE L 99, 17.04.2003, p. 15

UE-258 Reglamento (CE) n° 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) n° 1408/71 y del Reglamento (CEE) n° 574/72 a los **nacionales de terceros países** que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas
DOUE L 124, 20.05.2003, p. 1

UE-259 Acto del Consejo, de 8 de mayo de 2003, por el que se aprueba un Protocolo que modifica, en lo relativo a la creación de un fichero de identificación de los expedientes de investigación aduanera, el **Convenio relativo a la utilización de la tecnología de la información a efectos aduaneros**
DOUE C 139, 13.06.2003, p.1

UE-260 Decisión 2003/330/EC del Consejo, de 19 de diciembre de 2002, sobre desclasificación de la **red de consulta Schengen** (especificaciones técnicas)
DOUE L 116, 13.05.2003, p. 22

UE-261 Decisión del Consejo, de 13 de junio de 2003, relativa a la adaptación del anexo 12 de la Instrucción consular común y del anexo 14 a del **Manual común sobre los gastos de tramitación de visados**
DOUE L 152, 20.06.2003, p.82

UE-262 Decisión 2003/335/JAI del Consejo, de 8 de mayo de 2003, sobre investigación y enjuiciamiento de **delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra**
DOUE L 118, 14.05.2003, p. 12

UE-263 Recomendación del Consejo de 8 de mayo de 2003 relativa a un modelo de acuerdo por el que se crea un **equipo conjunto de investigación (ECI)**
DOUE C 121, 23.05.2003, p. 1

Legislación del Estado*

Segundo Trimestre 2004

I. AGRICULTURA Y GANADERÍA

EST-26 Real Decreto 479/2004, de 26 de marzo (Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación). Establece y regula el Registro general de **explotaciones ganaderas**.
BOE núm. 89, de 13 de abril de 2004.

II. EDUCACIÓN

EST-27 Real Decreto 1318/2004, de 28 de mayo (Ministerio de Educación y Ciencia). Que establece el calendario de aplicación de la **nueva ordenación del sistema educativo**.
BOE núm. 130, de 29 de mayo de 2004.

III. GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN

EST-28 Real Decreto 553/2004, de 17 de abril (Ministerio de la Presidencia). Reestructuración de los **departamentos ministeriales**.
BOE núm. 94, de 18 de abril de 2004.

EST-29 Real Decreto 562/2004, de 19 de abril (Ministerio de Administraciones Públicas). Aprueba la estructura orgánica básica de los **departamentos ministeriales**.
BOE núm. 96, de 20 de abril de 2004.

EST-30 Real Decreto 1194/2004, de 14 de mayo (Ministerio de la Presidencia). Composición de las **Comisiones Delegadas del Gobierno**.
BOE núm. 120, de 18 de mayo de 2004.

(*) Sección preparada por Antonio JIMÉNEZ BLANCO. Comprende disposiciones generales publicadas en el BOE durante el 2º trimestre de 2004.

IV. INFRAESTRUCTURAS

EST-31 Real Decreto-Ley 1/2004, de 7 de Mayo. Aplaza la entrada en vigor de la Ley 39/2003 de 17 de noviembre, del **Sector Ferroviario**.
BOE núm. 114, de 11 de mayo de 2004.

EST-32 Real Decreto-Ley 2/2004, de 18 de junio. Modifica la Ley 10/2001 de 5 de julio, del **Plan Hidrográfico Nacional**.
BOE núm. 148, de 19 de junio de 2004.

V. HACIENDA

EST-33 Real Decreto 1408/2004, de 11 de junio (Ministerio de Economía y Hacienda). Modificación del Real Decreto 1326/1987 de 11 de septiembre, procedimiento de aplicación de las Directivas de la Comunidad Económica Europea sobre **intercambio de información tributaria**.
BOE núm. 153, de 25 de junio de 2004.

VI. MEDIOS DE COMUNICACIÓN

EST-34 Real Decreto 439/2004, de 12 de marzo (Ministerio de Ciencia y Tecnología). Plan técnico nacional de la **televisión digital local**.
BOE núm. 85, de 8 de abril de 2004.

EST-35 Real Decreto 744/2004, de 23 de abril (Ministerio de la Presidencia). Creación del Consejo para la reforma de los **medios de comunicación de titularidad del Estado**.
BOE núm. 100, de 24 de abril de 2004.

VII. SANIDAD

EST-36 Orden Ministerial 1344/2004, de 5 de mayo (Ministerio de Sanidad y Consumo). Nuevos conjuntos de presentaciones de **especialidades farmacéuticas** y aprueba los correspondientes precios de referencia.
BOE núm. 119, de 17 de Mayo de 2004.

VIII. TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

EST-37 Real Decreto-Ley 3/2004, de 25 de junio. Racionalización de la regulación del **salario mínimo interprofesional** e incremento de su cuantía.
BOE núm. 154, de 26 de junio.

EST-38 Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales). Reglamento General de **Recaudación de la Seguridad Social**.
BOE núm. 153, de 25 de junio de 2004.

Disposiciones generales de las Comunidades Autónomas (*)

I. ADMINISTRACIÓN LOCAL

RIO-1 Ley 1/2004, de 16 de febrero (Presidencia de Comunidad Autónoma de La Rioja).

Aplicación al municipio de Logroño del régimen de organización de los municipios de gran población.

BOR núm. 24, de 19 de febrero.

BOE núm. 52, de 1 de marzo.

II. CAJAS DE AHORRO

CMN-1 Ley 13/2003, de 11 de diciembre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha).

Modificación de la Ley 4/1997, de 10 de julio, de **Cajas de Ahorro**.

DOCLM núm. 179, de 22 de diciembre.

BOE núm. 29, de 3 de febrero.

MUR-1 Ley 5/2003, de 10 de abril (Presidencia de la Región de Murcia).
Modificación de la Ley 3/1998, de 1 de julio, de **Cajas de Ahorros**

de la Región de Murcia.

BORM núm. 99 de 2 de mayo.

BOE núm. 35, de 10 de febrero.

III. CAZA Y PESCA

MUR-2 Ley 7/2003, de 12 de noviembre (Presidencia de la Región de Murcia).

Caza y Pesca Fluvial de la Región de Murcia.

BORM núm. 278, de 1 de diciembre.

BOE núm. 47, de 24 de febrero.

(*) Sección elaborada por JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE. Comprende las Leyes y disposiciones con rango de Ley de las Comunidades Autónomas publicadas en el BOE durante el primer trimestre de 2004 (I-III).

IV. CORPORACIONES Y COLEGIOS PROFESIONALES

VAL-1 Ley 15/2003, de 24 de noviembre (Presidencia de la Generalitat Valenciana).

Creación del **Colegio Oficial de Educadores y Educadores Sociales** de la Comunidad Valenciana.

DOGV núm. 4639, de 27 de noviembre.

BOE núm. 7, de 8 de enero.

MUR-3 Ley 1/2003, de 28 de marzo (Presidencia de la Región de Murcia).

Creación del **Colegio Profesional de Educadores Sociales**.

BORM núm. 86, de 14 de abril.

BOE núm. 31, de 5 de febrero.

MUR-4 Ley 6/2003, de 12 de noviembre (Presidencia de la Región de Murcia).

Consejos Reguladores de las denominaciones de origen.

BORM núm. 278, de 1 de diciembre.

BOE núm. 47, de 24 de febrero.

MUR-5 Ley 9/2003, de 23 de diciembre (Presidencia de la Región de Murcia).

Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de la Región de Murcia.

BORM núm. 301, de 31 de diciembre.

BOE núm. 48, de 25 de febrero.

V. DEPORTE

CMN-2 Ley 12/2003, de 6 de noviembre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha).

Modificación parcial de la Ley 1/1995, de 2 de marzo, del **Deporte** en Castilla-La Mancha.

DOCLM núm. 164, de 21 de noviembre.

BOE núm. 29, de 3 de febrero.

VI. DISCAPACITADOS

GAL-1 Ley 10/2003, de 26 de diciembre (Presidencia de la Xunta de Galicia).

Acceso al entorno de las personas con discapacidad acompañadas de perros de asistencia.

DOG núm. 253, de 31 de diciembre.

BOE núm. 25, de 29 de enero.

VII. FUNCIÓN PÚBLICA

PV-1

Ley 1/2004, de 25 de febrero (Presidencia del País Vasco).

Ordenación de los **Cuerpos y Escalas de la Administración General** de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus Organismos Autónomos.

BOPV núm. 45, de 5 de marzo.

VIII. GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

CMN-3

Ley 11/2003, de 25 de septiembre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha).

Del **Gobierno y del Consejo Consultivo** de Castilla-La Mancha.

DOCLM núm. 164, de 21 de noviembre.

BOE núm. 29, de 3 de febrero.

IX. IMPUESTOS, TASAS Y PRECIOS PÚBLICOS

GAL-2

Ley 6/2003, de 9 de diciembre (Presidencia de la Xunta de Galicia).

Tasas, precios y exacciones reguladoras de la Comunidad Autónoma de Galicia.

DOG núm. 240, de 11 de diciembre.

BOE núm. 12, de 14 de enero.

NAV-1

Ley Foral 35/2003, de 30 de diciembre (Presidencia de la Foral de Navarra).

Modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias.

BON núm. 165, de 31 de diciembre.

BOE núm. 17, de 20 de enero.

MAD-1

Ley 13/2003, de 23 de diciembre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de Madrid).

Prórroga de determinadas medidas fiscales.

BOCM núm. 310, de 30 de diciembre.

BOE núm. 25, de 29 de enero.

CMN-4 Ley 15/2003, de 22 de diciembre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha).

Medidas Tributarias de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

DOCLM núm. núm. 182, de 29 de diciembre.

BOE núm. 29, de 3 de febrero.

MUR-6 Ley 4/2003, de 10 de abril (Presidencia de la Región de Murcia).
Regulación de los tipos aplicables en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados a las viviendas acogidas al Plan de Vivienda Joven de la Región de Murcia.

BORM núm. 99 de 2 de mayo.

BOE núm. 35, de 10 de febrero.

MUR-7 Ley 8/2003, de 21 de noviembre (Presidencia de la Región de Murcia).

Establecimiento de una **deducción Autonómica en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones para las adquisiciones mortis causa por descendientes y adoptados menores de veintiún años.**

BORM núm. 278, de 1 de diciembre.

BOE núm. 47, de 24 de febrero.

X. MEDIDAS ECONÓMICAS

CAS-1 Ley 13/2003, de 23 de diciembre (Presidencia de la Comunidad de Castilla y León).

Medidas Económicas, Fiscales y Administrativas.

BOCL núm. 252, de 30 de diciembre.

BOE núm. 13, de 15 de enero.

DRC-1 Ley 4/2003, de 30 de diciembre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de Cantabria).

Medidas administrativas y fiscales.

BOC núm. 251, de 31 de diciembre.

BOE núm. 23, de 27 de enero.

GAL-3 Ley 9/2003, de 23 de diciembre (Presidencia de la Xunta de Galicia).

Medidas tributarias y administrativas.

DOG núm. 251, de 29 de diciembre.

BOE núm. 25, de 29 de enero.

ARA-1

Ley 26/2003, de 30 de diciembre (Presidencia de la Comunidad de Aragón).

Medidas tributarias y administrativas.

BOA núm. 156, de 31 de diciembre.

BOE núm. 32, de 6 de febrero.

AST-1

Ley 6/2003, de 30 de diciembre (Presidencia del Principado de Asturias).

Medidas Presupuestarias, Administrativas y Fiscales.

BOPA núm. 301, de 31 de diciembre.

BOE núm. 34, de 9 de febrero.

VAL-2

Ley 16/2003, de 17 de diciembre (Presidencia de la Generalitat Valenciana).

Medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat Valenciana.

DOCV núm. 4654, de 19 de diciembre.

BOE núm. 35, de 10 de febrero.

RIO-2

Ley 10/2003, de 19 de diciembre (Presidencia de Comunidad Autónoma de La Rioja).

Medidas fiscales y administrativas.

BOR núm. 160, de 30 de diciembre.

BOE núm. 43, de 19 de febrero.

XI. ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y URBANISMO

BAL-1

Ley 8/2003, de 25 de noviembre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears).

Medidas Urgentes en Materia de Ordenación Territorial y Urbanismo.

BOIB núm. 168, de 4 de diciembre.

BOE núm. 22, de 26 de enero.

ARA-2

Ley 1/2004, de 18 de febrero (Presidencia de la Comunidad de Aragón).

Régimen Transitorio de la Ordenación, Gestión y Autorización de Usos del Suelo en Centros de Esquí y Montaña.

BOA núm. 24, de 25 de febrero.

BOE núm. 77, de 30 de marzo.

XII. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

ARA-3

Ley 23/2003, de 23 de diciembre (Presidencia de la Comunidad de Aragón).

Creación del **Instituto Aragonés de Gestión Ambiental**.

BOA núm. 156, de 31 de diciembre.

BOE núm. 14, de 16 de enero.

EXT-1

Ley 1/2004, de 19 de febrero (Presidencia de la Junta de Extremadura).

Creación de la **Empresa Pública Gestión de Infraestructuras, Suelo y Vivienda de Extremadura**.

BOCE núm. 27, de 6 de marzo.

BOE núm. 71, de 23 de marzo.

XIII. PRESUPUESTOS

CAS-2

Ley 14/2003, de 23 de diciembre (Presidencia de la Comunidad de Castilla y León).

Presupuestos para 2004.

BOCL núm. 252, de 30 de diciembre.

BOE núm. 13, de 15 de enero.

NAV-2

Ley Foral 34/2003, de 30 de diciembre (Presidencia de la Comunidad Foral de Navarra).

Presupuestos para 2004.

BON núm. 165, de 31 de diciembre.

BOE núm. 17, de 20 de enero.

DRC-2

Ley 3/2003, de 30 de diciembre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de Cantabria).

Presupuestos para 2004.

BOC núm. 251, de 31 de diciembre.

BOE núm. 23, de 27 de enero.

GAL-4

Ley 8/2003, de 23 de diciembre (Presidencia de la Xunta de Galicia).

Presupuestos para 2004.

DOG núm. 251, de 29 de diciembre.

BOE núm. 25, de 29 de enero.

BAL-2 Ley 9/2003, de 22 de diciembre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears).

Presupuestos para 2004.

BOIB núm. 179, de 29 de diciembre.

BOE núm. 26, de 30 de enero.

CMN-5 Ley 14/2003, de 18 de diciembre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha).

Presupuestos para 2004.

DOCLM núm. 182, de 29 de diciembre.

BOE núm. 29, de 3 de febrero.

EXT-2 Ley 7/2003, de 19 de diciembre (Presidencia de la Junta de Extremadura).

Presupuestos para 2004.

BOCE núm. 4, de 29 de diciembre.

BOE núm. 29, de 3 de febrero.

ARA-4 Ley 25/2003, de 30 de diciembre (Presidencia de la Comunidad de Aragón).

Presupuestos para 2004.

BOA núm. 156, de 31 de diciembre.

BOE núm. 32, de 6 de febrero.

CAN-1 Ley 22/2003, de 30 de diciembre (Presidencia de la Comunidad de Canarias).

Presupuestos para 2004.

DOC de 31 de diciembre.

BOE núm. 32, de 6 de febrero.

AST-2 Ley 5/2003, de 30 de diciembre (Presidencia del Principado de Asturias).

Presupuestos para 2004.

BOPA núm. 301, de 31 de diciembre.

BOE núm. 34, de 9 de febrero.

VAL-3 Ley 17/2003, de 30 de diciembre (Presidencia de la Generalitat Valenciana).

Presupuestos para 2004.

DOCV núm. 4654, de 19 de diciembre.

BOE núm. 35, de 10 de febrero.

RIO-3

Ley 9/2003, de 19 de diciembre (Presidencia de Comunidad Autónoma de La Rioja).

Presupuestos para 2004.

BOR núm. 160, de 30 de diciembre.

BOE núm. 43, de 19 de febrero.

MUR-8

Ley 10/2003, de 23 de diciembre (Presidencia de la Comunidad de la Región de Murcia).

Presupuestos para 2004.

BORM núm. 18, de 23 de enero.

BOE núm. 52, de 1 de marzo.

XIV. PROTECCIÓN DE DATOS

PV-2

Ley 2/2004, de 25 de febrero (Presidencia del País Vasco).

Ficheros de Datos de Carácter Personal de Titularidad Pública y de Creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos.

BOPV núm. 44, de 4 de marzo.

XV. RECURSOS NATURALES

NAV-3

Ley Foral 33/2003, de 10 de diciembre (Presidencia de la Comunidad Foral de Navarra).

Redelimitación de la Reserva Natural de Larra y su Zona Periférica de Protección.

BON núm. 159, de 17 de diciembre.

BOE núm. 17, de 20 de enero.

MUR-9

Ley 2/2003, de 28 de marzo (Presidencia de la Región de Murcia).

Declara la Sierra de El Carche como Parque Regional.

BORM núm. 86, de 14 de abril.

BOE núm. 31, de 5 de febrero.

XVI. SANIDAD

GAL-5 Ley 7/2003, de 9 de diciembre (Presidencia de la Xunta de Galicia).

Ordenación sanitaria de Galicia.

DOG núm. 246, de 19 de diciembre.

BOE núm. 12, de 14 de enero.

XVII. SERVICIOS SOCIALES

MUR-10 Ley 3/2003, de 10 de abril (Presidencia de la Región de Murcia).

Sistema de Servicios Sociales.

BORM núm. 99 de 2 de mayo.

BOE núm. 35, de 10 de febrero.

XVIII. TRANSPORTE

PV-3 Ley 4/2004, de 18 de marzo (Presidencia del País Vasco).

Transporte de viajeros por carretera.

BOPV núm. 60, de 29 de marzo.

XIX. UNIVERSIDADES

PV-4 Ley 3/2004, de 25 de febrero (Presidencia del País Vasco).

Sistema Universitario Vasco.

BOPV núm. 50, de 12 de marzo.

XX. VIVIENDA

ARA-5 Ley 24/2003, de 26 de diciembre, (Presidencia de la Comunidad de Aragón).

Medidas urgentes de política de Vivienda Protegida.

BOA núm. 156, de 31 de diciembre.

BOE núm. 14, de 16 de enero.

Disposiciones generales de la Junta de Andalucía (*)

I. CONSUMO

AND-62

AND-1 Decreto 103/2004, de 16 de marzo (Consejería de Gobernación).

Atribución de competencias sancionadoras en materia de consumo.
BOJA núm. 55, de 19 de marzo.

II. COOPERATIVAS

AND-2

Decreto 318/2003, de 18 de noviembre (Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico).

Modifica el Decreto 267/2001, de 11 de diciembre, por el que se aprueba el **Reglamento de desarrollo de la Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas.**
BOJA núm. 34, de 19 de febrero.

III. CORPORACIONES PROFESIONALES

AND-3

Decreto 86/2004, de 2 de marzo (Consejería de Agricultura y Pesca).

Reglamento de Cofradías de Pescadores y sus Federaciones.
BOJA núm. 52, de 16 de marzo.

AND-4

Decreto 43/2004, de 3 de febrero (Consejería de Justicia y Administración Pública).

Crea el **Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Doctores y Licenciados en Filosofía y Letras y en Ciencias.**
BOJA núm. 34, de 19 de febrero.

(*) Sección elaborada por JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE. Comprende las leyes y disposiciones generales más importantes de la Junta de Andalucía publicadas en el BOJA en el primer trimestre de 2004 (I-III).

IV. DEPORTE

AND-5 Decreto 55/2004, de 17 de febrero (Consejería de Turismo y Deporte).
Reglamento del **Voluntariado Deportivo en Andalucía**.
BOJA núm. 44, de 4 de marzo.

V. EDUCACIÓN

AND-6 Decreto 77/2004, de 24 de febrero (Consejería de Educación y Ciencia).
Regula los **criterios y el procedimiento de admisión del alumnado en los centros docentes sostenidos con fondos públicos a excepción de los Universitarios**.
BOJA núm. 40, de 27 de febrero.

VI. ELECCIONES

AND-7 Decreto del Presidente 1/2004, de 19 de enero (Presidencia de la Junta de Andalucía).
Disolución del Parlamento de Andalucía y convocatoria de elecciones.
BOJA núm. 12, de 20 de enero.

VII. ESTADÍSTICA

AND-8 Decreto 352/2003, de 16 de diciembre (Consejería de Economía y Hacienda)
Aprueba el **Programa Estadístico de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2004**.
BOJA núm. 18, de 28 de enero.

VIII. FARMACIAS

AND-9 Decreto 353/2003, de 16 de diciembre (Consejería de Salud).
Establece la **planificación farmacéutica y los procedimientos de autorización relativos a oficinas de farmacia**.
BOJA núm. 6, de 12 de enero.

IX. FAMILIA

AND-72 **AND-10** Decreto 7/2004, de 20 de enero (Consejería de Presidencia).

Ampliación de de las medidas de apoyo a las familias andaluzas.
BOJA núm. 15, de 22 de enero.

X. INDUSTRIA

AND-11 Decreto 323/2003, de 25 de noviembre (Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico).

Programa Industrial para Andalucía 2003-2006 (PIA III).
BOJA núm. 49, de 11 de marzo.

XI. INFANCIA

AND-12 Decreto 3/2004, de 7 de enero (Consejería de Asuntos Sociales).
Establece el **sistema de información sobre maltrato infantil de**

Andalucía.

BOJA núm. 10, de 16 de enero.

AND-13 Decreto 362/2003, de 22 de diciembre (Consejería de Asuntos Sociales)

Aprueba el **Plan Integral de Atención a la Infancia de Andalucía (2003-2007).**
BOJA núm. 18, de 28 de enero.

XII. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

AND-14 Decreto 93/2004, de 9 de marzo (Consejería de Presidencia).

Regula el **informe de evaluación de impacto de género en los proyectos de ley y reglamentos que apruebe el Consejo de Gobierno.**

BOJA núm. 50, de 12 de marzo.

XIII. RECURSOS NATURALES

AND-15 Decreto 344/2003, de 9 de diciembre (Consejería de Medio Ambiente).

Aprueba el **Plan de Ordenación de los Recursos Naturales y el Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Natural Sierra de las Nieves.**

BOJA núm. 14, de 22 de enero.

AND-16

Decreto 354/2003, de 16 de diciembre (Consejería de Medio Ambiente)

Aprueba el **Plan de Ordenación de los Recursos Naturales y el Plan Rector de Uso y**

Gestión del Parque Natural Sierra de Andújar.

BOJA núm. 24, de 5 de febrero.

AND-17

Decreto 4/2004, de 13 de enero (Consejería de Medio Ambiente).

Aprueba el **Plan de Ordenación de los Recursos Naturales y el Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Natural Sierras Subbéticas.**

BOJA núm. 38, de 25 de febrero.

AND-18

Decreto 48/2004, de 10 de marzo (Consejería de Medio Ambiente)

AND-81

Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Nacional de Doñana.
BOJA núm. 44, de 4 de marzo.

XIV. SANIDAD

AND-19

Decreto 95/2004, de 9 de marzo (Consejería de Justicia y Administración Pública).

Crea y regula el **Consejo Andaluz de Medicina Legal y Forense y la Comisión de Coordinación de los Institutos de Medicina Legal de Andalucía.**

BOJA núm. 61, de 29 de marzo.

AND-20

Decreto 96/2004, de 9 de marzo (Consejería de Salud).

Establece la **garantía de plazo de respuesta en procesos asistenciales, primeras consultas de asistencia especializada y procedimientos diagnósticos en el Sistema Sanitario Público** de Andalucía.

BOJA núm. 62, de 30 de marzo.

XV. SEGURIDAD LABORAL

AND-21

Decreto 313/2003, de 11 de noviembre (Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico)

Aprueba el **Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales en Andalucía.**

BOJA núm. 22, de 3 de febrero.

XVI. TERCERA EDAD

AND-22

Decreto 23/2004, de 3 de febrero (Consejería de Asuntos Sociales)

Regula la **protección jurídica a las personas mayores.**

BOJA núm. 25, de 6 de febrero.

XVII. TELEVISIÓN

AND-23

Decreto 365/2003, de 30 de diciembre (Consejería de Presidencia).

Régimen jurídico transitorio de las televisiones locales por ondas terrestres.

BOJA núm. 2, de 5 de enero.

XVIII. TURISMO

AND-24

Decreto 340/2003, de 9 de diciembre (Consejería de Turismo y Deporte).

Aprueba el **Plan General del Turismo de Andalucía.**

BOJA núm. 9, de 15 de enero.

AND-25

Decreto 15/2004, de 27 de enero (Consejería de Turismo y Deporte).

Regula las declaraciones de interés turístico de Andalucía.

BOJA núm. 29, de 12 de febrero.

AND-26

Decreto 47/2004, de 10 de febrero (Consejería de Turismo y Deporte).

Reglamento de establecimientos hoteleros.

BOJA núm. 42, de 2 de marzo.

XIX. URBANISMO

AND-27

Decreto 2/2004, de 7 de enero (Consejería de Obras Públicas y Transporte).

Regula los **registros administrativos de instrumentos de planeamiento, de convenios urbanísticos y de los bienes y espacios catalogados, y se crea el Registro Autonómico.**

BOJA núm. 6, de 12 de enero.

AND-28 Decreto 21/2004, de 3 de febrero (Consejería de Obras Públicas y Transporte)

Reglamento de la Acreditación y del Registro de las Entidades de Control de Calidad de la Construcción.

BOJA núm. 37, de 24 de febrero.

AND-29 Decreto 85/2004, de 2 de marzo (Consejería de Gobernación).

Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Comisiones Provinciales de Valoraciones.

BOJA núm. 52, de 16 de marzo.

ÍNDICE ANALÍTICO

2º TRIMESTRE 2003

- Acceso público a los documentos del Comité de las Regiones, **UE-139**
Acogida temporal por los Estados miembros de UE de determinados palestinos, **UE-252**
Acuerdo Comunidad Económica Europea-República de Guinea, **UE-164, UE-192**
Acuerdo Comunidad Europea- Federación de Rusia, **UE-189**
Acuerdo Comunidad Europea-Israel, **UE-188**
Acuerdo Comunidad Europea-Mauricio, **UE-165, UE-193**
Acuerdo Comunidad Europea-Reino de Noruega, **UE-147, UE-190**
Acuerdo Comunidad Europea-República de Kiribati, **UE-162, UE-191**
Acuerdo de Asociación **ACP-CE, UE-194**
Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Albania sobre MOUE, **UE-232**
Acuerdo marco medio ambiente y energía nuclear CEEA-Federación de Rusia, **UE-214**
Acuerdo marco medio ambiente y energía nuclear CE-Federación de Rusia, **UE-214**
Acuerdo Reino Unido Isla de Man-CE protección jurídica de las bases de datos, **UE-228**
Adhesión de la República Democrática de Timor-Leste al Acuerdo de Asociación **ACP-CE, UE-197**
Administración autonómica: **CMN-3**
Administración instrumental: **ARA-3; EXT-1**
Aplicación de medidas transitorias, **UE-156**
Aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, **UE-204, UE-205, UE-208, UE-209**
Arancel integrado de las Comunidades Europeas (TARIC), **UE-143**
Autorizaciones de comercialización de medicamentos para uso humano y medicamentos veterinarios, **UE-199, UE-200**
Ayuda estatal concedida por España en favor de Sniace SA, **UE-179**
Ayuda estatal ejecutada por España en favor de "Terra Mítica SA", **UE-177**
Ayudas al almacenamiento privado de carne de porcino, **UE-150**

Birmania/Myanmar, **UE-231, UE-234, UE-249**

Cajas de Ahorro: **CMN-1; MUR-1**

Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación: **MUR-5**

Capital europea de la cultura 2006, **UE-223**

Caza y pesca fluvial: **MUR-2**

Código aduanero comunitario, **UE-142**

Código comunitario sobre medicamentos para uso humano, **UE-201**

Cofradías de Pescadores: **AND-3**

Colegios Profesionales: **VAL-1; MUR-3; AND-4**

Comisiones Delegadas Del Gobierno: **Est-30**

Comisiones Provinciales de Valoraciones: **AND-29**

Comité de Política Económica, **UE-140**

Comité Económico y Financiero, **UE-141**

Comité Militar de la Unión Europea, **UE-235**

Comités que colaboran con la Comisión, **UE-134, UE-135**

Compuestos organoestánicos en los buques, **UE-215**

Consejo de Cooperación CE-Antigua República Yugoslava de Macedonia, **UE-237**

Consejo Energy Star de la Comunidad Europea, **UE-198**

Consejos Reguladores de las Denominaciones de Origen: **MUR-4**

Consumo: **AND-1**

Convenio relativo a la tecnología de la información a efectos aduaneros, **UE-259**

Cooperación de la Unión Europea en materia de no proliferación y desarme en la Federación de Rusia, **UE-245**

Cooperativas: **AND-2**

Corretaje de armas, **UE-254**

Corte Penal Internacional, **UE-247**

Cuentas anuales de determinadas formas de sociedad, **UE-226**

Definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas, **UE-227**

Delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, **UE-262**

Departamentos Ministeriales: **Est-28, Est-29**

Deporte: **CMN-2; AND-5**

Destrucción de munición de armas ligeras y de pequeño calibre en Albania, **UE-233**

Desvío comercial medicamentos esenciales, **UE-145**

Discapacitados: **GAL-1**

Documento de tránsito facilitado (FTD), **UE-256, UE-257**

Documento de tránsito ferroviario facilitado (FRTD), **UE-256, UE-257**

Educación: **AND-6**

Elaboración de Reglamentos: **AND-14**

Elecciones: **AND-7**

Emisiones de gases de escape de los vehículos de motor, **UE-207**

Emisiones de gases de escape de los vehículos industriales, **UE-206**

Entidades de Control de Calidad de la Construcción: **AND-28**

Equipo conjunto de investigación (ECI), **UE-263**

Especialidades Farmacéuticas: **Est-36**

Estadística: **AND-8**

Estadísticas agrícolas, **UE-222**

Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo, **UE-182**

Estrategia acerca de los accidentes en el sector de los transportes, **UE-173**

Etiqueta ecológica, **UE-218, UE-219, UE-220**

Explotaciones Ganaderas: **Est-26**

Familia: **AND-10**

Farmacia: **AND-9**

Fichero de identificación de los expedientes de investigación aduanera, **UE-144**

Fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses, **UE-180**

Fondo de Inversión del Acuerdo de Cotonú, **UE-195**

Fondo Europeo de Desarrollo, **UE-131**

Fondo Europeo de Desarrollo, **UE-196**

Fondo Europeo de Desarrollo, **UE-211**

Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola (FEOGA), **UE-160**

Fondos Estructurales, **UE-210**

Función Pública: **PV-1**

Fusión de Usinor/Arbed/Aceralia, **UE-176**

Georgia/Osetia del Sur, **UE-246**

Impuestos, tasas y precios públicos: **GAL-2; NAV-1; MAD-1; CMN-4; MUR-6; MUR-7**

Industria: **AND-11**

Infancia: **AND-12; AND-13**

Información estadística del Banco Central Europeo en estadísticas de balanza de pagos, **UE-184**

Intercambio De Información Tributaria: **Est-33**

Liberia medidas restrictivas, **UE-230**

Límites de concentración y las indicaciones de etiquetado para los componentes de las aguas minerales naturales, **UE-203**

Manual común sobre los gastos de tramitación de visados, **UE-261**

Manual de diagnóstico de la peste porcina africana, **UE-161**

Medidas adoptadas por España en favor de Refractarios Especiales SA, **UE-178**

Medidas económicas: **CAS-1; DRC-1; GAL-3; ARA-1; AST-1; VAL-2; RIO-2**

Medidas ejecutadas por España en favor del sector agrario, **UE-175**

Medidas específicas de lucha contra el terrorismo, **UE-253, UE-255**

Medidas restrictivas contra Liberia, **UE-251**

Medidas restrictivas específicas Usamah bin Ladin, red Al-Qaida y talibanes, **UE-229**

Medios De Comunicación De Titularidad Del Estado: **Est-35**

Municipios de gran población: **RIO-1**

Nacionales de terceros países, **UE-258**

Nomenclatura común de unidades territoriales estadísticas (NUTS), **UE-221**

Normas comunes de seguridad aérea, **UE-169**

Normas sanitarias para subproductos animales no destinados al consumo humano, **UE-152**

Normas zosanitarias desplazamientos de animales de compañía sin ánimo comercial, **UE-153**

Nueva generación de programas para jóvenes, **UE-224**

Nueva Ordenación Del Sistema Educativo: **Est-27**

Operación Militar en República Democrática del Congo, **UE-236, UE-239**

Operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado), **UE-174**

Parques y Reservas Naturales: **NAV-3; MUR-9; AND-15; AND-16; AND-17; AND-18**

- Participación público en determinados planes y programas de medio ambiente, **UE-216**
- Perspectivas financieras para la ampliación, **UE-129**
- Perspectivas financieras, **UE-130**
- Pesca y las condiciones correspondientes para determinadas poblaciones y grupos de poblaciones de peces, **UE-166**
- Plan Hidrográfico Nacional: **Est-32**
- Policía sanitaria importaciones de esperma de animales de la especie bovina, **UE-157**
- Prescripciones específicas de estabilidad aplicables a los buques de pasaje de transbordo rodado, **UE-172**
- Presupuesto general de la Unión Europea, **UE-132**
- Presupuestos: **CAS-2; NAV-2; DRC-2; GAL-4; BAL-2; CMN-5; EXT-2; ARA-4; CAN-1; AST-2; VAL-3; RIO-3; MUR-8**
- Principios de la Asociación para la Adhesión de Bulgaria, **UE-185**
- Principios de la Asociación para la Adhesión de Rumania, **UE-186**
- Principios de la Asociación para la Adhesión de Turquía, **UE-187**
- Producción agrícola ecológica, **UE-148**
- Productos sanitarios en cuya elaboración se utilizan tejidos de origen animal, **UE-202**
- Prohibición de los compuestos organoestánicos en los buques, **UE-170**
- Prohibición venta, suministro y exportación a Birmania/Myanmar de equipos para la represión interior, **UE-231**
- Protección de Datos: **PV-2**
- Protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios, **UE-225**
- Protección de los trabajadores contra exposición al amianto durante el trabajo, **UE-168**
- Protocolo de Enmienda del Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros (Convenio de Kioto), **UE-146**
- Pruebas de diagnóstico rápido, **UE-155**
- Publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco, **UE-204**
- Puntos de parada, **UE-154**
- Recaudación De La Seguridad Social: **Est-38**
- Recursos de casación, **UE-138**
- Recursos directos, **UE-138**
- Red de consulta Schengen, **UE-260**
- Régimen de importación y exportación en el sector de la carne de vacuno, **UE-151**

Registro del dominio de primer nivel .eu, **UE-212**
Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia, **UE-136**
Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, **UE-137**
Reglamento interno Comisión, **UE-133**
Regulación *ex ante* de productos y servicios de comunicaciones electrónicas, **UE-213**
Representante Especial de la UE en la ex República Yugoslava de Macedonia, **UE-241**
Representante Especial de la UE encargado de asumir las funciones de Coordinador Especial del Pacto de Estabilidad para Europa Sudoriental, **UE-244**
Representante Especial de la UE para el proceso de paz en Oriente Próximo, **UE-240**
Representante Especial de la UE para la Región de Grandes Lagos de África, **UE-242**
Representante Especial de la Unión Europea en Afganistán, **UE-243**
República Democrática del Congo, **UE-236, UE-239, UE-250**
Rusia, **UE-238**

Salario Mínimo Interprofesional: **Est-37**
Sanidad: **GAL-5; AND-19; AND-20**
Sector Ferroviario: **Est-31**
Seguridad aplicable a los buques de pasaje, **UE-171**
Seguridad laboral: **AND-21**
Servicios Sociales: **MUR-10**
Sistema automatizado transeuropeo de transferencia urgente para la liquidación bruta en tiempo real (TARGET), **UE-183**
Sistema de seguimiento y verificación del atún, **UE-167**
Sustancias indeseables en la alimentación animal, **UE-158**

Televisión Digital Local: **Est-34**
Televisión: **AND-23**
Tercera edad: **AND-22**
Tipología comunitaria de las explotaciones agrícolas, **UE-159**
Transporte de mercancías peligrosas por carretera, **UE-208**
Transporte de mercancías peligrosas por ferrocarril, **UE-209**
Transporte: 3
Tribunal de Justicia: Instrucciones prácticas, 3
Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), 3

Turismo: **AND-24; AND-25; AND-26**

Universidades: **PV-4**

Urbanismo: **BAL-1; ARA-2; AND-27**

Uso de biocarburantes u otros combustibles renovables en el transporte,
UE-217

Uso obligatorio de cinturones de seguridad en vehículos de menos de
3,5 toneladas, **UE-205**

Ventas públicas de alcohol de origen vínico, **UE-149**

Vivienda: **ARA-5**

NOTICIAS DE LA
ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORMES¹

La Agencia Andaluza de la Energía ¿el retorno ficticio del Derecho administrativo?

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 4/2003, de 23 de septiembre, *de creación de la Agencia Andaluza de la Energía* forma parte del paquete legislativo que ha puesto fin a la legislatura comenzada en 2000. Vio la luz en el BOJA de 1 de octubre y cuando han transcurrido diez meses de su entrada en vigor su objetivo principal, la creación de la Agencia no es una realidad. Esta situación de pasividad y carencia no debería llamar la atención –pues estaría dentro de lo habitual en el giro ordinario de las Administraciones públicas– si no fuera por producirse en el ámbito de una Administración que se desenvuelve en una sociedad a la que durante meses la propaganda oficial en los más diversos medios de comunicación ha venido calificando de *imparable*. Es también la Administración que a lo largo de ese año –2003– ha aprobado diversas normas que deberían encajarla con sus métodos y actuaciones en la vanguardia administrativa de la sociedad de la información y del conocimiento. Lo que no puede sino conducir a los más altos niveles de eficacia, pues de otra manera sobraría toda la retórica al uso sobre estos conceptos. Causa, pues, cierta sorpresa que no se haya encontrado tiempo para aprobar los estatutos de la Agencia y ponerla en funcionamiento. Cuesta trabajo pensar que, al aprobarse la ley no estuviesen más o menos perfiladas las líneas de dicho estatuto, pues lo razonable es que ley y estatutos respondan a un propósito global más o menos concretado que se van acercando a la realidad a través de fases sucesivas: proyecto de ley, tramitación parlamentaria y finalmente estatutos aprobados por decreto que, como es de rigor, recogerá las posibles modificaciones que sobre el proyecto inicial se hayan incorporado, a lo largo del procedimiento legislativo. En una Administración que apoyaba a un Ejecutivo de práctica mayoría absoluta –mayoría absoluta, sin más, al redactarse estas líneas contingencias no previstas en el momento de gestarse el proyecto forzosamente no podían ser excesivas. De ahí que el retraso en la aprobación del reglamento tenga difícil justificación desde este punto de vista.

¹ Esta sección se ha realizado bajo la dirección de JOSÉ IGNACIO MORILLO-VELARDE PÉREZ.

El comentarista que no tiene otra fuente de conocimiento que las páginas del BOJA empieza a alumbrar la tétrica sospecha de que lo que realmente ocurre es que el empeño es vano y que la mencionada Agencia es algo perfectamente prescindible, en consecuencia han pasado diez meses pero podrían pasar muchos más sin que la ciudadanía andaluza eche de menos su flamante Agencia Andaluza de la Energía y probablemente nunca la echará en falta si, por lo que fuese no llegara a constituirse. Si, además, se atiende al texto y lo compara con la realidad preexistente más parece que nos encontramos con rótulos que remiten a fórmulas más o menos de moda antes que a instrumentos sustantivos que vayan a aportar algo verdaderamente novedoso a lo que ya se hace.

Sin perjuicio de exponer algunos de los aspectos más relevantes de cara al conocimiento del contenido de esta ley quiero destacar dos notas de la misma que llaman la atención, si se la considera en el conjunto de las fórmulas organizativas de las Administraciones públicas en nuestro Derecho administrativo: de una parte, destacar que es la segunda Agencia administrativa que hace acto de presencia en la realidad jurídico-administrativa andaluza y, en segundo lugar, que parece invertir el significado de una tendencia que hace años causó la alarma en la doctrina y hoy pervive aún como uno de los tópicos más recurrentes del Derecho administrativo, si bien, de alguna manera despuntado ya de su anterior connotación alarmista. Me refiero a la clásica cuestión de la huida del Derecho administrativo que en el contexto al que ahora nos acercamos parece tener un cierto signo diferente, como más adelante explicaré.

II. EL CONTENIDO DE LA LEY

La ley 4/2003 es una norma meramente organizativa. Se limita a crear la Agencia andaluza de la energía y a trazar las pautas fundamentales de su estructura, sin especial originalidad en mi opinión. Si algo hubiera que destacar sería precisamente la exposición de motivos que reúne lo más granado de los tópicos relativos a la protección ambiental y las nuevas energías. No faltan, pues, alusiones a la eficiencia en el consumo y producción de la energía, la transversalidad, la sostenibilidad y, por supuesto, a la normativa comunitaria entre los apoyos de esta nueva estructura administrativa. Nada, pues, que reprochar en cuanto a justificación y apoyos formales que se mueven en el más escrupuloso marco de lo políticamente correcto, si además, tenemos en cuenta su estricto respeto al ámbito competencial definido en la Constitución y el Estatuto de Autonomía.

1. La Agencia Andaluza de la Energía como entidad de Derecho público.

El texto es ya algo más decepcionante. La Agencia en si misma no es más que un ente de Derecho público de los previstos en el artículo 6.1.b) de la Ley 5/1983, de 19 de junio, *General de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, adscrita a la Consejería que tenga atribuida la competencia en materia de energía, con el objeto de optimizar en términos económicos y ambientales el abastecimiento energético de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Su constitución efectiva queda demorada al momento de entrada en vigor de sus estatutos que serán aprobados por el Consejo de Gobierno. Como no puede ser menos, la entidad goza de personalidad jurídica propia, de plena capacidad jurídica y de obrar para el cumplimiento de sus fin y de patrimonio propio. Concretando algo más los aspectos básicos de su régimen jurídico el art. 2. 2 establece que *en lo concerniente a su estructura y funcionamiento, la Agencia Andaluza de la Energía estará sometida a la presente Ley, a sus Estatutos y a las normas que se dicten en desarrollo la misma. Asimismo, le será de aplicación la Ley General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía y demás normativa de general aplicación para las entidades derecho público de la Junta de Andalucía. El personal de la entidad se regirá por el derecho laboral, las relaciones patrimoniales por el derecho privado y el régimen de contratación se ajustará a las previsiones de la legislación contratos de las Administraciones Públicas.*

En resumen, el régimen jurídico de la nueva entidad queda remitido al Derecho privado, quedando muy clara su condición de ente de derecho público, salvo en dos aspectos que se señalan con desigual claridad en los que se proyecta su naturaleza jurídico-pública. Al primero de ellos se alude con la referencia a la aplicación de la Ley General de la Hacienda de la Comunidad Autónoma, con lo que es evidente se está refiriendo al régimen financiero. Pero, al mismo tiempo, se dice que será aplicable a la nueva Agencia la normativa aplicable para las entidades de derecho público de la Junta de Andalucía ¿cuál? ¿a todas se le aplica la misma? ¿igual el Servicio Andaluz de Salud que el Instituto de Administración Pública de Andalucía? ¿lo mismo la Radiotelevisión Andaluza que el Instituto de Fomento de Andalucía? No se entiende muy bien por que este juego de adivinanzas desde los textos legales. Parece que el legislador no quiere que se sepa muy bien cual ha de ser la norma aplicable.

Porque la cuestión es, en definitiva, si a nuestra Agencia se aplica la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo común y se somete al control contencioso-administrativo o no. Evidentemente, despejados los demás

aspectos: patrimoniales, de personal, financiero y contratación que expresamente se remiten al derecho privado, no queda otra posibilidad, de otra forma ¿para que se crea la Agencia como entidad de derecho público? La razón es muy sencilla, aunque la ley no la diga: para permitir que SODEAN ejerza potestades públicas. Si hay algo claro en nuestro Derecho administrativo, -y aún esto tiene sus dificultades- es que el ejercicio de potestades públicas se rige por el derecho público. Por eso el artículo que se ocupa del régimen jurídico administrativo de la Agencia dispone que *ésta estará sometida a las normas procesales comunes sobre competencia y jurisdicción aplicables a las personas de derecho privado, sin perjuicio de que la entidad actúe en el ejercicio de potestades administrativas, en cuyo caso será aplicable la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común* y consecuentemente en tal caso quedará expedito el control jurisdiccional contencioso-administrativo.

2 Funciones e iniciativas de la Agencia:

Con carácter general el ámbito funcional de la Agencia se define con las siguientes palabras: *promoverá la optimización, en términos económicos y ambientales, de la utilización y abastecimiento energético de la Comunidad Autónoma*. Este sintético cometido se desglosa en una amplísima relación de posibles actuaciones que transcribo:

- a) Mejorar la calidad de los servicios energéticos en la Comunidad.*
- b) Colaborar en la extensión y desarrollo de las infraestructuras energéticas de generación, transporte y distribución.*
- c) Conseguir la máxima eficiencia en las aplicaciones energéticas.*
- d) Profundizar en el grado de autoabastecimiento energético de la Comunidad a través de la diversificación de las fuentes.*
- e) Promover la aplicación de la innovación tecnológica, como potenciar el I+D en el sector energético en nuestra*
- f) Fomentar la utilización de energías renovables.*
- g) Contribuir al desarrollo de energías menos contaminantes, así como a limitar las emisiones de efluentes contaminantes a la atmósfera.*
- h) Promover y estimular el ahorro energético y el uso racional de la energía, y especialmente evitar pérdidas energéticas en los hogares y en las instalaciones públicas y privadas.*
- i) Potenciar la cogeneración.*
- j) Colaborar con las instituciones públicas y privadas en la puesta en marcha de actividades que mejoren el sistema energético.*
- k) Contribuir a la disminución de la contaminación y de los impactos ambientales causados por el sistema energético actual.*

- l) Promover la eficiencia energética en el transporte en la Comunidad Autónoma.*
- m) Fomentar y colaborar en el desarrollo de dispositivos de utilización más eficiente de la energía.*
- n) Promover y contribuir a una adecuada educación entre la población sobre el uso de la energía y el consumo energético.*
- ê) Contribuir a la extensión territorialmente equilibrada de la producción y de los suministros energéticos, promoviendo especialmente la electrificación de las zonas rurales aisladas.*
- o) Proponer las actuaciones que considere necesarias al órgano correspondiente de la Consejería que ostente las competencias en materia de energía.*
- p) Gestionar las líneas de ayuda que la Consejería competente en materia de energía le encomiende, de acuerdo con lo establecido en el artículo 106 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.*
- q) Conceder subvenciones con cargo a su presupuesto de acuerdo con lo que dispone el artículo 104 de la Ley 5/1983 citada.*
- r) Realizar un informe anual del cumplimiento de los objetivos del Plan Energético.*
- s) Incentivar e impulsar a las Corporaciones Locales en el fomento de las energías renovables.*

De la simple lectura es fácil observar que salvo lo enunciado en el apartado q), todas las demás iniciativas, como las denomina la ley, pueden ser realizadas por cualquier sujeto de derecho, aunque carezca de la condición de entidad de derecho público. En esta iniciativa se descubre una potestad administrativa que, de alguna manera empieza a desvelar la adivinanza a que me refería antes, y confirma cual es, en último término, el sentido de la creación de la entidad: permitir que SODEAN puede otorgar subvenciones, aunque para ello se ha optado por *la desaparición formal* de SODEAN.

Para la realización de estas iniciativas la ley de modo imperativo, aunque sin carácter limitativo enuncia las medidas que la Agencia debe adoptar y que son las siguientes:

- a) Fomentar y propiciar la práctica de auditorías energéticas en los sectores público y privado.*
- b) Fomentar la eficiencia energética en el diseño y la construcción de viviendas y otros edificios, potenciando las certificaciones energéticas para nuevas edificaciones y para las existentes.*
- c) Fomentar actuaciones concretas de instalaciones energéticas renovables.*
- d) Elaborar y ejecutar los planes y programas encomendados por Administraciones Públicas y particulares.*
- e) Fomentar líneas de trabajo con aquellas entidades que apoyen la investigación energética.*

f) *Fomentar la organización de cursos de formación y reciclaje en todos los niveles educativos y profesionales.*

g) *Elaborar dictámenes y balances tanto temporales como sectoriales o generales.*

h) *Realizar campañas de concienciación e información dirigidas a empresarios, trabajadores y ciudadanos en general.*

i) *Promover inversiones en energías ambientalmente compatibles y renovables, así como medidas de ahorro energético.*

j) *Realizar estudios sistemáticos sobre los consumos energéticos y la facturación de los inmuebles destinados a oficinas o servicios de la Junta de Andalucía, así como analizar las ofertas económicas y técnicamente más ventajosas de las distintas empresas suministradoras.*

De nuevo la lectura del elenco de iniciativas nos sugiera la posibilidad de su ejercicio por sujetos de naturaleza privada. Este sujeto en la realidad andaluza no es otro que SODEAN. No hace falta discurrir mucho para identificarlo. La simple consulta de su página web describen una empresa de titularidad de la Junta de Andalucía a través del Instituto de Fomento cuyo objeto social nada tiene que envidiar el ámbito funcional y de iniciativas de la nueva Agencia, acaso si se exceptúa la potestad de otorgar subvenciones².

3. Órganos de la Agencia Andaluza de la Energía.

Los redactores del proyecto han hecho un descomunal esfuerzo de imaginación a la hora de establecer la organización de la Agencia. En efecto, el art. 6 de la ley dispone que *los órganos de gobierno y dirección de la Agencia Andaluza de la Energía son el Consejo Rector, el Presidente y el Director General. El Consejo Rector es el órgano superior de la entidad que ostenta la alta dirección, gobierna la Agencia y establece las directrices de actuación de la misma conforme a las emanadas de la Junta de Andalucía y tendrá la composición que se establezca en los Estatutos. Los miembros del Consejo Rector y su Presidente serán nombrados por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, a propuesta del titular de la Consejería que ostente las competencias en materia de energía. El Director General será nombrado por el Presidente de la Agencia.* Estas previsiones se completan con la disposición adicional primera –no entiendo muy bien este tipo de técnica legislativa, pues al menos yo no veo muy claro por que esta disposición no es un simple apartado más del art. 6– que de forma bastante indeterminada condiciona la composición del

² <http://www.sodean.es/g-somos.htm> de 10/07/2004.

consejo rector: *Los Estatutos establecerán un Consejo Asesor de la Agencia Andaluza de la Energía, en el que al menos estarán representadas las organizaciones más representativas en el ámbito sindical, empresarial, profesional, ecologistas, de consumidores, asociaciones de vecinos y universitaria y, que sin perjuicio de las competencias y funciones que establezcan los Estatutos, sirvan de cauce para una eficaz participación ciudadana y social, emitan información, consultas y presten asesoramiento en materia de energía. También estarán representadas la Administración General del Estado y las Administraciones Locales.* Si se me permite la expresión: *la tropa de Pancho Villa*, de donde ha de salir un consejo nombrado por el Gobierno de la Junta de Andalucía a propuesta de la Consejería con competencias sobre energía. Cuesta mucho pensar que no se hará un órgano a la medida de quienes detenten el poder en la Comunidad Autónoma, como viene siendo habitual.

Otra consideración que se desprende es el carácter instrumental de esta Agencia: su subordinación, que por no merecer el calificativo de jerárquica desde una perspectiva técnica, no por ello es menos rígida. Se confirma, además de con lo que acabo de decir, con las previsiones del párrafo 1 del art. sobre régimen jurídico-administrativo: *contra las resoluciones dictadas por el Director General de la Agencia Andaluza de la Energía, se podrá interponer recurso de alzada ante el Presidente; y contra las resoluciones dictadas por el Consejo Rector y por el Presidente se podrá, en su caso, interponer recurso de alzada ante el órgano competente de la Consejería que ostente las competencias en materia de energía.*

Directrices de la Junta de Andalucía que, proceden de la Consejería competente en materia de energía y recurso de alzada ante ésta configuran dos técnicas de subordinación jerárquica que, si bien no conforman por completo una relación de este tipo por cuanto nos hallamos ante una relación interadministrativa, crean una situación fáctica difícilmente calificable de otra manera, aunque técnicamente podamos denominarla *de instrumentalidad*.

3. La Agencia y SODEAN

La vinculación de la Agencia a SODEAN es más que evidente y se desarrolla de modo especial en la disposición adicional segunda y en la transitoria única que configura una clara relación de sucesión, hasta el punto de que se puede afirmar que la Agencia Andaluza de la Energía no es otra cosa que la metamorfosis de SODEAN que se desnuda de su vestido de sociedad mercantil y se enfunda el traje de entidad de derecho público permaneciendo todo como está. Véanse como operan las disposiciones citadas.

Las acciones de que sea titular la Sociedad para la Promoción y Reconversión Económica de Andalucía S. A. (SOPREA, S.A.) en la Sociedad para el Desarrollo Energético de Andalucía (SODEAN) constituyen parte de la dotación patrimonial inicial de la Agencia, una vez realizada la transferencia de acciones, a la entrada en vigor de sus Estatutos, la Agencia Andaluza de la Energía procederá a su liquidación y extinción, asumiendo el patrimonio resultante de dicha liquidación (disposición adicional segunda). En consecuencia, el personal que al liquidarse SODEAN preste servicios en la misma se incorporará a la Agencia Andaluza de la Energía, subrogándose esta última en los derechos y obligaciones derivados de los contratos laborales celebrados por aquella, reconociéndose el tiempo de servicios prestados a los efectos de la retribución que corresponda en concepto de antigüedad. Todo muy coherente, además con el régimen del personal de la nueva entidad que, al decir del art. 2 se regirá por el derecho laboral y 10 sin perjuicio de que su contratación se realice de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad y sin perjuicio también de la contratación de personal de alta dirección de acuerdo con la normativa que le sea de aplicación y la posibilidad de que se incorporen funcionarios al servicio de las distintas Administraciones públicas, que quedarán en sus cuerpos de origen en situación de excedencia voluntaria y lógicamente en régimen laboral. Por consiguiente, el mismo perro con distinto collar, esto es, SODEAN de derecho público, pero para actuar por sujetos físicos y reales de derecho privado: ficticio retorno, pues, al Derecho administrativo.

¿Que sentido tiene todo esto? Desde el punto de vista técnico-jurídico entiendo que ninguno, pues si bien es cierto que con una entidad de Derecho público se justifica el ejercicio de potestades públicas y parece coherente el acceso al control contencioso-administrativo, a esta solución puede llegarse por caminos más directos y claros, en especial si el final de todo es que las potestades públicas de que es titular la Agencia van a ser ejercidas por personas que ni siquiera tiene la condición de funcionarios públicos. Si la operación de transformación de SODEAN en entidad de Derecho público hubiera desembocado en una funcioarización del personal, podría tener algún sentido, pero tal como se ha hecho no se justifica sino como un tributo, una vez más, a las formas huera y a las modas, una expresión más de lo políticamente correcto, una carrera más para seguir donde se estaba. No es que la operación que lleva a cabo la ley me parezca incorrecta, es más sencillamente, innecesaria producto de modas más que de necesidad. No extraña, por tanto, que la tardanza en la constitución de la Agencia no resulte perjudicial .

Otras disposiciones de interés para la Administración Autónoma

ADMINISTRACIÓN

ACUERDO de 27 de enero de 2004, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan General de Inspección para 2004.

BOJA núm 20, de 30 de enero.

COMERCIO

ORDEN de 22 de diciembre de 2003, por la que se modifica la de 27 de febrero de 2002, por la que se establecen las normas reguladoras de la concesión de ayudas en materia de promoción comercial.

BOJA núm. 4 de 8 de enero.

CONSUMIDORES

DECRETO 103/2004, de 16 de marzo, de atribución de competencias sancionadoras en materia de consumo.

BOJA núm. 55, de 19 de marzo.

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

DECRETO 358/2003, de 16 de diciembre, por el que se regulan determinados aspectos de la contratación de bienes y servicios para la seguridad de edificios e instalaciones de la Administración de la Junta de Andalucía.

BOJA num. 5, de 9 de enero.

ORDEN de 16 de febrero de 2004, de aprobación de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares modelos-tipo, para los contratos de Suministros por el procedimiento abierto mediante concurso y por el procedimiento negociado y de Bienes Homologados por el procedimiento negociado sin publicidad.

BOJA núm. 54, de 18 de marzo.

ORDEN de 17 de febrero de 2004, de aprobación de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares modelos-tipo, para los contratos de

Consultoría y Asistencia o de Servicios, por el procedimiento abierto mediante concurso y por el procedimiento negociado.

BOJA núm 54, de 18 de marzo.

EMPLEO

ORDEN de 20 de noviembre de 2003, por la que se modifica la de 24 de junio de 2002, que desarrolla los incentivos al empleo estable regulados por el Decreto 141/2002, de 7 de mayo

BOJA num. 2, de 5 de enero.

FAMILIA

ORDEN de 11 de febrero de 2004, por la que se regulan las prestaciones económicas a las familias acogedoras de menores.

BOJA núm. 39, de 26 de febrero.

ORDEN de 9 de marzo de 2004, por la que se publica un texto integrado de los Decretos 137/2002, de 30 de abril, de apoyo a las familias andaluzas, 18/2003, de 4 de febrero, y 7/2004, de 20 de enero, ambos de ampliación de las medidas de apoyo a las familias andaluzas.

BOJA núm. 56, de 22 de marzo.

FUNCIÓN PÚBLICA

ORDEN de 18 de diciembre de 2003, por la que se modifica parcialmente la relación de puestos de trabajo de la Administración General de la Junta de Andalucía correspondiente a la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y se adscriben puestos de trabajo de la misma al Servicio andaluz de Empleo.

BOJA núm. 7 de 13 de enero.

ORDEN de 30 de diciembre de 2003, por la que se incrementa la Oferta de Empleo Público correspondiente a 2003.

BOJA núm. 16, de 26 de enero.

ORDEN de 9 de enero de 2004, por la que se modifican los anexos del Decreto 244/2003, de 2 de septiembre, por la que se modifica la relación de puestos de trabajo de la Administración General de la Junta de Andalucía, correspondiente a la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, y se integra y adscribe a puestos de la misma al personal transferido por el Real Decreto 467/2003, de 25 de abril.

BOJA núm. 26 de 9 de febrero.

DECRETO 18/2004, de 3 de febrero, por el que se modifica parcialmente la relación de puestos de trabajo de la Administración General de la Junta de Andalucía correspondiente a la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico.

BOJA núm. 37, de 24 de febrero.

ORDEN de 10 de febrero de 2004, por la que se desarrolla la Disposición Adicional Tercera de la Ley 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas, y se regula el procedimiento a seguir para la integración de los funcionarios procedentes de otras Administraciones Públicas en los Cuerpos y especialidades de la Administración de la Junta de Andalucía.

BOJA núm. 47, de 9 de marzo.

DECRETO 72/2004, de 17 de febrero, por el que se modifica el Anexo del Decreto 394/2000, de 26 de septiembre, por el que se regula la plantilla orgánica, funciones y retribuciones del Cuerpo Superior Facultativo de Instituciones Sanitarias de la Junta de Andalucía, en la especialidad de Farmacia.

BOJA núm. 48, de 10 de marzo.

ORDEN de 23 de febrero de 2004, por la que se modifica la relación de puestos de trabajo de la Administración General de la Junta de Andalucía correspondiente a la Delegación Provincial de Almería con motivo de ejecución de sentencia judicial firme.

BOJA núm. 53, de 17 de marzo.

RECURSOS NATURALES

ORDEN de 26 de enero de 2004, por la que se aprueban las Instrucciones Generales para la Ordenación de Montes de la Comunidad Autónoma de Andalucía

BOJA núm. 25, de 6 de febrero.

SERVICIOS SOCIALES

ACUERDO de 2 de diciembre de 2003, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan de Acción Integral para las Personas con Discapacidad en Andalucía (2003-2006)

BOJA núm. 3, de 7 de enero.

ORDEN de 11 de febrero de 2004, por la que se acuerda la publicación del texto íntegro del Procedimiento de Coordinación para la Atención a Menores Víctimas de Malos Tratos en Andalucía.

BOJA núm. 39, de 26 de febrero.

DECRETO 88/2004, de 2 de marzo, por el que se amplía el plazo de solicitud de ayudas sociales de carácter extraordinario, a favor de pensionistas de viudedad.

BOJA núm. 45, de 5 de marzo.

SANIDAD

DECRETO 353/2003, de 16 de diciembre, por el que se establecen la planificación farmacéutica y los procedimientos de autorización relativos a oficinas de farmacia.

BOJA núm. 6, de 12 de enero.

TRANSPORTES

DECRETO 1/2004, de 7 de enero, por el que se regula el Certificado de capacitación profesional para el transporte público de mercancías en vehículos de más de 2 Tm y hasta 3,5 Tm, con ámbito territorial en Andalucía y la autorización para realizarlo.

BOJA núm. 6, de 12 de enero.

NOTICIA DE
REVISTAS AUTONÓMICAS

Noticia de Revistas Autonómicas

(1) § Comunidades Autónomas, Derecho autonómico, Distribución de competencias.

PEMÁN GAVÍN, Juan M^a, *El marco jurídico de la asistencia social en España: competencias, principios y modalidades de la acción administrativa*, "R.Ar.A.P." núm. 23, diciembre 2003, pp. 41-89. *Vid.* (6).

ALBERTÍ ROVIRA, Enoch, *Las regiones en la nueva Unión Europea. El largo camino hacia una presencia directa de las regiones en la Unión Europea*, "A (RCDP)" núm. 29, noviembre 2003, pp. 177-206.

Parte el autor del estudio de la presencia actual de las regiones en la Unión Europea (Unión, estados compuestos y principio de autonomía institucional; fundamentos constitucionales y comunitarios de la participación regional en los asuntos europeos; participación interna aún como mecanismo fundamental de participación). Examina a continuación la irrupción de las regiones con poderes legislativos en el debate sobre el futuro de la Unión y el debate sobre el papel de las regiones en la Unión. Desde estas premisas ALBERTÍ ROVIRA estudia la resolución (provisional) del debate sobre las regiones en la Unión en el proyecto de Tratado constitucional de la Convención. El autor lo cifra en tres apartados: 1) un bajo e indirecto nivel de reconocimiento de las regiones en el Tratado constitucional; 2) la remisión básica de la participación regional a la decisión interna de los estados; y, 3) la continuidad del Comité de las Regiones como cauce fundamental de la participación regional institucionalizada en la vida de la Unión Europea. En su opinión, el debate se ha resuelto por ahora mediante una doble previsión; la Unión ofrece un marco de posibilidades para que las regiones puedan jugar un cierto papel, limitado en la misma, pero la activación de esta participación, así como la concreta forma e intensidad que adopte, se remite a lo que se disponga en el interior de cada estado, según sus propias reglas y prácticas. Cree el autor que esta resolución de la cuestión regional presenta dos debilidades fundamentales: el carácter limitado del papel que pueden jugar, que en general excluye también la posibilidad de una presencia individual y el hecho de no encontrar un fundamento claro y directo en el propio ordenamiento de la Unión. Estas circunstancias hacen, a su entender, que el "resultado actual de este debate tenga que considerarse como provisional y que quepa augurar que la cuestión va a seguir provocando tensiones".

* Sección a cargo de Jesús JORDANO FRAGA.

BELLO JANEIRO, Domingo, *Derecho agrario autonómico gallego*, “REGAP”, núm. 32, setembro-diciembre 2002, pp. 15-33.

Estudia BELLO JANEIRO las particularidades del Derecho agrario centrándose en los arrendamientos rústicos y la aparcería. Cree el autor que la competencia autonómica gallega sobre arrendamientos rústicos es clara a la luz de las STC 121/192, de 28 de setembro; 182/1992, de 16 de noviembre y 88/1993, de 12 de marzo (si bien la conservación del Derecho civil foral o especial puede conllevar la asunción legal de prácticas consuetudinarias, la expresión constitucional «desarrollo» del propio derecho permite, que, según expresión utilizada en la SSTC 88/1992, las Comunidades Autónomas dotadas de derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral). En su opinión, la característica más sobresaliente de la nueva legislación sobre arrendamientos rústicos es que la normativa se hace ahora más flexible y adaptada a las peculiaridades de Galicia y a la estructura minifundista de las tierras pues se parte del pleno respeto del principio de autonomía de la voluntad de las partes en cuanto a la renta, sin previsiones correctoras y también respecto de la duración, Cree el autor que la aparcería no necesita una regulación tan extensa y detallada incurriendo, en su opinión, en una casuística muchas veces desfasada.

SOBRINO HEREDIA, José Manuel, *Un mejor reparto y definición de las competencias en la Unión Europea*, “REGAP”, núm. 32, setembro-diciembre 2002, pp. 105-119.

El autor pasa revista a los grandes temas pronunciándose al respecto (por ejemplo, no ve necesario un nuevo Tribunal destinado a resolver los conflictos de competencias y cree mejor la inclusión de un recurso previo por el que el TJCE conocería de los conflictos de competencia abriendo la legitimación activa al Comité de las Regiones, a los Parlamentos nacionales y a los Parlamentos regionales, manteniendo, eso sí, la exigencia de unas minorías significativas). Cree SOBRINO HEREDIA que la Convención no debería ir en la línea de buscar un imposible y establecer un modelo de competencias propio de una estructura federal, sino clarificar y mejorar el existente que se adecua a la realidad jurídico institucional del modelo europeo, esto es, a su condición de organización internacional, reforzando su dimensión política, democrática, transparente, eficaz y próxima a los ciudadanos, y permitiendo a la UE evolucionar y adaptarse a los cambios sociales e internacionales que en el futuro se irán produciendo.

FERNÁNDEZ CARBALLAL, Almudena, *Consideracións á STC 159/2001, do 5 Xullo: A inercia xurisprudencial sobre a aprobación definitiva do planeamiento urbano*, “REGAP”, núm. 32, setembro-diciembre 2002, pp. 157-167. Vid. (6).

(2) § Administraciones Públicas/Función Pública.

ORTEGA, Luis, *La reforma de las instituciones comunitarias*, “A (RCDP)” núm. 29, noviembre 2003, pp. 151-175.

En primer término, Luis ORTEGA analiza las razones para una reforma institucional describiendo minuciosamente las reformas derivadas del proceso de ampliación comunitaria concretadas en el Tratado de Niza y que afectaron al Consejo –ponderación del voto en su seno y establecimiento de nuevos umbrales para la fijación de la mayoría cualificada-, a la Comisión y al Tribunal de Justicia- un juez por cada estado miembro y reforzamiento potencial del Tribunal de Primera Instancia y, en menor medida al Parlamento –ponderación de votos con vistas a la ampliación-. Es importante la reflexión que hace Luis ORTEGA sobre problemas pendientes institución a institución, que por razones de espacio no podemos reproducir aquí. Estudia a continuación las reformas institucionales contenidas en los documentos de conclusiones de los grupos de trabajo de la Convención Europea (propuestas sobre los estados miembros –el método abierto de coordinación y la conveniencia del establecimiento de una cooperación reforzada en el ámbito de la política de defensa; propuestas sobre la Unión Europea –dotar a la Unión de personalidad jurídica implicando la desaparición de la Comunidad-; el Consejo –defensa y acción exterior-; Comisión –unificación en el representante exterior de la Comisaría de relaciones exteriores-;etc....

Cree Luis ORTEGA que las preguntas sobre la elección del Presidente de la Comisión en unas elecciones directas por los ciudadanos o por designación de la mayoría del Parlamento europeo, o la relativa al sistema de voto y la eventual reforma de las circunscripciones electorales, *no han tenido respuesta en la Convención* y ello “deja en el aire” uno de los hipotéticos ejes principales del cambio institucional: *la expansión del principio democrático de soberanía ciudadana y del funcionamiento institucional sobre la base del criterio de la mayoría política.*

ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor, *Sobre los controles del cumplimiento de la Carta europea de la autonomía local*, “R.Ar.A.P.” núm. 23, diciembre 2003, pp. 239-255.

(3) § Potestad Reglamentaria, Acto, Procedimiento administrativo y Contratación. Control Jurisdiccional de las Administraciones Públicas.

LÓPEZ GUERRA, Luis, *El poder judicial español ante la Unión Europea*, “A (RCDP)” núm. 29, noviembre 2003, pp. 35-52.

El autor estudia las repercusiones sobre el poder judicial español de la apertura de un proceso constituyente. El punto de partida es la posición actual del TC (la exclusión de la jurisdicción constitucional sobre la adecuación de la ley a los tratados internacionales; control sobre la adecuación al derecho comunitario; Tribunal Constitucional y planteamiento de la cuestión prejudicial del art. 234 TCE) y las líneas

de defensa del TC (derechos fundamentales y Derecho comunitario originario y reforma de la CE). Cree LÓPEZ GUERRA que si se mantuviera el carácter constitucional de la norma básica europea, y si se aprobase como tal, no cabría ya en el futuro subordinar la fuerza vinculante de esa Constitución europea a su adecuación a la Constitución de cada país ni, por ello, cabría una revisión de las futuras reformas de la Constitución europea por los tribunales constitucionales para verificar su adecuación a la norma constitucional propia. Esas futuras reformas, por ello, no podrían someterse a revisión ni a *priori* ni a *posteriori* por la jurisdicción constitucional de cada país, una vez aceptado formalmente el carácter constitucional (es decir, supremo) de la norma fundamental europea. Desaparecería así la última barrera a la efectiva primacía del derecho comunitario, y la capacidad revisora del Tribunal Constitucional quedaría restringida al ámbito exclusivo del derecho nacional.

LORENZO DE MEMBIELA, Juan B., *Aspectos jurídicos del procedimiento administrativo de la incapacidad permanente contributiva en materia de Seguridad social*, "R.Ar.A.P." núm. 23, diciembre 2003, pp. 279-292.

(4) § Hacienda pública, Bienes, expropiación y responsabilidad.

CARBONERO REDONDO, Juan José, *Administración y seguros. Una nueva quiebra de la unidad jurisdiccional*, "R.Ar.A.P." núm. 23, diciembre 2003, pp. 211-237.

Trabajo que examina la evolución legislativa en materia de responsabilidad de la Administración; la jurisdicción ante la responsabilidad patrimonial de Administración Pública; las posibilidades de ejercicio conjunto de la acción de responsabilidad patrimonial frente a la Administración y la acción directa frente al asegurador y las vías jurisdiccionales posibles para ello. El lector deberá tener en cuenta la Ley Orgánica 19/2003, de 23 diciembre, de Modificación de la Ley Orgánica 6/1985,BOE 26 diciembre 2003 , núm. 309 , p. 46025 que tiene la pretensión de acabar con las incertidumbres y vaivenes jurisprudenciales de los que da cuenta el autor. Conforme a esta reforma el apartado 4 del artículo 9 pasa a tener la siguiente redacción:

«4. Los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujeta al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Reales Decretos Legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción. También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho.

Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional.

Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.

También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas».

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Joaquín, *Ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio de 2003*, "R.Ar.A.P." núm. 23, diciembre 2003, pp. 259-277.

(5) § Modalidades administrativas de Intervención (Policía, Fomento, Servicio público, Actividad Sancionadora, Arbitral y Planificadora).

OCHOA MONZÓ, Josep, *La Ley 30/2002, de 17 de diciembre, de Protección Civil y Atención de Emergencias de Aragón y su encaje en el sistema estatal de protección civil*, "R.Ar.A.P." núm. 23, diciembre 2003, pp. 91-129. *Vid.* (6)

PEMÁN GAVÍN, Juan M^a, *El marco jurídico de la asistencia social en España: competencias, principios y modalidades de la acción administrativa*, "R.Ar.A.P." núm. 23, diciembre 2003, pp. 41-89. *Vid.* (6).

(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.).

FERNÁNDEZ CARBALLAL, Almudena, *Consideración a STC 159/2001, do 5 Xullo: A inercia xurisprudencial sobre a aprobación definitiva do planeamiento urbano*, "REGAP", núm. 32, setembro-diciembre 2002, pp. 157-167.

La autora discrepa de la citada STC 159/2001, pues no cree absolutamente necesario atribuir a la Comunidad Autónoma la competencia de aprobación definitiva de los planes municipales para que ésta pueda realizar las observaciones que estime convenientes desde el punto de vista de la legalidad. En opinión de FERNÁNDEZ CARBALLAL, esa atribución competencial responde a una inercia que deriva de postulados constitucionales y legales diferentes a los actuales y que revelan una cierta tutela, incompatible con la autonomía.

PEMÁN GAVÍN, Juan M^a, *El marco jurídico de la asistencia social en España: competencias, principios y modalidades de la acción administrativa*, "R.Ar.A.P." núm. 23, diciembre 2003, pp. 41-89.

Examina PEMÁN GAVÍN el concepto de asistencia social y las técnicas de la acción administrativa. Cree PEMÁN GAVÍN que cabe utilizar el concepto de Asistencia Social en dos acepciones distintas. 1) Asistencia Social en sentido estricto sería “las diversas prestaciones que otorgan las Administraciones Públicas para garantizar unos ingresos mínimos y unos servicios de carácter fundamental o básico a aquellas personas que se encuentran en una situación personal de necesidad vinculada a la carencia de recursos económicos”. Dentro de esta noción estricta habría que incluir a las prestaciones no contributivas de jubilación e invalidez otorgadas por la Seguridad Social, al nivel asistencial de protección por desempleo incluido también dentro del sistema institucional de la Seguridad Social, a las pensiones asistenciales por ancianidad que otorgan el Estado a los emigrantes españoles en el extranjero, o a los ingresos mínimos de inserción que otorgan las CCAA a personas que carecen de trabajo y de un determinado nivel de ingresos; 2) una noción amplia de Asistencia Social; las diversas actuaciones públicas encaminadas a paliar las situaciones de necesidad mediante el otorgamiento de prestaciones, ayudas o ventajas que implican una compensación de cargas o de circunstancias específicas. El autor procede a continuación a la delimitación de las competencias estatales, autonómicas y locales sobre la materia. Cree el autor que el Estado no carece de posibilidades para incidir sobre cuestiones que son asistencia social desde un punto de vista material (amplio o estricto) aunque no disponga de una habilitación competencial referida específicamente a la materia (por ejemplo, el Estado puede incorporar a la acción protectora de la Seguridad Social prestaciones que son Asistencia Social desde un punto de vista material). El siguiente objeto de atención son las características de la asistencia social desarrollada por las Comunidades Autónomas y los principios que presiden la materia en las leyes autonómicas sobre servicios sociales y relativización. Continúa analizando los sistemas autonómicos de servicios y prestaciones sociales (servicios sociales generales, servicios sociales especializados, prestaciones económicas, ingresos mínimos de inserción). Culmina el estudio la iniciativa privada en la asistencia social y sus relaciones con las Administraciones Públicas centrando su atención sobre la iniciativa privada no lucrativa o “tercer sector”.

Entre las conclusiones destacables del trabajo que recensamos están las siguientes: 1) el intento de las leyes autonómicas de establecer unos principios generales que presiden la materia sólo en una mínima medida puede decirse que ha conseguido sus objetivos. En su opinión, dicho intento se ha traducido más en la formulación de directrices generales que en principios jurídicos de carácter operativo 2) la regulación positiva de los sistemas autonómicos de servicios y prestaciones sociales presenta no pocos elementos de coincidencia entre las diversas CC.AA. la estructuración de tales sistemas en la mayoría de las CC.AA pivota entorno a la distinción entre servicios sociales y prestaciones económicas y, dentro de los primeros, entre los servicios sociales generales y los servicios sociales especializados; y, 3) un rasgo característico de la evolución de la materia en los últimos años viene dado, sin duda, por el fortalecimiento y expansión de la iniciativa privada en el ámbito socio-asistencial y, especialmente, las de carácter no lucrativo que comporta una tendencia reductora tanto de lo que es gestión pública directa en materia de Asistencia Social como de las actividades asistenciales estrictamente privadas que se desenvuelven al margen del apoyo de las Administraciones Públicas.

OCHOA MONZÓ, Josep, *La Ley 30/2002, de 17 de diciembre, de Protección Civil y Atención de Emergencias de Aragón y su encaje en el sistema estatal de protección civil*, "R.Ar.A.P." núm. 23, diciembre 2003, pp. 91-129.

Terminamos antes si afirmamos que OCHOA MONZÓ es sencillamente el mejor especialista en la materia, además de un administrativista consolidado y, desde luego, uno de los buques insignia de la escuela de Alicante. Hecha esta merecida presentación del autor. El estudio que incluye una valiosa bibliografía de referencia, parte de consideración de la protección civil como servicio público esencial conectado con la seguridad pública, pero como un servicio público distinto de aquellos en los que se apoya, pero de los que depende, en donde se engloban por su supuesto a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado e incluso a las Fuerzas Armadas a nivel estatal; a los cuerpos propios autonómicos de policía, si fuera el caso. Este sistema está informado ya por principios que se han decantado en leyes autonómicas recientes (art 2 de la Ley de Islas Baleares, art. 3 de la Ley Andaluza, o el que autor califica como "correctísimo" art. 5 de la Ley de Aragón). El autor realiza unas consideraciones muy sugestivas sobre el objeto de protección civil. Cree el autor que el sistema no se agota con hacer frente a los riesgos nominados que también recoge la Norma Básica de Protección civil de 1992, sino que en otros niveles de producción de una emergencia pueden requerirse los servicios de protección civil para actuar frente a otros riesgos. Por eso, afirma OCHOA MONZÓ, no se comprende el empeño del legislador aragonés en definir, catástrofe, calamidad, emergencia o riesgo. El segundo elemento de análisis es el modelo estatal de protección civil donde el autor desmenuza la planificación como instrumento esencial (planificación territorial, planificación especial). El autor descubre así a la planificación como la piedra angular del sistema de protección civil. En España y en los modelos autonómicos se parte de dos tipos de planificación territorial/especial que no obstante son similares en cuanto que aspiran a garantizar una mínima operatividad, dentro de la diversidad de episodios calamitosos, ante situaciones de grave riesgo colectivo, catástrofe o calamidad, estableciendo los mecanismos para la movilización de los recursos humanos y materiales necesarios para la protección de las personas, los bienes y el medio ambiente. En referencia expresa a la legislación aragonesa cree OCHOA MONZÓ que la Ley debería haber previsto el derecho a la participación de los ciudadanos en la elaboración de los planes de protección civil. Cree asimismo que la Ley aragonesa en nada innova en cuanto a su homologación, adaptación y revisión. Por el contrario estima correcto 1) el tratamiento de la conexión de esta planificación con la ordenación del territorio y el urbanismo; 2) estima meritorio el establecimiento de un catálogo de derechos y deberes de los ciudadanos, entidades e instituciones en o con las tareas o servicios de protección civil; 3) acertada, la previsión y mención expresa del voluntariado de emergencia o Protección Civil, 4) igualmente acertada la previsión sobre una red de información y de un sistema de alarma de protección.

TUDELA ARANDA, José, *La problemática jurídica de la calidad turística*, "R.Ar.A.P." núm. 23, diciembre 2003, pp. 131-154.

El trabajo parte del examen contextual de la evolución de la política turística. La calidad es estudiada como referente de la política turística (evolución histórica e idea presente de calidad; el plan integral de Calidad del turismo español; Instituto para la calidad turística española; los distintivos de calidad); incidencia del reparto competencial sobre la política de calidad; el reflejo de la política de calidad en las normas...

Cree TUDELA ARANDA que la normativa turística debería vincular a las Administraciones Públicas con la idea de calidad. Los parámetros de calidad también han de aplicarse a la actividad turística de la Administración. Si las actuaciones estructurales de la Administración, inspección, información, infraestructuras, no cubren niveles de calidad mínimos, difícilmente podrá articularse una política en el citado sentido.

CANTÓ LÓPEZ, M^a Teresa, *La producción integrada. Aspectos de régimen jurídico estatal y autonómico*, "R.Ar.A.P." núm. 23, diciembre 2003, pp. 155-180.

Este trabajo trae causa de la brillantísima tesis de CANTÓ LÓPEZ sobre "La integración de los condicionantes ambientales en la política agrícola" dirigida una vez más por el Maestro D. Ramón MARTÍN MATEO. Estudia la autora la noción y principios generales de la producción integrada (concepto normativo, principios sustantivos, principios básicos de producción y principios organizativos). Desde estas premisas desciende al análisis de diferentes aspectos del régimen jurídico del sistema español de producción integrada: regulación estatal (actividades reglamentadas, etiquetado, control, órganos de coordinación y actividad registral) y regulación autonómica (ámbito de aplicación, etiquetado y autorización para el uso de la identificación de garantía, obligaciones de aquellos sometidos al sistema, órganos competentes, sistema de control y certificación, potestad sancionadora de la Administración). La autora concibe este sistema en el ámbito de las técnicas de mercado dirigidas a la tutela ambiental, y que se manifiesta a los consumidores a través de una marca de garantía que, además de los aspectos cualitativos, va indicar el carácter ambientalmente positivo de los productos agrarios en que incide. La intervención pública fomenta un régimen voluntario de calidad de los productos, pero también impone una reglamentación técnica de obligado cumplimiento en la que se establecen determinadas condiciones a través de las disposiciones para la producción, transformación y control de los mismos. Cree la autora que la regulación autonómica sigue manteniendo una carencia fundamental, y es "fijar con claridad las consecuencias derivadas del incumplimiento de las normas y condiciones del sistema voluntario de producción integrada". Destacamos dos de sus conclusiones: la existencia de una identificación de garantía nacional y la exigencia de la adopción de un programa de control y un procedimiento en caso de irregularidades o infracciones cuando se trata de entidades privadas de certificación.

LÓPEZ DE LA OSA ESCRIBANO, Alfonso, *Aspectos jurídicos y éticos de la investigación médica en España (ante la reforma normativa)*, "R.Ar.A.P." núm. 23, diciembre 2003, pp. 183-209.

Estudio que analiza los textos internacionales y la legislación existente en materia de investigación médica (Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida; RD 561/1993, de 16 de abril, por el que se establecen los requisitos para la realización de los ensayos clínicos con medicamentos; Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre la autonomía del paciente y los derechos y las obligaciones en materia de información y documentación clínica; los aspectos éticos a debate en la investigación médica actual; propuestas de reforma; el importante papel de las buenas prácticas clínicas en el entorno de la investigación médica; la incidencia de la reforma normativa en la Administración Pública de salud.

(7) § Varia.

RODRÍGUEZ ENNES, Luis, *La crisis de la autonomía de la voluntad y la aparición del moderno contrato de trabajo*, "REGAP", núm. 32, setiembre-diciembre 2002, pp. 35-52.

REQUERO IBÉÑEZ, José Luis, *Adquisición de la nacionalidad por residencia. Análisis jurisprudencial del artículo 22.4 del Código Civil: la buena conducta cívica y el suficiente grado de integración*, "REGAP", núm. 32, setiembre-diciembre 2002, pp. 53-72.

DE PABLO CONTERAS, Pedro, *Legislación civil en el derecho agrario de las Comunidades Autónomas*, "REGAP", núm. 32, setiembre-diciembre 2002, pp. 73-90. *Vid. (1)*.

SOBRINO HEREDIA, José Manuel, *Un mejor reparto y definición de las competencias en la Unión Europea*, "REGAP", núm. 32, setiembre-diciembre 2002, pp. 105-119.

RODRÍGUEZ MANZANO, Irene, *Mujer feminismo y poderes públicos. Una aproximación desde las relaciones internacionales*, "REGAP", núm. 32, setiembre-diciembre 2002, pp. 121-141.

Número Monográfico sobre *La perspectiva de la Constitución europea: especial consideración del sistema institucional* "A (RCDP)", núm. 29, noviembre 2003 con estudios de:

MARTÍNEZ SIERRA, José Manuel, *La posición del gobierno español en el proceso constituyente de 2004: el debate constitucional europeo y español*, "A (RCDP)" núm. 29, noviembre 2003, pp. 9-33.

LÓPEZ GUERRA, Luis, *El poder judicial español ante la Unión Europea*, "A (RCDP)" núm. 29, noviembre 2003, pp. 35-52. *Vid. (3)*.

MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín Huelín, *La ciudadanía europea: ¿Un sueño al alcance de la mano?*, "A (RCDP)" núm. 29, noviembre 2003, pp. 53-77.

PASCUA MATEO, Fabio, *Nuevos papeles para viejos actores: los parlamentos nacionales ante la nueva estructura institucional de la Unión Europea*, "A (RCDP)" núm. 29, noviembre 2003, pp. 79-108.

DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier, *El sistema competencial comunitario ente la CIG '04: los trabajos en curso de la Convención*, "A (RCDP)" núm. 29, noviembre 2003, pp. 109-147.

ORTEGA, Luis, *La reforma de las instituciones comunitarias*, "A (RCDP)" núm. 29, noviembre 2003, pp. 151-175. *Vid. (2)*.

ALBERTÍ ROVIRA, Enoch, *Las regiones en la nueva Unión Europea. El largo camino hacia una presencia directa de las regiones en la Unión Europea*, "A (RCDP)" núm. 29, noviembre 2003, pp. 177-206. *Vid. (1)*.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *Reflexiones sobre los Acuerdos de cooperación del Estado con las Federaciones Evangélica, Judía y Musulmana, en los diez años de su vigencia*, "R.Ar.A.P." núm. 23, diciembre 2003, pp. 11-39.

Abreviaturas

RArAP	Revista Aragonesa de Administración Pública
REGAP	Revista Galega de Administración Pública
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública
VV.AA	Varios autores

BIBLIOGRAFÍA

RECENSIONES

AA.VV.; *Estudios sobre la Ley de Prevención y Control Integrados de la Contaminación*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2003, 242 páginas.

La presente monografía asociada a la Revista Aranzadi de Derecho Ambiental ha sido realizada por un grupo de autores de prestigio, discípulos de D. Ramón Martín Mateo. El libro trata las cuestiones más relevantes derivadas la reciente Ley 16/2002, de 1 de julio de Prevención y Control Integrados de la Contaminación (LPCIC). Una Ley que puede considerarse la primera Ley general estatal sobre contaminación industrial.

Como es de todos sabido, esta esperada Ley fue el resultado de la tardía transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 96/61/CE sobre prevención y control integrados de la contaminación. En ella se prevé básicamente el enfoque global de la incidencia que determinadas actividades industriales (las de su Anexo I) pueden tener sobre el medio ambiente y la necesidad de integrar todos los controles ambientales en un único permiso ambiental integrado que contemple todas las autorizaciones ambientales preexistentes por la legislación sectorial. Así el resultado es la autorización ambiental integrada que determinará en cada caso la conveniencia o no desde un punto de vista ambiental de que la actividad se lleve a cabo, y determinará, en su caso, los valores límites de emisión sobre el suelo, la atmósfera o el agua con base en las mejores técnicas disponibles. Esto es a grandes rasgos lo que esta Ley prevé. Una Ley ambiciosa que es objeto de estudio por los autores de esta monografía en lo que se refiere a la forma en la que se han integrado cada una de las técnicas ambientales preexistentes en nuestro Ordenamiento.

La monografía objeto de recensión se estructura en siete capítulos.

I. El primer capítulo es de GERMÁN VALENCIA MARTÍN y trata del contenido y alcance de la autorización ambiental integrada. Nadie mejor que él para abordar estas dos cuestiones fundamentales en la aplicación de una nueva Ley. No en vano, Germán Valencia fue el primer autor que en España ya realizó avisados y oportunos comentarios a la Directiva de prevención y control integrados de la contaminación, en sendos artículos del Boletín de Noticias de la UE en 1997 y en 2000, aventurando las necesarias medidas que nuestro legislador tendría que adoptar en su futura transposición a nuestro ordenamiento.

En este capítulo se tratan los temas referidos al ámbito de aplicación, al contenido de la autorización ambiental integrada y a su integración competencial, temas todos ellos de gran interés en la efectiva aplicación de la Ley. Es de destacar la agudeza en la explicación y determinación del contenido de la autorización ambiental integrada, una de las cuestiones más relevantes de la Ley. La determinación en cada caso de los valores límite de emisión con base en las mejores técnicas disponibles y en otros factores que determinan el hecho de que esta autorización sea un auténtico “traje a medida” de cada instalación o actividad sujeta.

La otra cuestión que merece ser destacada de este capítulo I es la referida a la integración competencial de la autorización ambiental integrada. La competencia es del órgano ambiental de la Comunidad Autónoma correspondiente pero en la integración se incluyen la estatal autorización de vertidos a aguas supraautonómicas y la local licencia de actividad clasificada.

Por último, GERMÁN VALENCIA en este capítulo inicial que abre brecha, y aprovechando su capacidad de síntesis, hace un análisis sobre la efectiva transposición y alcance de la Directiva IPPC en la integración del procedimiento de evaluación de impacto ambiental y de los trámites previstos en la normativa Seveso sobre prevención de accidentes en los que intervengan sustancias peligrosas. Temas que son tratados más adelante por otros autores de esta monografía con detalle.

II. En el Capítulo II se analiza por ANDRÉS MOLINA GIMÉNEZ, la integración de la autorización de vertidos al dominio público hidráulico en la autorización ambiental integrada. El paso que la autorización de vertido ha dado a convertirse en este procedimiento en un acto de trámite, en un informe, aunque preceptivo y vinculante de la Confederación Hidrográfica correspondiente. Para su emisión el organismo de cuenca cuenta con un plazo de seis meses, prorrogable por uno más previo requerimiento del órgano ambiental autonómico. Dos de las cuestiones tratadas con detalle como consecuencia de esta particular integración son las posibilidades impugnatorias del informe y la omisión del mismo. De relevante análisis es precisamente qué ha de ocurrir en caso de falta de omisión del preceptivo informe ya que la Ley no establece que el procedimiento quede paralizado pudiendo ser el órgano autonómico quien determine las condiciones del vertido aunque vinculado al informe inicial que en su caso hubiera emitido la Confederación Hidrográfica.

III. JUAN ROSA MORENO aborda en el tercer capítulo la posible integración del trámite de evaluación de impacto ambiental en los procedimientos de auto-

rización ambiental integrada. El anejo I de la LPCIC 16/2002 y de los anejos de la normativa de evaluación de impacto ambiental tiene innumerables coincidencias. Puede afirmarse que la casi totalidad de las actividades e instalaciones sometidas a autorización ambiental integrada también lo están a evaluación de impacto ambiental. En ambas técnicas de prevención ambiental el contenido poco o nada va a diferir, si bien, como señala el propio autor, la AAI se configura como la más sobresaliente técnica de prevención y control de la contaminación industrial, pero también debe afirmarse que es la EIA la que se configura como la más sobresaliente técnica de tutela integral del ambiente, no sólo de origen industrial y no sólo en cuanto a la contaminación. Por consiguiente parece adecuado integrar el trámite de evaluación de impacto en el procedimiento de autorización ambiental integrada. El profesor ROSA, auténtico experto en materia de evaluación de impacto ambiental como acredita su obra *El régimen jurídico de la evaluación de impacto ambiental* publicada por la Editorial Trivium en 1993, analiza los problemas y las ventajas de esta integración prevista como facultativa por la Ley cuando corresponda emitir la Declaración de Impacto ambiental al órgano ambiental autonómico. En los casos en que la DIA corresponda emitirla al Estado ésta deberá ser previa a la autorización ambiental integrada. En este capítulo se analizan los pasos de integración en la opción de integrar la EIA en la AAI cuando sea posible y la necesaria cooperación y coordinación entre las Administraciones implicadas en esta integración. En este sentido también objeto de análisis las diferentes soluciones ya adoptadas por determinadas leyes autonómicas como la catalana, la castellano-leonesa o la madrileña.

IV. Otra de las cuestiones que la LPCIC deja abiertas, es la integración de las técnicas de intervención en la prevención de accidentes en los que intervengan sustancias peligrosas. Este tema es abordado en el capítulo IV por JOSEP OCHOA MONZÓ analizando la normativa de prevención de accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas (“Seveso”), sus antecedentes, su evolución, su integración en la autorización ambiental integrada. Muchas de las actividades e instalaciones IPPC se encuentran también dentro del ámbito de aplicación de la normativa “Seveso” citada. Una normativa técnica cuya incorporación al contenido de la autorización ambiental integrada se presenta como potestativa por parte de las CCAA. La integración debe llevarse a cabo por motivos de economía procesal y de comodidad y seguridad jurídica del titular de la instalación autorizada. Ahora bien, no debemos olvidar que la normativa “Seveso” es una normativa técnica de seguridad, de protección civil cuya competencia no suele estar residenciada en los órganos ambientales sino en los órganos de seguridad o protección civil. Ello exigirá un esfuerzo más de integración real y cooperación administrativa en el procedimiento de autorización ambiental integrada.

V. Avanzando en la estructura de la Monografía, se trata en quinto lugar un tema de importancia radical para cualquier solicitante de una autorización ambiental integrada; el silencio administrativo. La previsión del silencio administrativo en la LPCIC es objeto de acertado análisis por el profesor JUAN JOSÉ DÍEZ SÁNCHEZ. Una de las cosas que se han afirmado con relativa frecuencia por diferentes autores es que la LPCIC más que una norma ambiental, es una norma procedimental. Algo o mucho de cierto hay en esta afirmación. La Ley establece el procedimiento a seguir: solicitud, tramitación, informes, plazos, resolución, impugnación y, por supuesto, el sentido del silencio ante la falta de resolución en plazo por el órgano administrativo competente. El autor analiza los efectos del silencio previstos en la Ley ante la falta de resolución en procedimientos de solicitud de autorización ambiental (desestimatorio), de renovación de la autorización ambiental (estimatorio) y de solicitud ante modificación sustancial de la instalación y el nada fácil cómputo de los plazos debido al carácter complejo del procedimiento.

También se hace referencia a la inexistencia en la Directiva IPPC de cualquier referencia al silencio administrativo, aunque puede deducirse como negativo al exigir la Directiva citada la existencia de un permiso escrito para el desarrollo de la actividad. Por permiso escrito debemos entender un acto administrativo expreso en el que se determinen las condiciones de funcionamiento de la instalación o actividad autorizada. A sensu contrario de esta interpretación el autor analiza varias sentencias recientes del Tribunal de Justicia en las que se rechaza la aplicación del silencio administrativo a ciertos casos y su posible invocación en procedimientos de autorización ambiental integrada en los que se da la falta de resolución en plazo y en consecuencia entra en juego el silencio. A juicio del autor y de acuerdo con esta jurisprudencia, el legislador español tanto al introducir el silencio desestimatorio general, como el estimatorio en la renovación tácita de la autorización incumpliría la Directiva IPPC. Sin duda, se trata de una aportación muy relevante y probablemente discutible.

VI. En el penúltimo y sexto capítulo de esta monografía, al igual que en la estructura de la mayoría de las leyes, se analiza el régimen de inspección y sanción previstos en la Ley. Lo hace, también de manera clara y concisa como el resto de los autores, RAMÓN TEROL GÓMEZ. Toda norma ambiental para instrumentar dos principios básicos del Derecho ambiental, prevención y quien contamina paga, prevé la potestad de inspección, el correspondiente cuadro de infracciones y sanciones, medidas cautelares y de reparación en aras a hacer cumplir la Ley y proteger el medio ambiente. En este capítulo se explica la necesariamente abierta configuración del régimen de control e

inspección ambiental, se detallan las infracciones y sanciones previstas y los problemas que plantea su extensa tipificación en relación con el principio non bis in idem en el caso de la tipificación de infracciones muy graves al ir éstas más allá que el propio artículo 325 del Código Penal.

VII. Finalmente, se aborda en el capítulo VII un tema de tremenda actualidad; el acceso de los ciudadanos a la información ambiental que también tiene su reflejo en la Ley en lo referido al acceso a los datos de las emisiones a través de los inventarios de emisiones previstos en la Directiva (EPER) y en la Ley (Inventario Nacional de Emisiones). Esta interesante cuestión es abordada por INMACULADA REVUELTA PÉREZ experta en materia de IPPC como lo acredita su reciente tesis doctoral publicada en 2003 por la Editorial Marcial Pons titulada *El control integrado de la contaminación en el Derecho español*. En este capítulo se estudia la obligación de los titulares de instalaciones y actividades IPPC de suministrar los datos de sus emisiones al agua y a la atmósfera para que consten en un registro de emisiones plantea la cuestión de su accesibilidad por parte de los ciudadanos. Tras explicar los antecedentes, la finalidad y la regulación actual del EPER en la Directiva y en la LPCIC, se analiza la distribución competencial existente en España para la elaboración del Inventario Nacional partiendo de inventarios autonómicos y la transmisión de información CCAA-Estado y Estado-Comisión Europea. Establecidas estas cuestiones previas se analiza con rigor el libre acceso por parte de los ciudadanos a la información contenida en estos registros por su carácter público y en consonancia con el derecho a la información ambiental, no pudiendo considerarse informaciones confidenciales excluidas de este derecho.

En resumen, nos encontramos ante una obra colectiva de gran calidad y utilidad para el entendimiento y resolución de varias de las cuestiones más importantes derivadas de la Ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación. Esta afirmación no sólo deriva de la experiencia y el buen hacer científico en esta campo de cada uno de los autores, sino también de la claridad y rigor de las exposiciones que en ella encontramos en los siete capítulos en los que se estructura la obra.

ÁNGEL RUIZ DE APODACA ESPINOSA
Profesor Adjunto de Derecho Administrativo
Universidad de Navarra

**Revista de Estudios
de la Administración
Local y Autonómica**

Enero-Abril 2003

Número 291

Homenaje a Sebastián Martín-Retortillo
Coordinado por Manuel Clavero Arévalo

Sebastián Martín-Retortillo: jurista, académico, político, por Javier Arenas Bocanegra,
Vicepresidente 2.º del Gobierno

11

Sembranza del Profesor Sebastián Martín-Retortillo, por Manuel Clavero Arévalo

15

Sesión en homenaje al Profesor Martín-Retortillo, celebrada en el INAP
el día 20 de enero de 2003, en la que intervinieron los siguientes señores:

Rodolfo Martín Villa

Lorenzo Martín-Retortillo

Luis Cosculluela Montaner

Eduardo García de Enterría

21

I. Estudios

Juan-Cruz Allí Aranguren

LA GOBERNANZA LOCAL

45

Estanislao Arana García

**EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO NECESARIO PARA LA PRESTACIÓN
DE SERVICIOS PÚBLICOS ESENCIALES Y LA INICIATIVA PÚBLICA
ECONÓMICA EN EL ÁMBITO LOCAL**

77

Ángel Ballesteros Fernández

**LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES: SERVICIOS MÍNIMOS, SERVICIOS
RESERVADOS, ACTUACIONES ECONÓMICAS, SERVICIOS ECONÓMICOS
DE INTERÉS GENERAL Y SERVICIOS UNIVERSAL**

87

Martín Bassols Coma

**LA EXCLUSIÓN SOCIAL Y LA CONTRIBUCIÓN DE LOS MUNICIPIOS
A LA SATISFACCIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA**

103

María del Pilar Bensusan Martín

**DERECHOS DE LOS CONCEJALES EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL**

117

José María Boquera Oliver
**IMPUGNACIÓN DE RESOLUCIONES Y DISPOSICIONES URBANÍSTICAS
LOCALES EN LA COMUNIDAD VALENCIANA**
143

Allan R. Brewer Carías
**LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DE COMPETENCIAS
EN LA FEDERACIÓN VENEZOLANA**
163

María Dolores Calvo Sánchez
**SITUACIÓN COMPETENCIAL DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL EN
MATERIA SANITARIA A PRINCIPIOS DEL SIGLO XXI**
201

José Luis Carro Fernández-Valmayor
**PLURALISMO TERRITORIAL Y ESTADO SOCIAL EN LA PERSPECTIVA
NACIONAL Y COMUNITARIA**
213

José Manuel Castell Arteche
**LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA ACTUAL DE LOS
TERRITORIOS HISTÓRICOS VASCOS**
231

Federico A. Castillo Blanco, Manuel Zafra Víctor y Francisca Villalba Pérez
EL MUNICIPIO EN AMÉRICA LATINA. REFLEXIONES Y PROPUESTAS
251

Manuel Clavero Arévalo
**LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL CONTRA LAS LEYES
QUE VULNERAN LA AUTONOMÍA LOCAL**

283

José Mario Corella Monedero
**DOS SUPUESTOS REALES SOBRE EL FUNCIONAMIENTO
DE LOS ÓRGANOS DE UN AYUNTAMIENTO**
303

Roberto Dromi
LA VIDA LOCAL Y LOS LÍMITES NATURALES DE LA GLOBALIZACIÓN
317

Dionisio Fernández de Gatta Sánchez
**LA ESTRUCTURA MUNICIPAL DE CASTILLA Y LEÓN: INCIDENCIA
DE LA LEGISLACIÓN SOBRE RÉGIMEN LOCAL, URBANISMO
Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO**
337

Fernando E. Fonseca Ferrandis
**ALGUNAS CUESTIONES EN TORNO A LA RECEPCIÓN DE LAS OBRAS Y
SERVICIOS DE URBANIZACIÓN POR LAS ENTIDADES LOCALES EN LOS
SISTEMAS DE GESTIÓN DE BASE PRIVADA, A PARTIR DE LA
JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA**
365

Vicente María González-Haba Guisado
**LAS CORPORACIONES LOCALES Y LAS COMUNIDADES DE VECINOS
ANTE LOS RETOS DE LA NUEVA GESTIÓN PÚBLICA**
397

Teodosio González del Teso y Antonio Calonge Velázquez
AUTONOMÍA LOCAL Y CONTROL
425

Santiago González-Varas Ibáñez
EL “AGENTE REHABILITADOR”
473

Francisco-Javier Jiménez Lechuga
**LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA EN ESPAÑA.
UN CASO PARADIGMÁTICO: LA STC 113/2000, DE 5 DE MAYO**
493

José Antonio López Pellicer
**AUTONOMÍA TERRITORIAL Y COMPETENCIAS MUNICIPALES: EL PACTO
LOCAL AUTONÓMICO, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA REGIÓN DE
MURCIA**
529

Elisenda Malaret García
**SERVICIO PÚBLICO, ACTIVIDAD ECONÓMICA Y COMPETENCIA.
¿PRESENTA ESPECIFICIDADES LA ESFERA LOCAL?**
567

José Luis Martínez López-Muñiz
LA ADMINISTRACIÓN LOCAL EN CASTILLA Y LEÓN
609

Antonio Martínez Marín
**LA REFORMA 2003 DE LOS FUNCIONARIOS LOCALES CON HABILITACIÓN
ESTATAL**
649

Valentín Merino Estrada
**LA CALIDAD TOTAL EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL
FUNDAMENTOS Y ORIENTACIONES BÁSICAS**
681

Juan Francisco Mestre Delgado
**CONTRATOS PÚBLICOS Y POLÍTICAS DE PROTECCIÓN SOCIAL
Y MEDIO AMBIENTAL**
705

José Ignacio Morillo-Velarde Pérez
ANTE LA REFORMA DEL RÉGIMEN LOCAL
731

Isabel María de los Mozos Touya
LA GESTIÓN INDIRECTA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES
751

Santiago Muñoz Machado
**LA MUTUACIONES DEL VIEJO SISTEMA DE CONFLICTOS
JURISDICCIONALES**
769

Enrique Orduña Rebollo
NUEVAS APORTACIONES SOBRE EL MAPA MUNICIPAL ESPAÑOL
779

Alberto Palomar Olmeda
**EL MODELO DE FUNCIÓN PÚBLICA LOCAL: ALGUNAS REFLEXIONES
SOBRE SU PRESENTE Y SU FUTURO**
827

Luciano Parejo Alfonso
**LA CUESTIÓN DE LA ORGANIZACIÓN DEL GOBIERNO Y LA
ADMINISTRACIÓN INSULARES EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA
DE LAS ISLAS BALEARES**
891

Juan Francisco Pérez Gálvez
**LA COMPETENCIA MUNICIPAL DE AUTORIZACIÓN DE LOS
ESTABLECIMIENTOS DONDE SE APLICAN TÉCNICAS DE TATUAJE
Y PERFORACIÓN CUTÁNEA (PIERCING)**
925

Tomás Quintana López
**EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ENERGÍA EÓLICA. REFERENCIA A
CASTILLA Y LEÓN**
961

Ricardo Rivero Ortega
**LAS TRANSFORMACIONES DEL PAPEL ECONÓMICO DE LOS MUNICIPIOS
Y LA NECESIDAD DE CAMBIOS EN LA REGULACIÓN DE LA INTERVENCIÓN
ECONÓMICA LOCAL**
987

Enrique Rivero Ysern
**LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS A LOS BIENES
DE DOMINIO PÚBLICO DE LAS ENTIDADES LOCALES**
1001

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
EL IDEAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO
1011

Ángel Sánchez Blanco
**LA FUNCIÓN PÚBLICA DE LOS SECRETARIOS E INTERVENCIONES
DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL**
1025

José Luis Sánchez Díaz
**LOS SERVICIOS LOCALES DE NATURALEZA ECONÓMICA
MUNICIPALIZACIÓN, CONCESIÓN Y AUTORIZACIÓN**
1041

Íñigo Sanz Rubiales
LOS PODERES DEL CONCESIONARIO DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES
1063

Manuel J. Sarmiento Acosta
LOS CABILDOS INSULARES DE CANARIAS
1085

María Nieves de la Serna Bilbao
**INCIDENCIA DE LA LEY 38/1998, DE 5 DE NOVIEMBRE, DE ORDENACIÓN
DE LA EDIFICACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL**
1109

María Asunción Torres López
**EL SERVICIO PÚBLICO DE ABASTECIMIENTO DE AGUA POTABLE A VARIOS
MUNICIPIOS POR UNA MISMA EMPRESA MUNICIPAL**
1141

Juan Luis de la Vallina Velarde
**LA ADMINISTRACIÓN LOCAL EN EL PRINCIPADO DE ASTURIAS:
RELACIONES CON LA COMUNIDAD AUTÓNOMA**
1167

Marcos Vaquer Caballería
**DEMANIO, OBRA PÚBLICA Y SERVICIO PÚBLICO EN EL ABASTECIMIENTO
DE AGUAS A LA POBLACIÓN: EL PROBLEMA DE LA CADUCIDAD POR
TÉRMINO DE LAS CONCESIONES EN LA MATERIA**
1197

Luis Fernando Velasco Múrias
LA POSIBILIDAD DE MODIFICACIÓN DEL MAPA PROVINCIAL DE ESPAÑA
1227